

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ANAYASA ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE
BİREYSEL BAŞVURU AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK
HAKKI**

Doktora Tezi

Serhat ALTINKÖK

Ankara-2014

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ANAYASA ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE
BİREYSEL BAŞVURU AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK
HAKKI**

Doktora Tezi

Serhat ALTINKÖK

Tez Danışmanı
Yrd.Doç.Dr. Bülent ALGAN

Ankara-2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ANAYASA ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE
BİREYSEL BAŞVURU AÇISINDAN ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK
HAKKI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Yrd.Doç.Dr. Bülent ALGAN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR ve KAVRAMLAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKI

I. BİREYSEL BAŞVURU	5
A. Teorik Çerçeve: Bireysel Başvurunun Tanımı, Niteliği ve İşlevi	5
1. Genel Olarak.....	5
2. Bireysel Başvurunun Tanımı.....	13
3. Bireysel Başvurunun Niteliği ve İşlevi.....	15
B. Bireysel Başvuru Yolunun AİHS Açısından Değerlendirmesi	25
C. Bireysel Başvurunun Anayasa ve Ulusal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi	32
II. ÖN SORUN: ANAYASA ve AİHS'nin UYUMLAŞTIRILMASI	50
A. Genel Olarak.....	50
B. AİHS'nin İç Hukuka Etkisi ve Bağlayıcılığı.....	60
C. AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi ve Bağlayıcılığı	69
III. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve GÜVENLİĞİ HAKKI KAVRAMI.....	74
A. Genel Olarak: Özgürlük, Güvenlik ve Hak	74
B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı.....	78
C. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Tarihsel Arka Planı	81
1. Genel Olarak.....	81
2. Virginia Haklar Bildirisi.....	89
3. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi	90
4. Bazı Ülke Anayasalarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	91
5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Uluslararası Alandaki Gelişimi	94
a. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	94
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	98
6. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Türkiye'deki Gelişimi (1808-1982) ..	99

IV. ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKI BAKIMINDAN ANAYASA ve AİHS'nin KARŞILAŞTIRMASI.....	106
A. Genel Olarak	106
B. AİHS'nin 5. ve Anayasa'nın 19. Maddesinin Amacı	106
C. AİHS'nin 5. ve Anayasa'nın 19. Maddesinin Uyumluluğu.....	108
V. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUNLUK KAVRAMI.....	122
A. Özgürlük Karinesi: Özgürlük ve Güvenlik Hakkından Mahrumiyetin İstisnai Nitelikte Olması	122
B. Klasik Yakalama ve Tutma Dışındaki Özgürlükten Mahrumiyet Durumları.....	130
C. Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	131
1. <i>Usulüne Uygun Gözaltı ve Tutuklama İle İlgili Yükümlülükler</i>	131
2. <i>Usulüne Uygun Olarak Yapılmayan Gözaltı ve Tutuklama İle İlgili Yükümlülükler</i>	133
D. Özgürlükten Mahrumiyet Kavramı.....	134
1. <i>Objektif Unsur: Bireyin Kısıtlı Bir Alanda İhmal Edilemeyecek Bir Süre Boyunca Tutulması</i>	137
2. <i>Subjektif Unsur: Bireyin Tutmaya Rızasının Olmaması</i>	147
E. Üçüncü Kişilerce Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Bireylere Karşı Devletin Pozitif Yükümlülükleri	152
F. Tutma Koşulları	156
G. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının İçkin Güvenceleri	157
H. Suçluların Sınırlar Arası Transferi.....	159
İ. Denizaşırı Fiiller	160

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANABİLECEĞİ DURUMLAR: KISITLAMA NEDENLERİ

I. TUTMANIN HUKUKA UYGUN OLMASI KOŞULU	164
A. Genel Olarak	164
B. Tutmanın Ulusal Hukuka Uygunluğu	168

C. Yasanın Niteliği	175
D. Hukuka Uygunluk Zemininin Devamlılığı.....	184
E. Özgürlükten Mahrum Bırakma Konusundaki İspat Yükümlülüğü	185
F. Tutmanın Keyfi Olmaması	188
G. Mahkeme Kararının Anlamı.....	194
H. Kararların Gerekçelendirilmesi	195
İ. Usule İlişkin Kabul Edilebilir Kusurlar.....	196
J. Salıverilme Kararının İcrasının Gecikmesi	197
K. Tutmanın Hukuka Uygunluğu İle İlgili Özel Durumlar	197
1. <i>Bireyin Kayıtsız Olarak Tutulması</i>	198
2. <i>Bireyin Yasayla Belirlenen Süreden Fazla Tutulması</i>	203
a. Yasal Süresi Dolmasına Rağmen Kişinin Tutulmaya Devam Edilmesi.....	204
b. Salıverilmesine Karar Verilen Kişinin Makul Olmayan Bir Süre Daha Tutulması	206
c. Kişinin Fiili veya Hukuki Sebeplerle Fazladan Hapis Yatması	209
3. <i>“Önleyici Tutma” Uygulaması</i>	210
4. <i>Hakkındaki Yakalama Emri Kaldırılan Kişinin Tutulmaya Devam Edilmesi</i>	216
5. <i>Suçluların veya Şüphelilerin Ülkeler Arasında Nakilleri</i>	221
6. <i>Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Kişinin Kullanabileceği Usulî Haklarının Gösterilmemesi</i>	223
7. <i>Özgürlükten Yoksun Bırakma Tedbirinin Sözleşme’nin 5(1) Fıkrasının Amacıyla Bağdaşmaması</i>	226
8. <i>Kişinin Zorunlu İkamete Tabi Tutulması</i>	227
9. <i>Oda/Disiplin Hapsi</i>	228
10. <i>Göz Hapsi</i>	233
II. BİREYİN ÖZGÜRLÜĞÜNDEN MAHRUM BIRAKILABİLECEĞİ DURUMLAR	235
A. Yetkili Mahkeme Kararı Sonrasında Tutma.....	236
1. <i>Genel Olarak</i>	236
2. <i>Mahkeme Kararının Mevcudiyeti</i>	241

3. Hapsetme Kararını Veren Mahkemenin Yetkili Olması	242
4. Tutmanın Mahkûmiyet Kararı Sonrasında Olması	247
5. Temyiz İşlemlerinin Etkisi	253
6. Şartlı Salıverme Uygulaması.....	254
7. Suçu İkrar Etmenin Sonuçları	256
B. Mahkeme Kararına ya da Yasal Yükümlülüğe Uymama Nedeniyle Tutma.....	258
1. Genel Olarak.....	258
2. Mahkeme Tarafından Yasaya Uygun Olarak Verilen Bir Karara Uymama Sebebiyle Tutma.....	261
3. Yasanın Öngördüğü Bir Yükümlülüğün Uygulanmasını Sağlamak Amacıyla Yasaya Uygun Olarak Yakalama veya Tutma	264
C. Suç Şüphelisi Olan Kişinin Tutulması.....	269
1. Genel Olarak.....	269
2. Suç Kavramının Anlam ve Kapsamı.....	280
3. Tutmanın Amacı: Yetkili Yasal Merciiin Önüne Çıkarma.....	283
4. Makul Şüphe/Kuvvetli Belirti	292
D. Küçüklerin Tutulması	300
1. Genel Olarak.....	300
2. Eğitimle İlgili Gözetim ve Denetim	303
3. Yetkili Mercii Önüne Çıkarma Amacı	306
E. Akıl Hastalarının, Alkol Bağımlılarının, Serserilerin vb. Tutulması.....	306
1. Genel Olarak.....	306
2. Bulaşıcı Hastalıkların Yayılmasının Engellenmesi	312
3. Akıl Hastaları	314
4. Alkol ve Uyuşturucu Madde Bağımlıları.....	326
5. Serseriler	329
F. Sınır Dışı ve İade İşlemleri Esnasında Bireyin Tutulması.....	330
1. Genel Olarak.....	330
2. Usulüne Aykırı Surette Ülke Topraklarına Girmekten Alıkoyma.....	333
3. Hakkında Derdest Bir Sınır Dışı ya da İade İşleminin Olması Nedeniyle Alıkoyma.....	338

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLANAN KİŞİNİN HAKLARI

I. ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURU HAKKI.....	353
A. Genel Olarak.....	353
B. Başvuru Süresi.....	353
C. Geçiş Dönemine İlişkin Bir Konu: Zaman Bakımından Yetki.....	358
D. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Koşulu.....	360
E. Dostane Çözümün Etkisi	366
II. YAKALAMA veya TUTUKLAMA NEDENLERİ HAKKINDA BİLGİLENDİRİLME HAKKI	367
A. Genel Olarak.....	367
B. Yakalama Sebeplerinin Bildirileceği Kişiler.....	373
C. “Yakalama Nedenleri”nin “En Kısa Sürede” Bildirilmesi	373
D. Yakalama Sebeplerinin Bildirilme Şekli	376
E. Bildirilmesi Gereken Yakalama Sebeplerinin Kapsamı.....	377
F. Yakalama Sebeplerinin Kişinin Anlayacağı Bir Dilde Bildirilmesi.....	382
III. GECİKMEKSİZİN HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI.....	383
A. Genel Olarak.....	383
B. Kuralın Amacı	387
C. Yargısal denetimin “Derhal” ve “Talebe Bağlı Olmaksızın” Gerçekleştirilmesi.....	388
D. Yetkili Adli Mercinin Niteliği	401
1. <i>Bağımsızlık</i>	402
2. <i>Tarafsızlık</i>	405
E. Yargıç veya Yasayla Adli Görev Yapmaya Yetkili Kılınmış Sair Kamu Görevlisinin Takip Etmesi Gereken Usul	407
1. <i>Tutuklamanın Esasının İncelenmesi</i>	407
2. <i>Salıverme Yetkisi</i>	410
IV. MAKUL SÜREDE YARGILANMA ve SORUŞTURMA veya KOVUŞTURMA AŞAMASINDA SALIVERİLMİYİ İSTEME HAKKI ..	412

A. Genel Olarak	412
B. Dikkate Alınacak Tutukluluk Süresi.....	420
1. <i>Sürenin Başlangıç ve Bitişi</i>	420
2. <i>Temyiz İncelemesi Aşamasında Geçen Süre</i>	421
3. <i>Sürenin Hesabında Göz Önünde Bulundurulacak Diğer Hususlar</i> ...	423
a. Ard Arda Gelmeyen Tutukluluk Sürelerinin Söz Konusu Olduğu Davalardaki Uygulama	423
b. Tutuklu İken İnfaz Edilen Diğer Cezaların Etkisi	426
C. Tutukluluk Süresinin Makullüğünün Değerlendirmesi	427
1. <i>Tutma Gerekçelerinin “İlgili” ve “Yeterli” Olması Koşulu</i>	429
2. <i>Makul Şüphenin Tutukluluk Süresince Devam Etmesi Koşulu</i>	435
3. <i>Gerçek Bir Kamu Yararı Koşulu</i>	436
4. <i>Ek Koşul: Özel İtina Koşulu</i>	439
D. Tutukluluk Halinin Devamının/Salıverilme Taleplerinin Reddinin Gerekçeleri.....	441
1. <i>Kaçma Tehlikesi</i>	443
2. <i>Adaletin İşleyişine/Yargı Sürecine Müdahale Riski</i>	446
3. <i>Suçların Tekrarlanması/Suçun Önlenmesi İhtiyacı</i>	448
4. <i>Kamu Düzeninin Korunması</i>	449
5. <i>Soruşturması Devam Eden Kişinin Güvenliği</i>	450
E. Alternatif Tedbirlerin Değerlendirilmesi	451
F. Şartlı Salıverilme Koşulları ve Kefalet	451
G. Tutukluluk Süresinin Haklı Kılınmasının Zorunlu Olması	454
H. Küçüklerin Tutuklu Olarak Yargılanması.....	454
V. ÖZGÜRLÜKTEN MAHRUM BIRAKMAYA KARŞI BAŞVURU HAKKI.....	456
A. Genel Olarak	456
B. Hükümün Amacı	464
C. Tutmanın Hukukiliğinin Denetimi.....	465
D. Hukukilik İncelemesinin Bir “Mahkeme” Tarafından Yapılması	469
1. <i>Mahkemenin “Yargısal Nitelikte” İnceleme Yapması</i>	470
2. <i>Usulî Güvenceler</i>	475

a. “Çelişmeli Yargılama” ve “Silahların Eşitliği” İlkeleri	476
b. Yargılamanın Duruşmalı Yapılması	486
c. “İvedilik” Şartı	492
i. <i>Dikkate Alınacak Süre</i>	493
ii. <i>İvediliğin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınacak Diğer Faktörler</i>	497
d. Başvurucuya İtiraz İçin Yeterli Zaman ve Kolaylık Tanınması	499
E. Hukuki Yardım	500
F. Hukukilik Denetiminin Makul Aralıklarla Yapılması	501
VI. HUKUKA AYKIRI TUTUKLULUK NEDENİYLE TAZMİNAT HAKKI	506
A. Genel Olarak	506
B. Hükümün Uygulanabilirliği	514
C. Yargısal Yol Olma Gerekliliği	516
D. Tazminatın İcra Edilebilir Olması Gereği/Sağlanabilirliği	516
E. Tazminatın Niteliği	519
F. Zararın Varlığı	519
G. Tazminatın Miktarı	520
VII. ALIKONMANIN YAKINLARINA BİLDİRİLMESİ HAKKI	521
VIII. DEVLETİN GENEL VE BİREYSEL TEDBİRLER ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	522
SONUÇ	528
KAYNAKÇA	535
AİHM KARARLARI	547
ÖZET	561
ABSTRACT	561

KISALTMALAR ve KAVRAMLAR

(kk)	: Kabul edilebilirlik kararı
[BD]	: Büyük Daire kararı (<i>AIHM</i>)
§	: Paragraf simgesi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜSBFY	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını
AY	: Anayasa
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No:	: Başvuru numarası (<i>Anayasa Mahkemesi</i>)
bkz.	: Bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFY	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
Divan	: Avrupa İnsan Hakları Divanı
E.	: Esas numarası
et al.	: Ve diğerleri
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
in fine	: Sonuç olarak, kısaca
infra	: Aşağıya bakınız
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar numarası
K.T.	: Karar tarihi/kabul tarihi
Karş.	: Karşılaştırınız
Komisyon	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
md.	: Madde
mutatis mutandis	: Değişiklikler uyarlanmış halde
no.	: Başvuru numarası (<i>AIHM</i>)
passim	: Eserin tümüne atıf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
supra	: Yukarıya bakınız
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TODAİE	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve diğerleri
Yay.	: Yayınları
BM	: Birleşmiş Milletler

GİRİŞ

Çalışmanın Konusu ve Önemi

Doktora tezi olarak bu çalışmanın konusu, Türkiye Cumhuriyet Anayasası (“Anayasa”) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS” veya “Sözleşme”) çerçevesinde bireysel başvuru açısından özgürlük ve güvenlik hakkının; kapsamının, koruma alanının, uygulamasının, hukuki kısıtlama nedenlerinin, özgürlüğü kısıtlanan kişiye tanınan hakların teorik ve Mahkeme kararları bağlamında araştırılması ve karşılaştırılmasıdır. Özgürlük ve güvenlik hakkı, çalışmada bir yandan kuramsal boyutuyla, diğer yandan da ulusal ve uluslararası düzeydeki uygulamalar dikkate alınarak irdelenmiştir.

İnsan hakları, insanların başkaca bir neden aranmaksızın, yalnızca insan oldukları için ve doğumlarından itibaren sahip oldukları; dokunul(a)maz, devredil(e)mez ve vazgeçil(e)mez haklardır. Bu haklar aynı zamanda salt pozitif hukuka indirgenemeyen ve yalnızca hukuksal düzenlemelerde aranmayacak bir karakterde olan, belirli bir dönemde insanların sahip olmaları gereken tüm hak ve özgürlükleri kapsamaktadır. Bu bakımdan insan hakları, pozitif düzenlemelerle mümkün olduğunca yakalanması ve gerçekleştirilmesi gereken bir idealdir.

Bu idealin gerçekleştirilmesi amacıyla ülkemizde pozitif hukuk alanında atılan en önemli adımlardan biri de 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 12/9/2010 tarihinde yapılan referandumla kabul edilmesinin ardından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının hukuk sistemimizde tanınması olmuştur. İki yıllık geçiş sürecinin ardından 23/12/2012 tarihi itibarıyla herkes, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilme imkânına kavuşmuştur. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların önemli bir bölümünü de özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddiaları oluşturmaktadır.

Her ne sebeple olursa olsun bireyin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı ilk kısıtlama anından başlayıp özgürlük kısıtlamasının son bulmasına kadar geçen süre içerisindeki her bir husus, özgürlük ve güvenlik hakkının kapsamında değerlendirilmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkı, en genel ifadeyle, bireyin fiziki olarak yer değiştirme konusunda serbest olması ve belirli bir yasal gerekçe olmaksızın tutulmaması ve kısıtlanmaması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan bireyin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakıldığı her durumun, insan hakları hukuku açısından derinlemesine incelenmesi gerekir.

Ülkemizde yeni uygulanmaya başlayan bireysel başvuru bakımından özgürlük ve güvenlik hakkının koruma alanını belirleyecek olan Anayasa ve AİHS hükümlerinin analizinin yapılarak, her iki metnin uyumlu ve uyumsuz oldukları alanların tespit edilmesi önem taşımaktadır. Bunun yerine getirilmesi, esas olarak, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (“AİHM”) özgürlük ve güvenlik hakkının anlam ve kapsamını belirlediği içtihatlarının incelenmesi yoluyla mümkündür. Bu çalışmayı önemli ve özgün kılan unsurlardan biri de, çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları bağlamında özgürlük ve güvenlik hakkı kavramının karşılaştırmalı olarak incelenmiş olmasıdır.

Bugün itibariyle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruların esasına ilişkin kararları Resmi Gazetede yayımlanmaya başlamıştır. Özgürlük ve güvenlik hakkı konusundaki bireysel başvuruların esasının incelenmesinde, hakkın koruma alanlarının ortaya konulması, teorisyen ve uygulamacılara belirli bir sistematik bağlamında bilimsel bir malzeme veya bir başlangıç noktası sunulması önem taşımaktadır.

Öte yandan, ülkemizde kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sağlanması ve geliştirilmesi ile ilgili olarak gerek kanuni düzenlemeler, gerekse uygulamadan kaynaklanan birtakım sorunlar yaşanmaktadır. Özgürlük ve güvenlik hakkının, bireyi anayasa hukuku ve insan hakları hukukunun süjesi durumuna getiren bireysel başvuru uygulaması çerçevesinde yeniden ele alınması büyük önem taşımaktadır. Bu yönüyle de bu çalışma, alanında bir ilk olması açısından önem taşımaktadır.

Çalışmanın Kapsamı, Sınırları ve İnceleme Planı

Çalışmada esas olarak Anayasa Mahkemesine yapılan/yapılacak bireysel başvurular kapsamında; insan hakları hukukunun ve insancıl hukukun temel ilkeleri, öğretinin konu ile ilgili yaklaşımı ve Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin içtihatları çerçevesinde özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili uygulamanın karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi ve ilerleyen süreçte ortaya çıkacak uygulama ve yasal altyapıya dair muhtemel sorunlara çözüm önerilerinin sunulması amaçlanmaktadır.

Tez çalışması, giriş ve sonuç kısımları hariç birbirini tamamlayan üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikle bireysel başvurunun tanımı, niteliği ve işlevi üzerinde durulmuştur. Ardından Anayasa'nın 19. ve AİHS'nin 5. maddelerinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının uyumluluğu/uyumlaştırılması meselesi bir ön sorun olarak incelenmiştir. Yapılan bu değerlendirmelerin ardından birinci bölümde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına, bu hakkın tarihsel arka planına, “özgürlükten yoksunluk” kavramının Anayasa ve AİHS çerçevesinde karşılaştırmasına yer verilmiştir. Birinci bölümde son olarak özgürlükten mahrumiyet kavramının tanımına ve unsurlarına, “özgürlük karinesi”ne ve özgürlükten yoksunluk kavramı ile ilgili diğer önemli hususlara değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde; özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlanabileceği durumlara, başka bir ifadeyle kısıtlama sebeplerine değinilmiştir. İkinci bölümde öncelikle, tutmanın hukuka uygun olması koşulu (genel koşul), ardından da bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar (tutma sebepleri/özel koşul) incelenmiştir. Bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar; yetkili mahkeme kararı sonrasında tutma, mahkeme kararına ya da yasal yükümlülüğe uymama nedeniyle tutma, suç şüphelisi olan kişinin tutulması, küçüklerin tutulması, akıl hastalarının, alkol bağımlılarının, serserilerin vb. tutulması, sınır dışı ve iade işlemleri esnasında bireyin tutulması şeklindeki alt başlıklar halinde ve karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise özgürlüğü kısıtlanan kişilerin haklarına değinilmiştir. Üçüncü bölümde öncelikle, özgürlüğü kısıtlanan kişilere tanınan bireysel başvuru

hakkının kapsamına ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ardından özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere tanınan; yakalama veya tutuklama nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkı, gecikmeksizin hâkim önüne çıkarılma hakkı, makul sürede yargılanma ve soruşturma veya kovuşturma aşamasında salıverilmeyi isteme hakkı, özgürlükten mahrum bırakmaya karşı başvuru hakkı, hukuka aykırı tutukluluk nedeniyle tazminat hakkı, alıkonmanın yakınlarına bildirilmesi hakkı üzerinde değerlendirmelerde bulunulmuştur. Son olarak özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerle ilgili olarak devletin genel ve bireysel tedbirler alma yükümlülüğü incelenmiştir.

Çalışma esas olarak, özgürlük ve güvenlik hakkının Anayasa ve AİHS’deki düzenleniş şekli temel alınarak fıkra ve bent bazında ve hak temelli olarak yapılmıştır. Anayasa ve AİHS metinlerindeki alt kategoriler incelenirken, madde metinleri, gerekçeler, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarının karşılaştırması yapılmıştır.

Mahkeme Kararlarına Yapılan Atıflar

Çalışmada yaklaşık 650 mahkeme kararına atıf yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına internet üzerinden erişim mümkün bulunmaktadır. Çalışmada yer alan tüm AİHM kararlarına AİHM’nin resmi karar veritabanı olan “*hudoc.coe.int*”, Anayasa Mahkemesinin tüm kararlarına ise Anayasa Mahkemesinin resmi karar veritabanı olan “*anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/*” adresinden ulaşılması mümkündür.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKI

Çalışmada esas olarak, AİHS ve Anayasa’da özgürlük ve güvenlik hakkının, bireysel başvuru bağlamında incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili değerlendirmelere geçilmeden önce, bireysel başvurunun tanımı, niteliği ve işlevi üzerinde durulması gerekmektedir. Ancak bireysel başvurunun derinlemesine bir analizini yapmak bu çalışmanın amacının dışında kalmaktadır.

Başta Kıta Avrupası olmak üzere dünyada birçok ülke tarafından uygulanan bireysel başvuru usulünün kapsamı, niteliği ve işlevi, ülkelerin kendi özelliklerine göre değişebilen bazı farklılıkları bünyesinde barındırmaktadır. Bireysel başvuru ile ilgili olarak, çalışmanın bu bölümünde yapılacak değerlendirmeler, bireysel başvurunun genel teorisi düzeyinde olup özellikle AİHM ve Anayasa Mahkemesi pratiğini yansıtmaktadır.

I. BİREYSEL BAŞVURU

A. Teorik Çerçeve: Bireysel Başvurunun Tanımı, Niteliği ve İşlevi

1. Genel Olarak

İnsanlığın düşünsel yapısında gerçekleşen önemli değişim ve gelişimler sonrasında tüm insanların, konumları ne olursa olsun, devredilemez bazı haklara sahip oldukları ve bu haklardan herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan yararlanmaları gerektiği genel kabul gören bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır.¹

¹ Ayrıntılı değerlendirme için bkz., Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Ankara, Yetkin Yay., 1995, s. 19-31.

Temel hakların, birçok koruma mekanizmasını yanında, kurumsal olarak anayasa yargısı yoluyla korunması esas olarak Kıta Avrupası'na özgü bir uygulamadır. Günümüzde temel hak ve özgürlüklere ulusal ve ulusal-üstü alanda etkili koruma sağlayan Kıta Avrupası ülkelerinin, temel hak ve özgürlüklere yaklaşımlarının tarihsel arka planı, anayasa yargısının ve temel hakların anayasa yargısı yoluyla korunması işlevinin kökenini anlamamız bakımından önem taşımaktadır. Kıta Avrupası'nda bireyden devlete yönelen siyasal taleplerin temelinde, 1789 Fransız Devrimi'nde burjuva sınıfının sözcülüğünü yaptığı soyut bir ulus düşüncesi bulunmaktaydı.² Kıta Avrupası'nda siyasal talepler, ulus adına siyasal talepte bulunan burjuva sınıfının parlamentoda yer alması sonucu ulus düşüncesinin siyasal olarak temsili aracılığıyla hayata geçirilmekteydi. Fransız Devrimi'nde burjuva sınıfı vasıtasıyla halk tarafından dile getirilen temsil talepleri *Rousseau*'nun "genel irade teorisi"ne dayanıyordu. Bu nedenle de monarka karşı verilen mücadelenin simgesi haline gelen parlamento, ulusun iradesinin yansıtıldığı, temel hakları gerçek anlamda gerçekleştiren bir organ olarak anlaşılmakta ve hakların parlamentoya *karşı* değil, parlamento, yani yasa *aracılığıyla* gerçekleştirileceği kabul edilmekteydi. Bu dönemde parlamentonun yaptığı her türlü işlemin, düzenin temel değerlerini yansıtan anayasaya uygun olduğu ve kişilerin temel haklarının parlamento aracılığıyla gerçekleştirildiği genel kabul görmekteydi. Buna ek olarak II. Dünya Savaşı'na kadar geçen zaman diliminde esas olarak her bir devletin vatandaşlarının hak ve özgürlükleri ile ilgili tutumları, devletlerin kendi iç işi olarak değerlendirilmekteydi.

Ancak II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkisi, parlamentonun mutlak üstünlüğü ilkesinin bir yanılsama olduğu ve savaş öncesi siyasal krizin de kısmen bundan kaynaklandığına dair düşünceleri pekiştirmiştir. Kıta Avrupası'nda parlamento krizinin

² Amerika Birleşik Devletleri'nde ise somut bir insan topluluğunun yani *halkın* siyasal talepleri söz konudur.

aşılması için bulunan çözüm, parlamentonun işlemlerinin denetlenmesi, düzenin temel değerlerini yansıtan anayasanın bir ölçü-norm olarak kabulü ve bu denetimin bağımsız bir organ tarafından yapılması şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu dönemde, söz konusu denetimin bağımsız bir yargı organı –anayasa mahkemesi– eliyle yapılması gerektiğini ileri süren ve teorik temellerini *Kelsen*’de bulan görüşün karşısında, düzenin koruyuculuğunun tarafsız bir devlet başkanı tarafından yapılması gerektiğini ileri süren *Schmitt*’in görüşü yer almıştır.³ *Schmitt*’in görüşü, parlamentoyu yine siyasal yaşamın merkezine oturtmakta, temsili sistemin bunalımını salt parlamento-devlet başkanı düzleminde çözmeyi amaçlamakta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir korumayı çözümün bir parçası saymamaktaydı.⁴ Çözümü kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde gören düşünce biçimi ise, parlamentonun anayasanın çizdiği sınırlar içinde kalmasını sağlamayı ve anayasal düzenin önemli bir değeri olan temel hakların korunmasını hedeflemekteydi.

İki yaklaşım tarzının hareket noktaları farklı olmakla beraber her ikisinin de esas amacı, temsili sistemin anayasal düzenin sınırları içinde tutulmasını sağlamaktır. Ancak II. Dünya Savaşı’ndan parlamenter demokrasi kadar zarar gören temel hak ve özgürlükler, bu korumanın *dolaylı* sonuçlarının güvencesine terk edilmişti. Bu bakımdan düzenin korunması işlevinin yanı sıra temel hakların hukuki olarak korunması işlevi, anayasa yargısının ortaya çıkış dinamikleri arasında yer almamaktaydı.

Genel eğilim bu şekilde olmakla birlikte, bazı ülkelerde temel hakların anayasa yargısının “birincil koruma alanı”na girmesini sağlamak amacıyla birtakım çabalar görmektediriz. Bu çabaların ortaya çıkışında insan hakları alanında yaşanan ciddi ve

³ Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, Ankara, AÜHFY, 1998, s. 1-2. <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/anayasa-sikayeti-ece-goztepe/> (erişim, 8/6/2013).

⁴ Carl Schmitt, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, 2. Baskı, çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost Kitapevi, 2010, *passim*.

kitlesel ihlallerin etkisi büyük olmuştur. Anayasa yargısına yüklenecek temel hak ve özgürlüklerin *birincil koruma işlevinin*, anayasa yargısı açısından önemini anlayabilmemiz için, öncelikle bu koruma işlevinin konusu olan ve anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin yapısına değinmek gerekmektedir.⁵

Temel hak ve özgürlükler, anayasal sınırlamalar içinde hareket eden devletin, hukuk düzenine ilişkin değer tercihlerini yansıtmaktadırlar. Temel hak ve özgürlüklerin kapsamı ve sınırları, bir yandan bireylere ait hak ve özgürlükler ile bireylerin kendi benliklerini gerçekleştirme alanlarını diğer yandan da devletin anayasal organlarının hareket alanının sınırlarını belirlemektedir. Bu açıdan temel haklar ve özgürlüklerle ilgili yapılacak bütün değerlendirmelerde, temel hak ve özgürlüklerin bu iki karakteristik özelliğini göz önünde bulundurmak gerekir. Tüm temel haklar ve özgürlükler esas olarak, kişiler açısından değerlendirildiğinde *hak*, toplumsal ilişkiler açısından ise bir *kurum güvencesi* niteliğinde olup anayasal düzenin kurucu unsurlarıdır.⁶

Anayasa yargısı literatürü açısından temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevinin genellikle kurum güvencesi olarak ele alınmakta olduğu, anayasal düzenin korunması amacıyla gerçekleştirilen denetimin, temel hakların hak boyutunu *dolaylı olarak* etkileyeceği kabul görmektedir. Bu yaklaşımın sonucu olarak da temel hakların *süjesi* olan bireyler, anayasa yargısının *öznesi* olarak kabul edilmemekte, sadece anayasa yargısının *dolaylı* etkilerinden yararlanabilmektedirler.

Ancak değişen ve gelişen dünya koşullarıyla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin anayasa yargısı yoluyla korunması fonksiyonunun giderek önem kazandığı yadsınamaz bir gerçektir. Özellikle bireysel başvuru yolunun bir hak arama mekanizması olarak

⁵ Anayasa yargısının işlevlerine dair çok önemli bir eser için bkz., Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara, AÜHFY, 1951, *passim*.

⁶ Yavuz Sabuncu, “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 7-8, 1985-1986, s. 16. <http://yayin.todaie.gov.tr/> (erişim, 15/6/2013).

kabul edildiği ülkelerde ve AİHM'ye bireysel başvuruyu kabul eden Avrupa Konseyine ("Konsey") üye devletler açısından temel haklara anayasa yargısı yoluyla sağlanan hukuki korumanın önemi giderek artmaktadır.⁷ Bireysel başvuru yolunu iç hukukta bir hak arama mekanizması olarak kabul eden devletler bakımından, anayasa yargısınca temel hakların korunması amacıyla gerçekleştirilen denetimin niteliği ile klasik anayasa yargısı işlevi açısından herhangi bir derece farkının olmadığını da belirtmek gerekir.

Yaşanan hak ihlallerindeki artışlar, devletleri, temel hak ve özgürlüklerin *etkili bir şekilde korunması* amacıyla önlemler almaya zorlamaktadır. Devletlerce hak ve özgürlüklerin etkili korunması amacıyla bulunan çözüm genellikle temel hak ve özgürlük ihlali iddialarının anayasa mahkemeleri önünde ileri sürülebilmesi olmuştur. Temel hak ihlallerine karşı bireysel başvuruyu bir ulusal hukuk yolu olarak kabul eden ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin iş yüklerine bakıldığında, temel hakların denetimi anlamında bireysel başvuruların anayasa mahkemelerinin iş yükünün önemli bir kısmını teşkil ettiğini görmek mümkündür. Örneğin Federal Almanya Anayasa Mahkemesine 31 Aralık 2011 tarihi itibarıyla yapılan toplam başvuruların % 96,5'ini,⁸ İspanya Anayasa Mahkemesine yapılan toplam başvuruların 31 Aralık 2012 itibarıyla % 98,7'ni⁹ Güney Kore Anayasa Mahkemesine yapılan toplam başvuruların ise 31 Ocak 2013 tarihi itibarıyla % 96'sını¹⁰ bireysel başvurular oluşturmaktadır. Türkiye açısından ise 31 Mart 2014 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların toplamı 15.710 adet olup bu miktar Anayasa Mahkemesine yapılan toplam başvurunun

⁷ Bireysel Başvurunun Avrupa'daki gelişimi ile ilgili olarak bkz., Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul, XII Levha Yay., 2013, s. 41-72.

⁸ Federal Almanya istatistikleri için bkz., <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organisation/gb2011/A-I-1.html> (erişim, 12/6/2013).

⁹ İspanya istatistikleri için bkz., <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/memorias/Documents/Estadisticas%202012.pdf> (erişim, 12/6/2013).

¹⁰ Güney Kore istatistikleri için bkz., http://english.ccourt.go.kr/home/english/decisions/stat_pop01.jsp (erişim, 12/6/2013).

% 99'luk kısmını oluşturmaktadır.¹¹ Bu bakımdan fikrimizce klasik anayasa yargısı işlevinin de ötesine geçerek bireysel başvuruyu bir iç hukuk yolu olarak kabul eden ülkeler bakımından anayasa mahkemelerinin birer temel hak ve özgürlük mahkemesi görünümüne dönüştüğünü söylemek mümkündür.¹²

Bireysel başvurunun kabulü ile birlikte birey, anayasa yargısının *süjesi* durumuna gelmiştir. Kamu gücü tarafından temel bir hakkın ihlal edildiğini iddia eden her bir birey –başvuru koşullarını karşılamak koşuluyla– söz konusu ihlal iddiası için giderim (*remedy/compensation*) sağlamak için –bu yolu tanıyan devletlerde– anayasa mahkemelerine başvurabilmektedir. Bu bakımdan da fikrimizce, bireysel başvuru yolu, anayasa yargısının temel hakları koruma konusunda elde ettiği gelişmişlik seviyesinin günümüzde ulaştığı son noktadır.

Temel hakların anayasa mahkemesince korunmasının demokrasi ve hukuk devletini ilgilendiren bir yönü de bulunmaktadır. Parlamenter demokrasi, geçmişte monarka karşı verilen mücadeleden bugüne kadar çok kapsamlı ve çok boyutlu bir nitelik kazanmıştır. Modern devletlerde demokrasinin ayırt edici özelliği, üzerinde uzlaşmış değer ve ilkelerin kişileri ne denli özgürleştirebildiği, yurttaşları seçimler dışında hangi oranda politikaların oluşturulmasına dâhil edebildiğidir. Hukuk devletinin unsurlarının etkili bir biçimde gerçekleştirilmesi de demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biridir. *Habermas*, her türlü siyasal egemenlik biçimi *hukuk* olarak ortaya çıktığından, siyasal iktidarlar henüz hukuk devleti olarak biçimlenmemiş olsalar da bir hukuk düzeninin var olduğunu, benzer biçimde, demokratik olmakla birlikte anayasası olmayan hukuk devletlerinin var olabildiğini belirtmektedir. Buna karşılık *Habermas*'a

¹¹ Anayasa Mahkemesi 23/9/2012 ile 31/3/2014 tarihleri arasındaki bireysel başvuru istatistikleri için bkz., http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_31_mart_2014_istatistikler.pdf (erişim 3/6/2014).

¹² Benzer bir yorum için bkz., Selin Esen'in tebliği, içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, Ankara, TBB Yay., Nisan 2011, s. 33-34. <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf> (erişim, 5/7/2013).

göre, demokrasisiz bir hukuk devletinin var olması mümkün değildir. Bunun yanında partilerin parlamentoya egemen olması, yasama ve yürütmenin birleşmesi ve yürütmenin, parlamentodaki çoğunluğa sahip partinin üyelerinden oluşması, parlamenter demokrasilerdeki işbölümünü değiştirmiştir. Bu değişimin anayasa yargısını ilgilendiren tarafı, yasama organının işlemlerini denetleyecek olan anayasa mahkemesinin kimler ya da hangi kurumlar tarafından harekete geçirileceği sorunudur.¹³

Anayasa mahkemesinin yalnızca yasama organının belli sayıdaki üyelerinin başvurusuyla harekete geçmesini öngörmek ve somut norm denetimi yoluyla yurttaşlara sınırlı bir denetim olanağı sağlamak, anayasa yargısının temel hakları ve anayasal ilkeleri koruma ve gözetme işlevini zayıflatır niteliktedir. Zira bu durumda yasama organı, kendi işlemlerinin denetimi konusunda serbest bırakılmış ve bir bakıma kendi davasının yargıcı durumunu almaktadır. *Duran* da iktidar partisiyle iktidara aday partinin anayasa yargısını kolaylıkla engelleyebileceğini belirtmiştir. Yasama işlemlerini gerçekleştiren iktidar partisi veya partileri olduğuna göre, bunların kendi eserlerinin iptali isteminde bulunmaları asla düşünölemeyeceği gibi; ana muhalefet partisi de geleceğın iktidarı olacağı beklentisiyle, benimsediğı, bazen da karşı çıktığı kanunlar aleyhine anayasa mahkemesine başvurmamayı tercih edebilirler.¹⁴ Bazı anayasal demokrasilerin böyle bir sakıncaya karşılık buldukları çözüm, devletin vatandaşlarına ya da ilgililere anayasa mahkemesini harekete geçirme olanağının tanınması, yani bireysel başvuru yolunun kabulü olmuştur. Bu sistemlerdeki temel

¹³ Jürgen Habermas, “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie”, *Zum Begriff der Verfassung* (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994, s. 83 vd., (Aktaran Göztepe, 1998, s. 14).

¹⁴ Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, 1, Ankara, 1984, s.70. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg1/duran.pdf (erişim, 9/6/2013).

amaç, insan haklarının ve temel hürriyetlerin *tam güvence* altına alınmasıdır.¹⁵ II. Dünya Savaşı sonrasında başta Almanya olmak üzere birçok ülkede, bireysel başvuru usulünün kabulüyle birlikte bireyler, temel haklarının kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla tüm kamu gücü işlemlerine karşı anayasa mahkemesinden *bizzat* hukuki koruma talebinde bulunabilme imkânını elde etmişlerdir.

Uygulandığı ülkelere göre bazı farklılıklar göstermekle birlikte, birçok devlet kamu gücü tarafından temel hakları ihlal edilen bireylere anayasa mahkemelerinden doğrudan hukuki korunma talep etme imkânını tanımaktadır. Bireysel başvuru yolu, birçok batı demokrasisinde anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir.¹⁶ Kıta Avrupası ve Latin Amerika hukuk sistemleri içinde yer alan pek çok ülkenin kabul

¹⁵ Göztepe, 1998, s. 14; Duran, 1984, s. 59.

¹⁶ Karşılaştırmalı hukuk açısından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ile ilgili olarak bkz., *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Study on Individual Access To Constitutional Justice Adopted By The Venice Commission at its 85th Plenary Session* (Venice, 17-18 December 2010), CDL-AD(2010)039rev., 27 January 2011. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)039rev-e) (erişim, 9/6/2013); Cabir Aliyev, *Anayasa Şikayeti*, İstanbul, Beta Yay., 2010; Peter Paczolay, “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 313-20; Rudolf Mellinghof, “Federal Almanya Cumhuriyet’inde Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 283-92; Maria Emilia Casas Baamonde, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 101-10; Kim Jong-Dae, “Anayasa Şikayeti Sistemi: Kore Deneyimi”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 145-53; Gerhart Holzinger, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 61-79; Genaro David Gongora Pilmentel “Amparo Ne İçindir?”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 163-227; Valery Zorkin, “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 283-92; Bahadır Kılınç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, 25, 2008, s. 19-59; Zafer Gören, “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?” içinde *Ergun Özbudun’a Armağan*, eds. Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Fuat Keyman, Ankara, Yetkin Yay., 2008, s. 293-334; Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikâyeti Modeli ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları” içinde *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, eds. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yay., 2006, s. 72-111; Herbert Haller, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 179-93; Winfried Hassemer, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 164-78; Yavuz Sabuncu ve Selin Esen Arnwine, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 229-46; Peter Paczolay, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Venedik’te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 194-203.

ettiği bireysel başvuru usulü, Anglo-Sakson hukukunda teknik anlamda bulunmasa da bireysel başvuruya benzer kanun yolları bu sisteme dâhil ülkelerde de mevcuttur.¹⁷

2. *Bireysel Başvurunun Tanımı*

“Bireysel başvuru” (*individual application/requête individuelle*) veya “anayasa şikâyeti” (*constitutional complaint/verfassungsbeschwerde*),¹⁸ en genel ifadesiyle, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yoludur. Daha geniş bir tanımlamayla bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireylerin diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil

¹⁷ Anglo-Sakson hukuk sisteminde bireysel başvuruya benzer nitelikte “writ of certiorari”, “writ of mandamus” ve “writ of prohibition” gibi uygulamalar bulunmaktadır. Bu konuda bkz., Bahadır Kılınç, “Ortak Hukuk (*Common Law*) Sistemlerine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere’de Anayasa ve Yargısal Denetim” içinde *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, eds. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yay., 2006, s. 113-48.

Bireysel başvurunun uygulandığı ülkeler; Almanya, Arnavutluk, Andora, Avusturya, Azerbaycan, Brezilya, Kolombiya, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Makedonya, Gürcistan, İsrail, Macaristan, Kırgızistan, Liechtenstein, Mali, Malta, Mauritius, Moldova, Moğolistan, Karadağ, Papua Yeni Gine, Polonya, Rusya, Senegal, Slovak Cumhuriyeti, Slovenya, Güney Kore, Güney Afrika, İspanya, Sudan, İsviçre, Suriye, Tayvan, Arjantin, Ukrayna, Özbekistan olarak sayılabilir.

Bireysel başvurunun uygulandığı ülkelerin profilleri için bkz., *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Study on Individual Access To Constitutional Justice Adopted By The Venice Commission at its 85th Plenary Session (Venice, 17-18 December 2010)*, CDL-AD(2010)039rev., 27 January 2011, s. 133-72. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)039rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)039rev-e) (erişim, 9/6/2013).

¹⁸ Göztepe’ye göre, Türk hukuk literatüründe genellikle “anayasa şikâyeti” kavramı kullanılmaktadır. Bazı ülkelerde bireylere de somut herhangi bir dava olmaksızın Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya anayasa aykırılık iddiasında bulunma hakkı tanınabilmektedir. Bu anlamda bireysel başvuru yolu, anayasa şikâyeti niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle Türk anayasa yargısı sistemi ve Anayasa Mahkemesine başvuru yolları dikkate alındığında, Anayasa’nın 148. maddesinde düzenlenen yeni hakkın, anayasa şikâyeti olarak ifade edilmesi daha doğrudur (Ece Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirmesi”, *TBB Dergisi*, 95, 2011, s. 14, *dipnot* 2. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/App_The_mes/TumDergiler/95.pdf (erişim, 25/6/201)).

Bireysel başvuru/anayasa şikâyeti; Federal Almanya’da “Verfassungsbeschwerde”, Avusturya’da “Individualantrag”, İspanya ve Meksika’da “recurso de amparo” ve Fransa’da “requête individuelle” terimleri ile ifade edilmektedir.

“Bireysel başvuru” (*individual application/requête individuelle*) ve “anayasa şikâyeti” (*constitutional complaint*) kavramları arasındaki terminolojik farklılaşma için ayrıca bkz., Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul, XII Levha Yay., 2013, s. 5-10; Kılınç, 2008, s. 21-22.

nitelikte bir hak arama yoludur.¹⁹ Birbirine benzer birçok tanımını yapmak mümkün olmakla birlikte bireysel başvurunun belirleyici özelliği, bireylerin hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla başvurulabilecek yargısal bir imkân/çare²⁰ olmasıdır.²¹

Bireysel başvuru uygulaması açısından her ülkenin kendi koşulları ve gereksinimlerine bağlı olarak değişik çözümler ürettiğini görmek mümkündür. Bu anlamda en kapsamlı ve en güvenceli çözümün öngörüldüğü Federal Almanya’da yasama, yürütme ve yargı olmak üzere bütün kamu gücünü temsil eden organların işlemleri anayasa şikâyetinin konusunu oluşturabilmektedir. Avusturya’da ise, idari başvuru yolları tüketildikten sonra, idari yargıya başvurulmaksızın ya da doğrudan doğruya yasalara karşı bireysel başvuru imkânı tanınmaktadır. İspanya’da sadece bireylere değil, aynı zamanda kamu denetçisi ve savcılık makamına da temel hakların korunması amacıyla harekete geçme yetkisi tanınmıştır. Buna karşın İspanya’da, Federal Almanya ve Avusturya’dan farklı olarak kanunlara karşı anayasa şikâyetinde bulunabilmek mümkün değildir.²² Uygulama ve kapsam farklılıklarıyla beraber bireysel başvurunun, esas olarak, bireylerin anayasada yer alan haklarından herhangi birinin ihlal edildiği iddiasını dile getirebildikleri bir yargısal yol olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu bakımdan fikrimizce bireysel başvuru ya da anayasa şikâyetinin

¹⁹ Hüseyin Ekinci ve Musa Sağlam, *66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, [Council of Europe/Anayasa Mahkemesi, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi], Ankara, Şen Matbaa, 2012, s. 9. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Sor_u.pdf (erişim, 1/7/2013).

²⁰ “Hukuki çare” kavramı, Türk hukuk literatüründe sıklıkla kullanılan bir kavram değildir. Alman hukukunda ise hukuki çare, geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikili bir ayrımla tanımlanmaktadır. Buna göre, geniş anlamda hukuki çare, bir hakkın gerçekleşmesi için başvuru her türlü usulî araçtır. Dar anlamda hukuki çare ise, yargısal kararların iptalini sağlayan her türlü olanağı içeren bir üst kavramdır (Göztepe, 1998, s. 20, *dipnot* 51).

²¹ Daha kapsamlı bir tanım için bkz., Şirin, 2013, s. 11.

²² Ece Göztepe’nin konuşması, içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti, Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, TBB Yay., Panel (Ankara, Nisan 2011), s. 33-34. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf> (erişim, 5/7/2013).

bir iç hukuk yolu olarak kabul edildiği ülkedeki ortak amaç, anayasayı yaşayan bir hukuk belgesi haline getirerek anayasada yer alan birey haklarının bireylerce gerçek anlamda kullanımını sağlayarak etkili korumasını sağlamaktır.²³

3. *Bireysel Başvurunun Niteliği ve İşlevi*

Bireysel başvurunun varlık nedeni, anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği yönündeki iddiaların tespiti, değerlendirilmesi, ihlalin varlığının ya da yokluğunun saptanması ve ihlalin varlığı halinde hak ihlalinin ortadan kaldırılarak birey açısından bir giderimin sağlanmasıdır. Bu bakımdan bireysel başvurunun üzerinde durulması gereken ilk niteliği bu yolun bir *dava türü* olmasıdır.²⁴ Bir dava türü olarak bireysel başvurular, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında görevli olan anayasa mahkemeleri ya da anayasa mahkemesinin görevini yerine getiren yüksek mahkemelerce incelenmekte ve karara bağlanmaktadır.

Bireysel başvurunun yukarıda verilen genel tanımından yola çıkılarak sorulabilecek önemli bir soru, hangi tür hakların/temel hakların kamu otoritelerince ihlal edildiği iddiasıyla anayasa mahkemesine başvurulabileceğidir. Bireysel başvuruya konu edilebilecek hakların tanımı ve kapsamı konusunda bireysel başvurunun bir iç hukuk yolu olarak tanındığı ülkelerde *konu bakımından* bazı farklılıklar söz konusu olabilmektedir. Örneğin bireysel başvuru yolunun 1949 yılından bugüne²⁵ bir iç hukuk yolu olarak kabul eden Federal Almanya’da Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun 90(1) fıkrasına göre,²⁶ herkes temel haklarından ya da Anayasa’nın 20/IV, 33, 38, 101, 103 ve 104. maddelerinde sayılan haklardan birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği

²³ Temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde hayata geçirilmesi konusunda ayrıca bkz., Christian Hillgruber ve Christoph Goos, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2006, s. 34 (*Aktaran Kılınç*, 2008, s. 27).

²⁴ Bireysel başvurunun ne tür bir dava olduğu ile ilgili açıklamalar için bkz., Şirin, 2013, s. 29-32.

²⁵ Anayasa şikâyeti, Federal Alman Anayasası’na 1969 yılında dâhil edilmiştir.

²⁶ Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun Türkçe çevirisi için bkz, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/2972/2570> (erişim, 13/6/2013).

iddiasıyla anayasa şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Federal Almanya’da bireylere tanınan bireysel anayasa şikâyetinin yanı sıra belediye ve belediye birliklerine tanınan komünal anayasa şikâyeti de aynı yasanın 91. maddesinde düzenlenmiştir.²⁷ Federal Almanya’da anayasa şikâyeti yoluyla ile negatif statü haklarının yanında, aktif statü haklarının da korunması amaçlanmıştır. Federal Alman Anayasası’nın “temel haklar” başlıklı birinci bölümü dışında yer alan ve literatürde “temel hak benzeri haklar”²⁸ olarak nitelenen haklar ve “adalet hakları”²⁹ da anayasa şikâyeti yoluyla korunmaktadır. Böylelikle Federal Alman kamu gücünün egemenliği altında yaşayan tüm bireyler için hukuk devleti olmanın gereklerinin yerine getirilmesi amaçlanmıştır. Kural olarak, anayasadaki temel haklar herkes için korunmakta iken bazı hakların sadece vatandaş statüsünde olanlar için korunduğu ülkeler de mevcuttur.^{30, 31}

Bireysel başvurunun ikinci niteliği, bu başvurunun kural olarak “kamu gücü işlemlerine” (*öffentliche Gewalt*) karşı yapılabilmesidir. Federal Alman Anayasası’nda yer alan bir kavram olan kamu gücü işlemleri ifadesi ile en geniş manada yasama,

²⁷ AİHM’nin yaklaşımı için bkz., Hüseyin Ekinci, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri” içinde *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)* [Council of Europe/Anayasa Mahkemesi, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi], ed. Musa Sağlam, Ankara, 2013, s. 151-52. <http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/BookCCnECtHR.pdf> (erişim, 5/7/2013); Federal Almanya uygulaması için ayrıca bkz., Göztepe, 2008, s. 16-17.

²⁸ Alman Anayasa’sı bakımından temel hak benzeri haklar şunlardır: Direnme hakkı (md. 20/IV), seçme ve seçilme hakkı (md. 38), yasal yargıç güvencesi ve istisnai mahkeme yasağı (md. 101), hak arama özgürlüğü (md. 103) ve temel hakların sınırlanmasına ilişkin sınırlardır (md. 104).

²⁹ Adalet temel haklarının tanımı ve kapsamı için bkz., Göztepe, 1998, s. 54.

³⁰ Örneğin Almanya’da toplantı ve gösteri yapma (md. 8), sendika kurma ve örgütlenme (md. 9), seyahat etme (md. 11), meslek seçme (md. 12(1)), vatandaşlık ve sınır dışı edilmeme hakkı (md. 16(1) ve II), tüm Alman vatandaşlarının her eyalette aynı vatandaşlık hakkına sahip olma ve kamu hizmetine girme (md. 33) hakkı sadece vatandaşlar bakımından korunmaktadır.

³¹ Bu konudaki örnekleri çoğaltmak mümkündür: Örneğin Avusturya’da anayasadaki tüm hak ve özgürlükler bireysel başvurunun konusu olabilirken, İspanya ve Meksika’da sadece temel hak ve özgürlükler bireysel başvuruya konu edilebilmektedir. Bunun yanı sıra ekonomik ve sosyal hakların, İspanya, Federal Almanya ve Meksika’da bireysel başvuruya konu edilebilmeleri mümkün değildir.

yürütme ve yargı organlarının işlemleri kastedilmektedir.³² Uluslararası anlaşmalar, uluslararası anlaşmaların onay yasaları, anayasa değişikliğine ilişkin yasalar da bireysel başvurunun konusu olabilmektedirler.³³

“Kamu gücünün *ihmali* işlemleri”nin bireysel başvuru konusu olup olamayacağı konusu ise ayrı bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Öğretide kamu gücünün ihmali işleminin temel hakkı ihlal edebilmesi ancak yasama, yürütme ve yargı organlarına bir işlemde bulunma zorunluluğu yüklenmişse mümkün olabileceği ileri sürülmektedir.³⁴ Örneğin Federal Alman Anayasası’nın eşitlik ilkesinin düzenlendiği 3. maddesinde yer alan düzenleme ihmal yoluyla temel hakların ihlal edilebileceğinin dayanağını oluşturmaktadır. Ancak kamu gücünün ihmali işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvuruya dayanak olabilecek pozitif bir normun yani yasa koyucunun bir işleminin var olması gerekmektedir. Dava konuları içinde en çok tartışma nedeni olan kamu gücünün ihmali işlemleri ancak açık ya da örtülü olarak kamu gücüne bir eylemde bulunulması emredilmişse bireysel başvuru konusu olabilirler. Bireylerin yasa koyucu veya idareyi hiç yapılmamış bir işleme dayanarak dava yoluyla zorlama hakkının bulunması kural olarak mümkün değildir.³⁵ Bu tür bir yükümlülüğün var olması halinde, Federal Alman ve Güney Kore anayasa yargısında olduğu gibi kamu gücünün ihmallerine karşı da anayasa şikâyeti yoluna başvurulabilmektedir.³⁶

Bireysel başvurunun üçüncü niteliği, *ikincil nitelikte bir kanun yolu* olmasıdır. “İkincillik ilkesi” (*principle of subsidiarity*), bireysel başvuru yolunun, temel hakların

³² Dieter Dörr, *Die Verfassungsbeschwerde in der Prozesspraxis*, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, s. 23 (*Aktaran Göztepe*, 1998, s. 42).

³³ Bu konuda bkz., Göztepe, 1998, s. 42-49.

³⁴ Göztepe, 1998, s. 42-43; Kılınç, 2008, s. 24; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Şirin, 2013, s. 361-79.

³⁵ Kılınç, 2008, s. 24, *dipnot* 9.

³⁶ Kılınç, 2008, s. 24.

ihlalinin önleme konusunda diğer tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabilecek en son hukuki çare olmasını ifade etmektedir.³⁷ İkincilik ilkesi ayrıca temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin önlenmesi görevinin öncelikli ve esas olarak parlamentoya, yürütme organına ve genel mahkemelere ait olmasını sağlamaya yönelik bir araç olması bakımından da önem taşır. Gerekli başvuru şartlarını taşıyan bireysel başvuruların anayasa mahkemesince değerlendirilmesi, ihlal iddiaları karşısında olağan kanun yollarında yapılan denetime rağmen temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği yönündeki iddialar karşılanmaması durumunda mümkün olmaktadır.³⁸

“İç hukuk yollarının tüketilmesi” ve “hukuki yarar” şartlarıyla da yakından ilgili olan ikincilik ilkesi, genel olarak yasal düzenlemelerde öngörülmemiş olmamasına karşın AİHM ve bireysel başvuruları inceleyen anayasa mahkemelerinin içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. Buna göre, bireysel başvuru temel hakların ihlalinin önlemede *en son* ve *olağanüstü* bir hukuki yoldur. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin önlenmesi öncelikli olarak idari makamların ve yerel mahkemelerinin görevidir. Zira idari makamlar ve yerel mahkemeler ihlal iddialarına ilişkin olguları yer, zaman ve şartlar bakımından değerlendirme noktasında daha avantajlı durumdadırlar. Bu nedenle, anayasa mahkemelerinin bireysel başvurulara ilişkin yaptığı denetimi kural olarak ikincil niteliktedir. Dolayısıyla bireysel başvurunun amacı, temel hak ihlalinin ortadan kaldırılmasıysa ve temel hak ihlalinin ilk ve üst derece mahkemelerde ortadan

³⁷ Sözleşme’nin ikinciliği ile ilgili olarak bkz., Karen Reid, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 4th ed., UK, London, Sweet & Maxwell, 2012, s. 57. İç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu bazı ülkelerin bazı uygulamalarında aranmamaktadır. Örneğin Federal Almanya uygulamasında, Anayasa’ya göre, bir yasa tarafından anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilere, bu yasa idarenin bir işlemiyle ya da bir yargı kararıyla bireye uygulanmadıysa, doğrudan doğruya anayasaya aykırılık iddiasıyla Mahkeme’ye başvurma hakkı tanınmıştır. Bkz., <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08ALMANYA%20209276.pdf> (erişim, 25/6/2013).

³⁸ Bu konuda bkz., Ekinci, 2013, s. 113-23.

kaldırılabilmesi olanağı varsa, bireysel başvuru yapma noktasında hukuki yararın bulunduğu söylenemez.³⁹

İkincillik ilkesi bu özellikleri itibariyle daha çok kanun yollarının tüketilmesi şartının kökenini açıklayan bir ilkedir. Bununla birlikte, kanun yollarının tüketilmesi zorunluluğu ile ikincillik ilkesinin aynı kavramlar olmadığının ifade edilmesi gerekmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ikincillik ilkesini “Başvurucu tarafından ileri sürülen temel hak ihlalinin mümkün olduğunca yetkili genel mahkemelerin hiyerarşik düzeni içinde çözüme kavuşturulmalıdır. Bunun bir amacı da, Anayasa Mahkemesine karar vermeden önce, diğer yerel ve yüksek mahkemelerin somut olaya ilişkin hukuki görüş ve düşüncelerini bilme olanağının tanınması”⁴⁰ şeklinde değerlendirmektedir.

Bireysel başvurunun dördüncü niteliği, *olağanüstü bir kanun yolu* olmasıdır. Bu anlamda bireysel başvuru temyiz ya da istinaf benzeri bir başvuru yolu olmadığı gibi, temyiz ya da istinaf yolu tüketildikten sonra başvurulabilecek olağanüstü bir temyiz fırsatı olarak da değerlendirilemez. Temyiz ya da istinaf aşamalarında, ilk derece mahkemelerinin olayları ve delilleri değerlendirmeleri doğru yapıp yapmadıkları, mahkemelerin yaptığı işlemlerin yasalara uygun olup olmadığı ve yasa kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı maddi olgular bazında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Ancak bireysel başvuru yolunda anayasa mahkemesi, ilke olarak normun doğru uygulanıp uygulanmadığı, maddi olay ve delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediğini açıkça keyfilik içermediği sürece denetlememektedir. Normun yerel mahkemelerce yanlış uygulanması, bireysel başvuru kapsamındaki temel bir hakkı ihlal etmediği sürece anayasa mahkemesi tarafından incelenmemektedir. Anayasa mahkemesi, bireysel başvuru incelemesinde kural olarak, yerel mahkemelerin maddi

³⁹ Kılınç, 2008, s. 36, *dipnot* 41.

⁴⁰ Göztepe, 1998, s. 78.

olay, olgu ve delilleri değerlendirirken, normu uygularken bireysel başvuruya konu edilebilecek temel hakları ihlal edip etmediklerini inceler. Bireysel başvurunun olağanüstü bir kanun yolu olmasının diğer bir önemli sonucu da diğer olağanüstü kanun yollarında olduğu gibi bireysel başvuru yoluna başvurulmasının, aleyhine başvurulan normun uygulanmasını, mahkeme kararının infaz edilmesini veya idari kararın yürütölmesini durdurumasıdır.

Bireysel başvurunun işlevlerini çoğaltmak mümkündür. Ancak fikrimizce diğer işlevlerin de yukarıda değinilen dava türü olma, kamu gücü işlemlerine karşı yapılabilme, ikincil nitelikte olma ve olağanüstü nitelikte bir kanun yolu olma işlevlerinin bir türevi olmaktan öteye geçememektedir.

Bireysel başvuru uygulaması hakkında değerlendirmede bulunulabilmesi için yukarıda değinilen işlevlerinin yanı sıra kapsamının ve sınırlarının da belirlenmesi gerekmektedir. Hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla kişisel mağduriyet nedeniyle başvurulabilecek bireysel başvuru ile genel olarak herkesin başvurabileceği “halk davası” (*actio popularis*) arasında bazı farklar bulunmaktadır. Bireysel başvuruda, ilke olarak bireysel başvuruya konu edilebilecek bir hak veya özgürlüğü *doğrudan ihlal* edilen birey ya da bireylerin haklarını araması söz konusudur. Halk davası, temel hakkı kişisel olarak ihlal edilmemiş olsa bile herkesin başvurabileceği bir dava türüdür. Bu nedenle bireysel başvuru bir halk davası niteliğinde değildir. Bireysel başvuru öncelikle *subjektif* bir koruma sağlamakta ve objektif koruma işlevi ikincil bir nitelik taşımaktadır. Oysa halk davasının objektif niteliği ön plana çıkmaktadır. Halk davası yoluyla yasaların anayasa yargısı yoluyla denetlenmesi, anayasaya uygunluğun sağlanması *hukuk düzeninin* sağlanmasına (*objektif etki*) öncelik tanımaktadır. Bu tür bir denetimin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkilediğinde kuşku bulunmamakla birlikte bu tür bir yaklaşımın hayata geçmesi anayasa mahkemelerinin

altından kalkamayacakları bir iş yüküyle karşı karşıya gelmelerine neden olabilecek niteliktedir. Bu açıdan bireysel başvuru, herkesin hukuken hakkının korunup korunmadığına bakılmaksızın, bir yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla başvuru yapabildiği halk davasından farklıdır.⁴¹

Bu noktada anayasa mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen bireysel başvuru incelemesinin, niteliği itibarıyla sadece bir temel hak ihlalinin olup olmadığının denetlenmesinden ibaret olduğunu ve bireysel başvuru yolunda, ilke olarak, dava konusu olaydaki maddi vakıaların ve delillerin değerlendirilmesinin yapılmadığını da vurgulamak gerekmektedir.

İç hukukta görülen davaların temyiz aşamasında, ilk derece mahkemelerince değerlendirilen maddi olay ve olgular yeniden bir incelemeye tabi tutulmayıp sadece kararı veren yerel mahkemenin dava ile ilgili maddi olay ve olguları değerlendirirken izlediği yolun hukuka uygunluğu incelenmektedir. Yerel mahkemelerce yapılan inceleme, literatürde *basit hukukun yorumu* olarak nitelendirilmektedir. Bununla beraber, bireysel başvuru yolunda anayasa mahkemesi, yerel mahkemelerin hukukun doğru bir biçimde uygulayıp uygulamadıklarının denetimini yapmamaktadır. Anayasa mahkemesi, bireysel başvuru yoluyla yapılan şikâyetlerde, anayasanın ve anayasada yer alan temel hakların ihlal edilip edilmediğini denetlemektedir. Anayasa mahkemelerinin bireysel başvuru yoluyla yaptıkları denetim literatürde “spesifik anayasa hukuku”nun⁴²

⁴¹ Actio popularis ile bireysel başvuru arasındaki farklar için bkz., Şirin, 2013, s. 43.

⁴² “Spesifik anayasa hukuku”, bireysel başvuru davalarında Anayasa Mahkemesinin görev alanı belirlenmeye çalışılırken basit anayasa hukukunun karşıtı olarak açıklanmaya çalışılmaktadır. Ancak bugüne dek iki kavramın farkı net bir biçimde ortaya konabilmiş değildir. Özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında *spesifik anayasa hukuku* ile neyin kastedildiğinin ipuçları bulunabilir. Yerleşik içtihadı göre, eğer genel mahkemelerin kararları bir temel hakkın anlamı, özellikle de koruma alanı konusunda esaslı derecede yanlış bir görüşe dayanıyorsa ve bu görüş somut durumda belli bir öneme sahipse Anayasa Mahkemesi genel mahkemelerin yorum hatalarını düzeltmekle yükümlüdür. Diğer yaklaşıma göre ise, eğer bir yargıcın verdiği kararda taraflardan birinin çıkarı diğerine göre daha fazla gözetilmişse ve bu durum *basit hukukun* uygulanmasından kaynaklanıyorsa, yargıcın kararının doğruluğuna ve değerlendirmenin adilliğine ilişkin kuşkular bulunsun da, bu durumda bir temel hakka

ihlali üzerine yapılan bir denetim olarak değerlendirilmektedir. Aksi bir durum anayasa mahkemelerinin diğer yerel mahkemeler üzerinde ve onların kararlarını denetleyen bir “süper temyiz mercii”⁴³ haline gelmesi sonucunu doğuracaktır ki bu durum merkezileşmiş sistemi benimseyen ülkelerin hukuk düzenleri açısından ayrıca tartışılması gereken bir durumdur. Bu açıdan anayasa mahkemelerinin bireysel başvuru yolunda gerçekleştirdiği denetimin kapsamının yerel mahkemelerin denetimine oranla oldukça dar olduğu söylenebilir.

Bireysel başvurunun nitelikleri ve kapsamının yanında bireysel başvuru yolunun hukuk düzeni ve bireyler bakımından işlevinin ne olduğunun belirlenmesinde yarar bulunmaktadır. Bireysel başvurunun temelde *subjektif* ve *objektif* olmak üzere iki işlevinden bahsedilebilir. “Subjektif işlev” ile bireyin temel hak ve özgürlüklerinin anayasa yargısı yoluyla korunması ve geliştirilmesi, “objektif işlev” ile hukuk düzeninin korunması ve anayasa yargısının içtihatlar yoluyla geliştirilmesi kastedilmektedir.⁴⁴ Bireysel başvurunun her iki işlevinin de anayasa mahkemeleri bakımından önem arz etmekle beraber hangi işlevin daha ön planda olduğu tartışmalı bir konudur. Bireysel başvurunun işlevlerinden birini öne çıkaranlar⁴⁵ olduğu gibi her iki işlevin de eşit

aykırılık söz konusu değildir. Temel hakkın ihlali ya yargıcın somut olayda, çatışan temel hak alanlarının dengelenmesinin söz konusu olduğunu fark etmemesi ya da kararının temel haklardan birinin ya da diğerinin önemine ilişkin temel bir yanlış görüşten, özellikle de bu temel hakkın koruma alanına ilişkin yanlış bir görüşten kaynaklanması halinde gerçekleşir. Gerhard Leibholz, Hans-Justus Rinck ve Dieter Hesselberger, *Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)*, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, s. 17 (Aktaran Göztepe, 1998, s. 24). Bireysel başvurunun *spesifik niteliği* için bkz., Zafer Gören, “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)”, *Anayasa Yargısı*, 11, 1994, s. 105. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg11/docdrz_afer.pdf (erişim, 13/6/2013).

⁴³ Anayasa mahkemesinin süper temyiz mercii olmadığı konusunda bkz., Göztepe, 1998, s. 24-25.

⁴⁴ Subjektif ve objektif işlev konusunda bkz., Şirin, 2013, s. 67-69; Karaman, 2013, s. 35-40.

⁴⁵ Objektif işlevi öne çıkaran yazar için bkz., Ernst Träger, “Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren”, *Verantwortlichkeit und Freiheit (Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag)*, 1989, s. 769-70. Subjektif işlevin ön planda olduğunu savunan yazarlar için bkz., Michael Hund, “Zur Rücknahme von Verfassungsbeschwerden”, *Festschrift für Joachim Faller*, 1984, s. 66; Apostolus Gerontas, “Zur

ağırlıkta olduğunu ifade edenler⁴⁶ mevcuttur. Bununla beraber doktrinde, bireysel başvurunun subjektif niteliğinin daha çok öne çıktığı yönünde görüşlerin ağırlıkta olduğunu görmekteyiz. Bu görüşün savunucuları mahkeme kararlarının asıl işlevinin kişilerin temel haklarını korumak olduğu, dolayısıyla bireysel başvurunun subjektif özelliğinin ön planda olduğu ifade edilmiştir. Subjektif ve objektif işlev arasındaki farkı bireysel başvuru şikâyetinin geri alınıp alınamamasına dayandıranlar da mevcuttur.⁴⁷

Bireysel başvurunun objektif işlevinin ön planda yer alması, kişileri bireysel başvuru davasının *öznesi* değil *aracısı* haline dönüştürmektedir. Bireysel başvurunun yalnızca objektif işlevinin ön plana çıkarılmasıyla, subjektif işlev ikinci plana düşmekte ve bu durum her bireysel başvurunun öncelikle anayasayı yorumlama ve geliştirmeye yönelmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Artan iş yükleri karşısında anayasa mahkemelerinin sadece anayasal öneme sahip başvuruları bireysel başvuru kapsamında incelemeye başlamaları da bireysel başvuru yolunun objektif niteliğinin giderek ön plana çıkması sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa mahkemelerince tercih edilen “anayasal önem yaklaşımı” aynı zamanda bireysel başvuru konusu hukuksal meselenin, bireysel başvuruya konu edilen sorunun açıklığa kavuşturulmasında somut olayı *aşan bir yarar* olmasını gerektirmektedir.⁴⁸

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz”, *DÖV*, 1982/11, s. 440; Hans F. Zacher, “Die Selektion der Verfassungsbeschwerden”, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)*, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976, s. 397; Gerd Roellecke, *Politik und Verfassungsgerichts*, Hiedelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wissenschaft, 1961, s. 122 (tümünden *Aktaran Göztepe*, 2008, s. 18).

⁴⁶ Bireysel başvurunun iki işlevini de birlikte değerlendiren yazar için bkz., Michael Sachs, “Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten”, *BayVBl*, 1982/2, s. 38 (*Aktaran Göztepe*, 2008, s. 18).

⁴⁷ Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun her iki işlevini de kabul etmektedir.

⁴⁸ Türkiye açısından da “anayasal önem” konusunda, 6216 sayılı Kanun’un 48(2) fıkrasında Anayasa’nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvuruların kabul edilemezliğine karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Anayasal önem konusunda bkz., Serhat Altinkök,

Anayasal önemden bahsedilebilmesi için bireysel başvuru konusu somut olayın aynı zamanda ülke genelini ilgilendiren anlaşmazlıklar için anlamlı olması ya da gelecekteki durumlar için de çözüm oluşturabilecek önemde bir sorunla ilgili olması gerekmektedir. Bu kriterin kabulü ve yaygınlaşması bireysel başvurunun subjektif işlevinin yerini objektif işlevine bıraktığı anlamına gelmektedir.

Bireysel başvurunun kurumsal işlevlerinin (*subjektif ve objektif*) yanı sıra bireyler üzerinde psikolojik etkilerinden de bahsetmek mümkündür. Bir hukuk devletinin egemenlik sahasında yaşamını devam ettiren bireylerin gerek genel mahkemeler aracılığıyla gerekse anayasa mahkemesine bizzat başvurarak temel hak ve özgürlüklerinin içi boş hukuk kurallarından ibaret olmadığını, bu hakların somut olarak koruma altında olduğunu görmeleri bireylerin hukuk ve adalet duyguları açısından önemli bir farkındalık kaynağıdır. *A.H. Schuler*, vatandaşların devlet organlarının temel hukuk düzenine ve bu düzenin temelindeki değerlere uygunluğunu denetlemenin bir parçası olduklarını bilmelerinin onlarada bir güven duygusu oluşturduğunu, bunun da kurumların işleyişine duydukları güveni artırdığını ifade etmektedir. *A. Rinken* ise bireyler açısından bireysel başvuru yolunun temel hakları koruma dışında, siyasal katılmanın bir boyutu olarak önem taşıdığını belirtmektedir.⁴⁹

Bireysel başvurunun bir diğer psikolojik etkisi de temel hakların yorumlama görevini ilke olarak elinde bulunduran ve bununla görevli olan yerel mahkemeler üzerinde oluşturduğu etkidir. Bireysel başvuru uygulamasının oluşturacağı bu etki,

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 35 § 3 (b) Maddesinde Yer Alan Yeni Kabul Edilebilirlik Ölçütü: ‘Önemli Zarar’”, *AÜHFD*, 62(2), 2013, s. 349-405.

⁴⁹ Andrea Hans Schuler, *Die Verfasungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Zürich, Verlag Schulthess, 1968, s. 44; Alfred Rinken, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (2 Bände), (Hrsg.) Rudolf Wassermann u.a., 2. Auflage, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1989, s. 1043 (tümünden *Aktaran Göztepe*, 2008, s. 21).

temel hakların tüm ülkede aynı şekilde anlaşılıp uygulanmasını sağlamaktadır.⁵⁰ Bireysel başvurunun bir ülkede iç hukuk yolu olarak kabulüyle birlikte yerel mahkemelerin, korumakla yükümlü oldukları temel hakları hayata geçirmede daha hassas davranacaklarına dair genel bir kanı mevcuttur. Bu etki, bireysel başvurunun *eğitici etkisi* olarak tanımlanabilir. Örneğin bireysel başvuru sonrasında verilen ihlal kararı ile yargılamanın yenilenmesi mekanizmasının harekete geçirilerek, bir temel hakla ilgili yargılama sırasında dikkate alınmayan bir konuya dair bir giderimin sağlanması mümkün olabilmektedir.

Anayasa yargısı alanındaki içtihatların gelişmesi de bireysel başvurunun bir diğer işlevi olarak kabul edilebilir. Bireysel başvuru yolunun tanındığı ülkelerde anayasa mahkemelerince verilecek önemli ve ülkenin tüm bireylerini ilgilendirebilecek kararların varlığı, o ülkedeki hukuk algısı ve literatürüne de önemli katkıda bulunmaktadır.

Bir iç hukuk yolu olarak bireysel başvuru AİHM'ye başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olması bakımından ulusal mercilere ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma imkânı tanımaktadır. Bu nedenle bireysel başvurunun, AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanıyan ülkeler bakımından, AİHM nezdinde ilgili devlet aleyhine yapılacak başvuruları büyük oranda azaltıcı etki oluşturacağı da kuşkusuzdur.

B. Bireysel Başvuru Yolunun AİHS Açısından Değerlendirmesi

Konsey'e Üye Ülkeler'de, II. Dünya Savaşını takip eden süreçte, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel

⁵⁰ Christian Hillgruber ve Christoph Goos, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2007, s. 34 (Aktaran Kılınç, 2008, s. 27).

Bildirisi’nde⁵¹ belirlenen hakların evrensel ve etkin olarak tanınması ve hayata geçirilmesi amacıyla bir AİHS hazırlanması konusunda görüş birliği olduğu görülmektedir. Konseye Üye Devletler tarafından imzalanan AİHS ile bu amaca ulaşma yollarından birinin insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi olduğu beyan edilmiştir. Sözleşmeciler devletler, imzaladıkları AİHS ile ayrıca dünyada barış ve adaletin temelini oluşturan ve korunması bir yandan gerçek demokratik bir siyasal rejime diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere bağlılıklarını deklare edilmişlerdir.⁵² Bu bakımdan temel hak ve hürriyetlerin korunması, AİHS’nin en önemli ve birincil amacını oluşturmaktadır. Bu amaçtan hareketle, Sözleşme’nin 19. maddesinde, insan haklarına ilişkin daha önceki belgelerde bulunmayan milletlerarası nitelikte yargısal bir denetim ve güvence sistemi öngörülmüştür.⁵³

AİHS’ye ek 11 no.lu Protokol’ün yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Sözleşme’nin denetim sistemi Avrupa İnsan Hakları Komisyonunca (“Komisyon”) yapılan ön inceleme sonrasında Avrupa İnsan Hakları Divanı (“Divan”) veya Bakanlar Komitesi tarafından verilen kararlardan oluşmaktaydı.

Ancak zaman içerisinde denetim mekanizmasının etkinliğini sağlamak, işlemleri azaltmak ve hâlen mevcut olan yüksek düzeydeki koruma kalitesini geliştirme ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu amaca yönelik olarak 9 Ekim 1993 tarihinde toplanan *Viyana Konferansı*’nda mevcut Komisyon ve Divanın yerine bu kurumların işlevlerini

⁵¹ Bireysel başvuru hakkının “devrimci” niteliği ve bu usul kabul edilene kadar geçen süreçteki tartışmaların özetlendiği önemli bir kaynak için bkz., Ömer Madra, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru*, AÜSBF Yay. (no: 458), 1981, s. 127-36. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin metni için bkz., <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (erişim, 19/7/2013).

⁵² Bu konuda bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Başlangıç kısmı, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

⁵³ AİHS’nin 19. maddesinin çevirisi şu şekildedir:

“Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeciler Taraflar’a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle “Mahkeme” olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar.”

üstlenecek ve Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçası olacak tek bir AİHM'nin kurulması kararlaştırılmıştır. *Viyana Bildirisi*'nde Konsey üyesi devlet ve hükümet başkanlarınca Sözleşme'nin denetim mekanizmasında reform yapılması için alınan kararlara uygun olarak, “İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanmasına ilişkin 11 no.lu Protokol”⁵⁴ hazırlanmıştır.

11 no.lu Ek Protokol ile Sözleşme'nin denetim mekanizması kapsamlı bir şekilde değişmiş, siyasi ve yargısal bir denetim sisteminden, tamamıyla *zorunlu, sürekli görev yapan* ve *yargısal* işleve sahip mahkeme düzenine geçilmiştir. Protokol ile Sözleşme'nin denetim mekanizmasında köklü değişiklikler gerçekleştirildiğinden bu Protokol'ün kabulü sözleşmecî devletler açısından ihtiyarî nitelikte değildir. Yürürlüğe girebilmesi için bütün taraf devletlerce imzalanması öngörülen 11 no.lu Protokol, en son imzanın atılmasının ardından bir yıl sonra,⁵⁵ 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHM'nin kurulmasının ardından Mahkemeye, Sözleşme'nin 33. maddesinde düzenlenen “devlet başvurusu” ve 34. maddesinde düzenlenen “bireysel başvuru” yapılabilmesinin önü açılmıştır.

Sözleşme'nin 34. maddesine göre, Sözleşme veya Ek Protokolleri'nde tanınan haklarının “Yüksek Sözleşmecî Taraflar”dan (*High Contracting Parties*) biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları AİHM'ye başvurabilme hakkına sahiptir. Yüksek Sözleşmecî

⁵⁴ 11 no.lu Ek Protokol'ün kabulünden önceki denetim mekanizmasının iş yükünün çokluğu, Komisyon ve Divanın devamlılık arz etmeyen çalışma düzeni işlerin süruncemede kalmasına neden olmaktaydı. Ayrıca, Komisyonda sonuçlandırılan başvuru hakkında karar verilmesi için Bakanlar Komitesine gönderilmesi gerekmekteydi. Konseyin siyasi karar kurumu olan Bakanlar Komitesi, bu açıdan adli bir görev yapmaktaydı. Bakanlar Komitesinde şikâyet edilen devletin de oy hakkına sahip olması bağımsızlık ve tarafsızlığı zedelemekteydi. Bu gerekçeler 11 no.lu Ek Protokol'ün hazırlanmasına öncülük etmiştir. Sözleşme'ye ek 11 no.lu Protokol'ün metni için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/CommunQueVoulezVous.asp?NT=155&CM=7&DF=28/08/2013&CL=ENG> (erişim, 24/ 6/2013).

⁵⁵ Türkiye Sözleşme'ye ek 11 no.lu Protokol'ü 30/05/1997 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylamıştır (20/6/1997 tarih ve 23025 sayılı R.G.). Protokol 1/11/1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Taraflar ayrıca bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı da taahhüt etmişlerdir.⁵⁶

Sözleşme'nin 34. maddesi ile bireylere, bireysel başvuru yoluyla uluslararası alanda gerçek anlamda dava açma hakkının verilmesi amaçlanmaktadır. Bu hak, AİHS'nin oluşturduğu sistemin etkin bir şekilde işletilmesinin temel unsurlarından biri olup, insan haklarının korunması açısından gerekli olan denetim mekanizmasının köşe taşıdır.⁵⁷

Sözleşme'nin 1. maddesine göre her özel kişi, Sözleşme'ye taraf bir devletin egemenlik alanında meydana geldiğini iddia ettiği bir ihlal nedeniyle o devlete karşı Sözleşme'nin korumasından yararlanmak isteme hakkına sahiptir.⁵⁸ Tabiiyeti/milliyeti, ikamet yeri, medeni statüsü, durumu veya hukuki ehliyeti ne olursa olsun, her gerçek ve tüzel kişi bireysel başvuru hakkını kullanabilir. Ayrıca her hangi bir hükümet dışı örgütün de başvuru hakkını kullanması olanaklıdır. Hükümet gücünü kullanmayan kamusal kuruluşlar⁵⁹ devletten hukuki ve mali olarak bağımsız olan kuruluşlar⁶⁰ da bu

⁵⁶ AİHS'nin 34. maddesi şu şekildedir:

“Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”

⁵⁷ Council of Europe/European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, March 2011, § 6 [*bundan sonra*, *Practical Guide on Admissibility Criteria*]. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf (erişim, 15/7/2013). Ayrıca bu konu ile ilgili bkz., *Loizidou/Türkiye* (ilk itirazlara ilişkin karar) [BD], no. 15318/89, 23/3/1995, § 70; *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, 4/2/2005, §§ 100, 122.

⁵⁸ *Van der Tang/İspanya*, no. 19382/92, 13/7/1995, § 53.

⁵⁹ *Holy Monasteries/Yunanistan*, no. 13092/87 ve 13984/88, 9/12/1994, § 49; *Radio Fransa ve Diğerleri/Fransa* (kk), no. 53984/00, 23/9/2003, §§ 24-26.

⁶⁰ *Islamic Republic Iran Shipping Lines/Türkiye*, no. 40998/98, 10/4/2003, §§ 80-81; *Unédic/Fransa*, no. 20153/04, 18/12/2008, § 48-59.

yola başvurabilirler. Diğer yandan bir belediye veya belediyenin kamu otoritesini kullanan bir iştiraki 34. maddeye dayanarak bir başvuru yapma hakkına sahip değildir.⁶¹

Sözleşme'nin 34. maddesine göre, ihlale ilişkin şikâyetlerin soyut (*in abstracto*) nitelikte olmaması gerekmektedir. Başvurucuların, sadece Sözleşme'ye aykırı olduğunu düşündükleri için bir iç hukuk hükmüne karşı bireysel başvuru yoluyla şikâyetle bulunma hakları olmadığı gibi⁶² halk davası yoluyla da (*actio popularis*) başvuru hakkı bulunmamaktadır.⁶³

Bireysel başvurunun AİHM'ye bizzat yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Başvurucu, AİHM'ye bizzat başvuruda bulunmak yerine temsil edilmeyi tercih etmiş ise, AİHM İçtüzüğü'nün 45(3) fıkrasına göre⁶⁴ başvuru tarafından imzalanmış yazılı bir yetki belgesinin Mahkemeye sunulmasını gerektirmektedir. Temsilcilerin, AİHM önünde adına hareket edeceği Sözleşme'nin 34. maddesi anlamındaki mağdurdan özel ve açık bir talimat aldıklarını göstermeleri esastır.

AİHM'ye başvuru hakkı *mutlak nitelikte* olup hiçbir kısıtlamaya tabi tutulamaz. Bu ilke aynı zamanda Sözleşme organlarıyla haberleşme özgürlüğüne işaret etmektedir. Ulusal makamlar, şikâyetlerini geri çekmeleri veya değiştirmeleri için başvuruculara her hangi bir şekilde baskı yapmaktan kaçınmak zorundadırlar. AİHM'nin bireysel başvuru hakkının kullanılması üzerindeki caydırıcı etkiyi inceleme yetkisi bulunmaktadır.⁶⁵

Bireysel başvuru uygulaması bakımından davalı devletin bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. AİHM İçtüzüğü'nün 39. maddesine göre geçici tedbir kararı verebilir.⁶⁶

⁶¹ Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, § 9.

⁶² *Monnat/İsviçre*, no. 73604/01, 21/9/2006, §§ 31-32.

⁶³ Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, § 10; Reid, 2012, s. 69; *Klass ve Diğerleri/Almanya*, no. 5029/71, 6/9/1978, § 33; *Georgian Labour Party/Gürcistan* (kk), no. 9103/04, 20/06/2006; *Burden/Birleşik Krallık* [BD], no. 13378/05, 29/4/2008, § 33.

⁶⁴ AİHM İçtüzüğü'nün metni için bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (erişim, 18/7/2013).

⁶⁵ *Colibaba/Moldova*, no. 29089/06, 23/10/2007, § 68.

⁶⁶ *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, §§ 99-129.

Davalı devlet (*respondent state*) yetkililerinin, AİHM'nin gösterdiği tedbire uygun davranmak için atılması gereken bütün adımları atmamaları Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.⁶⁷

Bireysel başvuru konusu somut olayın nitelendirmesini yapmak AİHM'nin görevi olmakla birlikte, taraflar gerekli tüm bilgileri sağlamak suretiyle buna aktif bir şekilde yardım ederler. Delil aranırken tarafların gösterdikleri tutum AİHM tarafından dikkate alınabilir.⁶⁸ Bireysel başvuru sistemi bağlamında bir başvurunun etkili bir şekilde incelenebilmesi için devletlerin gerekli her türlü yardımda bulunmaları önemlidir. Devletin tatmin edici bir açıklamada bulunmaksızın elindeki bilgileri vermemesi AİHM'nin Sözleşme'nin 38. maddesi (*adversarial proceedings/çekişmeli yargılama ilkesi*) bakımından bazı sonuçlar çıkarmasına neden olabilir.⁶⁹

Sözleşme'nin 34. maddesine dayanılarak yapılacak bireysel başvurular AİHM tarafından öncelikle kabul edilebilirlik açısından incelenmektedir. Kabul edilebilirlik incelemesi Sözleşme'nin 35. maddesi, AİHM İçtüzüğü ve içtihatları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Kabul edilebilirlik incelemesi genel olarak; iç hukuk yollarının tüketilmesi, başvuru süresi kuralı, anonim başvuru olmama, esas olarak aynı nitelikte başvuru olmama, başvuru hakkının kötüye kullanılmaması kriterleri açısından gerçekleştirilmektedir. Başvuru ardından AİHM'nin yetkisine ilişkin kabul edilebilirlik kriterleri bakımından incelemeye tabi tutulmaktadır. Başvurunun kişi (*ratione personae*), yer (*ratione loci*), zaman (*ratione temporis*) ve konu (*ratione materiae*) bakımından da AİHM'nin yetki alanından olması gerekmektedir.⁷⁰ Usule ilişkin yapılan

⁶⁷ *Paladi/Moldova* [BD], no. 39806/05, 10/3/2009, §§ 87-92.

⁶⁸ *İrlanda/Birleşik Krallık*, no. 5310/71, 18/1/1978, § 161.

⁶⁹ Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, § 9; Bu konuda ayrıca bkz., *Timurtaş/Türkiye*, no. 23531/94, 13/06/2000, § 66. Sözleşme'nin 34. maddesi ile 38. maddesi arasındaki ilişki konusunda bkz., *Bazorkina/Rusya*, no. 69481/01, 27/7/2006, §§ 170, 175.

⁷⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, §§ 151-206.

bu incelemelerin ardında esas incelemesine geçilmektedir.⁷¹ Gerek usul gerekse esasa ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerinin incelenmesi bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından burada sadece AİHM'ye bireysel başvurunun esaslı noktaları üzerinde durulmuştur.

Sözleşme'nin 35(1) fıkrasına göre ancak ulusal hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'ye başvuru yapmak mümkün olabilmektedir.⁷² İç hukuk yollarını tüketme kuralının varlık nedeni, ulusal makamlara ve öncelikle mahkemelere, iddia edilen Sözleşme ihlallerini önleme veya düzeltme imkânı vermektir. Bu kural, Sözleşme'deki hakların ihlali bakımından iç hukuk tarafından etkili bir hukuk yolu sağlanacağına dair Sözleşme'nin 13. maddesinde öngörülen bir varsayıma dayanır. Bu kural Sözleşme mekanizmasının “ikincil niteliği”nin önemli bir yönünü oluşturmaktadır.⁷³ İç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesi Sözleşme hükümlerinin ulusal hukuka içselleştirilmiş olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır.⁷⁴ İç hukuk yollarını tüketme kuralı, Sözleşme'deki koruma mekanizmasının işleyişinin ayrılmaz bir parçası olup temel bir ilkedir.⁷⁵

Bu noktada Sözleşme'nin ikincil özelliğine de değinmek gerekmektedir. Sözleşme tarafından kurulan temel hak ve özgürlükleri koruma sistemi, ikincillik ilkesine dayanır. Sözleşme'nin uygulanmasını sağlamak, öncelikle Sözleşme'ye taraf devletlerin görevidir. AİHM, sadece devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde devreye girer.⁷⁶ Strazburg denetimini harekete geçiren şey, esas itibarıyla bir sözleşmeci

⁷¹ Kabul edilebilirlik incelemesi hakkında detaylı bilgi için bkz., Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, *passim*.

⁷² Sözleşme'nin 35(1) fıkrasının çevirisi şöyledir:

“Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.”

⁷³ *Selmouni/Fransa* [BD], no. 25803/94, 28/07/1999, § 74; *Kudła/Polonya* [BD], no. 30210/96, 26/10/2000, § 152; *Andrášik ve Diğerleri/Slovakya* (kk), no. 57984/00 vd., 22/10/2002.

⁷⁴ *Eberhard ve M./Slovenya*, no. 8673/05 ve 9733/05, 1/12/2009.

⁷⁵ *Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye* (kk) [BD], no. 46113/99 vd, 1/3/2010, §§ 69, 97.

⁷⁶ *Scordino/İtalya* (no. 1) [BD], no. 36813/97, 29/03/2006, § 140.

devletin egemenlik alanında bulunan bir bireyin veya tüzel kişinin AİHM'ye yaptığı bir bireysel başvurudur.⁷⁷ AİHM'nin insan haklarını koruyan ulusal sistemlere ikincil bir koruma sistemi olması amaçlanmış olduğundan, ulusal hukukun Sözleşme'ye uygunluğu konusundaki sorunları karara bağlama fırsatına ilk olarak ulusal mahkemelerin sahip olması daha uygundur.⁷⁸ Ancak, Sözleşme sisteminin bütününe içkin olan hakların etkililiği ilkesi, başvuruçunun şikâyet ettiği eylemle sonuçlanan karar alma sürecinin ki bu süreç idari veya yargısal veya duruma göre her ikisi de olabilir, adil olduğuna ve keyfi olmadığına AİHM'nin ikna olması gerekir.⁷⁹

AİHS'ye ek 15 no.lu Protokol 24 Haziran 2013 tarihi itibarıyla imzaya açılmıştır. Protokolle birlikte ikincillik ilkesi, önemine ve birtakım pratik kaygılara binaen, Sözleşme'nin Başlangıç kısmına eklenmiştir.⁸⁰ Yine AİHS'ye ek 16 no.lu Protokol ise 2 Ekim 2013 tarihi itibarıyla imzaya açılmıştır. 16 no.lu Protokol, AİHM'ye "istişari görüş" (*advisory opinion*) verme yetkisi getirerek, AİHM ile ulusal kurumlar arasındaki etkileşimi artırmayı, böylece AİHS'nin, "ikincillik ilkesi" doğrultusunda uygulanmasını pekiştirmeyi amaçlamaktadır.⁸¹

C. Bireysel Başvurunun Anayasa ve Ulusal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Türk anayasa hukuku literatüründe bireysel başvurunun olanaklı olduğunu ilk kez dile getiren *Balta*, 1961 Anayasası'nın, bireysel başvuru yolunu açıkça tanımadığını ve

⁷⁷ Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, § 1.

⁷⁸ *A, B ve C/İrlanda* [BD], no. 25579/05, 16/12/2010, § 142.

⁷⁹ Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, § 363.

⁸⁰ 15 no.lu Ek Protokolle Sözleşme'nin Başlangıç kısmına eklenen kısım şöyledir:

"Yüksek Sözleşmeciler, ikincillik ilkesine uygun olarak bu Sözleşme ve O'na Ek Protokollerde tanımlanan hak ve özgürlüklere saygıyı sağlamada esas görevin kendilerine düştüğünü ve bunu yaparken de bir takdir marjından yararlandıklarını -ki bu takdir marjı da Sözleşme tarafından kurulmuş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin denetimi altındadır- deklare ederler." [çeviri yazara aittir].

⁸¹ Bu kısmın yazımı esnasında bahsi geçen Protokoller, Türkiye tarafından henüz imzalanmamıştır. 15 ve 16 no.lu Ek Protokoller için bkz., http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basitexts&c=#n13739061715477258442752_pointer (erişim, 3/2/2014).

Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin adi kanunla genişletilmesine olanak vermediğini ancak adi kanunla verilecek bir yetkiyi de yasaklamadığını ifade etmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin, Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getireceğine dair hükmünün (md. 147(11)), Anayasa'nın çeşitli maddelerinde Anayasa Mahkemesine verilen görevleri ifade ettiğini, bunun da adi kanunla mahkemenin anayasa sahasındaki yetkilerini genişletmeye engel sayılmaması gerektiğini, diğer bir anlatımla Anayasa Mahkemesinin ancak Anayasa'yla kendisine verilen işlerle uğraşması gerektiği şeklinde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir.⁸² Ancak *Balta* tarafından yapılan ve esnek olarak nitelendirilebilecek bu yorum, doktrinde kabul görmemiştir.⁸³

Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin yasayla genişletilmesi tartışmasının hukuki çerçevesi, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi 1982 Anayasası için de geçerlidir. 1982 Anayasası'nda da yasa koyucunun bir yasayla yeni görev ve yetkiler verebileceği şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin statüsünde bir değişiklik yapılması ancak bir anayasa değişikliği ile olanaklı görünmektedir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun mümkün olup olmadığına dair tartışmalar gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları dönemlerinde yapılmışsa da Türkiye AİHM'ye bireysel başvuru yolunu tam anlamıyla 1987 yılında, AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisini ise 1990 yılında kabul etmiştir. AİHM'nin kurulması ve yargı

⁸² Tahsin Bekir Balta, "Türkiye'de Anayasa Yargısı", *AÜHFD*, 18 (1-4), 1961, s. 557-58. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1961-18-01-04/AUHF-1961-18-01-04-Balta.pdf> (erişim, 24/6/2013). Bireysel başvuru ile ilgili tartışmaları 1961 Anayasası'nın hazırlık sürecine kadar götürülenler de bulunmaktadır (Bu konuda bkz., Kemal Başlar, "Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma", *Demokrasi Platformu*, 2, 2005, s. 87-112. www.anayasa.gen.tr/baslar-yenidenyapilanma.htm (erişim, 12/2/2014)).

⁸³ Aksi yönde görüşler için bkz., Servet Armağan, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 7, 1971, s. 54. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/9295/8638> (erişim, 24/6/2013); Ülkü Azrak, "Türk Anayasa Mahkemesi", *İÜHFM*, 28, 1962, s. 661. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/5118/4657> (erişim, 24/6/2013).

yetkisinin devletlerce kabul edilmesine kadar geçen süreçte, Konseyin çeşitli organları da Sözleşme'nin iç hukukta uygulanmasını sağlamaya yönelik mekanizmaları kurmaları yönünde taraf devletlerin yükümlülüklerine dikkat çekmiştir. Komitenin 2004(6) sayılı Tavsiye Kararı'nda,⁸⁴ AİHM önündeki derdest dava sayısının azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliği vurgulanmıştır.⁸⁵ Bu kapsamda 19 Şubat 2010 tarihinde Komite tarafından kabul edilen *Interlaken Deklarasyonu* ile taraf devletler iç hukuklarında Sözleşme'yi uygulayıcı ve temel hak ihlallerini etkin bir şekilde ortadan kaldıracak mekanizmaları en kısa sürede kurma taahhüdünde bulunmuşlardır.⁸⁶ Öte yandan *Venedik Komisyonunun* 85. Genel Kurul toplantısında kabul edilen *Anayasa Yargısına Bireysel Erişime İlişkin Raporu*'nda⁸⁷ bu etkili mekanizmalardan en önemlisinin anayasa mahkemelerine bireysel başvuru hakkının tanınması olduğu vurgulanmaktadır. Türkiye açısından da, Anayasa Mahkemesi tarafından 2004 yılında hazırlanan ve bireysel başvuruyu da içeren anayasa değişikliği önerisi, Venedik Komisyonu tarafından olumlu bulunmuştur.⁸⁸ Ayrıca Venedik Komisyonu 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'u⁸⁹ ("6216 sayılı Kanun") değerlendirmiş ve bireysel başvuru

⁸⁴ Council of Europe/Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies* (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session). <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743317> (erişim, 5/7/2013).

⁸⁵ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission Opinion), *Opinion on the Draft Constitutional Amendments with Regard to the Constitutional Court of Turkey*, 296/2004, CDL-AD (2004)024 (29.06.2004), s. 6. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2004\)024-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)024-e) (erişim, 25/6/2013).

⁸⁶ Interlaken Deklarasyonu için bkz., High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, *Interlaken Declaration*, 19/2/2010. http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken_declaration_en.pdf (erişim, 5/7/2013).

⁸⁷ Opinion on the Draft Constitutional Amendments with Regard to the Constitutional Court of Turkey, § 82.

⁸⁸ Bkz., Opinion on the Draft Constitutional Amendments with Regard to the Constitutional Court of Turkey.

⁸⁹ Bkz., 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, K.T. 30/3/2011, R.G. 3/4/2011 (Sayı: 27894).

ile ilgili düzenlemelerin diğer Avrupa ülkelerinde zaten bilinen örnekleri takip ettiğini ve Avrupa standartlarına uygun olduğunu tespit etmiştir.⁹⁰ Bu konu, Anayasa'nın 148. maddesinin değişiklik gerekçesinde;

“Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir.”⁹¹

denilerek ifade edilmiştir.

Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin koruma mekanizması olarak bireysel başvuru yolunun kabulü 7 Mayıs 2010 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (“TBMM”) tarafından kabul edilip 13 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, ancak 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonucunda yürürlüğe giren 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile mümkün olmuştur.⁹² 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasa’ya eklenen geçici 18. madde ile de bireysel başvuru için hazırlıkların iki yıl içerisinde tamamlanması öngörülmüştür.⁹³

Değişiklik gerekçesinde, Türkiye aleyhine AIHM’ye her yıl binlerce başvuru yapıldığı, bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanması amacıyla bireysel başvuru hakkının getirilmesinin öngörüldüğü, bireysel başvuruların incelenmesinin

⁹⁰ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission Opinion), *On the Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court Of Turkey*, 612/2011, CDL-AD (2011)040 (18.10.2011), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)040-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)040-e) (erişim, 5/7/2013). Ayrıca bkz., Ekinci ve Sağlam, 2012, s. 10-11.

⁹¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (erişim, 25/6/2013).

⁹² 5928 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, K.T. 12/9/2010, R.G. 13/5/2010, md. 18. <http://www.tbmm.gov.tr/docs/5982.pdf> (erişim, 25/6/2013).

⁹³ Anayasa’nın geçici 18(son) fıkrası şu şekildedir:

“Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir.”

görevinin Anayasa Mahkemesince gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.⁹⁴ Bireysel başvuru yolunun öngörüldüğü Anayasa'nın 148. maddesinin değişiklik gerekçesinde ise bu yolun hangi pratik ve teorik nedenlerle uygulamaya konulmasına gerek duyulduğu açıklanmıştır. Anayasa'nın 148. maddesinin değişiklik gerekçesinde bu hususlar aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

“Türkiye'nin konumuna baktığımızda, bireysel başvuru müessesesinin kabul edilmediği, ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkının ve bu Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisinin tanındığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlallerine ilişkin şikâyetlerin, ulusal üstü düzeyde ele alınması kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye'ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkûm edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığı araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığına da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.”⁹⁵

Gerekçede yasa koyucu özetle Anayasa'da bireysel başvuru yolunu öngörürken gerekçede: (i) Birçok ülkede bireysel başvuru yolunun benimsendiği, (ii) AİHM'de Türkiye aleyhine açılan dava sayısını ve bu davaların birçoğunun ihlâl kararı ile sonuçlandığı, (iii) temel hak ve özgürlük ihlâl iddialarının iç hukukta çözümlenmesi gereği, (iv) Avrupa karar organlarının bireysel başvuruyu teşvik eden karar ve yaklaşımlarının bulunduğu, (v) bireyin hak ve özgürlüklerini koruma bakımından böyle bir yolun önemli olduğu hususları göz önünde bulundurulmuştur.

⁹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi, md. 17. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (erişim, 25/6/2013).

⁹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi için bkz., <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (erişim, 25/6/2013).

Her ne kadar değişiklik gerekçesinde, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacağı ve kamu organlarını, Anayasa'ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacağı⁹⁶ belirtilmişse de fikrimizce asıl amaç, AİHM'ye başvuruda Anayasa Mahkemesini bir iç hukuk filtresi haline getirmektir. Bu amaçla da Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı Kanun'un 45(1) fıkrasında bireysel başvuru konusu yapılabilecek temel hak ve özgürlükler –Anayasa'nın İkinci Kısımının İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Bölümlerinde birçok temel hak ve özgürlük yer almakla birlikte– sadece Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi biri olarak sınırlandırılmıştır. Bu bakından bu düzenleme ile bireysel başvuru hakkı, *kapsamı* ve *uygulanması* açısından AİHS mekanizmasıyla organik olarak bir bağ içerisindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurunun kapsamını;

*“Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.”*⁹⁷

şeklinde yorumlayarak bireysel başvuruya konu hakkın Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı kapsamında olması gerektiğini ifade etmiştir.

⁹⁶ “Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organların, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişiklikle, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa Mahkemesine de bu başvuruları inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir.” Bkz., <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (erişim, 25/6/2013).

⁹⁷ Benzer birçok karar yanında bkz., AYM, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18.

Anayasa'nın 148. maddesinin 2010 Anayasa değişikliği sonrasındaki bireysel başvuru yolunun düzenlendiği bölümleri şöyledir:

“Anayasa Mahkemesi, ... (Ek ibare: 07/05/2010-5982 S.K./18. md.) ve bireysel başvuruları karara bağlar. ...

...

(Ek fıkra: 07/05/2010-5982 S.K./18. md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

(Ek fıkra: 07/05/2010-5982 S.K./18. md.) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

(Ek fıkra: 07/05/2010-5982 S.K./18. md.) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

...”

Bireysel başvuru ayrıca 6216 sayılı Kanun'un⁹⁸ 45–51. maddelerinde düzenlenmiştir. 6216 sayılı Kanun'un yürürlük maddesinde (md. 76) Kanun'un 45–51. maddelerinin 23/9/2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un geçiş hükmünün düzenlendiği geçici 1(8) fıkrasında ise Anayasa Mahkemesinin 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceğini belirtilmiştir. 6216 sayılı Kanun'un 45–51. maddelerinde, bireysel başvuru hakkı, bu hakka sahip olanlar, bireysel başvurularda takip edilecek usul, kabul edilebilirlik şartları, esas incelemesi, kararların niteliği, başvuru hakkının kötüye kullanılması konuları düzenlenmiştir.

Bireysel başvuru usulünün düzenlendiği 6216 sayılı Kanun, bazı tartışmalı konuların da gündeme gelmesine yol açmıştır. Özellikle Kanun'un yasalaşma sürecinde

⁹⁸ Bkz., 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, K.T. 30/3/2011, R.G. 3/4/2011 (Sayı: 27894).

TBMM’de yapılan tartışmalara bakıldığında en fazla tartışılan konunun Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler arasında yaşanması muhtemel hiyerarşi sorunu olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle ortaya çıkması muhtemel sakıncaların giderilmesi amacıyla taslak metin üzerinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Örneğin Anayasa’nın 148(4) fıkrası ile “[b]ireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” hükmü getirilmiştir. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin düzenleme salt lâfzî bakımdan değerlendirildiğinde birçok sorunu da beraberinde getirecek niteliktedir. Fıkranın bu düzenleniş biçimi, Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru incelemesinde dikkate alınması gereken birçok unsuru incelemenin kapsamı dışında bırakmaktadır. Fikrimizce, bu hüküm her ne kadar bireysel başvurunun *ikincilliği ilkesine* atıf yapmakta ise de salt düzenleniş biçimi ve şekli itibarıyla, bireysel başvurunun inceleme alanı dışına çıkarmak bireysel başvurunun mahiyeti ile uyumlu değildir. Zira *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların* tümü bireysel başvuruya konu olmamakla birlikte bireysel başvuru kapsamındaki konuların tümünün kanun yolunda da gözetilmesi gerekmektedir. Bunun aksi bireysel başvuru öncesinde bir kabul edilebilirlik kriteri olan kanun yollarının tüketilmesi koşulunu anlamsız hale getirmektedir. Bu bakımdan Anayasa’nın 148(1) fıkrasında pratik amaçlarla öngörülen kuralın maddi anlamının göz önünde bulundurularak sadece lafızdan hareketle yorumlanmaması gerekmektedir.⁹⁹

⁹⁹ Aynı yönde görüşler için bkz., Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar” içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, TBB Yay., Panel (Ankara, Nisan 2011), s. 22. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBB_Books/ambb-2011-382.pdf (erişim, 5/7/2013); Göztepe, 2011, s. 23.

Bu noktada *Heck* formülü olarak adlandırılan yaklaşımın Türkiye için de uygun olacağı görüşü ileri sürülmektedir: “*Anayasa Mahkemesinin bir mahkemece verilmiş yanlış bir kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz mercii gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şikâyetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesinin bu alandaki özel görevine uygun düşmez. Yöntemin belirlenmesi, maddi olgunun tespit ve değerlendirilmesi, sade yasaların yorumu ve*

Nitekim Anayasa Mahkemesinin yorumu da bu yönde olmuştur. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun ikincilliği ilkesine;

“Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilke olup bu ilkeye uygun davranılmadığı takdirde ortaya çıkan ihlale karşı öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine başvurulmalıdır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda başvurulabilir.”¹⁰⁰

demek suretiyle dikkat çekmiştir.

Anayasa’nın 148(3) fıkrasına göre bireysel başvurunun kapsamı, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi biri; 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinde ise bireysel başvurunun kapsamı, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu Protokoller¹⁰¹ kapsamındaki herhangi biri olarak belirlenmiştir.¹⁰² Anayasa ve AİHS’de yer alan (*ortak koruma alanı*)¹⁰³ ve bireysel

bireysel olaya uygulanması, bunun için görevli ve yetkili kılınmış olan mahkemelerin işi olup, bu alanda Anayasa Mahkemesinin denetim yapması söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi sadece spesifik (özellik) anayasa hukukunun Mahkemelerce ihlal edilmesi halinde anayasa şikayeti üzerine müdahaleye hak kazanır”. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında da bu formülü şöyle özetlemektedir: *“Anayasa Mahkemesi, ancak uzman mahkemece yapılan yorumun temel hakların çizdiği çerçeveyi aşması halinde düzeltici müdahalede bulunabilir”.* BVerfGE 1, 418. 420; BVerfGE 18, 85, 92’dan Aktaran Sağlam, 2011, s. 23.

¹⁰⁰ Birçok benzer karar yanında bkz., AYM, B. No: 2012/946, 26/3/2013, §§ 17-18.

¹⁰¹ Türkiye, Sözleşme’ye Ek 1, 6 ve 13 no.lu Ek Protokoller’i imzalamış (*signature*), onaylamış ve yürürlüğe koymuştur (*ratify*). Bu protokoller kapsamında güvence altına alınan mülkiyetin korunması (1 no.lu Ek Protokol md. 1), eğitim hakkı (1 no.lu Ek Protokol md. 2), serbest seçim hakkı (1 no.lu Ek Protokol md. 3); ölüm cezasının kaldırılması (6 no.lu Ek Protokol md. 1) ölüm cezasının kaldırılmasının Sözleşme’nin 15. maddesine dayanılarak askıya alınması yasağı (6 no.lu Ek Protokol md. 3); ölüm cezasının (savaş hali vb. dâhil) her durumda kaldırılması (13 no.lu Ek Protokol md. 1) ve ölüm cezasının her durumda kaldırılmasının askıya alınması yasağı (13 no.lu Ek Protokol md. 2), Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı kapsamında korunmaktadır. [Türkiye’nin taraf olduğu Ek Protokollerin listesi, imza ve onay tarihleri için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?M A=3&CM=16&CL=ENG> (erişim, 1/7/2013)].

¹⁰² Bu konuda ayrıca bkz., Öykü Dikmen Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, *GÜHFD*, 15(4), 2011, s. 127.

başvuru konusu olabilecek hakların “bireysel başvuru kapsamındaki hak” olarak tanımlanması mümkündür.¹⁰⁴ Anayasa ve 6216 sayılı Kanun karşılaştırıldığında, bireysel başvuruya konu edilebilecek hakların kapsamı bakımından Kanun’un daha geniş bir hak kataloğu öngördüğü ileri sürülebilir. Ancak fikrimizce 6216 sayılı Kanun’da bireysel başvurunun kapsamı belirlenirken Anayasa’nın 148(3) fıkrasında düzenleniş şeklinden farklı olarak Türkiye’nin taraf olduğu Protokoller’in de kapsama dâhil edilmiş olması, Ek Protokoller’in AİHS’nin ayrılmaz bir parçası olmaları nedeniyle esaslı bir uyumsuzluk sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Zira AİHS, zaman içinde eklenen Protokoller ile bir bütün oluşturmakta, Protokoller ile öngörülen haklar AİHM önünde ileri sürülebilmekte ve Sözleşme ile Protokoller’de yer alan haklar arasında herhangi bir ayrıma gidilmemektedir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da Sözleşme’ye ek bazı Protokoller, Türkiye tarafından *imzalamış* ancak *onaylanmamıştır*.¹⁰⁵ Bu açıdan Türkiye’nin imzaladığı ancak onaylayıp yürürlüğe koymadığı Protokoller kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerin de Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurulara konu olup olamayacağı tartışmaları gündeme gelmektedir.

Anayasa’nın 148(3) fıkrası ve 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinde “Türkiye’nin taraf olduğu” Protokoller ifadesi yer almaktadır. Sözleşmeye ek 4., 7., 12., 15. ve 16. Protokoller, bu güne kadar Türkiye tarafından onaylanıp yürürlüğe konmamıştır. Ancak

¹⁰³ Bu ibare Anayasa Mahkemesi kararlarında kullanılmaktadır. Benzer birçok karar yanında bkz., AYM, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18.

¹⁰⁴ Aynı yöndeki tanımlama için bkz., Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, md. 59(2)(d). <http://www.anayasa.gov.tr> (erişim, 19/8/2013).

¹⁰⁵ Sözleşme’ye Ek 4, 7, 12 no.lu Ek Protokol’ler Türkiye tarafından imzalanmış ancak henüz onaylanmadığından yürürlüğe girmemiştir. Bu Protokollerde yer alan bazı haklar şunlardır: Korunan borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (4 no.lu Ek Protokol md. 1), serbest dolaşım özgürlüğü (4 no.lu Ek Protokol md. 2), vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı (4 no.lu Ek Protokol md. 3), yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı (4 no.lu Ek Protokol md. 4), yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceler (7 no.lu Ek Protokol md. 1), cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (7 no.lu Ek Protokol md. 2), adli hata halinde tazminat hakkı (7 no.lu Ek Protokol md. 3), eşler arasında eşitlik (7 no.lu Ek Protokol md. 5), ayrımcılığın genel olarak yasaklanması.

uluslararası hukuka göre Türkiye'nin bu Protokoller'e *taraf* olduğu ve bu Protokoller'de yer alan hakların da bireysel başvuru konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Ancak fikrimizce bu ek Protokoller'deki hakların bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün görünmemektedir.¹⁰⁶ Sözleşme'ye ekli bir Protokolün Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru yoluyla ileri sürülebilmesi ve etki doğurabilmesi için, bir bütünlük arz eden "imza" (*signature*) ve "onay" (*ratification*) aşamalarının her ikisinin de bireysel başvuru tarihi itibarıyla tamamlanmış olması gerekmektedir. Sadece imza aşaması gerçekleşmiş bir Ek Protokol kapsamında yer alan bir temel hakkın iç hukukta bireysel başvuru kapsamında ileri sürülebilmesi ve bu kapsamdaki bir hakkın Anayasa Mahkemesince incelenmesi oldukça güç görünmektedir.

AİHS'nin olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınmasına (md. 15) ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru çerçevesinde uygulama alanı bulup bulamayacağı bireysel başvurunun kapsamı bakımından incelenmesi gereken bir diğer önemli konudur. Başka bir anlatımla, Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde sözü edilen temel hak ve özgürlüklerin, sadece koruma alanları açısından mı yoksa söz konusu temel hak ve özgürlüklerin AİHS'de düzenlenen ve koruma alanı ile birlikte hakların sınırlama sistemleri açısından bir bütün olarak mı değerlendirilmesi gerektiği konusu tartışma konusudur.

Anayasa'nın 148(3) fıkrasında bireysel başvurunun kapsamı, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi biri olarak belirlenmiştir. Bir temel hak ve özgürlüğün bireysel başvuruya konu olabilmesi için hem Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanının kapsamında olması gerekmektedir. Bu bakımdan, Anayasa'da yer alıp AİHS'de yer almayan bir hakkın

¹⁰⁶ Karşıt görüş için bkz., Aydın, 2011, s. 131.

bireysel başvuru konusu olması mümkün olmadığı gibi AİHS’de yer alıp Anayasa’da yer almayan bir hakkın da bireysel başvuru kapsamında korunması mümkün değildir.

Sözleşme’nin 15. maddesi ile Yüksek Sözleşmeci Taraflar’a, Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri güvence altına almaya ilişkin yükümlülüklerinde belirli şartlar altında azaltma yapabilme imkânı tanınmıştır. Anayasa’nın 15. maddesinde de, bazı hallerde ve belirli şartlarla, temel hak ve hürriyetlerin kullanımının kısmen ya da tamamen durdurulabileceği öngörülmüştür. Ancak Sözleşme’nin 15. maddesine göre yapılacak sınırlamanın da sınırları bulunmaktadır. Öncelikle, alınan tedbirlerin Sözleşme’nin 15(1) fıkrasına göre uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükleri ihlal etmemesi gerekmektedir. Anayasa’nın 15(1) fıkrasına göre de milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek şartıyla tedbirler alınabilir. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülük ifadesinin, devletin taraf olduğu uluslararası insan hakları belgelerini ve AİHS’yi içerdiği kuşkusuzdur. İkinci olarak Sözleşme’nin 15(2) fıkrasına göre bazı haklar (AİHS md. 2 (yaşam hakkı), 3 (işkence yasağı), 4(1) (köle ve kul olarak tutma yasağı), 7 (kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi)) bakımından devletin yükümlülüklerinin azaltılması yani hakların kullanımının askıya alınması hiçbir koşulda mümkün değildir. Üçüncü olarak ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda hak ve özgürlükleri kısıtlamaya yönelik tedbirlerin “durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektiği ölçüde” olması gerekmektedir. Anayasa’nın 15(1) fıkrasına göre de “durumun gerektirdiği tedbirler”in alınması olanaklıdır. AİHM, Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri kısıtlayan ya da kullanımını durduran tedbirlerin, durumun zorunluluklarının söz konusu tedbirleri kesin olarak gerektirir nitelikte olup olmadığını inceleyebilmektedir.

Bu nedenlerle fikrimizce, AİHS’nin olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınmasına ilişkin maddesinin (md. 15) bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklerin *ortak koruma alanının* sınırlarının belirlenmesi bakımından önemi bulunduğundan, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hakların sınırlandırılmasına dair bu maddelerde öngörülen hakka müdahalenin, bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklerin son

derece kısıtlayıcı bir yaklaşımla salt madde başlıkları bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulması, bireysel başvurunun mahiyeti ile de uyumlu görünmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin bir *süper temyiz mercii* olup olmadığı konusu Türkiye’de bireysel başvurunun kapsamıyla ilgili tartışmaların bir diğer boyutunu oluşturmaktadır. Tartışmanın temelinde genel mahkemeler¹⁰⁷ ile Anayasa Mahkemesi arasındaki yetki alanlarının kesişmesi sorunu bulunmaktadır. Aynı konu bireysel başvurunun ulusal bir hukuk yolu olarak tanındığı diğer ülkeler açısından da uzun tartışmalara kaynaklık etmiştir. Örneğin Federal Anayasa Mahkemesinin 1957 tarihli *Elfes Kararı*nda,¹⁰⁸ Federal Alman Anayasası’nın 2(1) fıkrasında yer alan kişiliği serbestçe geliştirme hakkını, genel hareket özgürlüğü anlamında bir “kapsayıcı özgürlük” ya da “ana özgürlük” olarak yorumlaması üzerine de gündeme gelmiştir. Bu yaklaşıma göre anılan Anayasa maddesi “isimsiz temel haklar”ın pozitif kaynağını oluşturmaktadır. Ayrıca bu özgürlüğün kullanılması, “Anayasaya uygun düzen”e uygun olmak zorundadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu düzeni, “anayasaya maddi ve biçimsel açıdan uymak zorunda olan genel hukuk düzeni” olarak yorumlamaktadır. Bu yoruma göre, sade ya da sıradan kanunlara ilişkin her yanlış uygulamanın, çoğu kez bir temel hak ihlali olarak anlaşılabilmesinin yolu açılmıştır. Böylece Alman Anayasa Mahkemesinin denetiminin kapsamı önemli ölçüde genişlemiştir. İşte Alman Anayasa Mahkemesinin denetim kapsamındaki bu genişleme, Federal Anayasa Mahkemesinin bir süper temyiz mercii gibi davrandığının ileri sürülerek eleştirilmesine neden olmaktadır.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Literatürde farklı kabuller/kullanımlar bulunmakla beraber, Anayasa Mahkemesi dışındaki tüm ulusal mahkemeler için yaygın olarak *genel mahkeme/yerel mahkeme/derece mahkemesi* ifadeleri kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu terimleri karşılamak için “derece mahkemesi” ifadesini kullanmaktadır [yazarın notu].

¹⁰⁸ *Elfes Case* (1957), 6 BVerfGE 32. <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/velfes.htm> (erişim, 5/7/2013).

¹⁰⁹ *Elfes Kararı* ile ilgili olarak bkz., Sağlam, 2011, s. 26-27 (Federal Almanya’da anayasa şikayeti başlangıçta Anayasa’da yer almış olmasa da 1951 yılında Anayasa Mahkemesinin kuruluş kanunu ile birlikte hukuk yaşamına girmiş ve 1969 yılında da Anayasa’da düzenlenmiştir. Başka bir

Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin bir *süper temyiz mercii* haline gelme olasılığına Anayasa'nın 148. madde gerekçesinde;

“... herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Şu kadar ki, bireysel başvuru kurumunun niteliği dikkate alındığında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bu kapsamda incelenmeyeceği kuralı benimsenerek, diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki olası görev uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu müessesenin işleyişine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenecektir. Yapılan yeni düzenlemeyle, bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir.”¹¹⁰

denilerek dikkat çekilmiştir. Ancak Türkiye için bu türden bir sorunun varlığını iddia etmek oldukça zor görünmektedir. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde bireysel başvurunun kapsamının, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki herhangi biri olarak belirlenmiş olması bu soruna büyük oranda çözüm getirmektedir. Türkiye'de bireysel başvuru açısından Almanya uygulamasındakinden farklı olarak henüz *kapsayıcı özgürlük yaklaşımı* benimsenmediğinden, *süper temyiz mercii* eleştirilerinin de büyük ölçüde önüne geçilmiş olunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de temel hak ve özgürlüklere saygının, devletin tüm organlarının uyması gereken bir ilke olup bu ilkeye uygun davranılmadığı takdirde ortaya çıkan ihlale karşı öncelikle yetkili idari mercilere ve derece mahkemelerine başvurulması gerektiğini, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulmasının esas olduğunu ve bireysel başvuru

deyişle anayasa şikâyeti başlangıçtan beri Alman Anayasa Yargısı'nın *odak noktası* ve adeta can damarı olmuştur. Bu bakımdan fikrimizce Türkiye'de son zamanlarda gündeme gelen bu tartışmalar Almanya'dakinden farklılık arz etmektedir).

¹¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Gerekçesi için bkz., <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf> (erişim, 25/6/2013).

yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda başvurulabileceğini ifade etmiştir.¹¹¹

Bireysel başvurunun kapsamının Türkiye uygulaması açısından üzerinde durulmaya değer bir diğer yönü de; Anayasa'nın 148(3) fıkrasında bireysel başvurunun ancak tüm *olağan kanun yolları* tüketildikten sonra başvurulabileceği ifade edilmesine rağmen 6216 sayılı Kanun'un 45(2) fıkrasında bu koşulun, *idari ve yargısal başvuru yolları* olarak genişletilmiş olmasıdır. Fikrimizce, Anayasa'da yer alan bireysel başvuruda bulunabilme şartlarına, 6216 sayılı Kanun'la *idari başvuru yollarının* da tüketilmesi zorunluluğunun eklenmiş olması, Anayasa ile bireye tanınan bireysel başvuruda bulunabilme hakkının kapsamını daraltıcı niteliktedir. Ayrıca *idari başvuru yollarının tüketilmesine* ilişkin Kanun'da öngörülen kriter, idari başvuru yollarının ilke olarak yargısal nitelik taşınamaması bakımından da Anayasa'da yer alan *yargısal yol* olma niteliğini karşılamamaktadır.

6216 sayılı Kanun ile öngörülen düzenlemedeki bir diğer farklılık da Anayasa'da *olağan kanun yollarından* bahsedilmekte iken Kanun'da *yargısal başvuru yollarından* bahsedilmiş olmasıdır. Bu iki kavram arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Yargı ayrılığı sistemini benimseyen Türkiye açısından farklı yargı kollarında farklı olağan-olağanüstü kanun yolu kriterleri bulunmaktadır.¹¹² Kanun'da yer alan yargı yolları ifadesi daha kapsamlı bir ilke getirmekte; olağan ve olağanüstü kanun yollarını içermektedir. Bu açıdan da bireysel başvuruda bulunabilmek için Anayasa'da öngörülen olağan kanun yollarının tüketilmesi şartının Kanun'da genişletildiği izlenimi oluşmaktadır.

¹¹¹ Benzer nitelikteki birçok kararın yanında bkz., AYM, B. No: 2012/946, 26/3/2013, §§ 17-18.

¹¹² Medeni usul hukukunda temyiz, karar düzeltme (olağan) ve yargılamanın iadesi (olağanüstü); ceza muhakemesinde itiraz, istinaf, temyiz (olağan) ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü); idari yargılama usulünde ise temyiz, kararın düzeltilmesi (olağan) ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü) olmak üzere kanun yolları kabul edilmektedir (Göztepe, 2011, s. 26-27).

Benzer bir sınırlamanın Anayasa'nın 148(3) fıkrasında yer alan bireysel başvurunun kamu gücü işlemlerine karşı yapılabileceğine dair hüküm açısından da söz konusu olduğunu görmekteyiz. Anayasa'nın 148(3) fıkrasında bireysel başvurunun kamu gücü işlemlerine karşı yapılabileceği düzenlenmekte iken 6216 sayılı Kanun'un 45(3) fıkrasında yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine bireysel başvuruda bulunulamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'da oldukça kapsayıcı nitelikteki "kamu gücü işlemleri"ne karşı bireysel başvuruda bulunulabileceği ifade edilmiştir. Kamu gücü işlemleri; *yasama*, *yürütme*, *yargı* işlemleri olup özellikle yasama işlemlerinin bireysel başvuruya konu yapılamaması Kanun'un Anayasa'ya kıyasla bireysel başvuruda bulunabilme şartları açısından kamu gücü kriterine getirdiği sınırlamadan kaynaklanmaktadır.¹¹³ Anayasa'da öngörülen başvuru koşullarının Kanun'la sınırlanması, her ne kadar *pratiğe dair bazı sorunları* önleme amacını taşısa da eleştiriye oldukça açık ve bireysel başvurunun özüne uygun düşmemektedir.

6216 sayılı Kanun'un 47(3) maddesine göre, bireysel başvuruda bulunabilmek için başvuru yollarının tüketildiği tarihin, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihin esas alınacağı belirtilmiştir. Başvuru yollarının tüketilmesi konusunda; başvuru konusu olayda ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın temyiz edilmemesi,¹¹⁴ başvuruçunun idari ve yargısal yolları tüketmemesi,¹¹⁵ karar düzeltme yoluna başvurulmuş olmasına rağmen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi nezdinde karar düzeltme talebi hakkında henüz karar verilmeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması,¹¹⁶ kamulaştırmasız el atmada tazminat

¹¹³ Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru bağlamında eleştirisi için bkz., Göztepe, 2011, s. 27.

¹¹⁴ AYM, B. No: 2012/1027, 12/2/2013.

¹¹⁵ AYM, B. No: 2012/74, 5/3/2013.

¹¹⁶ AYM, B. No: 2013/1177, 26/3/2013.

davası açılmaması,¹¹⁷ gibi durumlar Anayasa Mahkemesince kabul edilemezlik nedeni olarak değerlendirilmiştir.

Türkiye’de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle, temel hak ve özgürlüklerin *dolaysız kullanımının* önü açılmıştır. Fikrimizce bireysel başvurunun, bireyleri bir hukuk süjesi haline getirmenin yanında yakın gelecekte anayasaya uygun yorum yönteminin uygulama alanının genişlemesine, somut olayı aşan tüm hukuk düzenine yayılan etkisiyle anayasa düzeyinde yargıda birlik ve bütünlüğü sağlamaya, eğitici ve öğretici etkisi ile de yargı düzeninde adeta karşılıklı bir yargı içi eğitim ve öğretim işlevini yerine getirmesi beklenmelidir. Bireysel başvurunun, yakın gelecekte, *hak sahibi vatandaş* olma düşüncesinin getireceği demokrasi bilincini yaygınlaştıracığını öngörmek mümkündür.

Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin, insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu; 5. maddesinde ise devletin amaçlarından birinin temel hak ve özgürlükleri hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmak olduğu ifade edilmiştir. Bu özgürlüklerin en başta “kamu gücü” tarafından ihlal edilmesini önlemek, temel hak ve özgürlük ihlallerini ortadan kaldırmak veya bu ihlalleri müeyyideye bağlamak da “insan haklarına saygılı” bir “hukuk devletinin” temel amaç ve görevlerindendir. Bu bakımdan anayasa yargısında “bireysel başvuru” yolunun kabul edilmesi, Anayasa’nın 2. ve 5. maddesinin öngördüğü ilkelerin daha da güçlendirilmesi yolunda önemli bir adım olarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesinin 23 Eylül tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları incelemesinin yolu açılması üzerine bu tarih itibariyle kapsamda yer alan bir hakkın ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak, AİHM’ye başvurudan önce tüketilmesi gereken bir iç

¹¹⁷ AYM, B. No: 2012/946, 26/3/2013.

hukuk yolu olarak kabul edilmiştir. AİHM, *Uzun/Türkiye* kararıyla, kendisine başvurudan önce Anayasa Mahkemesine kapsamda yer alan temel hakları ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulmasını tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmiştir.¹¹⁸ AİHM, bu kararında, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, Sözleşme'nin kurduğu insan haklarının korunması mekanizmasının işleyişi hususunda vazgeçilmez prensiplerden biri olduğunu yinelemiştir. Kararda, Anayasa

¹¹⁸ AİHM, başvurunun oy çokluğu ile (5'e karşı 2 oyla) kabul edilmez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararda, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, Sözleşme'nin kurduğu insan haklarının korunması mekanizmasının işleyişi hususunda vazgeçilmez prensiplerden biri olduğunu tekrar vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru hakkı sağlayan yeni kanun yolunun başlıca özelliklerini inceleyen AİHM, TBMM'nin, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin doğrudan ve ivedi olarak telafi ve tazmini hususunda Anayasa Mahkemesini gerekli ölçüde yetkili kıldığını tespit etmiştir.

Başvurucu, Sözleşme'nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) ve 14. maddesini (ayrımcılık yasağı) ileri sürerek, dava konusu arsa üzerinde, tanıklar ve bilirkişilerin huzurunda yapılan keşfin, usule aykırı olarak, ilk başta kararlaştırılan günden bir gün önce yapıldığından ve kendi iki tanığının bu tarih değişikliğinden usulünce haberdar edilmediklerinden şikâyet etmiştir.

Anayasa'nın, 13 Mayıs 2010 tarihinde değiştirilen 148(3) fıkrası, Anayasa Mahkemesine, Anayasa ve Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere dair bireysel başvuruların da, olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra incelenerek karara bağlanması hususunda yetki vermiştir. 6216 sayılı Kanun'un Geçici 1(8) fıkrası uyarınca, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşmiş kararlar, bireysel başvuruya konu olabilmektedir.

AİHM, kanun koyucunun, AİHS'de sağlanan korumaya eşdeğer bir koruma mekanizması tesis etme niyetinden şüphe etmemektedir. Gerçekten, 6216 sayılı Kanun'un 49(6) fıkrası ile 50(1) fıkrası AYM İç Tüzüğü'nün 79(1)(d) bendi uyarınca, bireysel başvurunun esastan incelenmesi, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine ve eğer ihlal söz konusu ise, ihlale son verecek nitelikte bir telafi doğrultusunda hüküm verilmesine imkân sağlamaktadır. İhlal, bir yargı kararından kaynaklanmakta ise, dava dosyası, ihlale son verilmesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yargılamanın yenilenmesi için yetkili mahkemeye iade edilebilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi konusunda ilgilinin menfaati olmadığı takdirde, başvuru sahibine uygun bir tazminat ödenmesine karar verilebilir veya kendisine yetkili mahkemelere başvurarak yeni bir dava açması yolunda çağrı yapılabilir.

Başvuruda iç hukuk yolunun 25 Eylül 2012 tarihinde tüketilmiş olduğu ve 6216 sayılı Kanun uyarınca, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlar için açık olduğu hususları dikkate alınarak, başvurucunun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş olması gerektiğine hükmedilmiştir. Böylelikle, iç hukuk yolları tüketilmediğinden, başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı verilmiştir.

AİHM, ikincillik ilkesi doğrultusunda iç hukuk yollarını tüketmekle mükellef başvuru sahiplerinin sunduğu her türlü şikâyeti son merci olarak inceleme yetkisi ile Anayasa Mahkemesinin içtihadının kendi içtihadıyla uyumunu denetleme yetkisini muhafaza ettiğini hatırlatmaktadır. Bu itibarla, bu karar, söz konusu bireysel başvuru yolunun etkili olup olmadığı konusunda bir husus içermemektedir. Bu yolun teoride olduğu kadar uygulamada da etkin olduğunu ispat mükellefiyeti Savunmacı Devlet'e ait olacaktır (*Uzun/Türkiye* (kk), no. 10755/13, 30/4/2013).

Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru hakkı sağlayan yeni kanun yolunun başlıca özelliklerini inceleyen AİHM, TBMM'nin, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin doğrudan ve ivedi olarak telafi ve tazmini hususunda Anayasa Mahkemesini gerekli ölçüde yetkili kıldığını tespit etmiştir.¹¹⁹ Bu kararlarla birlikte, bir bireyin temel hak ihlali iddiasıyla AİHM'ye gidebilmesi ancak öncelikle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunu tüketmesinden sonra mümkün olabileceğinden bu durumun, AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılacak başvuru sayısını önemli oranda azaltacağı öngörülebilir.

II. ÖN SORUN: ANAYASA ve AİHS'nin UYUMLAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Hukuk devleti en genel tanımlamayla hukuk(l)a bağlı devleti ifade etmektedir. Bir devletin icra gücü egemenlik unsuruna dayanmaktadır. Bu nedenle hukuk devletini egemenlik yetkisini hukuksal sınırlar içerisinde kullanan devlet olarak tanımlamak mümkündür. Ancak devletin bağlı olması gereken iç hukuk düzeninin bizzat devletin egemenliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkması hukuk devleti tanımının temelinde var olan önemli bir paradokstur.

Egemenlik kavramının anlam ve kapsamı, devlet yapısında meydana gelen değişimlere paralel olarak tarihsel süreç içerisinde önemli değişime uğramıştır. Egemenlik alanında uzun süre hâkim olan *Vestfalyan*¹²⁰ egemenlik anlayışına göre

¹¹⁹ Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz., Council of Europe/European Court of Human Rights, *Press Release*, 147(2013), 14/5/2013. <http://hudoc.echr.coe.int>. (erişim, 1/7/2013).

¹²⁰ *Westfalya Anlaşması* (1648) Avrupa'da mezhep savaşları olarak kabul edilen otuz yıl savaşlarına son vermek amacıyla o dönem kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nu temsil eden Habsburg Hanedanı'nın, Fransa ile Münster'de, İsveç ile Osnabrück'te imzaladığı anlaşmaların genel adıdır. Anlaşmalar, Osnabrück ve Münster'in Almanya'da bağlı bulunduğu bölge olan Westfalya'nın adı ile anılırlar. Bu anlaşmalar ile Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nun egemenliği altında bulunan devletlerin imparatorluğa bağlı olmadan kendi egemenlik haklarına sahip oldukları ve uyruklarını yönetebilecekleri kabul edilmiştir. Bu sebeple müstakil egemenliğe sahip devletlerden oluşan uluslararası sistemin temellerinin bu anlaşma ile atıldığı kabul edilmektedir. Bülent Yücel, "Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa

egemenlik, genel olarak, bir devletin toprakları üzerindeki yönetimini, kendi iradesi doğrultusunda serbestçe yürütebilmesi, hukuk düzenini ve yetkilerini özgürce belirleyebilmesi olarak tanımlanmıştır. Ancak Vestfalyan egemenlik anlayışı geçtiğimiz yüzyılda büyük ölçüde aşınmaya başlamıştır. Bu aşınmanın en önemli sebeplerinden birisi insan hakları alanında yaşanan gelişmeler olmuştur. Geçtiğimiz yüzyılda özellikle bireyin uluslararası alanda hak sahibi olduğunun kabul edilmesi ile birlikte devletlerin insan haklarına ilişkin hususlarda egemenlik yetkilerini kullanımlarının sınırlı olduğu, evrensel insan hakları prensiplerine aykırı davranamayacağı kabul edilmeye başlanmıştır. Ancak devletler hukukunda hâkim olan iç işlerine müdahale yasağı nedeniyle egemenlik yetkisinin kullanımına yönelik bu tip sınırlamalar, ancak devletin taraf olduğu uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükleri söz konusu ise bağlayıcı sonuçlar vermektedir.

AIHS ile “ortak bir Avrupa kamu düzeni” kurma amacı çerçevesinde Sözleşme’ye taraf devletlerin hem dış egemenliklerini kullanımlarına hem de iç egemenlik kullanımlarına önemli sınırlamalar getirmektedir. Sözleşme’nin denetim organı olan AIHM de, bir noktada, bu sınırlamalara riayet edilip edilmediğini denetlemekte ve böylelikle bir nevi oluşturulması hedeflenen ortak Avrupa kamu düzeninin bekçiliğini yapmaktadır. AIHS’nin hükümleri ve AIHM kararları, son yıllarda Türkiye’de hukuk alanında yapılan reformların omurgasını, egemenlik kullanımına ilişkin uluslararası hukuktan kaynaklanan sınırlamaların ise en önemli kaynağını oluşturmaktadır.

Ancak Avrupa merkezli bu uluslararası düzen ve egemenlik anlayışı, yine Avrupa merkezli bir savaş olan II. Dünya Savaşı’nın Avrupa’da yarattığı yıkım nedeniyle önemli değişimler geçirmek zorunda kalmıştır. Bu değişimlerden birincisi, Avrupa’nın Dünya siyasetindeki hâkim konumunu kaybetmesi nedeniyle yeni bir Avrupa inşa

Birliği”, *AÜEHFD*, 10(1-2), 2006 s. 169. http://www.erzincan.edu.tr/biri_m/HukukDergi/makale/2006_X_8.pdf (erişim, 10/8/2013).

edilmesi zorunluluğu, ikincisi ise, ulus devletlerin uluslararası sistemin tek aktörü olma vasfını kaybetmesidir.¹²¹ Uluslararası sistemde meydana gelen bu iki değişim, birbirine zıt gibi görünen, ancak aslında birbirinden beslenen iki ayrı sonuç doğurmuştur: Ulus devletüstü kurumların doğuşu ve bireylerin uluslararası sistemde hak sahibi olması. Bu gelişmeler dış aktörlerin, devlete ülkesi içerisinde egemenliğini kullanırken müdahale edemedikleri Vestfalyan tipi egemenlik aşındırmaya başlamıştır. Bu bağlamda günümüzün egemenlik anlayışı *Jean Bodin* ve *Thomas Hobbes*'un kilise ve feodaliteye karşı kralı güçlendirmek için geliştirdiği bölünmez, sürekli ve mutlak egemenlik anlayışından oldukça uzaktır. II. Dünya savaşının ardından artık egemenliğin ulus devletler ve uluslararası örgütler tarafından birlikte paylaşmalı olarak kullanıldığı bir dönem başlamıştır. Bu bağlamda gerek Avrupa Birliği gerekse de Avrupa Konseyine ilişkin kurumlar paylaşmalı egemenlik kullanımının en tipik örneğini oluşturmaktadır.

II. Dünya Savaşı gibi son derece yıkıcı etkiler oluşturan bir felaketin yeniden yaşanmaması ve ortak bir kamu düzeninin kurulması amacıyla tahribatın en fazla hissedildiği Avrupa ülkeleri yeni bir birliktelik kurma arayışı içine girmişlerdir.¹²² Bu arayışın sonucunda on Avrupa Devleti¹²³ bir araya gelerek 5 Mayıs 1949'da *Avrupa Konseyini* kurmuşlardır.¹²⁴ Konsey üyesi ülkelerin amacı, ortak değerleri paylaşan ve batılı anlayışı savunan, hukukun üstünlüğü ve insan hak ve özgürlüklerine saygı prensibine öncelik tanıyan üyeler arasında sıkı bir birliktelik kurmaktır. Bu amaçların hayata geçirilmesi doğrultusunda 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da AİHS imzalanmıştır.

¹²¹ Oral Sander, *Siyasi Tarih 1918- 1994*, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 1998, s. 181.

¹²² Ayhan Döner, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2003, s.79.

¹²³ Kurucu Devletler: Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İsveç, İrlanda, İtalya, Lüksemburg ve Norveç'tir.

¹²⁴ Avrupa Konseyi Statüsü için bkz., Statute of the Council of Europe, CETS No.: 001, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm> (erişim, 10/8/2013).

Türkiye, 8 Ağustos 1949 tarihinde 12. üye olarak Konseye katılmış ve 1954 yılında AİHS'yi onaylamıştır.¹²⁵ 18 Mayıs 1954'de onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine verilmesi ile Sözleşme, Türkiye açısından da yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. AİHS'nin imzalanmasıyla birlikte Türkiye, Sözleşme'de yer alan bütün hak ve özgürlüklere hem kendi vatandaşları, hem de kendi ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uyma yükümlülüğü altına girmiştir. Sözleşme'nin onaylanmasından sonra, Türkiye'de insan hakları ve temel özgürlüklerin güvence altına alınması, her şeyden önce bir anayasa sorunu olarak görülmüş, tüm çabalar insan haklarının anayasal bir güvenceye kavuşturulması, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal yolla denetimi yönünde olmuştur.

Yüksek Sözleşmeci Taraflar'ın ortak iradeleriyle yapılan ek protokollerle Sözleşme metninde bugüne kadar geçen zaman zarfında bir yandan bazı değişiklikler gerçekleşmiş diğer yandan da yeni haklar yürürlüğe konulan ek protokollerle Sözleşme'ye eklenmiştir.¹²⁶ Konseyin kurulması ve Türkiye'nin Konseye dâhil olarak AİHS'yi kabulünün ardından Sözleşme hükümlerinin iç hukukta uygulanması konusu gündeme gelmiştir. Bu noktada Sözleşme hükümlerinin ulusal hukuk açısından uygulamasının hangi şekilde gerçekleşeceği uzun tartışmalara konu olmakta ve Anayasa ile Sözleşme'nin uyumlaştırılması sorununun gündeme gelmesine sebep olmaktadır.

Türkiye'nin Sözleşme sistemine tam anlamıyla katılımı, 11 no.lu Ek Protokol'ü yürürlüğe koymasıyla gerçekleşmiştir. 11. no.lu Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesinden önce Sözleşme'nin denetim mekanizmasının en önemli ve en etkili unsurlarını oluşturan bireysel başvuru hakkı ve divanın yargı yetkisini kabul edip etmeme sözleşmeci devletlerin seçimine bırakıldığından Türkiye bu yetkiyi kabul etmemiştir. Türkiye 22

¹²⁵ Sözleşme, Türkiye tarafından 10/3/1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.

¹²⁶ Yüksek Sözleşmeci Taraflar'ca imzalanan ve onaylanan Sözleşmeye ek Protokoller'in listesi ve detayı için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA= 3&CM=16&CL=ENG> (erişim, 1/7/2013).

Ocak 1987 tarihinde bireysel başvuru hakkını, 25 Eylül 1989 tarihinde de divanın yargı yetkisini kabul ederek gecikmeli de olsa Sözleşme'ye tam anlamıyla katılmış oldu.¹²⁷ 2003 yılında yürürlüğe giren, ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına dair ek 13 no.lu Protokol'de ya da 2005 yılında yürürlüğe giren ayrımcılığın sonlandırılmasına dair ek 12 no.lu Protokol'de olduğu gibi Sözleşme, aynı zamanda kendisine protokoller tarafından eklenen yeni haklarla da değişim ve dönüşüme uğramıştır.¹²⁸ Ancak bu noktada Sözleşme ve Sözleşme'ye ek Protokoller'in bu metinleri onaylayarak kabul eden devletlerin iç hukuka etkisinin ne şekilde ortaya çıktığının incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşme'nin iç hukuktaki etkisi konusunda, Sözleşme'ye taraf devletlerde genel olarak *düalist* (ikici) ve *monist* (tekçi) sistem olmak üzere iki sistemin varlığından söz edilebilir.¹²⁹ Bunlardan *düalist sisteme* göre, iç hukuk ve sözleşme birbirinden tamamen farklı ve bağımsız iki farklı hukuk düzeni olup, Sözleşme'nin iç hukukta doğrudan etkisi söz konusu değildir. Sözleşme'nin bir ülkenin ulusal hukuku açısından etkili olabilmesi için Sözleşme normlarının iç hukuka aktarılması gerekmektedir.¹³⁰

¹²⁷ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2009, s. 18.

¹²⁸ Yüksek Sözleşmeci Taraflar'ca imzalanan, onaylanan ya da imza ve onay aşaması devam eden ek Protokol sayısı 2014 yılı itibarıyla 16'dır. Sözleşme'ye ek 15. ve 16. Protokoller için bkz., http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer (erişim, 6/7/2013).

¹²⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2009, s. 19-22.

¹³⁰ Sözleşme'ye taraf devletlerden İngiltere, İsveç, Danimarka, İrlanda, İzlanda ve Norveç gibi ülkeler düalist sistemi kabul etmişlerdir. *Henrich Triepel*, 1899 yılında yayınlanan *Volkerrecht und Landesrecht* adlı eserinde yer alan düşünceleri nedeniyle "düalist okul"un (*ecole dualiste*) kurucusu olarak kabul edilmektedir. Bu ekolün diğer büyük teorisyeni de *Dionisio Anzilotti*'dir. Düalist okula göre, uluslararası hukuk, iki ya da daha fazla devletin iradesinden doğar ve egemen ve eşit devletlerin karşılıklı ilişkilerini düzenler. Ulusal hukuk ise, tek bir devletin egemen iradesinden doğar ve kendi ile yurttaşlar arasındaki eşit olmayan ilişkilere ya da yurttaşlar arasındaki karşılıklı ilişkilere uygulanır. Bu konuda bkz., Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Yay. (No: 3761), İstanbul, 1993, s. 28-29.

İç hukukun uluslararası hukuka üstünlüğü savunan *monist* görüş, esas olarak uluslararası alanda devlet üstü bir otorite bulunmayışına dayandırılmaktadır. Doktrinde *Federal Alman Bonn Okulu* (*Erich*

Monist sistemde ise, geçerli bir tek hukuk düzeni vardır. Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta ortaya konan bir kural, ulusal kurallar arasında *doğrudan* yerini alır ve uygulanır. Bu nedenle monist görüşü kabul eden ülkeler açısından Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanmakta olup ayrıca Sözleşme'nin iç hukuka aktarılması gibi ikinci işlemine gerek bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla monist sistemde uluslararası hukuk ile iç hukuk bir tek hukuk sistemi olduğundan, uluslararası hukukun iç hukuka aktarılması için ayrı bir işlem yapmaya gerek yoktur.

Uluslararası hukukun iç hukuka göre üstün olduğu görüşü, doktrinde çoğunluk tarafından kabul görmektedir. Bu görüşün savunucuları, iç hukukun uluslararası hukuktan türemiş olduğunu ve iki hukuk düzeninin çatışması halinde, uluslararası hukukun geçerli olacağını ileri sürmektedirler.¹³¹ Böyle olmakla beraber, monist sistemi benimseyen devletlerdeki tartışma, Sözleşme'nin normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu anlayışı kabul eden bazı devletler Sözleşme'yi yasa,

Kaufmann ve *Max Wentzel*) devlet egemenliğini ön planda tutmaktadır. *Jellinek*, *Akzin*, *Decenciere*, *Ferrandiere* gibi isimler de iç hukuka üstünlük tanıyan *monist*lerdendir.

¹³¹ *Kelsen*, *Duguit*, *Scelle*, *Verdross*, *Kunz*, *Bourquin* ve *Lefur* uluslararası hukukun üstünlüğünü savunan düşünürler arasındadır. *Kelsen*'e göre, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü düşüncesinden hareket edilirse, uluslararası andlaşmanın, bu andlaşmayı yapan tarafların bütün iç hukuk normlarından üstün olduğu kabul edilebilir. Bu açıdan *Kelsen*'e göre kanunun hatta anayasanın karşısında uluslararası andlaşmanın bir üstünlüğü vardır. Andlaşma, olağan kanuna ya da Anayasa'ya aykırı hükümler taşıyabilir. Oysa bunun tersi mümkün değildir. Uluslararası hukuk kurallarına göre, bir andlaşma ancak başka bir andlaşma ya da onun tarafından belirlenen bazı olgular gereğince bağlayıcı gücünü yitirebilir. Akit taraflardan birinin tek taraflı işlemi ile özellikle bir kanun ile bir andlaşmaya son verilemez. Eğer bir kanun, hatta anayasal kanun bir andlaşmaya aykırıysa o kanun sakat yani uluslararası hukuka aykırıdır. Böyle bir kanun, ilk elden andlaşmaya ve dolaylı olarak da *pacta sunt servanda* ilkesine aykırı olacaktır. Bu bakımdan *Kelsen*'e göre uluslararası hukuk bütün ulusal hukuk normlarının ve anayasa normlarının üstünde yer alır (Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa üstünlüğü Sorunu", içinde *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay. (no: 18), Ankara, 2000, s. 26. <http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm> (erişim, 2/9/2013)).

bazıları yasa üstü, bazıları Anayasa düzeyinde ve bazıları da Anayasa üstü olarak kabul etmektedirler.¹³²

Bir andlaşmayı ülke içinde etkili kılmanın; (i) doğrudan ve direkt kabul, (ii) dâhil etme ve (iii) dönüştürerek dâhil etme şeklinde üç temel yöntemi vardır. *Doğrudan ve direkt kabul* durumunda, antlaşma hükümleri iç hukuk düzeninde doğrudan ve oldukları gibi etkilidirler. Uluslararası nitelik ve kökenlerini saklı tutmakla birlikte, iç hukuk düzeni içinde uygulanırlar. Bu türden bir uygulama uluslararası ve ulusal hukuku tek bir yasal düzenin parçaları olarak kabul eden monist görüşe dayanmaktadır. *Dâhil etme* yönteminde ise, antlaşma hükümleri bir bütün olarak ve kaleme alındıkları şekilde iç hukuk düzenine eklenmekte ve ulusal yasa olarak uygulanmaktadır. *Dönüştürerek dâhil etme* yönteminde ise antlaşma hükümleri var olan ulusal yasalarda değişiklik ya da eklemeler yapılarak ulusal yasaya dönüştürülmekte ve tümü konu ile ilgili ulusal yasalarla bütünleşmektedir. Dâhil etme ve dönüştürerek dâhil etme yöntemlerinin temelinde uluslararası ve ulusal hukuku iki ayrı sistem olarak gören *düalist görüş* bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre uluslararası hukuk, bir devletin bireylerini ancak ulusal hukuk sistemi içine dâhil edildiği veya dönüştürülerek dâhil edildiği zaman etkileyebilmektedir.¹³³

Türkiye açısından ise yukarıdaki ayrımın pratikteki yansıması ayrı bir tartışma konusudur. Anayasa açısından Sözleşme'nin normlar hiyerarşisindeki yeri esas olarak

¹³² Örneğin: Sözleşme'yi Anayasa'nın üzerinde gören ülkeler Hollanda ve İspanya; Sözleşme'yi Anayasa ile eşdeğer gören ülke Avusturya; Sözleşme'yi yasanın üzerinde ancak Anayasa'nın altında gören ülkeler Fransa, Yunanistan, Portekiz, Belçika, Kıbrıs Rum Kesimi; Sözleşme'yi yasa düzeyinde gören ülkeler Federal Almanya, İtalya, İsviçre olarak sayılabilir (Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 1. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2002, s. 47). Ayrıca bkz., İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, 54, 2004, s. 178.

¹³³ Sevtap Çelikkan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzdaki Yeri", Y. Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi, 2004, s. 73.

Anayasa'nın 90. maddesinde¹³⁴ düzenlenmekle birlikte doktrinde birçok tartışmaya zemin hazırlamaktadır.¹³⁵ Anayasa'nın 90. maddesinde öncelikle uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu belirtilmiş¹³⁶ ardından da bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağının ifade edilmiş olması, Sözleşme'nin yasalardan farklı bir statüde olduğu görüşünün savunulmasına kaynaklık etmiştir. Maddede yer alan bu yasaklayıcı hükmün, bir yandan devletin uluslararası sorumluluğuna meydan vermemek, diğer yandan da Türkiye'nin uluslar üstü nitelik taşıyan, dolayısı ile Anayasa'nın bazı hükümleriyle çelişebilecek olan uluslararası kuruluşlara girebilmesini sağlamak düşüncesinin sonucu olduğunu söylemek mümkündür.¹³⁷

Türk hukuk düzeninde, genel olarak, antlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda *monist görüşün* benimsendiği söylemek mümkündür. Buna göre Türkiye uygulaması açısından uluslararası sözleşmelerin iç hukuka aktarılmasında yeni bir işleme gerek kalmadan uygulanacağı hususu doktrinde genel kabul görmektedir. Ancak pratikte sorun normlar hiyerarşisinde antlaşmaların yerinin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

¹³⁴ Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası şu şekildedir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

¹³⁵ Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik bkz., https://yenianayasa.Tbm.m.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, s. 180-83 (erişim, 4/6/2013).

¹³⁶ Uluslararası bir antlaşmanın kanun niteliğinde olması, onun kanun olduğu anlamına gelmemektedir. Uluslararası andlaşmalar imzalanmalarının ardından da iç hukuktaki yerleri açısından kendine ait özelliklerini korumaya devam etmektedir. Milletlerarası hukuk bakımından da AİHS'nin iç hukukta çıkarılacak alelade bir kanunla tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün değildir.

¹³⁷ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 222.

Antlaşmaların kanuna eşdeğer olduğunu ileri süren yazarlara göre,¹³⁸ kanunlarla antlaşmalar arasında altlık üstlük sıralaması bulunmamaktadır. Bu görüşü savunanlar, sonradan çıkarılan bir kanunun hâlihazırda mevcut ve yürürlükte olan bir antlaşmaya aykırı olamayacağına dair Anayasa’da herhangi bir düzenlemede bulunmadığı gerekçesine dayanmaktadırlar. Ayrıca antlaşmaya aykırı olarak çıkarılacak kanunun iç hukuk bakımından geçerliliği olduğu savunulmaktadır. Ancak uygulamada uluslararası antlaşma ile kanun arasında aykırılık bulunuyorsa, hâkimin ikisini bağdaştıracak yorum yapmasının mümkün olmaması durumunda, *önceki kural - sonraki kural ilkesini (lex posterior derogat legi priori)* uygulayarak aykırılığı gidereceği ve bu suretle eğer antlaşmayla sonradan çıkarılan kanun arasında aykırılık varsa antlaşma kanuna eşdeğer sayıldığından antlaşma değil kanunun uygulanacağı ifade edilmektedir.

Türk hukuk düzeninde *antlaşmaların kanunların üstünde* olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.¹³⁹ Olağan yasalar için anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurmak mümkünken, uluslararası sözleşmeler için bunun yapılamaması, doktrinde uluslararası sözleşmelerin yasalardan daha üstün olduğu görüşünün savunulmasına kaynaklık etmektedir. Ayrıca, Anayasa’nın özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili çeşitli maddelerinde milletlerarası hukuka atıf yapılması¹⁴⁰ en

¹³⁸ Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, cilt I, Ankara, 1968, s. 132; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Ankara, 1989, s. 31; Özbudun, 2009, s. 394-95.

¹³⁹ Uluslararası sözleşmelerin iç hukuk normlar hiyerarşisi bakımından yasalardan daha üstün bir yere sahip olduğu görüşü için bkz., Tekin Akıllıoğlu, “Uluslar arası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Değeri ve Yeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, 1(2-3), s. 41, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/ihmd/12/06.pdf> (erişim, 3/6/2013).

¹⁴⁰ Anayasa’nın 15. maddesi; “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, [milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla], durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir”; Anayasa’nın 16. maddesi “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, [milletlerarası hukuka uygun olarak] kanunla sınırlanabilir”; Anayasa’nın 42. maddesi “Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. [Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır.]” şeklindedir [vurgular yazara aittir].

azından insan hakları alanındaki uluslararası sözleşmelerin yasaların üzerinde olduğu sonucunun savunulmasına neden olmuştur.

Ancak fikrimizce uluslararası sözleşmeler yasaların üzerinde görülmemelidir. Anayasa Mahkemesi içtihadında da insan haklarına koruma getiren uluslararası sözleşmeler destek ölçü norm olarak *anayasallık bloğuna* dâhil edilmekle birlikte,¹⁴¹ genel olarak uluslararası sözleşmeler yasaların üzerinde görülmemiştir. Anayasa Mahkemesi uluslararası sözleşmeleri yasa ile eş değerde görmüştür. Anayasa Mahkemesi, uluslararası bir Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulma yasasını denetlerken, sözleşme kuralına aykırı bir yasanın çıkarılamayacağı yönünde bir kural olmadığını, dolayısıyla uluslararası sözleşmelerin yasa ile eşdeğerde olduğunu ve iki yasa kuralı birbiriyle çatıştığında hangi ilkeler uygulanıyor ise uluslararası sözleşme ile bir yasa kuralı çatıştığında da aynı ilkelerin uygulanacağını açıkça belirtmiştir.¹⁴²

Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan “esas alınır” kavramı kullanılması insan haklarına koruma getiren sözleşmelere öncelik verildiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Nitekim 90. maddeye ilişkin Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde bu açıkça vurgulanmıştır.¹⁴³ Bu hüküm yargıçlara, önlerine gelen bir davada uygulanacak yasa hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme arasında bir çatışma gördüklerinde uluslararası sözleşmeyi uygulamak yükümlülüğü getirmektedir. Bununla

¹⁴¹ Bu konuda bkz., Batum, 1993, s. 56.

¹⁴² AYM, E.1996/55, K.1997/33, K.T. 27/02/1997. AYM'nin bu yorumu doktrinde de kabul görmüştür. Bu konuda bkz., Sait Güran, “Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır”, *Anayasa Yargısı*, 17, 2000, s. 48-49. AYM'nin kararından önce de bu görüşün savunulduğuna dair bkz., Ayşe Işıl Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yay., İstanbul, 1993, s. 227.

¹⁴³ 2004 Anayasa değişikliğinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 180-83 (“*Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile yasa hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir*”).

beraber Anayasa’da 2004 yılında yapılan değişikliğin öneminin yanında doktrinde birçok tartışmayı da beraberinde getirdiğini de yinelemek gerekmektedir.¹⁴⁴

B. AİHS’nin İç Hukuka Etkisi ve Bağlayıcılığı

AİHS, karşılıklılık prensibine dayanan ve akit tarafların menfaatleri arasında uzlaşma sağlamayı amaçlayan klasik iki taraflı (*sinallagmatik*) uluslararası antlaşmalardan farklı nitelikte *sui generis* nitelikte bir belgedir. Devletlerin karşılıklı olarak yükümlülük altına girdiği klasik anlamda uluslararası antlaşmalardan farklı olarak AİHS’de karşılıklılık ilkesi geçerli değildir. Sözleşme’nin “insan haklarına saygı yükümlülüğü” başlıklı 1. maddesine göre Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri *tanımak* zorundadırlar.¹⁴⁵ Madde metninde yer alan “tanır” (*shall secure*) sözcüğü bir zorunluluğu ifade etmektedir.¹⁴⁶ Buna göre Yüksek Sözleşmeci Taraflar’ın Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükleri kendi “yargı çevreleri”nde (*jurisdiction*) bulunan “herkes”e (*everyone*) sağlama sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bakımdan Sözleşme’yi onaylayan bir devlet, kendi iç hukukunu Sözleşme ile uyumlu hale getirme ve Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri iç hukukunda da güvence altına almayı ve korumayı da kabul etmiş olmaktadır.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Anayasa’nın 90. maddesindeki değişikliğe yöneltilen eleştiriler için bkz., Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, 54, 2004, s. 147-61; Ali Karagülmez, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, *TBB Dergisi*, 54, 2004, s. 163-77; Şahbaz, 2004, *passim*.

¹⁴⁵ Sözleşme’nin 1. maddesinin çevirisi şu şekildedir:

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar”. Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹⁴⁶ Bkz., *İrlanda/Birleşik Krallık*, no. 5310/71, 18/1/1978.

¹⁴⁷ Sözleşme’nin 1. maddesinin İngilizce orijinal metni şu şekildedir:

“Obligation to respect human rights. The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”. Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (erişim, 3/6/2013).

Yüksek Sözleşmeciler Taraflar'ın "insan haklarına saygı yükümlülüğü" (*obligation to respect human rights*) doğrudan doğruya Sözleşme'den kaynaklanmakta olup, herhangi bir akit devletin Sözleşme'ye uymaması diğer bir devletlerin de Sözleşme'yi ihlal etmesi için haklı bir neden oluşturmamaktadır. Dolayısıyla taraf devletlerin tümü Sözleşme ile güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri kendi sınırları içerisindeki herkese tanımakla yükümlüdürler. İnsan haklarına dair sözleşmelerin öznesi herkeştir. Bu nedenle insan haklarına dair sözleşmeler, devletlerin çıkar ilişkileri ve karşılıklılık prensibine dayanmazlar.

Sözleşme'nin 19. maddesine göre Sözleşme ve ek Protokollerini yorumlama yetkisine sahip bir Mahkemenin (AİHM) kurulması ve yine Sözleşme'nin 46. maddesine göre bu mahkemenin kararlarının bağlayıcı olması da Sözleşme'nin Yüksek Sözleşmeciler Taraflar için bağlayıcılığını ortaya koymaktadır.¹⁴⁸ Esasen Sözleşme, taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan normlara sözleşmeciler devletlerin uyma yükümlülüğünden bahsetmekle birlikte, iç hukuktaki uygulamanın şeklini taraf devlete bırakmaktadır. Bu nedenle Sözleşme aynen iç hukuka aktarılsa dahi taraf devletin gerçek yükümlülüğü, iç hukuklarındaki uygulamalarının Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesidir. Bu uyumun hangi yolla sağlanacağı taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır.¹⁴⁹

Ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesi ile bireylerin, Sözleşme'de tanınmış hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla, ulusal makamlar önünde etkili başvuru hakkına sahip bulunduğu kabul edilmiştir. Taraf devletlerin, herhangi bir insan hakkı ihlali söz konusu olduğunda, bireylere insan hak ve özgürlükleri alanında "etkili başvuru hakkı"

¹⁴⁸ Sözleşme'nin 19. maddesi için bkz., *supra*, dipnot 53. Sözleşme'nin 46(1) fıkrası şu şekildedir:

"Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler". Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹⁴⁹ *Pauwels/Belçika*, no. 10208/82, 25/5/1988; *McGoff/İsviçre*, no. 9017/80, 26/10/1984.

tanıma ve etkili başvuru yolları sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁵⁰ Bu açıdan Sözleşme'nin 1., 13. ve 19. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde taraf devletlerin, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri iç hukuklarının bir parçası haline getirmek ve korumak yükümlülüğü altında oldukları anlaşılmaktadır.¹⁵¹

Ayrıca, *Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi*'nin (*Vienna Convention on the Law of Treaties*–1969) 27. maddesine göre Sözleşme'ye taraf olan devletin bu Sözleşme'yi uygulamamasının gerekçesi olarak kendi ulusal hukukunun hükümlerini ileri süremeyeceği kabul edilmiştir.¹⁵² Bu açıdan taraf devletlerin kendi iç hukuklarından kaynaklanan sorunları gerekçe göstererek Sözleşme'yi uygulamama ya da Sözleşme'nin uygulanmasını erteleme olanakları bulunmamaktadır.

Uluslararası sözleşme niteliğinde olan –sui generis yapısıyla birlikte– AİHS hükümlerinin taraf devletlerin iç hukuklarındaki yeri, her ülkenin kendi yapısına göre değişiklik gösterebilmektedir. Klasik uluslararası sözleşmeler için söz konusu olan değerlendirme ve tartışmaların benzerleri AİHS bakımından da geçerlidir. Sözleşme bazı ülkelerde yetkili merciler tarafından bir kez onaylandıktan sonra iç hukukun tamamlayıcı bir parçası haline gelmekte ve AİHS'nin hükümleri taraflarca milli mahkemeler önünde ileri sürülebilmektedir.¹⁵³ Bu ülkelerde AİHS hükümleri bazen *anayasa düzeyinde*, bazen de *diğer kanunlarla eş düzeyde* olabilmektedir. Diğer bir kısım ülkelerde ise Sözleşme özel bir kanunla öngörülmüş haller dışında iç hukukun bir

¹⁵⁰ Sözleşme'nin 13. maddesinin çevirisi şu şekildedir:

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir”. Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹⁵¹ Bu konu ile ilgili olarak bkz., *Handyside/Birleşik Krallık*, no. 5493/72, 07/12/1976.

¹⁵² *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi* için bkz., http://untreaty.un.org/ilc/texts/instrument/s/english/conventions/1_1_1969.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹⁵³ AİHS’yi yürürlükteki (*mer’i*) hukukun parçası haline getiren ülkelerde Sözleşme’nin bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir nitelik kazandığına dair bkz., Naz Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları (Özel Dizi no. 1), Ankara, 1994, s. 94.

parçası olarak görülmemekte ve Sözleşme hükümleri ulusal mahkemeler önünde taraflarca ileri sürülememektedir.¹⁵⁴

Geniş anlamı ile *doğrudan uygulanırlık ilkesi*, bir uluslararası kuralın, sadece anayasal yönetime uygun olarak onaylanması ile ulusal hukuk düzeninde emredici güce sahip olacağını ve ulusal makamların hiçbir değişikliğe tabi tutulmaksızın ülke içinde uygulanabileceğini ifade etmektedir. Dar anlamı ile *doğrudan uygulanırlık ilkesi* ise *mahkemeler önünde* doğrudan uygulanabileceğini, ulusal mahkemeler önünde derdest davalarda Sözleşme'nin uygulanacak kural olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir.¹⁵⁵

Sözleşme'yi iç hukuklarında doğrudan uygulayan devletler açısından Sözleşme'nin maddelerinin anlam ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşme maddelerinin anlam ve kapsamının belirlenmesi temel olarak AİHM'nin içtihatları yoluyla gerçekleşmektedir. Sözleşme'nin maddelerinin AİHM'nin içtihatları doğrultusunda yorumlanması ve somutlaşması, bu içtihatlar yoluyla Sözleşme'nin maddelerine verilen nispeten açık ve kesin anlamların ilgili devletlerce takip edilmesi AİHS'nin doğrudan uygulanabilme (*self-executing*) niteliğini güçlendirecektir. Bu bakımdan, Sözleşme maddelerinin salt kaleme alınış biçimi ve *şekli yorumundan* öte maddelerin *maddi yorumu* önem taşımaktadır.

AİHS'nin iç hukuktaki yeri bakımından ister *monist* ister *düalist* sistemi kabul etsin birçok devletin, ulusal normları AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde yorumladıkları görülmektedir. Örneğin, Federal Almanya *düalist sistemi* kabul etmiş ve Alman Anayasası'nın 59(2) fıkrasına göre AİHS federal yasaya dönüştürülerek Alman iç hukukunun bir parçası olmuştur. AİHS, Federal Anayasa'nın üstünde değil federal yasa statüsündedir. Ancak Alman yasaları, hatta Federal Anayasa, Sözleşme hükümleri

¹⁵⁴ Bkz., *supra*, s. 52-53.

¹⁵⁵ Çelikcan, 2004, s. 82; Batum, 1993, s. 42-45.

ışığında yorumlanmaktadır. Ayrıca alınan bir karar ile kanun koyucunun ters yönde açık bir iradesi bulunmadığı sürece, AİHS'nin sonraki yasalara göre önceliği olduğu kabul edilmektedir. Benzer biçimde *monist sistemi* benimseyen İsviçre'de de Federal Mahkeme'nin, yasaları ve Anayasa'yı, AİHS ve AİHM içtihatlarını göz önünde tutarak yorumladığı görülmektedir. Federal Mahkeme'nin karar verirken sadece Sözleşme'nin lafzını değil aynı zamanda AİHM içtihadını göz önüne aldığı görülmektedir.¹⁵⁶

Türkiye bakımından ise Sözleşme'nin iç hukuktaki yeri uzun tartışmalara konu olmuştur. Sözleşme'nin iç hukuk normları hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesi, yasama organının Sözleşme'ye aykırı bir yasa yapıp yapamayacağı, Sözleşme'ye aykırı bir yasanın yargı tarafından uygulanıp uygulanamayacağı gibi konuları gündeme getirmektedir. Nitekim bazı ülke anayasalarında uluslararası sözleşmelerin yasalardan üstün olduğu veya uluslararası sözleşmelerin yasaya göre önceliğe sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁷

Türkiye'de uluslararası antlaşmalar, akit taraflarca imzalanarak onaylanmasının ardından TBMM'nin bu onayı bir yasa ile uygun bulması ve Cumhurbaşkanı'nın antlaşmayı onaylayıp yayınlaması ile ulusal hukuk düzenine bir yasa olarak dâhil olmaktadır.¹⁵⁸ Ancak uluslararası antlaşmalar niteliği itibarıyla olağan yasalardan farklı olduğundan bu antlaşmalarla ilgili olarak diğer yasalar gibi Anayasa Mahkemesine iptal davası açılabilme olasılığına Anayasa'da yer verilmemiştir.

Anayasa yargısında uluslararası antlaşmaların *bağımsız ölçü norm* ve *destek ölçü norm* olmak üzere iki ayrı şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi

¹⁵⁶ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara, 2000, s. 33-34. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/turmen.pdf (erişim, 8/7/2013).

¹⁵⁷ Sözleşme'nin iç hukuk hiyerarşisi ile ilgili bkz., Sibel İncoğlu, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi" içinde *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İncoğlu, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 7.

¹⁵⁸ Bkz., 244 sayılı Kanun, K.T. 31/5/1963, R.G. 11/06/1963 (Sayı: 11425).

kararlarında, *destek ölçü norm* yaklaşımına göre, bir Anayasa kuralının ve dayanmak istediği bir genel hukuk ilkesinin anlamını pekiştirmek için, uluslararası antlaşma kuralları örnek gösterilebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar vermiş olduğu kararları incelendiğinde, tek başına *bağımsız ölçü norm* AİHS’yi kullandığı bir karara rastlanmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında genellikle Anayasa’nın 2. maddesinde cumhuriyetin niteliklerinden birisi olarak sayılan “insan haklarına saygılı devlet” ilkesinden hareketle, AİHS’nin *destek ölçü norm* olarak kullanıldığı görülmektedir.¹⁵⁹

Fikrimizce uluslararası sözleşmeler gerek Anayasa gerekse sıradan kanundan daha üstün değildir. Uluslararası sözleşme normlarının, *bağımsız ölçü norm* sayılamamakla beraber Anayasa’nın uluslararası hukuka açıkça atıfta bulunduğu alanlarda destek ölçü norm olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹⁶⁰ Özbudun’a göre de, yürürlükteki Türk pozitif hukuku bakımından uluslararası hukuk kurallarının, anayasaya uygunluk denetiminde genel bir *bağımsız ölçü norm* olarak kabulü 1982 Anayasasının yollama yaptığı dört alan dışında mümkün değildir. Anayasa’nın milletlerarası hukuka açıkça atıfta bulunduğu 15., 16., 42. ve 92. maddelerinin Anayasa’ya aykırılık iddiasında dile getirilmesi durumunda uluslararası hukuk kuralları *bağımsız ölçü norm* olarak kullanılabilir. Bu dört madde tarafından düzenlenen alanlarda Anayasa boşluk bırakarak bu boşluğu uluslararası hukukun doldurmasını istemiştir.

Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesine göre, *uluslararası hukukun asli kaynakları*; genel uluslararası anlaşmalar, özel uluslararası anlaşmalar,

¹⁵⁹ Bu konuda bkz., AYM, E.1979/38, K.1980/11, K.T. 29/1/0980 (“... insanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerinin yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasanın Başlangıcı ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur...”).

¹⁶⁰ Aynı yönde görüş için bkz., Özbudun, 2009, s. 396.

uluslararası hukukun teamül kuralları ile uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri olarak sıralanmaktadır.¹⁶¹ Anayasa Mahkemesinin de kararlarında uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkelerine kararlarında atıfta bulunduğu gözlenmektedir. Anayasa Mahkemesi, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin *özel bir değer*de olduğunu ve insan haklarıyla ilgili uluslararası hukuk kurallarının genel uluslararası hukuk kurallarını aşan bir özelliğe sahip olduğunu ifade etmektedir.¹⁶²

Gözler'e göre, AİHS ile Anayasa arasında bir geçerlilik ilişkisi bulunmadığından bir hiyerarşi de mevcut değildir.¹⁶³ AİHS, Anayasa'dan *moral bakımından* daha üst bir norm olduğu halde, hukuken her biri kendi içinde değer taşımakta olup aralarında bir hiyerarşiden bahsedilemez. Uluslararası hukuk iç hukuka üstün olmakla birlikte AİHM, iç hukuk normunu iptal etmemektedir. AİHS'ye aykırı olan Türk mevzuatının *iç geçerliliği* olmakla birlikte, *dış geçerliliği* bulunmamakta ve AİHM kararları neticesinde Türkiye, içte geçerli fakat Sözleşme'ye aykırı bu tür mevzuatları nedeniyle tazminata mahkûm edilmekte ve uluslararası sorumlulukla karşı karşıya kalmaktadır. Bu bakımdan AİHS ile Anayasa arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Gözler'e göre AİHS, Anayasa'nın altında ve yasalara eşit düzeydedir. Anayasal değeri bulunmadığı gibi, anayasallık bloğu içinde de değerlendirilemez. Anayasa Mahkemesinin, yasaları ve yasaların uygulanmasını denetlerken genel olarak AİHS'yi *bağımsız ölçü norm* olarak kullanmaması da bunun göstergesidir. Ancak Anayasa'nın 15., 16., 42. ve 92. maddelerinde uluslararası hukuka açıkça gönderme yaptığından bu dört durumda AİHS ölçü norm olarak kullanılabilir. Bu dört madde dışında AİHS sadece bir kanun sayılır ve hukuk düzeni bakımından aynı düzeyde olduklarından, kanunların yorumunda

¹⁶¹ *Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü* için bkz., http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilisoz/bm/bm_02.pdf (erişim, 15/5/2014).

¹⁶² Özbudun, 2009, s. 395-96.

¹⁶³ Bu konuda literatürdeki en kapsamlı ve önemli çalışma için bkz., Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa, Ekin Kitapevi, 1999, s. 286 vd.

kullanılan genel prensipler uygulanır. Şayet AİHS ile Anayasa çatışırsa, *lex superior derogat legi priori* esasına göre çözüleceğinden Anayasa geçerli olacaktır. Ulusal kanunlarla AİHS çatışması durumunda *lex posterior derogat legi priori* ilkesi uygulanır. Bu durumlarda AİHS e aykırı bir sonuç elde edildiğinde bu sadece iç hukukta geçerli olur, dış hukukta geçerli olamaz.¹⁶⁴

Sözleşme'nin yasa değerinde olduğunu savunanların yanı sıra Anayasa'nın üzerinde olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır. *Batum*'a göre, AİHS'nin, tam anlamı ile yasa hükmünde olarak değerlendirilmesi, devletin bu Sözleşme'yi onayladıktan sonra, bu Sözleşme yürürlükte iken, daha sonra çıkaracağı bir yasa ile Sözleşme'yi bertaraf edebileceği anlamına gelir. Çünkü aynı niteliği taşıyan iki yasal işlem arasında, sonraki işlemin önceki işlemi ortadan kaldıracağı ilkesi (*lex posterior derogat priori*) hukuken kabul edilmektedir. Ancak devletin bu denli ayrıntılı hükümlere yer veren ve uluslararası hukukun parçası olan Sözleşme'yi bir iç hukuk işlemi olan yasa ile ortadan kaldıracabileceğini söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan Sözleşme iç hukukta yasa değerinde sayılmasına karşın, yasanın üstünde yer alması zorunludur. Ancak hemen belirtilmesi gerekir ki, bu zorunluluk özellikle yasama organına karşı olmayıp daha çok mahkemelere özellikle de TBMM tarafından yapılan yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle yetkili olan Anayasa Mahkemesini ilgilendirmektedir.¹⁶⁵

Gölcüklü ve *Gözübüyük*'e göre AİHS, kanunların ve hatta Anayasa'nın da üzerinde yer almaktadır. Buna dayanak olarak, AİHS'nin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyeceğini ve Anayasa'ya aykırı olsa da uygulanacağını, TBMM tarafından çıkarılacak bir yasa ile değiştirilemeyeceğini göstermektedirler.¹⁶⁶ *Yüzbaşıoğlu* da,

¹⁶⁴ Gözler, 1999, s. 287 vd., *in fine*.

¹⁶⁵ Batum, 1993, s. 56.

¹⁶⁶ Gölcüklü ve Gözübüyük, 2009, s. 21.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan insan haklarına saygı ilkesinde yola çıkarak AİHS'nin ulusal hukuka hatta Anayasa'ya üstün olduğunu dile getirmektedir.¹⁶⁷

Selçuk'a göre, AİHS, Avrupa'nın anayasasıdır ve asgari demokrasinin koşullarını içerir. AİHS, TBMM'de ivedilikle ve öncelikle görüşülmüş, oybirliğiyle kabul edilmiştir. Bu bakımdan AİHS iç hukukun parçası olmuş olup kendiliğinden uygulanır, uygulanması için Anayasa'ya uygun olma gibi bir şart aranamaz, Anayasa'ya aykırılığı da ileri sürülemez. Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren bir Anayasa veya yasa hükmü ile Sözleşme hükümleri tek yanlı olarak değiştirilemez.¹⁶⁸

Soysal'a göre uluslararası sözleşmeler yasalardan biraz farklı, anayasaya yaklaşıcı, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen, çağdaş dünyaya uyumumuzu sağlayan, bize dinamizm kazandıran, en azından anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir niteliktedirler. Soysal da AİHS ile yasa arasında hiyerarşi ilişkisinin olduğu düşüncesindedir.¹⁶⁹

Çelik, uluslararası sözleşmelerin yasadan daha üst bir değerde olduğunu dile getirmektedir. Uluslararası bir norm ile iç hukuk arasında bir çelişkinin *lex posterior* ilkesine göre çözülemeyeceği, uluslararası Sözleşme'nin esas alınarak çözülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin *Lozan Barış Anlaşması*'nın ya da AİHS'nin TBMM tarafından değiştirilemeyeceğini belirtmektedir.¹⁷⁰ Akıllıoğlu da, AİHS'nin anayasal değerde hatta anayasa üstü bir konumda olduğu düşüncesindedir.¹⁷¹

¹⁶⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İÜHFY, 1993, s. 4-5.

¹⁶⁸ Sami Selçuk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", *Yargıtay Dergisi*, 25, 2009, s. 403.

¹⁶⁹ Mümtaz Soysal, "Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, 14, 1997, s. 171-90, *in fine*. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/mumtazsoysal.pdf (erişim, 8/7/2013).

¹⁷⁰ Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1988, 9(1-3), s. 50-51. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukidare/article/view/2577> (erişim, 8/7/2013).

¹⁷¹ Akıllıoğlu, 1991, s. 39-42.

C. AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi ve Bağlayıcılığı

AİHS'yi diğer sözleşmelerden ayıran en önemli özelliklerden birisi de, Sözleşme'nin hak ve özgürlükler listesi hazırlamakla kalmayıp, bu hakları koruyacak etkili bir denetim mekanizması oluşturmastır. 11 no.lu Ek Protokol'ün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, tam zamanlı olarak çalışan AİHM kurulmuş ve denetim mekanizmasının tamamen yargısal niteliğe kavuşmuştur.¹⁷² Sözleşme ile sağlanan *ortak güvence* ile devletler tarafından yapılacak başvuruların yanı sıra bireylerin de AİHM'ye başvurmasının önü açılmış ve bireyler bu suretle uluslararası hukukun süjesi halini almışlardır.

AİHM, Sözleşme'de belirlenen temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önceliği devletlerin ulusal hukuk düzenlerine vermekte ve kendi yetkisinin Sözleşme'ye aykırılık durumunda tamamlayıcı nitelikte olduğunu Sözleşme'nin amacına ve normatif düzenlemelerine dayandırmaktadır.¹⁷³ Bu açıdan Sözleşme'de yer alan temel hak ve özgürlüklerin korunması esas olarak taraf devletlere aittir. Bu ilkenin bir sonucu olarak AİHM'ye ancak iç hukuk yolları tüketildikten sonra (*exhaustion of domestic remedies*) bireysel başvuruda bulunulabilir. Sözleşme'de öngörülen denetim mekanizmasının işletilmesinin sonunda varılacak nokta, somut olay bazında bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin *tespitinden* ibarettir.

AİHM kararlarının herhangi bir hukuk kuralını, bir mahkeme kararını ya da devletin herhangi bir yürütme işlemini iptal etmemesi bu kararların *kurucu (inşai)* nitelikte olmayıp *beyan edici* niteliğinin bir sonucudur. AİHM, ilke olarak sadece yapılan işlemin veya verilen yargı kararının Sözleşme'ye aykırılığını tespit etmekle beraber karardaki yorumunun sözleşmecî devlet tarafından dikkate alınması konusunda

¹⁷² Bu konuda bkz., Reid, 2012, s. 7.

¹⁷³ Sözleşme ile kurulan güvence mekanizmasının, ulusal düzenlerdeki koruma sistemlerine oranla *tamamlayıcı nitelikte* olduğuna dair bkz., *Handyside/Birleşik Krallık*, no. 5493/72, 07/12/1976.

hüküm verme yetkisine sahiptir.¹⁷⁴ AİHM tarafından verilen kararların yerine getirilmesini (*execution*) denetleyen Konseyin bir birimi olan *Bakanlar Komitesi* ihlali ortadan kaldırmada izlenecek yola karışmamaktadır.

Sözleşme'nin 46(2) fıkrasına göre AİHM kararların icrasının takibi Bakanlar Komitesince gerçekleştirilmektedir.¹⁷⁵ AİHM kararlarının infazı/icrası ile taraf devler aleyhine hükmedilen tazminatın taraf devletçe ödenmesinin, benzer ihlallerle karşı karşıya kalmamak için gerekli yasal veya idari tüm önlemlerin taraf devletçe alınmasının ve başvurucunun mağduriyetinin telafi edilmesi kast edilmektedir.

AİHM, bir temyiz mercii değildir ancak AİHS'nin 46. maddesine göre mahkeme kararları bağlayıcıdır. Bağlayıcılık, Sözleşme'ye aykırılığın taraf devletin tercihi doğrultusundaki bir yöntemle ortadan kaldırılması veya telafi edilmesini zorunlu kılmaktadır. Taraf devlet ihlal kararından sonra ihlale son vermek, zararı tazmin etmek, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak ve benzer ihlallerin tekrarını önleyecek tedbirleri almak ile yükümlüdür.

AİHM, ihlal kararlarında bu kararların icrası için ilgili devlet tarafından alınması gereken tedbirler hakkında açıklamada bulunmayı kural olarak reddetmektedir. Bu nedenle Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesinde ve korunmasında esas sorumluluk ulusal makamlara aittir. İlke olarak Sözleşme'nin 41. maddesinde öngörülen tazminatın ödenmesi dışında iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerin seçimi ve uygulaması Sözleşme'ye uygun olmak koşulu ile taraf devletlere bırakılmıştır. Ancak aleyhinde ihlal kararı verilen devletler, ihlalin giderilmesi amacıyla yapacakları ulusal düzenlemelerde, tespit edilen ihlale benzer

¹⁷⁴ Leo Zwaak, "General Survey of the European Convention" içinde *Theory and Practice of the ECHR*, eds. Pieter Van et al., 4th ed., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s. 26-28.

¹⁷⁵ Sözleşme'nin 46(2) fıkrası şöyledir:

"Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir".

durumlarda yeniden tazminata mahkûm olmamak için AİHM'nin aynı konudaki ölçütlerini dikkate almak durumundadır. Bu aynı zamanda Sözleşme'ye imza koyan ve insan haklarını koruma ve saygılı olma (*protect and respect for human rights*) taahhüdünde bulunmuş bir taraf devlet için genel bir yüküm niteliğindedir. Bununla birlikte mahkeme kararları, aleyhine başvuruda bulunulan devlet açısından ihlalin ne şekilde giderilebileceğine dair *yol gösterici niteliktedir*. AİHM, genelde başvuru konusu olayla ilgili olarak ayrıntılı analiz yapmakta ve taraf devletin konuya ilişkin yapacağı düzenleme veya eyleme ilişkin dolaylı bir yönlendirmede bulunmaktadır.¹⁷⁶

Sözleşme'nin 46. maddesine göre AİHM'nin verdiği kararlar kesin ve taraflar açısından bağlayıcıdır.¹⁷⁷ AİHM tarafından verilen kararların –taraf devletçe yargılamanın yenilenmesi sebebi yapılması hali dışında– taraflar tarafından başka bir yargı organı önüne götürülmesi ve yeniden inceleme konusu yapılması mümkün değildir.¹⁷⁸ Kesinleşmiş AİHM kararları sadece ilgili taraflar açısından bağlayıcı niteliktedir (*inter partes*). AİHM kararlarının, aynı iddialar nedeniyle başka devlet ya da kişilerin kendi adına hukuki sonuç çıkarmalarını sağlayacak genel bir etki doğurması (*erga omnes*) mümkün değildir.

¹⁷⁶ Gülnur Özyurt, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzda Etkisi”, Y. Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2006, s. 86-87.

¹⁷⁷ Sözleşme'nin 46. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

“1.Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2.Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir”. Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹⁷⁸ AİHM İçtüzüğü'nün 80(1) fıkrasına göre Mahkeme kararının tekrar gözden geçirilmesi istenebilir. Bu maddeye göre:

“... hakkında daha önce karar verilmiş bir davayı, taşıdığı nitelikte kesin bir şekilde etkileyecek olan ve karar tarihinde Mahkeme'nin bilmediği ve haklı nedenlerle taraflardan birinin bilmesi imkânı olmayan bir olayın öğrenilmesi halinde, öğrenen taraf ortaya çıkarılan olaydan haberdar olma tarihinden başlayarak altı aylık süre içinde ilgili kararın düzeltilmesi istemiyle Mahkeme'ye başvurabilir”. Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (erişim, 8/7/2013).

AIHM'nin Sözleşme'ye aykırılığı tespit etmesi halinde davalı devlet aleyhine tazminata hükmetme yetkisi de bulunmaktadır. AIHM kararlarının hüküm fıkrasında Sözleşme kapsamındaki hangi hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğini belirtmekte ve maddi veya manevi tazminata hükmedilmektedir. Mahkeme kararında bir temel hakkın ihlal edildiği tespit edilmişse, davalı devletin devam eden ihlali durdurması ve ihlalin sonuçlarının giderilmesi gerekmeyle birlikte davaya konu hak ihlali ile ilgili bireysel veya genel tedbirler¹⁷⁹ alma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁸⁰

Taraf devletler, Sözleşme'nin 52. maddesine göre bu yükümlülüklerine ilaveten hayata geçirdikleri yasal ve idari düzenlemeler ile tazminatın başvurucaya ödenmesi de dâhil olmak üzere aldıkları önlemler hakkında Bakanlar Komitesine bilgi sunmakla da yükümlüdürler.¹⁸¹ Ayrıca AIHM kararlarına uymayan veya uymamakta direnen Taraf devletlere, Konseyden çıkarılmaya varabilen yaptırımların uygulanması söz konusu olabilmektedir. Ancak Bakanlar Komitesinin bu konuda bugüne kadar Konsey Statüsü'nün ilgili hükümlerini uyguladığı herhangi bir örnek bulunmamaktadır.¹⁸²

¹⁷⁹ *Bireysel tedbirler*, belirli bir davada Sözleşme'deki hak veya özgürlüğü ihlal edildiği tespit edilen başvurucayla ilgili tedbirleri kapsar. Ödeme, yargılamanın yenilenmesi, özel af, mahkûmiyetin adli sicilden silinmesi gibi tedbirler, bireysel tedbirlere örnek teşkil eder. *Genel tedbirler* ise, ulusal hukuk düzenim etkileyici tedbirler anlamına gelmektedir. Bilgilendirme ve mevzuat değişikliği, genel tedbirler kapsamında yer almaktadır (Osman Doğru, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara, 2000, s. 196-224). AIHM'nin ihlal tespit eden bir kararı hakkında kamuoyunun ve özellikle ilgili kamu makamlarının bilgilendirilmesi, sözleşmeciler devletlerin başvurduğu öncelikli genel tedbirlerden biridir. Karar hakkında bilgilendirme; yasama, yargı ve idari organlarının ihlal karşısında tavır alabilmeleri için gerekli ilk adımdır. İhlal hakkında bilgilendirmenin sağlanabilmesi için, AIHM kararının sözleşmeciler devletinin resmi diline çevrilerek yayınlanması ön koşuldur. Bu tedbirin amacı, özellikle yargısal makamlarının kararlardan gerekli sonuçları çıkararak, ihlal tekrarının önlenmesi için gerektiği yerde ulusal mahkemelerin ellerindeki başka davalarda Mahkeme kararları doğrultusunda iç hukuku yorumlamalarını sağlamaktır (Doğru, 2000, s. 206-7).

¹⁸⁰ Doğru, 2000, s. 196.

¹⁸¹ Sözleşme'nin 52. maddesi şu şekildedir:

"Her Yüksek Sözleşmeciler Taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin talebi üzerine, bu Sözleşme'nin tüm hükümlerinin kendi iç hukukunda etkili uygulanmasına dair gerekli açıklamaları sunacaktır". Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹⁸² Bu konuda Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. ve 8. maddelerine bakılabilir. Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesi şu şekildedir:

Yargı kararlarından kaynaklanan ihlaller ise ulusal mahkemelerin Sözleşme'deki haklarla ilgili ulusal maddi hukuku sözleşme standartlarına aykırı biçimde yorumlamalarından veya ulusal mahkemelerin usul hukukunu Sözleşme'deki haklara aykırı biçimde yorumlayıp uygulamamalarından kaynaklanabilmektedir. İhlalin yargı içtihatlarından kaynaklanması halinde AİHM ulusal makamları, ulusal mahkemeler adına Sözleşme standartlarına uygun yorum yapacaklarına dair bir taahhütte bulunmamış olmalarına rağmen içtihat değişikliğine zorlamaktadır.¹⁸³

Herhangi bir ihlal durumunda, ihlalin mümkün olduğunca geçmişe yönelik olarak kaldırılması, ihlalin eski duruma iadesi (*restitutio in integrum*) gerekmektedir. Ancak başvurucunun haklarının eski duruma iadesi mümkün değilse, giderilemeyen ihlal durumu için belli bir oranda tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. İhlalin mevzuattan kaynaklandığının tespiti veya AİHM'nin bir iç hukuk kuralının Sözleşme'ye aykırı olduğunu belirlediği durumda taraf devlet, Sözleşme'ye aykırı yeni durumların ortaya çıkmaması için söz konusu olan hukuk kurallarını Sözleşme'ye uygun hale getirmek zorundadır. Bu zorunluluk, özelde Sözleşme'nin yukarıda bahsi geçen 46. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluk olup genelde ise Sözleşme'nin bütününe hâkim bir ilkedir.

“Avrupa Konseyi'nin her üyesi hukukun üstünlüğü prensibini ve hükmü altında bulunan her sahsın insan haklarından ve ana hürriyetlerinden faydalanma prensibini kabul eder. Birinci fasılda yazılı gayenin güdülmesine samimi bir surette iştirak etmeyi taahhüt eder”.

Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesi şu şekildedir:

“Avrupa Konseyi'nin üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden her üyesi temsil hakkından bir müddet için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından yedinci maddedeki şartlar dahilinde Konsey'den çekilmeye davet edilebilir. Bu davet nazara alınmadığı takdirde Komite, Komite'nin davet edeceği tarihten itibaren bahis mevzuu üyenin artık konseye mensup olmadığına karar verebilir”.

¹⁸³ Osman Doğru, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu* (26-27 Eylül 2003), TBB, Ankara, 2004, s. 205-19. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-halari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf> (erişim, 26/8/2013).

III. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve GÜVENLİĞİ HAKKI KAVRAMI

A. Genel Olarak: Özgürlük, Güvenlik ve Hak

Özgürlüğün ne olduğuna dair tartışmalar kadim zamanlardan bugüne insan zihninde önemli bir yer tutmaya devam ede gelmektedir. Bugüne değin üzerinde anlaşmaya varılmış bir özgürlük tanımı ortaya konulabilmiş olmamakla birlikte “özgürlük nedir ?” sorusuna verilen cevapların da çeşitliliği artarak devam etmektedir. *Montesquieu*’nun da belirttiği üzere, özgürlük kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış hiçbir kelime yoktur. Bu açıdan özgürlüğün tek bir tanımının yapılamamış olmasının nedenini, sosyal bilimler alanında kapsayıcı (*sentetik*) bir tanım yapma konusundaki güçlüklerde ve bu kavramın çok yönlü bir kavram olmasında aramak gerekmektedir.¹⁸⁴

Soyut bir kavram olarak özgürlük sihirli bir kelimeye benzetilebilir.¹⁸⁵ Ancak, bu soyut bütün, gerçeklik ile karşılaştığı zaman parçalanır, ufalanır ve çeşitli biçimlere ve anlamlara bürünür. Bu bakımdan sosyal gerçeklik içinde ona bir temel bulmak, bir alam belirlemek, sınırlarını çizmek, kullanılma biçimlerini göstermek kısacası onu yorumlamak gerekmektedir. Yaşadığımız dönemde belli başlı dünya görüşleri arasında en totaliter olanlar da dâhil olmak üzere özgürlük kavramını reddeden bir akım bulmak zordur. Totaliter sistemlerin dahi özgürlükten yana olma iddialarını bir yana bırakırsak demokratik sistemlerde de özgürlük kavramına ilişkin yorumlarda farklılıklar mevcuttur.¹⁸⁶ *Abraham Lincoln*’ün dünyada hiçbir zaman özgürlük kelimesinin iyi bir tarife kavuşturulamamış olduğuna dair sözü günümüzde de tazeliğinden bir şey kaybetmiş değildir. Bununla beraber özgürlük kavramına atfedilen anlamlardan birkaçına burada yer verilmesinde fayda bulunmaktadır.

¹⁸⁴ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., 1993, s. 3.

¹⁸⁵ *Kapani*, özgürlüğü ışığa tutulduğunda ışığı renklere bölen bir prizmaya benzetmiştir. Herkes ona bakarak kendisine göre gördüğü renkleri tasvir eder demektir (bkz., Kapani, 1993, s. 3).

¹⁸⁶ Kapani, 1993, s. 4.

Özgürlük sözlük anlamına bakıldığında herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu olarak tarif edildiğini görmekteyiz.¹⁸⁷ *Fransız İnsan Hakları ve Yurttaş Hakları Beyannamesi*'nin 4. maddesinde ise özgürlüğün, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek olarak tanımlandığını görmekteyiz.¹⁸⁸ Beyannameyi izleyen birçok anayasada (1924 T.C. Anayasa'sı da dâhil olmak üzere) bu tanımlama kullanılmıştır. Ancak bu tanımlamanın sadece tek yönlü, dar ve olumsuz bir hürriyet anlayışını yansıttığı görülebilir.

Acaba özgürlük *Montesquieu*'nun dediği gibi kanunların izin verdiği her şeyi yapmak olarak tanımlanabilir mi? Kanunun olmadığı yerde özgürlükten söz edilemeyeceği (*sub lege libertas*) söylenebilir, ancak kanuna ve hukuka bağlılığın tek başına özgürlüğü sağlamak için yeterli olmadığını ve özgürlükleri kısıtlayıcı kanunların olabileceğini unutmamak gerekir.

Özgürlük, klasik liberallere göre sınırlamanın olmaması, herhangi bir müdahaleye maruz kalmama; *Hobbes*'e göre, tam manasıyla hiçbir engellemenin olmaması; *Locke*'e göre, insanın düşünme veya düşünmeme, hareket etme veya etmeme iktidarına sahip olması;¹⁸⁹ *Lord Acton*'a göre, herkesin kendine düşeni yapması ve bunu yaparken iktidardan, çoğunluktan ve toplumda yerleşmiş törelerden çekinmemesi;¹⁹⁰ *Barthelemy*'e göre, daha çok duyulan, hissedilen bir şey olup kişilerin kanuni ve haklı bir sebep olmadan hürriyetlerinin sınırlanamaması, yakalanamaması, tutuklanamaması,¹⁹¹ bireyin bir yere kapatılmaması ve yargıç kararı olmadan tutuklanamamasıdır.¹⁹²

¹⁸⁷ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2005, s. 1148.

¹⁸⁸ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Afa Yay., 1999, s. 12.

¹⁸⁹ Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet*, 3. Baskı, Ankara, Naturel Yay., 2004, s. 162-63.

¹⁹⁰ Burhan Kuzu, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, İstanbul, Filiz Yay., 1997, s. 11.

¹⁹¹ Kapani, 1993, s. 5.

¹⁹² Mehmet Çakıroğlu, "Türk Anayasa Hukuku'nda Kişi Hürriyeti ve Güvenliği", Y. Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008, s. 11.

Örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte yetersiz bu çabanın tanım kataloğunun içeriğini kabartmaktan başka bir işe yaramayacağı açıktır. Bu bakımdan fikrimizce daima eksik bir yanı bulunacak olan ve sonunda tercih ve eğilimleri yansıtmaktan öteye gidemeyecek genel bir tarifi aramakta ısrar etmemek en doğrusudur.¹⁹³

Özgürlük kavramının yanı sıra güvelik kavramına da bu çalışmaya esas teşkil eden özgürlük ve güvenlik hakkının bir parçasını teşkil etmesi bakımından kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Kelime anlamı itibariyle güvenlik, toplum yaşamında yasal düzenin aksamadan yürütülmesi ve bireylerin korkusuzca hayatlarını sürdürebilmeleri durumunu ifade eden bir kavramdır. Diğer bir anlatımla güvenlik, sıradan bir insanın uygun şartlarda yaşamasının yani refahının sağlanması, tehditlerden ve ani kayıplardan korunabilmesi şeklinde tanımlanabilir.¹⁹⁴

Özgürlük ve güvenlik kavramlarını felsefi ve metafizik açıdan incelemek bu çalışmanın amacının dışında kalmaktadır. Çalışmada asıl olarak özgürlük ve güvenlik kavramlarının *hukuki* ve somut alandaki yansıması üzerinde durulması amaçlanmaktadır. Özgürlük ve güvenlik kavramlarının somutlaşması bu kavramların *hukuk evreninde* ve *hak temelinde* değerlendirilmesiyle mümkün olmaktadır. Bu açıdan *hak* kavramının anlamı üzerinde de bir miktar durmakta fayda bulunmaktadır.

Günümüzde hak kelimesi, bireylerin birtakım davranışlarda bulunabilmesi veya bazı ayrıcalıklardan yararlanabilmesi için hukuken tanınan *yetki* veya *özgürlük* anlamında kullanılmaktadır. Pratikte hak kavramı bir kimsenin bir şeyi isteyebilmesini, bir şeyi ileri sürebilmesini, bir iddiada bulunabilmesini ifade eder. Hukuki anlamda hak

¹⁹³ Aynı yönde görüş için bkz., Kapani, 1993, s. 5-6.

¹⁹⁴ Doğu Ergil, *Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından*, Ankara, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi (Yayın No. 1), 2001, s. 117.

ise bir özgürlüğün sağlanması için kişiye anayasa ve kanunlar ile tanınmış yetkililerdir.¹⁹⁵ Hak, hukuken korunan çıkarların gerçekleştirilmesi amacıyla kişiye hukuk düzeni tarafından sağlanan ve kullanılması onun iradesine bırakılan bir hukuk kudreti olgusudur. Yani bu anlamda hak, hukuksal ilişkinin birinci ögesini oluşturmakta ve bir kişiye izafe edilen bir davranış olanağını, bir yetkiyi ifade etmektedir.¹⁹⁶

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının çatısı olan *insan hakları* denildiğinde ise ilk akla gelen kavram özgürlüklerdir. Günlük konuşma dilinde de hak ve özgürlük sözcüklerinin sıklıkla birbirleri yerine kullanıldığını görmekteyiz. Hukuk belgelerine bakıldığında da hak ve özgürlük sözcüklerin genellikle beraber kullanıldığını söylemek mümkündür. Üstelik bu durum sadece çağımızın anayasa metinlerinde değil, çok daha eskiden bu yana hemen tüm ulusal hukuk belgelerinde de gözlenebilmektedir. Aynı durum, bölgesel ve uluslararası düzlemde biçimlendirilen insan hakları hukuku belgelerinde de karşımıza çıkmaktadır.¹⁹⁷ Bu bakımdan fikrimizce hak kavramı, özgürlüklerin kristalize olmuş ve somutlaşmış şeklidir.

Demokratik toplumlarda bireylere tanınan özgürlükler ve dolayısıyla haklar, *Jellinek*'in klasik sınıflandırmasına göre *negatif statü* hakları, *pozitif statü* hakları ve *aktif statü* hakları şeklinde tasnif edilmektedir.¹⁹⁸ Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, *Jellinek*'in tasnifi içerisinde *negatif statü hakları* (koruyucu) kategorisinde yer alır.

¹⁹⁵ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Ekin Yay., 1982, s. 187.

¹⁹⁶ Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, S Yay., 1997, s. 4; Hak kavramı ile ilgili olarak ayrıca bkz., Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı” içinde *İnsan Hakları*, ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 2000, s. 13-14.

¹⁹⁷ M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul, Beta Yay., 2003, s. 656-57.

¹⁹⁸ Bu sınıflandırma *George Jellinek*'in 1913 yılından yayınlanan “L’Etat moderne et son droit” adlı eserinde yer almakta olup günümüzde de halen kullanılmaya devam edilmektedir. Modern olarak nitelendirilebilecek birçok sınıflandırmanın *Jellinek*'in sınıflandırmasının sadece bir varyasyonu olduğu görülebilir. Sınıflandırmanın *koruyucu haklar*, *isteme hakları* ve *katılma hakları* olarak da yapılabileceğine dair bkz., İsmet Giritli, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, *Anayasa Yargısı*, 19, 2002, s. 2.

B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramı farklı ülkelerde, yargı organlarının içtihatları, yasal düzenlemeler ve ülkelerin koşullarının da etkisiyle farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. Türk hukuku açısından da doktrinde farklı yaklaşımlar olmakla birlikte kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramının, güvenlik odaklı olarak tanımlandığını söylemek mümkündür. Türk hukuku bakımından kişi özgürlüğü genellikle, bireyin hareket serbestisinin engellenmemesi, bireyin güven içinde olması, keyfi olarak yakalanıp tutuklanmaması şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁹⁹

Kişi özgürlüğünün doğal bir sonucu olan kişi güvenliği, kişinin *keyfi* tutuklama, yakalama, gözaltına alma ve cezalandırma işlemleri ile karşılaşmaması ve bu şekilde hareket özgürlüğünün kısıtlanamamasını ifade etmektedir. Kişi güvenliği ile esas olarak bireyin *bedensel*²⁰⁰ olarak hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olması kastedilmektedir.²⁰¹ Bir başka anlatımla kişi güvenliği, bireyin bedensel bütünlüğünün her türlü keyfi müdahaleye karşı korunmasını, kişinin bu bakımdan kendisini güven içinde hissetmesinin sağlanmasını gerektirmektedir.²⁰²

Kişi güvenliği ayrıca, bireyin haksız olarak tutulmaması, gizli yargılanmaması, mallarının zorla elinden alınmaması, eziyet ve işkenceye maruz kalmaması gibi

¹⁹⁹ Mahmut Göçer, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku” içinde *Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı*, ed. Oya Çitçi, Ankara, TODAİE Yay. (No: 301), 2000, s. 212.

²⁰⁰ Bireyin *fiziksel* olarak hareket edebilme özgürlüğüne dair bkz., Monica Macovei, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz* [Concil of Europe, İnsan Hakları El Kitapları, No: 5], Ankara, Şen Matbaa, 2010, s. 10.

²⁰¹ Serap Keskin, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı” içinde *İnsan Hakları*, ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 2000, s. 64. Kişi güvenliğinin, kişisel özgürlüklerin temel direği olduğu yönündeki görüş için bkz., Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, 2. Baskı, Beta Yay., 1991, s. 58. Kişi güvenliğinin, kişi hürriyetini ayakta tutan bir hak olduğu yönündeki görüş için bkz., Kemal Dal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Bilim Yay., 1986, s. 174.

²⁰² Beyzanur Şahin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Y. Lisans Tezi, Polis Akademisi, 2011, s. 7-8.

güvenceleri de içermektedir.²⁰³ Bu güvenceler bireye, özgürlüğünün hukuki olarak teminat altına alınması bakımından da bir hak sunmaktadır. Güvenlik ilkesi, kişinin keyfi cezalandırma ve tutuklamadan korunması anlamına gelmekte olup, bir kimsenin suç işlemedikçe tutuklanamayacağına, herhangi bir kamu görevlisi tarafından kanunsuz olarak rahatsız edilmeyeceğine, özgürlüğüne gereksiz yere el konulamayacağına duyulan inançtır.²⁰⁴ Bu açıdan güvenlik ile keyfilik arasındaki bağlantıya dikkat çekmekte fayda bulunmaktadır.²⁰⁵

Sözleşme'nin 5. maddesinde her ne kadar kişi özgürlüğü yanında güvenliği de güvence altına alınmışsa da “güvenlik hakkı”nın gerçek anlamda bağımsız bir varlığı bulunmamaktadır. Kişi güvenliği kavramı, uygun düştüğü ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesinin ve daha uç durumlarda 3. maddesinin kapsamına giren “fiziksel güvenlik” kavramını belirginleştirmekte kullanılamaz.²⁰⁶ Örneğin on beş köyün güvenlik güçlerince tahrip edildiği iddiasının incelendiği *Akdıvar/Türkiye* davasında AIHM, konutun, yaşamın ve kişisel güvenliğin yıkıma uğramasını bu kapsamda değerlendirmemiştir.²⁰⁷ Yine *East African Asians/Birleşik Krallık* davasında da “kişi güvenliği” kavramının kullanılmasının özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakılmamaya gönderme yapan kişi özgürlüğü kavramıyla paralellik arz ettiğini görmekteyiz.²⁰⁸

Her ne kadar kişi özgürlüğü ve güvenliği Türk hukuku açısından güvenlik odaklı olarak tanımlanmışsa da bu yaklaşımın isabetli olduğunu söylemek güçtür. Fikrimizce, bir bütünün birbirinden ayrılmaz parçaları olan özgürlük ve güvenlik kavramlarının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkı benzersiz bir

²⁰³ Leslie Lipson, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Ankara, Birlik Yay., 1986, s. 324.

²⁰⁴ İlhan Akın, *Kamu Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 321.

²⁰⁵ Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Ankara, Yargı Yay., 2003, s. 128.

²⁰⁶ *M. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11208/84, 4/03/1986.

²⁰⁷ *Akdıvar/Türkiye* [BD], no. 21893/93, 16/09/1996.

²⁰⁸ *East African Asians/Birleşik Krallık*, no. 4715/70 vd., 6/03/1978, s. 20-21.

haktır ve bu hak bir bütün olarak değerlendirilmelidir.²⁰⁹ Birbirini tamamlayan haklar²¹⁰ olarak kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkında yer alan özgürlük ve güvenlik kavramlarının birlikte kullanılmalarının özel bir anlamı bulunmaktadır.²¹¹

Komisyon da bu kavramları birlikte bir bütün (*juxtaposition*) olarak anlaşılması gerektiği kanaatindedir.²¹² Komisyona göre aralarındaki tek fark güvenlik hakkının mutlak olmasına karşın özgürlük hakkının mutlak nitelikte olmamasıdır.²¹³ Komisyon da güvenlik hakkının mutlak bir hak olması nedeniyle hiçbir sınırlamaya ve kısıtlamaya tabi tutulmazken özgürlük hakkının Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentlerinde belirtilen nedenlerle sınırlandırabileceğini ifade etmektedir.

Özgürlük hakkı, herkesin genel olarak faydalanması gereken bir hak olmakla birlikte özgürlükten mahrumiyet; aile hayatı ve özel hayat hakkı, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilmektedir.²¹⁴

Tüm özgürlüklerin temelinde bulunan kişi özgürlüğünün hayata geçirilmesi ve korunmasına ilişkin hükümler, önemleri sebebiyle tüm insan hakları bildirileri ve bunları takip eden ulusal anayasaların temel hükümlerinden birini oluşturmaktadır.²¹⁵

²⁰⁹ Aynı yönde görüş için bkz., Macovei, 2010, s. 6.

²¹⁰ Tezcan, Erdem ve Sancakdar, 2002, s. 208; Bu hakların birbirinden ayrılmazlığının *sine qua non* koşul olduğuna dair bkz., Tahsin Erdiñ, *Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlükleri Alanında Görülen Sapmalar*, 2. Baskı, İstanbul, Güven Yay., 2002, s. 321.

²¹¹ Özyurt, 2006, s. 9. Güvenlik hakkı ile ilgili olarak bkz., *Soysal/Türkiye*, no. 50091/99, 3/05/2007.

²¹² Reid, 2012, s. 339.

²¹³ Bu konuda birçok kararın yanında bkz., *East African Asians/Birleşik Krallık*, no. 4715/70 vd., 6/3/1978.

²¹⁴ Macovei, 2010, s. 6.

²¹⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2009, s. 221.

C. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Tarihsel Arka Planı

1. Genel Olarak

Özgürlük ve güvenlik hakkının günümüz açısından taşıdığı önemin daha iyi anlaşılabilmesi ve bu hakla ilgili yapılan tartışmaların daha iyi anlaşılabilmesi için özgürlük ve güvenlik hakkının tarihsel arka planının irdelenmesi gerekmektedir. Konunun sadece tarihi kronolojik perspektiften değil aynı zamanda toplumsal ve sosyolojik olarak irdelenmesi, özgürlük ve güvenlik hakkına atfedilen anlamın daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır. İnsan haklarına ilişkin birçok meselede olduğu gibi özgürlük ve güvenlik hakkına dair günümüzde ortaya çıkan sorun ve bulanıklıkların çözümünde bu hakkın sosyolojik olarak geçirdiği aşamaların tespiti önem arz etmektedir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin bir hak olarak tanınması ve güvence altına alınması için yapılan düzenlemelerin bugünkü aşamaya gelmesi insanlık için kolay olmamıştır. Bireylerin özgürlük talepleri ile idarecilerin egemenlik isteği çağlar boyunca çatışma içinde olmuş ve bu haklar ancak ilk çağlardan günümüze kadar yapılan yoğun mücadeleler sonucunda elde edilebilmiştir. Özgürlük ve güvenlik hakkının tarihsel arka planını yansıtan birçok gelişme olmakla birlikte burada sadece belli başlı gelişmelerden bahsedilecektir.

Özgürlük ve güvenlik hakkının kökenleri antik Yunan'a kadar götürülebilir. Antik Yunan'ın en büyük iki filozofu sayılan *Platon (Eflatun)* ve *Aristo*'nun felsefesinde dahi, insana insan olarak değer veren, ona, devlet içinde ve devlete karşı hak tanıyan herhangi bir düşünceye rastlamak mümkün değildir. Bu iki düşünür, sınırlanmamış olan özgürlüğe karşıdır. Bu düşünörlere göre, önemli olan, insanların kendilerini mutlu ve zengin edebilecek akli başında yöneticiler tarafından idare edilmesidir. Bu dönemde, devletin, halkın malından, işinden, eğitim ve terbiyesinden vicdani inanişına, aile

ilişkilerine hatta kılığına, kıyafetine, yiyeceğine kadar her şeyine müdahale ettiği görülmektedir.²¹⁶ Yurttaşların, devlete karşı ileri sürebilecekleri hiçbir hakları yoktur. Kişi, beden ve ruhen, bütün varlığıyla devlete aittir.²¹⁷ Netice olarak eski Yunan'da özgürlük anlayışı her şeyden önce köle olmamak şeklinde anlaşıyordu.²¹⁸

Antik Yunan'da, egemen çoğunluk sadece kendi yaptıkları kanunlarla bağlı olup, “kanunun hâkimiyeti prensibi”nin çok katı bir şekilde uygulandığı bu dönemde kanunlar, kişi hayatını en küçük ayrıntısına kadar düzenleyip sınırlamakta, kişilerin her türlü faaliyet ve ilişkilerini düzenlemekteydi. Başka bir anlatımla Eski Yunan'da özgürlük denilince daha ziyade, vatandaşların sitenin idaresine katılmasına ve sitenin resmi organlarını seçmesine imkân veren siyasi özgürlük akla gelmekteydi.²¹⁹

Antik Yunan'da kişi özgürlüklerinin doktrin kaynağını *Stoizm* felsefesi içinde bulmak mümkündür. Stoizm, devleti her türlü değer üstünde tutan antik Yunan düşüncesinden farklılık göstermektedir. Onlara göre devletin üzerinde bir değer olarak *kanun ve akıl* vardır.²²⁰ Stoizm felsefesi, insanın doğuştan özgür olduğunu savunmuş ve devlet dışında ilk defa manevi bir değer varlığını tanımış, tüm insanlar arasında eşitlik ve kardeşlik fikirlerini yaymayı görev edinmiş olması nedeniyle, insan hakları doktrininin en eski felsefi kaynaklarından biri olarak kabul edilmektedir.²²¹ Devleti sınırlayıcı kişisel haklar doktrininin ilk izleri *Stoacı* felsefe aracılığıyla antik Yunan'da

²¹⁶ Birçok Yunan sitesinde erkeklerin bekâr kalmalarının yasak olması, Atina'da devletin her istediği kişiyi çalışmaya zorlayabilmesi, Isparta yasalarının kadınların saç biçimlerinin nasıl olacağını belirlemesi, Rodos'ta sakal tıraşı yaptırmanın yasak olması vb. kısıtlamalar için bkz., Timur Demirtaş, “Kişi Güvenliği”, *İÜHFM*, Özel sayı 1-4, 1977, s. 152. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=C8FokXZA6m> (erişim, 14/7/2013).

²¹⁷ Kapani, 1993, s. 18 vd.

²¹⁸ Kuzu, 1997, s. 19.

²¹⁹ Akın, 1993, s. 278 vd.

²²⁰ Murat Sarıca, *100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi*, Ankara, Beta Yay., 1992, s. 31.

²²¹ Tekin Akıllıoğlu, “Temel Hakların Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *AÜSBFD*, 44(1-2), 1989, s. 164.

görülmüşse de, devletin sınırsız hukuku nedeniyle, söz konusu hakların gerçekleşmesi mümkün olamamıştır.²²²

Kişi özgürlüğü, *Solon*'un işkenceyi yasaklamasıyla güvenceye kavuşturulmuştur. Bilindiği gibi kırbaçlama ve diğer işkence türleri Antik Yunan'da kullanılmaktaydı. Bununla birlikte hukuki özgürlük ile korunması neticesinde kişinin fiziki bütünlüğü ve dokunulmazlığı sağlanmış oluyordu. Siyasi özgürlük ise yalnızca yasaya itaat ve boyun eğme hakkıydı. Bu durumda demokrasi, “eşitlik içinde yasaya boyun eğme” şeklinde algılanıyordu.²²³

Roma'da ise, güvenlikten ziyade çok sert ve baskıcı bir yönetim şekli vardı. Bu bakımdan antik Yunan ve Roma'nın benzeştiği görülmektedir. Roma hukukunda suçlar, özel ve kamu suçları olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Bir köleye karşı yürütülen özel ceza muhakemesinde, sanığın ifadesinin bilinmesine gerek duyulmamaktaydı. Cumhuriyet döneminde, köleler hariç tutulursa, sanığa işkence yapılması yasaklanmıştı. Roma hukuku, kölelerin ikrarında olduğu gibi, tanıklığın yapılması ve teyit edilmesinde de işkenceyi onaylamaktaydı. Fakat hür bir kişinin suçunun itirafında veya tanıklık etmek istemiyorsa işkence etmek yasaktı. Roma'da sadece Roma vatandaşları için değil, bütün hür insanlara işkence yapmak yasaktı. Ancak devlete karşı işlenen suçlarda statü farkı gözetilmeden bütün sanıkların ifadelerinin alınmasında işkence uygulanabilmekteydi.²²⁴

Ortaçağ Avrupası'na bakıldığında da güvenlikten söz etmenin, birtakım cılız gelişmeler hariç²²⁵ mümkün olmadığını görmekteyiz. Ortaçağda gerçek anlamda bir özgürlük felsefesi doğduğunu söylemek oldukça güçtür. Ortaçağ düşünce yapısında, birey–devlet ilişkileri bakımından eski çağlara nazaran birey lehine göreceli bir

²²² Bahri Savcı, *İnsan Hakları (Kanunilik Yoluyla Korunması)*, Ankara, AÜSBFY, 1953, s. 16.

²²³ Kuzu, 1997, s. 19.

²²⁴ Timur Demirtaş, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir, DEÜHFY, 1996.

²²⁵ Burada bahsedilen cılız gelişmeler için bkz., Akıllıoğlu, 1989, s. 164.

yumuşama görülmektedir.²²⁶ Diğer yandan Roma ve Charlemagne İmparatorlukları'nın dağılması, devletin kuvveti ve birliği fikrinin gerilemesine yol açmış, feodal toplum yapısına başat olarak derebeyi denen küçük ve sınırlı bir zümre için ayrıcalıklı bazı kamu haklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Merkezi otoritenin gücünü kaybetmesi, devlet içinde bağımsız hukuksal otonomilerin kurulması, çeşitli kesimlere tanınan ayrıcalık, bağışıklık ve serbestlik olarak tanımlanabilecek feodal düzende haklar, sadece belirli kişilere, ailelere ve gruplara tanınmış ancak hiçbir zaman genele yansımamıştır.²²⁷

Sonuç olarak, ortaçağ, düşünce dünyası bakımından, birkaç istisna hariç, karanlık bir dönem olma niteliğinden kurtulamamıştır. Bireyler ortaçağda da bir yandan hükümdarın veya derebeylerinin, diğer kilisenin baskısı altında, kişi güvenliği hakkı da dâhil olmak üzere birçok hak ve özgürlükten yoksun olarak yaşamaya devam etmişlerdir. Pratikte, kişilerin durumu bakımından eski çağdan farkı; eski çağda insanın efendisi sadece devletken, ortaçağda kişinin efendisi devlet ve kilise olmak üzere ikiye çıkmıştır.²²⁸

Bireylerin siyasî iktidar içinde bazı haklar elde etmeleri genel olarak *Magna Carta*'ya (*Magna Carta Libertatum*–1215) tarihlenmektedir. Üst üste aldığı yenilgiler sonucunda güçsüz duruma düşen İngiltere Kralı *Yurtsuz John*'a, İngiliz baronları tarafından zorla kabul ettirilen Magna Carta ile kişi hak ve özgürlüklerinin sağlanması yolunda ilk önemli adım atılmıştır. Uyrukların hak ve özgürlüklerini dile getiren bu fermanla kral egemenliğini baron adını taşıyan soylularla paylaşmak zorunda kalmıştır. Kralla feodal soyluların karşılıklı görev ve yetkilerini sayan bu belgeyle, kralın otoritesi kanunla sınırlandırılmış ve hür kişilere bir takım hak ve özgürlükler tanınarak onların

²²⁶ Kapani, 1993, s. 21.

²²⁷ Akıllıoğlu, 1989, s. 165.

²²⁸ Kapani, 1993, s. 22.

korunmaları istenmiştir.²²⁹ Ferman diğer ortaçağ belgelerinden farklı olarak krallık bünyesinde bütün hür bireylerin hak ve özgürlüklerini tanımış ve kral bu belgeye bağlı olduğunu teyit etmiştir.²³⁰

Magna Carta'nın;

*“Eşitlerin kanuni bir hükmü olmadan hiçbir hür kişi tevkif veya hapis edilemeyecek, haklarından ve mallarından mahrum bırakılamayacak, sürülemeyecek, herhangi başka bir şekilde kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır. Hiçbir hür kişiye zor kullanmayacağız ve başkalarının zor kullanmasını istemeyeceğiz.”*²³¹

şeklindeki 39. maddesi kişi güvenliğiyle ilgili olarak zamanın en önemli düzenlemesini içermektedir.

Magna Carta ile ortaya konan düşüncenin benzeri *Petition of Rights*'da (1627)²³² da yinelenmiş, bu belgede, kişi güvenliği ile ilgili olarak, Magna Carta Libertatum'da belirtilen usule aykırı olarak ve savunması alınmaksızın, hiç kimsenin tutuklanamayacağı ve hapsedilemeyeceği vurgulanmış; hiçbir suçluya, normal, olağan yargılama sistemi dışında bir yargılama usulü uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır.²³³ Bu belgeye göre, özgür bir kişinin ülke yasalarına aykırı olarak ve tabi hâkim tarafından kanuna uygun olarak verilmiş bir karar bulunmadıkça tutuklanamayacağı,

²²⁹ Muzaffer Sencer, “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 23, Ankara, TODAİE Yay., 1990, s. 6.

²³⁰ İlal Ersan, “Magna Carta”, *İÜHFM*, 34 (1-4), 1968, s. 208 vd.

²³¹ Maddenin orijinal metni şu şekildedir:

“Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.”

Maddenin Türkçe çevirisi şu şekilde de yapılabilir:

“Kendi zümresinden olanlar ya da ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça hiçbir özgür kişi tutuklanamaz, hapse atılamaz, mal ve mülkü elinden alınamaz, sürgüne yollanamaz ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamaz”. Bkz., <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html> (erişim, 30/1/2014).

Ayrıca bkz., Oğuzhan Kılıç, “Türk Anayasa Hukuku’nda Kişi Güvenliği Hakkı”, Y. Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007, s. 14.

²³² *Petition of Rights* metni için bkz., <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha1/3/1/contents> (erişim, 30/1/2014).

²³³ Kılıç, 2007, s. 17.

hapsedilemeyeceği, sürgün edilemeyeceği ve öldürülemeyeceği ilan edilmiştir.²³⁴ 1670 tarihli belge ile bir tutuklunun yirmi dört saat içinde sorgusunun tamamlanmaması ve yargıç önüne çıkarılmaması durumunda bazı yükümlülükler getirilmiştir.²³⁵

Magna Carta'dan sonra tarihi perspektif içinde kişi özgürlüğünü korumak ve bu özgürlüğün idare tarafından keyfî bir şekilde kısıtlanmasını önlemek amacıyla yapılan *Habeas Corpus Act* ("Act"-1679)²³⁶ ile karşılaşmaktayız.²³⁷ *Act*, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından çok önemli bir dönüm noktası olduğundan günümüzde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına "Habeas Corpus Güvencesi"de denilmektedir.²³⁸

Bireyin özgürlüğünün kısıtlanmasına karşı yargıç denetimini getirmek suretiyle kişi güvenliğini teminat altına alan bu belge,²³⁹ İngiliz vatandaşlarının keyfî olarak tutuklanmasını önlemek ve güvenliklerini sağlamak amacıyla uzun süre tutuklu kalmasına karşı koruyucu hükümler içermektedir.²⁴⁰ Belgeyle, kişilerin alıkonulma nedenlerinin hukuka uygunluğunun mahkeme tarafından denetlenmesi ve söz konusu alıkonulma hali hukuka aykırı ise bireylerin mahkeme kararıyla derhal salıverilmeleri sağlanmaktadır.²⁴¹ Bu yasaya göre, özgürlüğü kısıtlanan kişi, kısıtlama işleminin kanuna

²³⁴ Kuzu, 1997, s. 24.

²³⁵ Claude-Albert Colliard, *Libertés Publiques*, Paris, 1959, s. 172 (Aktaran Kuzu, 1997, s. 24).

²³⁶ *Habeas Corpus Act* metni için bkz., <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/contents> (erişim, 30/1/2014). Latince bir ifade olan *Habeas Corpus*, "vücuda sahip ol [you should have the body]" anlamına gelmektedir (bkz., <http://www.usconstitution.net/glossary.html#HABCOR>). Habeas Corpus, ilk başlarda, bir muhakeme sırasında davalı veya tanık olarak vücudu lazım gelen bir şahsı, mahkeme huzuruna çıkarmaları için kraliyet memurlarına verilen bir emir şeklinde muhakeme öncesi işlemlerde kullanılmış, daha sonra Magna Carta'nın getirdiği "kimsenin hukuka aykırı olarak hapse atılamayacağı" ilkesini etkili kılmak için kullanılmaya başlanmıştır. Habeas Corpus'un daha etkili hale getirilmesi için 1679'da Habeas Corpus Kanunu çıkarılmıştır (Metin Feyzioğlu, "Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu", *AÜHFD*, 44(1-2), 1995, s. 672-73).

²³⁷ Zamanının kişi güvenliği ile ilgili düzenlemeleri içeren belgelerinden en önemlisi olan ve bugün bile geçerliliğini koruyan belge, İngiltere'de bir diktatörlük devri olan *Cromwell* iktidarının sona ermesini takiben *Kral II. Charles* zamanında meclisin basit bir yasama işlemi ile kabul edilmiştir.

²³⁸ Keskin, 2000, s. 68.

²³⁹ Akın, 1993, s. 287.

²⁴⁰ Sencer, 1990, s. 12.

²⁴¹ Kılıç, 2007, s. 18.

aykırılığını yargı önünde ileri sürebilecek²⁴² ve eğer yargıç bu işlemin hukuksuzluğuna kanaat getirirse birey serbest bırakılacaktır. Eğer alıkonulma nedeni hukuka uygun ise, bu kez alıkonulan kişinin bir an önce muhakeme edilmesi gerekecektir.

Bu yasayla, tutuklanan kişinin *bir gün* içinde yargıç önüne çıkartılması zorunluluğu öngörülmüştür. Belge ayrıca, güvenlik güçlerinin kendisine verilen yetkiye dayanarak dahi olsa sanığın *bir günden* fazla gözaltında tutamayacağını, isnat edilen suçun tutuklanan kişiye ve yakınlarına yirmi dört saat içinde bildirilmesini gerekli kılmaktadır. Bununla beraber yargıç, belgeye göre, vatana ihanet ve ağır suçların işlenmesi hali dışında, sanığın tutuklu olarak yargılanmasına ya da para karşılığında geçici olarak salıverilmesine karar verebileceği gibi, yargılamanın tutuklu olarak devamına karar verebilecek ve sanık bu karar aleyhine üst mahkemeye başvurabilecektir.

Habeas Corpus, vatana ihanet suçu ve ağır suçların işlenmesi halinde, kural olarak, sanığa para karşılığı salıverilmeyi talep etme hakkı vermemektedir. Ancak, böyle bir suç nedeniyle tutuklu bulundurulmuş kişi, tutuklamadan itibaren en geç yirmi gün içinde yapılması gereken ilk oturumda,²⁴³ suç isnadı bireye açıkça atfedilemiyorsa ya da olayın tanıkları mahkemeye gelmemişlerse, para karşılığı serbest bırakılmayı talep edebilecektir. Bu yolla kişilerin uzun süren bir yargılama süresi boyunca cezaevinde kalmasını önlemek amaçlanmıştır. Eğer birey para karşılığı salıverilmemişse bu kişinin yargılamanın ivedilikle tamamlanması için çalışılması gerekmektedir.²⁴⁴ Zira kişinin, yargılanmasının yapılmasını isteme, hatta bu konuda ısrar etme hakkı bulunmaktadır. Bu talebi reddedilen sanık üst mahkemeye itirazda da bulunabilecektir. Habeas Corpus'un, özgürlüğü kısıtlanan kişiyi, serbest bırakmak için aşırı kefalet miktarı

²⁴² Akıllıoğlu, 1989, s. 168.

²⁴³ Sencer, 1990, s. 12.

²⁴⁴ Feyzioğlu, 1995, s. 669.

belirleyen hâkimlere karşı bir denetim içermeyen eksikliği *Bill of Rights* (1688)²⁴⁵ ile giderilerek “*hâkimlerin serbest bırakmak için aşırı kefalet miktarı belirleyemeyecekleri*” kararlaştırılmıştır. Belge ile özel yetkilere sahip yargı organlarının kurulamayacağı ve hukukun üstünlüğü vurgulanmıştır. Ayrıca bildirinin başında kişi özgürlüğünün hiçe sayıldığına işaret edilmiştir.²⁴⁶

Belge ile haksız bir tutuklama veya gözaltına alınma işlemine maruz kalan kişiye tazminat isteme hakkı vermek suretiyle önemli bir adım daha atılmıştır. 1679’da sadece adi suçlar için öngörülen Act, 1816 yılından itibaren her türlü tutuklamalar için uygulanmaya başlamıştır.²⁴⁷ Act’a göre, sanık hakkında yeteri kadar delil yoksa sanığın tutukluluk hali sona erdirilmeli, sanık hakkında isnat edilen suçu işlediğine dair yeteri kadar delil varsa en hızlı şekilde yargılaması bitirilmelidir. Act, bir taraftan kişiyi haksız tutuklamalara karşı korurken diğer taraftan haklı olarak gözaltına alınan veya tutuklanan kişilere önemli güvenceler getirmektedir.²⁴⁸

Ayrıca *Act of Settlement* (1700)²⁴⁹ ile de yetkilerini kötüye kullanmadıkça yargıçların görevlerinden uzaklaştırılmamalar güvencesi getirilerek, “kişi güvenliği” konusunda İngiltere’de ilan edilmiş olan yukarıda sayılan belgelerin uygulamaya geçirilebilmesi sağlanmıştır.²⁵⁰

²⁴⁵ *Bill of Rights* metni için bkz., <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2> (erişim, 30/1/2014).

²⁴⁶ Kuzu, 1997, s. 26.

²⁴⁷ Akın, 1993, s. 322.

²⁴⁸ Akın, 1993, s. 268.

²⁴⁹ *Act of Settlement* metni için bkz., <http://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2/contents> (erişim, 30/1/2014).

²⁵⁰ Kuzu, 1997, s. 26.

2. Virginia Haklar Bildirisi

Bunlara ek olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ("ABD") Virginia Anayasası'nın başına eklenen *Haklar Bildirisi*'ndeki (*Bill of Rights*–1776)²⁵¹ düzenlemelere de burada değinmek gerekmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili olarak, bildirinin 8. maddesinde, ülkenin bu konuda bir yasası ya da kendisine eşit kişilerin bir kararı olmadıkça, kimsenin özgürlüğünün elinden alınamayacağı, ceza davalarında kişinin kendisine yöneltilen suçlamanın sebep ve niteliğini öğrenmek, suçlayan ve tanıklarla yüzleştirilmek, lehine delil göstermek hakkına sahip olduğu; 9. maddesinde, hiç kimseden aşırı kefalet istenemeyeceği, yüksek para cezası ya da zulüm sayılabilecek cezaların verilemeyeceği; 10. maddesinde, bir memura ya da özel görevliye, tarif edilmemiş, suçu açıkça anlatılıp delilleri gösterilmemiş kişi ya da kişileri yakalaması için verilen tutuklama müzekkerelerinin haksız ve despotik olduğu, bu tür müzekkerelerin verilmemesi gerektiği belirtilmiştir.²⁵²

İngiliz belgelerine nazaran Amerikan belgelerinde doğal hukukun ön plana çıktığını görmek mümkündür. Evrensel anlamı olan bu belgeler bunları takip eden belgelerin birçoğunun esin kaynağı olmuşlardır. Kişilerin doğuştan birtakım haklara sahip oldukları, bu hakların devletten önce mevcut olduğu ve devlet iktidarının bu

²⁵¹ *Bill of Rights* metni için bkz., http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html (erişim, 31/1/2014).

²⁵² "Section 8- That in all capital or criminal prosecutions a man has a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers. Section 9- That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted. Section 10- That general warrants, whereby an officer or messenger may be commanded to search suspected places without evidence of a fact committed, or to seize any person or persons not named, or whose offense is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppressive and ought not to be granted". Bkz., http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html (erişim, 30/1/2014).

haklarla sınırlandırılması gerektiğine ilişkin fikirlerin hayata geçirilmesi bakımından da bu belgelerin önemi büyüktür.

3. *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*

Avrupa’da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, ilk defa kaynağını İngiltere’den almak suretiyle, *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*’nde (1789) düzenlenmiştir.²⁵³ Bu tarihte kadar Fransa’da bir mutlakıyet rejimi hâkimdi ve kral iktidarını kimse ile paylaşmamaktaydı. Ayrıca, Fransa’da, Habeas Corpus benzeri bir belge de bulunmadığından, ülkede zaten birçok hak ve özgürlükten mahrum olarak yaşayan insanların, özgürlük ve güvenlikleri de kralın arzu ve isteklerine bağlı durumdaydı.²⁵⁴

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 17–18. yüzyıllarda İngiltere ve ABD’de görülen özgürlük fikirlerinin Fransa’ya taşınması sonucunda ortaya çıkmıştır. Yalnızca Fransız vatandaşlarını değil tüm insanlığı ilgilendirmesi bakımından evrensel olarak nitelendirilebilecek bir özgürlük anlayışını dile getiren bildirgede, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili de önemli düzenlemeler yer almıştır. Bildirgenin 2. maddesinde, kişi güvenliği hakkı, kişinin doğal ve zamanaşımına uğramayan, ana haklarından biri olarak sayılmaktadır. Bildirgenin Habeas Corpus Act’tan iktibasla kaleme alınan 7. maddesinde, “hiç kimse kanunların belirlediği durumlar ve biçimler dışında suçlanamaz, tutulamaz” denilerek kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından temel bir ilke konulmuştur. Kanunsuz suç ve ceza olmayacağını (*nullum crimen nulla poena sine lege*) ve ceza kanunlarının geriye yürümeyeceğini (*lex nova ad praeterita trahi nequit*) ifade eden 8. maddesi ile masumiyet karinesini (*praesumptionem innocentiae*) düzenleyen 9. maddesi ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını daha da pekiştirilmiştir.

²⁵³ Bildirgenin tam metninin Türkçe çevirisi için bkz., <http://www.istanbul.edu.tr/idarehukuku/belgeler/fransizyurttaşhaklaribildirisi.pdf> (erişim, 30/1/2014).

²⁵⁴ Akın, 1993, s. 292.

Yine 1793 tarihli *Fransız Bildirgesi*'nin²⁵⁵ 10. maddesinde, keyfe göre suçlama, tutuklama ve cezaevine gönderme yasaklanmış, 11. maddesinde, kişinin kanunlara aykırı olarak ve keyfi tutuklanması durumunda buna zor kullanarak karşı koyabileceği belirtilmiş, 12. maddesinde de keyfe göre tutuklamaya katılanların cezalandırılması hükme bağlanmıştır.²⁵⁶

4. Bazı Ülke Anayasalarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

İnsan hakları denildiğinde ilk akla gelen anayasalar ABD ve Fransız Anayasaları'dır. Bu belgelerin ünü bu alandaki ilk belgeler olmamasına ve daha önce söylenmiş olan konulara değinmelerine karşın üsluplarındaki berraklık ve kullanılan formüllerin daha evrensel olmasından kaynaklanmaktadır. ABD Anayasası'nın (1787) 9. bölümün 1(2) fıkrasında "İsyan ve istila halleri dışında habeas corpus hakkı askıya alınamaz"²⁵⁷ hükmü yer almış, Habeas Corpus hakkının askıya alınması için isyan veya istilanın yanında, askıya almayı kamu güvenliğinin zorunlu kılması gerektiği belirtilmiştir.²⁵⁸ 1791 tarihinde ABD Anayasası'na bir "haklar bildirisi" eklenmiş ve bu bildirinin 6. ekinde "suç isnadı hakkında bilgilendirilme",²⁵⁹ 8. ekinde "çok yüksek

²⁵⁵ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nden sonra 1793 tarihinde yayımlanmıştır.

²⁵⁶ Kılıç, 2007, s. 21.

²⁵⁷ Orijinal metin şu şekildedir:

"The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it" Bkz., http://www.usconstitution.net/xconst_A1Sec9.html (erişim, 30/1/2014).

²⁵⁸ Habeas Corpus hakkının ABD Başkanı tarafından askıya alınacağına ilişkin olarak bkz., Feyzioğlu, 1995, s. 684.

²⁵⁹ Ek 6 şu şekildedir:

"Bütün ceza davalarında sanık, suçun işlendiği eyalet ve daha önce yasaca saptanacak bölgenin tarafsız bir jürisi tarafından, hızlı ve kamuya açık yargılanmak, suçlamanın türü ve nedeni konusunda bilgi sahibi olmak; kendi aleyhindeki tanıklarla yüzleşmek; kendi lehinde tanıklar sağlamak için tanıkların mahkemeye celp edilmesi ve savunma için bir avukattan yardım alma hakkına sahip olacaktır".

Ek 8 şöyledir:

"Çok yüksek kefalet istenmeyecek, aşırı para cezaları konmayacak, insafsız ve olağandışı cezalar verilmeyecektir". Bkz., <http://photos.state.gov/libraries/adana/30145/publications-other-lang/TURKISH.pdf> (erişim, 31/1/2014).

kefalet istenmeyeceği” konuları düzenlenmiştir.²⁶⁰ Habeas Corpus, bir kişinin tutuklanmasını takiben ilgili yetkili tarafından mahkeme önüne götürülmesi ve tutukluluğunun nedenlerinin açıklanmasını sağlayan bir yargısal emirdir. Habeas Corpus, ABD Anayasası’nın insan hakları bakımından en önemli kısmını oluşturmaktadır.

1791 Fransız Anayasası’nda, hiç kimsenin polisin elinde tutuklama belgesi olmadan ve bir mahkeme tarafından yakalama kararı verilmeden alıkonulamayacağı, alıkonulan kişinin en geç yirmi dört saat içinde sorgulanacağı, suç isnat edilemediğinde derhal serbest bırakılacağı, kişinin hapisaneye gönderilme durumu doğmuşsa tutma süresinin hiçbir biçimde üç günü geçemeyeceği, tecrit ederek alıkoymanın olamayacağı ve kefaletle salıverilme hakkı düzenlenmiştir.²⁶¹ 1958 Fransız Anayasası’nın 66. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili olarak,

*“Kimse keyfi olarak tutuklanamaz. Bireysel özgürlüklerin koruyucusu olan yargı erki, yasada öngörülen koşullara uygun olarak bu ilkeye riayet edilmesini temin eder.”*²⁶²

hükmüne yer vermiştir.

ABD ve Fransız Anayasaları’nın yanında bazı anayasalarda özgürlük ve güvenlik hakkının düzenleniş biçimlerine de değinmekte fayda bulunmaktadır. Örneğin 1947 İtalyan Anayasası’nın 13. maddesinde kişi hürriyeti ile ilgili olarak,

“Kişi hürriyetine dokunulamaz. Sadece kanunun belirttiği haller ve şekillerde ve bir yargı makamının gerekçelerini belirten müzekkeresi olmaksızın hiçbir şekilde ne tutuklama, kontrol veya şahsi arama ne de kişi hürriyetinin kısıtlanması kabul edilemez. Kanunun açıkça belirttiği istisnai gereklilik ve acil durumlarda, emniyet makamları, keyfiyeti kırk sekiz saat içerisinde adli

²⁶⁰ Gemalmaz, 2003, s. 80.

²⁶¹ Başlık III, Bölüm V Yargı Erki. Bkz., <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html> (erişim, 31/1/2014).

²⁶² 1958 Fransa Anayasası için bkz., <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/u> lkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf (erişim, 31/1/2014), s. 193.

makamlara bildirmek suretiyle geçici önlemler alabilir; bu önlemler, izleyen kırk sekiz saat içinde adli makamlarca onaylanmazsa kaldırılmış sayılır ve hiçbir sonuç doğurmamış olurlar. Herhangi bir şekilde özgürlüğü sınırlanan bireylere karşı her türlü fiziki ve manevi şiddet cezalandırılır. Mahkemeye çıkıncaya kadarki azami gözetim süresi kanunla belirlenir”²⁶³

şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Yine başka bir önemli örnek olarak 1949 Federal Alman Anayasası’nın (1949)104. maddesinde konuya ilişkin olarak;

“(1) Kişinin özgürlüğü, ancak usulüne uygun olarak çıkarılmış bir yasayla ve o yasada öngörülen şekillere uymak suretiyle kısıtlanabilir. Tutuklanan kişilere ne ruhi ne de bedeni kötü davranışta bulunulamaz. (2) Özgürlüğün kısıtlanmasına ve bunun süresine ancak mahkeme karar verebilir. Mahkeme kararına dayanmayan her çeşit özgür kısıtlanmasında derhal bir mahkeme kararı alınmalıdır. Polis, kendi yetkisine dayanarak, hiç kimseyi, yakaladığı günün bitiminden sonra gözaltında tutamaz. Konunun ayrıntıları yasayla düzenlenir. (3) Cezalandırılmasını gerektiren bir eylem şüphesiyle geçici olarak yakalanan herkes, en geç yakalanmasını izleyen gün yargıç önüne çıkarılıp yargıç tarafından kendisine yakalanma nedenlerini bildirilir, sorgudan çekilir ve itirazları için kendisine fırsat verilir. Yargıç, ilgiliyi gerekçeli bir tutuklama emriyle tutuklar veya serbest bırakır. (4) Özgürlüğün kısıtlanması ve süresi konusundaki her mahkeme kararından, tutuklananın ailesi ferdinden birisi veya güvendiği bir kişi derhal haberdar edilir.”²⁶⁴

şeklinde bir düzenlemeye yer verildiği görmek mümkündür.

Burada bahsi geçenlerin dışında elbette birçok ülkenin anayasasında kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda düzenlemeler mevcuttur. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının genel itibarıyla anayasalarda ayrıntılı düzenlenmesi hakkın önemi nedeniyle kabul edilebilir bir olgudur. Ancak çalışmada bunlardan sadece önemli olan birkaçına yer vermenin yeterli olacağı düşünülmektedir.

²⁶³ 1947 İtalyan Anayasası’nın çevirisi için bkz., [https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/İtalya-TR\(27.12.1947\).doc](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/İtalya-TR(27.12.1947).doc) (erişim, 31/1/2014).

²⁶⁴ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (1949) için bkz., <http://www.adalet.gov.tr/duyuru lar/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (erişim, 31/1/2014).

5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Uluslararası Alandaki Gelişimi

Özgürlük ve güvenlik hakkı ile uluslararası alanda da birçok düzenleme yapılmıştır. Ancak burada konu ile ilgili en önemli düzenleme olarak değerlendirdiğimiz İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve AİHS üzerinde durulacaktır.²⁶⁵

a. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Ulus devletlerinin kurulmasını izleyen süreçte klasik devletler hukuku, içte egemen, dışta bağımsız ve eşit devletler arasındaki ilişkileri düzenliyordu. Klasik devletler hukukunun süjesi sadece devletti ve bu hukuk anlayışı içinde birey, kişisel hakların sahibi değil devlete ait olan hakların taşıyıcısı konumundaydı. Başka bir devlet tarafından vatandaşlarına yapılan müdahale doğrudan ilgili devlete yapılmış olarak kabul ediliyordu. Bu bakış açısı egemen devletlerin vatandaşlarına yapılan her türlü dış müdahale devletin iç işlerine müdahale olarak algılanıyordu. Bu dönemde insan hakları, egemen devletlerin bir iç hukuk sorunu olarak anlaşılmaktaydı. Bu bakış açısının bir sonucu olarak, *Birleşmiş Milletlerin* (“BM”–*United Nations*) kuruluşundan önceki dönemde vatandaşlarına karşı çok büyük insan hakları ihlallerinde bulunan devletlerin önüne geçilmesi mümkün olamıyordu. Vatandaşlarına karşı hukuk dışı müdahalede bulunan devletlere iç işlerine karışmama ilkesi gereğince karışılmamaktaydı.²⁶⁶

²⁶⁵ Konu ile ilgili diğer belgelere; Tutuklulara En Azından Uygulanması Gereken Davranış Standardı Kuralları (1955), Savaş Suçlarıyla İnsanlığa Karşı Suç İşleyenlerin Aranması, Tutuklanması, Geri Verilmesi ve Cezalandırılması Konusunda Uluslararası İşbirliği İlkeleri (md. 1-1973), Tutuklu ve Gözaltında Olanları İşkence ve Başka Zalimce İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Davranış ya da Cezaya Karşı Korumada Sağlık Personelinin, Özellikle Hekimlerin Rolüne İlişkin Tıp Ahlakı İlkeleri (md. 4-1982), İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Davranış ya da Cezaya Karşı Sözleşme (md. 10-1984), Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (md. 37-1989), Mahpusların Islahı İçin Temel Prensipler (1990); Hukuk Dışı, Keyfi ve Kısa Yoldan İnfazların Etkili Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair Prensipler (1989); Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (1990), Hapislik Dışı Tedbirler İçin BM Asgari Standart Kuralları (1990), Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü (1990), Kadınlara Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri (md. 3-1993), Roma Antlaşması (md. 60-1998) örnek olarak gösterilebilir.

²⁶⁶ Sencer, 1991, s. 18.

İkinci Dünya Savaşı öncesinde Avrupa’da yaşanan ağır insan hakları ihlalleri, devletlerin hem kendi vatandaşlarına hem de diğer devlet vatandaşlarına karşı davranışlarının ciddi biçimde irdelenmesi ve bazı standartlara bağlanması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Yaşanan gelişmeler, insan haklarının sadece iç hukuk sorunu olmayıp evrensel boyutta korunması gerektiğini göstermiş ve hak ve özgürlükleri uluslararası alanda belirleyecek ve koruyacak bir belge hazırlama ihtiyacı ortaya çıkmış ve bireyin ilk kez uluslararası hukukun süjesi durumuna gelmesinin zemini oluşmuştur.²⁶⁷ İnsan haklarının, devletlerin iç düzenleme konusu olmaktan çıkarak uluslararası normlara ve denetime bağlanması ilk olarak *Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*’yle (1945) realize olmuştur.²⁶⁸

Anlaşmaya ile kurulan örgütün insan haklarıyla doğrudan ilgili organı *Ekonomik ve Toplumsal Konseyce*, “...herkes için insan haklarının ve temel özgürlüklerin saygı görerek gözetilmesini sağlamak amacıyla...”²⁶⁹ insan haklarının uluslararası düzeyde belirlenmesi ve savunulması için gerekli olan çalışmaları yapmak üzere bir *İnsan Hakları Komisyonu* (1946) kurulması kararlaştırılmış ve bu amaçlar doğrultusunda bir bildiri hazırlamıştır. Böylelikle, *BM Genel Kurulu*’nda kabul edilen *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*’yle (1948),²⁷⁰ Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde yer alan insan

²⁶⁷ Akın, 1993, s. 365.

²⁶⁸ Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin dibacesinde, “... temel insan haklarına, kişinin onur ve değerine inanç...” dile getirilmiştir. Sözleşme’nin 1(c) fıkrasında “... ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı yapmaksızın herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesi ...”nin BM örgütünün ana hedeflerinden biri olduğu ifade edilmiştir. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt_dsg_no=I-1&chapter=1&lang=en (erişim, 27/5/2013).

²⁶⁹ BM Sözleşmesi, md. 68. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt_dsg_no=I-1&chapter=1&lang=en (erişim, 27/5/2013).

²⁷⁰ *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*’nin çevirisi için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (erişim, 31/1/2014).

hakları ilk kez ayrı bir belgede düzenlenmiştir. Bununla birlikte bildirinin devletleri bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır.²⁷¹

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesinde “yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır” denilmek suretiyle özgürlük ve güvenlik hakkından bahsedilmektedir. Bildiri'nin 9. maddesinde “Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez”; 10. maddesinde “Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır”; 11. maddesinde “(1) Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır. (2) Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmeyen herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” hükümleri yer almıştır.²⁷²

Bildiri, *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi* (1966)²⁷³ ile bağlayıcı bir hukuksal belgeye dönüşmüştür. Sözleşme'nin 9(1) fıkrası ile herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu, kimsenin keyfi olarak yakalanamayacağı, tutuklanamayacağı, kanunla konulmuş gerekçeler ve işlemlere uygun durumlar dışında özgürlüğünden mahrum bırakılamayacağı; 9(2) fıkrası ile tutuklanan bir kimseye, tutuklama sırasında, tutuklama nedenlerinin ve ne ile suçlandığının bildirilmesi gerektiği; 9(3) fıkrası ile bir suç islediği şüphesi ile yakalanan ya da tutuklanan bir

²⁷¹ Bildirinin bağlayıcı niteliği ile ilgili olarak bkz., Enver Bozkurt, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Asil Yay., 20006, s. 63-80; detaylı bilgi için ayrıca bkz., Mesut Gülmez, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, Ankara, TBB Yay., 2004, *passim*.

²⁷² Bkz., http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-1&chapter=1&lang=en (erişim, 27/5/2013).

²⁷³ Sözleşme, 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 2000 yılında imzalamış ve 2003 yılında yürürlüğe koymuştur. Bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> (erişim, 31/1/2014).

kimsenin, hemen bir yargıç ya da yargı gücünü kullanmaya yetkili bir başka resmi görevli önüne çıkarılma, makul bir süre içerisinde yargılanma ya da salıverilmesini isteme hakkına sahip olduğu, yargılanmayı bekleyen kişinin gözaltında tutulmasının genel kural olmayacağı, sadece salıverilmenin bazı teminatlara bağlı tutulabileceği; 9(4) fıkrasında gözaltına alınarak ya da tutuklanıp özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişinin tutuklanmasının kanuniliği konusunda ya da tutuklanması kanuni değilse, salıverilmesi için mahkeme önüne çıkarılıp gecikmeksizin karar verilmesini isteme hakkının bulunduğu; 9(5) fıkrasında kanun dışı yakalanan ya da tutuklanan kimseni tazminat talep edebilme hakkının bulunduğu; 10(1) fıkrasında özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye insanca ve insanlık onuruna yakışır şekilde davranılması gerektiği; 10(2) fıkrasında tutuklu sanıklar, istisnai haller dışında mahkûmlardan ayrı tutulacağı, kendilerine mahkûm edilmemiş kimselerin statüsüne uygun tarzda ayrı bir muamele uygulanacağı, tutuklu küçük sanıkların yetişkinlerden ayrı tutulacağı ve en kısa sürede yargısal makamların önüne çıkarılacağı; 10(3) fıkrasında ceza infaz sisteminin, mahpusları iyileştirme ve toplumsal rehabilitasyonlarını sağlama gibi temel amaçlara sahip olması gerektiği, küçük faillerin yetişkinlerden ayrılması ve yaşları ile hukuki statülerinin uygun bir muamele görmeleri gerektiği; 14(2) fıkrasında masumiyet karinesi; 15(1) fıkrasında kanunsuz suç ve ceza olmazlık ilkeleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.²⁷⁴

²⁷⁴ Bkz., http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV4&chapter=4&lang=en (erişim, 27/5/2013). Sözleşme dışı genel usullerden biri olan ve BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 1503 Usulü'ne de (1970) değinmekte fayda bulunmaktadır. 1503 Usulü ile bir devlet içersinde genel olarak birbiri ile ilişkili, delillere dayanan, ağır ve sistematik insan hakları ihlallerini içeren şikâyetleri araştırma yetkisi Konsey bünyesindeki bir komisyona verilmektedir. 1503 Usulüne yapılan başvurularda keyfi tutuklamalar da incelenmektedir. 1503 Usulünün uygulanması neticesinde verilen kararlar tavsiye niteliğindedir. Yine sözleşme dışı özel usuller çerçevesinde kurulan *Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu* da (1991) kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda çalışmalar yürütmektedir. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 1503 sayılı kararı için bkz., <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx> (erişim, 31/1/2014)

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından ilk defa bahsedilen belge olmamakla birlikte diğer birçok hak ile ilgili olduğu gibi özgürlük ve güvenlik hakkı ile de ilgili olarak yargısal koruma mekanizması öngörmesi bakımından AİHS ayrı bir önem arz etmektedir. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu on beş devlet tarafından Roma'da imzalanan Sözleşme'de (1950)²⁷⁵ açıkça İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden esinlenilmiş ve etkin bir koruma mekanizması ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sözleşme ile *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi* ile ortaya konan bazı temel hak ve özgürlükleri somutlaştırılmıştır. Bu somutlaştırma sürecinde AİHM'nin sözleşmeyi yorumlamasının büyük katkısı bulunmaktadır.

Sözleşme'yi onaylayan taraf devletler Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince Sözleşme'nin kapsamında yer alan hakları sadece kendi vatandaşları bakımından değil aynı zamanda mahkemelerinin yargı yetkisi (*jurisdiction*) altında olan her kişi bakımından tanırlar ve güvence altına alma yükümlülüğü altındadırlar. Bununla beraber Sözleşme'nin durağan ve değişmeyen bir metin olmayıp “yaşayan belge”²⁷⁶ (*living instrument*) olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Sözleşme maddelerinin AİHM tarafından yorumlanması sonucunda da anlam ve kapsamının değişim ve gelişim gösterdiğini de vurgulamak gerekmektedir. AİHM'nin defalarca ifade ettiği gibi Sözleşme günün şartları ve demokratik devletlerde günümüzün var olan şartları ışığında

²⁷⁵ Sözleşme esas olarak 1949 tarihli *Avrupa Konseyi Statüsü*'ne dayanmaktadır. Bundan dolayı, AİHS'nin, anılan statünün temel amacı olan insan haklarının gerçekleştirilmesi ülküsüne ulaşmak için uygulamaya konulmuş bir sistemdir. Bu sistemin önemi, o güne kadar uluslararası düzeyde gerçekleştirilmiş olan en etkili koruma aracına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşme'yi o güne kadar yapılan uluslararası sözleşmelerden ayıran diğer önemli özelliği ise; sözleşmeden faydalanmak için taraf ülkelerin vatandaşı olma şartı aranmaması; yani, akit devlet ülkesinde bulunan herkese, karşılıklılık şartı da aranmaksızın uygulanabilmesidir. Sözleşme, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁷⁶ Reid, 2012, s. 69-70.

yorumlanması gereken bir belgedir.²⁷⁷ Ancak AİHM'nin değişen şartlara cevap vermek için, Sözleşme'de yer almayan haklar ortaya koyması mümkün değildir.²⁷⁸ Ayrıca AİHM'nin var olan hakları parçalaması veya Sözleşme tarafından açıkça tanınmayan "haklı nedenler" ve "istisnalar" ortaya koyması da mümkün değildir.²⁷⁹ Bununla birlikte Sözleşme'nin kendi içinde ve hükümleri arasında bir uyumun sağlanması amacıyla bir bütün olarak okunması ve yorumlanması gerekmektedir.²⁸⁰

Sözleşme'de birçok temel hakkın yanı sıra özgürlük ve güvenlik hakkı da yer almıştır. Bu hak Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Konu ile ilgili değerlendirmeler aşağıda detaylı olarak yer aldığından burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

İlk çağdan günümüze kadar geçen süre içinde özgürlük ve güvenlik hakkının gelişimi ile ilgili olarak Türkiye dışından verilen örneklerle²⁸¹ ek olarak çalışmanın konusu ile ilgili olması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkının Türkiye'deki seyri üzerinde de durulmasında fayda bulunmaktadır.

6. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının Türkiye'deki Gelişimi (1808-1982)

Osmanlı döneminde devlet esas olarak teokratik bir yapıya sahipti. Kişi, Müslüman ve teb'adan olmasa bile, sırf insan olması nedeniyle bir hak süjesi idi. İslam dininde insana tanınan şahsi masuniyet ve adalete nail olma hakkı ile Müslüman olsun olmasın İslam ülkelerinde yaşayan her insanın hayatı ve mülkiyeti güvence altına alınmış; bu güvenliği ihlâl edenlere, dünyevi ve uhrevi cezalar öngörülmüştür.²⁸²

²⁷⁷ Bu konuda bkz., *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 39692/09 vd., 15/3/2012, § 53; *Bayatyan/Ermenistan* [BD], no 23459/03, 7/7/2011, § 102.

²⁷⁸ *Johnston ve Diğerleri/İrlanda*, no. 9697/82, 18/12/1986, §§ 51-54.

²⁷⁹ Örneğin bkz., *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 41.

²⁸⁰ *Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık* (kk) [BD], no. 65731/01 ve 65900/01, 12/4/2006, § 48.

²⁸¹ Her ne kadar bu çalışmanın kapsamının dışında kalsa da diğer devletlerde özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlenme biçimleri için bkz., Kılıç, 2007, s. 51-73.

²⁸² Bahri Savcı, *Türkiye'de İnsan Haklarının Gelişimi*, Ankara, AÜSBF Yay. (No: 94-76), 1959, s. 1.

Osmanlı İmparatorluğu'ndaki hak ve özgürlük düşüncesine 19. yüzyıl ortalarına kadar bu düşünce hâkim olmuş, iktidarın yetkileri açıklanan çerçevede şekillenmiştir. Genel olarak, toplumda bulunan her kişiye tanınan ve yöneticilere karşı ileri sürülebilen hak ve özgürlükler olarak tanımlayabileceğimiz kamu özgürlüklerinin dinin etkisinden sıyrılmış olarak önem kazanmaya başlaması bu yüzyılın ortalarından itibaren mümkün olmuştur.²⁸³

Fransız Devrimi ve İngiltere Islahat hareketlerinden sonra, batı dünyasındaki özgürlükçü düşüncelerin Osmanlı Devleti'nde de etkilerini göstermeye başlamasıyla beraber düzenlenen *Tanzimat Fermanı*'nda (1839) ile ilk kez dini karakter taşımayan birtakım hakların Osmanlı toplumunda tartışılmaya başladığını görmekteyiz.²⁸⁴ Osmanlı İmparatorluğu, çağdaşı olan diğer büyük devletlerden geç de olsa, 19. yüzyıl ortalarına doğru modern anlamıyla hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlet düzeni arayışına girmiştir. Tanzimat Fermanı ile belirginleşen bu arayış, I. ve II. Meşrutiyet aşamalarıyla anayasalı bir devlet yönetimine geçiş sahne olmuştur.²⁸⁵

Tanzimat Fermanının ilanı ile başlayan dönemde oldukça yoğun bir kanunlaştırma faaliyetinin yürütüldüğü gözlenmektedir. Kanun-u Esasi'de, "Tebaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuk-u Umumiyesi" başlığı altında tanınan hak ve özgürlüklerin –kişi güvenliği hakkı da dâhil olmak üzere– neredeyse tamamı, Osmanlı hukuk düzenine Tanzimat döneminde girmiştir.²⁸⁶ Bununla birlikte özgürlük ve güvenlik hakkının gerçek manada I. Meşrutiyet sonrası dönemde güvence altına alındığını görmekteyiz.

²⁸³ Osmanlı Devleti ile batı dünyası arasındaki farklılaşma konusunda bkz., Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara, Seçkin Yay., 2007, s. 243-44; Akın, 1993, s. 263 ve 298.

²⁸⁴ Savcı, 1959, s. 143.

²⁸⁵ Bülent Tanör, "Anayasal Gelişmelere Toplu Bir Bakış", *Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, cilt I, İstanbul, 1985, s. 10.

²⁸⁶ Gökçen Alpkaya, "Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri", *İnsan Hakları Yıllığı*, 12, Ankara, TODAİE Yay., 1990, s. 169. yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDUwMDQ4MDQ4MDU0MDQ5 (erişim, 29/5/2013)

Kişi güvenliği hakkı ile ilgili ilk düzenlemenin, Tanzimat dönemi Ceza Kanunu (1840) ile yapılan yargılamayla kesinleşmedikçe hiç kimsenin hapis ya da sürgün edilemeyeceğine dair düzenlemede görmekteyiz. Aynı kural 1875 tarihli *Adalet Fermanı*'nda da tekrarlamıştır. Aynı dönemde şer'i cezalara da yer veren Osmanlı Ceza Kanunu (1858) yürürlüğe girmiş ve 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.²⁸⁷ 1858 tarihli Ceza Kanunu'nda kişi özgürlüğü ve güvenliğinin çiğnenmesi hali yaptırıma bağlanmıştır. Bu ilke Kanun'da,

*“... bir kimseyi, hükümet memurlarının emri olmadan, kanunların öngördüğü usuller dışında hapsetmek, tutuklamak veya rehin almak üç yıl hapisle cezalandırılır; bu suç devlet memuru kıyafetine girilerek, sahte ad kullanılarak ya da sahte emir gösterilerek işlenirse, geçici kürek cezası verilir.”*²⁸⁸

şeklinde ifade edilmiştir. Ancak Kanun'un, resmi görevlilerin olası ihlallerine karşı her hangi bir güvence getirmemesi eksik yanını oluşturmaktadır. Kişi güvenliğini devlet memurlarına karşı güvence altına alan ilk düzenleme ise, 1875 tarihli talimattır.²⁸⁹ Bu talimata göre, bir kimsenin yargı kararı olmadan hapiste kalmasına ya da kanunların öngördüğünden fazla bir cezayla cezalandırılmasına neden olan bir karar verilmesi durumunda, bu hükmü veren divanların başkan ve üyeleri sorumlu tutulması öngörülmüştür.²⁹⁰

Osmanlı Devleti'nin modernleşme çabalarının görüldüğü süreçte²⁹¹ yapılan birtakım düzenlemelerle özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından bazı ilerlemeler

²⁸⁷ Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2011, s. 162.

²⁸⁸ 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun Türkçe metni için bkz., <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-2.pdf> (erişim, 29/5/2013); Ayrıca konu ile ilgili olarak bkz., Alpkaya, 1990, s. 170.

²⁸⁹ *Divan-ı Temyizlerin Rüesa ve Azalarına Verilen Talimat* hakkında bkz., Alpkaya, 1990, s. 170. Talimat metni için bkz., <http://anayasametinleri.blogspot.com.tr/2010/09/1875-ferman-i-adalet.html> (erişim, 31/1/2014).

²⁹⁰ Kılıç, 2007, s. 86.

²⁹¹ Bu süreç esaslı dönüm noktaları bakımından, Sened-i İttifak (1808), Tanzimat Fermanı (1839), Islahat Fermanı (1856) olarak sıralanabilir.

sağlanmış olmakla beraber bu gelişmelerin oldukça cılız olduğu görülmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından dikkate değer önemli sayılabilecek ilk gelişme, *Kanun-u Esasi* (1876)²⁹² ile gerçekleşmiştir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği konusu Kanun-u Esasinin 9. ve 10. maddelerinde;

“Madde 9- Bütün Osmanlılar kişi özgürlüğüne sahiptirler fakat başkalarının hak ve özgürlüklerine tecavüz edemezler.

*Madde 10- Kişi özgürlüğü her türlü saldırıya karşı dokunulmazdır. Hiç kimse kanunlarda belirlenmeyen bir ceza ile cezalandırılmaz.”*²⁹³

şeklinde ifade edilmiştir. Kanun-u Esasi’nin 10. maddesinde yer alan *kanunla belirlenmeye* ilişkin boşluğun telafisi *Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu*’nun (1878) yürürlüğe girmesiyle sağlanmıştır. 1808 Fransız Ceza Yargılama Usul Kanunu’nun tercümesi niteliğinde olan bu yasa çağcıl yargılama usul kurallarının birçoğunu içermektedir.²⁹⁴ Kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından önem arz eden düzenlemelerden birine yer verilen Kanun, kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için suçüstü hali dışında yazılı bir emrin varlığını da şart koşmaktadır. Kanuna göre ihzar (hazıra getirme) kararı, geçici olarak tutma ve tutuklama gibi özgürlüğü kısıtlayıcı emirler, ilk soruşturma sırasında ancak sorgu hâkimi tarafından verilebilecektir. Kanun ile özgürlüğün kısıtlanabileceği azami süreler konusunda düzenleme yapılmıştır. Buna göre; ihzar emri ile getirilen kimse yirmi dört saat içinde sorgu hâkimi tarafından

²⁹² Siyasî iktidara sınırlar koymak suretiyle, meşruti monarşi içinde demokrasinin somutlaştırılmasını amaç edinen 1876 öncesi hak ve özgürlük belgeleri, padişahın tek taraflı iradesi ile ortaya konulmuştur. Kanun-u Esasi de, ilan ediliş şekli açısından aslında bu belgelerden farksızdır. Söz konusu belge de padişahın tek taraflı iradesi ile doğmuştur, ancak niteliği itibarıyla bir anayasal belge olması nedeniyle 1876 öncesi belgelerden ayrılmaktadır. Osmanlı hukuk düzeninde kamu hak ve özgürlükleri klasik anlamda ilk kez bu belgede yer almıştır (Kapani, 1993, s. 103).

²⁹³ [Çeviri kısmen yazara aittir] Metnin orijinali: “Madde 9- Osmanlıların kâffesi hürriyeti şahsiyelerine malik ve aherin hukuku hürriyetine tecavüz etmemekle mükelleftir.

Madde 10- Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tâyin ettiği sebeb ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.” şeklindedir. Şeref Gözübüyük ve Suna Kili, *Türk Anayasa Metinleri 1839-1980*, 2. Baskı, Ankara, AÜSBF Yay., 1982, https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/kanunu_esasi_latın.pdf (erişim, 29/5/2013).

²⁹⁴ Alpkaya, 1990, s. 171.

sorguya çekilmesi gerektiği, geçici tutma emrinin azami otuz gün için geçerli olduğu, tutuklama emrinin ise yargılamanın sonuna kadar geçerliliğini koruyacağı, sürelerle ilişkin kurallara uyulmadığı takdirde, sorgu hâkimi, savcı ve hâkimlere karşı dava açılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Bununla beraber, özgürlüğün yargı organları dışındaki görevlilerce kısıtlanmasının önüne geçmek amacıyla, geçici tutma ve tutuklama usulleri de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yasaya göre, hapishane müdürünün, tutuklanan kişiyi ve tutuklama emrini aldığına dair bir belge düzenlemesi ve bu belgenin diğer belgelerle birlikte sorgu yargıcı tarafından yirmi dört saat içinde üzerine tarih atılarak imzalanması gerekmektedir. Yasa ayrıca usulüne uygun olarak bir mahkeme kararı ya da tutuklama emri olmaksızın ve bu durumu özel bir deftere kaydetmeksizin bir kimseyi tutuklayan ya da hapseden hapishane veya tevkifhane görevlileri hakkında (*habs-i eşhas* suçundan) yasa gereği ceza uygulanacağı da düzenlenmiştir.²⁹⁵

Bu dönemde yürürlüğe konan *Muhâkim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu* (1879) ile de adliye müfettişlerine, kişi özgürlüğü ve güvenliği bile ilgili olarak, tevkifhane ve hapishanelerde mahkûmiyet sürelerinden daha fazla kalan ya da kanunlara aykırı olarak hapsedilmiş bulunan kimse olup olmadığını denetleme ve bildirme görevi verilmiştir.²⁹⁶

1909 yılında II. Meşrutiyet'in ilanı ile birlikte 1876 Anayasası'nda (Kanun-u Esasi) bazı değişikliklere gidildiği görülmektedir. 1909 değişiklikleri ile kişi güvenliği açısından padişaha sürgüne yollama yetkisi veren 113(2) fıkrasının²⁹⁷ kaldırılarak, yargı güvencesinin sağlanması bakımından önemli bir adım atıldığı ve kişi güvenliği ile ilgili olan 10. maddenin pekiştirildiği dikkati çekmektedir. Kanun-u Esasi'nin 10.

²⁹⁵ Alpkaya, 1990, s. 171.

²⁹⁶ Alpkaya, 1990, s. 172.

²⁹⁷ Orijinal metin; “*Hükûmetin emniyetini ihlâl ettikleri idâre-i zâbitanın tahkikat-ı mevsukası üzerine sabit olanları memâlik-i mahrusâ-i şâhânedan ihraç ve teb'id etmek münhasıran Zât-ı Hazret-i Pâdişâhî'nin yed-i iktidarındadır*” şeklindedir. 1909 değişikliği için bkz., http://anayasametinleri.blogspot.com.tr/2010/09/1876-kanun-i-esasi-orijinal-metin_15.html (erişim, 31/1/2014).

maddesinde yapılan değişiklikle hiç kimsenin şer ve kanunun belirlediği sebep ve suretten başka bir nedenle ile tutuklanıp hakkında ceza verilemeyeceği kuralı benimsenmiştir.²⁹⁸

Cumhuriyet döneminin ilk anayasası kabul edilen 1921 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1924 Anayasası'nın 72. maddesinde²⁹⁹ özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili olarak, “kanunda belirtilen sebep ve şekiller dışında hiç kimsenin yakalanamayacağı ve tutuklanamayacağı” hükme bağlanmıştır. 1924 Anayasası'nda birçok özgürlükten bahsedilmekle bu hak ve özgürlüklerin realize olduğunu söylemek oldukça güçtür. Bu dönemde, Anayasa'da sayılan hakların uygulanmasına yönelik hukuki düzenlemeler yapılamamıştır.³⁰⁰

1961 Anayasası döneminde ise özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. 1961 Anayasası'nda özgürlük ve güvenlik hakkı, Anayasa'nın kişi dokunulmazlığı başlıklı 14. maddesi ve kişi güvenliği başlıklı 30. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın kişi dokunulmazlığı başlıklı 14. maddesi,

*“(1) Herkes, yaşama, mâddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi özgürlüğüne sahiptir. (2) Kanunun açıkça gösterdiği hâllerde, us[ul]üne uygun olarak verilmiş hâkim kararı olmadıkça bu hususlarda sınırlamaya gidilemez. (3) Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. (4) İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.”*³⁰¹

şeklinde dir. Kişi güvenliği hakkı 1961 Anayasa'sının 30. maddesinde;

²⁹⁸ Gözübüyük ve Kili, 1982, s. 28 (Kanun-u Esasinin ilk halinde sadece “kanuna göre” ifadesi kullanılmışken, 1909 değişiklikleriyle “şer'i hükümler” de kapsama dâhil edilmiştir. Böylelikle şeriat hükümleri de kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasına dayanak oluşturur hale getirilmiştir. Kanun-u Esasi'nin 10. maddesinde, hiç kimsenin kanunî bir neden olmaksızın ceza çekemeyeceği esası mevcutken, 1909 değişikliği sonrasında hem ceza çekemeyeceği hem de tutuklanamayacağı esası benimsenmiştir).

²⁹⁹ 1924 Anayasası'nın metni için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> (erişim, 29/5/2013).

³⁰⁰ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara, Gerçek Yay., 1986, s. 86; *Habeas Corpus* güvencesinin temellerinin atılmadığına dair bkz., Akın, 1993, s. 326.

³⁰¹ 1961 Anayasa'sının metni için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (erişim, 29/5/2013) [Fıkra numaralandırması yazara aittir].

“(1) Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen, diğer hallerde hâkim karar[ı]yla tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi aynı şartlara bağlıdır. (2) Yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. (3) Yakalanan veya tutuklanan kimselere, yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir. (4) Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç kırksekiz saat ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda ve genellikle savaş veya sıkıyönetim hallerinde, kanunlarda gösterilen süre içinde hâkim önüne çıkarılır; bu süre onbeş günü geçemez. Kimse bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın, hürriyetinden yoksun kılınamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına bildirilir.”

biçiminde düzenlemeye tabi tutulmuştur.³⁰² Bu düzenlemeler de görüldüğü üzere madde metni ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, ayrıntılı olarak düzenlenmiş, bireye özgürlükten mahrum bırakıldığı durumlarda birtakım güvenceler sağlanmıştır.

1961 Anayasası’nın 14. ve 30. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, aralarında sıkı bir ilişki olduğu görülmektedir. Anayasa’nın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenlendiği maddelerinde kişiye; keyfi olarak yakalanamaması, en kısa sürede hâkim önüne çıkarılması, hâkim kararı olmaksızın tutuklanamaması, tutuklanan kişinin yakınlarına derhal haber verilmesi gibi bazı önemli haklar tanınmıştır. Bu bakımdan 1961 Anayasa’sı ile bireylere Habeas Corpus Güvencesi’nin³⁰³ tanındığını görmekteyiz. 1961 Anayasa’sı, özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından önemli bir ilerleme sağlamasına rağmen Anayasa’da 1971 yılında yapılan bazı değişikliklerle bir geriye gidişin olduğunu söylemek mümkündür.³⁰⁴

³⁰² Bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (erişim, 3/6/2013) [Fıkra numaralandırması yazara aittir].

³⁰³ Bkz., *supra*, s. 78-79.

³⁰⁴ Anayasa’da 1971 yılında yapılan değişiklikler neticesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından yaşanan olumsuz değişikliklere birkaç örnek vermek gerekirse: 20/9/1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik, 24 saat olan hâkim önüne çıkarma süresinin genel olarak 48 saate, toplu olarak işlenen suçlarda ise 7 güne kadar uzatılması; 15/3/1973 tarih ve 1699 sayılı Kanun’la hâkim önüne çıkarılmadan özgürlükten yoksun kalınabilecek sürenin 15 güne kadar uzatılması; 20/9/1971 tarih ve 1488

Buraya kadar yapılan açıklamalarda Türkiye’de özgürlük ve güvenlik hakkının 1961 Anayasa’sı dönemi de dâhil olmak üzere geçirdiği değişim üzerinde durulmuştur. 1982 Anayasa’sı dönemine ait değerlendirmelere, çalışmanın ileriki kısımlarında ayrıntılı olarak değinilmiştir.

IV. ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKI BAKIMINDAN ANAYASA ve AİHS’nin KARŞILAŞTIRMASI

A. Genel Olarak

Özgürlük ve güvenlik hakkı Anayasa’nın 19. ve Sözleşme’nin 5. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Her iki maddede de özgürlükten mahrum bırakmanın koşullarına ve istisnalarına yer verilmiştir. Anayasa’nın 19. ve Sözleşme’nin 5. maddeleri birbirine paralel düzenlemeler içermekle birlikte bazı farklılıkları da bünyesinde barındırmaktadır. Bu açıdan her iki maddenin *düzenlenme biçimleri dikkate alınarak* hakkın kapsamına, istisnalarına ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin sahip olduğu haklara değinilmesi, Anayasa ve Sözleşme’de yer alan hükümlerin benzerlik ve farklılıklarının incelenmesi gerekir. Bununla beraber her iki düzenlemenin detaylı olarak karşılaştırmasına ve bireysel başvuru kararları çerçevesinde detaylı değerlendirmesine çalışmanın II. ve III. bölümlerinde yer verilmiştir.

B. AİHS’nin 5. ve Anayasa’nın 19. Maddesinin Amacı

Özgürlük hakkının temel amacı bireyin keyfi bir şekilde (*arbitrary fasion*) özgürlüğünden mahrum bırakılmamasını garanti altına almaktır.³⁰⁵ Başka bir anlatımla Sözleşme’nin amacı, kişilerin haklarını *gerçek güvence* altına almaktır. Bu açıdan istisnai durumlarda ve yalnızca kısıtlamayla ilgili ikna edici bir gerekçe bulunması

sayılı Kanun’la “tabii yargı yolu” yerine “kanunî yargı yolu” ilkesinin getirilmesi; yargı denetimine getirilen kısıtlamalar (AY md. 149); Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili yapılan eklemeler (AY. md. 139). Bu konuda ayrıca bkz., Kılıç, 2007, s. 108-13.

³⁰⁵ Bu konuda bkz., *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 30.

durumunda özgürlük ve güvenlik hakkına getirilecek kısıtlamalara müsaade edilmelidir.³⁰⁶

Özgürlük ve güvenlik hakkı, Sözleşme sistemi bakımından “demokratik bir toplumda” çok büyük bir öneme sahiptir.³⁰⁷ Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen “özgürlük hakkı” ile esas olarak kişinin *fiziksel* özgürlüğü kastedilmektedir. Bireyin fiziksel hareket serbestisine ilişkin bir diğer düzenleme Sözleşme’ye ek 4 no.lu Protokol’ün 2. maddesinde de yer alsa da, Sözleşme’nin 5. maddesinin, dolaşım özgürlüğüne yönelik basit kısıtlamalardan farklı bir *koruma düzeyine* sahip olduğunu vurgulamak gerekir.³⁰⁸ Sözleşme’nin 5(1) fıkrası kapsamında özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilebilecek ağırlıktaki dolaşım/hareket serbestisi kısıtlamaları ile sadece 4 no.lu Ek Protokol’ün 2. maddesi kapsamında değerlendirilen basit özgürlük kısıtlamaları arasındaki fark, söz konusu kısıtlamaların niteliği veya esası değil, derecesi veya ağırlığıdır.³⁰⁹

Bir kişinin kayıt dışı ve tamamen keyfî bir şekilde tutuklanması, Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamındaki temel güvenceleri tamamen geçersiz kılmakta ve söz konusu maddenin *ağır* şekilde ihlaline sebep olmaktadır. Tutuklamanın tarihi, saati ve yeri, tutuklunun adı, tutuklamanın gerekçeleri ve tutuklama işlemini gerçekleştiren kişinin adı gibi bilgileri içeren herhangi bir kaydın mevcut olmaması Sözleşme’nin 5. maddesinin amacına açıkça aykırı bir durumdur. Ayrıca b u durum, Sözleşme kapsamında kanuna uygunluk şartına da ayrıca aykırıdır.³¹⁰

Anayasa’nın 19. maddesinin amacı ise, madde gerekçesinde, insanın kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olmasının ve bunun güvence altına alınmasının sağlanması olduğu

³⁰⁶ Macovei, 2010, s. 7-8.

³⁰⁷ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 76.

³⁰⁸ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 92.

³⁰⁹ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 115; *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7/1/2010, § 314.

³¹⁰ *Angelova/Bulgaristan*, no. 38361/97, 13/6/2002, § 154.

belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca kişinin vücut ve hareket serbestisine sahip olması gerektiği, kimsenin kanunda gösterilen durum ve şartlar dışında bu hareket serbestisinden mahrum edilmemesi yani yakalanıp tutuklanamaması gerektiği ifade edilmiştir.³¹¹ Buna göre Sözleşme ve Anayasa açısından özgürlük ve güvenlik hakkının amacının benzer olduğu söylenebilir.

C. AİHS'nin 5. ve Anayasa'nın 19. Maddesinin Uyumluluğu

Anayasa'nın 19. maddesi “kişi hürriyeti ve güvenliği” başlığını taşımakta iken AİHS'nin 5. maddesinin başlığı “özgürlük ve güvenlik hakkı” şeklindedir.³¹² Anayasa'nın 19. maddesinin başlığında *özgürlük* kelimesi yerine *hürriyet* kelimesi tercih edilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 5. maddesinde özgürlük ve güvenliğin bir *hak* olduğu ifade edilmekte iken Anayasa'nın 19. maddesinde *hak* ibaresi kullanılmamıştır. Yine Anayasa'nın 19. maddesinde “hürriyeti ve güvenliği” ibaresinin önünde *kişi* ibaresi kullanılmakta iken Sözleşme'de bu ibare kullanılmamıştır. Fikrimizce madde başlıklarının *lafızlarındaki farklılık*, hakkın özüne ve yorumuna tesir eden bir nitelik taşımadığından, her iki başlığın birbirinin yerine ikame edilerek kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.³¹³

Anayasa'nın 19. ve Sözleşme'nin 5. maddelerinin genel çerçevedeki karşılaştırmasına geçmeden önce özgürlük ve güvenlik hakkının hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen tüm siyasal rejimlerin merkezinde yer alan bir hak olduğunu vurgulamak gerekmektedir.³¹⁴ AİHM bu konuyla ilgili olarak;

³¹¹ Anayasa'nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenanayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 31.

³¹² AİHS'nin 5. madde başlığının İngilizce'si “right to liberty and security”, Fransızca'sı “Droit à la liberté et à la sûreté” şeklindedir. Madde başlıkları arasında, Sözleşme'nin resmi dilleri açısından bir fark bulunmamaktadır [yazarın notu].

³¹³ Bu çalışmada “kişi hürriyeti ve güvenliği” ile “özgürlük ve güvenlik hakkı” ibareleri birbirinin yerine kullanılmıştır [yazarın notu].

³¹⁴ AİHM'nin demokratik bir toplumda özgürlük hakkının büyük bir öneme sahip olduğunu vurguladığı kararlar için özellikle bkz., *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, §

“Sözleşme’deki anlamıyla özgürlük hakkı, ‘demokratik bir toplumda’ o kadar önemlidir ki, bir kimse sırf kendi isteği ile gidip tutulmak istediğini belirttiği gerekçesiyle Sözleşme’nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse bile, Sözleşme’nin 5. maddesini ihlal edebilir. Avrupa Konseyi içinde kamu düzenini ilgilendiren bir konuda, Sözleşme’nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek nitelikteki bütün tedbirlerin, Sözleşme organları tarafından her olayda denetlenmesi gereklidir.”³¹⁵

demek suretiyle özgürlük ve güvenlik hakkının demokratik toplumdaki önemine dikkat çekmiştir.³¹⁶ Özgürlük ve güvenlik hakkı öylesine özel bir haktır ki bir birey kendi arzusu ile gidip tutuklanmak istediğini yetkililere ifade ettiği durumda dahi Sözleşme’nin korumasından yararlanma hakkını kaybetmemektedir. Bu açıdan bir tutmanın, tutulan kimse buna rıza gösterse bile, Sözleşme’nin 5. maddesini ihlal etmesi mümkündür.

Özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlendiği Sözleşme’nin 5. maddesinin çevirisi şu şekildedir:

“1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

74; Storck/Almanya, no. 61603/00, 16/6/2005 § 102; Winterwerp/Hollanda, no. 6301/73, 24/10/1979 § 37.

³¹⁵ De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika, no. 2832/66, 18/6/1971, § 65.

³¹⁶ Demokratik değerler ve kurumlar (democratic values and institutions) ile ilgili olarak bkz., Reid, 2012, s. 65-66.

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”³¹⁷

Sözleşme bakımından özgürlük ve güvenlik hakkının öznesi “birey”dir (everyone–herkes). Sözleşme’de hakkın öznesi bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Özel bir rejime tabi tutulan silahlı kuvvetler mensupları da dâhil bu haktan herkesin yararlanabileceği AİHM içtihatlarıyla ortaya konulmuştur.³¹⁸

³¹⁷ AİHS’nin Türkçe çevirisi için bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TU_R.pdf (erişim, 3/6/2013). Bu metin resmi çeviri değildir. Konseyin ve AİHM’nin resmi internet sitesinde yer alan Türkçe çevirinin kapakçığında; “Bu metnin aslına uygun, resmi dili İngilizce ve Fransızca olup, Türkçe’ye tercümesi bilgilendirme amacı ile hazırlanmıştır.” ifadesi yer almaktadır [yazarın notu].

³¹⁸ David Harris, Michael O’Boyle ve Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, s. 122.

Sözleşme'nin 5. maddesi ile güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkı, demokratik bir toplumda birincil bir öneme sahiptir.³¹⁹

Özgürlük ve güvenlik hakkı Sözleşme'de yer alan en önemli temel hak ve hürriyetlerden biridir. AİHM, “mutlak bir hak”³²⁰ (*derogation*) olmamasına rağmen özgürlük ve güvenlik hakkının önemli haklardan biri olduğunu birçok kararında vurgulamaktadır.³²¹ Örneğin *Gábor Nagy/Macaristan* kararında AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin; 2., 3. ve 4. maddeleriyle birlikte kişilerin fiziki güvenliğini koruyan temel hakların ilk grubunda yer aldığını ve bu maddelerin başlıca öneme sahip maddeler olduğunu belirtmiştir.³²²

Kişinin özgürlüğünden mahrumiyeti çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir.³²³ Sözleşme'nin 5. maddesi sadece yakalama ve tutuklama gibi koruma tedbirlerini kapsamayıp bireyin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı *tüm durumları* kapsamaktadır.

Sözleşme'ye ek 4 no.lu Protokol'ün 2. maddesinde yer alan devletin ülkesi içinde *seyahat özgürlüğü hakkı* da özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin değerlendirmelerinde gündeme gelen başka bir konudur.³²⁴ Sözleşme'ye ek 4 no.lu Protokolün 2. maddesine göre “[b]ir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe

³¹⁹ *Lutsenko/Ukrayna*, no. 6492/11, 3/07/2012, § 62.

³²⁰ Sözleşme bakımından mutlak haklar (*derogations*): Sözleşme'nin 2., 3., 4(1), 7., 4 no.lu Ek Protokolün 4(1), (3). ve (4). fıkraları (*sınır dışı işlemleri ile ilgili*), 7 no.lu Ek Protokolün 4. maddesi (*non bis idem* kuralı) şeklinde sıralanabilir. Sözleşmede yer alan mutlak haklar hiçbir şekilde istisnaya tabi tutulamayan haklardır. Ayrıca Sözleşme'nin 15. maddesinde hangi hakların olağanüstü dönemlerde sınırlandırabileceği hükme bağlanmıştır.

³²¹ Sözleşme'nin en önemli maddesi olduğunu düşünen yazar için bkz., Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., 2001, s. 135.

³²² *Gábor Nagy/Macaristan*, no. 33529/11, 11/2/2014, § 19. Ayrıca bkz., *Castravet/Moldova*, no. 23393/05, 13/03/2007, § 29.

³²³ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, § 95.

³²⁴ Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı” içinde *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnçeoğlu, Ankara, Şen Matbaa, 2013, 180. Türkiye, Sözleşme'ye ek 4 no.lu Protokol'ü henüz onaylamamıştır. Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerin listesi, imza ve onay tarihleri için bkz., <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=3&CM=16&CL=ENG> (erişim, 1/7/2013).

dolaşma ve ikametg[â]hını seçebilme hakkına sahiptir”. Bu düzenlemeye göre hukuka uygun olarak bir ülkede bulunan herkes; vatandaş, yabancı veya vatansız olduklarına bakılmaksızın seyahat özgürlüğüne sahiptir. Ancak Sözleşme, bir yabancının belirli bir ülkeye giriş veya ikamet hakkını güvence altına almamaktadır. Taraf devletlerin yabancının ülkeye girişini, ülkede ikamet etmesini ve ülkeden sınır dışı edilmesini düzenleme hakkı bulunmaktadır.³²⁵

Bazı durumlarda bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması seyahat özgürlüğünün, seyahat özgürlüğünden yoksun bırakılması ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini gündeme getirebilir. AİHM içtihatlarına göre Sözleşme’nin 5. maddesi ancak belirli şartlar altında kişinin tutuklanmasına izin vermektedir. Bu nedenle bir kişinin tamamen gelecekte işleyebileceği suçların önlenmesini amaçlayan nedenlere dayalı olarak tutuklanması mümkün değildir. Ancak seyahat özgürlüğüne getirilecek bazı sınırlamaların bu nedenle haklı kılınabilmesi olanaklıdır. Örneğin mafya üyesi olduğundan şüphelenilen bir kişiye bu konuda herhangi bir mahkûmiyeti bulunmasa dahi suç işlenmesinin önlenmesini hedefleyen belirli bir yerde gözetim tedbirinin uygulanması Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamında mümkün değildir. Fakat bu tür bir uygulama 4 no.lu Protokol’ün 2. maddesi kapsamında mümkün olabilmektedir. Hatta bu konuda yapılan yargılama sonunda beraat kararı verilmiş olmasına rağmen söz konusu kişinin gelecekte suç işleyebileceğine dair makul kaygıların varlığı halinde bu tür bir tedbir kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir anlamda müdahale oluştursa da Sözleşme’ye ek 4 no.lu Protokol’ün 2. maddesine uygun bulunabilmektedir.³²⁶ Bu kapsamda bir kişinin belirli alanda zorunlu ikamete tabi tutulması³²⁷ veya sokağa çıkma yasağı kapsamında evinden dışarı çıkamaması³²⁸ kişinin

³²⁵ *Sisojeva ve Diğerleri/Litvanya* [BD], no. 60654/00, 16/06/2005, § 99.

³²⁶ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 195.

³²⁷ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, § 94.

özgürlüğünden yoksun bırakılması olarak kabul edilebilecekken, AİHM tarafından 5. madde kapsamında görülmeyerek ek 4 no.lu Protokol'ün 2. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu durumlarda her ne kadar kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmış olsa da özgürlükten mahrum bırakma uygulamasının biçimi 5. maddenin gündeme gelmesi için yeterince ağır görülmemiştir. Görüldüğü üzere her iki düzenleme farklı konuları düzenlemektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı seyahat özgürlüğüne getirilen daha ciddi bir sınırlama olarak kabul edilmektedir.³²⁹

Sözleşme'nin 5. maddesi, taraf devletlere, maddede belirtilen esaslara aykırı olarak bir kişinin özgürlüğüne müdahale etmeme sorumluluğu yüklemektedir. Düzenlenme biçimi itibariyle maddede sadece *negatif* yükümlülüğünden bahsedilmiş olsa da devletin bireyleri *üçüncü kişilerin* kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlayan fiillerine karşı koruma şeklinde *pozitif* bir yükümlülüğü de bulunmaktadır.³³⁰

Özgürlük ve güvenlik hakkının ayrıntılı olarak düzenlendiği Sözleşme'nin 5. maddesinde kişinin özgürlüğü *asıl*, bu özgürlüğe yapılacak müdahale ise *istisnai* bir niteliğe sahiptir. İstisnaların sınırlı olarak sayılması ve AİHM tarafından “dar yorum”a tabi tutulması, 5. maddenin amacı olan kişinin özgürlükten keyfi olarak mahrum bırakılmaması ilkesi ile tutarlılık arz etmektedir.³³¹

Sözleşme'nin 5. maddesinde ayrıca tutmanın “yasanın öngördüğü usule uygun olma”sı ölçütü öngörülmüştür. Bu ölçüt, kişi özgürlüğü ve güvenliğinden mahrumiyetin genel bir *hukuka uygunluk şartına* tabi olduğunu ve bireylerin maddede belirtilen

³²⁸ Raimondo/İtalya, no. 12954/87, 22/2/1994, § 39.

³²⁹ Harris, O'Boyle ve Warbrick, 2009, s. 737.

³³⁰ Edwin Bleichrodt, “Right to Liberty and Security” içinde *Theory and Practice of the ECHR*, eds. Pieter Van Dijk et al., 4th ed., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s. 460-62; Üçüncü kişilerce özgürlüğünden yoksun bırakılması durumunda kamu görevlilerinin sorumluluğu olup olmadığının değerlendirdiği bir karar için bkz., *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 07/01/2010, §§ 319-21.

³³¹ Bu konuda bkz., Reid, 2012, s. 62; *Quinn/France*, no. 18580/91, 22/03/1995, § 42.

haklardan keyfi bir şekilde yoksun bırakılamayacağını ifade etmektedir. AİHM, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması halinin maddede yer alan istisnalardan birinin kapsamına girip girmediğini değerlendirmeden önce mahrumiyetin iç hukukta yasal bir dayanağının bulunup bulunmadığını incelemektedir.³³² Dolayısıyla özgürlükten mahrumiyet halinin AİHS'ye uygun olması şartıyla birlikte ulusal hukukun esas ve usule ilişkin kurallara uygun olması gerekmektedir. Ayrıca iç hukuktaki kuralların AİHS'nin amacına uygun olma zorunluluğu da bulunmaktadır.³³³

Hukuka uygunluk genel şartının yalnızca kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anda değil, kişinin yoksun bırakıldığı süre boyunca devam etmesi gerekir.³³⁴ Ayrıca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sınırlama getiren bir yasal düzenlemenin erişilebilir,³³⁵ öngörülebilir ve belirli³³⁶ nitelikte olması gereklidir.³³⁷ Bu koşul, yasal düzenlemelerin bireyin keyfi şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması tehdidini ortadan kaldıracak ve kişilerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmelerini sağlayacak açıklıkta olmasını gerektirir.³³⁸

Sözleşme'nin 5. maddesi, ulusal hukukun esas ve usule ilişkin kurallarına uyma yükümlülüğünün yanı sıra *keyfi davranmama* yükümlülüğünü de içerir. AİHM, keyfilik kavramının açıkça tanımını yapmamakla birlikte içtihatlarında keyfilik olarak görülebilecek durumlarla ilgili bazı konulara değinmektedir.³³⁹ Özgürlükten yoksun bırakma uygulaması, ulusal hukuka uygun olmasına rağmen, kamu makamlarının kötü

³³² *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990, § 22.

³³³ Mark W. Janis, Richard S. Kay, ve Anthony W. Bradley, *European human rights law: text and materials*, 3th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 603. Ayrıca bkz., *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998, § 122.

³³⁴ *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/03/1995, § 48.

³³⁵ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, § 50.

³³⁶ *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000, § 52.

³³⁷ Harris, O'Boyle ve Warbrick, 2009, s. 134.

³³⁸ *Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 24838/94, 23/09/1998, § 54.

³³⁹ Harris, O'Boyle ve Warbrick, 2009, s. 136.

niyetle davranması veya bir hilesi sonucunda gerçekleştirilmişse, söz konusu tutma AİHM tarafından keyfi olarak kabul etmektedir.³⁴⁰

AİHS'nin 5. maddesi üzerinde yapılan bu açıklamaların ardından özgürlük ve güvenlik hakkının Anayasa'daki düzenlenme biçimi üzerinde de durulması yerinde olacaktır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının dezenlendiği Anayasa'nın 19. maddesi şöyledir:

“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde h[â]kim kararıyla tutuklanabilir. H[â]kim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç h[â]kim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirilir.

(Değişik ilk cümle: 03/10/2001-4709 S.K./4. md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde h[â]kim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra h[â]kim kararı

³⁴⁰ Saadi/İtalya [BD], no. 37201/06, 28/02/2008, § 69.

olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik fıkra: 03/10/2001-4709 S.K./4. md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik fıkra: 03/10/2001-4709 S.K./4. md.) Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”

Özgürlük ve güvenlik hakkının, Anayasa’da da Sözleşme’dekine benzer biçimde oldukça ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle, Anayasa’nın 19(1) fıkrasında “herkes”in özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Hakkının öznesi, Anayasa açısından “birey”dir. Bu yönüyle Anayasa ve Sözleşme arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

İkinci olarak, Sözleşme’de altı bent halinde düzenlenen kısıtlama nedenlerine birtakım farklılıklarla Anayasa’da da yer verilmiştir. Kişi özgürlüğünün ancak Anayasa’nın 19(2) ve (3) fıkralarındaki gerekçelerle kısıtlanabileceği hükme bağlanmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de birçok kararında;

“Anayasa’nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konulduktan sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması ancak Anayasa’nın anılan maddesi

kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir.”³⁴¹

demek suretiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ancak 19(2) ve (3) fıkralarda sayılan sebeplerle sınırlanabileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, Anayasa’nın 19. maddesinin;

“19 uncu maddenin birinci fıkrasında bu ana ilke belirtilmiş; ikinci ve üçüncü fıkra da kişi hürriyetinin kısıtlanabileceği haller sınırlayıcı sayım yoluyla belirlenmiştir. Bu suretle kanun koruyucunun bu konudaki yetkisi sınırlanmış bulunmaktadır.”³⁴²

şeklindeki madde gerekçesiyle örtüşmektedir.

Üçüncü olarak, Anayasanın 19. maddesinde “şekil ve şartları kanunda gösterilen” haller dışında hiç kimsenin özgürlüğünden mahrum bırakılamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa’nın 19(2) fıkrasında yer alan şekil ve şartların kanunda gösterilmesi kriteri, yukarıda aktarılan Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, Sözleşme’deki *yasaya uygun olma* kriteri ile benzerlik göstermektedir. Ayrıca AİHM içtihatlarıyla ortaya konan ve bir yasal düzenlemenin taşıması gereken özellikler olan *erişilebilir*, *öngörülebilir* ve *belirli* olma kriterleri, bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesince de aranmaktadır.³⁴³ Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce *içeriği açıkça anlaşılamayan* kavramlara dayanılarak kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlandırılmasının Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.³⁴⁴

Dördüncü olarak, yasada gösterilen şekil ve şartlara aykırı veya yasada gösterilen şekil ve şartlara uygun ancak Anayasa’da bulunmayan bir sebeple kişinin özgürlükten yoksun bırakılması, Anayasa ve Sözleşme’ye aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca şekil ve

³⁴¹ Birçok karar yanında bkz., AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42; AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 29.

³⁴² Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 31.

³⁴³ Bkz., *supra*, s. 156, 160.

³⁴⁴ Bu konuda bkz., AYM, E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26/11/1986. Ayrıca bkz., Karan, 2013, s. 183.

şartları yasada gösterilen ve Anayasa’da bulunan bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilmekle birlikte Sözleşme’de düzenlenmeyen bir mahrumiyet Anayasa’ya uygun olsa da Sözleşme’ye aykırı olacaktır. Yine Anayasa’da sayılan sebeplerden biri kapsamında olan ancak herhangi bir yasal temeli olmaksızın kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması durumu da Anayasa’nın 19. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.³⁴⁵

Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesinde *kişi özgürlüğü ve güvenliği* kavramı;

*“... insanın kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olması, bunun güvence altına alınması demek, kişinin vücut ve hareket serbestisine sahip olması; kimsenin kanunda gösterilen hal, kusur ve şartlar dışında bu hareket serbestisinden mahrum edilmemesi; yani yakalanıp tutuklanamaması ...”*³⁴⁶

olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesine göre ise özgürlük ve güvenlik hakkı;

*“... [m]adde, sadece keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı bir güvenceden ibaret olmayıp, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan özgürlükler alanını kapsamakta ve bir kimsenin başkasına zarar vermeden, vücut ve hareket serbest[î]sine sahip olması, dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen ve sınırlanan durumlar dışında hareket ve gidip-gelme özgürlüğünden yoksun bırakılamamasını ...”*³⁴⁷

ifade etmektedir. Gerek madde gerekçesinde gerekse Anayasa Mahkemesince özgürlük hakkına verilen anlamda kişinin hareket serbestisine ve fiziki özgürlüğüne vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu bakımdan gerekçe ve Anayasa Mahkemesinin yorumu, AİHM içtihatlarıyla uyumludur.

Yukarıdaki açıklamaların yanı sıra Anayasa ve Sözleşme’de kullanılan terimler arasındaki farklılıklara da kısaca değinmek gerekir. Terminolojik olarak Sözleşme’nin 5. maddesinde “arrest” (*gözüaltına alma/ya da nadiren yakalama*) ve “detention”

³⁴⁵ Osman Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme Tüzüğü*, XII Levha Yay., İstanbul, 2010, s. 17.

³⁴⁶ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 31.

³⁴⁷ AYM, E.2000/82, K.2002/193, K.T. 26/11/2002.

(*tutma/tutuklama/gözüaltına alma*) kelimeleri kullanılmakta iken,³⁴⁸ Anayasa'nın 19. maddesinde “yakalama”, “tutuklama”, “tutulma” ibarelerine yer verilmiş fakat “gözüaltına alınma” ibaresine yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, “yakalama” kavramını “... kişi özgürlüğünün yargıç kararına dayalı olması zorunluluğu aranmaksızın geçici olarak ve genellikle tutuklama amacıyla polis tarafından kısıtlanması” olarak tanımlamıştır. AYM’ye göre yakalama “bir yaptırım değil, belli bir yaptırımın ya da sağlık veya güvenlik önleminin uygulanmasına olanak sağlayan bir kurum, kişinin el altında bulundurulması zorunlu durumlar için kaçınılmaz bir önlemdir”.³⁴⁹ Bu açıdan fikrimizce Anayasa’da yer alan *yakalama* ibaresinin, ceza muhakemesi hukukunda iki farklı koruma tedbiri olan yakalama ve gözüaltına alınma müesseselerinin her ikisini de kapsadığı biçiminde yorumlanması mümkündür.³⁵⁰ Bu bakımdan Anayasa ve Sözleşme’de özgürlük ve güvenlik hakkına getirilen kısıtlamalar için kullanılan terimlerin benzer olduğunu söylemek mümkündür.

Anayasa’nın 19. maddesi, devlete, maddede sayılan esaslara aykırı olarak bir kişinin özgürlüğüne müdahale etmeme sorumluluğu yüklemektedir. Düzenleniş şekli açısından maddede sadece *negatif* yükümlülüğünden bahsedilmiş olsa da devletin bireyleri *üçüncü kişilerin* kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlayan fiillerine karşı koruma şeklinde *pozitif* yükümlülüğü de bulunmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğü açısından genel nitelikli düzenleme Anayasa’nın 5. maddesinde yer almaktadır.³⁵¹

Anayasa Mahkemesi;

“... kişi hürriyeti, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel haklardandır. Bundan mahrumiyet, diğer bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan ve olumsuz etkiler. Hukuka aykırı olarak hürriyetinden

³⁴⁸ Karan, 2013, s. 180.

³⁴⁹ AYM, E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26/11/1986.

³⁵⁰ Aynı yönde görüş için bkz., Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Kitabevi, Ankara, 2010, s. 319 vd. ve 332 vd.; Karan, 2013, s. 185.

³⁵¹ Karan, 2013, s. 183.

yoksun bırakılan kişinin bu durumdan bir an önce kurtarılması için gerekli ve etkili tedbirlerle, bu ihlallerin tekrarını önlemek bakımından caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak devletin pozitif yükümlülüklerindendir.”³⁵²

demek suretiyle devletin 19. madde kapsamındaki devletin pozitif yükümlülüğüne işaret etmiştir. Bu çerçevede özgürlük ve güvenlik hakkının devlete yüklediği negatif ve pozitif yükümlülükler açısından Anayasa ve Sözleşme arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Bu noktada Anayasa’nın 19. maddesinde 2001 değişikliğiyle gerçekleştirilen bir kısım olumlu düzenlemelerden söz edilmesi uygun olabilir. 2001 yılında 4709 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle birlikte Anayasa’nın 19. maddesi ile Sözleşme’nin 5. maddesi arasındaki farklılıklar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Anayasa’nın 19(5) fıkrasının ilk halinde yer alan “[y]akalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok on beş gün içinde hâkim önüne çıkarılır” şeklindeki düzenlemeye göre gözaltı sürelerinin duruma göre kırk sekiz saate veya toplu işlenen suçlarda on beş güne kadar uzatılması olanaklı iken, 2001 yılında yapılan değişiklikle aynı hüküm “[y]akalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır” olarak değiştirilerek toplu suçlardaki tutma süresi dört güne kadar indirilmiştir.³⁵³

Maddede yapılan ikinci değişik ise 6. fıkranın “yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının

³⁵² AYM, E.2009/6, K.2010/19, K.T. 28/01/2010.

³⁵³ 3/10/2001 ve 4709 sayılı Kanun’un 4. maddesinin gerekçesi şu şekildedir:

“... yakalanan ya da tutuklanan kişilerin hâkim önüne çıkarılma süreleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 inci maddesindeki esaslar doğrultusunda düzenlenmekte[dir]”. Bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasa_si.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 35.

gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına derhal bildirilir” şeklinden “kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir” şekline dönüştürülmesi olmuştur. Buna göre Anayasa’nın 19(6) fıkrasında yer alan “soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk” koşulu madde metninden çıkarılarak *yakınlara bildirim hakkı* koşulsuz bir hale getirilmiştir.

Anayasa’nın 19. maddesinde yapılan son değişiklik “bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, yasaya göre, Devletçe ödenir” şeklindeki 9. fıkranın “bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir” olarak değiştirilmesi olmuştur.³⁵⁴

Anayasa’nın 19. maddesinde yer alan istisnalar, Sözleşme’nin 5. maddesi ile benzer biçimde sınırlı olarak sayılmış olup bu istisnai hallerin genişletilmesi olanaklı değildir. Anayasa’da “[ş]ekil ve şartları kanunda gösterilen: ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” ifadesine yer verilerek söz konusu istisnaların sınırlı ve genişletilemez olduğu, sınırlamanın madde metninde belirtilen sebeplerle ve ancak yasayla yapılabileceği açıkça kabul etmiştir. Özgürlük ve güvenlik hakkının sadece maddede belirtilen durumlarla sınırlı olarak kısıtlanabileceğine dair düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkelerin belirlendiği Anayasa’nın 13. maddesi ile de uyumluluk göstermektedir. Bu konu Anayasa Mahkemesince de;

“Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa’nın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda

³⁵⁴ 2001 Anayasa değişikliği teklifinde yer alan “Devlet, zarara sebebiyet verenlere rücu eder. Bu husus kanunla düzenlenir” şeklinde düzenleme Anayasa Komisyonu tarafından gerekçe gösterilmeksizin değişiklik teklifinden çıkarılmıştır. Bkz., TBMM Anayasa Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm> (erişim, 24/8/2013).

gösterilmesi ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğine dair kural ile uyumludur”³⁵⁵

şeklinde yorumlanmıştır.

V. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUNLUK KAVRAMI

A. Özgürlük Karinesi: Özgürlük ve Güvenlik Hakkından Mahrumiyetin İstisnai Nitelikte Olması

Özgürlük ve güvenlik hakkından yararlanmaya hakkı olan herkesin bu haktan yalnızca istisnai durumlarda mahrum edilebileceği karinesi gerek Anayasa'nın 19. gerekse Sözleşme'nin 5. maddelerinde açıkça ifade edilmiştir. Özgürlük karinesi, bireyin özgürlük halinin esas, özgürlük haline getirilecek sınırlamaların ise *istisnai* nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Anayasa'nın 19(1) ve Sözleşme'nin 5(1) fıkralarında *herkesin* özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu ifade edilmiş, hemen ardından gelen fıkralarda özgürlükten yoksun bırakma sebepleri sayma yöntemiyle (*numerus clausus*) sıralanmış ve sınırlandırılmıştır.³⁵⁶ Bu açıdan madde metinlerinde sayılan hallerin dışında bir özgürlükten mahrumiyetin haklı gösterilebilmesi mümkün olmayıp, sınırlama nedenlerinin genişletilmesi de mümkün değildir.³⁵⁷

Bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığının belirlenmesinde, tutmanın türü, süresi, etkileri ve şekli gibi somut durumun özelliklerinin tümünün göz önünde bulundurulması gerekir.³⁵⁸ Kişinin gözaltına alınması veya tutulması, süresi ne kadar kısa olursa olsun özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmektedir.³⁵⁹

³⁵⁵ Birçok karar yanında bkz., AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 43; AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 30.

³⁵⁶ *Khayredinov/Ukrayna*, no. 38717/04, 14/10/2010, § 26; Bu konuda ayrıca bkz., Gözübüyük ve Gölcüklü, 2009, s. 221.

³⁵⁷ Reid, 2012, s. 335.

³⁵⁸ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, § 92.

³⁵⁹ Örneğin başvurucunun polis merkezinde kırk beş dakika tutulması, gitmesine bu süre zarfında izin verilmediğinden, Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirilmiştir (*Shimovolos/Rusya*, no. 30194/09, 21/4/2011).

Anayasa'nın 19(2) ve Sözleşme'nin 5(1) fıkralarında herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma halinin öncelikle "hukuka uygunluk" (*genel şart*) şartını karşılaması gerekmektedir. Hukuka uygunluk koşulunu sağlayan bir özgürlükten bırakma halinin aynı zamanda "özgürlükten yoksun bırakma sebepleri"nden (*özel şart*) en az birinin kapsamına girmesi de gerekmektedir. Bu açıdan gerek Anayasa gerekse Sözleşme açısından bir özgürlükten mahrumiyet halinin hem hukuka uygun olması hem de özgürlükten yoksun bırakma sebeplerinden biri kapsamına girmesi gerekir. Özgürlükten yoksun bırakma sebeplerinden biri kapsamında yasaya uygun olarak tutulan bir bireyin hakları Anayasa'nın 19(4) – (9) ve Sözleşme'nin 5(2) – (5) fıkralarında düzenlenmiştir.³⁶⁰

Özgürlük halinin esas olmasına ilişkin karine, aynı zamanda özgürlükten mahrumiyet durumunun gerekenden fazla olmaması gerektiğini ifade eder. Anayasa'nın 19(3) fıkrasına ve Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre, suç işlediği hakkında kuvvetli/makul şüphe bulunan kişiler makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahiptirler. Yine Anayasa'nın 19(7) ve Sözleşme'nin 5(3) fıkralarında özgürlüğünden mahrum bırakılan herkesin, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, bir bireyi özgürlüğünden mahrum bırakan merci, özgürlükten mahrum bırakmaya dair kararını hem Anayasa'nın 19. maddesinin hükümleri çerçevesinde sağlanan yetkiye dayanarak verildiğini (*hukuka uygunluk şartı*) hem de mahrumiyet kararının uygulandığı durumun

³⁶⁰ Macovei, 2010, s. 8; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, [Council of Europe, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi], cilt I, Ankara, Şen Matbaa, 2012, s. 366.

yine bu maddede özgürlükten mahrum bırakmaya izin verilen hallerden birinin kapsamında olduğunu ispat etmekle yükümlüdür.³⁶¹

Özgürlükten yoksun bırakma kararı veren mercilere yüklenen bu ispat yükü, Anayasa'nın 19. maddesinde öngörülen sınırlara *her zaman* uyulmasını sağlama amacına yöneliktir. Ancak, kararını bu koşula uygun olarak veren yargıçların, Anayasa'nın 19(5) – (8) fıkralarında belirtilen önemli işlevleri yerine getirirken gerekli özeni göstermeleri gerekmektedir. Bir yargıcın özgürlükten mahrumiyet kararı verirken bu karardan etkilenen kişinin aslen özgür olması gereği karinesinden hareket etmesi esas olmalıdır. Böyle bir varsayımdan hareketle, hâkimin kişinin özgürlüğünden mahrum edilme gerekçelerini tespit etmesinin yanında bu gerekçelerin özgürlükten mahrumiyet tedbirini gerekli kılıp kılmadığını da özenle incelemesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve keyfiliğin önlenmesi açısından önem taşımaktadır.³⁶²

Özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması konusunda ilk akla gelen tedbir *tutukluluktur*. Ancak Anayasa'nın 19. maddesinde tutukluluğun yanı sıra “yakalama”, “tutma”, alınan bir “tedbirin yerine getirilmesi” şeklindeki bazı özgürlükten mahrumiyet sonucunu doğuran hallerden de bahsedilmektedir. Benzer bir durum Sözleşme için de geçerlidir. Sözleşme'nin 5. maddesinde özgürlükten yoksun bırakma halleri için İngilizce ve Fransızca orijinal metinlerde “arrest/arrêt”³⁶³ ve “detention/détention”³⁶⁴

³⁶¹ Macovei, 2010, s. 8-9.

³⁶² Macovei, 2010, s. 9.

³⁶³ Fransızca orijinal metinde yer alan “arrestation” ibaresi şüpheli veya suçlunun kanun adına kamu otoritesi tarafından fiziki olarak tutulmasını ifade eder. Ayrıca, fiziki olarak bir yerde tutulan kişinin durumu da aynı terimle ifade edilmektedir. Örneğin bu bir kişinin yetkili hâkim önüne çıkarılması için tutulması ya da bir yabancıнын sınırışı edilmek amacıyla tutulması “arrestation” ibaresi ile ifade edilmektedir. Bkz., Gerard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000.

³⁶⁴ Sözleşme'nin Fransızca orijinal metninin 5(1)(a) bendinde “détenu”, 5(1)(b) bendinde ise “détention” ibaresi kullanılmıştır. “Détenu”, özgürlüğünden yoksun bırakılan ve ceza infaz kurumuna konulmuş kişileri ifade etmektedir. Fransızca'da bu kavram kişinin bir kararla mahkûm edilmesi durumunda da kullanılmaktadır. Aynı zamanda kişinin tutukluluk hali için de geçerlidir (détention provisoire). Ancak bu kavramın gözaltı ve gözetim altında bulundurmaya içermediği ifade etmek gerekir. “Détention” ibaresi ise daha geniş kapsamlıdır. Bir kişinin kendi isteğine rağmen kamu otoritesi ya da bir

kavramları kullanılmaktadır. Orijinal metinde kullanılan “arrest/arrêt” sözcüğü genellikle “gözüaltına alma”, nadiren de “yakalama” anlamına gelmektedir. Sözleşme’de kullanılan “detention/détention” sözcüğünün Türk hukukunda *tek bir sözcük* olarak karşılığı bulunmamaktadır. Sözleşme’deki anlamıyla “detention/détention” kelimesi *belirli bir süre devam eden bütün özgürlükten yoksun bırakma hallerinin* tümünü kapsar niteliktedir. Bu bakımdan “detention/détention” sözcüğü Sözleşme’de genellikle “tutma” sözcüğüne denk düşmekte ve bağlamına göre “gözüaltında tutma”, “tutuklama” veya “hapsetme” anlamlarında kullanılmaktadır. Kişinin hâkim kararıyla tutulması anlamına “tutuklama” için Sözleşme’de “detention/détention” dışında bir sözcük kullanılmamakla beraber AİHM kararlarında genellikle “detention on remand” ve “pre-trial detention” terimleri kullanılmıştır.³⁶⁵ Bu terimler ulusal hukukta kendilerine atfedilen anlam ne olursa olsun, Sözleşme bakımından, kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesi sonucunu doğuran tedbirler olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda esas mesele, çeşitli süreçlerin hangi şekilde adlandırıldığı değil, bu süreçlerle elde edilen sonuç ve bu süreçlerin sonucundaki *de facto* durumdur. Bu bakımdan fikrimizce kullanılan terimleri arasındaki farktan bir hukuki sonuç doğmamaktadır.³⁶⁶

Bireylerin özgürlüğü birçok durumda müdahaleye maruz kalabilmektedir. Ancak Anayasa’nın 19 ve Sözleşme’nin 5. maddelerinde düzenlenen özgürlük hakkı, bireyin sadece *fiziksel* özgürlüğünü güvence altına almaktadır.³⁶⁷ AİHM içtihatları da bu

kişi tarafından bir yerde alıkonulmasıdır. Örneğin bu seyahat özgürlüğüne müdahale şeklinde olabilir. Aynı zamanda kişinin hangi sebeple olursa olsun ceza infaz kurumuna konulmasını da ifade eder. Bkz., Cornu, 2000 [Fransızca terimlerin çevirileri konusunda yardımını esirgemeyen Anayasa Mahkemesi Raportörü Yrd.Doç.Dr. Musa Sağlam beye teşekkür ederim].

³⁶⁵ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 366, *dipnot* 1.

³⁶⁶ Aynı yönde görüş için bkz., David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, [Council of Europe, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi], 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 125.

³⁶⁷ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 84; *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 58; İbrahim Şahbaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *TBB Dergisi*, 58, 2005, s. 163-88.

yaklaşımı desteklemektedir. AİHM, örneğin bireyin kötü muameleye uğramasını ve kötü koşullarda tutulmasını Sözleşme'nin 3. maddesi, tutulan kişinin haberleşmesine müdahale edilmemesini Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.³⁶⁸

Ayrıca özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla birlikte 8.,³⁶⁹ 13, 14.³⁷⁰ maddelerinin de ihlal iddiaları gündeme gelebilmektedir.

Bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması bazı durumlarda seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğurabilmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesi sadece maddede belirlenen koşullarla sınırlı olarak kişinin tutuklanmasına izin vermektedir. Bu nedenle tamamen gelecekte suç işleme olasılığının önlenmesi Sözleşme'nin özgürlükten mahrum bırakmaya izin verdiği durumlar arasında sayılmamaktadır. Ancak seyahat özgürlüğüne getirilecek bazı sınırlamaların bu nedenle haklı kılınabilmesi olanaklıdır.³⁷¹ Örneğin mafya üyesi olduğundan şüphelenilen bir kişiye, bu konuda herhangi bir mahkûmiyeti bulunmasa dahi suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla belirli bir yerde bir gözetim tedbirinin uygulanması, 5. maddenin kapsamına girmemekle beraber bu tür bir uygulama Sözleşme'ye ek 4. Protokol'ün 2. maddesi kapsamında mümkün olabilir. Hatta bu konuda yapılan yargılama sonunda beraat kararı verilmiş olmasına rağmen söz konusu kişinin gelecekte suç işleyebileceğine dair makul şüphenin varlığı halinde uygulanacak bu tür bir tedbir, kişi özgürlüğü ve güvenliği

³⁶⁸ Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 Right to Liberty and Security Article 5 of the Convention*, June 2012, § 1 [bundan sonra, *Guide on Article 5*] http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf (erişim 11/5/2013); Doğru ve Nalbant, 2012, s. 366; *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 92; *Engel ve Diğerleri*, no. 5100/71 vd., § 58.

³⁶⁹ AİHM'nin bu bağlamdaki içtihadını için bkz., *Iordanovi/Bulgaristan*, no. 10907/04, 27/1/2011, §§ 87-89; *Mitev/Bulgaristan* (kk), no. 42758/07, 29/6/2010; *Thévenon/Fransa* (kk), no. 2476/02, 28/02/2006; *Stankevich/Ukrayna* (kk), no. 48814/07, 26/4/2009. Bu içtihatlarla göre Sözleşme'nin 5. ve 8. Maddelerinde tanımlanan haklar son derece kişiseldir ve devredilemez.

³⁷⁰ Bkz., *Yiğitdoğan/Türkiye*, no. 20827/08, 16/03/2010.

³⁷¹ Sözleşme'nin 5. maddesinin, 4 no.lu Ek Protokol'ün 2. maddesinde yer alan serbest dolaşım özgürlüğüyle ilgili temel kısıtlamaları kapsamadığına ilişkin olarak bkz., *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 84.

hakkına bir anlamda müdahale oluştursa da 4 no.lu ek Protokol'ün 2. maddesine uygun bulunabilir.³⁷² Bu kapsamda bir kişinin belirli alanda zorunlu ikamete tabi tutulması³⁷³ veya sokağa çıkma yasağı kapsamında evinden dışarı çıkamaması³⁷⁴ kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması olarak kabul edilebilecekken, AİHM tarafından 5. madde kapsamında görülmeyip 4 no.lu ek Protokol'ün 2. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.³⁷⁵ Bu noktada AİHM, somut olayda söz konusu iddiaların hangi hak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda özgürlük ve güvenlik hakkı ile seyahat özgürlüğü arasında bir tartıma gitmektedir.

Sözleşme'ye ek 4 no.lu Protokol'ün 2(3) fıkrası, serbest dolaşım hakkının özellikle kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak sınırlamalara tabi tutulmasına imkân vermektedir. Adı geçen Protokol'ün 2. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğü ile güvenlik güçlerinin hareket serbestisini kısıtlayan uygulamaları arasındaki dengenin ne olması gerektiği konusu AİHM tarafından *Austin/Birleşik Krallık* davasında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Kararda AİHM, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında toplanma özgürlüğüne yönelik yapılan müdahalelerin, göstericilerin şiddet eylemlerine karışmaları durumunda kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla haklı görülebileceğini beyan etmiştir.³⁷⁶ AİHM ayrıca, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde belirlenen durumlarda, bir bireyin suç oluşturan eyleminden dolayı yaşamı tehlikeye giren bir başkasını korumak için, yetkililerin operasyonel tedbirleri

³⁷² *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 195.

³⁷³ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, § 94.

³⁷⁴ *Raimondo/İtalya*, no. 12954/87, 22/02/1994, § 39.

³⁷⁵ Karan, 2013, s. 181.

³⁷⁶ *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 39692/09 vd., 15/3/2012, § 54. Ayrıca bkz., *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], no 23458/02, 24/3/2011, § 251.

alma şeklinde pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu sonucuna varmıştır.³⁷⁷ AİHM, yetkili makamların pozitif yükümlülüklerinin yerine getirip getirmediğini incelerken, modern toplumlarda polisin karşı karşıya kaldığı güçlüklerin, insan davranışının önceden kestirilemezliğinin, öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken operasyonel tercihlerin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.³⁷⁸ AİHM ayrıca, “hürriyetten mahrumiyet” ile “hürriyetin sınırlandırılması” arasında sadece derece farkı olduğunu, anlam ve nitelik farkı olmadığını belirtmiştir.³⁷⁹

İster özgür olsun isterse tutulu bulunsun, *herkesin* özgürlük ve güvenlik hakkından yararlanacağı Anayasa’nın 19. ve Sözleşme’nin 5. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu bakımdan hiçbir birey Anayasa’nın 19(2) fıkrasında belirtilen şartlar dışında, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz, gözaltına alındığı veya tutulduğu zaman, Anayasa’nın 19(4) – (9) fıkralarında öngörülen hakların kendisine uygulanabilir olanlarından yararlanır.³⁸⁰

Özgürlük karinesi bakımından bireyin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı durumda üç konunun incelenmesi gerekir. İlk olarak bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığının tespit edilmesi gerekir; zira Anayasa’nın 19. maddesindeki hükümler, ancak özgürlükten yoksun bırakma hallerinde uygulanabilir niteliktedir. Ardından bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılmasının Anayasa’nın aradığı şartlara uygun olup olmadığı araştırılmalıdır. Bunun nedeni özgürlük ve güvenlik hakkının mutlak nitelikte bir hak olmamasıdır; zira özgürlük ve güvenlik hakkı sınırlı bazı durumlarda

³⁷⁷ *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], no 23458/02, 24/3/2011, § 244; *P.F. ve E.F./Birleşik Krallık* (kk), no 28326/09, 23/11/2010, § 36.

³⁷⁸ *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], no 23458/02, 24/3/2011, § 245; *P.F. ve E.F./Birleşik Krallık* (kk), no 28326/09, 23/11/2010, § 40.

³⁷⁹ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no 3394/03, 29/3/2010, § 73. Ayrıca bkz., Reid, 2000, s. 18.

³⁸⁰ *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 40.

kısıtlanabilmektedir. Son olarak, Anayasa'ya uygun şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmış olsa da bireye tanınan hakların ihlal edilip edilmediği tespit edilmelidir.

Sözleşmeyi kaleme alanlar, 5. maddede, özgürlükten mahrumiyet kararının bağımsız yargı denetimine tâbi tutulmasının, bu kararı veren mercilerin sorumlu kılınmasının, özgürlükten mahrumiyet kararlarının keyfi bir nitelik taşıması riskinin asgari seviyeye indirebilmeye yönelik bazı temel hakların teminat altına alınmasının ve kişinin keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmeye karşı korunmasının gerektiğini vurgulamışlardır. Sözleşmeyi kaleme alanlara göre gerekli olan, yalnızca kişilerin fiziksel özgürlüklerinin korunması değildir. Aynı zamanda kişileri keyfi müdahalelere karşı koruyan teminatların bulunmadığı, hukukun üstünlüğü ilkesinin tahrip edilebileceği ve alıkonulan kişilerin en temel hukuki koruma yöntemlerine erişemeyeceği hallerde de kişinin güvenliğinin korunması gerekir.³⁸¹

Bu noktada özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili hükümlerde öngörülen şartların hayata geçirilmesi açısından AİHM'nin yorum şeklinin hayati önem taşıdığını belirtmek gerekir. AİHM, Sözleşme'nin tüm maddelerinde olduğu gibi 5. maddeyi de belli bir niyetle ve dinamik bir şekilde yorumlamış ve hangi hususların dikkate alınması gerektiğini belirlerken kaçınılmaz olarak madde hükümlerini Sözleşme metninin lâfzî anlamının ötesine taşıyarak değerlendirmiştir. Bu yaklaşımla pek çok Sözleşme hükmüne AİHM tarafından özerk bir anlam (*autonomous concept*) kazandırılmıştır.³⁸² Bu yaklaşım, antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallara uygun olmanın yanında Sözleşme'nin esası ve amacına da uygun düşmektedir.

³⁸¹ Janis, Kay ve Bradley, 2008, s. 603; *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/5/1998, § 123.

³⁸² Bu konuda bkz., Reid, 2012, s. 61-62.

B. Klasik Yakalama ve Tutma Dışındaki Özgürlükten Mahrumiyet Durumları

Özgürlükten mahrumiyet sadece yakalama, gözaltına alma ve tutuklama durumlarında değil; ev hapsi,³⁸³ asayiş amacıyla polisin kalabalığı kontrol altında tutması (*kettling*),³⁸⁴ polis istasyonunda sorgula(n)ma,³⁸⁵ polis tarafından durdurularak aranma,³⁸⁶ havaalanının transit bölgesinde tutu(l)ma,³⁸⁷ kişinin psikiyatri ya da sosyal koruma kurumlarında tutulması,³⁸⁸ karakola sorgulanmak için götürü(l)me³⁸⁹ gibi bir takım özel durumlarda da söz konusu olabilmektedir.³⁹⁰ Bu gibi nedenlerle tutulan bireyler de Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan haklardan yararlanma hakkına sahiptirler.

³⁸³ *Mancini/İtalya*, no. 44955/98, 2/8/2001.

³⁸⁴ *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 39692/09 vd., 15/3/2012 (Polis tarafından yedi saatten fazla güvenlik şeridinde tutulan barışçıl göstericilere Sözleşme'nin 5. maddesi uygulanmamıştır. Ancak AIHM, tüm demokratik toplumlarda ifade özgürlüğü ile toplanma özgürlüğünün temel önemi dikkate alındığında, ulusal makamların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak protesto hareketlerini boğmak veya cesaretlerini kırmak amacıyla kalabalıkları kontrol tedbirlerine başvurmamaları gerektiğini belirterek, eğer polis tarafından şerit (*kettling*) yapılması ve yapılan şeridin korunması, şahıslara ve mallara ağır zararlar vermeyi engellemek için gerekli olmasaydı, tedbirin türü farklı olacağından ve zorlama ve sınırlama niteliğinden dolayı bu tedbirin 5. madde kapsamına girmesi için yeterli olabileceğini belirtmiştir).

³⁸⁵ Bkz., *Osypenko/Ukrayna*, no. 4634/04, 9/11/2010; *Salayev/Azerbaycan*, no. 40900/05, 9/11/2010; *Farhad Aliyev/Azerbaycan*, no. 37138/06, 9/11/2010; *I.I./Bulgaristan*, no. 44082/98, 9/6/2005.

³⁸⁶ *Shimovolos/Rusya*, no. 30194/09, 21/4/2011; *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, no. 4158/05, 12/1/2010; *Foka/Türkiye*, no. 28940/95, 24/6/2008.

³⁸⁷ *Riad ve Idiab/Belçika*, no. 29787/03 ve 29810/03, 24/1/2008; *Mahdid ve Haddar/Avusturya* (kk), no. 74762/01, 8/12/2005.

³⁸⁸ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012; *A. ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 51776/08, 29/11/2011; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005.

³⁸⁹ Komisyonca kişilerin polis merkezinde bulunmasının amacının veya ilgililerin merkezden ayrılmayı talep etmemiş olmasının belirleyici olduğu yargısına varılmış ve bu sonuç AIHM tarafından da dikkate alınmıştır. Dolayısıyla ne hapse atılmadan karakolda sorgulanmak için iki saat geçirmiş olan çocukların ne de insancıl görüşlere dayanarak karakola götürülen başvurusunun özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları düşünülmemiştir (*X./Almanya* (kk), no. 8819/79, 19/03/1981). Başvurucunun karakolda dolaşma konusunda serbest olması ve oradan ayrılmayı talep etmemesi (*Guenat/İsviçre* (kk), no. 24722/94, 10/04/1995), başvurusunun duruşmaya katıldığı adalet sarayından ayrılma yönünde herhangi bir isteğinin olmaması (*E.G./Avusturya*, no. 22715/93, 15/05/1996), Komisyon tarafından özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmemiştir.

³⁹⁰ Bkz., Guide on Article 5, 2012, § 14.

C. Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Anayasa'nın 19. ve Sözleşme'nin 5. maddelerinin ilk cümleleri herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu ifade ederek bireylerin özgürlüğünün korunması açısından devletin pozitif yükümlülüğüne işaret etmektedir.³⁹¹ Bu nedenle devlet, bildiği ya da bilmesi gereken bir özgürlükten yoksun bırakma durumuna engel olmak amacıyla makul tedbirler de dâhil olmak üzere savunmasız kişilerin etkili olarak korunması amacıyla önlemler almakla yükümlüdür.³⁹²

Ancak özgürlük ve güvenlik hakkını ilgilendiren her durumda devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Devletin pozitif yükümlülükleri gözaltına alınmış veya tutuklanmış kişilerin yararlanabilmesi için gereken güvencelerin öngörüldüğü Anayasa'nın 19(4) – (9) ve Sözleşme'nin 5(2) – (5) fıkralarında düzenlenmiştir.

1. Usulüne Uygun Gözaltı ve Tutuklama İle İlgili Yükümlülükler

Özgürlüklerinden mahrum kalan kişilerin ileri sürebileceği güvenceler Anayasa'nın 19(4) – (9) ve Sözleşme'nin 5(2) – (5) fıkralarında düzenlenmiştir. Bu güvencelerin çoğu devletin, nitelikleri bir paragraftan diğerine değişiklik gösteren pozitif müdahalesini gerektirir. Ancak burada sadece bu yükümlülüklerin özlerinin belirtilmesiyle yetinilecektir.

Devletin, özgürlükten mahrum kalan kişiye bilgi verme yükümlülüğü Anayasa'nın 19(6) ve Sözleşme'nin 5(2) fıkralarında belirtilmektedir. AİHM içtihatları açısından her iki maddede geçen “yakalama” kavramı anlam olarak özerktir. Bu

³⁹¹ Guide on Article 5, 2012, § 15; Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler* [Concil of Europe, İnsan Hakları El Kitapları, No:7], 2008, s. 65. http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_Kapsaminda_Positif_Yukumlulukle_r.pdf (erişim, 26/8/2013).

³⁹² *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 102.

kavram, katı anlamda cezai tedbirlerin sınırlarını aşmaktadır ve örneğin akıl hastalığından dolayı verilen kapatılma emirleri için de geçerlidir.³⁹³

AİHM, bilgi verme hükmü ile ilgili olarak şu ana kadar belirli bir zaman sınırı koymaktan kaçınmış ve somut dava temelinde kararlar vermeyi tercih etmiştir. AİHM, örneğin, akıl hastalığından dolayı verilen kapatma kararı ve ilgili kişiye bilgi verilmesi arasında geçen on günlük sürenin Sözleşme'nin 5(2) fıkrasına aykırı olduğuna fakat terörist eylemlerden dolayı gözaltına alınan kişilerin durumunda dört saat kırk beş dakikalık sürenin aynı fıkra aykırı olmadığına hükmetmiştir.³⁹⁴

Kişiye verilmesi gereken bilginin “yakalama için gerekli yasal ve olgusal temelleri” içermesi gerekir. Ayrıca tutma nedenleri kişiye sadece anladığı dilde değil “basit, teknik olmayan bir dille” anlatılmalıdır. İdeal olarak, bu bilgilendirme doğrudan yapılmalıdır, ancak sorgulama sırasında dolaylı bilgilendirme de AİHM içtihatlarında kabul görmektedir.³⁹⁵

Mahkeme önüne çıkarma yükümlülüğü sadece Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde belirtilen şartlarda yakalan kişiler ile ilgilidir. AİHM, “derhal” terimini, terör suçları ile ilgili durumlar dâhil olmak üzere,³⁹⁶ kısa bir süre olarak yorumlamaktadır. Ayrıca “yargıç” ibaresi, AİHM tarafından tarafsız olamayacağı gerekçesiyle başsavcılık makamı veya adli kovuşturma hizmetlerini dışta bırakacak şekilde yorumlanmaktadır. Ayrıca, yakalamayı haklı gösterecek gerekçelerin olmaması durumu elbette kişinin serbest bırakılması ile sonuçlanmalıdır.

Devlet aynı zamanda adaletin hızlı bir şekilde uygulanması ile yükümlüdür. Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının amacı esasen tutulu bulunan kişinin yakalama emrine karşı bir “mahkemeye” itirazda bulunabilme hakkını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda

³⁹³ Bkz., *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 25/10/1990.

³⁹⁴ Bkz., *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991.

³⁹⁵ *Fox, Campbell ve Hartley*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 40.

³⁹⁶ Örneğin bkz., *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988.

bu fıkra, devlet açısından böyle bir itiraz için yasal düzenleme yapmak ve söz konusu mahkemeyi kurmak dışında pozitif bir yükümlülük öngörmemektedir. Öte yandan, dördüncü fıkra da yetkili mahkemenin sahip olması gereken özellik açısından pozitif bir yükümlülük getirerek, mahkemenin “hızlı bir şekilde” karar vermesi hükmüne bağlanmıştır. Yine Sözleşme’nin 5(5) fıkrasına göre devletin keyfî tutuklama veya gözaltı mağduruna tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır.

2. Usulüne Uygun Olarak Yapılmayan Gözaltı ve Tutuklama İle İlgili Yükümlülükler

Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kimseleri devletin keyfî uygulamalarına karşı korumak için esas olarak Sözleşme’nin 5(2) – (5) fıkraları ile Anayasa’nın 19(4) – (9) fıkraları yeterlidir. Ancak bu koruma her şeyin üstünde yetkili makamların yapması gereken inceleme ile ilgilidir. Bu tür incelemenin mümkün olabilmesi için gözaltı ve tutuklamanın devlet tarafından yapılmış ve kabul edilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde Sözleşme’nin 5. ve Anayasa’nın 19. maddesinde öngörülen güvenceler oldukça anlamsız bir hal alacaktır. AİHM, Sözleşme’de kişiye sağlanan bu güvencelelerin hayata geçmesi ve “kabul edilmemiş gözaltı” durumlarının engellenmesi için “resmileştirme” de dâhil olmak üzere ilave yükümlülükler getirmiştir. *Kurt/Türkiye* kararında AİHM, 5. maddenin, resmi makamların kişinin kaybedilme riskine karşı güvence sağlamak için etkili tedbirler almasının ve kişinin gözaltına alındıktan sonra bir daha görülmediği yönündeki tartışılabilir iddialar ile ilgili olarak ivedi ve etkili bir soruşturma yürütmesinin gerektirdiğini ifade etmiştir.³⁹⁷ Bu bakımdan, bir kişinin resmi makamlar tarafından gözaltına alındığı durumda bu makamların yakalamanın tarih ve

³⁹⁷ *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/5/1998.

saatini, gözaltı yerini, gözaltı nedenlerini ve gözaltına alınan kişinin ismini kaydetmeleri gerekir.³⁹⁸

D. Özgürlükten Mahrumiyet Kavramı

Özgürlükten yoksun bırakma konusunda ilk akla gelen yöntem bireyin kilit altında tutulmasıdır. Bununla birlikte özgürlükten mahrumiyet sadece kilit altında tutma durumuna özgü olmayıp özgürlükten yoksunluk hali çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.³⁹⁹ Örneğin gözaltında tutulan, tutuklanıp veya hapis cezasına mahkûm edilip cezaevinde tutulan kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları açıktır.⁴⁰⁰ Bu çeşitliliğin artmasında yasal koşul ve anlayışlardaki değişikliklerin önemi büyüktür. Bu bakımdan özgürlük ve güvenlik hakkından mahrumiyet durumları demokratik devletlerde baskın olan kavramlar kullanılarak yorumlanmalıdır.

Bir kişinin, özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığının tespiti için, somut duruma bakılması ve öngörülen tedbirin, türü, süresi, etkileri ve icra edilme şekilleri başta olmak üzere, tutma durumuna özgü kriterlerin dikkate alınması gerekir.⁴⁰¹ Örneğin akıl sağlığı nedeniyle bir kişinin, hürriyetten yoksun bırakılması çerçevesinde, hastanenin güvenlik bulunmayan kısımlarına korumasız olarak gidebildiği ve korumasız olarak hastaneden çıkabilme imkânı olan açık bir hastanede kaldığı süreçte bile, “tutuklu” olarak görülmesi mümkündür.⁴⁰²

Tüm özgürlükten yoksun bırakma hallerini kapsayan hukuki bir kavram bulunmamaktadır. Gözaltı, tutuklama, hapis cezasının infazı nedeniyle tutma, gözlem altında tutma gibi uygulamaların yanı sıra bir kimsenin herhangi bir tutma kararı olmaksızın ve hatta her hangi bir tutma kararı alınmaksızın da (*de facto*) özgürlüğü

³⁹⁸ Akandji-Kombe, 2008, s. 66.

³⁹⁹ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 6/11/1980, § 95.

⁴⁰⁰ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 367.

⁴⁰¹ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 71; *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 6/11/1980, §

⁴⁰² *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, § 42.

kısıtlanmış olabilir. *Yakalama* ve *alıkoyma* terimleri, Sözleşme'nin 5. maddesinin tüm hükümlerinde sıklıkla kullanılmaktadır. Bu terimler, ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun, Sözleşme açısından kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan yargı gözetimi teminatını, kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşme'nin ihlâli anlamına gelir. Bu açıdan, çeşitli süreçlerin ulusal hukukta nasıl adlandırıldığı değil, bu süreçlerde neyin elde edildiği önem taşımaktadır.

Kişisel özgürlükten mahrumiyet hali; aile hayatı ve özel hayat hakkı, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilmektedir. Ayrıca, özgürlükten mahrumiyet durumu, söz konusu kişinin işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma riskini de içerebilmektedir. Bu nedenle yargıçların, *özgürlük karinesinin* anlamlı olabilmesi için, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin istisnai, objektif gerekçesi olan ve mutlak surette gerekenden daha uzun süreli olmaması gerektiğini her zaman göz önünde bulundurmaları gerekir.⁴⁰³

Özgürlükten yoksun bırakılıp bırakılmadığı belirlenirken esas hareket noktası bireyin içinde bulunduğu somut durum olup, tartışmaya konu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bütün faktörler birlikte dikkate alınmalıdır.⁴⁰⁴ Anayasa'nın 19. ve Sözleşme'nin 5. maddeleri kapsamında bir özgürlükten yoksun bırakma temel olarak, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre boyunca tutulması (*objektif unsur*) ve tutulan kişinin söz konusu tutmaya rıza

⁴⁰³ Macovei, 2010, s. 6.

⁴⁰⁴ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., §§ 58-59; *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, § 92; *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, § 314.

göstermemiş olması (*subjektif unsur*) şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermelidir.⁴⁰⁵

Sözleşme'nin 5. maddesinin hükümleri, özgürlükten mahrumiyet uygulamasının başladığı andan itibaren geçerli olacağından, özgürlükten mahrumiyete neyin yol açtığı ve bu uygulamanın ne zaman başladığının net olarak bilinmesi gereklidir. Ancak kişiye hiçbir fiziksel kısıtlama getirilmediği durumlarda, kişiyi özgürlüğünden mahrum eden yetkili mercilerin, bu durumun özgürlükten mahrumiyet anlamına geldiğini takdir edemedikleri durumların söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır. Ceza yargılamalarında hem kişinin hâkim önüne çıkarılana dek ne kadar bir süre alıkoyulduğunun hem de dava herhangi bir mahkemede görüşülmeye başlanmadan önce toplam alıkoyma süresinin ne olduğunun tespit edilmesi açısından, kişinin ne zaman özgürlüğünden mahrum edildiğinin tespiti özellikle önem taşımaktadır.⁴⁰⁶

Ulusal mahkemelerin, özgürlükten mahrumiyetin söz konusu olup olmadığı konusunda vardıkları hukuki sonuçlar AİHM açısından bağlayıcı değildir ve AİHM söz konusu durumla ilgili bağımsız bir değerlendirmede bulunmaktadır.⁴⁰⁷ Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında bir kimsenin “özgürlüğünden yoksun bırakılmış” olup olmadığı belirlenirken, öncelikle söz konusu kişinin somut durumundan hareketle, öngörülen tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli⁴⁰⁸ ve tedbirin hangi bağlamda uygulandığı⁴⁰⁹ gibi kriterlerin tamamı göz önünde bulundurulur.

⁴⁰⁵ Harris, O'Boyle ve Warbrick, 2009, s. 123 vd.; *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 117; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 74.

⁴⁰⁶ Macovei, 2010, s. 19-20.

⁴⁰⁷ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 92; *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, § 90.

⁴⁰⁸ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 73.

⁴⁰⁹ *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 39692/09 vd., 15/3/2012, § 59.

Kişinin psikiyatri veya sosyal bakım merkezlerine yerleştirilmesi,⁴¹⁰ havaalanlarındaki transit bölgelerde tutulması,⁴¹¹ polis merkezinde sorgulanması,⁴¹² polis tarafından durdurularak üstünün aranması,⁴¹³ polis tarafından kamu düzenini koruma gerekçesiyle uygulanan kalabalık kontrol tedbirleri⁴¹⁴ ve ev hapsi⁴¹⁵ gibi uygulamalar özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değerlendirilir.

1. Objektif Unsur: Bireyin Kısıtlı Bir Alanda İhmal Edilemeyecek Bir Süre Boyunca Tutulması

Bir kişinin özgürlük ve güvenlik hakkından mahrumiyet durumunu öncelikle tutmanın *objektif unsurları* da diyebileceğimiz; tutma halinin derecesi, yoğunluğu, esası, niteliği, süresi ve etkileri yönünden değerlendirmek gerekmektedir. Bununla beraber bir bireyin özgürlükten yoksun bırakılıp bırakılmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken *objektif* unsurların, AİHM tarafından nasıl yorumlandığının incelenmesi de ayrıca önem taşır.

Dikkate alınacak ilgili objektif unsurlar arasında, kısıtlı alanı terk etme ihtimali, kişinin hareketlerinin gözetim ve denetim derecesi, tecridin boyutu ve sosyal temasların mevcudiyeti yer almaktadır.⁴¹⁶ Somut olayda Sözleşme'nin 5(1) fıkrası bağlamında özgürlükten mahrumiyet hali söz konusu olduğunda nispeten kısa olan tutulma süresinin sonuca etkisi bulunmamaktadır.⁴¹⁷ Yine üst arama ve durdurma yetkisini kullanırken

⁴¹⁰ *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005; *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012.

⁴¹¹ *Riad ve Idiab/Belçika*, no. 29787/03 ve 29810/03, 24/1/2008; *Mahdid ve Haddar/Avusturya* (kk), no. 74762/01, 8/12/2005.

⁴¹² *I.I./Bulgaristan*, no. 44082/98, 9/6/2005; *Farhad Aliyev/Azerbaycan*, no. 37138/06, 9/11/2010; *Salayev/Azerbaycan*, no. 40900/05, 9/11/2010.

⁴¹³ *Foka/Türkiye*, no. 28940/95, 24/6/2008; *Shimovolos/Rusya*, no. 30194/09, 21/4/2011.

⁴¹⁴ *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 39692/09 vd., 15/3/2012.

⁴¹⁵ *Dacosta Silva/İspanya*, no. 69966/01, 02/11/2006.

⁴¹⁶ *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, § 91; *H.M./İsviçre*, no. 39187/98, 26/2/2002, § 45; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 73.

⁴¹⁷ *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7/1/2010, § 317; *Iskandarov/Rusya*, no. 17185/05, 23/09/2010, § 140.

polis tarafından uygulanan cebir, söz konusu tedbirin uygulandığı süre kısa dahi olsa, özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilir.⁴¹⁸

Örneğin AİHM, aldıkları “göz hapsi” cezaları nedeniyle kışla dışına çıkamayan veya kışla içindeki kantine, sinemaya ve gezinti yerlerine gidemeyen ancak kışla içinde günlük işlerini ve görevlerini yapmaya devam edebilen asker kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmış olmadıkları sonucuna varmıştır.⁴¹⁹

Özgürlükten mahrumiyet halinin *objektif unsuru* olan bireyin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması durumunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu konu AİHM tarafından ilk defa *Guzzardi/İtalya* davasında incelenmiştir.⁴²⁰ Söz konusu davada başvuru, ulusal mahkeme kararı gereğince, mafya türü faaliyetleri nedeniyle, bir adada yer alan iki buçuk kilometrekarelik küçük bir köyde on altı ay boyunca yaşamaya mahkûm edilmiştir. Başvurucunun yaşamaya mahkûm edildiği bu bölge özel nitelikte bir yer olup burada sadece benzer bir kararla bu bölgeye gönderilenler yaşamaktadır. Başvurucu yaşadığı bölgede karısı ve çocuklarıyla birlikte ve istediği gibi hareket etmesine izin verilmektedir. Ayrıca günde iki kez polise görünmesi gerekmekte olup gece evden çıkması yasaktır. Gündüz evden çıkınca da ancak bir kaç sokak dolaşabilmesine izin verilmektedir.⁴²¹

AİHM kararında, seyahat özgürlüğünün sınırlanması ile kişi özgürlüğünün kısıtlanması arasında bir derece ve yoğunluk farkı olduğunu ifade etmekle beraber, başvurucuya uygulanan tedbirin seyahat özgürlüğünü kısıtlama boyutlarını aştığını, başvurucuya uygulanan yaptırımın bazı yönleriyle “açık cezaevi”ne veya bir disiplin

⁴¹⁸ *Foka/Türkiye*, no. 28940/95, 24/6/2008, § 78; *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, no. 4158/05, 12/1/2010, § 57; *Shimovolos/Rusya*, no. 30194/09, 21/4/2011, § 50; *Brega ve Diğerleri/Moldova*, no. 61485/08, 24/1/2012, § 43.

⁴¹⁹ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, §§ 60-66.

⁴²⁰ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980.

⁴²¹ *Guzzardi/İtalya* davasıyla ilgili olarak bkz., Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler [*Extraits clés de jurisprudence*], Avrupa Konseyi Yay., 2003, s. 74-75.

birimine kapatılmaya benzediğini ve bu nedenlerle başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakıldığını tespit etmiştir.⁴²²

Bireyin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması halinin incelendiği bu karar kritik öneme sahiptir zira Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının hiçbir bendinde *Guzzardi/İtalya* davasındaki başvurucunun tutulması haline gerekçe olabilecek herhangi bir dayanak bulunmamaktadır. AİHM, kararda, fiziki özgürlüğe yönelik olan 5. madde kapsamında değerlendirilebilecek sınırlamalar ile seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması arasındaki farkın sadece bir “derece veya yoğunluk” farkı olduğunu, sınırlamanın “niteliği ya da esası” ile ilgili olmadığını ortaya koymuştur.⁴²³ Sınırlamanın derece ya da yoğunluğunu belirlerken de uygulanan tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi bazı etmenlerin dikkate alınması gerektiği ifade etmiştir.⁴²⁴

Bu bakımdan cezaevindeki kısıtlama ile küçük bir köyde kısıtlama arasındaki farkta olduğu gibi, fiziki kısıtlama durumu azaldıkça özgürlükten mahrumiyetin derecesi de azalmaktadır. Bu açıdan bireyin tutulduğu yer kadar tutulma koşulları da önem taşır. Örneğin *Guzzardi/İtalya* davasında başvuru ana karaya nakledilip diğer insanlarla aynı yaşam koşulları içinde yaşamaya başlayınca 5. maddenin uygulanabilirliği ortadan kalkmıştır. Hareket özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın derecesini ve bireyin gündelik hayatının devlet tarafından ne ölçüde denetim altına alındığını değerlendirebilmek için mevcut davanın koşullarına bakılması gerekir.

Tutmanın süresi, önemli bir etmen olmakla birlikte kısıtlamanın tutma süresince ve *tutma tedbiri sonlandıktan sonraki etkileri* de önem taşımaktadır. Nitekim AİHM,

⁴²² *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, §§ 89-95 [Yazarın notu: Bu karar 11'e karşı 7 oy çokluğu ile verilmiştir].

⁴²³ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, § 93.

⁴²⁴ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, § 92; *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 59; Karşıt yaklaşım için bkz., *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985.

başvurucunun gündüz saatlerinde de evden her çıkışta polise haber vermesini gerektiren, 21:00 ilâ 07:00 saatleri arasında da haklı bir mazereti olmadıkça ve polise bildirmediğçe evden çıkmasına izin vermeyen özel gözetim tedbirini, sadece hafta sonları bir özgürlükten yoksun bırakma olarak değil, seyahat özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama olarak değerlendirmiştir.⁴²⁵

AIHM, başka bir davada, dört ay boyunca hafta sonları tamamen, hafta içi ise çalışmasına imkân tanımak için 19:00 ilâ 07:00 saatleri dışında evden çıkmayı yasaklayan tedbiri de kişi özgürlüğüne müdahale saymamıştır.⁴²⁶ Bunun nedeni başvurucunun bu süre boyunca evinde olduğu kadar iş yerinde de zaman geçirmesine ulusal makamlarca müsaade edilmiş olmasıdır. Bireyin günlük olağan işlerini yapmasını engellemeyen, ev ile iş arasında görece bir denge sağlayan tedbirler AIHM içtihatları açısından özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilmemektedir.

Fikrimizce, kısıtlı bir alanda bireyin rızası olmaksızın ihmal edilemeyecek bir süre tutulması özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendiriliyorsa yukarıdaki örnekte olduğu gibi belli bir süre evde tutmanın hangi nedenle özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilmediği konusu üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Örneğin bir yabancının sınır dışı etmek amacıyla yirmi gün boyunca havaalanının transit bölgesinde tutulması kişi özgürlüğünden yoksun bırakma olduğu gibi,⁴²⁷ yabancının makul ve kabul edilebilir olandan daha uzun bir süreyle “kabul ve barınma merkezi”nde tutulması⁴²⁸ da özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilmelidir.

Özgürlükten mahrumiyetle ilgili yukarıda verilen örnekler, bireyin *kapalı bir alanda* özgürlüğünden mahrum bırakıldığı durumlara dair değerlendirmeleri içermektedir. Ancak bireylerin kapalı olmayan yani *açık alanda* da özgürlüğünden

⁴²⁵ *Raimondo/İtalya*, no. 12954/87, 22/2/1994, § 39.

⁴²⁶ *Trijonis/Litvanya* (kk), no. 2333/02, 17/3/2005.

⁴²⁷ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, §§ 42-49.

⁴²⁸ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, §§ 125-27.

mahrum kalması söz konusu olabilmektedir. AİHM'ye göre koşullu salıverilmiş, denetimli serbestlikle veya izinli olarak cezaevinden çıkmış bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlüğünü yeniden kazanıp kazanmadığı, kendisinin dışarıda tabi tutulduğu rejimin fiili şartlarına göre değişen maddi bir meseledir.⁴²⁹

Weeks/Birleşik Krallık davasında AİHM, İngiltere'de ömür boyu hapis cezasına çarptırılan başvurucunun, denetimli serbestlik görevlisinin gözetiminden ayrılmama, görevlinin talimatlarına göre onunla temas halinde olma, görevlinin uygun bulduğu yerde oturma ve görevliden önceden izni almadan ülke dışına çıkmama şartlarına bağlı olarak serbest bırakılmasına dair şikâyetlerini incelemiştir. AİHM, hakkında ömür boyu hapis cezası verilen başvurucunun koşullu salıverilme şartlarına bağlı olarak salıverilmesi durumunda yararlanabildiği kişi özgürlüğü hakkının kendisiyle aynı durumda olan olağan durumdaki bir kişinin yararlandığı kişi özgürlüğüne göre hukuken daha sınırlı olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, AİHM'ye göre başvurucunun cezaevi dışındaki özgürlüğünün şartlı salıverme nedeniyle tabi olduğu kısıtlamalar, başvurucunun cezaevi dışındaki durumunun Sözleşme'nin 5. maddesindeki anlamıyla özgürlük hali olarak nitelendirilmesini engellememektedir. Bu açıdan başvurucunun cezaevine geri döndürülmesi, başvurucuyu fiilen özgürlük durumundan çıkartıp hapislik statüsüne geçirmiştir.⁴³⁰

Özgürlükten mahrumiyet durumunun fiziki koşullar itibariyle kapalı veya açık ortamda olmasının yanında bireyin ne kadar bir süre tutulduğu da özgürlük ve güvenlik hakkı açısından tespit edilmesi gerekli hususlardan biridir. Bireyin tutulu bulunduğu sürenin alt ve üst sınırlarının olup olmadığı, her olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir konudur. Tutmanın süresi ile ilgili olarak AİHM; bir tam

⁴²⁹ Bu konuda bkz., *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, §§ 41-42.

⁴³⁰ *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, §§ 20, 40.

gün boyunca devam eden ev hapsini,⁴³¹ tutuklama tedbiri yerine on iki gün süreyle dışarıyla iletişimsiz olarak evde tutma tedbirini,⁴³² yetkililerin izni olmaksızın dışarıya çıkmayı yasaklayan evde tutma tedbirini⁴³³ özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilmiştir. AİHM'ye Sözleşme'nin 5(1) fıkrası çerçevesinde özgürlükten yoksun bırakma durumlarında, tutma süresinin *görece olarak kısıllığı*nın bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin polis merkezine kadar götürülme, arama ve geçici olarak tutmanın toplamda yaklaşık bir saat sürdüğü olaylarda AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından özgürlükten yoksun bırakma halinin var olduğuna karar vermiştir.⁴³⁴ Bu açıdan, sürenin görece olarak kısa olması, iradesi dışında yakalanarak hücreye konan kişinin özgürlük hakkının ihlal edildiği gerçeğini değiştirmemektedir.⁴³⁵

Nitekim *Novotka/Slovenya* davasında AİHM bu yönde bir karar vermiştir. Somut olayda evinin önünde misafir beklemekte olan başvurucunun hareketlerinden şüphelenen iki polis tarafından başvurucunun nüfus cüzdanını göstermesi istenmiştir. Ancak bir kimlik belgesi gösterememesi üzerine başvurucu karakola götürülmüş ve burada üstü aranarak kısa bir süre nezarete tutulmuştur. Başvurucu, kimlik tespitinin ardından salıverilmiştir. Olay toplam elli beş dakika sürmesine rağmen AİHM, başvurucunun iradesi dışında karakola götürülmesi ve burada nezarete tutulması nedeniyle kişiyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbirin var olduğuna hükmetmekle beraber, tutma işleminin Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun olduğu kanaatine varmıştır.⁴³⁶

⁴³¹ *N.C./İtalya* [BD], no. 24952/94, 18/12/2002, § 33.

⁴³² *Mitreski/Makedonya*, no. 11621/09, 25/3/2010, §§ 20-25.

⁴³³ *Vachev/Bulgaristan*, no. 42987/98, 8/7/2004, §§ 52, 64.

⁴³⁴ *Jarvinen/Finlandiya* (kk), no. 30408/96, 15/01/1998. Bu konuda ayrıca bkz., *Shimovolos/Rusya*, no. 30194/09, 21/4/2011, § 49 (Bir saatlik tutmanın ihlal olduğuna dair); *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, no. 4158/05, 12/1/2010, § 57 (Otuz dakikalık tutmanın ihlal olduğuna dair).

⁴³⁵ Harris et al., 2013, s. 127, *dipnot* 27.

⁴³⁶ *Novotka/Slovakya* (kk), no. 47244/99, 04/11/2003.

Fatma Akaltun Fırat/Türkiye davasında da AİHM, bildiri dağıttığı gerekçesiyle “zor kullanılarak” polis merkezine götürülen başvurucunun, bir saat boyunca burada tutulmasının Sözleşme’nin 5. maddesinin kapsamında girdiğini belirtmiştir. AİHM kararında, hem yerel makamların ve ardından davalı devletin başvurucunun yakalanmadığını ve tutulmadığını ileri sürmüş olmasının, başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılmadığı anlamına gelmediğini,⁴³⁷ polis odasında yaklaşık bir saat boyunca kaldığı iddiasına hükümetin itiraz etmediğini, olayın nasıl meydana geldiğinin detaylı olarak anlatımının ve olay zamanını ortaya koyan herhangi bir resmi belgenin de bulunmadığını, dolayısıyla başvurucunun yaklaşık bir saat boyunca polis odasında tutulduğunun kabulünün gerektiğini, somut davada başvurucunun bir suç işlediğine ilişkin herhangi bir iddia ileri sürülmediğini belirterek Sözleşme’nin 5(1) fıkrası uyarınca tutmanın keyfi olduğuna ve herhangi bir meşru hedef izlemediğine karar vermiştir.⁴³⁸

Benzer şekilde *X. ve Y./İsveç* davasında beş yıldır İsveç’te yaşayan bir Japonya vatandaşının terör faaliyetlerinden şüphelenen İsveç Hükümeti kendisini geri göndermeye karar vermiştir. Bu karar üzerine başvuru sabah 10:30’da yakalanmış, müdafisinin huzurunda kendisine sınır dışı edileceği söylenmiş ve 11:45’te havaalanına götürülüp 12:15’te Kopenhag’a kalkan uçağa ve buradan da hemen Japonya’ya kalkan bir uçağa bindirilmiştir. Komisyon, 1 saat 45 dakika tutulan başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmış olduğuna karar vermiştir.⁴³⁹

Fiziksel güç kullanılarak, sözle ya da davranışla, bir kişinin belirli bir yerden ayrılamayacağını polis memuru tarafından bildirildiği durumlarda da Sözleşme’nin 5. maddesi anlamında bir gözaltı durumunun söz konusu olduğu söylenebilir. Bu açıdan

⁴³⁷ *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, no. 34010/06, 10/09/2013, § 32.

⁴³⁸ *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, no. 34010/06, 10/09/2013, §§ 34-45 *in fine*.

⁴³⁹ *X. ve Y./İsveç* (kk), no. 7376/76, 7/10/1976.

sokakta ya da başka bir yerde polis tarafından sorgulanmak veya bir teste tabi tutulmak (alkol, madde, kan vb.) amacıyla durdurulan bir kişi eğer orada kalmak zorunda olduğuna ikna edilmişse Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan güvencelerden yararlandırılmalıdır.⁴⁴⁰

AIHM suç şüphesiyle yakalanıp karakola götürülen bir kişinin gözaltında tutulduğunun iddia edilemeyeceğini de vurgulamaktadır. AIHM, hırsızlık şüphesiyle yakalanıp karakola götürülen ve sarhoş olduğu düşünülen başvurucunun kimliğinin tespit edilememesi üzerine, ayılıncaya kadar karakolda tutulmasının özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki savunmayı kabul etmemiştir. Mahkeme, başvuru hakkında henüz bir gözaltında tutma kararı verilmemiş olması nedeniyle karakolda tutma işleminin özgürlükten yoksun bırakma olduğu kanaatine varmıştır.⁴⁴¹

Özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından önemli olan bireyin sadece *kilitli* tutulması değil, devam etmekte olan bir gözetim ve denetim rejimine ne ölçüde tabi olduğu ve pratikte bulunduğu yeri terk etme konusunda serbestîye sahip olup olmadığıdır.⁴⁴² Başvurucunun akıl hastası olduğu birçok dava bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Örneğin *Ashingdane/Birleşik Krallık* davasında akıl hastanesinde zorla tutulan başvurucunun açık yani kilitli olmayan bir koğuştaki tutulmasına, gün içinde ve hafta sonları hastaneyi refakatsiz terk etmesine izin verilmesine rağmen Sözleşme'nin 5. maddesinin koruması altında olduğuna karar verilmiştir.⁴⁴³

Akıl hastası olan başvuru açısından özgürlük ve güvenlik hakkının incelendiği bir başka dava da *H.L./Birleşik Krallık* davasıdır. Davanın koşullarını şu şekilde

⁴⁴⁰ Harris et al., 2013, s. 127.

⁴⁴¹ *Angelova/Bulgaristan*, no. 38361/97, 13/06/2002, §§ 154-57.

⁴⁴² Karş., *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, §§ 91-92.

⁴⁴³ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, § 42; karş., *Nielsen/Danimarka*, no. 10929/84, 28/11/1988.

özetlemek mümkündür: Korumasız ve mümeyyiz olmayan başvuru akıllı hastanesinde zorla değil kendi rızası ile bulundurulmuş bir hasta durumundadır. Akıllı sağlığı itibarıyla hastaneye yatırılışında ve psikiyatri kliniğinde bulunmasına itiraz edecek durumda bulunmayan başvuru hiçbir zaman hastaneyi terk etmeye çalışmamıştır. Mevcut davada başvurunun kilit altında bulundurulup bulundurulmadığı açık olarak anlaşılamamakla beraber hastane personelinin başvurunun bakımı ve hareketleri üzerinde “tam ve etkili denetim” uygulamakta olduğu gerekçesiyle AİHM, Sözleşme’nin 5. maddesinin söz konusu başvuruda uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir.⁴⁴⁴

AİHM, silahlı kuvvetler mensuplarının hareket özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamında özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini de incelemiştir. *Engel/Hollanda* kararında Sözleşme’ye taraf devletlerin silahlı kuvvetler personeli üzerindeki normal hayat koşullarından kaynaklanan sınırlamaların özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte AİHM, askeri disiplin cezaları da dâhil olmak üzere, ileri düzeyde kısıtlama durumlarının özgürlük ve güvenlik hakkının kapsamına girdiğini de belirtmiştir. Kararda AİHM, askerlerin kışla içerisindeki bir hücreye kapatılması ve olağan görevlerini yerine getirmelerini engelleyen “oda hapsi” cezasının uygulanması durumunda Sözleşme’nin 5. maddesinin uygulanabilir olduğu belirtmiştir. Ancak askerlerin olağan görevlerini yerine getirebildikleri, görev dışındaki zamanlarını kışlada özel bir binada ve kilit altında olmadan geçirebildikleri durumlar özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmemiştir.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, § 91.

⁴⁴⁵ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 59.

Kişinin resmi olarak tutulmamasına ve tutulduğu yerden ayrılma özgürlüğü bulunmasına rağmen bazı istisnai durumların da özgürlük ve güvenlik hakkının kapsamına girdiğini söylemek mümkündür. AİHM, Fransa'ya girmesine izin verilmeyen ve Paris Havaalanı'nın transit bölgesinde iltica başvuruları reddedilene değin toplam yirmi gün bekletilen başvuruçuların durumunu bu kapsamda değerlendirmiştir.⁴⁴⁶ Söz konusu davanın somut koşullarını şöyle özetlemek mümkündür: Başvuruçular yirmi gün boyunca polis tarafından sıkı gözetim altında tutulmuşlardır. Fransa'yı terk etme konusunda özgür olan başvuruçular aslında hukuki ve sosyal destekten yoksundurlar ve gidebilecekleri herhangi bir yer bulunmamaktadır. Başvuruçular bu sürenin ardından Suriye'ye gönderilmişlerdir. Başvuruçuların Suriye'ye dönüşleri Fransa ile Suriye arasında yapılan ve başvuruçuların Somali'ye gönderilmeyeceklerine dair verilen güvenceden sonra mümkün olmuştur.

AİHM, havaalanının transit bölgesinde “maruz kalınan kısıtlamanın pratikte özgürlükten mahrumiyete denk nitelikte” olduğuna karar vermiştir.⁴⁴⁷ Kararda başvuruçuların mülteci statüsünde olduklarına ve korumasız durumda bulunduklarına vurgu yapılmıştır. Başvuruçuların özgürlükten mahrum kaldıkları süresinin kısa olmaması başka bir ifade ile bu sürenin devletin yasadışı göçü önleme konusundaki uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesine yetecek dereceden daha fazla olması, başvuruçuların şikâyetinin özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değerlendirilmesini gerektirmiştir.⁴⁴⁸

Sığınmacıların bir ay süre ile transit bölgede tutulduğu başka bir davada ise AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulanamayacağına karar vermiştir. Avusturya Hükümeti, sığınmacıların taleplerini üç gün içinde incelemiş ve karara bağlamıştır. Bu

⁴⁴⁶ *Shamsa/Polonya*, no. 45355/99 ve 45357/99, 27/11/2003; *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996.

⁴⁴⁷ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, § 49.

⁴⁴⁸ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, § 43.

süre sonunda havaalanında kalmak başvuruçuların tercihidir. Başvuruçular ayrıca özel bir alanda kalma teklifini de reddetmişler ve polis gözetimi altında değillerdir. Gündelik hayatlarına devam edebilmekte ve üçüncü kişilerle herhangi bir müdahale olmaksızın iletişim kurabilmektedirler. Buna ek olarak insani yardım örgütleri tarafından kendilerine hukuki ve sosyal destek sağlanmıştır. Bu gerekçelerle AİHM, başvuruçuların taleplerini ve özgürlükten mahrumiyet durumlarını “pratikte tutulan kişilerin durumlarına denk” kabul etmemiştir.⁴⁴⁹

2. Subjektif Unsur: Bireyin Tutmaya Rızasının Olmaması

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan ikinci koşul bireyin tutma tedbirine *geçerli bir rıza göstermemiş* olmasıdır.⁴⁵⁰ Ancak tutmanın *subjektif unsuru* olan bireyin tutmaya rıza göstermemiş olması koşulunun her durumda aranması olanaklı değildir.⁴⁵¹ Örneğin bir suç nedeniyle veya bir yükümlülüğünü yerine getirmesini veya sınır dışı edilmesini veya geri verilmesini sağlamak amacıyla tutulan bir kimsenin, tutmaya rıza göstermemesi koşulunun özgürlükten mahrumiyetin tespitinde aranması söz konusu değildir. Bu nedenlerden herhangi birine dayanılarak tutulan bir kişinin özgürlükten yoksun bırakıldığı kabul edilmelidir.

Bununla birlikte kişinin beden ve ruh sağlığının korunması amacıyla hastane veya bakımevi gibi bir yere yatırılması durumu tutma niteliğinde olduğundan ilgili kişinin tutmaya rızasının aranması gerekir. Ancak bu durumda bulunan kişinin öncelikle geçerli bir rıza gösterebilecek durumda olması zorunludur. Bu nedenle kişi geçerli bir rıza

⁴⁴⁹ *Mahdid ve Haddar/Avusturya*, 74762/01, 8/12/2005.

⁴⁵⁰ Bu konu AİHM kararlarında “ilave özel unsur” olarak ifade edilmiştir. Bu konuda bkz., *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 74.

⁴⁵¹ Örneğin *De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika* davasında AİHM, polis merkezine kendi rızasıyla giden başvuruçunun durumunun Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamına girdiğine hükmetmiştir (*De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika*, no. 2832/66, 18/6/1971). Ayrıca bkz., Karen Reid, *Kişinin Özgürlüğü ve Güvenlik Hakları* (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, İkinci Kitap), İstanbul, Avesta Yay., 2000, s. 15.

gösterebilecek durumdayken kendisine yapılan muameleye itiraz etmemiş ise, tutmaya rıza gösterdiği varsayılmaktadır.⁴⁵² Örneğin *Storck/Almanya* davasında başvurusunun psikiyatri kliniğine yatırılıp yatırılmadığı net olmamakla beraber AİHM, kişinin birçok kez kaçma teşebbüsünde bulunmasından yola çıkarak tutulmanın rızaya dayanmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁵³ Bununla beraber kişi tutulmaya rıza göstermiş olsa da her zaman bundan vazgeçebilir. Zira demokratik bir toplumda özgürlük hakkı, kişi sadece tutmaya rıza gösterdiği için Sözleşme'nin korumasından mahrum bırakılamayacak kadar önemlidir.⁴⁵⁴

AİHM, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığını değerlendirirken o kişinin fiilen içinde bulunduğu durumundan hareket etmekte ve yoksun bırakılmanın türü, süresi, etkileri ve söz konusu tedbirin uygulanma şeklini göz önünde bulundurmanın yanı sıra kamu otoritelerince bireye uygulanan tedbirlerle ilgili taraf devlet tarafından sağlanan denetimin düzeyini ve kişinin sosyal çevresi ile ilişkisini sürdürme olasılığını da incelemektedir.⁴⁵⁵

Özgürlük hakkı, demokratik bir toplumda son derece büyük bir öneme sahiptir. Bir kişi sırf kendi isteği ile özgürlüğünün elinden alınmasına razı olduğu gerekçesiyle, özellikle de söz konusu kişi öngörülen tedbire rıza göstermek veya karşı gelmek için gerekli hukuki ehliyeti haiz değilse, Sözleşme'nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez.⁴⁵⁶ Hukuki ehliyetinin bulunmaması, kişinin kendi durumunu hiçbir şekilde anlayamadığı ve durumuna rıza gösteremediği anlamına gelmemektedir.⁴⁵⁷

⁴⁵² Bu konuda bkz., *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, § 93; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 76.

⁴⁵³ *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, §§ 77-78.

⁴⁵⁴ *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, § 91; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 75.

⁴⁵⁵ Bleichrodt, 2006, s. 459.

⁴⁵⁶ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 119.

⁴⁵⁷ *D.D./Litvanya*, no. 13469/06, 14/2/2012, § 150; *Shtukaturon/Rusya*, no. 44009/05, 27/03/2008, §§ 107-9.

Özgürlük ve güvenlik hakkı belli yaş gruplarına özgü bir hak değildir. Yetişkinlerin yanı sıra çocukların da özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Yetişkinler açısından gerekli olan tutmaya rıza gösterilmemiş olması koşulu, çocuklar bakımından da velisi aracılığıyla ortaya konabilir.

Nielsen/Danimarka davasında, ruhsal ve sosyal gelişimi bozuk durumda olan ve velayeti annesinde bulunan on iki yaşındaki çocuğun, annesinin isteği üzerine nevrotik rahatsızlığının tedavisi amacıyla hastanenin çocuk psikiyatri servisine yatırılması ve altı ay boyunca burada kalması üzerine babası bu tutmanın özgürlükten yoksun bırakma oluşturduğunu iddia etmiştir. Ancak AİHM, somut olayda konuyu velayet hakkı çerçevesinde incelemiş, bu muameleyi çocuğu babadan koparan bir muamele olarak değil, çocuğun yararına bir muamele olarak görmüş ve olayda bir özgürlükten yoksun bırakma halinin bulunmadığı, dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁵⁸

AİHM ayrıca, Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal hukukunda düzenlenen velayet hakkının, çocuğun nerede yaşayacağına karar vermeyi, çocuğun özgürlüğünü kısıtlama ya da başkalarına kısıtlama yetkisi vermeyi de içerdiğini belirtmiştir.⁴⁵⁹ Kısıtlamalar çocuğun eğitim ya da diğer dinlence kurumlarında uyması gereken kuralları ve tıbbi tedavi için gereken hastaneye yatırılma durumunu da kapsamaktadır.⁴⁶⁰ Böyle bir durumun Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına girebileceği düşünülebilir ancak, söz konusu kısıtlama *doğru amaca* hizmet eder nitelikte olduğundan 5. maddenin amacıyla bağdaşmamaktadır. *Nielsen/Danimarka* davasında anne, iddia edildiği gibi çocuğu babasından uzak tutma amacıyla değil, çocuğunun sağlığını düşünerek kliniğe

⁴⁵⁸ *Nielsen/Danimarka*, no. 10929/84, 28/11/1988, §§ 61-73; Reid, 2012, s. 337-38.

⁴⁵⁹ Harris et al., 2013, 129; *Nielsen/Danimarka*, no. 10929/84, § 61.

⁴⁶⁰ Okula gitme ya da disiplin cezaları devletin koyduğu yasal yükümlülükler çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bunlar ebeveynlerin rızasına bağlı olarak gerçekleşmediğinden çocuğun devlet himayesine alınması ve bir çocuk yuvasına konulması otomatik olarak Sözleşme'nin 5. maddesine aykırılık oluşturmaz. Bkz., Harris et al., 2013, 129, *dipnot* 50.

yatırılmasına rıza gösterdiğinden başvuru konusu olay 5. maddenin kapsamına girmemektedir. Bununla birlikte kural olarak velayeti elinde bulunduran ebeveynin hakları sınırsız olmayıp devletin suiistimallere karşı gerekli tedbirleri alması gerekir.⁴⁶¹

Yaşlıların özgürlük ve güvenlik hakkının incelendiği *H.M./İsviçre* davasında da AİHM, *Nielsen/Danimarka* davasına benzer bir yol izlemiştir. Davada, 85 yaşındaki yaşlı kadın, kendine bakabilecek durumda olmadığı gerekçesiyle başlangıçta karşı çıkmasına rağmen kamu makamları tarafından bakımevine yatırılmıştır. AİHM, olayı bir bütün olarak değerlendirdikten sonra yerel makamların tutma eyleminin başvurunun çıkarına olduğunu ve başvurucu için gerekli tıbbi yardımın tatmin edici yaşam koşulları ve hijyen standartlarını sağlama amacını güttüğünü ifade ederek, olayda bir özgürlükten yoksun bırakma bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁶² Ancak bu sonuca varırken AİHM, 5. maddenin neden uygulanamayacağına ilişkin gerekçeleri net bir şekilde ortaya koymamıştır. AİHM, örneğin başvurunun gerçek bir itirazda bulunmadığını, güvenli bir koğuşa konulmadığını, hareket özgürlüğü bulunduğunu ve dış dünya ile iletişim kurabildiğini belirtmiştir. AİHM ayrıca, şaşırtıcı bir şekilde, başvurunun psikiyatri koğuşunda tutulmasının kural olarak çocukların fiziksel problemlerinin tedavi edildiği koğuşlarda tutulmasından farklı olduğunu ifade ederek bu tutulma halinin 5. madde anlamında özgürlükten yoksun bırakma olmadığını belirtmiştir.⁴⁶³

Bu kararda, Sözleşme'nin 5. maddesinin hangi sebeplerle uygulanmadığı konusunda öne sürülen gerekçeler oldukça belirsizdir. Kararda takip edilen yaklaşım

⁴⁶¹ *Nielsen/Danimarka*, no. 10929/84, 28/11/1988, § 72; Bu karar 7'ye karşı 12 oy çokluğuyla verilmiştir. Karşı oy kullanan hâkimler başvurunun Sözleşme'nin 5. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve velinin rızası olsa bile devletin organ ve memurlarının eylemleriyle olaya dahil olmaları nedeniyle bu tutmadan sorumlu olduğu kanaatindedirler. Eleştiriler için bkz., Jim Murdoch, "Safeguarding the Liberty of the Person: Recent Strasbourg Jurisprudence", *International and Comparative Law Quarterly*, 42, 1993, s. 498.

⁴⁶² *H.M./İsviçre*, no. 39187/98, 26/2/2002, §§ 40-49.

⁴⁶³ *Nielsen/Danimarka*, no. 10929/84, § 72.

şekli daha sonraki benzer konularda verilen kararlarda benimsenmemiştir.⁴⁶⁴ Fikrimizce bu tür bir yaklaşım Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamını daraltmaya yöneliktir.⁴⁶⁵ Kararın, Mahkeme'nin değerlendirmesi başlıklı bölümünde gerekçe ortaya konulurken; başvurucunun gerçek bir itirazda bulunmadığı, güvelikli bir koğuşa konulmadığı, hareket özgürlüğünün kısıtlanmadığı ve dış dünya ile iletişim kurabildiği ifade edilmiştir. Bu açıdan hem *Nielsen/Danimarka* hem de *H.M./İsviçre* davalarındaki gerekçeler, akıl hastanesinde tutmaya dair *Ashingdane/Birleşik Krallık* davasındaki⁴⁶⁶ gerekçeler ile çelişmektedir.

Sadece zihinsel becerilerini kullanabilenler değil, akıl sağlığı yerinde olmayanlar da özgürlük hakkından yararlanma hakkına sahiptirler. Bu nedenle geçerli bir rıza gösterme konusunda ehliyeti olmayan kişilerin hastaneye yatırılmaları halinde özgürlükten yoksun bırakıldıkları açıktır.⁴⁶⁷ Öte yandan akıl sağlığı yerinde olmayan bir kimsenin geçerli bir rıza gösterip göstermediğinin veya göstermeye ehil olup olmadığının belirlenemediği haller de söz konusu olabilir.

Storck/Almanya davasında kısıtlı olmayan yetişkin başvuru, babasıyla birlikte geldiği kliniğe kabul belgeleri kendisine imzalatılmadan yatırılmış ve kapalı bir odada yaklaşık yirmi ay tutulmuştur. Başvuru, bu süre boyunca sürekli olarak klinik personelinin denetimi altında bulunmuş, klinikten çıkmasına izin verilmemiş, kaçmaya çalıştığında kelepçelenmiş, kaçmayı başardığı bir sefer ise polis tarafından yakalanıp geri getirilmiş ve bu dönem boyunca dış dünya ile sosyal olarak irtibat kuramamıştır.⁴⁶⁸

AİHM, somut olayda başvuru başından geçen tüm bu olayları değerlendirerek tutmanın *objektif unsuru* bakımından özgürlükten yoksun bırakılmanın

⁴⁶⁴ Harris et al., 2013, s. 130.

⁴⁶⁵ Aynı durum hukuka uygun tutma nedenlerinin geniş yorumlanması bakımından da söylenebilir.

⁴⁶⁶ Bkz., *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985.

⁴⁶⁷ *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, §§ 91-94.

⁴⁶⁸ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005.

var olduğunu tespit ettikten sonra olayı tutmanın *subjektif unsuru* yönünden de incelemiştir. AİHM, başvurunun rıza göstermeye ehil olduğu, başka bir anlatımla kısıtlı olmadığı varsayıldığında; birkaç defa kaçmaya çalışan, kaçmasını önlemek için yatağa bağlanan ve polis tarafından kliniğe geri getirilen başvurunun tutmaya *rıza gösterdiği* sonucuna varılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca başvurunun ağır ilaç tedavisinin ardından rıza gösterebilecek durumda olmadığı varsayılacak olsa dahi başvurunun tutmaya *geçerli bir rıza* gösterdiğinin söylenemeyeceğini ve somut olayda başvurunun özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunu tespit etmiştir.⁴⁶⁹

E. Üçüncü Kişilerce Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Bireylere Karşı Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale, sadece kamu makamları tarafından değil, aynı zamanda üçüncü kişilerce bireyin tutulduğu durumlar açısından da gündeme gelebilmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesi açısından devletin yükümlülüğü, bireylerin bu maddedeki koşullara aykırı bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmaması ve özgürlüğünden yoksun bırakılan bireylere tanınan hakları ihlal etmemek şeklindeki negatif yükümlülüklerle sınırlı değildir. Her ne kadar bireysel başvuru bireyin ileri sürülebilir haklarından herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi halinde söz konusu olmakta ise de özel kişilerin neden olduğu ihlal iddialarının da bireysel başvuru kapsamında incelenmesi gerekir. Bu bakımdan devletin, negatif yükümlülüklerinin yanı sıra bireyleri üçüncü kişilerin keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma eylemlerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁴⁷⁰

Başvurunun özel bir klinikte tutulması nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmasını konu alan *Storck/Almanya* davasında AİHM, devletin pozitif

⁴⁶⁹ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, §§ 73-78.

⁴⁷⁰ Bleichrodt, 2006, s. 461. Ayrıca bkz., *Riera Blume ve Diğerleri/İspanya*, no. 37680/97, 9/3/1999, §§ 32-35; *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7/1/2010, §§ 319-21.

yükümlülükleri ile ilgili olarak davalı devletin üç yönden sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir: (i) Başvurucunun özel kişiler tarafından tutulmasına kamu makamlarının doğrudan katılmış olmaları halindeki sorumluluk, (ii) başvuru tarafından açılan tazminat davasında devletin mahkemelerinin medeni hukuk hükümlerini 5. maddenin ruhuna uygun yorumlamamış olmaları halindeki sorumluluk ve (iii) devletin başvurucunun özgürlüğünü üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumamış olması halindeki sorumluluk.⁴⁷¹

AIHM'nin dile getirdiği ilk durum, yukarıda da belirtildiği gibi üçüncü kişilerin bir kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakması halidir. Bir kişinin kamu kurumu niteliğinde olmayan bir kurumda tutulması durumunda devletin sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür. İkinci durum, kamu makamlarının kişi özgürlüğüne müdahalenin doğrudan bir parçası haline geldiği durumlardır. Örneğin bir kişinin tutulduğu özel kişilerce işletilen bir kurumdan kaçması sonucunda kamu görevlilerinin bu kişiyi yakalayarak ve zor kullanarak, kişinin rızası hilafına kuruma geri getirmesi halinde bu durum ortaya çıkmaktadır. Üçüncü durum ise kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan özel hukuk kişilerine karşı açılacak bir tazminat davasında ulusal yargı organlarının iç hukuku Sözleşme'nin 5. maddenin ruhuna uygun yorumlamaması halidir.⁴⁷²

Yukarıda değinilen *Storck/Almanya* davası bu konudaki ilkelerin belirlenmesi bakımından büyük önem taşır. Davada, on sekiz yaşındaki bayan başvuru aile içi çatışmanın yaşandığı bir ortamda babasının talimat vermesi üzerine özel bir psikiyatri kliniğine yatırılmıştır. Başvuru, kliniğe yatırılmasının ardından geçen iki yıl boyunca çeşitli defalar kaçma girişiminde bulunmuş ve en az bir kez polis tarafından yakalanıp zor kullanılarak geri götürülmüştür. AIHM, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası devlete vatandaşlarının özgürlüklerini koruma anlamında pozitif bir yükümlülük yüklediğini

⁴⁷¹ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 89.

⁴⁷² Doğru ve Nalbant, 2012, s. 367; *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, §§ 319-21.

vurguladıktan sonra bu yöndeki bir değerlendirmenin Sözleşme'nin 2., 3. ve 8. maddeleri ile ilgili içtihatlarında yer alan “demokratik toplumda kişi özgürlüğünün önemi” ve “bireylerin keyfi olarak tutulmalarına karşı koruma” sağladığını belirtmiştir.⁴⁷³ Bu açıdan devlet, “korumasız durumda olan bireylerin korunmasını sağlamak ve ulusal makamlarca bilinen ya da bilinmesi gereken özgürlükten yoksun bırakma hallerinde gereken tedbirleri almak zorunda”dır. Devletin özel psikiyatri kurumlarına ruhsat verme işlevinin yanında “gerekli denetimleri yapma” ve “bireyin tutulmasının ve tıbbi tedavinin gerekli olup olmadığı”nı kontrol etme sorumluluğu da bulunmaktadır.⁴⁷⁴ Fikrimizce, davanın koşulları incelendiğinde, özel kişilerce özgürlükten mahrum bırakma söz konusu olamayacağından, devlet gerekli denetim görevini yerine getirmiş olsaydı ihlal durumu ortaya çıkmayacaktı.⁴⁷⁵

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere özel kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkını doğrudan ihlal etmeleri mümkün olmamakla beraber devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde ihlal iddialarının *devlete isnat edilebilir* olduğu görülmektedir. Bireylerin bireysel başvuruya konu haklarının özel kişilerce ihlal edildiği iddiasının var olduğu hallerde “devletin üstü örtülü onayı ya da göz yumması” mevcutsa devlet yine sorumlu olmaktadır.⁴⁷⁶

Devletin pozitif yükümlülükleri bağlamındaki yükümlülüğünün dışında, özel kişiler tarafından gerçekleştirilen tutma eylemine iştiraki de söz konusu olabilmektedir. Yukarıda bahsedilen *Storck/Almanya* davasında başvuru, klinikten kaçmasının ardından polislerce yakalandığında itiraz etmesine rağmen zorla geri getirilmesi bu

⁴⁷³ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, § 102.

⁴⁷⁴ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, §§ 103, 108.

⁴⁷⁵ Aynı yönde görüş için bkz., Harris et al., 2013, s. 131, *dipnot* 65.

⁴⁷⁶ Karş., *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99, 8/7/2004, § 318.

duruma örnek olarak gösterilebilir.⁴⁷⁷ Fikrimizce bu tür durumlarda polis, tutmanın hukukiliğini gözden geçirmelidir.

Nitekim *Riera Blume/İspanya* davasında AİHM bu yaklaşımı teyit eder bir tutum sergilemiştir. Davada, yetişkin bireylerden oluşan başvuruçuların beyinleri dini bir tarikat tarafından yıkanmış, önce tutulmaları emri verilmiş ancak ardından serbest bırakılmışlardır. Başvuruçuların yakınları başvuruçuları, tarikatın etkisinden kurtarmak için rızaları dışında bir yerde birkaç gün tutmuşlardır. Polis de bu durumdan haberdar olmuş ve başvuruçuların bulundukları yere gitmiştir. Dolayısıyla polis, başvuruçuların tüm bu süre boyunca özgürlükten mahrum bırakılmalarına üstü kapalı olarak onay vermiştir. Başvuruçuların yakınları, devlet makamları ile işbirliği halindeki bu tutmadan sorumludurlar. Bu açıdan başvuruçunun şikâyetleri devlete atfedilebilir nitelikte olduğundan özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Somut olayda esas sorumluluk devlete aittir.⁴⁷⁸

Devletin, bireylerin özgürlük ve güvenlik haklarının korunması bağlamındaki son yükümlülüğü, başvuruçular tarafından özel kişilere karşı açılan tazminat davalarında ulusal mahkemelerin hukuku Sözleşme'nin 5. maddesinin ruhuna uygun yorumlamasını temin etmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. AİHM, başvuruçunun ulusal mahkemeler önündeki tazminat taleplerini özgürlük ve güvenlik hakkına uygun bir şekilde yorumlamamasını, devletin başvuruçunun özgürlük hakkına müdahalesi olarak değerlendirmektedir.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, §§ 91, 106.

⁴⁷⁸ *Riera Blume/İspanya*, no. 37680/97, 14/10/1999, § 35; Ayrıca bkz., *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7/1/2010, §§ 314-21.

⁴⁷⁹ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, §§ 89, 93.

F. Tutma Koşulları

Özgürlük ve güvenlik hakkından mahrum bırakılan bireyin *tutulma koşulları*, Anayasa'nın 19. ve Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamına girmemektedir.⁴⁸⁰ Bireyin tutulma koşullarından kaynaklanan ihlal iddialarının işkence yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.⁴⁸¹ Bu bakımdan özgürlük ve güvenlik hakkından mahrum bırakılan bireyin nerede tutulduğunun Anayasa ve Sözleşme bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin uyuşturucu bağımlısı bir satıcının bağımlılığından dolayı bir tedavi merkezine yatırılmayıp cezaevinde tutulması, AİHM tarafından Sözleşme'nin 5(1)(a) fıkrasının ihlal edildiği şeklinde değerlendirilmemiştir.⁴⁸² Başvurucunun bir tedavi merkezinde tutularak kendisine tedavi uygulanmış olsaydı daha erken tahliye edilmesi olası olmasına rağmen AİHM, tutmanın *hukuka uygun* olduğu sonucuna varmış ve tutma koşullarının değerlendirmesine girmemiştir.

Kural olarak başvurunun tutulma koşullarının hukuka uygunluk bakımından önemi olmamakla beraber, yerel makamlarca dayanılan özgürlükten mahrum bırakma nedenleri ile tutma yeri ve koşullarının uyumlu olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁴⁸³ Yukarıdaki örnek açısından bakıldığında kural olarak akıl hastası olan bir bağımlının tedavi merkezinde tutulması gerekmektedir.⁴⁸⁴ Nitekim *Ashingdane/Birleşik Krallık* davasında AİHM, özel bir psikiyatri kliniğinde tutulması gereken başvurunun sıradan ancak daha özgür bir psikiyatri kliniğinde tutulmasını özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir.

Buna ek olarak, cezaevi koşullarında uygulanan disipline ilişkin yaptırımların da özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında ve özgürlükten mahrum bırakma olarak

⁴⁸⁰ Karşıt görüş için bkz., Macovei, 2010, s. 20.

⁴⁸¹ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, § 44.

⁴⁸² Bu konuda bkz., *Bizzotto/Yunanistan*, no. 22126/93, 15/11/1996; Reid, 2012, s. 343.

⁴⁸³ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, § 44.

⁴⁸⁴ *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika*, no. 13178/03, 12/10/2006, §§ 101-5.

değerlendirilmediği görülmektedir.⁴⁸⁵ Bununla beraber cezaevinde alınan disiplin cezasının tutulmanın süresini uzattığı durumlar özgürlük ve güvenlik hakkının kapsamı içinde değerlendirilir.

G. Özgürlük ve Güvenlik Hakkının İçkin Güvenceleri

Özgürlük ve güvenlik hakkı, “özgürlük” ve “güvenlik” olmak üzere iki bileşenden oluşmaktadır. Anayasa’nın 19. ve Sözleşme’nin 5. maddesinde tanımlanan bu hakkın “güvenlik” kısmının AİHM tarafından çok az sayıda kararda tartışıldığını gözlemlemekteyiz. Kişi güvenliğinin, *fiziksel özgürlük* olarak anlaşılması gerekmekte olup, sosyal güvenlik ya da bir tazminat davası açma gibi başka bağlamlarda düşünülmemesi gerekir.⁴⁸⁶ Kişi güvenliği hakkı devlete, bir bireye diğer bireylerden gelecek saldırılara karşı koruma anlamında bir pozitif yükümlülük yüklememektedir. Örneğin AİHM, başvurucunun evinin güvenlik güçlerince imha edilmesini takiben ortaya çıkan güvensizlik durumunun kişi güvenliği hakkı açısından değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunu incelememiştir.⁴⁸⁷

Bununla beraber kişi güvenliği ilkesi, bireyin gözaltı durumu ya da tutulmasının keyfi olamayacağı anlamına gelir. AİHM, kişi güvenliği kavramını, kişi özgürlüğü güvencesini yorumlarken geliştirdiği bir *gereklilik* olarak nitelendirmektedir. Bu açıdan Sözleşme’nin 5(1) fıkrasında kişi güvenliğine, kişi özgürlüğünden farklı güvenceler öngörülmemiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁸⁸

AİHM, kişi güvenliği kavramına, Sözleşme’nin 5. maddesinin özellikle ağır şekilde ihlal edildiği kararlarında değinmiştir. Özgürlük ve güvenlik hakkının ağır şekilde ihlal edildiği yönünde verilen kararlar, aynı zamanda yaşam hakkı (md. 2) ve

⁴⁸⁵ Karş., *Bollan/Birleşik Krallık*, no. 42117/98, 4/5/2000.

⁴⁸⁶ Harris et al., 2013, s. 133-34.

⁴⁸⁷ *Menteş/Türkiye* [BD], no. 23186/94, 28/11/1997, §§ 79-81.

⁴⁸⁸ Harris et al., 2013, s. 134.

işkence yasağının (md.3) ihlal edildiği yönünde şikâyetlerin bulunduğu davalardır.⁴⁸⁹ Bu tür davalarda AİHM, özgürlük ve güvenlik hakkının *gücün kötüye kullanımına* karşı bir koruma sağladığına ve özgürlükten yoksun bırakılan bireye bazı güvencelerin verilmemesinin *hukukun üstünlüğünü ilkesini* zedeleyebileceğine dikkat çekmektedir.⁴⁹⁰

Bireyin gözaltına alındığı davalarda ise kişi güvenliği hakkı, devlete, kişinin nerede olduğuna ve akıbetinin ne olduğuna ilişkin açıklama yapma sorumluluğu yükler. Bununla beraber devlet tarafından gerçekleştirilen tutmaya dair delil ve belgelerin başvuru yakınları tarafından tartışmasız bir açıklıkta ortaya konulması çok zor olabilmektedir. Bu nedenle sadece devletin ulaşabileceği belgelerin mahkemeye sunulmaması, başvuruçuların iddialarının temelsiz olmadığı anlamına gelebilmektedir.⁴⁹¹

Bireyin nerede olduğu ve akıbeti hakkında bir açıklama yapma yükümlülüğü devletin bazı tedbirler alma usulî pozitif yükümlülüğünden kaynaklanmakta olup⁴⁹² bu tedbirlerin alınmaması Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiği anlamına gelebilmektedir. Devlet, bir kişi gözaltına alındıktan sonra kendisinden haber alınamayan durumlarda etkili bir soruşturma yapma ve kayıp riskine karşı da önlem alma yükümlülüğü altındadır.⁴⁹³ Sonuç olarak özgürlük ve güvenlik hakkının amaçları doğrultusunda, tutmanın hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için bireyin gözaltına alınması durumunda gözaltına alınma tarihi, saati ve yerinin, gözaltına alınma nedenlerinin ve gözaltı işlemini gerçekleştiren kişilerin kimliklerini içeren kayıtların tutulması gereklidir.

⁴⁸⁹ Örneğin bkz., *Bazorkina/Rusya*, no. 69481/01, 27/7/2006; *Timurtaş/Türkiye*, no. 23531/94, 13/6/2000; *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998.

⁴⁹⁰ *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998, §§ 122-24.

⁴⁹¹ *Timurtaş/Türkiye*, no. 23531/94, 13/6/2000, § 66.

⁴⁹² Alastair R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, s. 68-72.

⁴⁹³ Bkz., *Varnava/Türkiye* [BD], no. 16064/90 vd., 18/9/2009; *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998, § 124.

H. Suçluların Sınırlar Arası Transferi

Suçluların iadesi ya da sınır dışı edilmesi durumu da özgürlükten yoksunluk kavramı çerçevesinde incelenmesi gereken bir diğer konudur. Kaçak suçluların iadesi veya sınır dışı edilme uygulamasının Sözleşme'deki haklardan birine müdahale oluşturmaması gerekmektedir. Başvurucunun, Kenya'da yakalanıp Türkiye'ye getirilmesi konusunun incelendiği *Öcalan/Türkiye* davasında AİHM, bir kaçağın iki devlet arasında işbirliği ile teslim edilmesinin söz konusu yakalamayı hukuka aykırı hale getirmeyeceğini, dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline neden olmayacağını ifade etmiştir.⁴⁹⁴ Ancak sığınılan devletin rızası olmaksızın gerçekleştirilen bir operasyon söz konusu olduğunda, bu uygulamadan kişinin Sözleşme'nin 5(1) fıkrası kapsamında güvenlik hakkı etkileneceğinden Sözleşme'nin 5. maddesi bu kişi bakımından uygulama alanı bulmaktadır.⁴⁹⁵

Sınırlar arası transfer uygulamalarında önemli olan husus, kişiyi teslim alan devletin sınır ötesinde gerçekleştirdiği eylemin uluslararası hukuka uygun olup olmadığıdır.⁴⁹⁶ *Öcalan/Türkiye* davasında yakalama Türkiye'nin ulusal hukukuna uygun olarak gerçekleştirildiğinden AİHM, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası ihlal edilmediğine hükmetmiştir. İki ülke arasında suçluların iadesine ilişkin bir anlaşmanın bulunduğu durumda bu anlaşmanın kuralları AİHM tarafından yakalamanın *hukuka uygun* olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınmaktadır.⁴⁹⁷ Bu bakımdan iki ülke arasındaki iadenin hangi koşullarda ya da hangi usulle gerçekleştirileceği konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

AİHM'ye göre, iade eden ve alan devletlerin işbirliğine dayanıyor ve kaçak kişilerin yakalanmasının hukuksal temeli ilgili kişinin yakalanması için vatandaşı

⁴⁹⁴ *Öcalan/Türkiye*, no. 46221/99, 12/5/2005, § 87.

⁴⁹⁵ *Öcalan/Türkiye*, no. 46221/99, 12/5/2005, § 85.

⁴⁹⁶ *Öcalan/Türkiye*, no. 46221/99, 12/5/2005, § 90.

⁴⁹⁷ *Öcalan/Türkiye*, no. 46221/99, 12/3/2003, § 91.

olduğu devlet tarafından verilen bir yakalama kararına dayanıyorsa, iade işlemi kişinin kimliği değiştirilerek (*disguise*) yapılsa dahi Sözleşme’ye aykırılık oluşturmayacaktır.⁴⁹⁸

Suçluların sınırlar arası transferi konusunda değinilmesi gereken bir başka mesele de, tutukluların komşu devletin *sınırında* teslim alınması halidir. Sözleşme’ye taraf olmayan bir diğer devletten Sözleşme’ye taraf bir devlete transfer yapılması halinde, başvurunun teslim işleminden önce yasadışı olarak tutulduğu yönündeki şikâyetleri, teslim eden devlet Sözleşme’ye tabi olmadığından, özgürlük ve güvenlik hakkı açısından incelenmemektedir. Fakat tutukluyu teslim alan Sözleşme’ye taraf devlete karşı yapılan başvuru, iade anlaşmasının uygulanması bakımından *hukuka uygunluk* açısından incelenebilecektir. Eğer transfer eden devlet de Sözleşme’ye tabi ise bu durumda teslim eden devlet aleyhine başvuru da söz konusu olabilecektir.⁴⁹⁹

İ. Denizaşırı Fiiller⁵⁰⁰

Taraf devletler, Sözleşme’nin 1. maddesine göre yetki alanındaki (*own territorial jurisdiction*) herkesin özgürlük ve güvenlik hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Devlet, uluslararası hukuka göre tanınan ya da anayasasıyla belirlenmiş sınırları dâhilinde herhangi bir yerde gerçekleştirdiği fiiller açısından, bu fiillerle ilgili yasal bir dayanak bulunup bulunmadığından bağımsız olarak yetkisini kullandığı her yerde bu yükümlülükle bağlıdır.

AİHM’nin *Loizidou/Türkiye* kararında⁵⁰¹ net bir şekilde ortaya koyduğu gibi, Sözleşme’nin amacı açısından *yetki alanı* bir taraf devletin kendi topraklarıyla sınırlı değildir. Dolayısıyla, bir taraf devlet, yetkililerinin etkisi başka bir yerde ortaya çıkan

⁴⁹⁸ *Öcalan/Türkiye*, no. 46221/99, 12/3/2003, § 91 (Bu yaklaşım, aynı davanın Büyük Daire’de görülmesi sonucunda verilen karara yansıtılmamıştır).

⁴⁹⁹ Harris et al., 2013, s. 133.

⁵⁰⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz., European Court of Human Rights, “Extra-territorial jurisdiction of ECHR States Parties”, *Factsheet*, December 2013, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf (erişim, 16/12/2013).

⁵⁰¹ *Loizidou/Türkiye* [BD], no. 15318/89, 18/12/1996.

fiilleri ya da ihmalleri neticesinde de sorumlu tutulabilir. Özellikle, bu davada görüldüğü üzere, bir başka devletin sınırları dâhilinde bir taraf devlet tarafından gerçekleştirilen bir askeri harekât, diğer devlet sınırları içinde belli bir bölgeyi taraf devletin etkin bir şekilde kontrol altına almış olması, o bölgenin taraf devletin yetki alanı dâhilinde olduğu ve dolayısıyla o bölgede de Sözleşme hükümleri çerçevesinde kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almakla yükümlü olduğunu kanıtlamak için yeterlidir.⁵⁰²

Medvedyev ve Diğerleri/Fransa davasında da, bir geminin açık denizde denetlenmesi sırasında yer bakımından yetki konusu tartışılmış, açık denizde denetimi ele geçirilmiş bir geminin personelinin gemide tutulması Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Somut olayda, Ukrayna, Romanya, Yunanistan ve Şili vatandaşı olan başvuruçular *Winner* isimli Kamboçya bandıralı bir kargo gemisinin personelidir. Uyuşturucu kaçakçılığına karşı uluslararası mücadele çerçevesinde Fransız makamları bu geminin büyük miktarda uyuşturucu madde taşıma ihtimali bulunduğunu öğrenmiştir. Kamboçya, 7/6/2002 tarihinde Fransız makamlarına sözlü notla müdahale izni vermiştir. Sonuç olarak, Fransız Deniz Kuvvetleri bu kargo geminin kontrolünü açık denizde *Cap Vert Adaları* açıklarında ele almış ve gemiyi *Brest Limanı*'na (Fransa) yönlendirmiştir.⁵⁰³

AIHM, somut olaydaki geminin rotasını Fransız askerlerin belirlediğini, başvuruçuların özel askeri kuvvetlerin kontrolüne girdiğini ve yolculuk boyunca özgürlüklerinden yoksun bırakıldığını, başvuruçuların geminin denetiminin ele geçirilmesinden sonraki durumlarının 5. madde anlamında özgürlükten yoksunluk olduğunu tespit etmiştir. AIHM, Kamboçya'nın Sözleşme'ye taraf olmadığını, 7/6/2002

⁵⁰² Aynı durum *Kıbrıs/Türkiye* davasında da söz konusu olmuştur (bkz., *Kıbrıs/Türkiye* [BD], no. 25781/94, 10/05/2001).

⁵⁰³ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, §§ 9-12.

tarihli sözlü notun Fransız makamlarına bu Sözleşme'ye dayanarak iletmiş olamayacağını, ayrıca Fransa'nın Kamboçya'ya yaptığı dayanışma teklifi Fransa'nın Kamboçya bandıralı bir geminin uyuşturucu kaçakçılığı yapmasından şüphelenmesiyle haklılaştırılmayacağını, başka bir devlet bandıralı bir geminin uyuşturucu kaçakçılığı yaptığını düşündürecek ciddi nedenlere sahip her devlete bu gemiye müdahale etme izni veren bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının varlığını ortaya koyacak devletler arasında istikrarlı bir uygulamanın olduğunun kanıtlanmadığını, özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının iki ülke arasında AİHM içtihatlarındaki anlamıyla “açıkça belirlenmiş”⁵⁰⁴ bir hukuk oluşturabilecek bir anlaşmaya konu yapıldığının kanıtlanmadığını, sözlü notun yeterli “öngörülebilirlik”⁵⁰⁵ şartını da yerine getirmediğini, açık denizde uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadele konusunda Kamboçya ile Fransa arasında Kamboçya bandıralı gemileri hedef alan ve süreklilik arz eden bir uygulamanın varlığı da gösterilmediğini,⁵⁰⁶ açık denizde uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadele konusunda uluslararası kamu hukukunda kural olarak bandıra ülkesi olarak Kamboçya'nın yetkili olduğunu, Winner'ın durdurulmasından Brest'e ulaşmasına kadar geçen sürede başvuruçuların özgürlüklerinden yoksun kalmaları, hukuk güvenliği genel ilkesini karşılamak için gerekli niteliklere sahip yasal bir temel bulunmadığından, “yasada belirlenen yollarla” olmadığını⁵⁰⁷ belirterek Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Benzer bir durum *Al-Jedda/Birleşik Krallık* davasında da söz konusu olmuştur. AİHM, bir Irak vatandaşının Irak'taki Britanya ordu güçleri tarafından tutuklanması konusyla ilgili olarak, vatandaşın tutulmasının Britanya'nın yetki alanı içince olduğunu değerlendirmiştir. Başvurucu, Ekim 2004 tarihinde, terörist faaliyetlere

⁵⁰⁴ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 99.

⁵⁰⁵ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 100.

⁵⁰⁶ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 101.

⁵⁰⁷ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 102.

katıldığı şüphesiyle yakalanmış ve Bassora’da (Irak) Britanya askerleri tarafından yönetilen bir cezaevinde üç seneden fazla bir süre tutuklu kalmıştır. Somut olayda, yöneltilen suç isnatlarının dayandığı bilgiler başvurucuya hiçbir zaman tebliğ edilmemiş ve başvurucu hiçbir zaman da resmen suçlanmamıştır.⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ *Al-Jedda/Birleşik Krallık* [BD], no. 27021/08, 7/7/2011; Bu konuda ayrıca bkz., *Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 55721/07, 7/07/2011.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANABİLECEĞİ DURUMLAR:

KISITLAMA NEDENLERİ

İkinci bölümde öncelikle özgürlük ve güvenlik hakkından mahrumiyet uygulamasının hukuka uygunluğu konusu değerlendirilecek, ardından da Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentlerinde ve Anayasa'nın 19(2) – (3) fıkralarında yer verilen bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlara/sebeplere değinilecektir.

I. TUTMANIN HUKUKA UYGUN OLMASI KOŞULU

A. Genel Olarak

Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında yer alan “[a]şağıda belirtilen haller dışında ve hukukun öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz”⁵⁰⁹ hükmü gereğince herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme açısından haklı görülebilmesi için öncelikle “hukukun öngördüğü usule uygun” (*in accordance with a procedure prescribed by law*) olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir.⁵¹⁰ Fıkra da geçen “[a]şağıda belirtilen haller dışında” (*save in the following cases*) ibaresi, özgürlük ve güvenlik hakkının, hiçbir durumda kısıtlamaya tabi tutulamayan *mutlak nitelikte* bir hak olmadığını ifade etmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkına, devletçe, maddede sayılan hallerde ve Sözleşme'nin 15. maddesine göre olağanüstü hallerde bazı kısıtlamalar getirilmesi mümkündür.

Anayasa'nın 19(2) fıkrasında da “[ş]ekil ve şartları kanunda gösterilen ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz” denilerek benzer bir düzenlemeye

⁵⁰⁹ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

⁵¹⁰ Guide on Article 5, 2012, § 19.

gidilmiştir. Özgürlük ve güvenlik hakkı Anayasa'nın 19. maddesi açısından da mutlak nitelikte bir hak olmayıp maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerle ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirlenen şartlara bağlı olarak sınırlandırılabilir. Ayrıca Anayasa'nın 15. maddesine göre özgürlük ve güvenlik hakkının kullanımının durdurulabilmesi de kural olarak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi de 19. maddedeki sınırlamaların 13. maddedeki koşullara uyumlu olduğunu vurgulamıştır. AYM, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırabileceğini, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını hükme bağlandığını, Anayasa'nın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlandırabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi ölçütünün, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceğine dair kural ile uyumlu olduğunu,⁵¹¹ belirterek kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin sınırlamaların, kanunda belirtilen esas ve usule uygunluğunu sağlama yükümlülüğünün ilke olarak idari organlara ve derece mahkemelerine ait olduğuna, idare organları ve mahkemelerin esas ve usule ilişkin hukuk kurallarına uymakla yükümlü olduğuna⁵¹² hükmetmiştir.

Anayasa'nın 14. maddesinde ise Anayasa hükümlerinden hiçbirinin kişilere Anayasa ile tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini ya da Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir şekilde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 15(1) fıkrasında da savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek

⁵¹¹ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 43.

⁵¹² AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 44.

kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkra da belirlenen durumlarda, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı; kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı; suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu yönüyle özgürlük ve güvenlik hakkı, Anayasa’nın 15(2) fıkrasında sayılan hallerden olmadığından birinci fıkra da sayılan hallerde kullanımının durdurulması kural olarak mümkündür.

Sözleşme’ye göre tutmanın hukukun öngördüğü usule uygun olması şartında yer alan “usul” (*procedure*) terimi ile bir mahkemenin tutmaya karar verirken izlediği yol⁵¹³ ya da gözaltına alma uygulamasına ilişkin kurallar⁵¹⁴ kastedilmektedir. Hukuka uygunluk şartı, bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları tüm durumlar açısından öncelikle aranması gereken şart olduğundan, bu şartı “hukuka uygunluk şartı” ya da “genel şart” olarak adlandırmak mümkündür.

Sözleşme’de yer alan usule uygunluk koşulu, Anayasa’nın 19(2) fıkrasında hürriyetten yoksun bırakmanın “şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi” koşulu olarak yer almıştır. Anayasa’nın 19(2) fıkrasında yer alan “şekil ve şartlar” ibaresi Sözleşme ile uyumlu olarak tutmanın hem usul hem de esas açısından kanuna uygun olmasının gerektiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlara uygun olması kriterini, kanunda belirtilen esas ve usule uygunluğunu

⁵¹³ Bkz., *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990.

⁵¹⁴ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 29.

sağlama yükümlülüğünün ilke olarak idari organlara ve derece mahkemelerine ait olduğunu belirtmek suretiyle somutlaştırmıştır.⁵¹⁵

Sözleşme açısından tutmanın meşru görülebilmesi için ikinci şart, tutmanın Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentlerinde sayılan *sebeplerden* birine ya da birkaçına dayanılarak gerçekleştirilmesidir.⁵¹⁶ Tutmanın keyfi olmaması için öngörülen koşullardan birine dayanması şartını, “sebebe uygunluk şartı” ya da “özel şart” olarak adlandırmak da mümkündür. AİHM, uygulamada iç hukuka (*genel şart*) ve sebebe uygunluk (*özel şart*) şartlarının her ikisini birleştirerek “özgürlükten mahrum bırakmanın hukuka uygunluğu” olarak tek bir gereklilik olarak değerlendirmektedir.⁵¹⁷ Bu bakımdan hukuka uygunluk şartı, AİHM tarafından hem *usule* hem de *esasa* uygunluk olarak yorumlanmaktadır.⁵¹⁸

Somut bir olay açısından Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentlerinde sayılan *sebeplerden* birinin uygulanması, aynı olayda diğer bir tutma sebebine dayanılamayacağı anlamına gelmez. Somut olayın şartlarına göre, bir hürriyetten mahrumiyet, birden fazla nedene dayanılarak haklı kılınabilir.⁵¹⁹ Benzer şekilde Anayasa açısından da tutmanın keyfi olmaması için Anayasa'nın 19(2) – (3) fıkralarında yer alan *kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği sebeplerden* en az birinin kapsamına girmesi gerekir.⁵²⁰ Sözleşme açısından 5(1)(a) – (f) bentleri arasında sayılan tutma sebepleri, Anayasa'nın 19. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında sayılmaktadır. Tutma sebeplerinin Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentleri ya da Anayasa'nın 19(2) – (3)

⁵¹⁵ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 44.

⁵¹⁶ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 84; *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 86; *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 39.

⁵¹⁷ Bkz., *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990.

⁵¹⁸ Macovei, 2010, s. 9.

⁵¹⁹ *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 86.

⁵²⁰ AYM, şekil ve şartların yasada belirlenmesi ilkesinin Anayasa'nın 19. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına şamil olduğunu üstü kapalı olarak ifade etmiştir (AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

fıkralarında sayma yöntemiyle tüketici (*exhaustive*) olarak sayılmasının temel nedeni özgürlükten mahrum bırakmanın *keyfi* olmasının önüne geçebilmektir.⁵²¹

Nitekim Anayasa Mahkemesi de keyfilik konusuna vurgu yaparak Anayasa'nın 19. maddesinin amacının, bireyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden alıkoymaya karşı korumak olduğunu, maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması ve keyfi uygulamaya yol açmaması gerektiğini belirtmiştir.⁵²²

Bir tutma tedbirinin, hukuka uygunluk şartını taşımaması nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal edebileceği çeşitli durumlardan bahsetmek mümkündür: Bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin; (i) kaydının bulunmaması, (ii) ulusal hukukta herhangi bir sebebe dayanmaması, (iii) ulusal hukukta dayanılan sebebin Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentlerinden birinin kapsamına girmemesi, (iv) hukuki sebebi bulunduğu halde ulusal hukukta tutmanın nasıl yapılacağını gösteren bir usulün bulunmaması, (v) usul kuralları mevcut olduğu halde uygulamada buna aykırı davranılması v e (vi) görünen bir sebebe ve usule uygun olduğu halde bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına aykırı olması Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilmesine neden olabilir.

B. Tutmanın Ulusal Hukuka Uygunluğu

Özgürlüğünden mahrum edilen bir kişi açısından öncelikle ilgili ulusal kanunun gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini tespit edilmesi gerekir. Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında geçen “hukuk”⁵²³ (*law*) ibareleri ile maddenin başında yer alan “hukukun öngördüğü usul” (*procedure prescribed by law*) ibaresi arasında bir bağlantı mevcuttur. AİHM içtihatlarında, “hukuk” ve “hukukun öngördüğü usul” terimlerinin, esasen *ulusal*

⁵²¹ Tutma sebeplerinin Sözleşme’de tüketici olarak sayılması konusunda bkz., *Jendrowiak/Almanya*, no. 30060/04, 14/4/2011, § 31; *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 43; *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 170.

⁵²² AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 44.

⁵²³ Sözleşme’nin İngilizce orijinal metninde geçen “law” ibaresini “hukuk” olarak çevirmeyi uygun gördük [yazarın notu].

hukuka gönderme yaptığı ve bu konudaki ulusal hukukun *maddi/esas* ve *usul* hukuku hükümlerine uyma yükümlülüğünü ifade ettiği vurgulanmaktadır.⁵²⁴ Bununla beraber tutmanın, uluslararası hukukun uygun ve uygulanabilir diğer hukuki standartlarına da uygun olması gereklidir.⁵²⁵

Anayasa'nın 19. maddesinde ise, Sözleşme açısından “hukuk” ya da “yasa” olarak çevrilebilecek olan “law” ibaresinin yerine “kanun” ibaresi kullanılmıştır. Bu anlamda Sözleşme ve Anayasa arasında esaslı bir ayrışmanın olduğunu söylemek güçtür.

Sözleşme'nin 5(1) fıkrası ile ilgili AİHM içtihatlarında özgürlükten mahrumiyetin sadece (a) – (f) bentleri arasında belirtilen istisnai durumlarda yapılması yeterli görülmemiştir. Bir özgürlükten mahrumiyetlerin aynı zamanda “usule” de uygun yapılması gerekmektedir. “Yasanın öngördüğü haller” de dâhil olmak üzere, bir tutulmanın “usule” uygunluğu konusunda Sözleşme, öncelikle ulusal mevzuata gönderme yapmakta ve hem usule hem de esasa ilişkin kurallar ile ilgili olarak ulusal mevzuata uygunluğu şart koşturmaktadır.⁵²⁶ Bu kavram aynı zamanda, tüm yakalama veya tutuklamaların ulusal hukukta bir temelini olmasını zorunlu kılmanın yanı sıra ilgili yasanın niteliğinin de incelemesini gerektirir.

Ulusal hukukun usul hükümlerine uygunluk, özgürlüğünden mahrum bırakılan birey ile ilgili ilk olarak “temel bir usule uygun” davranılıp davranılmadığının ya da alınan tedbire ilişkin “yasada bir hüküm” bulunup bulunmadığının belirlenmesini içerir. Bu bakımdan ulusal hukukta tutmaya izin veren bir düzenlemenin bulunması başlı

⁵²⁴ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 79; Reid, 2012, s. 340.

⁵²⁵ *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 76; *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/08, 10/7/2008, § 79; *İlaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99, 8/7/2004, § 461; *Assanidze/Gürcistan* [BD], no. 71503/01, 8/4/2004, § 171.

⁵²⁶ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 67; *Kafkaris/Kıbrıs* [BD], no. 21906/04, 12/02/2008, § 116.

başına yeterli olmayıp aynı zamanda bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin kuralların da öngörülmüş olması gereklidir.

Özgürlükten mahrum bırakma durumlarına ilişkin ulusal hukuk normlarının yorumlanması görevinin öncelikli olarak ulusal mahkemelere ait olduğu AİHM'nin birçok kararında vurgulanmıştır.⁵²⁷ Bu açıdan Sözleşme, *yasal yollara* saygı göstermek de dâhil olmak üzere tutukluluğun *yasaya uygunluğu* konusunda, temelde ulusal mevzuata atıfta bulunur ve bu mevzuatın hem usule hem esasa ilişkin kurallarına uyulması zorunluluğunu içerir.⁵²⁸ Ancak Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerine göre Sözleşme'yi en son yorumlama ve uygulama yetkisinin kendisine ait olmasından dolayı AİHM, ulusal yargı organlarının somut olay konusundaki tespitlerini dikkate almak zorunda olsa da, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası anlamında başvurucunun hürriyetinden mahrum bırakılıp bırakılmadığını tespit etme noktasında varılan hukuki sonuçlarla bağlı değildir.⁵²⁹

Bu kural, AİHM tarafından birçok kararda açıklanmış olan ve özellikle 15 no.lu ek Protokol ile birlikte Sözleşme'nin başlangıç (*preamble*) kısmında yer verilmesine karar verilen “Sözleşme'nin ikincilliği” ilkesinin bir yansımasıdır. Bununla beraber ulusal hukukun hükümlerine riayet edilmemesi aynı zamanda Sözleşme hükümlerini ihlal eder nitelikte ise AİHM bu tür başvurularda ulusal hukuka riayet edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmelerde de bulunabilmektedir.⁵³⁰ AİHM, bu değerlendirmeyi yaparken somut olaydaki hukuki durumu, olayın gerçekleştiği zamandaki şekliyle dikkate almaktadır.⁵³¹ Bu nedenle, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin ulusal hukuka uygunluğu dikkate alınması gereken temel unsur olmakla

⁵²⁷ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 46.

⁵²⁸ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 84.

⁵²⁹ Örneğin bkz., *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 72.

⁵³⁰ Guide on Article 5, 2012, § 21; *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 101; *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000, § 50.

⁵³¹ *Włoch/Polonya*, no. 27785/95, 30/3/2000, § 114.

birlikte her zaman belirleyici değildir. AİHM ayrıca her özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin Sözleşme'nin 5. maddesinin *bireyi keyfiliğe karşı koruma* amacına uygun olduğuna da ikna olmalıdır. Bu nedenle AİHM, ulusal hukukun bizatihi kendisinin de Sözleşme'de *açıkça* veya *zımnen* yer alan genel ilkelere ve özellikle hukuk güvenliği (*legal security*) ilkesine uygun olup olmadığını belirlemek zorundadır.⁵³²

Başvurucunun bir psikiyatri hastanesine kapatıldığı *Van der Leer/Hollanda* davasında, hastaneye kapatma emrini veren hâkim, başvurucunun karardan önce ifadesinin dinlenmesine ilişkin ulusal mevzuattaki yasal zorunluluğu yerine getirmemiştir. Kararı veren hâkim, başvurucuyu tedavi eden psikiyatrin, başvurucunun yargıç huzuruna çıkmasında tıbben sakınca olmadığı şeklindeki kanaatinden hangi nedenlerle farklı düşündüğünü açıklama gereği bile hissetmemiştir. AİHM, Sözleşme hükümlerinin uygulanması bakımından, başvurucunun hastaneye kapatılma gerekçelerini, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan özgürlükten mahrumiyet gerekçelerine uygun ve uyumlu olabileceğini iddia etmenin mümkün olmadığına ve 5. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵³³

Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'nın 19. maddesinin amacının bireyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden alıkoymaya karşı korumak olduğunu ve 19. maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların keyfi uygulamaya yol açmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle AYM, hürriyetten yoksun bırakma uygulamasının ulusal hukukta “kanuni” dayanağının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. AYM ayrıca “kanun”un özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup

⁵³² *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/5/2009; *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 45; *Douiyeb/Hollanda* [BD], no. 31464/96, 4/8/1999, §§ 44-45.

⁵³³ *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990.

olmadığının –AİHM’ye benzer biçimde– Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerektiğini de vurgulamıştır.⁵³⁴

Ulusal makamların iç hukuku *açıkça* ihlal etmeleri, Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Ayrıca, kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeden önce yerine getirilmesi gereken usule ilişkin bir şartın ulusal makamlarca dikkate alınmadığı durumlarda, yakalama ya da alıkoyma halinin de Sözleşme’ye uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.⁵³⁵ Örneğin yetkili makamların gözaltı ya da tutukluluğun uzatılması için yasada öngörülen sürede başvuramaları, AİHM tarafından, ulusal hukukun usul hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden dolayı Sözleşme’nin 5. maddesine aykırı bulunmuştur.⁵³⁶ Buna karşın belli suç türlerine ilişkin sorgulamaların hangi şekilde yapılacağına dair ulusal düzenlemelerin ihlal edildiği iddiası, gözaltına alma ve sonrasında tutuklamanın ulusal hukuktaki dayanağını geçersiz kılmamaktadır.⁵³⁷

Eski bir Bulgaristan başbakanının bazı kamu fonlarını geliştirmekte olan ülkelere aktarmış olması sebebiyle özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin *Lukanov/Bulgaristan* davasında da *Van der Leer/Hollanda* davasına benzer bir durum söz konusu olmuştur. Her ne kadar bir cürümden ötürü verilen bir özgürlükten mahrumiyet kararının Sözleşme ile bağdaşma ihtimali bulunsa da bu davada, özgürlükten mahrumiyet tedbirine yol açan fiilin bir cürüm olduğu, hatta aslen hukuka aykırı bir fiil olduğu bile kanıtlanamamıştır. Dolayısıyla, başvurucunun bu tartışmalı fiili, Bulgaristan kanunlarına göre özgürlüğünden mahrum edilmesi için bir dayanak teşkil etmemektedir. Ayrıca, her ne kadar bu tür bağışlar yoluyla kişinin kendisi için bir avantaj sağlamasının suç oluşturma ihtimali bulunsa da, başbakanın böyle bir avantaj

⁵³⁴ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 44.

⁵³⁵ *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990.

⁵³⁶ *G.K./Polonya*, no. 38816/97, 20/1/2004, § 76.

⁵³⁷ Guide on Article 5, 2012, § 20; *Talat Tepe/Türkiye*, no. 31247/96, 21/12/2004, § 62.

peşinde olduğunu gösteren makul bir şüphenin varlığını gösteren hiçbir bilgi ya da kanıt bulunmamaktadır. Bu nedenle AİHM, başbakanın özgürlüğünden mahrum edilmesinin hiçbir hukuki dayanağı olmadığını belirterek Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵³⁸

Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık davasında da benzer bir durum söz konusu olmuştur. Somut davada başvurucular silah satışlarıyla ilgili bir protesto gösterisi sırasında broşür ve pankart bulundurdıkları için tutuklanmıştır. AİHM, asayiş ihlali tespit edildiğinde kişiyi yakalama yetkisi bulunsun da, başvurucuların davranışlarının polisin böyle bir gelişmeden endişelenmelerine yol açacak haklı bir sebep teşkil etmediğini, bu kişilerin konferansa katılmak isteyenleri ciddi şekilde engellediklerine, engellemeye çalıştıklarına ya da insanları şiddete yöneltebilecek herhangi bir provokasyona başvurdıklarına dair hiçbir kanıt bulunmadığını belirterek başvurucuların asayiş ihlal ettikleri gerekçesiyle yakalanmalarının ve alıkonulmalarının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁵³⁹

Görüldüğü gibi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının hukuki olduğunun kabul edilebilmesi için öncelikle bu uygulamanın ulusal hukukta bir dayanağının bulunması gerekir. Ancak bazı durumlarda ulusal makamların iç hukuku *açıktır* ihlalinden bahsetmek mümkün olamamaktadır. Bu tür durumlarda somut olayın özelliklerinin ve aşamalarının incelenmesi gerekir. *Creangă/Romanya* davasında⁵⁴⁰ başvurucuya 16/7/2003 tarihinde hiyerarşik üstü tarafından sorgulanmak üzere Ulusal Yolsuzlukla Mücadele Savcılığı'na ("UYMS") gitmesi gerektiği bildirilmiş, başvurucu ve yirmi beş meslektaşı Bükreş yakınlarındaki petrol boru hattından yakıt çalınması olayıyla ilgili olarak askeri savcı tarafından sorgulanmış, hakkında çıkarılan tutuklama

⁵³⁸ *Lukanov/Bulgaristan*, no. 21915/93, 20/03/1997.

⁵³⁹ *Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 24838/94, 23/09/1998.

⁵⁴⁰ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012.

müzekkeresi konusunda gece yarısına doğru bilgilendirilmiş ve bu kararda 16-18 Temmuz arası süren üç günlük bir süre için tutuklanacağı belirtilmiştir. Davalı devlet, 16/7/2003 tarihinde, saat 12:00'ye doğru, savcının yasal durumunu açığa kavuşturmak amacıyla UYMS binasında kendi isteğiyle bekleyen başvuru da dâhil olmak üzere, on kişi hakkında cezai soruşturma başlatıldığı hususunda polis memurlarını bilgilendirdiğini belirtmiştir. Saat 22:00'de, başvuru, savcı tarafından pasif rüşvet, nitelikli hırsızlığa iştirak, suç örgütü kurma fiilleriyle suçlanmış ve tutuklanmasına karar verilmiş ve aynı gece cezaevine sevk edilmiştir.

18/7/2003 tarihinde, başvuru hakkındaki tutukluluk süresi yirmi yedi gün uzatılmış; bu ara kararda yerel mahkeme, şüphelilerin, tanıkları etkileme riskini, ceza davasını ve soruşturmasını sonuçsuz bırakma çabalarıyla birlikte davanın karmaşıklığını, şüphelilerin sayısının fazlalığını ve delillerin nitelendirilmesindeki güçlüğü dikkate almıştır. İtiraz üzerine başvuru 21/7/2003 günü serbest bırakılmış ancak 25 Temmuzda yeniden tutuklanmıştır. Başvuru 22/7/2010 tarihli kararla, pasif rüşvet ve suçlulara yataklık etme nedeniyle üç yıl ertelemeli hapis cezasına çarptırılmıştır.⁵⁴¹

AİHM, 16/7/2003 tarihinde gerçekleşen olaylarla ilgili olarak geniş çaplı yürütülen ceza soruşturmasının amacının, polis ve jandarma görevlilerinden oluşan büyük kaçakçılık şebekesini çökertmek olduğunu, bu bağlamda başvuru aleyhine ceza soruşturmaları açıldığını ve bir gün içerisinde bir dizi ceza soruşturması işlemlerinin yapılması gerektiğini tespit etmiştir. Davalı devlet, başvuru UYMS'den ayrıldığına veya savcılıkta ilk ifadesini verdikten sonra serbest bırakıldığına dair herhangi bir kanıt gösterememiştir. AİHM, olaylara dair yaptığı anlatımın tutarlılığı bakımından başvuru, UYMS'de kaldığına ve en azından

⁵⁴¹ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 53.

12:00 ile 22:00 saatleri arasında özgürlüğünden mahrum bırakıldığına kanaat getirmiştir. AİHM, başvurunun AİHS'nin 5(1) fıkrası uyarınca, “hukuka uygun olarak” özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığını, ceza davası çerçevesinde ifade vermesi amacıyla kendisine açık bilgiler verilmeksizin UYMS'ye çağrıldığını, saat 12:00'de savcının, başvurucuyu hakkında cezai kovuşturma başlatıldığına dair bilgilendirdiğini, bu andan itibaren savcının soruşturma kapsamında başvurunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasını haklı gösterecek sağlam şüphelere sahip olduğunu ve Romanya hukukunun bu bağlamda alınacak önlemleri öngördüğünü, ancak savcının çok geç bir saatte (22:00 civarında) başvuru hakkında önlem amaçlı tutuklama kararı verdiğini, bu nedenle başvurunun 16/7/2003 günü, en azından saat 12:00 ve 22:00 arasında özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, iç hukukta hiçbir yasal gerekçeye dayandırılmaması halinin, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁴² Bu karardan da görüleceği üzere yaklaşık on saatlik bir tutma dahi ulusal hukukta bir nedene dayanmamakta ise Sözleşme'ye aykırılık teşkil edebilmektedir.

C. Yasanın Niteliği

Ulusal kanunların kişinin özgürlükten yoksun bırakılmasına izin verdiği durumlarda, bu kanunların Sözleşme'deki “kanunilik standardı”nı karşılayabilmesi için belli özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bir başka ifade ile özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda ulusal kanunun (i) yasanın niteliği (*quality of law*) ve (ii) Sözleşme'de açık ya da zımni olarak belirtilen genel ilkelere ve özellikle *hukukun üstünlüğü* ilkesine⁵⁴³ uygun olup olmadığı testlerini geçmesi gerekmektedir.⁵⁴⁴

⁵⁴² *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, §§ 101-10.

⁵⁴³ “Hukukun üstünlüğü ilkesi” (*rule of law*) ile ilgili olarak bkz., Reid, 2012, s. 63-64.

⁵⁴⁴ Harris et al., 2013, s. 315; Reid, 2012, s. 341-42.

İlk olarak ulusal hukukun, *yasanın niteliği* bakımından Sözleşme’de belirtilen *hukuka uygunluk (lawfulness) standartlarına* uygun olması gerekmektedir.⁵⁴⁵ Ancak bu kriter tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Başka bir anlatımla bu kriter, başvurucunun Sözleşme ile güvence altına alınan haklarından biri *yasanın niteliğinin yetersiz olması nedeniyle somut biçimde zarar görmüşse* önem taşımaktadır.⁵⁴⁶ Özgürlükten mahrum bırakma hali ile ilgili yazılı olsun ya da olmasın her türlü kanunun, *yasanın niteliği kriterini* karşılayabilmesi için; (i) kamuya açık yani “erişilebilir” (*accessibility*), (ii) bireylerin durumun koşullarına göre eylemlerinin sonuçlarını makul bir şekilde “öngörebilmelerini” (*foreseeability*) sağlayacak⁵⁴⁷ ve (iii) keyfilik riskini ortadan kaldıracak⁵⁴⁸ “belirginlikte” (*legal certainty*) olması gerekmektedir.⁵⁴⁹

Anayasa Mahkemesi de özgürlükten mahrumiyete izin veren kanunun hukuk devleti ilkesinin gereği olarak keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde “erişilebilir”, “kesin” ve “öngörülebilir” olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁵⁰

Anayasa Mahkemesi, tutukluluk süresinin yasada öngörülen azami süreyi aşması nedeniyle yasal olmadığından şikâyet eden başvurucunun şikâyetlerini incelediği bir davada kanunun niteliğinin nasıl olması gerektiğini açıklamıştır. Somut olayda başvuru 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (“CMK”)⁵⁵¹ 102(2) fıkrasında

⁵⁴⁵ Bkz., *Assanidze/Gürcistan* [BD], no. 71503/01, 8/4/2004.

⁵⁴⁶ *Bordovskiy/Rusya*, no. 49491/99, 8/2/2005, § 49.

⁵⁴⁷ *Zervudacki/Fransa*, no. 73947/01, 27/7/2006, § 43; *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, § 119.

⁵⁴⁸ *Hilda Hafsteinsdóttir/İzlanda*, no. 40905/98, 8/6/2004, § 56.

⁵⁴⁹ Harris et al., 2013, s. 136; Doğru ve Nalbant, 2012, s. 371; *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, §§ 101, 120; *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 80; *Mooren/Almanya* [BD], no 11364/03, 9/7/2009, § 76.

⁵⁵⁰ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 44.

⁵⁵¹ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

öngörülen azami beş yıllık tutukluluk süresinin aşılması nedeniyle tutuklu bulundurulmasının yasal olmadığını ve aynı dosya kapsamında birden fazla suç isnadıyla yargılanıyor olmasından dolayı her bir suç bakımından beş yıllık sürelerin ayrı ayrı hesaplanmasının yasal olmadığını iddia etmiştir. AYM, özgürlükten mahrum bırakmaya izin veren kanun metninin özelliklerinin nasıl olması gerektiğini şu şekilde belirtmektedir:

“... özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin sınırlamaların kanunla yapılması ve sınırlamanın şekil ve şartlarının da kanunda açıkça belirtilmesi gerekir. Kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, tutuklama nedenlerini ve sürelerini belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek şekilde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçları bakımından yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir olması da gerekir.”⁵⁵²

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadına göre bir kanunun, “açık”, “kesin” ve muhtemel etki ve sonuçları bakımından yeterli derecede “öngörülebilir” olarak kaleme alınmış olması gerekir. AYM, kanunun yeterince açık olup olmadığının, söz konusu metnin “içeriği”, “düzenlemeyi hedeflediği alan” ile “hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü” gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebileceğini belirtmiş ve bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla “erişilebilir” olması gerektiğini de ifade etmiştir. AYM’nin bu yaklaşımı AİHM içtihatları ile örtüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi, somut olayda, CMK’daki azami tutukluluk süresinin ağır cezalık işler bakımından *uzatmalarla birlikte* azami beş yıl olduğunu ve bu haliyle söz konusu bu düzenlemenin öngörülebilir olduğunu, ancak derece mahkemelerinin kanuni tutukluluk süresinin her suç için *ayrı ayrı* hesaplanması gerektiği yönündeki

⁵⁵² AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 52.

yorumunun, bireylerin tutuklu olarak yargılanabileceği azami süreyi belirsiz ve öngörülemez bir şekilde uzatmaya elverişli olduğunu, zira bir kişi hakkında birden fazla suç isnadı olması halinde azami tutukluluk süresi her bir suç için ayrı ayrı hesaplandığında kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği sürenin öngörülemez bir şekilde uzayacağını, bu durumun başvuru açısından öngörülebilir olmadığını, bir hukuk devletinde henüz suçluluğu sabit hale gelmemiş bir bireyin mahkemenin benimsediği yorum nedeniyle belirsiz bir süre boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılması düşünülemeyeceğini belirterek “kanunilik şartı”nın karşılanmadığına ve Anayasa’nın 19(3) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁵³

Özgürlükten mahrumiyet uygulaması *gizli* ya da *yayınlanmamış* bir yasal hükme dayanılarak gerçekleştirilmişse, yasanın erişilebilirliği ilkesi gözetilmemiş demektir. Erişilebilirlik şartı, sadece yasa için değil, bir yasanın uygulanmasına ilişkin düzenlemeler için de geçerlidir. AİHM, yabancıların transit bölgede tutulmasıyla ilgili tek hukuki metnin bir sirküler olduğu *Amuur/Fransa* davasında, bu sirküler metnin yayınlanmadığını, kanun hükmünde sayılabilmesi için gereken teminatları barındırmadığını ve çok yetersiz olduğunu, söz konusu metnin somut olmadığını tespit etmiştir. AİHM, söz konusu sirkülerin, yayınlanmadığı için *erişilebilirlik şartını* taşımadığını ifade ederek, yayınlanmamış sirkülere dayanılarak gerçekleştirilen özgürlükten mahrum bırakma uygulamasının, Sözleşme’nin 5(1) fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁵⁴

Ulusal hukukta bir ceza usul yasası *istisnai durumlarda* başvuruçunun suçlanmadan önce gözaltında tutulması gibi kısıtlayıcı tedbirler alınmasını öngörebilir. Ancak bu tür kısıtlayıcı tedbirlerin öngörüldüğü ceza yasalarının söz konusu istisnai

⁵⁵³ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, §§ 53-55. Ayrıca bkz., AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 41.

⁵⁵⁴ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996.

durumları *ayrıntılı bir şekilde* açıklaması ve bu istisnai durumların yargı kararları ya da uygulamalarla ortaya konması gerekmektedir. Aksi durumda Sözleşme'nin 5. maddesi açısından “yasanın niteliği” şartı karşılamamış olacaktır.⁵⁵⁵

Örneğin bir kişinin ulusal mevzuatta ya da ulusal mahkemelerin konu ile ilgili bir içtihadı bulunmaksızın bir “iddianame altında tutulması”⁵⁵⁶ (*under a bill of indictment*) Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali anlamına gelebilmektedir.⁵⁵⁷ *Baranowski/Polonya* davasında, başvuru usule uygun bir şekilde yakalanmış ve ardından kendisine isnat edilen dolandırıcılık suçundan iddianame ile gözaltına alınmıştır. Polonya'daki bu uygulama kişinin “iddianame ile gözaltında tutulması” olarak adlandırılmaktadır. Ancak, kişinin alıkoyma hali, savcılığın iddianameyi hazırlamasından sonra mahkeme tarafından hiçbir surette ele alınmamıştır. Polonya'da alıkonulan kişinin mahkemeye çıkarılmasına yönelik bu uygulama çerçevesinde, soruşturma aşamasında verilen alıkoyma emrinin süresi belirsizdir ve ulusal mahkemenin kendi alacağı kararda o esnada devam eden alıkoyma halinin uzatılıp uzatılmaması doğrultusunda ayrıca bir karar verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir uygulama boşluğunu gidermeye yönelik olan *iddianame ile gözaltında tutma* uygulamasının ne yasalarda ne de içtihatla herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.⁵⁵⁸

Dolayısıyla somut davada, hem soruşturma aşamasında verilen alıkoyma emrinin mahkeme aşamasında süresinin uzatılabilmesinin doğru olup olmadığına dair net bir yasal hüküm bulunmadığı, böyle bir hüküm varsa da yasada hangi şartlarda bu hükmün uygulanacağını belirtmediği, başvuru kanunda boşluk olması sonucu ortaya çıkan bu uygulama çerçevesinde belirsiz ve öngörülemez bir süre için alıkonulmuş

⁵⁵⁵ *Gusinskiy/Rusya*, no. 70276/01, 19/5/2004, § 63.

⁵⁵⁶ “Bill of indictment”, davacı/iddia makamı avukatının düzenlediği iddianame belgesi ile tutma anlamına gelmektedir. Bu uygulama Fransız hukuk sistemine özgü olup Türk hukukunda buna benzer bir uygulama bulunmamaktadır [yazarın notu].

⁵⁵⁷ *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000, §§ 50-58.

⁵⁵⁸ *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000, § 44.

olduğu ve bu uygulamanın herhangi bir yasa hükmüne ya da yargı kararına istinaden gerçekleştirilmemiş olduğu görülmektedir. Bu nedenlerle AİHM, “öngörülebilirlik” ve “kesin”likten uzak olması ve dolayısıyla keyfiliğe yol açabileceği gerekçesiyle, söz konusu uygulamanın Sözleşme’nin 5(1) fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁵⁹

Benzer biçimde *açık* herhangi bir yasaya dayanmaksızın yargılama öncesi tutukluluğun *otomatik* olarak yenilenmesi de Sözleşme’nin 5. maddesini ihlal eder.⁵⁶⁰ *Jėčius/Litvanya* davasında, katil zanlısı olan başvuru, gözaltı süresi sona ermiş olmasına rağmen tutulmaya devam edilmiştir. Bu durum, ulusal düzeydeki benzer davalarda sık rastlanan bir uygulama olup Sözleşme’nin gerekleriyle bağdaşmayan bir uygulama halini almıştır. AİHM, başvuruçunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasının *otomatik* olarak yenilenmesinin,⁵⁶¹ hukuki kesinlik ve kişinin keyfî uygulamalardan korunması ilkeleriyle⁵⁶² bağdaşmadığı kanaatine varmıştır.

Bireylerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarına dayanak teşkil eden yasaların *yeterli açıklıkta* olması ilkesiyle bağlantılı olarak bir özgürlükten mahrum bırakmanın dayanağı olan kanun maddesi, devletin yetkili makamları için dahi karışıklığa yol açacak derecede “belirsiz” (*uncertain*) ise söz konusu tutma, Sözleşme’nin 5. maddesi anlamında hukuka uygun bir tutma olarak değerlendirilemez.⁵⁶³ Ancak ulusal makamların uygulama alanı ile ilgili bir esnekliğinin de olduğunu unutmamak gerekir.⁵⁶⁴

Anayasa Mahkemesi de belirlilik ve hukuk güvenliği ilkelerini, hukuk devleti ilkesinin bir parçası olarak yorumlamaktadır. AYM, kişilerin hukuki güvenliğini

94. ⁵⁵⁹ *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000, §§ 54-55. Ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s.

⁵⁶⁰ *Svipsta/Letonya*, no. 66820/01, 09/03/2006, § 86.

⁵⁶¹ *Jėčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000, § 16.

⁵⁶² *Jėčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000, § 62.

⁵⁶³ *Jėčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000, § 59.

⁵⁶⁴ Bu duruma örnek olarak bkz., *Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 24838/94, 23/09/1998.

sağlamayı amaçlayan “hukuki güvenlik ilkesi”nin, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kıldığını; “belirlilik ilkesi”nin ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasının, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesinin gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁶⁵

Ulusal hukukta bireyin tutulmasının dayanağı bir yasa hükmünün bulunmaması,⁵⁶⁶ başvurucunun cezası bitmesine rağmen tutulmaya devam edilmesi⁵⁶⁷ ya da ulusal hukukun açıkça herhangi başka bir şekilde görmezden gelinmesi⁵⁶⁸ Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Ancak tutma kararındaki her tür eksikliğin bu kararı hukuka aykırı hale getirdiği de söylenemez. Özellikle bu eksiklik kanun metnindeki bir eksiklikten kaynaklanmakta ve ulusal mahkeme tarafından bu metne dayanılarak verilen karar olayla ilgisi bulunan herkes için açık ise, tutma kararının hukuka aykırı olduğunu söylemek güçtür.⁵⁶⁹

Özgürlükten mahrumiyet kararına dayanak teşkil eden yasanın belirli olması şartı, her ne kadar hukuk hiyerarşisinde aynı düzeyde olmasa da yasayla ilgili *diğer düzenlemeler* ya da belli bir yasa hükmünün nasıl yorumlanacağına dair açıklama getiren *içtihatlar* yoluyla da sağlanabilir. Ulusal makamlar tarafından tutarsız ve karşılıklı olarak birbirini ile çelişir şekilde yorumlanan yasa hükümleri de *kanunun*

⁵⁶⁵ AYM, E.2012/116, K.2013/32, K.T. 28/2/2013; AYM, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 25.

⁵⁶⁶ *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000 (Şüpheli hakkında hazırlanan iddianamenin savcılıkça tebliğ edildikten sonra ilgilinin tutulması halinin olağan bir uygulamaya dönüşmüş olması ile ilgilidir).

⁵⁶⁷ Başvurucunun cezaevinde kalacağı süreden fazla tutulması ve serbest bırakma kararının geç verilmesi ile ilgili olarak bkz., *Grava/İtalya*, no. 43522/98, 10/7/2003.

⁵⁶⁸ *Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan*, no. 19233/91 ve 19234/91, 25/9/1997 (Din adamı olan başvuruçuların askerlik yapmayacaklarına dair açık yasal düzenlemeye rağmen askerlik yapmalarını temin için tutuklanmaları ile ilgilidir).

⁵⁶⁹ *Jéčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000, § 69.

kalitesi kriterini karşılamakta yetersiz kalacaktır.⁵⁷⁰ Bununla beraber AİHM, ulusal düzeyde konu ile ilgili herhangi bir mahkeme içtihadının bulunmadığı bir durumda, ulusal mahkemelerin yasaya uygun hareket etmedikleri sonucunu çıkarmaktan çekinebilmektedir.⁵⁷¹

Örneğin başvurucunun asayışı bozduğu gerekçesiyle tutuklandığı *Steel/Birleşik Krallık* davasında AİHM, “asayışı bozmak” kavramının son yirmi yılda verilen ulusal yargı kararlarında netleştiğini ve bu durumun yalnızca can ve mala zarar veren ya da verebilecek olan ya da hareketlerinin sonucu diğer kişileri şiddete teşvik eden kişiler için geçerli olduğunu dikkate almış ve oldukça muğlâk olan asayışı bozmak kavramının yeterli bir şekilde tanımlanarak netlik kazandığına karar vermiştir.⁵⁷²

Ulusal hukuktaki bir tutmanın süresi, tutma bir ulusal mahkeme kararına dayanmakta ise *kural olarak* hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. AİHM, tutuklama kararında, sonradan tespit edilen bir eksiklik ya da aykırılığın, Sözleşme’nin 5(1) fıkrası anlamında tutukluluk işleminin kendisini hukuka aykırı hale getirmediğini kabul etmektedir.⁵⁷³ Sözleşme’nin 5(1) fıkrasına uyulup uyulmadığını tespit etmek için, açık bir şekilde geçersiz tutuklama kararları ile il bakışta (*prima facie*) geçerli olan ve bir üst yargı mercii tarafından iptal edilene kadar yürürlükte bulunanlar arasında temel bir ayırım yapılması gereklidir. Tutuklama kararında tespit edilen herhangi bir hukuka aykırılığın, AİHM içtihatlarında belirtilen, istisnai anlamda “ağır ve bariz bir aykırılık” (*clear and grave violation*) olması durumunda, bu kararın *ex facie* geçersiz olduğu kabul edilmelidir.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Nasrulloev/Rusya, no. 656/06, 11/10/2006, § 77; Jėčius/Litvanya, no. 34578/97, 31/7/2000, §§ 53-59.

⁵⁷¹ Włoch/Polonya, no. 27785/95, 30/3/2000, §§ 114-16.

⁵⁷² Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 24838/94, 23/09/1998.

⁵⁷³ Mooren/Almanya [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 74.

⁵⁷⁴ Marturana/İtalya, no. 63154/00, 4/3/2008, § 79; Liu/Rusya, no. 42086/05, 6/12/2007, § 81; Garabayev/Rusya, no. 38411/02, 7/6/2007, § 89.

Tutma kararı verilirken yapılan bir hata sonradan fark edildiğinde, bireyin tutulduğu sürenin geçerliliği ve hukukiliği geriye doğru (makabline şamil) etkilenmez.⁵⁷⁵ Ulusal düzeyde hukuka aykırı olarak verilen bir karara dayanılarak bireyin tutulması, eğer kararı veren yargıç, yetkisinin sınırları dâhilinde hareket etmişse, tutmanın devam ettiği süre boyunca Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından hukuka uygunluk şartını karşılamaya devam eder. Başvurucunun, hakkındaki tutuklama kararının hukuki olmama ihtimaline karşı bir üst mahkemeye itiraz edebilme imkânı var ise ve bu kararın üst mahkemece bozulma olasılığı mevcutsa, başvurucunun özgürlüğünden mahrum bırakılması hali hukuka uygun kabul edilir.⁵⁷⁶ Ancak hukuka aykırı tutukluluk kararı ortadan kaldırılıp yeni karar verilene kadar *makulün ötesinde* bir gecikmenin yaşanmasının da ihlale yol açabileceğini ifade etmek gerekir.

Tutmanın yasallığı ile ilgili bir diğer konu da uluslararası “diplomatik notalara” (*memorandum*) dayanılarak gerçekleştirilen tutmalardır. Her ne kadar diplomatik notalar uluslararası hukukun bir kaynağı olsalar da bu notalar yeterince *açık* ve *öngörülebilir* özelliklere sahip olmayabilmektedir. Açıklık ve öngörülebilirlik şartını karşılayamayan notalara dayanılarak gerçekleştirilen tutma, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına uygun değildir. Özellikle notalarda, mürettebatın olası yakalanma ya da tutulma durumları belirgin şekilde kurala bağlanmamışsa, tutmanın dayanağı olan yasal düzenleme yeterli *kesinlik* ve *öngörülebilirlik* şartını karşılayamadığından Sözleşme'nin 5(1) fıkrası ihlal edilmiş olur.⁵⁷⁷

Özgürlükten mahrumiyet halinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için ikinci olarak, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında yer alan hukuka uygunluk kriterinin *hukuki kesinlik* yanında, Sözleşme'de açık ya da zımni olarak belirtilen genel ilkelere ve

⁵⁷⁵ Harris et al., 2013, s. 137; *Douiyep/Hollanda* [BD], no. 31464/96, 4/8/1999, §§ 44-45.

⁵⁷⁶ *Perks/Birleşik Krallık*, no. 25277/94 vd., 12/10/1999.

⁵⁷⁷ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, §§ 96-100.

özellikle de Sözleşme'nin bütün maddelerine *içkin* bir kavram olan *hukukun üstünlüğü ilkesi* ile de uyumlu olması gerekmektedir.⁵⁷⁸ Bu anlayış öncelikle, Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen özel tutma şartlarının –bu şartlar ulusal mevzuatta bulunmasalar dahi– gözetilmesi endişesiyle bağlantılıdır. Bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılması uygulaması; bu kişinin Sözleşme'de güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerini de etkilemesi, bu mahrumiyetin keyfi bir şekilde uygulanan bir kanun hükmünden kaynaklanması ya da özü itibarıyla mahrumiyet uygulamasının yetersiz bir gerekçeden kaynaklanması durumunda Sözleşme'ye aykırılık teşkil eder. Bu açıdan herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının yalnızca ulusal hukuka esas ve usul olarak uymasının yanı sıra, kişinin keyfi uygulamalardan korunmasına ilişkin hükümler de içeren Sözleşme'nin 5. maddesinin *amacına da* uygun olması gerekir.⁵⁷⁹

D. Hukuka Uygunluk Zemininin Devamlılığı

Özgürlükten yoksun bırakma kararı, kararın verilme ve bu kararın uygulanması aşamasında hukuka uygun olarak *icra* edilmelidir.⁵⁸⁰ Hukukun üstünlüğü ilkesini benimsemiş demokratik bir toplumda, başlangıçta keyfi olarak uygulanan bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, sonradan hukuka uygun hale gelmesi/getirilmesi mümkün değildir.

Herhangi bir özgürlükten mahrumiyet tedbirinin uygulanmasında hukukilik zemini bu mahrumiyet devam ettiği sürece muhafaza edilmelidir. Bireyin tutulması başlangıçta hukuka uygun olmakla birlikte, hukuki zeminin bir süre sonra ortadan kalkması söz konusu olabilir. *Quinn/Fransa* davasında, Fransız kanunlarına tamamen uygun olarak alıkoyulmuş olan bir kişi için ulusal mahkeme tahliye kararı vermiştir.

⁵⁷⁸ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, § 130; *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 90.

⁵⁷⁹ Bu konuda bkz., *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998; *Herczegfalvy/Avusturya*, no. 10533/83, 24/09/1992, § 63.

⁵⁸⁰ Bu konuda bkz., *Kucheruk/Ukrayna*, no. 2570/04, 6/9/2007.

Ancak, mahkemenin bu kararının üzerinden yaklaşık on bir saat geçmesine rağmen başvuru alıkonulmaya devam edilmiş, kendisine mahkemece verilen tahliye kararı bildirilmemiş, yetkili makamlarca kararın infazıyla ilgili herhangi bir girişimde bulunulmamış ve bu süre zarfında savcılık, mahkemenin tahliye kararının uygulanmasından kaçınmaya yol açacak şekilde, başvuru başına başka bir ülkeye iade edilmesiyle ilgili işlemlerle uğraşmıştır. AİHM, mahkeme kararına uyulmasında bir miktar gecikme olabileceğini kabul etmiş, ancak somut olaydaki gecikmenin Sözleşme'nin 5. maddesi açısından kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.⁵⁸¹

Labita/İtalya davasında da AİHM, alıkoymaya yönelik başka bir sebep olup olmadığını tespit etmekle görevli kayıt memurunun o anda orada bulunmaması nedeniyle başvuru hapishaneden tahliyesinde yaşanan on saatlik gecikmeyi Sözleşme'nin 5. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁸² *K.-F./Almanya* davasında ise, ulusal kanunlar kimlik tespitinin yapılabilmesi için bir kişinin on iki saate kadar alıkoymasına imkân verirken, somut olayda başvuru bu on iki saatlik süreden kırk dakika daha uzun bir süre alıkonulmuştur.⁵⁸³ Davalı devlet, bu sürenin söz konusu kişiye ait bilgilerin kaydedilmesi için gerektiğini iddia etmiştir. AİHM, kişiye ait bilgilerin kaydedilmesinin de kimlik tespit işlemlerinin bir parçası olduğuna işaret ederek, bu amaçla kanunen tanınan sürede bu işlemin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirterek 5. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁵⁸⁴

E. Özgürlükten Mahrum Bırakma Konusundaki İspat Yükümlülüğü

Ceza hukukunun ilkelerine göre, kişinin suçluluğu veya medeni sorumluluğu konusunda karar vermek AİHM'nin görev alanı dâhilinde değildir; ancak AİHM, taraf

⁵⁸¹ *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/03/1995.

⁵⁸² *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000.

⁵⁸³ *K.-F./Almanya*, no. 25629/94, 27/11/1997.

⁵⁸⁴ Kanunlarla tanınan azami yirmi dört saatlik gözaltı süresinin yirmi iki ve otuz saat arasında değişen sürelerle aşılmasının ihlal olduğuna dair bkz., *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 8/6/1976.

devletlerin Sözleşme bakımından sorumluluğunu belirlemekle yükümlüdür. Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince AİHM'ye verilen görevin özelliği, Yüksek Sözleşmeci Taraflar'ın taahhütlerini yani Sözleşme'de yer alan temel hakların tanınmasına saygı gösterilmesini sağlamak ve delillerle ilgili sorunların ele alınmasına yönelik koşulları belirlemektir. AİHM'ye yapılan başvurular kapsamında ne delil unsurları ne de onların değerlendirilmesi için önceden belirlenmiş uygulanabilir işlemlerin yapılmasına dair herhangi bir yargısal engel bulunmamaktadır.⁵⁸⁵

AİHM, somut vakılardan ve tarafların gözlemlerinden ortaya çıkabilen sonuçlar da dâhil olmak üzere, bütün delil unsurlarının *bağımsız olarak değerlendirilmesiyle desteklenen* tüm tespitleri kabul eder ve göz önünde bulundurur. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre delil, *emarelerin* veya *çürütülmeyen* yeterince önemli, kesin ve uygun düşen *karinelerin* tamamından meydana gelir. Ayrıca, tam bir sonuca ulaşmak için gereken inandırıcılık derecesi ve ispat yükümlülüğünün paylaştırılması esasen davaya özgü koşullara, iddianın niteliğine ve Sözleşme hukukuna bağlı olarak değişiklik gösterebilir. AİHM, aynı zamanda Sözleşme'ye taraf olan bir devletin temel hakları ihlal etmiş olmasına dair tespitin ağırlığını da dikkate alır.⁵⁸⁶

AİHM, ispat yükümlülüğüne dair Sözleşme ile öngörülen “müddei iddiasını ispatla mükelleftir” (*affirmanti incumbit probatio*) ilkesinin⁵⁸⁷ her durumda katı bir biçimde uygulanması gerekmediğini ifade etmektedir. AİHM, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri kapsamındaki içtihatlarında olduğu gibi, gözaltında tutulan kişilerle ilgili olarak da, bu süreç boyunca meydana gelen her türlü ölüm veya yaralanma durumlarının, bu olayların kamu makamlarından kaynaklı olduğuna dair kuvvetli

⁵⁸⁵ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 87.

⁵⁸⁶ *Natchova ve Diğerleri/Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, 6/7/2005, § 147; *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 88.

⁵⁸⁷ Reid, 2012, s. 71-72.

şüpheler oluşturduğunu varsaymaktadır. Böyle bir durumda ispat yükümlülüğüne ilişkin sorumluluk, tatmin edici ve ikna edici bir açıklama yapması gereken makamlara aittir.⁵⁸⁸

Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri bakımından geçerli olan ispat yükünün kamu makamlarına ait olması ilkesi,⁵⁸⁹ Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında incelenen *gaiplik* durumları için de geçerlidir. Bir kişinin kamu makamlarınca gözaltında tutulduğu kanıtlanmamasına rağmen, kişinin yetkili merciler tarafından resmen mahkemeye çağrıldığı, yetkili makamların kontrolü altında bir yerde tutulduğunun ve bir daha görülmediğinin kabul edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda devlet, yetkili mercilerde meydana gelen somut vakıalar hakkında makul ve tatmin edici bir açıklama yapmakla ve ilgilinin yetkili merciler tarafından tutuklanmadığını ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaksızın olay yerinden ayrıldığını ispatlamakla yükümlüdür.⁵⁹⁰

Fatma Akaltun Fırat/Türkiye davasında başvuru, polis odasında yaklaşık bir saat boyunca kaldığını iddia etmiştir ve davalı hükümet bu iddiaya itiraz etmemiştir. Olayın nasıl meydana geldiğinin detaylı olarak anlatımı bir tarafa, olay zamanını ortaya koyan herhangi bir resmi belgenin de bulunmayışı⁵⁹¹ AİHM tarafından, başvurunun haklı bulunması gerektiği şeklinde değerlendirmiştir.⁵⁹² Dolayısıyla AİHM, somut olayda, başvurunun yaklaşık bir saat boyunca polis odasında tutulduğunu kabul etmiştir.⁵⁹³

⁵⁸⁸ *Rupa/Romanya* (no.1), no. 58478/00, 16/12/2008, § 97; *Salman/Türkiye* [BD], no. 21986/93, 27/6/2000, § 100; *Çakıcı/Türkiye* [BD], no. 23657/94, 8/7/1999, § 85.

⁵⁸⁹ Bu konuda bkz., Bülent Algan, “İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu” içinde *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara, AÜHF Yay. (No:316), 2011, s. 23.

⁵⁹⁰ *Youssoupova ve Zaourbeko/Rusya*, no. 22057/02, 9/10/2008, § 52; *Tanış ve Diğerleri/Türkiye*, no. 65899/01, 2/8/2005, § 160.

⁵⁹¹ Bu konuda bkz., *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 90.

⁵⁹² Bu konuda bkz., *Baisuev ve Anzorov/Gürcistan*, no. 39804/04, 18/12/2012, § 52.

⁵⁹³ *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, no. 34010/06, 10/09/2013, § 34.

F. Tutmanın Keyfi Olmaması

Sözleşme'nin 5. maddesi, demokratik toplumda, yetkililer tarafından keyfi olarak alıkonulmalara karşı bireyin haklarını güvence altına almakta ve bireylere belli teminatlar sağlamaktadır. Kişilerin keyfi müdahalelere karşı korunması konusunda Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen garanti ve güvenceler demokratik toplumlarda esaslı bir öneme sahiptir.⁵⁹⁴ Bu bağlamda bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması tedbirinin, yalnızca ulusal hukukun maddi ve usul kurallarına uygunluk içinde yürürlüğe konulması yeterli olmayıp aynı zamanda keyfilikten uzak olması da gerekir.⁵⁹⁵

Keyfi tutuklama riskini asgariye indirmek amacıyla, Sözleşme'nin 5. maddesi, hürriyetten yoksun bırakma eyleminin bağımsız hukuki soruşturmaya tabi olduğundan emin olmayı öngörmekte ve bu tedbir için yetkililerin hesap verme zorunluluğunu güvence altına almaktadır. Bir bireyin mahkemece onaylanmamış tutukluluğu, bu garantilerin tam anlamıyla kısıtlanması ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ağır şekilde ihlal edilmesi anlamına gelir. Yetkililerin, kişinin kaybolma riskine karşı etkili tedbirler almak ve gözaltına alınıp o tarihten sonra kendisinden haber alınamadığına ilişkin tartışılabilir bir iddiaya yönelik hızlı ve etkili bir soruşturma açma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵⁹⁶

Özgürlükten mahrumiyet uygulamasına yetki veren bir ulusal kanun, her türlü hukuka uygunluk kriterini karşılarsa ve Sözleşme ile uyumlu olmasa dahi, bir keyfilik unsuru içermekte ise hukuka uygun olarak kabul edilemez. Bu nedenle herhangi bir bireyin tutulmasının ulusal hukukun usul ve esasına dair kurallarına uygun olarak tutulmasının yanı sıra tutmanın *keyfilikten korunması amacıyla da (purpose of protection from arbitrariness)* uygun olması gerekmektedir. Ulusal hukuka uygun olarak

⁵⁹⁴ *James, Wells ve Lee/Birleşik Krallık*, no. 25119/09 vd., 18/09/2012, § 187; *Clift/Birleşik Krallık*, no. 7205/07, 13/3/2010, § 62.

⁵⁹⁵ *Er ve Diğerleri*, no. 23016/04, 31/07/2012, § 102.

⁵⁹⁶ *Meryem Çelik ve Diğerleri/Türkiye*, no. 3598/03, 16/04/2013, § 83.

gerçekleştirilen ancak *keyfi olmama* kriterini karşılamayan bir tutma Sözleşme’ye aykırılık oluşturur.⁵⁹⁷ Bu noktada AİHM’nin, tutmanın keyfilikten arındırılması kriterine, ulusal hukuka uygunluk kriterinden daha fazla değer atfettiğini de vurgulamak gerekir.⁵⁹⁸

Anayasa Mahkemesi de bir tutmanın keyfilikten arınmış olması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Anayasa metninde tutmanın keyfi olmaması gerektiğine dair bir ilke bulunmayıp, bu ilke Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. AYM öncelikle, Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususların bireysel başvuru incelemesinde ele alınamayacağını, tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanmasının derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirtmektedir.⁵⁹⁹ Bu husus Anayasa’nın 148(4) fıkrasında “[b]ireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” denilerek kurala bağlanmıştır. Ancak AYM, kanun veya Anayasa’ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik olması halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerektiği ve aksinin kabulünün bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmayacağı yönünde karar vermiştir.⁶⁰⁰

Özgürlük ve güvenlik hakkından mahrumiyetin *keyfi* olmaması gerektiğine ilişkin ilke, AİHM içtihatlarıyla ortaya konmuştur.⁶⁰¹ Anayasa’da olduğu gibi hangi durumların Sözleşme’nin 5(1) fıkrası bağlamında keyfilik oluşturduğuna dair genel bir ilke

⁵⁹⁷ *Creangă/Romanya* [BD], no. 29226/03, 23/2/2012, § 84; *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 164.

⁵⁹⁸ *Guide on Article 5*, 2012, § 27. Ayrıca bkz., *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 67.

⁵⁹⁹ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 48; AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 36.

⁶⁰⁰ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 48; AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 36.

⁶⁰¹ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 68.

bulunmamakla beraber AİHM'ye göre Sözleşme'nin 5(1) fıkrası çerçevesinde keyfilik kavramı, somut olaydaki tutma türüne göre değişebilmektedir.⁶⁰² Keyfiliğin tanımı konusunda her ne kadar genel bir ilke bulunmasa da AİHM içtihatlarında istikrar kazanmış üç kriterin varlığından söz etmek mümkündür.

Öncelikle ulusal hukuka lâfzen uygun olduğu halde, kamu makamlarının kötü niyeti veya hilesi varsa, bireyin söz konusu olayda tutulması keyfi olarak nitelendirilir.⁶⁰³ Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına uygun olmakla birlikte maddede belirtilen sebeplerinden en az birine dayanmayan tutma, hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların öngörüldükleri amaç dışında uygulanamayacağına dair Sözleşme'nin 18. maddesi bağlamında değerlendirmeye tabi tutulabilir.⁶⁰⁴ İkinci olarak keyfiliğin olmaması şartı, hem tutma kararının ve hem de bu kararının icrasının Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ilgili bentlerinde izin verilen kısıtlama sebeplerinin amacına uygun olmasını gerektirir.⁶⁰⁵ Son olarak, dayanılan özgürlükten yoksun bırakma sebebi ile tutma yeri ve koşulları arasında bir ilişki bulunmalıdır.⁶⁰⁶

Yukarıda ifade edilen ilkeler Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının kapsamındaki tüm tutma türleri için uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, tutmanın keyfi olmasının önüne geçmek için AİHM, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının uygulanacak olan bendine göre, ilgili bentte belirtilen amacın gerçekleştirilmesi için tutmanın “gerekli olup olmadığı”nın belirlenmesi şeklinde *daha katı bir standart* öngörebilir.

⁶⁰² X./Finlandiya, no. 34806/04, 3/07/2012, § 146.

⁶⁰³ X./Finlandiya, no. 34806/04, 3/07/2012, § 147; Saadi/Birleşik Krallık [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 69; Çonka/Belçika, no. 51564/99, 5/2/2002, §§ 41-42.

⁶⁰⁴ Harris et al., 2013, s. 138, *dipnot* 134. Ayrıca bkz., Gusinskiy/Rusya, no. 70276/01, 19/5/2004, §§ 73-78.

⁶⁰⁵ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 371-72; Harris et al., 2013, s. 138. Bu konuda ayrıca bkz., O'Hara/Birleşik Krallık, no. 37555/97, 16/10/2001, § 34.

⁶⁰⁶ Saadi/Birleşik Krallık [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 69; Enhorn/İsveç, no. 56592/00, 25/1/2005, § 42.

Özellikle Sözleşme'nin 5(1)(b), (d), (e) bentleri bağlamında *keyfilik* olup olmadığının değerlendirmesi, tutmaya dayanak olarak gösterilen amacı gerçekleştirmek için tutmanın *gerekli* olup olmadığının değerlendirilmesi şeklinde ortaya çıkar. AİHM'ye göre bunun nedeni, bir bireyin tutulmasının son derece *ağır* bir tedbir olmasıdır. Bu tedbire ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü fakat ilgili kişinin tutulmasındaki bireysel yararı ya da kamu yararını (*public interest*) korumada yetersiz kalacağının anlaşıldığı durumlarda *son çare* olarak başvurulması haklı görülebilir.⁶⁰⁷ Örneğin, bireyin Sözleşme'nin 5(1)(b) bendi bağlamında hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutulması söz konusu olduğunda, bu yükümlülüğü hemen yerine getirmenin demokratik bir toplumda sahip olduğu önem ile bireyin özgürlük hakkının önemi arasında *adil bir denge* kurulması başka bir anlatımla “orantılılık ilkesi”ne (*proportionality*) uyulması gereklidir.

Witold Litwa/Polonya davasında bir gözü tamamen kör, diğer gözü ise görme yeteneğini önemli ölçüde yitirmiş olan başvuru, sarhoş olarak, kendisine ait postaların açılarak içindekilerin boşaltıldığına ilişkin şikâyetle bulunduğu posta idaresi görevlilerine karşı saldırgan davranışlar göstermesi üzerine, posta görevlilerince çağrılan polis tarafından bir ayıltma merkezine konulmuştur. Ancak, her ne kadar başvuru alıkonulması Sözleşme'nin alkoliklerin durumunun düzenlendiği 5(1)(e) fıkrası hükümlerine uygun bir gerekçeyle gerçekleştirilmiş olsa da kişinin kendisi ya da kamu için bir tehdit unsuru olmaması ve görme engelli olması nedeniyle somut olayda alıkoyma yetkisinin kullanılması açık bir şekilde *gereksiz* bulunmuştur. Ayrıca, kanunlarda bu tür bir maddenin etkisi altında olan kişilere ne şekilde muamele edileceği ile ilgili olarak, bu kişinin bir sağlık kurumuna sevk edilmesi ya da evine gönderilmesi

⁶⁰⁷ Harris et al., 2013, s. 139; *Witold Litwa/Polonya*, no. 26629/95, 4/4/2000, § 78; *Enhorn/İsveç*, no. 56592/00, 25/01/2005, § 44; *Hilda Hafsteinsdóttir/İzlanda*, no. 40905/98, 8/6/2004, § 51.

gibi daha hafif tedbirlere ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Ancak somut davada bu tedbirler hiç dikkate alınmadığından başvurucunun özgürlükten mahrum bırakılmasına dair uygulama, şekli olarak hukuki olmasına rağmen yetkinin keyfî kullanımına dönüşmüştür ve bu haliyle hukuka aykırı bulunmuştur.⁶⁰⁸

Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan davasında da Yehova Şahidi olan iki başvurucuya askerlik görevlerini yapmak üzere celp gönderilmiş, ancak başvuru birliğine katılmayı ve askeri üniformayı giymeyi reddettikleri için itaatsizlik yaptıkları gerekçesiyle mahkûm edilerek hapse konulmuşlardır. Başvurucular bu süreçte sürekli olarak din adamı olduklarını ve bu nedenle de askerlik hizmetinden muaf olduklarını dile getirmişlerdir. AİHM, bu tür bir muafiyetin Yehova Şahitleri için uygulanmasına ilişkin Yunan Yüksek İdare Mahkemesinin içtihadı olmasına rağmen, başvuru birliğinin davasını inceleyen askeri mahkemelerin bu içtihadı kasten görmezden geldiğini tespit etmiştir. Somut olayda başvuru birliğinin hakkında yürütülen ve özgürlükten mahrum bırakılmalarına yol açan uygulamanın, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası bağlamında keyfi ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu değerlendirilmiştir.⁶⁰⁹

Ancak bu yaklaşım AİHM tarafından Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bağlamındaki başvurularda benimsenmemiştir. Zira bu bende göre bir bireyin ülke topraklarına usulüne aykırı olarak girmesi ya da hakkında derdest sınır dışı veya iade işlemine dayanılarak tutulması durumunda böyle bir tutma ilke olarak keyfi olarak nitelendirilemez. Ancak özgürlük ve güvenlik hakkının önemi karşısında Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi kapsamındaki tutmanın da belli koşullarda gerçekleşmesi gerekir. Örneğin, bireyin ülke topraklarına usulüne aykırı olarak girmesi durumunda tutmanın makul olan süreden fazla sürmemesi ve sınır dışı etme işlemlerinin azami titizlikle yürütülmesi zorunludur. Diğer yandan, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bakımından bir tutmanın keyfilik

⁶⁰⁸ Witold Litwa/Polonya, no. 26629/95, 4/4/2000.

⁶⁰⁹ *Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan*, no. 19233/91 ve 19234/91, 25/9/1997.

içermemesi için iyi niyetle yapılmış olması, kişinin izinsiz girişini önlemek amacıyla sıkı sıkıya bağlantılı olması, bu tedbirin suç işleyen kişilere değil hayatlarından endişe ederek kendi ülkelerinden kaçan yabancılara uygulandığının göz önünde bulundurulması ve izlenen amacın gerektirdiği makullüğü aşmayacak bir süre devam etmesi gerekir.⁶¹⁰

Hukuka uygun bir yetkinin özellikle “yasadışı bir amaç”ı gerçekleştirmek üzere kullanılması da keyfilik olarak değerlendirilmektedir. *Bozano/Fransa* davasında başvuru, sözde sınır dışı edilmek üzere alıkonulmuş, ancak alıkonulma hali başvurunun bir başka ülkeye iadesiyle ilgili kısıtlamalardaki boşluktan yararlanmak amacıyla kullanılmış ve böylece söz konusu kişinin İtalya’ya iadesi Fransız mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak başvuru, Fransız mahkemelerinin kararı üzerine serbest bırakılmasının üzerinden bir aydan fazla bir zaman geçtikten sonra tutuklanmış ve gözaltında tutulduğu sırada ülkesine iadesiyle ilgili işlemler sürerken verilen bir sınır dışı kararı kendisine bildirilmiştir. Bunu müteakiben başvuru, İspanya sınırı çok daha yakında olmasına rağmen İsviçre sınırına getirilmiş ve İsviçre polisine teslim edilmiştir. Bu ülkede İtalya’ya iade işlemleri tamamlandıktan sonra başvuru, cezasını çekmek üzere İtalyan’da hapisine konulmuştur.⁶¹¹

AIHM, sınır dışı işlemlerinde başvurunun durumunu düzeltecek hiçbir etkili girişimde bulunamamasına yol açacak kadar gecikme olduğunu, yapılan işlemlerin İsviçre ve İtalya’ya önceden bildirilmiş olduğunun ortaya çıktığını, başvurucuya, oturma izni talebi reddedildikten sonra kendisi hakkında sınır dışı emri çıkartıldığının bildirilmemiş olduğunu, başvurunun ani bir şekilde yakalanarak avukatıyla görüştürülmediğini ve sınır dışı edildikten sonra kendisine gidecek bir ülke seçeneği sunulmadığını tespit etmiştir. Kararda tüm bu verilere göre bu tür bir “örtülü iade”

⁶¹⁰ *Saadi/İtalya* [BD], no. 37201/06, 28/02/2008, § 74.

⁶¹¹ Bu konuda ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 78.

işlemi sonucunda başvuruçunun özgürlüğünden keyfi bir şekilde mahrum edildiği ve bu uygulamanın Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına göre hukuka aykırı olduğu tespit edilmiştir. AİHM ayrıca, her bir durumun ayrı ayrı en temel anlamda hukuk gözetilmeksizin gerçekleştiğini ve bu tespitlerden herhangi birinin dahi tek başına bu anlamda ulusal hukuktaki keyfi uygulamanın mevcudiyetini ortaya koymada yeterli olduğunu vurgulamıştır.⁶¹²

AİHM, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi gereğince mahkûmiyetten sonra hapsedme uygulamasında keyfilik bulunmaması koşulu bakımından, maddenin diğer bentleri ile ilgili yukarıda açıklanandan farklı bir tutum içerisinde. Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi açısından AİHM, bireye verilen cezayı veya cezanın süresini inceleme konusu yapmaksızın, yerel mahkemelerce kurulan hüküm ile bu hükme dayanılarak gerçekleştirilen tutma tedbiri arasında *asgari illiyet bağ*ının mevcut olduğu durumda keyfiliğe karşı güvencelerin sağlandığını kabul etmektedir.⁶¹³

Tutmanın keyfi olmaması konusunda üzerinde durulması gereken son bir nokta da ulusal mahkemelerin, süresi dolan ya da hatalı verilen bir tutma kararının yerine yenisini vermeleri konusundaki “hız”larıdır.⁶¹⁴ Her davanın kendi koşullarına göre değişim göstermekle birlikte tutma kararlarının yenilenmesi işleminin olabildiğince hızlı gerçekleştirilmesi gerekir.⁶¹⁵

G. Mahkeme Kararının Anlamı⁶¹⁶

Yetkili bir mahkeme kararına dayanılarak tutulan bir bireyin özgürlüğünden mahrum kaldığı sürenin, kural olarak, yasaya uygun (*lawful*) olduğu varsayılmaktadır.

⁶¹² *Bozano/Fransa*, no. 9990/82, 18/12/1986.

⁶¹³ Harris et al. 2013, s. 139; *T./Birleşik Krallık* [BD], no. 24724/94, 16/12/1999.

⁶¹⁴ *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 80.

⁶¹⁵ Bu konuda bkz., *Khudoyorov/Rusya*, no. 6847/02, 08/11/2005; *Minjat/İsviçre*, no. 38223/97, 28/10/2003.

⁶¹⁶ “Mahkeme kararı” ifadesi ile esasa (*judgement*) ya da kabul edilebilirliğe (*decision*) ilişkin kararlardan farklı olarak tutuklamaya ilişkin karar (*order*) kastedilmektedir [yazarın notu].

Ancak bireyin tutulmasının dayanağı olan mahkeme kararının daha sonra ulusal düzeyde bir üst mahkeme tarafından yasaya uygun bulunmayıp bozulması mümkündür. Bu durumda bireyin tutulmasına izin veren ilk karara dayanılarak bireyin tutulu olarak geçirdiği sürenin hukuki olmadığı söylenemez.⁶¹⁷

Bir tutma uygulaması, bazı durumlarda usul kuralları açısından bazı eksiklikler taşıyabilir. AİHM de bireyin tutulmasına ilişkin usullerde bazı kusurların olabileceğini ancak, eğer tutmanın yasal olduğuna ulusal mahkemelerce karar vermişse, söz konusu tutmanın yasanın öngördüğü usule uygun olarak gerçekleştirildiğini kabul etmektedir.⁶¹⁸ Dolayısıyla ulusal mahkemelerce verilen tutma kararlarında mevcut olan kusurlar, bu karara dayanan tutmanın süresini mutlaka Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına göre hukuka aykırı hale dönüştürmez.⁶¹⁹

AİHM, davanın taraflarına duruşmaya ilişkin bildirimde bulunulmadığı,⁶²⁰ ulusal mahkemelerce ulusal mevzuatın gerektirdiği şekilde soruşturma yürütülmediği⁶²¹ ya da ulusal mahkemelerin tutmaya alternatif tedbirleri uygun usulde değerlendirmede⁶²² durumlarda tutma kararını başka hiçbir hususa bakmaksızın açıkça geçersiz kabul etmektedir. Diğer taraftan AİHM, ulusal mahkemelerin yargılamayı yürütmesinde ağır ve açık olarak usulsüzlük yaptığına dair herhangi bir kanıtın bulunmadığı durumlarda, tutmanın yasal olduğuna hükmetmektedir.⁶²³

H. Kararların Gerekçelendirilmesi

Bireyin tutulmasının Sözleşme'nin 5(1) fıkrası kapsamında yasaya uygunluğunun değerlendirmesinde dikkate alınan bir diğer husus da tutma kararlarının gerekçeleridir.

⁶¹⁷ *Bozano/Fransa*, no. 9990/82, 18/12/1986, § 55.

⁶¹⁸ *Erkalo/Hollanda*, no. 3807/94, 02/09/1998, §§ 55-56.

⁶¹⁹ Guide on Article 5, 2012, § 29.

⁶²⁰ *Khudoyorov/Rusya*, no. 6847/02, 08/11/2005, § 129.

⁶²¹ *Lloyd/Birleşik Krallık*, no. 29798/96 vd., 01/03/2005, §§ 108, 116.

⁶²² *Lloyd/Birleşik Krallık*, no. 29798/96 vd., 01/03/2005, § 113.

⁶²³ *Lloyd/Birleşik Krallık*, no. 29798/96 vd., 01/03/2005, § 114.

Tutma kararlarının *gerekçesiz* ya da *eksik gerekçelere* dayanılarak verilmesi Sözleşme'nin 5(1) fıkrası bakımından sorun oluşturmaktadır. Adli makamlarca verilen uzun süreli tutma kararlarında herhangi bir gerekçenin bulunmaması, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası çerçevesinde tutmanın keyfi olmaması prensibine aykırılık teşkil eder.⁶²⁴ Benzer şekilde aşırı şekilde *kısa* olan ve tutmaya izin veren herhangi bir *yasal düzenlemeye atıfta* bulunmayan bir tutma kararı da keyfilikten yeterli ölçüde koruma sağlamayacaktır.⁶²⁵

Ulusal mahkemelerin başvuruçunun tutulması için *bazı gerekçelerin var olduğu* kanaatine vardığı durumlarda AİHM, başvuruçunun iç hukuka uygun olduğuna hükmedebilmektedir. Ayrıca ulusal mahkemelerin tutma kararının gerekçesindeki eksiklikler nedeniyle bozulduğu, ancak başvuruçunun tutulması için bazı nedenlerin olduğunun değerlendirdiği durumlarda tutuklunun tahliye talebinin reddedilerek tutulmanın yasaya uygunluğunun belirlenebilmesi için davanın alt mahkemeye gönderilmiş olması Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına aykırılık teşkil etmeyebilir.⁶²⁶ Bu noktada üzerinde durulması gereken asıl mesele somut gerekçelere dayanan ve belirli bir zaman sınırı koyan bir tutuma kararının var olup olmadığıdır.⁶²⁷ Tutma kararlarının gerekçeli olması konusuna çalışmanın ileriki kısımlarında ayrıntılı olarak değinilmiştir.

İ. Usule İlişkin Kabul Edilebilir Kusurlar

Tutmanın usulüne ilişkin bazı kusur ya da eksiklikler, kişinin tutulmasının yasaya uygunluğunu yine de ortadan kaldırmayabilir. Örneğin, tutuklama müzekkeresi ya da

⁶²⁴ *Stašaitis/Litvanya*, no. 47679/99, 21/03/2002, §§ 66-67.

⁶²⁵ *Khudoyorov/Rusya*, no. 6847/02, 08/11/2005, § 157.

⁶²⁶ *Minjat/İsviçre*, no. 38223/97, 28/10/2003, §§ 43, 47. Ayrıca bkz., Guide on Article 5, 2012, §§ 32-33.

⁶²⁷ *Meloni/İsviçre*, no. 61697/00, 10/4/2008, § 53.

tutuklama kararındaki bir yazım hatasının daha sonra yetkili makamlarca düzeltilmesi AİHM tarafından özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiştir.⁶²⁸

Ulusal mahkemelerin kendi kararlarını desteklemek veya doğrulamak için kullandıkları olguları dikkate alarak tutmaya dayanak olarak gösterdikleri gerekçeleri değiştirmeleri de tutmayı baştan itibaren hukuki olmaktan çıkarmaz.⁶²⁹ Ancak tutmanın dayanağının değiştirilebilmesi için yeterli gerekçelerin açıkça ortaya konulması zorunludur. Herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın ya da yeterli olmayan nedenlerle tutma kararının dayanağının değiştirilmesi Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlali anlamına gelebilmektedir.⁶³⁰

J. Salıverilme Kararının İcrasının Gecikmesi

Bireyin, hakkında ulusal bir mahkeme tarafından verilmiş olan salıverilme kararı bulunmasına rağmen özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam edilmesi hiçbir hukuk devletinde kabul edilemez.⁶³¹ Bununla beraber uygulamada birey hakkında verilen tutulmanın sonlandırılması kararının icrasında bazı gecikmelerin olabileceğini de kabul etmek gerekir. Tutuklunun salıverilmesi kararlarının icrası bakımından önemli olan, salıverilme kararının icrasındaki gecikmelerin *asgari* seviyede olması ve kamu makamlarınca bu yönde bir *çaba* sarf edilmesidir.⁶³²

K. Tutmanın Hukuka Uygunluğu İle İlgili Özel Durumlar

Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olup olmadığını belirlemek için olayın somut koşullarından hareket edilmeli ve alınan önlemin *niteliği, süresi, etkileri ve uygulanması* gibi kriterlerin tamamı göz önüne

⁶²⁸ *Nikolov/Bulgaristan*, no. 38884/97, 30/1/2003, § 63; *Douiyep/Hollanda* [BD], no. 31464/96, 4/8/1999, § 52.

⁶²⁹ Guide on Article 5, 2012, § 34.

⁶³⁰ *Calmanovici/Romanya*, no. 42250/02, 1/7/2008, § 65.

⁶³¹ *Assanidze/Gürcistan* [BD], no. 71503/01, 8/4/2004, § 173.

⁶³² Başvurucunun salıverilmesindeki on bir saatlik gecikmenin özgürlük hakkını ihlal ettiği konusunda bkz., *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/03/1995.

alınmalıdır.⁶³³ Şüphesiz Sözleşme tarafından korunan haklara bir zarar verilip verilmediğine karar vermek için görünenin ve kullanılan sözcüklerin ötesinde gerçekliğin sınırını çizmeye dikkat etmek gerekir.⁶³⁴

1. Bireyin Kayıtsız Olarak Tutulması

Özgürlüğünden mahrum bırakma tedbirinin “hukukilik şartı”nı karşılayabilmesi için bu tedbirin usulüne uygun olarak kayıt altına alınmış (*register*) olması gerekir. Uygulamada özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin *süresi*, tutulan kişinin *kimliği*, bireyin tutulduğu *yer*, tutulma *sebebi* gibi unsurlar, yetkililer tarafından *mutlaka* kayda geçirilmelidir. Ayrıca tutmanın tarihinin, süresinin, yerinin, tutma nedenlerinin ve tutma işlemini gerçekleştiren görevlilerin isimlerinin kayıtlarda salt olarak yer alması yeterli değildir. Bu kayıtların gerçek durumu yansıtır nitelikte olmaları da ayrı bir zorunluluktur.⁶³⁵ Bir kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı halde bu duruma dair bir kaydın bulunmaması ya da tutulan kayıtların gerçek durumu yansıtmaması özgürlük hakkının *ağır* bir şekilde ihlali (*grave violation*) anlamına gelir.⁶³⁶

Özgürlükten mahrumiyet uygulamasına dair kayıt tutulmaması, özgürlük hakkı ile birlikte yaşam hakkı ihlallerinin de gündeme gelmesine neden olabilir. AİHM, birçok kararında kayıtsız tutulan, ancak daha sonra yetkili makamlarca tutulduğu inkâr edilen kişilerin durumunu büyük bir titizlikle incelemiş ve bu tür kayıp olaylarında kişinin yaşam hakkı ile birlikte Sözleşme’nin 5. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶³⁷

⁶³³ *Mogos/Romanya* (kk), no. 20420/02, 6/5/2004.

⁶³⁴ Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi açısından bkz., *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982, § 35.

⁶³⁵ *Çakıcı/Türkiye* [BD], no. 23657/94, 08/07/1999, § 105.

⁶³⁶ *Baisuev ve Anzorov/Gürcistan*, no. 39804/04, 18/12/2012, § 59; *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998, § 125.

⁶³⁷ Bu konuda bkz., *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998; *Çakıcı/Türkiye* [BD], no. 23657/94, 08/07/1999.

Kayıt tutulmaması ayrıca tutulan kişinin Sözleşme'nin 5(2) – (5) fıkralarında yer alan haklarını kullanamaması sonucunu da ortaya çıkarmakta ve böylece Sözleşme'nin bu fıkralarının da *ağır şekilde* ihlal edilmesine neden olmaktadır. AİHM'ye göre tutmanın tarihi, yeri ve zamanı (saat, dakika dâhil) ile tutulan kişinin ismi, tutma sebepleri ve tutmayı gerçekleştiren kişinin adı gibi bilgilerin kaydedilmemesi –kişinin kamu görevlileri tarafından tutulduğunun kanıtlanmış olması kaydıyla– hukukilik şartına ve Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına aykırılık oluşturur.⁶³⁸

CMK'nın 97. maddesine göre yakalama işleminin bir tutanağa bağlanacağı, bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı hususlarının açıkça yazılması gerekir. Ayrıca CMK'nın 99. maddesine göre de gözaltına alınan kişilerin hangi görevlinin sorumluluğuna bırakılacağı, gözaltı işlemlerine ilişkin kayıt ve defterlerin nasıl tutulacağı, gözaltına alınmanın başlangıcında ve bu tedbire son verildiğinde hangi tutanakların tutulacağı ve gözaltına alınan kişiye hangi belgelerin verileceğinin konuya ilişkin bir yönetmelikte gösterileceği ifade edilmiştir.⁶³⁹

Meryem Çelik ve Diğerleri/Türkiye davasında, başvuruçuların yakınları 24 Temmuz 1994 tarihinde güvenlik güçleri tarafından köylerinden alınıp, Derecik Askeri Üssü'ne götürülmüş ancak, burada gözaltında tutulmaları ile ilgili gözaltı tutanaklarına işlenmemiş ve başvuruçulardan bazılarının salıverilişlerine ilişkin herhangi bir resmi kayıt tutulmamıştır. AİHM'ye göre, tek başına bu durum ağır bir ihlal oluşturmaktadır. Zira kayıt tutulmaması, hürriyetten yoksun bırakma eyleminde bulunan sorumlu

⁶³⁸ Bu konuda bkz., *Nechiporuk ve Yonkalo/Ukrayna*, no. 42310/04, 21/04/2011, § 176; *Alexandr Sokolov/Rusya*, no. 20364/05, 04/11/2010, § 71; *Fedotov/Rusya*, no. 5140/02, 25/10/2005, § 78; *Menesheva/Rusya*, no. 59261/00, 9/3/2006, § 87; *Anguelova/Bulgaristan*, no. 38361/97, 13/06/2002, § 154.

⁶³⁹ 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

kişilerin suça karıştıklarını saklamalarına, izlerin üstünü örtmelerine ve tutukluların akıbeti açısından hesap verme sorumluluğundan kaçmalarına yardımcı olabilmektedir. Ayrıca, gözaltının tarihi, saati, yeri, gözaltına alınan kişinin ismi ve salıverilme tarihi ile saati gibi hususların kaydının tutulmamasının, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına da aykırı olduğu kabul edilmelidir.⁶⁴⁰

Tutulmakta olan bir kişinin kimliğinin henüz belirlenmemiş olması, tutma kaydı düzenlenmesini engelleyen bir unsur olarak kabul edilebilir. AİHM, *Angelova/Bulgaristan* davasında, suç şüphesiyle gece 01:00 civarında yakalanıp karakola götürülen başvuru, 05:00 civarında hastaneye götürülürken ölmüştür. Başvurucunun gözaltında tutulduğuna dair bir kayıt bulunmamaktadır. Savunmacı devlet ise Milli Polis Kanunu'nun kişiyi gözaltında tutmak için yasal bir emir verilmesini gerekli kıldığını, yasal emir için de kişinin kimliğinin belirlenmesi gerektiğini, oysa sarhoş görünen başvurucunun kimliğinin belirlenemediğini, bu nedenle yasal gözaltında tutma emri verilememesi nedeniyle kayıt tutulamadığını ileri sürmüştür.⁶⁴¹

AİHM, Polis Kanunu'nun ilgili maddesinin, tutulan kişinin kimliği ile ilgili tereddüt bulunduğu yasal bir emir bulunmaksızın kişinin tutulmasına izin verdiği şeklinde yorumlanamayacağını, bu şekildeki bir yorumun tutmanın inkârı için açık bir yetki verme anlamına geleceğinden Sözleşme'nin 5. maddesindeki en temel güvencelere aykırı bir yorum olacağını, ulusal bir hukuk kuralının kayıtsız tutmaya imkân verdiği şeklinde yorumlanmasının ve uygulanmasının tutmanın hukukiliği şartını ihlal ettiğini ifade ederek somut olaydaki tutma halini ulusal hukuka ve Sözleşme'nin 5. maddesindeki içkin güvencelere aykırı bulmuştur.⁶⁴²

⁶⁴⁰ *Meryem Çelik ve Diğerleri/Türkiye*, no. 3598/03, 16/04/2013, § 84.

⁶⁴¹ *Angelova/Bulgaristan*, no. 38361/97, 13/06/2002.

⁶⁴² *Angelova/Bulgaristan*, no. 38361/97, 13/06/2002, §§ 155, 157.

Rantsev/Kıbrıs ve Rusya davasında da başvuru, kızına (Rantseva) polis merkezinde yapılan muamelenin ve daha sonra M.A.’nın işverenin evine kapatılmasının Sözleşme’nin 5(1) fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuru, Sözleşme’nin 5. maddesinin bireyleri keyfi tutmaya ve yetkinin kötüye kullanılmasına karşı önemini vurgulamıştır. Başvurucuya göre kızı hukuka uygun olarak Kıbrıs Cumhuriyeti’nde ikamet etmekte iken, hukuka aykırı ve makul olmayan bir biçimde polis merkezine götürülmüş, M.A.’ya teslim edilmiş ve M.A.’nın işverenin evinde tutulmuştur. Başvuru ayrıca, kızının tutulma ve daha sonra M.A.’ya teslim edilme nedenleri hakkında Kıbrıs yetkilileri tarafından hiçbir belge sunulmadığını belirtmiştir. AİHM, somut olayda, başvuruçunun kızının M.A. tarafından polis merkezine götürüldüğünü ve burada yaklaşık bir saat tutulduğunu, kızının tutulma nedeni hakkında bilgilendirildiğine dair bir delil bulunmadığını, polis tarafından sorgulandığına dair bir kaydın olmadığını, polisin, başvuruçunun kızının göçmenlik statüsünde bir sorun bulunmadığı ve kendisini daha fazla tutmak için bir sebep olmadığı sonucuna varmış olmasına rağmen hemen salıvermediğini tespit etmiştir.⁶⁴³

Bir özgürlükten yoksun bırakmanın “hukukun öngördüğü usule göre” olması şartını öngören Sözleşme’nin 5(1) fıkrası, öncelikle bir gözaltına alma veya tutmanın ulusal hukukta yasal bir temeli bulunmasını gerektirir. AİHM, Kıbrıs Hükümeti’nin özgürlükten yoksun bırakmanın yasal bir temeli olduğunu kanıtlayamadığını, Rantseva’nın adının arananlar listesinde yer almadığını gören Kıbrıs makamlarının Rantseva’yı polis merkezinden salıvermek yerine M.A.’nın gözetimine verilmesinin sebeplerini ve yasal temelini açıklayamadığını, polisin, Rantseva’da bir sarhoşluk ve kendisine veya başkalarına karşı tehditkâr bir tavır görmediğini, Rantseva’nın M.A.’nın gelip kendisini almasını istediğine dair bir belirti de olmadığını, polis yetkililerinin

⁶⁴³ *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7/1/2010.

Rantseva'yı M.A.'nın gelişine kadar tutmalarının ve daha sonra M.A.'nın gözetimine vermelerinin iç hukukta her hangi bir dayanağı olmadığını ifade ederek söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın hem keyfî ve hem de hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir.⁶⁴⁴

Tutma kaydının hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için tutmanın kayıt altına alınmasının yanı sıra salıverilen kişiye tutulmuş olduğuna dair bir *belge verilmesi* de gerekir. *Fedotov/Rusya* davasında başvuru, hakkında çıkarılan yakalama kararı ilerleyen süreçte kaldırılmasına rağmen, polisin arama kayıtlarında isminin yer almaya devam etmesi nedeniyle iki ayrı tarihte gözaltına alınmış, yetkili makamlarca bu durumun farkına varılınca salıverilmiş, ancak yetkililer başvurucuyu gözaltında tuttuklarına dair bir belge düzenlememişlerdir. AİHM'ye göre bu olay *bizatihi çok ağır bir eksiklik* (*most serious failing*) ve bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkâr edilmesi Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan temel öneme sahip güvencelerin (*fundamentally important guarantees*) tamamen reddi olup ayrıca hukukilik şartına da aykırıdır.⁶⁴⁵

Özgürlükten yoksun bırakmanın kaydının olmasının yanında bu kaydın “gerçeğe uygun veriler” içermesi de bir başka zorunluluktur. Tutulan kayıtlardaki bilgilerin gerçeği yansıtmaması kaydı anlamsız hale getirecektir. Kayıtlardaki gerçeğe aykırılık, özellikle *tutmanın süresi* bakımından söz konusu olmaktadır. Bir özgürlükten yoksun bırakma daha erken bir tarihte başladığı halde kayıtlarda daha sonraki bir tarih veya saat gösteriliyorsa, kayıt altına alınmayan süre *kayıtsız özgürlükten yoksun bırakma dönemi* olarak kabul edilmektedir. Benzer biçimde bir özgürlükten yoksun bırakma aslında daha geç bir tarihte veya saatte sona erdiği halde, kayıtlarda serbest bırakma anı daha erken

⁶⁴⁴ *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7/1/2010, §§ 323-25.

⁶⁴⁵ *Fedotov/Rusya*, no. 5140/02, 25/10/2005, § 78.

bir tarih veya saat olarak gösteriliyorsa kayıt altına alınmayan süre kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma dönemi olarak değerlendirilir.⁶⁴⁶

Her iki durumda da kayıt altına alınmayan süreler, AİHM tarafından *keyfi* olarak değerlendirilmektedir. Örneğin, yasal gözaltı sürelerine uygun davranıldığını göstermek için idari makamlar tarafından tutulan kayıtların gerçeğe aykırılığının sonradan ortaya çıkması halinde söz konusu fiili tutma döneminin basit bir yasal süre aşımı olarak görülmesi mümkün değildir. Bu süre, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartına aykırı olarak keyfi bir tutma dönemi olarak kabul edilir. Savcının ve yargıcın huzuruna çıkarılan kişiye ne zaman gözaltına alındığını ve gözaltı döneminin seyrini sormaları, gözaltı kayıtlarının gerçeğe uygunluğunun saptanması bakımından büyük önem taşır.⁶⁴⁷

2. Bireyin Yasayla Belirlenen Süreden Fazla Tutulması

Cezaların belirliliği ilkesinin bir neticesi olarak ulusal hukuk düzeni içinde herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma halinin süresinin başlama ve sona erme şartlarının belirlenmesi gereklidir. Bir bireyin ulusal hukukta belirlenen sürelerden daha fazla tutulduğu dönem hukuki dayanağı olmayan tutma anlamına gelir ve bireyin fazladan tutulduğu bu süre *öncelikle* ulusal hukuka aykırılık oluşturduğundan dolayı olarak Sözleşme'nin 5(1) fıkrasını da ihlal eder.

Fazladan tutmadan söz edebilmek için bu tutmanın öncelikle Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentlerinde sayılan durumlardan birinin kapsamına girmesi gerekir. Fazladan tutma, (i) yasal süresi dolduktan sonra kişinin salıverilmeden veya yargıç önüne çıkarılmadan önce idari makamlar tarafından bir süre daha tutulması, (ii) yargıç tarafından hemen salıverilmesine karar verilen kişinin salıverilmeden önce makul

⁶⁴⁶ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 373.

⁶⁴⁷ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 373.

olmayan bir süre daha tutulması, (iii) fiili veya hukuki sebeplerle fazladan hapis cezası yatılması hallerinde ortaya çıkabilmektedir.

a. Yasal Süresi Dolmasına Rağmen Kişinin Tutulmaya Devam Edilmesi

Kanuna uygun olarak gözaltına alınan bireyin yasal gözaltı süresinin ne zaman sona ereceği ilgili kanunda belirlendiğinden bu sürenin az da olsa aşılması Sözleşme'nin 5(1) fıkrasını açısından hukuka uygunluk koşulunu ihlal etmektedir. *K.-F./Almanya* davasında başvuru, kira dolandırıcılığı şüphesiyle saat 21:45'te gözaltına alınmış, kimliği hemen tespit edilemeyen başvuruçunun götürüldüğü karakolda ifadesi alınmış, kimliği ve başka bir suçtan aranıp aranmadığı araştırılmaya başlanmış, ertesi sabah yeniden başvuruçunun ifadesi alınmış, saat 09:45'te savcı polise telefonla başvuruçunun tutuklanmasını talep etmeyeceğini bildirmiş, polis başvuruçunun kişisel bilgilerini kaydetmek için 45 dakika daha tutuktan sonra saat 10:30'da başvuruçuyu salıvermiştir.⁶⁴⁸

AİHM, suçüstü yakalanan bir kimsenin kimliği hemen tespit edilemiyorsa kimlik kontrolü amacıyla gözaltına alınmasına ve sadece on iki saat tutulmasına izin veren ulusal kanun hükmünün olayda kırk beş dakika aşılmış olduğunu gözlemlemiştir. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında güvence altına alınan özgürlük hakkından mahrumiyetin istisnaları sınırlı olup, 5. maddenin amacı, bir kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun bırakılmaması için bu istisnaların dar yorumlanmasını gerektirir.⁶⁴⁹ Somut olayda kimlik kontrolü amacıyla azami on iki saatlik tutma süresi yasayla düzenlenmiş olup mutlaklıdır (*absolute*).⁶⁵⁰ Azami tutma süresi önceden bilindiğinden tutmayla görevli makamlar, izin verilen sürenin aşılmaması için gerekli bütün tedbirleri almakla ve bu arada tutma süresi içinde kimlik kontrolü için

⁶⁴⁸ *K.-F./Almanya*, no. 25629/94, 27/11/1997, §§ 8-17. Ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 79.

⁶⁴⁹ *K.-F./Almanya*, no. 25629/94, 27/11/1997, § 70.

⁶⁵⁰ *K.-F./Almanya*, no. 25629/94, 27/11/1997, § 72.

başvurucunun kişisel bilgilerini kaydetmekle yükümlüdürler.⁶⁵¹ AİHM, başvurucunun kişisel bilgilerini kaydetmek için kırk beş dakika daha tutulması on iki saatlik azami tutma süresini aştığından ulusal hukuka ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına aykırı bulmuştur.

Bununla beraber ulusal düzeyde bazı gecikmelerin yaşanabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. AİHM, tutulan kişinin idari formaliteler nedeniyle serbest bırakılmasında yaşanabilecek birtakım gecikmelerin kaçınılmaz olabileceğini kabul etmekle beraber bu gecikmelerin asgari düzeyde olması gerektiğini⁶⁵² ve idari formalitelerin birkaç saatten fazla sürmemesi gerektiğini⁶⁵³ vurgulamaktadır.⁶⁵⁴

Gözaltında tutulan kişi salıverilmiyor ise, yasal süresi içinde yargıç önüne çıkarılmalıdır. *Zeynep Avcı/Türkiye* davasında, başvuru altı gün gözaltında tutulduktan sonra yedinci gün gözaltında tutulduğu ilden başka bir ile nakledilmiş, nakledildiği ilde de on beş gün daha gözaltında tutulduktan sonra yargıcın önüne çıkarılmıştır. Başvurucunun gözaltına alındığı tarih ile mahkemeye çıkarılma tarihi arasında toplam yirmi bir gün geçmiştir. Somut olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan ulusal hukuka göre azami gözaltı süresi on beş gün olup başvurucunun toplam gözaltı süresi ulusal hukukun öngördüğünden fazla olduğundan Sözleşme'nin 5(1) fıkrası ihlal edilmiştir.⁶⁵⁵

Kişinin, huzuruna çıkarıldığı yargıç tarafından verilen tutuklama kararı, ulusal yasada öngörülen miktarı aşan gözaltı süresini ulusal hukuka uygun hale getirmez. Mahkûmiyet halinde bütün gözaltı döneminin de verilecek hapis cezasından düşülecek

⁶⁵¹ *K.-F./Almanya*, no. 25629/94, 27/11/1997, § 72.

⁶⁵² *Mancini/İtalya*, no. 44955/98, 02/08/2001, § 24; *K.-F./Almanya*, no. 25629/94, 27/11/1997, § 71; *Giulia Manzoni/İtalya*, no. 19298/91, 1/7/1997, § 25 *in fine*; *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/3/1995, § 42.

⁶⁵³ *Gębura/Polonya*, no. 63131/00, 6/3/2007, § 34; *Nikolov/Bulgaristan*, no. 38884/97, 30/1/2003, § 82; *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000.

⁶⁵⁴ *Ladent/Polonya*, no. 11036/03, 18/03/2008, § 81.

⁶⁵⁵ *Zeynep Avcı/Türkiye*, no. 37021/97, 06/02/2003, §§ 49-50.

olması nedeniyle yasal süreyi aşan gözaltı süresinin ulusal hukuka uygunluğunu da savunmak mümkün değildir. Bu bakımdan bir tutuklama kararında, gerçekte kişinin ne zaman gözaltına alındığının tespiti kadar gözaltı süresinin yasal süreyi aşıp aşmadığının tespit edilmesi de önem taşır.

b. Salıverilmesine Karar Verilen Kişinin Makul Olmayan Bir Süre Daha Tutulması

Ulusal mahkemelerce verilen salıverme kararlarının, zaman geçirmeksizin uygulanarak tutulan kişinin derhal salıverilmesi gerekir. Araç veya personel yetersizliği gibi idareden kaynaklanan bazı eksikliklerin, salıverme kararının icrasındaki gecikme bakımından haklı bir mazeret olarak görülmesi mümkün değildir. Bununla beraber AİHM, tutuklama kararlarında olduğu gibi, tutma süresinin önceden yasayla düzenlenmediği ve tutmanın mahkeme kararıyla sona erdiği durumlarda, mahkemelerin çalışma düzeni ve birtakım prosedürel gereklilikler nedeniyle, salıverme kararının icrasının zaman alabileceğini ve tutulan kişinin salıverilme kararının icrasında kısa süreli gecikmelerin yaşanabileceğini kabul etmektedir.⁶⁵⁶

Labita/İtalya davasında, mafya üyeliği suçundan tutuklu yargılanmakta olan başvuru hakkındaki son duruşma, gece 22:00’de son bulmuş, ulusal mahkeme başvuru beraatine ve salıverilmesine karar vermiştir. Duruşma sonrasında başvuru mahkemenin görüldüğü yerden 120 kilometre uzaklıktaki cezaevine götürülmüştür. Gece 00:25’te işlemlerinin yapılmasını bekleyen başvuruyla ilgili işlemleri yapacak olan görevlinin cezaevinde bulunmaması nedeniyle başvuru sabaha kadar bekletilmiş, sabah işlemlerinin yapılmasının ardından 08:30’da yaklaşık sekiz saat gecikme ile salıverilmiştir. AİHM, bu olaydaki gecikmenin bütünüyle idari prosedürlerin yerine getirilmesi koşuluna bağlanamayacağını, başvuru gece

⁶⁵⁶ Reid, 2012, s. 349.

00:25'ten ertesi günün sabahına kadar süren salıverilme işlemlerindeki gecikmeye ilgili memurun yerinde bulunmamasının sebep olduğunu ve bu gecikme nedeniyle ulusal hukukta dayanağı bulunmayan söz konusu tutmanın Sözleşme'nin 5(1) fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁶⁵⁷

Benzer biçimde *Giulia Manzoni/İtalya* davasında, yargılandığı davanın 11:45'te biten duruşmasında başvurucunun salıverilmesine karar vermiştir. Başvurucu 13:30'da cezaevine girmiş, salıverme kararını içeren duruşma tutanağı 15:10'da cezaevi yönetimine ulaşmış, cezaevi yetkililerince, öğlenden sonra hesapların görülmesi, eşyaların iadesi, salıverme kararının polise bildirilmesi, salıverme kararının deftere işlenmesi gibi prosedürel işlemler tamamlanmıştır. Başvurucu, adresini 18:30'da cezaevi idaresine bırakmış ve 18:45'te cezaevinden çıkmıştır. Başvurucu, 11:45 ilâ 18:45 arasında geçen yedi saatin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM ise sözü edilen idari işlemlerin daha çabuk yapılabileceğini ancak, bir salıverme kararının yerine getirilmesinde gecikme olması genellikle kaçınılmaz olduğundan, olaydaki gecikmenin Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli olmadığına hükmetmiştir.⁶⁵⁸

Tutulan kişinin salıverilmesine dair kararlar ilk derece mahkemelerinin yanında üst mahkemeler tarafından da verilebilmekte olup üst mahkemece verilen salıverme kararlarının da derhal yerine getirilmesi gerekir. *Assanidze/Gürcistan* davasında Batum şehrinin belediye başkanı 11/12/1999'da hakkındaki suç isnadı nedeniyle Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine uygun olarak tutuklanmış, 29/1/2001'de Gürcistan Yüksek Mahkemesince beraatına ve derhal salıverilmesine karar vermiş, ancak bu tarihten sonra ulusal mahkeme tarafından dosyası yeniden açılmaksızın ve yeni bir tutuklama kararı verilmeksizin tutulmaya devam edilmiştir. AİHM, başvurucunun salıverilme kararının

⁶⁵⁷ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, §§ 171-73. Ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 95.

⁶⁵⁸ *Giulia Manzoni/İtalya*, no. 19298/91, 1/7/1997, § 25.

tarihi olan 29/1/2001'den itibaren özgürlükten yoksun bırakılmasının herhangi bir yasal temeli bulunmadığından söz konusu tutmanın Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının açısından haklı görülmesi ve hukukun üstünlüğüne bağlı bir devlette bir mahkemenin salıverme kararına rağmen kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam edilmesinin düşünülemeyeceğini belirtmiştir. Konuya ilişkin bir yasa hükmü veya yargısal bir karar olmaksızın kişinin ön görülemeyen bir süre boyunca tutulması, hukuki güvenlik ilkesine aykırı ve keyfidir.⁶⁵⁹

Hakkında isnat olunan başka suçları soruşturabilme amacıyla başvurusunun mahkemenin salıverme kararına rağmen tutulmaya devam edilmesi de özgürlük hakkını ihlal eder. *Quinn/Fransa* davasında Paris'te dolandırıcılık suçundan bir yıldır tutuklu bulunan Amerikan vatandaşı başvuru, 20/7/1989 tarihli tutukluluğunun devamına ilişkin mahkeme kararına itiraz etmiş, salıverilme talebi hakkında karar vermek üzere mahkeme 2/8/1989'da bir duruşma yapmış, 4/8/1989 günü 09:00'da ve başvurusunun yokluğunda başka bir suçtan tutuklu değilse derhal salıverilmesine karar vermiştir.⁶⁶⁰ Ancak başvuru mahkemenin bu kararına rağmen derhal salıverilmemiştir. Aynı gün 17:30'da İsviçre'nin Cenevre kentindeki bir soruşturma yargıcından Paris savcılığına başvurusunun İsviçre'ye geri verilmesi amacıyla tutuklanmasını isteyen bir faks gelmiştir. Bu yazıda başvurusunun Paris Sante Cezaevinde tutuklu olduğu ifade edilmiş ve yazıya İsviçre yargıcının başvuru hakkında verdiği bir tutuklama kararı eklenmiştir. Paris savcısı hemen başvurusunun yakalanmasına karar vermiş, o sırada halen Sante Cezaevinde olan başvurucuya yakalama kararı tebliğ edilmiş, savcı tarafından sorgulandıktan sonra saat 20:00'de geri verme amacıyla tutuklanmasına karar verilmiştir.

⁶⁵⁹ *Assanidze/Gürcistan* [BD], no. 71503/01, 8/4/2004, §§ 172-76.

⁶⁶⁰ *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/03/1995, § 11.

Başvurucu, *derhal* salıverilmesine karar verildiği halde, İsviçre makamlarının talebi üzerine, yeniden tutuklanabilmesi için tutulduğunu ve bu tutmanın keyfi olduğunu iddia etmiştir. AİHM, bir salıverme kararının icrası sırasında yaşanabilecek bazı gecikmelerin anlayışla karşılanabileceğini ancak, mevcut olayda başvurunun *derhal* salıverilmesine dair mahkeme kararı kendisine tebliğ edilmeden veya bu kararın icrası için herhangi bir şekilde harekete geçilmeden, geri verme amacıyla tutma kararı verilinceye kadar on bir saat tutulmasının, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında öngörülen durumlardan herhangi birinin kapsamına girmediğine ve 5. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁶¹

c. Kişinin Fiili veya Hukuki Sebeplerle Fazladan Hapis Yatması

Hakkında verilen mahkûmiyet kararının hatalı hesaplanması neticesinde başvurunun fazladan hapis yatmasının da ulusal hukukta bir dayanağı olamaz. *Pezone/İtalya* davasına konu olan olayda başvuru bir ceza davasında yargılanmış ve birden fazla hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Trieste savcısı 1/11/1991'de verdiği kararda hapis cezalarını toplayarak, başvurunun 4/4/1992'de salıverilmesine karar vermiş ve 4/4/1992 tarihinde salıverilmiştir. Öte yandan Napoli savcısı, başvuru hakkında Napoli Ceza Mahkemesinin 8/11/1989 tarihli iki yıl hapis cezası veren kararına dayanarak, başvurunun yakalanmasına ve cezasının infazına 27/11/1992'de karar vermiştir. Başvurucu 11/12/1992'de yakalanarak cezaevine konmuştur. Başvurunun 28/2/1994 tarihinde Napoli savcılığına yaptığı başvuru üzerine yapılan araştırma sonunda, Napoli mahkemesi tarafından hapis cezası verilen suçtan aslında 1982–1985 yılları arasında 2 yıl 5 ay 29 gün tutuklu kaldığı, ancak cezaların toplanması sırasında bu tutukluluk süresinin düşülmediği anlaşılmıştır. Savcı, 25/3/1994'te başvurunun salıverilmesine karar vermiştir. Başvurunun fazladan yattığı 15 ay 14

⁶⁶¹ *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/03/1995, § 42.

gün (11/12/1994–25/3/1994) için talep ettiği tazminat da reddedilmiştir. AİHM, başvurunun fazladan yattığı söz konusu sürenin yetkili makamların hatalı hesaplamasından kaynaklandığını ve fazladan yatılan bu hapis süresini haklı kılan bir sebep bulunmadığını belirterek Sözleşme’nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartının karşılamadığına hükmetmiştir.⁶⁶²

AİHM, yüksek güvenliğini sağlık kurumlarında tutulan akıl hastası mahkumların, daha serbest bir rejime geçirilmelerindeki gecikmeyi de fazladan tutma olarak kabul etmiştir. AİHM, suç işlemiş akıl hastası olan başvurunun yüksek güvenliğini bir kuruma yerleştirilmesiyle ilgili ulusal hukukta verilen kararı ve kişinin cezaevinden çıkarılmasını bazı koşullara bağlayan ulusal hukuku Sözleşme’ye aykırı bulmamıştır.⁶⁶³ Ancak başvurunun bir yargı kararına dayanmaksızın yüksek güvenliğini kurumda seksen iki gün fazladan tutulmasını ve gecikmeksizin salıverilmesini sağlayan bir güvence bulunmamasının hukuka uygun olmadığına hükmetmiştir.⁶⁶⁴

3. “Önleyici Tutma” Uygulaması

Bir kimsenin, suç işlemesini önlemek amacıyla tutulabileceği şeklindeki Sözleşme hükmü, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin “önleyici tutma”ya (*preventive detention*) imkân verdiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Komisyon, pek çok kez, kişinin yargılamaya yetkili mahkeme tarafından cezaya ek olarak veya güvenlik nedeniyle tutuklamanın, prensip olarak haklı olduğuna, zira kişinin Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi anlamında “yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında ...” tutulduğuna karar vermiştir.⁶⁶⁵ Ancak bazı ülkelerin ulusal hukuklarında dayanağı bulunan “önleyici

⁶⁶² *Pezone/İtalya*, no. 42098/98, 18/12/2003, § 36.

⁶⁶³ *Erkalo/Hollanda*, no. 23807/94, 02/09/1998.

⁶⁶⁴ *Erkalo/Hollanda*, no. 23807/94, 02/09/1998, §§ 51-60.

⁶⁶⁵ “Önleyici tutma” uygulaması Alman Ceza Kanunu’nun 66. maddesinde düzenlenmektedir. Almanya uygulaması için bkz., *Dax/Almanya*, no. 19969/92, 7/7/1992; ruhsal sorunları olan şahıslara uygulanan benzer bir tedbir olan Hollanda’daki “hükümetin emrine verilme” ile ilgili olarak bkz., *X./Hollanda*, no 6591/74, 26/5/1975; Norveç’te akli dengesi yerinde olmayan şahıslara uygulanan benzer

gözaltında tutma” ve “önleyici tutuklama” gibi tedbirler, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendindeki şartları taşııyorsa, ulusal hukukta mevcut olsa bile Sözleşme’de dayanağı olmayan bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri olarak değeriendirilebilir ve Sözleşme’nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartına aykırı olur.

Örneğin AİHM, Belçika’da hapis cezasına rağmen tekrar suç işleyenlerin ve suçü alışkanlık haline getirenlerin “hükümetin emrine verilmesi” uygulamasının, 5(1)(a) hükmüne göre “yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında ...” tutulma oluşturduğuna karar vermiştir.⁶⁶⁶ Aynı şekilde AİHM, Norveç hukuk sisteminde var olan ve akli dengesi yeteri kadar gelişmemiş şahısların güvenlik nedeniyle tutuklanmasının, Sözleşme’nin 5(1)(a) hükmü çerçevesinde incelenmesine karar vermiştir.⁶⁶⁷

Bununla birlikte, kişiyi kanunen *yetkili makamların önüne çıkarma amacı* taşımayan bir önleyici tutma açıkça Sözleşme’nin 5(1) fıkrasına aykırıdır. Diğer tutma sebeplerinde olduğu gibi Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi açısından suç işlemesini önlemek için kişinin tutulmasındaki amacın tutulan kişiyi kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak olması gerekir. Önleyici tutma meselesinin tartışıldığı *Lawless/İrlanda* davasında, davalı devlet geçmişte IRA (İrlanda Cumhuriyet Ordusu) üyesi olduğu bilinen başvırucunun yeniden bir *suç işlemesini önlemek amacıyla* uzun süre yargıç önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmasını, *suç işlemesini önlemek için tutma* hükmüne dayandırmış ve bu amaçla gerçekleştirilen tutma tedbirinin kişiyi *kanunen yetkili makamlar önüne çıkarma* amacı taşıması gerekmediğini ileri sürmüştür.⁶⁶⁸

tedbir olan güvenlik nedeniyle tutuklama ile ilgili olarak bkz., *X/Norveç*, no 4210/69, 24/7/1970; Danimarka’da ruhsal durumlarının yerinde olmayan şahıslara uygulanan ve özel tutuklama merkezinde yapılan tutuklama ile ilgili olarak bkz., *X/Danimarka*, no 2518/65, 14/12/1965.

⁶⁶⁶ *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982, §§ 33-42.

⁶⁶⁷ *Eriksen/Norveç*, no. 17391/90, 27/05/1997, § 78. Ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 82-84.

⁶⁶⁸ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 377.

AİHM’ye göre Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine göre, gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen gözaltına alma veya tutma uygulamasının bütün kategorilerinin amacının bireyi “kanunen yetkili makam önüne çıkarmak” olması gerekir. Ayrıca, Sözleşme’nin 5(3) fıkrası, aynı maddenin 1(c) bendinde belirlenen koşullardan her hangi birine dayanılarak göre gözaltına alınan veya tutulan herkesin, özgürlüğünden yoksun bırakılması halinin incelenmesi ve tutmanın esası hakkında karar verilmesi amacıyla yargıç önüne çıkarılmasını gerektirdiğinden, 5(1)(c) bendi ve 5(3) fıkralarının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanunen yetkili makam önüne çıkarma amacını taşımayan bir tutma, hakkında suç işlediğine ilişkin bir şüphe bulunan bir kimsenin sadece *idari bir karara* dayanılarak da sınırsız bir süre için gözaltında tutulabileceği anlamına gelebilir. AİHM’ye göre böyle bir yaklaşım, keyfi iktidarın/idarenin bütün belirtilerini taşımasının yanında, Sözleşme’nin temel ilkelerine aykırı sonuçlara da götürür. Yukarıda bahsedilen *Lawless/İrlanda* davasında, başvurucunun tutulması, kanunen yetkili makam önüne çıkarma amacını taşımadığından Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine ve 5(3) fıkrasının birlikte ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁶⁶⁹ Bu bakımdan gözaltında tutma tedbirinin, bir suç işleme niyeti beslediğinden kuşkuyla bir kişinin yargıç önüne çıkarma amacı olmaksızın uygulanması mümkün değildir.

Tutuklama tedbirinin, kişinin bir başka tedbirden veya infazdan kurtulma riskini ortadan kaldırmak amacıyla önleyici bir tedbir olarak kullanılması da mümkün değildir. *Ciulla/İtalya* davasına konu olan olayda, uyuşturucu suçundan adli kontrole tabi olarak tutuksuz yargılanan başvurucuya on bir yıl hapis cezası verilmiş, ancak ulusal mahkeme hükmüyle birlikte tutuklama kararı vermemiştir. Daha sonra ilgili ulusal mahkeme savcılığın talebi üzerine tutuklama kararı vermiş, ancak temyiz mahkemesi tutuklama

⁶⁶⁹ *Lawless/İrlanda* (no.3), no. 332/57, 01/07/1961, §§ 14-15.

kararını gerekçesiz bularak kaldırmıştır. Bir süre sonra savcı mahkemeden başvurucu hakkında zorunlu ikamete tabi tutma kararı vermesini istemiş, mahkemenin bu konuda karar vermek için açtığı duruşmaya başvurucu gelmiş, savcı duruşmada tutuklama talebinde bulunmuştur. 8/4/1984 tarihli duruşmada başvurucunun tutuklanmasına ve 24 Mayıs'ta beş yıl süreyle zorunlu ikamete tabi tutulmasına karar verilmiş ve ertesi gün polis tarafından cezaevinden alınarak bir kasabaya götürülmüştür. Başvurucu, AİHM'ye yaptığı başvuruda, zorunlu ikamete tabi tutma tedbiri aleyhine başvurmamış ancak, tutuklandığı 8 Mayıs ile zorunlu ikamet kararı verilen 24/4/1984 tarihleri arasında tutulmasının Sözleşme'nin 5(1) fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

AİHM'ye göre, başvurucunun 8/4/1984 tarihinde tutuklanması, *alınabilecek olan önleyici tedbirden kurtulma* riskini ortadan kaldırmak için düşünülmüştür. Ne savcılık ne de tutuklama kararı veren mahkeme, kararlarında başvurucunun Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ile ilgili olabilecek özel ve somut suçlardan bahsetmemiş, sadece başvurucu hakkında geçmiş tarihlerde verilen ağır cezalara ve topluma karşı tehlike oluşturduğuna işaret eden olaylara dayanmıştır. Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki *istisnaların dar yorumlanması ilkesini*⁶⁷⁰ uygulayan AİHM, somut olayda Sözleşme'nin 5(1) fıkrası ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁷¹ Bu bakımdan önleyici tutma, ulusal hukukta dayanağı olsa da Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki şartları taşımadığında hukukilik şartını ihlal eder.

Jecius/Almanya davasında başvurucu, hakkındaki adam öldürme suçundan takipsizlik kararının kesinleşmesinden bir yıl kadar sonra, 8/2/1996'dan itibaren altmış gün boyunca savcının *önleyici tutma* kararıyla tutulmuş ve tutma kararı ertesi gün hâkim tarafından onanmıştır. Kararda, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki çete ve örgütlü suçlarla ilgili olarak önleyici tutma kararı verilmesini sağlayan hükme dayandırılarak

⁶⁷⁰ *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 41.

⁶⁷¹ *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 40.

başvurucu aleyhinde her hangi bir suç isnadında bulunulmamış ve önleyici tutmayla bağlantılı olarak herhangi bir soruşturma yürütülmemiştir. 8/3/1996 tarihinde hakkındaki adam öldürme suçu ile ilgili dosya yeniden açılan başvurucu asli fail olarak suçlanmış ve 14/3/1996 tarihinde tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucu, 8/2/1996 ilâ 14/3/1996 tarihleri arasında uygulanan önleyici tutma tedbirin Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM, bir kimsenin Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre ancak *ceza muhakemesi bağlamında*, suç işlediğinden kuşku duyulması üzerine *yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla* tutulabileceğini, mevcut olayda önleyici tutmanın 5(1)(c) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla 5(1) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁷²

AİHM'nin, önleyici tutma tedbirinin sıklıkla uygulandığı Almanya ile ilgili pek çok kararı bulunmaktadır. AİHM, önleyici tutma tedbiri ile ilgili en kapsamlı değerlendirmeyi *M./Almanya* davasında yapmış ve önleyici tutma uygulaması ile ilgili temel ilkeleri ayrıntılı bir şekilde bu davada tartışmıştır.⁶⁷³ Başvurucu, güvenlik nedeniyle tutuklanmasının Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinde öngörülmediğini, serbest bırakıldıktan on yıl sonra tutuklanması ile 1986 yılında hakkında verilen mahkûmiyet kararı arasında yeterli bir illiyet bağı bulunmadığını, bu tarihte Marburg Bölge Mahkemesinin kendisinin güvenlik nedeniyle tutuklanmasına karar verdiğini ve bu tür bir tutuklamanın yürürlükte bulunan hükümlere göre en fazla on yıl sürmesi gerektiğini, Marburg Bölge Mahkemesinin o dönemlerde güvenlik nedeniyle tutuklanmasının on yılı aşacağını bilseydi böyle bir tedbire başvurmayacağı ihtimalinin göz ardı edilemeyeceğini, dolayısıyla başvurucunun on yıldan fazla süren tutukluluğunun 1998 yılında yasada yapılan değişiklikten kaynaklanmakta olduğunu, bu değişiklikte güvenlik

⁶⁷² *Jecius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/07/2000, §§ 50-51.

⁶⁷³ *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, §§ 45-78. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz., *S./Almanya*, no. 3300/10, 28/06/2012; *K./Almanya*, no. 61827/09, 07/06/2012; *G./Almanya*, no. 65210/09, 07/06/2012.

nedeniyle tutuklama için öngörülen on yıllık sürenin kaldırıldığını, dolayısıyla bu tutuklamanın 1986 yılındaki mahkûmiyetin bir sonucu olmadığını, yasa değişmeseydi ceza infaz mahkemesinin tutuklamanın uzatılması ile ilgili herhangi bir karara gerek olmadan 2001 yılında otomatik olarak serbest bırakılacak olduğunu, mahkûm olduğu zaman ilk defa güvenlik nedeniyle tutuklu bulunanlar için süre yönünden öngörülen mutlak sınır dikkate alındığında bu süreyi ortadan kaldıran değişikliğin güvenlik nedeniyle tutuklamanın uygulanma şeklinden çok bu tutuklamanın yeniden uygulanması anlamına geldiğini, zira mahkûmiyeti ile güvenlik nedeniyle tutuklanması arasındaki illiyet bağının on yıldan sonra kesildiğini ileri sürmüştür.

Başvurucu ayrıca, tutuklanmasının, yasanın öngördüğü usulde olmadığını, güvenlik nedeniyle tutuklamanın ilk defa uygulanması durumunda öngörülen on yıllık üst sınırın yasaya dayandığını, suçunu işlediği zaman bu sürenin tutuklu olduğu süre içinde geçmişe yürür bir şekilde uygulanacağını öngöremediğini ve bu tedbirden dolayı sadece on yıl süre ile tutuklu kalabileceğini öngördüğünü iddia etmiştir.

AIHM, Alman Ceza Kanunu'nun 67(2) fıkrasına göre iki yılda bir gözden geçirilen ve on yıla kadar sürebilen önleyici tutma tedbirinin başvuru açısından 5(1)(a) – (f) bentlerinden mahrumiyet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemiştir. AIHM'ye göre öncelikle başvuruçunun önleyici olarak tutulması tedbirinin 5(1) kapsamında izin verilen hallerden birinin kapsamına girip girmediği değerlendirilmelidir. Eğer somut olaydaki tutma 5(1) kapsamında yer almıyorsa azami on yıllık önleyici tutmanın ilk iki yıllık süresinin sonunda 5(1) kapsamında tutmayı haklı çıkarıp çıkarmadığının incelenmesi gerekir.⁶⁷⁴ AIHM'ye göre başvuruçunun cezası bittikten sonra tutulması 5(1)(a) kapsamına girmemektedir.⁶⁷⁵ 1986 yılında mahkûm

⁶⁷⁴ *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 92.

⁶⁷⁵ *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 96.

edilmesi ile 2001 yılında cezasını tamamlayan başvurunun tutulması arasında bir illiyet bağının olup olmadığını araştıran AİHM, ceza kanunda yapılan değişikliğin başvurunun on yıldan uzun bir süre tutulabilmesine imkân vermediğini belirterek değişikliğin geriye doğru uygulanmasını Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına aykırı bulmuştur.

AİHM, başvurunun tecavüz ve pedofili suçundan Berlin Yerel Mahkemesinin kararıyla 19/11/1997 tarihinde Sözleşme'nin 5(1)(a) bağlamında özgürlüğünden mahrum bırakıldığı⁶⁷⁶ H.W./Almanya davasını M./Almanya davasına atıfla incelemiştir. Başvurucu, Alman Ceza Kanunu'nun 67(e) bendi uyarınca tutukluluk halinin ikinci yılın sonunda gözden geçirilmemesinin Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.⁶⁷⁷ Berlin Yerel Mahkemesi, 24/1/2010 tarihinde ikinci yıl dolduktan yirmi yedi gün sonra başvurunun tutukluluk halini gözden geçirmiş ve tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.⁶⁷⁸ AİHM, başvurunun tutukluluk halinin değerlendirilmesi gereken son tarih olan 29/11/2009 ile 24/1/2010 arasındaki yirmi yedi günlük süreyi *hukuka aykırı* ve *keyfi tutma*⁶⁷⁹ olarak değerlendirmiş, bu sürenin ihmal edilemeyecek uzunlukta olduğunu belirtmiş⁶⁸⁰ ve ulusal kanunları açık, öngörülebilir ve erişilebilir olması gerektiğine vurgu yapmıştır.⁶⁸¹

4. Hakkındaki Yakalama Emri Kaldırılan Kişinin Tutulmaya Devam Edilmesi

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre haklarında bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde

⁶⁷⁶ H.W./Almanya, no. 17167/11, 19/09/2013, § 74.

⁶⁷⁷ H.W./Almanya, no. 17167/11, 19/09/2013, § 75.

⁶⁷⁸ H.W./Almanya, no. 17167/11, 19/09/2013, § 76.

⁶⁷⁹ H.W./Almanya, no. 17167/11, 19/09/2013, § 90.

⁶⁸⁰ H.W./Almanya, no. 17167/11, 19/09/2013, § 83.

⁶⁸¹ H.W./Almanya, no. 17167/11, 19/09/2013, §§ 66, 80.

bir kişinin, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere geçici olarak özgürlükten yoksun bırakılabilmesi mümkündür. Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinde ise suç oluşturan fiilleri işlediği kanıtlanarak hapis cezasına mahkûm edilmiş kişilerin hapis cezalarının infazı amacıyla hapsedilmesi düzenlenmiştir.

Bireyin tutulması ancak özgürlükten yoksun bırakılmasını gerektiren bir hukuki bir sebep mevcut ise haklı görülebilir. Tutulan bireyle ilgili olarak en az bir özgürlükten yoksun bırakma sebebinin mevcut olmaması ya da mevcut olmayan bir hukuki sebebe dayanılarak tutmanın devam ediyor olması, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası bağlamında *hukukilik şartını* ihlal eder. Suç işlediği şüphesiyle hakkında yakalama emri çıkarılan ve adı polisin arananlar listesinde yer alan bir kişi hakkındaki yakalama emri kaldırılmışsa, bu kişinin adının derhal arananlar listesinden çıkarılması gerekir.

Örneğin *Fedotov/Rusya* davasında başvuru, hakkında verilen yakalama emri kaldırılmış olmasına rağmen adı polisin arananlar veri tabanından silinmediği için gözaltına alınmış, on iki saat gözaltında tutulmuş ve yakalama kararının kalktığı teyit edildikten sonra salıverilmiştir.⁶⁸² Ancak başvuru bir başka gün, yine adı arananlar listesinden hala çıkarılmadığı için yirmi iki saat gözaltında tutularak salıverilmiştir.⁶⁸³ AİHM, adı arananlar listesinde olduğu için polisin başvuru bir suça karışmış olabileceğine dair makul şüphe duyabileceğini ancak, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki tutma sebeplerinden birini uygulamak üzere gözaltında tutulmadığından gözaltına alınmasının ulusal hukuka ve Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartına aykırı olduğuna karar vermiştir.⁶⁸⁴

Sultan Öner ve Diğerleri/Türkiye davasında başvuru kadın, sekiz ve on bir yaşlarındaki iki çocuğu ile birlikte 16/10/2000 tarihinde Burdur Cezaevinde bulunan

⁶⁸² *Fedotov/Rusya*, no. 5140/02, 25/10/2005, § 16.

⁶⁸³ *Fedotov/Rusya*, no. 5140/02, 25/10/2005, § 66.

⁶⁸⁴ *Fedotov/Rusya*, no. 5140/02, 25/10/2005, § 76.

kocasını ziyaret ettikten sonra saat 14:30 civarında cezaevinin bahçesinde, İzmir polisi tarafından aranmış ve ismi polisin merkezi veri tabanında yer aldığından gözaltına alınarak polis karakoluna götürülmüş, saat 19:00 civarında çocuklarıyla birlikte nezarethaneye konulmuş, bu işlemler sırasında hakkında daha önce verilmiş bir yakalama emri nedeniyle başvurucunun isminin de yer aldığı arananlar listesinde güncelleme yapılmadığı, adı listeden çıkarılmamış olduğu ve esasen aranmadığı ortaya çıkmıştır. Başvurucu, doktor muayenesinin ardından 09:20’de serbest bırakılmıştır. AİHM, somut olayda *Fetodov/Rusya* davasındakine benzer biçimde başvuru ve çocuklarının, hukuki bir sebep olmaksızın on sekiz saat gözaltında tutulmaları ve bu hatanın anlaşılmasındaki gecikme nedeniyle Sözleşme’nin 5(1) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸⁵

Kişinin suç isnadına dayalı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi için işlediği iddia edilen fiillerin ulusal hukukta suç olarak belirlenmiş olması gerekir. AİHM, Sözleşme’deki bir hakkın kullanılmasına engel olmamak koşuluyla ulusal hukuktaki bir fiilin ceza yasalarında suç olarak belirlenmiş olmasını, kural olarak, denetlememektedir. Bununla beraber özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi, ulusal makamların gözaltı, tutuklama veya hapsedme uygulamalarına dayanak teşkil eden eylemlerin ulusal hukuka göre gerçekte suç oluşturmadığını iddia etmekte ise, AİHM bu durumu belirli ölçüde denetleyebilir. Eğer gözaltının, tutuklamanın veya hapisliğin dayandırıldığı fiiller ulusal hukuka göre aslında suç oluşturmuyorsa, bu uygulamalar ulusal hukuka aykırı olduklarından Sözleşme’nin 5(1) fıkrasını ihlal etmiş olur. Başka bir anlatımla, bu tür durumlarda asıl tartışılması gereken konu, kişinin suçun maddi unsurunu oluşturan fiilleri işleyip işlemediği değil, işlediği bilinen fiillerinin ulusal hukuka göre suç oluşturup oluşturmadığıdır.

⁶⁸⁵ *Sultan Öner ve Diğerleri*, no. 73792/01, 17/10/2006, § 123.

AIHM, tutuklamanın dayanağı olan isnat edilen fiillerin ulusal hukuk bakımından suç oluşturup oluşturmadığı konusunu *Lukanov/Bulgaristan* davasında incelemiştir. Başvurucu, Bulgaristan’da 1990 öncesinde başbakan yardımcılığı ve bakanlık yapmış olan ve 1992 yılında halen milletvekili olan bir kişidir. Başvurucu, 1990 öncesinde sosyalist rejime sahip olan Bulgaristan’ın rejimine yakın olan bazı ülkelere hibe veya düşük faizli kredi verilmesini sağlayan hükümet kararlarını imzalamak suretiyle hazineyi zarara uğrattığı ve yolsuzluk yaptığı gerekçesiyle suçlanmış, dokunulmazlığı kaldırılmış ve 114 gün tutuklu kalmıştır.

AIHM, somut olayda başvurunun tutulmasının Sözleşme’nin 5(1) fıkrası anlamında *hukuka uygun* olup olmadığını incelemiştir. Başvurucunun Bulgaristan Hükümetinin eski bir üyesi olarak, kendisi hakkında suçlamalara yol açan bazı ülkelere yardım ve kredi verilmesine ilişkin kararlara katıldığı tartışılmamıştır. AIHM, tutuklamanın dayandırıldığı Ceza Kanunu’nun ilgili maddelerinde bu tür bir toplu karara katılmakla cezai sorumluluk altına girileceğinin belirtmediğini, bu tür kararların Bulgaristan Anayasası’na veya mevzuatına dolayısıyla ulusal hukuka aykırı olduğu veya daha özel olarak bu kararların yetkinin aşılması suretiyle alındığı veya ulusal bütçe ile ilgili kanuna aykırı olduğu yönünde bir delil bulunmadığını, bu bakımdan da başvurunun soruşturmasına konu olan eyleminin bir suç oluşturduğuna ikna olmadığını ifade etmiştir.⁶⁸⁶

Mevcut olayda tutuklama için yolsuzluk ve kötüye kullanma suçlarına dayanıldığı, ulusal mahkemelerin içtihatlarına göre bu suçların işlenebilmesi için failin kendisine veya üçüncü kişiye menfaat sağlamış olması gerektiği belirtilerek başvurunun söz konusu fonların tahsisinde, kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlamış olabileceğinden kuşku duymayı gerektirecek bir bilgi veya belge

⁶⁸⁶ *Lukanov/Bulgaristan*, no. 21915/93, 20/03/1997, § 43.

sunulmadığından Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik kriterinin karşılanmadığına hükmedilmiştir.⁶⁸⁷

Kişinin hapsedilmesi bir mahkeme kararına dayandığından kural olarak, hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Mahkûmiyet kararı veren mahkemenin ulusal hukuk bakımından hata yaptığından daha sonra tespit edilmesi, bireyin tutulu bulundurulduğu dönemin geçerliliğini *zorunlu olarak geriye yürür* bir biçimde etkilediği söylenemez. AİHM, bu nedenle mahkûmiyet kararlarının veya hapis cezalarının üst mahkemeler tarafından maddi veya hukuki hataya dayandığının tespit edilerek bozulması üzerine ilk derece mahkemesinin kararından şikâyetçi olan hükümlü durumundaki başvuruçuların başvurularını reddetmektedir.⁶⁸⁸

AİHM, hapis cezasına mahkûm edilen kişilerin fiillerinin ulusal hukukta suç oluşturup oluşturmadığı konusunu incelediği bir başka dava *Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan* davasıdır. *Yehova Şahidi* olan başvuruçular, Yehova Şahitliğini *tanınmış bir din* olarak kabul eden Yüksek İdare Mahkemesi ("YİM") kararlarına ve tanınmış din temsilcilerine askerlikten muafiyet getiren 1988 tarihli yasaya dayanarak askerlik şubesine başvurarak askerlikten muaf tutulmak istediklerini bildirmişlerdir. Askere Alma Dairesinin bu taleplerini reddetmesi üzerine başvuruçular iptal davası açmışlar ancak, bu arada üniforma giymedikleri ve silah almayı kabul etmedikleri için askeri mahkeme tarafından itaatsizlik suçundan yargılanıp her biri dört yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Temyiz üzerine askeri üst mahkeme, YİM'in kararına kadar uzun bir süre karar vermeden beklemiştir. YİM ise 1975-1990 arasında çeşitli defalar Yehova Şahitliği'nin *tanınmış bir din* olduğuna hükmetmiş, bu kararlar üzerine askeri üst mahkeme başvuruçular hakkında beraat kararı vermiştir. Ancak bu süre

⁶⁸⁷ *Lukanov/Bulgaristan*, no. 21915/93, 20/03/1997, §§ 42-43.

⁶⁸⁸ *Benham/Birleşik Krallık* [BD], no. 19380/92, 10/06/1996, § 42.

zarfında birinci başvuru on üç ay, ikincisi ise on iki ay hapis yatmış ve karardan sonra hemen salıverilmişlerdir.

AİHM, başvurucuların tutulmalarının Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki mahkûmiyet sonrası hapsedilme olarak değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiş, ardından konuyu Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartı açısından incelemiştir. AİHM, başvurucuların Yehova Şahitliği temsilcileri olup olmadıkları konusunda bir tartışma olmadığını belirtmiş, askeri makamların başvurucuların mahkûmiyetlerine karar verirken YİM'in 1975 yılından bu yana yerleşik bir içtihat haline gelmiş kararlarını bariz bir şekilde göz ardı ettiklerini tespit etmiştir. Bu nedenlerle AİHM, askeri itaatsizlik suçundan hapsedilmelerinin ulusal hukukta bir dayanağı bulunmadığı ve keyfî bir tutma olduğu gerekçesiyle başvurucuların hapsedilmesinin Sözleşme'nin 5(1) fıkrası bakımından hukukilik koşulunu sağlamadığına karar vermiştir.⁶⁸⁹

5. Suçluların veya Şüphelilerin Ülkeler Arasında Nakilleri

Suçun uluslararası bir boyut kazanması ve yurtdışına kaçan suç zanlılarının ilgili ülkenin ulusal adaletinin önüne çıkarılması ihtiyacı, bütün ulusların menfaatine bir durumdur. Kaçak suç zanlıları, korunan kişiyi barındırmakta olan devlet açısından belli bir tehlike oluşturmanın yanında suçluların geri verilmesine ilişkin uluslararası uygulamaların temellerini de sorgulanır hale getirir.⁶⁹⁰ Suç zanlılarının ilgili ülkesine nakledilmesi, uluslararası boyutu olan ve uluslararası ceza politikası açısından son derece önemli bir konu olduğundan bu nakil işlemlerinin belli kurallar çerçevesinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan kaçak suçluların veya şüphelilerin ülkeler arasında nakilleri sırasında uygulanan özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartını karşılar nitelikte olması gerekir.

⁶⁸⁹ Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan, no. 19233/91 ve 19234/91, 25/9/1997, §§ 59, 62.

⁶⁹⁰ Soering/Birleşik Krallık, no. 14038/88, 07/07/1989, § 89.

Bir devletin yetkililerince diğ er bir devletin ülkesinde, o devletin onayı olmaksızın gerçekleştirilen gözaltına alma işlemleri, uygulamayı yapan devletin diğ er devlet karşısında sorumluluğunun doğ masına yol a masının yanı sıra gözaltına alınan kişinin Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki bireysel güvenlik hakkını da etkilemektedir. Sözleşme, Sözleşme'de tanınan haklara müdahale etmemesi koşuluyla, geri verme antlaşmaları veya sınır dışı etme konuları çerçevesinde kaçak suçluların adaletin önüne çıkarabilmesi için devletler arasında işbirliğı yapılmasını engellemez. Devletler arasında var olan işbirliğı sonucunda bir kaçağın teslim edilmesi, g zaltını kendiliğinden hukuka aykırı hale dönüştürmez ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal etmez.⁶⁹¹

Öcalan/Türkiye davasında, aralarında suçluların geri verilmesine dair bir anlaşma bulunmayan Kenya ile Türkiye arasındaki işbirliğı sonucu, hakkında Türk makamlarınca verilen yakalama kararı bulunan başvurucu, Kenya gizli görevlileri tarafından Türk gizli görevlilerine Nairobi Havaalanı'nın uluslararası kısmında teslim edilmiş ve Türk görevliler başvurucuyu uçağın içinde gözaltına almışlardır. AİHM, somut olayda kaçak olan başvurucunun sırf devletlerin işbirliğı sonucu teslim edilmiş olmasının, g zaltını kendiliğinden hukuka aykırı hale getirmeyeceğı sonucuna varmıştır.⁶⁹²

Ancak Sözleşme'ye taraf bir devletin, ulusal yargı makamlarınca geri verilmesi hukuka aykırı bulunan bir kişiyi ilgili ülkesine geri vermek amacıyla sınır dışı etmek için tutması, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartını ihlal eder. *Bozano/ talya* davasında,  talya'da işlediğı bir suçtan dolayı gıyabında yargılanıp mahkûm edilen ve cezası kesinleşen başvurucunun yaşadığı Fransa'dan  talya'ya geri verilmesi kararı, Fransız mahkemesi tarafından,  talya'da adil yargılanmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Ancak Fransız mahkemesince serbest bırakılan başvurucu yaklaşık bir ay

⁶⁹¹ Doğ ru ve Nalbant, 2012, s. 381

⁶⁹² * calan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12/5/2005, řř 87, 89.

sonra evine giderken polisler tarafından yakalanmış, salıverilmeden önce hakkında verilmiş sınır dışı etme kararı gereğince tutuklama işlemini gerçekleştiren polisler tarafından on iki saat süren bir yolculuk sonrasında İsviçre sınırında İsviçre polislerine teslim edilmiştir. Başvurucu, daha sonra İtalya ile geri verme anlaşması bulunan İsviçre tarafından İtalya'ya geri verilmiştir. Başvurucunun 26 – 27/10/1979 gecesi tutulmasının hukukiliğini incelediği davada AİHM, başvurucunun 26 – 27/10/1979 gecesi özgürlükten yoksun bırakılmasının, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi anlamında *hukuki* olmadığına ve kişi güvenliği hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM, başvurucuyu böyle bir yöntemle özgürlüğünden yoksun bırakmanın, aslında ulusal mahkeme tarafından verilen 15/4/1979 tarihli geri vermenin iptali kararını *dolanmak* için tasarlanmış geri vermenin kılık değiştirmiş bir biçimi olduğuna ve *sınır dışı etmek için alınan kararı uygulamak üzere gerekli bir tutma* olmadığına hükmetmiştir.⁶⁹³

6. Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Kişinin Kullanabileceği Usulî Haklarının Gösterilmemesi

Bir özgürlükten yoksun bırakma durumunun Sözleşme'nin 5(1) fıkrası anlamında *hukuki* sayılabilmesi için, sadece ulusal hukukta kişinin özgürlükten yoksun bırakılabileceği hukuki sebeplerin gösterilmiş ve bu sebeplerden birinin kapsamına giren bir müdahalede bulunulmuş olması yeterli değildir. Kişinin keyfi tutmaya karşı korunması amacıyla, ulusal hukukta her bir özgürlükten yoksun bırakma sebebiyle ilgili olarak kişinin kullanabileceği *usulî haklarının* gösterilmiş olması da ayrıca gereklidir. Tutulan kişinin avukatıyla görüşebilmesi, doktora muayene olabilmesi, tutulmanın hukukiliğine karşı mahkemeye başvurabilmesi, tutma süresine yargı organlarının müdahale edebilmesi, kişiye koruma sağlayan önemli usul güvenceleridir.⁶⁹⁴ Kişinin keyfi tutmaya karşı korunması amacıyla, ulusal hukukta her bir özgürlükten yoksun

⁶⁹³ Bozano/Fransa, no. 9990/82, 18/12/1986, §§ 54-60.

⁶⁹⁴ Bu konuda bkz., Süheyla Aydın/Türkiye, no. 25660/94, 24/05/2005, §§ 137-43.

bırakma sebebiyle ilgili olarak kişinin kullanabileceği usuli haklarının olmaması, olmasına rağmen uygulanmaması veya etkisizleştirilmesi, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartını ihlal eder.

Amuur/Fransa davasında AİHM, sahte pasaportla Suriye'den gelerek Fransa'ya giren ve sığınmacı olmak isteyen, ancak havaalanının transit bölgesinde yirmi gün tutulduktan sonra Suriye'ye geri gönderilen başvuruçuların, tutulma sırasında güvencelerinden yararlanabileceği usuli bir düzenlemenin bulunmadığını tespit etmiştir. Ulusal hukukta yürürlükte olan düzenlemelerde, ulusal mahkemelere, yabancıların tutulma koşullarını denetleme ve gerektiği takdirde idari makamların tutma süresine bir sınır getirme yetkisi verilmemiş, ayrıca sığınmacı statüsündeki kişilerin hukuki, insani ve sosyal yardım imkânlarının neler olduğu, bu tür yardımlar için başvurma usulleri ve süre sınırları belirlenmemiştir. Bu nedenle AİHM, o tarihte yürürlükte bulunan Fransız mevzuatının, başvuruçuların özgürlük hakkını yeterince güvence altına almadığına⁶⁹⁵ ve dolayısıyla başvuruçuların usul haklarının gösterilmediği bir mevzuata dayanarak gerçekleştirilen tutulmasının *usulsüz* ve *keyfi* olduğuna karar vermiştir.⁶⁹⁶

Sığınmacı statüsünde olanların yanında, geri verme amacıyla tutuklanan kişilerin de yukarıdaki güvencelerden yararlandırılmaları gerekir. *Muminov/Rusya* davasında, Özbekistan'a geri verilmek üzere Rus mahkemesi tarafından tutuklanan başvuruçu yedi aydan fazla tutuklu kalmıştır. AİHM, Rusya'da geri verme amacıyla tutuklamaya karar verme usulü, verilen tutuklamanın uzatılması ve bu tutuklamanın süre bakımından sınırlarıyla ilgili açık bir yasa hükümlerinin bulunmadığını tespit etmiştir. Kararda, tutuklamayla ilgili genel hükümlerin ilk tutukluluk süresini iki ay olarak tespit ettiği ancak, mevcut olayda ilk iki aydan sonra uzatma kararı verilmediği, dolayısıyla ulusal

⁶⁹⁵ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, §§ 53-54.

⁶⁹⁶ Ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 76.

sistemin başvurucuyu keyfi tutmaya karşı korumadığı, bu bağlamda tutukluluğun Sözleşme'nin 5(1) fıkrası bakımından hukuki olmadığı sonucuna varılmıştır.⁶⁹⁷

Tutma tedbirinin, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının hukukilik şartını karşılayabilmesi için, bu tedbirin ulusal hukukta yer alması başlı başına yeterli olmayıp tedbire ilişkin gerekliliklerin de yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Örneğin ulusal hukuka göre tutma kararı verirken duruşma yapılması gerekli ise duruşma yapılmaksızın verilen tutuklama kararları ulusal hukukta öngörülen koşul yerine getirilmediğinden Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartını ihlal edecektir.

Van der Leer/Hollanda davasında ulusal mahkeme, kendi iradesiyle akıl hastanesine yatan başvurucunun, kocasının talebi üzerine altı ay süreyle hastanede zorunlu olarak muhafaza ve tedavisine karar vermiştir. Bu karar, başvurucuyu iki gün önce muayene eden bir psikiyatrin verdiği rapora dayanmıştır. Ulusal hâkim söz konusu kararı verirken duruşma yapmamış ve başvurucuyu dinlememiştir. Doktor raporunda da başvurucunun bir yargıç tarafından dinlenmesinin gereksiz olduğu belirtilmemiştir. Oysa akıl hastalarına dair kanuna göre hâkimin, “gereksiz veya tıbben tavsiye edilmez olmadıkça” hakkında muhafaza tedbiri istenen kişiyi dinlemesi ve içtihatlarla göre duruşma yapmama kararının gerekçeli olması gerekmektedir. AİHM'ye göre, akıl hastalarına dair kanunun hükümlerini dikkate almayan hâkim, bir duruşma yapılmamasının şartları bulunmadığı halde, hakkında muhafaza kararı vermeden önce başvurucuyu dinlememiştir. AİHM, hâkim tarafından verilen kararda, en azından psikiyatrin bu konudaki görüşlerinin neden izlemediğinin gerekçeleri ortaya konulmadığından,⁶⁹⁸ bir usul hakkının kullandırılmamasının Sözleşme'nin 5(1) fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.

⁶⁹⁷ *Muminov/Rusya*, no. 42502/06, 04/11/2010, § 122.

⁶⁹⁸ *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990, §§ 22-23.

Öte yandan ulusal hukuktaki mevcut usuli güvencelerin yine ulusal hukuk yoluyla etkisizleştirilmemesi de gerekir. *Dağ ve Yaşar/Türkiye* davasında başvuruçular birkaç gün gözaltında tutulduktan sonra hâkim karşına çıkarılıp tutuklanmışlar ve cezaevine konmuşlardır. Başvuruçular, birkaç saat sonra 430 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname'nin 3(c) bendine dayanılarak yeniden ifadelerinin alınması için on günden fazla olmamak şartıyla, cezaevinden alınıp kolluğa teslim edilmesini öngören hükümlere göre ve hâkim kararı ile jandarma komutanlığına götürülmüşlerdir. Bu uygulama neticesinde birinci başvuruçucu on sekiz gün, ikinci başvuruçucu ise kırk gün gözaltında tutulmuştur. AİHM, başvuruçuların tutuklu bulundukları sırada jandarma merkezine götürülmelerinin etkili bir yargısal denetimi bertaraf ettiğini, tutuklanmış kişilerin sorgulanmak üzere gözaltında tutulmalarının gözaltı süresiyle ilgili mevzuatı dolanmak anlamına geldiğini, sorgulanan kişilerin sahip oldukları avukatla görüşme hakkı gibi bütün güvenceleri ortadan kaldırdığını ifade ederek, bu uygulamanın Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartına aykırı olduğuna karar vermiştir.⁶⁹⁹

7. Özgürlükten Yoksun Bırakma Tedbirinin Sözleşme'nin 5(1) Fıkrasının Amacıyla Bağdaşmaması

Hukukilik şartı, bir özgürlükten yoksun bırakma uygulamasının Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında izin verilen kısıtlamaların amacıyla bağdaşır olmasını gerektirir. Ulusal hukukta kamu makamlarına istisnai olarak tanınan özgürlükten yoksun bırakma yetkisinin aşırı ve ölçüsüz kullanımı, izin verilen tutma yetkisinin amacını ortadan kaldırabilir ve söz konusu tutmayı hukuka aykırı hale getirebilir.

Bouamar/Belçika davasında, Belçika'da yaşayan 14-15 yaşlarındaki Fas vatandaşı olan başvuruçucu hakkında, çocuk mahkemesi tarafından ilgili kanunun “kendisini hemen kabul edebilecek bir kimse veya kurum bulunmasında maddi imkânsızlık bulunması

⁶⁹⁹ *Dağ ve Yaşar/Türkiye*, no. 4080/02, 08/11/2005, §§ 59-68.

halinde, on beş günü aşmayan bir süre için bir tutukevinde tutulabilir” hükmü gereğince, on beş gün boyunca tutukevinde tutma kararı verilmiştir. Başvurucu bu süre dolmak üzere iken tutukevinden çıkarılarak ailesinin yanına gönderilmiş, sonra tekrar aynı hükme dayanılarak tutukevine konmuştur. Böylece bu işlem bir yıl içinde dokuz defa tekrar etmiş ve başvurucu 291 günlük dönemde topla 119 gününü tutukevinde geçirmiştir. AİHM’ye göre, bir küçüğün bir tutukevinde tutulması tedbiri, *eğitsel gözetimini* sağlama amacı taşıdığı takdirde, mutlaka Sözleşme’nin 5(1)(d) bendine aykırı düşmez. “Amacıyla” kelimesinden de anlaşılacağı gibi, metinde geçen “tutma”, ilgili kişiyi “eğitsel gözetim” altına yerleştirmenin bir vasıtasıdır. Sözleşme’nin 5(1)(d) bendi, “gözetimli eğitim rejimi”ne bir giriş olarak kullanılabilecek geçici bir tutma tedbiri almayı engellememektedir. Ancak bu gibi durumlarda, tutmadan sonra süratle, amaca uygun yeterli kaynakları bulunan, açık veya kapalı bir kurumda, bu tür bir rejimin fiilen uygulanmasına geçilmelidir. Somut olayda başvurucu, tutukevi ile ailesi arasında adeta mekik dokumuştur. Bir bütün olarak alındığında, dokuz yerleştirme kararı Sözleşme’nin 5(1)(d) bendiyle bağdaşmamaktadır. AİHM’ye göre, bu kararların kısır bir döngü şeklinde tekrarı, bu kararları Sözleşme’nin 5(1)(d) bendi bakımından giderek daha da az “hukuki” hale getirmiştir.⁷⁰⁰

8. Kişinin Zorunlu İkamete Tabi Tutulması

Zorunlu ikamet, bir tedbir olarak kişinin belirli bir bölgede belirli bir süreyle yaşamaya zorlanması olup, özgürlük hakkına kendiliğinden (*per se*) bir müdahale oluşturmayabilir. Ancak zorunlu ikamet, uygulanma tarzı itibarıyla kişiyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir halini almış ise, bu tedbirin Sözleşme’nin 5(1) fıkrasındaki istisnalara girip girmediği incelenmelidir.⁷⁰¹

⁷⁰⁰ *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, §§ 50-53.

⁷⁰¹ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 383-84.

AİHM, *Guzzardi/İtalya* davasında tutuklamanın ardından uygulanan “zorunlu ikamete tabi tutma” tedbirinin, Sözleşme’nin 5(1)(a) – (f) bentlerinin kapsamına girip girmediğini incelemiştir. İtalya’da, ilgili kanunlara göre zorunlu ikamet tedbirinin de dâhil olduğu özel gözetim tedbirleri, diğer kişilerin yanında, çalışabilecek durumda olan boşta gezenlere ve serserilere, kanundışı işlerle sık sık ve nam salacak biçimde ilgilenen kişilere ve ayrıca davranışları ve yaşam tarzı açısından suça eğilimli bir çevrede yaşamayı alışkanlık haline getirmiş olan veya davranışları suça eğilimli bir kişi olduğu izlenimi veren kişilere uygulanmaktadır. Adı geçen davada, mafya üyesi olduğu şüphesiyle iki yıl tutuklu kalan başvuru, azami tutukluluk süresi sona erdiği gün, hakkında verilmiş olan zorunlu ikamet tedbirine dayanılarak, cezaevinden alınarak bir adaya götürülmüş ve bu adanın iki buçuk kilometrekarelik bölümünde on altı ay zorunlu ikamete tabi tutulmuştur. Öncelikle söz konusu zorunlu ikamet özgürlük hakkına bir müdahale oluşturduğunu tespit eden AİHM, ardından bu tedbirin 5(1)(a), (b), (c) ve (e) bentlerinden hiç birinin kapsamına girmediğini belirlemiştir. Ulusal hukukta öngörülen zorunlu ikamet tedbirinin Sözleşme’deki sınırlama sebeplerinden herhangi birine dayanmadığını gözlemleyen AİHM, bu tedbiri 5(1) fıkrasındaki hukukilik şartına aykırı bulmuştur.⁷⁰²

9. Oda/Disiplin Hapsi

Oda hapsi cezası, asker kişilere verilen ve bu kişileri özgürlüklerinden mahrum bırakan bir disiplin cezasıdır. AİHM, pek çok kararında, bir sivil verildiğinde özgürlükten yoksun bırakma olarak görülebilecek bir disiplin cezası veya tedbirinin, asker kişiye verildiğinde aynı şekilde görülmeyebileceğini belirterek askeri yaşamın kendine has özelliklerini göz ardı etmediğini ifade etmiştir. Ancak AİHM, silahlı

⁷⁰² *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, §§ 96-102.

kuvvetler bünyesinde, normal hayat şartlarından *açıkça sapma*⁷⁰³ olarak kendini gösteren kısıtlamaların, Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamı dışında kalamayacağını da belirtmiştir.⁷⁰⁴ Sözleşme'nin 5. maddesi, devletin ulusal hukuku tarafından ister *cezai* isterse *idari* tüm özgürlüğü kısıtlayıcı “mahkûmiyet kararları” için uygulama alanı bulmaktadır.⁷⁰⁵

Ulusal hukukta yeri olan oda hapsi cezasının incelendiği ilk dava olan *Engel ve Diğerleri/Hollanda* davasında AİHM, komutanı tarafından asker kişiye verilen iki günlük geçici hapsin (*strict arrest*⁷⁰⁶/*oda hapsi*), astsubay ve erlere verilen, gündüz ve gece bir odada kilit altında tutularak uygulanan, dolayısıyla normal görevlerini yerine getirmelerini engelleyen bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri oluşturduğunu tespit etmiştir. AİHM, bu cezanın, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki “aşağıdaki haller” ve “hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça” terimleriyle güvence altına alınan keyfi özgürlükten yoksun bırakma yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁷⁰⁷

Sözleşme'ye göre yargı organlarınca disiplin suçları çerçevesinde hapis cezası verilebilmektedir. Bu konu ile ilgili olarak Anayasa'nın 38(10) fıkrasında yer alan “[i]dare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir” şeklindeki düzenleme dikkat çekicidir. Bu düzenlemeyle Anayasa'nın 19. maddesinde sınırlı olarak sayılan istisnaların sayısı artırılmış olmaktadır ve buna benzer bir hüküm Sözleşme'nin 5. maddesinde yer almamaktadır. Bu yönüyle silahlı kuvvetlere, Anayasa'nın 19(2) ve (3) fıkralarında sınırlı olarak sayılan kişi özgürlüğünün

⁷⁰³ *Koç ve Demir/Türkiye*, no. 26793/08, 20/03/2012, § 29.

⁷⁰⁴ AİHM'nin oda/disiplin hapsi uygulamalarını Sözleşme'nin 5(1) fıkrası kapsamında değerlendirdiğine ilişkin olarak bkz., *Koç ve Demir/Türkiye*, no. 26793/08, 20/03/2012, § 21.

⁷⁰⁵ *Galstyan/Ermenistan*, no. 26986/03, 15/11/2007, § 46; *A.D./Türkiye*, no. 29986/96, 22/12/2005, § 21.

⁷⁰⁶ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 34.

⁷⁰⁷ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 69.

kısıtlanabileceği durumlar bakımından bir istisna getirildiği görülmektedir. Bir yasal düzenleme ile herhangi bir yargı kararı olmaksızın kişinin özgürlüğünden kısa süreli de olsa yoksun bırakılması, Sözleşme'nin 5. maddesine aykırılık oluşturacaktır.⁷⁰⁸

Nitekim AİHM, *A.D./Türkiye* davasında, disiplinsizlik nedeniyle üstü tarafından yirmi bir gün oda hapsi cezasına çarptırılan bir astsubayın yaptığı başvuru hakkında, kişinin özgürlüğünden ancak bir mahkeme tarafından verilen kararla yoksun bırakılabileceğini, cezayı veren üstün bir yargıç niteliği taşımadığını ve askeri hiyerarşi nedeniyle kendi üstlerinden bağımsız hareket edemeyeceğini belirterek Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷⁰⁹ Bu açıdan Anayasa'nın 38(10) fıkrasındaki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının istisnalarından birini oluşturan hüküm Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır. Yetkili bir mahkeme tarafından verilmeyen “Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni” ile ilgili her türlü mahkûmiyet kararı sonucunda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması Sözleşme'yi ihlal edecektir. Böyle açık bir hüküm karşısında Anayasanın 19. ve 38. maddelerinin Sözleşme'nin 5. maddesine uygun yorumlanması oldukça güçtür.⁷¹⁰

A.D./Türkiye davasında savunmacı devlet, Askeri Ceza Kanunu'nda mevcut oda hapsi cezasına dayanılarak komutan tarafından verilen yirmi bir günlük oda hapsi cezasının, bir ceza değil, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki “yükümlülüğün yerine

⁷⁰⁸ Bkz., *infra*, s. 220.

⁷⁰⁹ *A.D./Türkiye*, no. 29986/96, 22/12/2005, § 22.

⁷¹⁰ Bununla birlikte, [katılmadığımız bir yaklaşıma göre] Anayasanın 19. ve 38. maddelerinin Sözleşme'nin 5. maddesine uygun yorumlanabilmesi için AYM'nin Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan idarenin bu yetkisinin, Sözleşme'nin 6. ve 13. maddeleri doğrultusunda *bağımsızlık* ve *tarafsızlık* güvencelerine sahip olan bir idari kurulca bu tür cezaların verebilmesiyle sınırlı olduğunun belirtmesi durumunda mümkün olabileceği de ifade edilmektedir. AİHM'nin “mahkeme” kavramını özerk yorumladığı ve bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri bulunduğu takdirde idari kurulları da bir mahkeme gibi değerlendirebildiği dikkate alındığında, Anayasa'nın 38. maddesinin gündeme getirdiği istisnanın uygulama alanı bir ölçüde sınırlanabilir gözükmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesine göre bir hak sınırlanırken hakkın özüne dokunulmaması gerekmektedir. Anayasa'nın 13., 19. ve 38. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde kurul benzeri, belirtilen güvencelere sahip bir organ tarafından ceza verilmesinin beklenmesi mümkündür (Bu konuda bkz., Karan, 2013, s. 189).

getirilmesini sağlamak” amacıyla uygulanan bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri olduğunu ve bu tedbirin komutanın emrine uyulmasını sağlama amacı taşıdığını ileri sürmüştür. İHM ise, disiplin hapsi cezalarının Sözleşme’nin 5(1)(b) bendi kapsamında bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacını taşıdığına yönelik savunmaları kabul etmemektedir. AİHM, “kanun tarafından öngörülen bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak” ifadesinin yalnızca, kanunun bir kimseyi ihmal ettiği özel ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak amacıyla tutuklanmasına izin verdiği durumlar bakımından geçerli olduğu kanısındadır. Oysa oda hapsi cezasının hiçbir şekilde, gelecekteki buna benzer bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak gibi bir amacı bulunmamaktadır. Askeri disipline aykırı davranıştan dolayı verilen özgürlüğü kısıtlayıcı cezalar, geçmişteki bir davranışla ilgilidir. Söz konusu cezalar, baskıcı ve cezalandırıcı bir nitelik taşır ve bu nedenle Sözleşme’nin 5(1)(b) bendinin kapsamına girmezler.⁷¹¹

Oda hapsi cezası uygulamasında, verilen cezanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından değil de askeri hiyerarşideki üstleri tarafından verildiği iddiaları ile birlikte Sözleşme’nin 5. ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları da gündeme gelebilmektedir. *Tengilimoğlu ve Diğerleri/Türkiye* davasında davalı devlet, başvurucunun hiyerarşik üstüne başvuruda bulunmaması nedeniyle ulusal hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunmuşsa da AİHM, bu tür bir başvuru sonuçsuz kalacağından bu itirazı kabul etmemiştir.⁷¹² AİHM, disiplin cezalarının Sözleşme’nin 5(1) fıkrası kapsamında özgürlüğü kısıtlayıcı cezalar olduğunu,⁷¹³ sivil bir kimseye uygulanabilecek bir disiplin cezası ya da tedbirinin özgürlüğü kısıtlayıcı olarak

⁷¹¹ *A.D./Türkiye*, no. 29986/96, 22/12/2005, §§ 21-22; *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 69.

⁷¹² *Tengilimoğlu ve Diğerleri/Türkiye*, no. 26938/08 vd., 05/06/2012, §§ 17-18. Aynı yönde bkz., *Koç ve Demir/Türkiye*, no. 26793/08, 20/03/2012, § 22-23.

⁷¹³ *Tengilimoğlu ve Diğerleri/Türkiye*, no. 26938/08 vd., 05/06/2012, § 23.

nitelenebilirken, aynı ceza bir askere uygulandığında aynı niteliği taşımayabileceğini, bununla birlikte silahlı kuvvetler bünyesinde hayatın olağan koşullarından açık biçimde sapılarak yapılan kısıtlamaların, Sözleşme'nin 5. maddesinin dışında bırakılmadığını⁷¹⁴ belirtmiştir. AİHM, kararda ayrıca ulusal hukukta bu tür cezalarla ilgili etkili başvuru yolu bulunmaması durumunda altı aylık başvuru süresinin, şikâyet edilen eylemin sona ermesiyle başladığını vurgulayarak,⁷¹⁵ somut olayda sürenin disiplin cezasının infazından sonra başladığına da hükmetmiştir.

Örneğin *Koç ve Demir/Türkiye* davasında AİHM, dört başvurunun farklı tarihlerde ayrı ayrı dört disiplin cezasına çarptırılmış olduğunu gözlemlemeyerek iki disiplin cezası bakımından altı aylık sürenin geçirildiğini tespit etmiş ve bu şikâyetler yönünden başvuruyu reddedilmiştir.⁷¹⁶

AİHM, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinin hükümlerine göre özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların; bir yargı kararı sonucu verilmiş olması gerektiğini, cezanın ayrıca ilgili dava konusunda karar verme makamı niteliğine sahip, yürütme erkinden bağımsız ve gerekli yargı güvencelerine sahip yetkili bir mahkeme tarafından verilmesi gerektiğini,⁷¹⁷ ancak başvuru haklarındaki tutukluluk kararlarının emir komuta zinciri içinde bulunan askeri üstleri tarafından verildiğini, bu kişilerin karar verme hususundaki yetkilerini hiyerarşik ilişkiden aldığını, ayrıca bu hiyerarşik yapı içerisinde kendilerinin de bağımsız olmadıklarını, disiplin cezasını veren kişinin askeri olarak hiyerarşik üstüne

⁷¹⁴ *A.D./Türkiye*, no. 29986/96, 22/12/2005, § 21; *Pulath/Türkiye*, no. 38665/07, 26/4/2011, § 20.

⁷¹⁵ *Kirkit ve Diğerleri/Türkiye* (kk), no.32297/07, 5/4/2011. Aynı yönde bkz., *Koç ve Demir/Türkiye*, no. 26793/08, 20/03/2012, § 32.

⁷¹⁶ *Koç ve Demir/Türkiye*, no. 26793/08, 20/03/2012, § 35. Aynı yönde bkz., *Kirkit ve Diğerleri/Türkiye* (kk), no. 32297/07, 5/4/2011.

⁷¹⁷ *Tengilimoğlu ve Diğerleri/Türkiye*, no. 26938/08 vd., 05/06/2012, § 35.

yapılan itiraz başvurusunun da Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca yargı güvencesine dair teminatları sağlamadığına karar vermiştir.⁷¹⁸

Oda hapsi konusunda Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda bugüne kadar esas hakkında bir karar verilmemiştir. Bir başvuruda başvuru, herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın yetkili amirin kararıyla altı gün oda hapsi cezası verilmesinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, somut olayda, başvuru hakkında verilen oda hapsi cezasının Mahkemenin zaman bakımından yetkisi başladıktan sonraki bir tarih olan 30/10/2012 ilâ 5/11/2012 tarihleri arasında infaz edilmiş olduğunu, cezanın infazın verilen cezanın kesinleşmesi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmadığını⁷¹⁹ belirtmiş ve başvuru konusu işlem 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşmiş olduğundan başvurunun “zaman bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁷²⁰

10. Göz Hapsi

Disiplin cezalarından biri de “göz hapsi” (*on probation*) uygulamasıdır. Göz hapsi uygulamasının incelendiği önemli kararlardan biri *Tütüncü ve Bektaş/Türkiye* kararıdır. Mevcut olayda başvuru, Sözleşme'nin 5. maddesine dayanarak, aleyhlerinde verilen göz hapsi cezalarının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme yerine askeri üstleri tarafından verilmesinden şikâyet etmişlerdir. AİHM, Sözleşme'nin sivillerin yanında silahlı kuvvetler mensupları için de geçerli olduğunu hatırlatarak Sözleşme'nin 1. ve 14. maddelerinde, sözleşmecî devletlerin yargılama yetkisi içinde bulunan herhangi bir kimsenin, “hiçbir ayırım yapılmaksızın”, Sözleşme'nin I. Bölümü'nde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanması gerektiği belirtilmiştir.⁷²¹ AİHM, somut olayda

⁷¹⁸ *Tengilimoğlu ve Diğerleri/Türkiye*, no. 26938/08 vd., 05/06/2012, § 37; *Pulatl/Türkiye*, no. 38665/07, 26/4/2011, § 32.

⁷¹⁹ AYM, B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 17.

⁷²⁰ AYM, B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 18.

⁷²¹ *Tütüncü ve Bektaş/Türkiye* (kk), no. 76653/11 ve 78809/11, 27/11/2012, § 12.

Sözleşme'nin ilkelerini yorumlarken ve uygularken, askeri koşulların özelliklerini ve bunun silahlı kuvvetler mensuplarının durumu üzerindeki etkilerini/sonuçlarını göz önünde bulundurmuştur. AİHM ayrıca, askerlik hizmeti bağlamındaki özgürlük hakkı ile ilgili olarak, askeri disiplin sisteminin, doğası gereği, sivil şahısların bazı hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamaların, silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına imkân verdiğini hatırlatarak böyle bir sistemin, sözleşmecî devletlerin yükümlülüklerine aykırı düşmediğini, dolayısıyla askeri disiplin uygulamalarının Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının kapsamında yer aldığını ifade etmiştir.⁷²²

Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında “özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığını” belirleyebilmek için kişinin içinde bulunduğu somut durumu göz önünde bulundurmak gerekir. Askerlik hizmeti, başlı başına Sözleşme bakımından özgürlükten yoksun bırakılmayı teşkil etmese dahi, bu durum, Sözleşme'nin 4(3)(b) bendinde açıkça kabul edilmektedir. Bununla birlikte askerlik hizmeti, özel zorlayıcı sebeplerle, silahlı kuvvetler mensuplarının seyahat özgürlüklerine daha geniş sınırlamalar konulmasını gerektirebilmektedir. Ancak bu kısıtlamalar Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına girmez. Bu bağlamda, her devlet kendi askeri disiplin sistemini düzenlemekle yetkilidir ve bunu gerçekleştirirken de belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Sözleşme'nin 5. maddesinin devletlerden aşmamalarını istediği sınırlar, askerler ve siviller için aynı değildir. Bir sivil şahsa uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma olarak nitelendirilebilecek bir disiplin cezası ya da tedbiri, asker kişilere uygulandığında aynı niteliği taşımayabilir. Bu nedenle, tedbirin uygulanacağı olayın içeriği büyük önem taşır.

Bununla beraber bu tür bir ceza ya da tedbir, sözleşmecî devletlerin silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan bir kısıtlama halini aldığı anda,

⁷²² *Tütüncü ve Bektaş/Türkiye* (kk), no. 76653/11 ve 78809/11, 27/11/2012, § 14.

Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerinin uygulanamayacağını da söylemek mümkün değildir. Bu tür ceza ya da tedbirin normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan bir kısıtlama halini alıp almadığını tespit etmek için, tartışma konusu ceza ya da tedbirin niteliği, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler birlikte dikkate alınmalıdır.

AIHM bu önermelere dayanarak, somut olayda başvuruçular hakkında verilen göz hapsi cezalarının, özgürlükten yoksun bırakma sayılamayacağı kanısına varmıştır. Esasen bu tür bir cezaya çarptırılan askerlerin mesai saatleri dışında askeri binalarda veya başka bir kamusal alanda kalma zorunlulukları var olmakla birlikte, bu kişiler bir yere kapatılmamakta ve görevlerini yapmaya devam etmektedirler. Ayrıca bu kişiler, askeri yaşamın olağan sistemi içinde kalmaya az çok devam etmektedirler.⁷²³ Bu nedenle AIHM, belirtilen hususlar ışığında, somut olayda belirtilen göz hapsi cezalarının, Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından problem teşkil edecek nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır.⁷²⁴

II. BİREYİN ÖZGÜRLÜĞÜNDEN MAHRUM BIRAKILABİLECEĞİ DURUMLAR

Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının mutlak nitelikte bir hak olmadığı ve kamu yararı (*public interest*) amacıyla bireyin özgürlükten yoksun bırakılabileceği hallerin Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentlerinde ve sınırlı olarak sayıldığı⁷²⁵ hususları yukarıda ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f)

⁷²³ Bu konuda bkz., *Ümit Gül/Türkiye* (kk), no. 74161/11, 10/7/2012; *Vural ve Diğerleri/Türkiye* (kk), no. 46274/11, 25/9/2012; mutatis mutandis, *Brandao Ferreira/Portekiz* (kk), no. 41921/98, 28/9/2000.

⁷²⁴ *Tütüncü ve Bektaş/Türkiye* (kk), no. 76653/11 ve 78809/11, 27/11/2012.

⁷²⁵ *Del Rio Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, 21/10/2013, § 123; *M./Almanya*, no. 9359/04, 17/12/2009, § 86.

bentlerinde sayılan hukuki tutma sebeplerin “dar yorum”lanarak⁷²⁶ (*narrow interpretation*) uygulanması gerektiği AİHM içtihatlarında açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen bu ilkeye her zaman uyulduğunu söylemek mümkün değildir.⁷²⁷ Bu bakımdan her olayın somut özelliklerine göre her somut olaydaki özgürlükten mahrumiyetin 5(1)(a) – (f) bentlerinde sayılan sebeplerden hangisinin kapsamına girdiğinin tespiti gerekir.⁷²⁸

Anayasa açısından ise bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği sebepler Anayasa’nın 19(2) ve 19(3) fıkralarında sayılmıştır. Türk hukuku açısından da kişinin özgürlüğü ancak bu fıkralardan sayılan sebeplerle sınırlanabilir. Sözleşme ve Anayasa’da yer alan sınırlama sebepleri ayrıtılı olarak aşağıda açıklanmıştır.

A. Yetkili Mahkeme Kararı Sonrasında Tutma

1. Genel Olarak

Bireyin hukuka uygun olarak özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi ilk durum “yetkili mahkeme kararı sonrası tutma” halidir. Yetkili bir mahkeme kararı sonrasında tutma hali Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi ve Anayasa’nın 19(2) fıkrasında düzenlenmiştir. Yetkili mahkeme kararı sonrası tutma durumu, Sözleşme ve Türk hukuku bakımından önemli tartışmaları bünyesinde barındırmaktadır. Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi şöyledir:

*“Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması”*⁷²⁹

Sözleşme’nin 5(1)(a) bendinde, bir kişinin ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulabileceği hükmü yer almaktadır. Mahkûmiyet kararı sonrası tutma ile kastedilen, bireyin hapsedilmesi

⁷²⁶ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/03/2010, § 78; *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 37.

⁷²⁷ Harris et al., 2013, s. 139.

⁷²⁸ Reid, 2012, s. 340.

⁷²⁹ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

(*imprisonment*) olup bu bende göre tutmanın amacı hapis cezasının infazıdır.⁷³⁰ Bu açıdan özgürlük hakkının kullanımını sınırlayan infaz hukuku uygulamasından kaynaklanan sorunlar da bu bent çerçevesinde ele alınabilir.⁷³¹ Madde hükmü ile esas olarak “hukuka uygun mahkûmiyet”e değil “hukuka uygun hapsedme”ye atıf yapılmaktadır. Bu bakımdan kişinin 5(1)(a) bendi gereğince tutulması şartı, verilen mahkûmiyet kararının hukuka uygun olmasını değil,⁷³² tutmanın hukuka uygun olmasını gerektirir.⁷³³ Kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararının hukuka uygun olup olmadığının incelemesi bu bendin kapsamına girmemektedir.

Hapis cezasının uzunluğu ve yerindeliği gibi tutmanın esasına ilişkin şikâyetler de Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi kapsamında değildir. AİHM, Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi uyarınca ulusal mahkemelerce verilen bir mahkûmiyet kararının ya da cezanın hukuka uygun olup olmadığı,⁷³⁴ hapis cezasının süresini ve kararın doğru olup olmadığı⁷³⁵ konularını incelememektedir.⁷³⁶ Benzer şekilde tutmanın koşullarından da bu bend kapsamında şikâyet edilmesi mümkün değildir.⁷³⁷

Bireyin hapsedilmesine dayanak teşkil eden mahkûmiyet kararı ya da verilen ceza bir üst mahkeme tarafından veya temyiz incelemesi sonucunda bozulmuş olsa da kişinin tutulduğu dönem Sözleşme’nin 5(1) maddesi çerçevesinde geriye dönük olarak hukuka aykırı hale gelmeyecektir. Ancak ulusal makamlar üst mahkemenin kararı

⁷³⁰ Harris et al., 2013, s. 139.

⁷³¹ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 385.

⁷³² Reid, 2012, s. 344.

⁷³³ Macovei, 2010, s. 42.

⁷³⁴ Bu konuda bkz., *Krzycki/Almanya*, no. 7629/76, 14/07/1977.

⁷³⁵ *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987 (Başvurucunun ömür boyu ağır hapis cezasına çarptırıldığı davada AİHM, Sözleşme’nin 5. maddesini değil, 3. maddesinde belirtilen insanlık dışı cezalandırmanın yasaklanması hükmünü dikkate almıştır).

⁷³⁶ Harris, O’Boyle ve Warbrick, 2009, s. 138.

⁷³⁷ *Bizzotto/Yunanistan*, no. 22126/93, 15/11/1996 (Alıkonulan yer ve alıkoyulma koşullarının şikâyet edildiği başvuruda AİHM, her ne kadar özgürlükten mahrumiyet gerekçesi ve alıkoyulma koşulları arasında bir ölçüde ilişki olması gerekse de, başvurucunun alıkoyulması halinin, hakkında verilen mahkûmiyet kararı neticesinde olduğunu ve dolayısıyla 5(1)(a) bendi kapsamına girdiğini tespit etmiştir). Aynı yönde bkz., *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985.

doğrultusunda kişi hakkında verilen cezayı hafifletmez ya da cezası azaltılan başvurucu daha hafif olan cezadan daha uzun süre hapsedilirse bu tutma hukuka uygun olarak değerlendirilemez.

Anayasa'nın 19(2) fıkrasında da Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine paralel bir düzenlemeye gidilmiştir. Anayasa'nın 19(2) fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

“... [m]ahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi”

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi nedeniyle kişinin tutulmasına olanak veren düzenlemeye madde gerekçesinde de;

“İlk hal yetkili mahkeme tarafından verilen hapis cezası yahut ceza yerine geçen ve kişi hürriyetini kısıtlayan bir güvenlik tedbirinin yerine getirilmesi halidir. Mesela ceza sorumluluğu bulunmayan bir suçlunun hapis cezası yerine bir müessesede tedavisine mahkemece karar verilmesi halinde, bu karar gereği, (tıpkı hapis cezasında olduğu gibi) suçlunun hürriyeti kısıtlanmış olacaktır.”⁷³⁸

denilerek dikkat çekilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de bir mahkeme kararına dayanılarak tutulan kişinin durumunun Anayasa'nın 19(2) fıkrasının kapsamına girdiğini belirtmektedir. AYM'ye göre bir kişi yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm edilmişse, bu kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmakta ve tutmanın nedeni “ilk derece mahkemesince verilen hükme bağlı olarak tutma” haline dönüşmektedir.⁷³⁹ Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık

⁷³⁸ Anayasa'nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 31.

⁷³⁹ AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 42.

hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez.⁷⁴⁰ Nitekim gerek AİHM, gerekse Yargıtay, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemektedir. AİHM, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi hükmü uyarınca “mahkûmiyet sonrası tutma” olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır.⁷⁴¹

Aynı yaklaşım Yargıtay Ceza Genel Kurulunca da benimsenmiştir. Ceza Genel Kurulu “[h]akkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır”⁷⁴² demek suretiyle, derece mahkemesinin karına dayanılarak tutulan kişinin tutulmasının dayanağının mahkûmiyet hükmü olduğu belirtmektedir.⁷⁴³

Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin 19/4/2010 tarihli kararının Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesi neticesinde 29/6/2011 tarihinde bozulduğunu somut olayda, ilk derece mahkemesinin karar tarihi ile Yargıtay'ın bozma kararı tarihi arasında geçen sürede başvurucunun “ilk derece mahkemesince verilen hükme bağlı olarak” tutulduğuna hükmetmiştir.⁷⁴⁴ Dolayısıyla AYM, ilk derece mahkemesi kararı sonrasında kişinin tutulmasının Anayasa'nın 19(2) fıkrası

⁷⁴⁰ AYM, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 33.

⁷⁴¹ *Şahap Doğan/Türkiye*, no. 29361/07, 27/5/2010, § 26; *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, §§ 23-24.

⁷⁴² *Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, E.2011/1-51, K.2011/42, K.T. 12/4/2011.

⁷⁴³ Karşıt görüş için bkz., Muharrem Özen, Devrim Güngör ve Güneş Okuyucu Ergün, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 2010, s. 186-87.

⁷⁴⁴ AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 43.

kapsamında “mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezanın yerine getirilmesi” olarak değerlendirmiştir.

Kişinin aldığı cezadan daha fazla bir süre boyunca ceza evinde yatması da Sözleşme’nin 5(1)(a) bendinin kapsamına girmektedir. *Grava/İtalya* davasında başvuru, yaklaşık iki yıl iki ay hapis cezası yattıktan sonra salıverilmiş, geriye yaklaşık bir yıl dokuz ay infaz edilmesi gereken hapis cezası kalmıştır. Başvuru, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince iki yıllık kısmi affı hak etmiştir. AIHM’ye göre başvuru iki yıllık af süresi indirildiğinde infaz edilmesi gereken süreden daha fazla hapis yatmış olduğu için, fazladan yatılan bu ek sürenin hukuka uygun bir hapsedilme olarak görülemeyeceği ve ulusal sistemin öngördüğünden daha uzun süre ceza çeken başvuru bakımından Sözleşme’nin 5(1)(a) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁴⁵

Mahkûmiyet; yetkili mahkeme tarafından verilen belli bir hapis cezasının gerekçesinin bulunması ve cezanın verilmesine yol açan durumun da suç işlendiği tarihte ulusal hukuka göre hapis veya diğer özgürlükten mahrum bırakma sonucunu doğuran tedbirlerin uygulanmasını gerektirecek bir suç teşkil etmesi gerektiği anlamına gelir.⁷⁴⁶ Bu yaklaşım, Anayasa’nın 19(2) fıkrasındaki “hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi” kriteri ile uyum içindedir.

Sözleşme’nin 5(1)(a) bendinde bir kimsenin hapsedilmesinin “yetkili mahkeme” tarafından verilmiş bir “mahkûmiyet kararından sonrasında” “hukuka uygun olarak” gerçekleşebileceği ifade edilirken hapsedilmenin unsurlarından bahsedilmiştir. Anayasa’nın 19(2) fıkrasında da benzer biçimde “şekil ve şartları kanunda gösterilen” “mahkemelerce” verilmiş (dolayısıyla mahkeme kararına dayanılarak ve mahkeme

⁷⁴⁵ *Grava/İtalya*, no. 43522/98, 10/07/2003, §§ 37-46.

⁷⁴⁶ *James, Wells ve Lee/Birleşik Krallık*, no. 25119/09 vd., 18/09/2012, § 189; *Grosskopf/Almanya*, no. 24478/03, 21/10/2010, § 43.

kararı sonrasında), “hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi” şeklinde düzelemeye gidilerek özgürlükten mahrumiyetin unsurlarına yer verildiği görülmektedir.

2. *Mahkeme Kararının Mevcudiyeti*

Sözleşme’nin 5(1)(a) bendine göre kişinin özgürlükten yoksunluk bırakılabilmesi için öncelikle hakkında verilmiş bir mahkûmiyet kararının mevcut olması gerekir. Bir “mahkeme” tarafından verilen ve özgürlükten yoksun bırakmayı gerektiren her türlü “mahkûmiyet kararı”, (*conviction*) Sözleşme’nin 5(1)(a) bendinin kapsamına girer. Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi kapsamında ulusal hukukta kişinin suçlu bulunduğu “suçun” (*offence*) hukuki niteliğini esas alan bir ayırım yapılmamaktadır. Bu bakımdan aralarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın cezai ve disipline ilişkin tüm suçlar bu fıkra kapsamında değerlendirilir.⁷⁴⁷ Önemli olan suçun niteliği değil mevcudiyeti ve bu suçla ilişkin yaptırımın uygulanmış olmasıdır.⁷⁴⁸

Anayasa’nın 19(2) fıkrası açısından da özgürlükten mahrumiyet sonucunu doğuran hürriyeti kısıtlayıcı cezaların⁷⁴⁹ ve güvenlik tedbirlerinin⁷⁵⁰ mahkemelerce verilen kararlara dayanması gereklidir.

Mahkûmiyet kararı bir *suç bulgusuna* işaret etmektedir. Bir suçun varlığı⁷⁵¹ ve özgürlükten yoksun bırakmayı gerektirecek ceza veya başka bir tedbirin uygulanması, “yasaya uygun olarak” (*in accordance with the law*) tespit edilmedikçe, bir mahkûmiyet olarak değerlendirilemez.⁷⁵²

⁷⁴⁷ *Galstyan/Ermenistan*, no. 26986/03, 15/11/2007, § 46.

⁷⁴⁸ Bleichrodt, 2006, s. 467.

⁷⁴⁹ Hürriyeti kısıtlayıcı cezalar için bkz., 5237 sayılı TCK, K.T. 26/9/2004, R.G. 12/10/2004 (Sayı: 25611), md. 54-52.

⁷⁵⁰ Güvenlik tedbirleri için bkz., 5237 sayılı TCK, K.T. 26/9/2004, R.G. 12/10/2004 (Sayı: 25611), md. 53-60.

⁷⁵¹ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, § 100.

⁷⁵² *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 87; *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982, § 35.

Bu hüküm Sözleşme'ye taraf devletlerin kendi “yargısal alanları dışındaki” (*extra-territorial jurisdiction*) yetkili mahkemelerce verilen tutma kararlarını icra etmelerini engellemez. Her ne kadar taraf devletler mahkûmiyet kararı ile sonuçlanan yargılama sürecinin Sözleşme'nin 6. maddesindeki tüm gerekliliklere/güvencelere uygun olup olmadığını inceleme gibi bir yükümlülüğü bulunmasa da adaletin açıkça inkârı sonucunda verilmiş bir mahkûmiyet kararı kabul edilemez.⁷⁵³

Tutma kararını veren mahkemenin aynı zamanda “kanunla kurulmuş” (*established by law*) ve “yetkili” (*competent*) olması gerekmektedir. AİHM, *Yefimenko/Rusya* davasında başvuru hakkında karar veren mahkemenin kanunla kurulmuş yetkili mahkeme olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁵⁴

3. *Hapsetme Kararını Veren Mahkemenin Yetkili Olması*

Hapsetme kararını veren yargı merciinin/mahkemenin, davayı görme yetkisine sahip “görevli ve yetkili mahkeme” (*competent court/tribunal*) olması gerekmektedir. Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinde bahsi geçen mahkeme, yürütmeden (*executive*) ve taraflardan (*parties*) bağımsız (*independent*), yeterli yargısal güvencelere sahip olmalıdır.⁷⁵⁵ Ayrıca mahkemeye sağlanan güvencelerin her davada aynı olması gerekmez. Mahkemenin, en azından Sözleşme'ye uygun yargı geleneğini yansıtan anayasal ve yasal temelde işleyen bir yargı sisteminin parçası olması da ayrı bir gerekliliktir.⁷⁵⁶

⁷⁵³ *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99, 8/7/2004, § 461; *Stoichkov/Bulgaristan*, no. 9808/02, 24/03/2005, § 51.

⁷⁵⁴ *Yefimenko/Rusya*, no. 152/04, 12/2/2013, §§ 108-11.

⁷⁵⁵ Reid, 2012, s. 344; *De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika*, no. 2832/66, 18/6/1971, § 78; *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 8/6/1976, § 68.

⁷⁵⁶ Reid, 2012, s. 345, dipnot 82; *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99, 8/7/2004, § 460. Mahkemenin uluslararası hukukta tanınmayan bir tüzel kişiliğe sahip olması birçok problemi beraberinde getirebilir. Bu tür sorunlar için bkz., *Kıbrıs/Türkiye* [BD], no. 25781/94, 10/05/2001, §§ 231, 236-37.

Sözleşme’de “yetkili mahkeme”lerce verilen mahkûmiyet kararından bahsedilirken Anayasa’da sadece “mahkeme”lerce verilen kararlardan bahsedilmesi, Sözleşme ve Anayasa arasında bir uyumsuzluk oluşturmamaktadır. Zira Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesinde de “... yetkili mahkeme tarafından verilen hapis cezası yahut ceza yerine geçen ve kişi hürriyetini kısıtlayan bir güvenlik tedbirinin yerine getirilmesi”nden bahsedilmektedir.⁷⁵⁷

Özgürlükten mahrumiyet kararı veren yetkili mahkeme ile ilgili olarak AIHM tarafından ortaya konan yukarıdaki ilkeler Anayasa’nın 142. maddesinde “[m]ahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”; 138. maddesinde “[h]akimler, görevlerinde bağımsızdırlar”, “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler”, “[h]içbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz”, “[g]örülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz”, “[y]asama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” denilmek suretiyle güvence altına alınmıştır.

Bir kişinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulup tutulmadığının Anayasa Mahkemesince denetlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde AYM’nin özgürlükten mahrumiyete ilişkin olarak yukarıda bahsedilen güvenceyi yeterince sağlaması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle

⁷⁵⁷ Bkz., *supra*, s. 216.

AYM'nin tutukluluk kararının yetkili mahkemece verilmediği yönündeki şikâyetleri de incelemesi gerekir.⁷⁵⁸

Sözleşme'ye göre yargı organlarınca disiplin suçları çerçevesinde de hapis cezası verilebilmesi mümkündür. Bu noktada Anayasa'nın 38(10) fıkrasında yer alan “[i]dare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir” şeklindeki düzenleme dikkat çekicidir.⁷⁵⁹ Bu düzenlemeyle Anayasa'nın 19. maddesinde sınırlı olarak sayılan istisnaların sayısı artırılmış olmaktadır ve buna benzer bir hüküm Sözleşme'nin 5. maddesinde yer almamaktadır. Bu yönüyle silahlı kuvvetlere Anayasa'nın 19(2) ve (3) fıkralarında sınırlı olarak sayılan kişi özgürlüğünün kısıtlanabileceği durumlar bakımından istisna getirildiği görülmektedir. Bu hükme dayanılarak hakkında herhangi bir yargı kararı olmaksızın kişinin özgürlüğünden kısa süreli de olsa yoksun bırakılması Sözleşme'nin 5. maddesine aykırılık oluşturacaktır.⁷⁶⁰

Bununla birlikte, tutuklama kararı veren mahkemenin sadece “tavsiyede bulunma” fonksiyonunun olması yeterli olmayıp, tutmanın *yasaya uygunluğu*

⁷⁵⁸ Tutukluluk kararının yetkili mahkemece verilip verilmediğinin öncelikle incelenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür (Bu konuda bkz., Karan, 2013, s. 188).

⁷⁵⁹ Düzenlemenin gerekçesinde “*Farklı bir disiplin rejimini gerekli kılan Silahlı Kuvvetler bu yasağın dışında bırakılmıştır.*” denilmiş ve bu konuda yeterli bir gerekçe sunulmamıştır. Gerekçe metni için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerek_celi_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 73.

⁷⁶⁰ Anayasanın 38. maddesindeki bu hüküm 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan “...*Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Devlet memurları... hakkında*” oda hapsi cezası verilebileceğine dair düzenleme hakkında açılan iptal davasında gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle söz konusu hükmü “...*öngörülen göz veya oda hapsi cezaları, niteliği, yerine getirilmesi ve sonuçları bakımından ceza hukuku anlamında özgürlüğü bağlayıcı ceza niteliği taşımayan sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğinde olan cezalar*” olarak nitelemiştir. AYM daha sonra bu konunun 38. maddede belirtilen “*Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni*” ifadesi kapsamına girdiğini belirterek Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme “*TSK.nde görevli bulunan gerek asker ve gerekse sivil personel hakkında idare tarafından kişi hürriyetini bağlayıcı yaptırımların uygulanabilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin yapılmasına Anayasanın 38. maddesinde izin verilmiş olduğu*” sonucuna varmıştır (Bkz., AYM, E.2000/34, K.2005/91, K.T. 25/11/2005).

konusunda karar vermeye ve eğer tutma yasaya uygun değil ise *salıverme* kararı verme yetkisine de sahip olması da gerekmektedir.⁷⁶¹

Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi açısından aranan yeterli yargısal güvenceler, Sözleşme'nin 6(1) fıkrasındaki güvenceleri kapsamasa da⁷⁶² bazı durumlarda bahsi geçen iki düzenlemenin örtüştüğü söylenebilir. Örneğin Sözleşme'nin 6(1) fıkrasında kişiye sağlanan güvenceleri karşılayamayan bir organın verdiği mahkûmiyet kararı ile kişinin hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi Sözleşme'nin 5(1)(a) fıkrasına aykırılık oluşturabilir.

AIHM'ye göre, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki *yetkili bir mahkemenin mahkûmiyet kararından* sonra hapsedilme hükmünün, mahkûmiyete yol açan yargılamanın Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerine bütünüyle uygun olup olmadığının *derinlemesine* incelemesini gerektirmez. Ancak bir mahkûmiyet, Sözleşme'nin 6. maddesindeki ilkelere açıkça aykırı bir yargılama sonucunda “bariz/açık bir şekilde adaletsiz” (*flagrant denial of justice*) bir şekilde verilmiş ise somut olaydaki özgürlükten yoksun bırakma tedbiri Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından haklı görülemez.⁷⁶³ Bir cezanın, Sözleşme bakımından “yasal bir temelinin” (*legal basis*) ve “meşruiyetinin” (*legitimacy*) bulunması gerekmektedir.⁷⁶⁴

Stoichkov/Bulgaristan davasında gıyaben yargılanıp hapis cezasına mahkûm edilen başvuru, ülkesine dönünce cezaevine koyulmuş ve yeniden yargılanma talebi reddedilmiştir. AIHM'ye göre başvuruçunun ilk başta özgürlüğünden mahrum bırakılması Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine uygundur. Ancak, dosyasının yeniden açılması talebinin yerel mahkemece reddedilmesinden sonra başvuruçunun

⁷⁶¹ *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 61; *X./Birleşik Krallık*, no. 7215/75, 05/11/1981, § 61.

⁷⁶² *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 68.

⁷⁶³ Harris et al., 2013, s. 141.

⁷⁶⁴ *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99, 8/7/2004, § 436.

hapsedilmeye devam olunması hali, Sözleşme'nin 6. maddesi hükümlerine açıkça aykırı bir mahkûmiyet kararına dayanılarak devam ettiğinden, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine aykırı hale dönüşmüştür.⁷⁶⁵

Benzer bir yaklaşım *Drozd ve Janouesk/Fransa ve İspanya* davasında da takip edilmiştir.⁷⁶⁶ Başvurucular, Andora'da Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen kriterlere aykırı olduğu görülen bir yargılamanın ardından Fransa'da cezaevine konulmuşlardır. Olayların yaşandığı dönemde Andora, Sözleşme'ye taraf değildir. Bu açıdan AIHM, mahkûmiyet hükmünü veren devletin Sözleşme'ye taraf olup olmamasının öneminin bulunmadığını kabul etmiştir.⁷⁶⁷ AIHM, başvurucular hakkındaki mahkûmiyet kararı Andora'daki açıkça adaletsiz bir yargılama⁷⁶⁸ sonucunda verilmemişse başvurucuların bir Fransız cezaevinde tutulmasının 5(1)(a) bendine aykırı olmayacağına karar vermiştir.

Tutma kararını veren mahkemenin yetkili olması konusu ülkeler arasında suçluların iadesi uygulamalarında da gündeme gelebilmektedir. Suçluların iadesi çerçevesinde cezası infaz edilmekte iken cezaevinden kaçan bir kişinin, iade işlemleri sürmekte iken hapsedildiği süre, kaçtığı ülkede aldığı cezanın bir parçası olarak değerlendirilemeyeceğinden söz konusu iade amaçlı tutma keyfi olarak değerlendirilemez.⁷⁶⁹

Devletler arasında suçluların iadesi uygulamalarında, tutma kararını veren mahkemenin yetkili olması konusunda üzerinde durulması gereken bir husus da tutuklu bir kişinin gönderildiği devlette alacağı ceza miktarına ilişkindir. Tutuklu kişinin

⁷⁶⁵ *Stoichkov/Bulgaristan*, no. 9808/02, 24/03/2005, §§ 56-58.

⁷⁶⁶ *Drozd ve Janouesk/Fransa ve İspanya*, no. 12747/87, 26/6/1992, § 110.

⁷⁶⁷ Uluslararası hukuk tarafından tanınmayan bir mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı ile ilgili olarak bkz., *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99, 8/7/2004, § 436.

⁷⁶⁸ Açıkça adaletsiz yargılama için bkz., *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], no. 48787/99, 8/7/2004, § 461.

⁷⁶⁹ *C./Birleşik Krallık* (kk), no. 10854/84, 8/7/1985 (*Aktaran Harris et al.*, 2013, s. 142).

gönderildiği davalı devletten, kendisini yüksek olasılıkla tahliye edecek bir devlete gönderilmesi ve gönderildiği devlette çekeceği hapis cezasının, ceza davası neticesinde hakkında hükmedilmiş olan cezanın daha uzun olmaması Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal etmeyecektir. Ancak *de facto* olarak daha uzun olan bir ceza süresi Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal edebilir ve cezayı veren devletin 5. maddede öngörülen tutma kararının yetkili mahkemece verilmesi kriteri anlamında sorumluluğuna yol açabilir. Bu tür davalarda, cezayı veren devlette çekilmesi gereken hapis cezasına nispeten cezayı uygulayacak devlette hapiste geçirilmesi gereken sürenin *açıkça orantısız* olduğuna ilişkin gerekçelerin açıkça ortaya konulması gerekmektedir.⁷⁷⁰

4. Tutmanın Mahkûmiyet Kararı Sonrasında Olması

Sözleşme'nin 5(1) bendinde, kişinin ancak yetkili mahkeme tarafından verilmiş bir “mahkûmiyet kararı sonrasında” (*after conviction*) hapsedilebileceği hükmü yer almaktadır.⁷⁷¹ Mahkûmiyet koşulu, “özerk”⁷⁷² (*autonomous provision/concept*) bir anlama sahiptir ve işlendiği kanıtlanan bir fiil nedeniyle *suçluluğun tespiti*ni ifade eder. Sözleşme'nin 5(1)(a) anlamında “mahkûmiyet” kavramından, yasal olarak suç oluşturan bir suçluluğun bildirimini ve bir cezanın verilmesini⁷⁷³ veya diğer hürriyetten mahrumiyet sonucunu doğuran tedbirleri anlayabiliriz.⁷⁷⁴ Dolayısıyla suç işlenmesini önleme amacıyla önceden tedbir amacıyla gerçekleştirilen tutma⁷⁷⁵ veya yargılama öncesi tutma bu kapsamda değerlendirilemez.⁷⁷⁶

⁷⁷⁰ Veermæ/Finlandiya (kk), no. 38704/03, 15/3/2005 (Aktaran Harris et al., 2013, s. 142).

⁷⁷¹ Del Rio Prada/İspanya [BD], no. 42750/09, 21/10/2013, § 124.

⁷⁷² Engel ve Diğerleri/Hollanda, no. 5100/71 vd., 8/6/1976, § 68.

⁷⁷³ Guzzardi/İtalya, no. 7367/76, 06/11/1980, § 100.

⁷⁷⁴ M./Almanya, no. 19359/04, 17/12/2009, § 95; Van Droogenbroeck/Belçika, no. 7906/77, 24/6/1982, § 35.

⁷⁷⁵ Guzzardi/İtalya, no. 7367/76, 06/11/1980, § 100.

⁷⁷⁶ Macovei, 2010, s. 41.

Mahkûmiyet, yargılamayı yapan mahkeme tarafından mahkûm edilmek anlamına geldiğinden temyiz aşamasında kişinin tutulmasının meşruiyeti 5(1)(c) bendi kapsamında değil, 5(1)(a) bendi kapsamında değerlendirilir.⁷⁷⁷

Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinde yer alan “sonra” (*after/après*) sözcüğü, kişinin hapsedilmesinin mahkûmiyeti sadece zaman bakımından izlemesi anlamına gelmemektedir. Bunun yanı sıra hapsedme; (i) mahkûmiyetin bir sonucu olmalı (*result*), (ii) mahkûmiyeti izlemeli (*follow*) ve (iii) ona dayanmalı (*depend upon*) veya (iv) mahkûmiyetten dolayı (*by virtue of*) meydana gelmelidir.⁷⁷⁸ Başka bir anlatımla mahkûmiyet kararı ile özgürlükten yoksun bırakma tedbiri arasında “yeterli illiyet bağı” (*sufficient casual connection*) bulunmalıdır.⁷⁷⁹ Ancak, asıl mahkûmiyet ile özgürlükten mahrumiyet arasındaki illiyet bağı zamanın geçmesiyle zayıflayacaktır.⁷⁸⁰ Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi tarafından istenen/aranan illiyet bağı, asıl kararda (yargılamaya yetkili mahkemece verilen) öngörülen amaçlarla uyumlu olmayan olan gerekçelere veya bu amaçlara göre makul olmayan bir takdir yetkisine dayanan serbest bırakmama veya tutuklama kararıyla kesilebilmektedir. Bu durumda, başta usulüne uygun olarak gerçekleştirilen hürriyetten mahrumiyet uygulaması, keyfi ve dolayısıyla 5. madde ile uyumsuz hale gelebilir.⁷⁸¹

Salıverme ve yeniden tutma kararları kanun koyucunun veya mahkemenin amaçları ile bağlantılı olmayan gerekçelerle veya bu amaçlar çerçevesinde makul olmayan bir değerlendirmeye dayanmakta ise bu durumda zaman içerisinde söz konusu

⁷⁷⁷ Bu konuda bkz., *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı.

⁷⁷⁸ *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 87; *Kafkaris/Kıbrıs* [BD], no. 21906/04, 12/02/2008, § 117; *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/6/1982, § 35.

⁷⁷⁹ Reid, 2012, s. 345; *Stafford/Birleşik Krallık* [BD], no 46295/99, 28/05/2002, § 64; *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 42; *Monnell ve Morris/Birleşik Krallık*, no. 9562/81, 02/03/1987, § 40.

⁷⁸⁰ *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982, § 40.

⁷⁸¹ *Eriksen/Norveç*, no. 17391/90, 27/05/1997, § 78.

illiyet bağı zayıflar ve nihayetinde de kaybolabilir. Başlangıçta yasaya uygun olan bir tutma sonradan keyfi bir şekilde özgürlükten yoksun bırakma haline dönüşebilir.⁷⁸²

Van Droogenbroeck/Belçika davasında başvuru hırsızlık suçunu tekrarladığından iki yıl hapis cezasına çarptırılmış ve bunun üzerine on yıl devlet hizmetine alınmıştır. Belçika hukukuna göre cezanın bu iki parçası bir bütün oluşturmaktadır. Başvuru, iki yıllık hapis cezasını tamamlamasının ardından salıverilmiş ancak baştaki mahkûmiyet kararına dayanan idari bir kararla sonraki birkaç yılının büyük bir kısmını hapiste geçirmiştir. AİHM, idari bir kararla gerçekleştirilen hapsedme süresinin Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu hapsedme uygulaması mahkûmiyet kararından yıllar sonra gerçekleşmiş olsa da baştaki mahkeme kararına dayandığından ve mahkeme kararının yerine getirilmesi niteliğinde olduğundan hukuka aykırı bulunmamıştır.⁷⁸³

Koşullu salıverme kararının geri alınması veya ceza erteleme kararı kaldırılması üzerine kişinin hapsedilmesi, kişiyi cezaevine geri döndüren kararlar ile hakkında verilmiş ilk hapis cezası arasındaki bağlantının kopmamış olmasını gerekli kılar. Yasama organının veya mahkemenin amacıyla bağlantılı olmayan bir sebebe veya bunlarla ilgili olmayan bir değerlendirmeye dayandırıldığında, cezaevine geri gönderme kararı ile ilk hapis cezasıyla arasındaki bağlantı kopmuş olacağından başlangıçta hukuka uygun olan hapsedme, keyfi bir özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşür ve Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağdaşmaz hale gelir.⁷⁸⁴

Weeks/Birleşik Krallık davasında başvuru silahlı soygun gerçekleştirmek suçlamasıyla ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucuya, bir start tabancası

⁷⁸² Guide on Article 5, 2012, § 42; *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 88; *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 49.

⁷⁸³ *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982.

⁷⁸⁴ *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982, § 40; Janis, Kay ve Bradley, 2008, s. 623-24; Harris et al., 2013, s. 143.

ile bir mağazadan 35 peni çalmasına rağmen davada ömür boyu hapis cezası verilmesinin nedeni, davaya bakmakta olan mahkemenin çok tehlikeli bir genç olarak nitelendirdiği başvurunun somut olayda artık kendisi ya da toplum için tehlike oluşturmayacağı zaman şartla salıverilecek olmasıdır. Bu açıdan başvuru eğer işlediği suça karşılık gelen bir hapis cezasına çarptırılmış olsaydı tahliye edileceği tarihten önce salınabilecekti. Ancak başvuru on yıl boyunca şartlı salıverilme imkânından yararlanamamıştır.

AİHM, bu davanın *Van Droogenbroeck/Belçika* davasına benzer olduğunu ve *Van Droogenbroeck/Belçika* davasında da yeniden hapsedmenin toplumun korunması ve suçlunun rehabilitasyonuna yönelik meşru amaçlar taşıdığını, aradan uzun bir zaman geçmesine rağmen yeniden hapsedme ile asıl mahkûmiyet arasındaki bağın kopmadığını belirtmiştir. AİHM, İçişleri Bakanlığının başvurucağı yeniden hapsedme kararının amacının mahkûmiyet kararını veren mahkemenin amacı ile uyumlu olduğunu, İçişleri Bakanlığının başvurucağı tutarsız ve saldırgan davranışlarını gösteren delillere dayanarak yeniden geri çağırdığını ve ulusal makamların bu delilleri değerlendirirken *takdir marjından* yararlandığını ifade etmiştir.⁷⁸⁵

Yeterli illiyet bağının sadece mahkûmiyet kararı ile özgürlükten yoksun bırakma tedbiri arasında aranmakla kalmayıp, hâlihazırda cezasını çekmekte olan bir kişinin asıl hapsedilme amacı ile bu kişinin tahliye edilip edilmeyeceğine karar verme yetkisine sahip olan merciin/mahkemenin dayandığı sebepler arasında da bulunması gerekir.⁷⁸⁶

Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinde geçen mahkûmiyet kararı sonrasında yer alan *mahkûmiyet kararı* ibaresinin nihai mahkûmiyet (*final conviction*) durumu ile sınırlı olarak yorumlanmaması gerekir. “Mahkûmiyet kararı” ibaresinin nihai mahkûmiyet ile sınırlı olarak yorumlanmaması, tutuksuz yargılanan ve haklarında mahkûmiyet kararı

⁷⁸⁵ Harris et al., 2013, s. 143.

⁷⁸⁶ *Stafford/Birleşik Krallık* [BD], no. 46295/99, 28/5/2002, § 82.

verilen başvurucuların yakalanması halinin Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucunu ortaya çıkaracaktır.

AİHM, ilk derece mahkemesi kararının ardından temyiz süreci devam eden başvurucunun “hapis cezası”nı çekmeye başlayıp başlamadığı konusunda önemli farklılıklar bulunduğuna işaret etmiş ve bu nedenle sözleşmecî devletlerin ulusal hukukları ancak tüm temyiz süreçleri tamamlandıktan sonra kişi hakkındaki ceza hükmünün kesinleştiğini kabul etse de Sözleşme açısından tutuklu yargılamanın suçun tespit edilmesi ve ilk derece mahkemesince verilen kararlar son bulacağını kabul etmiştir.⁷⁸⁷ Dolayısıyla, bir kişinin ilk derece mahkemesince hakkında mahkûmiyet kararı verilinceye kadar tutuklu kalması Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi kapsamına girerken, ilk derece mahkemesi sonrasında tutulması hali 5(1)(a) bendi kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁸⁸

Neumeister/Avusturya kararında, başvurucunun ilk tutukluluk süreci, Komisyon'a başvuruda bulunduğu tarihten altı aydan fazla bir süre önce son bulmuştur. Bu nedenle Komisyon, ilk sürecin Sözleşme ile uygunluğunu incelemesinin mümkün olmayabileceğini değerlendirmiştir. Ancak Komisyon, bir başvurucunun mahkûm edilmesi halinde, ilk sürecin normalde verilen her türlü hapis cezasından düşüleceğini ve böylece beklenen gerçek hapis cezası süresini azaltacağını, dolayısıyla başvurucunun tutulma süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde ilk sürecin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁸⁹ Bu kararda Komisyon ayrıca, aynı cezai işlemlere ait tutuklu yargılama süresi hakkında şikâyetçi olan bir başvurucudan her duruşma öncesi tutukluluk bitiminde yeni bir başvuruda bulunması beklemenin aşırı şekilcilik olacağını, böyle bir gereğin farklı fakat birbirini izleyen

⁷⁸⁷ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/01/2007, §§ 24-26.

⁷⁸⁸ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 9.

⁷⁸⁹ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/6/1968, hukuk kısmı.

tutukluluk süreçlerine ilişkin olan ve aynı başvuru tarafından yapılan çok sayıda başvuru ile Sözleşme sistemi için bir yük oluşturacağını ifade etmiştir.⁷⁹⁰

Türkiye'nin de dâhil olduğu bazı ülkelerin ulusal hukukları açısından, temyiz incelemesi sırasında özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişi, *hükmen tutuklu* (*hükümözlü*) olarak kabul edilmekte ve hükmün kesinleşmesiyle birlikte hükümlü olarak kabul edilmektedir. Ancak Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi anlamında *mahkûmiyet*, ilk derece mahkemesinin esas hakkında verdiği kararla oluşur ve kararın kesinleşmesine gerek bulunmamaktadır.⁷⁹¹ Bu bakımdan AİHM içtihatlarında, istinaf ya da temyiz yargılaması sırasında tutulu olan kişinin durumu bakımından Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin değil, yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyet sonrası hapislik dönemi olarak kabul edildiğinden 5(1)(a) bendinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Böyle bir yaklaşımın ardında, temyiz veya itiraz aşamalarında tutulu bulundurulmaya devam olunan kişinin suçluluğunun Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerine uygun olarak yapılmış bir yargılama sonucunda sabit görüldüğü düşüncesi bulunmaktadır.⁷⁹²

Aynı yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. AYM'ye göre kişi yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm edilmişse, bu kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmakta ve tutmanın nedeni ilk derece mahkemesince verilen hükme bağlı olarak tutma haline dönüşmektedir. Dolayısıyla AYM, ilk derece mahkemesinin başvuru hakkında verdiği karar sonrasında tutulmasını, Anayasa'nın 19(2) fıkrasındaki “ilk derece mahkemesince verilen hükme bağlı olarak” kapsamında değerlendirmektedir.⁷⁹³

⁷⁹⁰ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, § 26.

⁷⁹¹ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/6/1968, hukuk kısmı, § 9.

⁷⁹² *B./Avusturya*, no. 11968/86, 28/03/1990, §§ 36, 47.

⁷⁹³ *AYM*, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, §§ 42-44.

İlk derece mahkemesince verilen kararın bozulmasıyla, kişinin tutuklanmasının sebebi yeniden bir suç isnadına bağlı olarak tutulma haline dönüşmektedir.⁷⁹⁴

AİHS'nin 5(1)(a) fıkrası gereğince bir kişinin mahkûmiyet kararı sonrasında hapsedilmesine ilişkin ilke, disiplin cezaları açısından da uygulama alanı bulmaktadır.⁷⁹⁵

İşlediği fiil nedeniyle akıl hastası olması sebebiyle mahkûm edil(e)meyen ve ceza verilmeyen fakat hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına hükmolunan kişiler de hapsedilmiş sayılırlar. Bu kişilerin durumu Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi kapsamında değerlendirilir.⁷⁹⁶ Böyle durumlarda Sözleşme'nin 5(1)(a) ve (e) bentlerinin uygulama alanları çakışır ve an azından başlangıçta bu iki bendin birlikte uygulanması gerekir. Ancak akıl hastası bir sanık beraat ettikten sonra hakkında akıl hastanesine yatırılma kararı verilmiş ise artık sadece Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi açısından inceleme yapılır.⁷⁹⁷

5. Temyiz İşlemlerinin Etkisi

Bireyin tutulduğu süre eğer bir mahkeme kararına dayanmakta ise ilke olarak yasaya uygun kabul edilmektedir. Mahkeme kararının yanlış olduğunun daha sonra ortaya çıkması, kişinin bu karara uygun olarak tutulduğu süreyi geriye dönük olarak geçersiz kılmamaktadır.⁷⁹⁸ Nitekim AİHM, haklarında mahkûmiyet kararı verilmiş olup bu mahkûmiyet kararı ya da cezanın daha sonra temyiz mahkemesi tarafından olgu veya kanunun yorumundaki yanlışlıklara dayanılarak verildiğinin ileri sürüldüğü başvuruları kabul etmemiştir.⁷⁹⁹

Ancak hâkim kararıyla tutukluluğunun devamına karar verilmekle beraber, bu karar Sözleşme'nin usuli güvencelerine açıkça aykırılık oluşturmaması ve tutma

⁷⁹⁴ AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 44.

⁷⁹⁵ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 68. Disiplin cezalarına ilişkin olarak bkz., *supra*, s. 207 vd.

⁷⁹⁶ *X./Birleşik Krallık*, no. 7215/75, 05/11/1981, § 39.

⁷⁹⁷ *Luberti/İtalya*, no. 9019/80, 23/02/1984, § 25.

⁷⁹⁸ *Yefimenko/Rusya*, no. 152/04, 12/02/2013, § 102.

⁷⁹⁹ *Benham/Birleşik Krallık* [BD], no. 19380/92, 10/06/1996, §§ 40, 42.

kararının Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan tutmanın keyfilikten korunmasına yönelik güvencelere uygun olması gerekir.⁸⁰⁰ AİHM, tutma kararlarındaki ağır ve açık (*gross and obvious*) eksikliklerin temyiz mahkemelerince giderilebileceğini ifade etmiştir.⁸⁰¹ Örneğin *Kolevi/Bulgaristan* davasında Bulgaristan Yüksek Mahkemesi, başvurunun özgürlükten mahrum bırakılmasını, ceza yargılamasının başlangıcı itibarıyla kabul edilmemesi gerektiğini ifade ederek, söz konusu özgürlükten mahrum bırakmanın ulusal hukuk açısından yasal olmadığına ve soruşturmadan muaf (*immunity from prosecution*) olan bir kişi hakkında yapılan uygulamanın ağır ve açık usulsüzlük olduğuna karar vermiştir.⁸⁰² Tutma kararının üst mahkeme kararlarıyla kaldırıldığı bu tür durumlarda AİHM, ilk tutma kararının Sözleşme'nin 5(1) fıkrasını ihlal etmediğine hükmetmiştir.

6. Şartlı Salıverme Uygulaması

Hakkında mahkûmiyet hükmü kurulan bir kişinin cezasının infazı sürecinde şartlı olarak salıverilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak Sözleşme'nin 5(1)(a) fıkrasının hükümlüleri, devam eden ya da sonuçlanmış bir davada başvurunun erken bırakılması hakkını güvence altına almaz.⁸⁰³ Ancak kanunla belirlenen koşulları karşılayan kişiler açısından ise yetkili makamların bu konuda bir takdir hakkı (*discretionary power*) bulunmamaktadır.⁸⁰⁴

Del Rio Prada/İspanya davasında, başvurunun, hakkında verilen yedi ayrı karar sonucunda toplamda 3000 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.⁸⁰⁵ Başvurucu, yargılanmaya başladığı 6/4/1987 ile 13/2/1989 arasında

⁸⁰⁰ *Menesheva/Rusya*, no. 59261/00, 09/03/2006, § 92.

⁸⁰¹ *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 75.

⁸⁰² *Kolevi/ Bulgaristan*, no. 1108/02, 5/11/2009, §§ 175-79.

⁸⁰³ *Çelikkaya/Türkiye* (kk), no. 34026/03, 01/06/2010.

⁸⁰⁴ *Grava/İtalya*, no. 43522/98, 10/7/2003, § 43; *Pilla/İtalya*, no. 64088/00, 02/03/2006, § 41; *Şahin Karataş/Türkiye*, no. 16110/03, 17/6/2008, § 37.

⁸⁰⁵ *Del Rio Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, 21/10/2013, §§ 10-12.

tutuklu bulundurulmuş ve ulusal mahkeme tarafından 14/2/1989 tarihinde mahkûm edilmesi üzerine hapis cezasının/mahkûmiyet hükmünün infazı anlamında tutulmaya başlanmıştır.⁸⁰⁶ 30/11/2000 tarihinde terör suçlarına bakan ulusal mahkeme tarafından başvuru hakkındaki tüm suçların hukuki ve kronolojik açıdan bir bütün oluşturduğu gerekçesiyle ulusal ceza yasasına göre tüm suçlamalar için toplam üst sınır olan otuz yıl ceza verilmiş ve 2001 yılında verilen ulusal mahkeme kararı ile de başvurunun cezasının 2017 yılında biteceğine hükmedilmiştir. Ancak başvuru, 2008 yılında, ulusal mevzuat hükümlerine göre hükümlü bulunduğu süre göz önünde bulundurularak serbest bırakılmayı talep etmiş, ancak talebi serbest bırakılmaya ilişkin koşulların, hakkında üst sınırdan ceza verilenleri kapsamadığı yönündeki ulusal mahkeme içtihatlarına dayanılarak reddedilmiştir.

Başvurucunun cezası infaz edilirken Yüksek Mahkemenin içtihadı değişmiş (2006 yılı) ve indirimlerin infazda geçecek azami süreye değil, her bir cezaya ayrı ayrı uygulanacağı, bu indirimler sonucu bulunan sürelerin toplamının otuz yılı aşamayacağı şeklinde “*Parot dontrini*” olarak bilinen bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu içtihada dayanılarak başvurunun fiilen yatacağı süre yeniden belirlenmiş ve tahliyesi için geçmesi gereken süre yaklaşık dokuz yıl uzamıştır.

AIHM, başvuru hakkında verilen cezanın Sözleşme’nin 7. maddesi⁸⁰⁷ bağlamında bir ceza olduğunu, cezanın yetkili bir mahkeme tarafından verildiğini, söz konusu cezanın infazının Sözleşme’nin 5(1) fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. AIHM, başvurunun, 2008 yılına kadar olan mahkûmiyetinin 5. madde bakımından hukuki olduğunu, başvuru tarihi itibarıyla başvurunun

⁸⁰⁶ *Del Rio Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, 21/10/2013, § 13.

⁸⁰⁷ Sözleşme’nin 7. maddesi şöyledir:

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. ...”

hükümlülük süresinin maksimum süre olan otuz yılı doldurmadığını, bu nedenle 2008 yılından sonrası tutulma ile hükümlülüğü arasında yeterli illiyet bağının (*causal link*) bulunduğunu ancak, 2008 yılından sonraki dönemde cezasının infazının hukuki olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, son olarak, 2000 yılında başvuru hakkındaki tüm cezaların birleştirilerek otuz yıl olarak belirlendiğini, 2006 yılında ulusal Yüksek Mahkemenin içtihadındaki değişim sonrasında başvurunun af kapsamına girip girmeyeceği durumunu öngörülebilir olmaktan çıkardığını, bu içtihat değişikliğinin başvuru için de uygulandığını ve bu durumun başvurunun salıverilmesini dokuz yıl geciktirdiğini belirterek bu uygulamanın Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi açısından hukuki olmadığına karar vermiştir.⁸⁰⁸

7. Suçu İkrar Etmenin Sonuçları

Tutmanın yetkili mahkeme kararı sonrasında olması kriteri açısından, suçu ikrar etmenin de bazı sonuçları ortaya çıkabilmektedir. AİHM, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi kapsamında suçu ikrar etme konusunu *Willcox ve Hurford/Birleşik Krallık* davasında incelemiştir. Mahkûmların, ülkeler arasındaki anlaşmalara uygun olarak nakledilmeleri sonrasında, nakledildikleri ülkelerde daha uzun hapis cezası çekmeleri söz konusu olabilmektedir. *Willcox ve Hurford/Birleşik Krallık* davasında başvuruçular Tayland mahkemeleri tarafından verilmiş olan ve bir nakil anlaşmasının uygulanması kapsamında Birleşik Krallık'ta çekilen uzun hapis cezalarından şikâyetçi olmuşlardır.

Başvuruçular, ikrar etmiş oldukları uyuşturucu madde bulundurma suçundan dolayı Tayland mahkemelerince verilmiş olan hapis cezalarını Birleşik Krallık'ta çekmektedirler. Başvuruçular, cezalarının kalan kısmını çekmek için Birleşik Krallık ile Tayland arasında var olan bir nakil anlaşması kapsamında Birleşik Krallık'a nakledilmişler ve nakilden sonra cezalarının süresine itiraz edemeyecekleri konusunda

⁸⁰⁸ *Del Rio Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, 21/10/2013, §§ 127-31.

bilgilendirilmişlerdir. Başvurucular, hapis cezalarının abartılı derecede ağır olduğunu, aldıkları cezanın aynı suçlardan dolayı Birleşik Krallık'ta alacakları muhtemel cezalardan dört veya beş kere daha ağır olduğunu ve bu cezaların uygulanmasına devam edilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesindeki haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca, nakil anlaşmasının işleyiş şekline göre ikrarda bulunmamış olsalardı sonuç olarak daha az süre hapiste kalacaklarını ileri sürerek Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında tutukluluklarının devamının keyfi olduğunu iddia etmişlerdir.⁸⁰⁹

Başvurucular, suçlarını ikrar etmiş olmalarından dolayı cezalarında ciddi bir indirim yapılması gerektiğini ancak, Tayland'ta haklarında hükmolunan cezaların ömür boyu hapis cezasından belli süreli bir hapis cezasına indirilmiş olsa da bu indirimin etkisinin gerçekte Birleşik Krallık'a nakledilmeleriyle tersine çevrildiğini, eğer suçlarını ikrar etmemiş olsalardı ve Tayland'ta ömür boyu hapse mahkûm edilselerdi şartlı salıvermeden önce çekmeleri gereken asgari süreyi İngiliz *Yüksek Mahkemesinin (High Court)* belirleyeceğini, bu belirlemeyi yaparken de Yüksek Mahkemenin bu hususta uygulanan yerel kuralları dikkate alacağını ve kendileri için verilecek hapis cezalarının fiilen infaz edilecek süresinin Tayland yargı mercilerinin belirledikleri belirli süreli cezalardan çok daha az olacağını, dolayısıyla eğer suçlarını ikrar etmemiş olsalardı hemen salıverilme olasılıklarının olacağını iddia etmişlerdir.

Ancak AİHM, birinci başvurunun *suçunu ikrar* etmemesi durumunda verilecek ömür boyu hapis cezasının Tayland mahkemesinin verebileceği yegâne ceza olmadığını, başvurunun ölüm cezasına mahkûm edilebilme olasılığının olduğunu, suçunu ikrar etmekten ötürü ölüm cezasını belli süreli cezaya çevirtebildiğini ve dolayısıyla önemli bir fayda sağladığını belirtmiştir. Ayrıca kral affının Tayland'ta çok yaygın olduğunu, bu aflla ömür boyu hapis cezası belli süreli hapis cezasına çevrilebildiklerini, kral affı

⁸⁰⁹ *Willcox ve Hurford/Birleşik Krallık*, no. 43759/10 ve 43771/12, 8/1/2013.

sayesinde iki başvuruçunun da cezasında indirim uygulandığını, dolayısıyla suçlu olduklarını ikrar etmemiş olsalardı nakilleri sırasında ömür boyu hapis cezası etkisi altında olacaklarını ve sonuç olarak Yüksek Mahkemenin kendileri için asgari bir hapis süresi belirleyeceğini kanıtlayamadıklarını belirtmiştir. AİHM, mahkûmların nakledilmeleri durumunda uygulanan kuralların açık olduğunu ve bu kuralların uygulandığını; bu şartlarda başvuruçuların, suçlarını ikrar etmelerinden dolayı, Birleşik Krallık'ta tutulmalarının 5(1)(a) bendi anlamında keyfi olduğunun söylenemeyeceğini belirterek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.⁸¹⁰

B. Mahkeme Kararına ya da Yasal Yükümlülüğe Uymama Nedeniyle Tutma

1. Genel Olarak

Bireyin hukuka uygun olarak özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi ikinci durum bireyin “mahkeme kararına ya da yasal yükümlülüğe uymama nedeniyle” tutulması halidir. Mahkeme kararına ya da yasal yükümlülüğe uymama nedeniyle bireyin tutulması hali Sözleşme'nin 5(1)(b) bendi ve Anayasa'nın 19(2) fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5(1)(b) bendi şöyledir:

“Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması”⁸¹¹

Anayasa'nın 19(2) fıkrasında da Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine paralel bir düzenlemeye gidilmiştir. Anayasa'nın 19(2) fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“... bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması”

⁸¹⁰ Willcox ve Hurford/Birleşik Krallık, no. 43759/10 ve 43771/12, 8/1/2013.

⁸¹¹ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

Anayasa'nın 19(2) fıkrasının mahkeme kararına ya da yasal yükümlülüğe uymama nedeniyle bireyin tutulmasına ilişkin kısmının gerekçesinde;

“İkinci halde ise yetkili mahkeme tarafından verilen bir karara yahut kanundan doğan bir yükümlülüğe uyulmaması halinde, bunların yerine getirilmesi amacıyla kişinin hürriyetinin kısıtlanması, yani kendisinin bir zor tedbirine konu olması öngörülmüştür.”⁸¹²

denilmiştir.

Sözleşme ve Anayasa'da yer alan düzenlemelerin birbiriyle uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesinin de Anayasa'da yer alan “yükümlülük” ifadesi kapsamında “tanıklık görevi, askerlik görevi gibi mutlak olarak kişinin fiziki varlığını gerektiren yasal yükümlülükler söz konusu ise ilgilinin yakalanması yoluna gidilebilir” demek suretiyle AİHM ile benzer bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.⁸¹³

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinde; (i) kişinin bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya (ii) yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması şeklinde iki durum düzenlenmiştir. Her iki neden açısından da, mahkeme tarafından verilen kararın veya yasa tarafından öngörülen yükümlülüğün ilgili kişi tarafından yerine getirilmesi halinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bu istisna kapsamında getirilen sınırlamanın ortadan kaldırılması gerekir.⁸¹⁴

Ayrıca her iki tutma nedeninin de “yasaya uygun” olması gerektiği hususu düzenlemenin lafzında yer almıştır. Bu ölçüte göre bir kişinin uymak zorunda olmasına rağmen uymadığı gerekçeyle özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yol açan mahkeme kararının ve yasada öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesini temin etmek amacıyla

⁸¹² Anayasa'nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 31.

⁸¹³ AYM, E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26/11/1986.

⁸¹⁴ Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul, Legal Yay., 2012, s. 19.

özgürlüğünden yoksun bırakılması halinin “yasaya uygun” olması gerekir. Anayasa’nın 19(2) fıkrasında ise “bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması” nedeniyle kişinin özgürlükten yoksun bırakılması halinin “yasaya uygun” olması kriterine yer verilmemiştir. Bu durumda Sözleşme’ye uygun bir yorum için AYM’nin bireysel başvurularda mahkeme kararının öncelikle yasaya uygunluğunu değerlendirmesi gerekip gerekmediği konusu gündeme gelecektir.⁸¹⁵

Bu noktada Anayasa’nın 148(4) ve 6216 sayılı Kanun’un⁸¹⁶ 49(6) fıkralarında yer alan kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir mahkeme kararının yasaya uygun olup olmadığını değerlendirme konusu esas olarak kanun yolunda gözetilecek bir husus olup AYM’nin bu alanda denetim yapması 6216 sayılı Kanun’a *prima facie* aykırılık oluşturabilecektir. Bu konudaki denetimin esas olarak derece veya temyiz mahkemeleri tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak buna rağmen açık bir yasaya aykırılık durumunda AYM’nin tutmanın yasaya uygunluğunu denetlememesi, fikrimizce Anayasa’nın 19. maddesinin ve bireysel başvurunun amacına aykırılık oluşturabilir.

Ayrıca Anayasa’nın 19(2) fıkrasında yer alan “... bir mahkeme kararının ... gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması” ifadesi, bir mahkeme kararına uymama nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılma hali yerine mahkemelerin herhangi bir nedenle yakalama veya tutuklama kararı verebilecekleri yönünde bir izlenim uyandırmaktadır. Ancak Anayasa’nın 19(3) fıkrasında yakalama ve tutuklama işlemlerinin koşulları belirtilmiştir. Bu nedenle ikinci fıkradaki ifadenin tüm mahkeme kararları için yorumlanması mümkün gözükmemektedir. Yine ikinci fıkranın başında “şekil ve

⁸¹⁵ AYM’nin bireysel başvurularda mahkeme kararının öncelikle yasaya uygun olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz., Karan, 2013, s. 190.

⁸¹⁶ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, K.T. 30/3/2011, R.G. 3/4/2011 (Sayı: 27894).

şartları kanunda gösterilen” ifadesi, ikinci fıkrada sayılan nedenlerle özgürlükten yoksun bırakılmanın yasal dayanağının olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla fikrimizce Sözleşme’nin 5(1)(b) bendi ile Anayasanın 19(2) fıkrası arasındaki “şekli” farklılığın “maddi” açıdan önemli bir sonucu bulunmamaktadır.

Sözleşme’nin 5(1)(b) bendindeki hüküm, bir ihlal gerçekleşikten sonra kararın infazına yönelik olarak uygulanmamaktadır. Suç işlediği konusunda makul şüphe bulunan kimsenin tutulması halinde Sözleşme’nin 5(1)(b) bendi değil 5(3) fıkrasındaki güvencelerle birlikte 5(1)(c) bendi uygulanır. Ayrıca Sözleşme’nin 5(1)(b) bendinde yer alan iki hüküm aynı olayda uygulanabilir ve koşulları varsa, bir tutma iki hükme de dayanılarak haklı bulunabilir.⁸¹⁷

2. Mahkeme Tarafından Yasaya Uygun Olarak Verilen Bir Karara Uymama Sebebiyle Tutma

Sözleşme’nin 5(1)(b) bendindeki düzenlemenin birinci kısmı, kişinin *bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması nedeniyle* özgürlükten yoksun bırakılmasına izin vermektedir. Sözleşme’nin bu hükmüne göre, mahkemenin yargılama düzenini korumak ya da görevin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile mahkemece verilen kararlara uyulmaması nedeniyle kişinin özgürlüğün kısıtlanması mümkün bulunmaktadır.⁸¹⁸

Sözleşme’nin 5(1)(b) bendinin ilk kısmında kullanılan dil, yakalanan ya da tutuklanan kişinin mahkeme kararına uyma imkânına sahip olmasına rağmen uymadığı varsayımını yansıtmaktadır.⁸¹⁹ Ancak ilgili kişiler, haklarında verilen mahkeme kararı konusunda bilgilendirilmemişler ise bu karara uymamaktan dolayı sorumlu

⁸¹⁷ *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/7/2010, § 35.

⁸¹⁸ Serhat Altıncök, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk İç Hukukunda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Hizmet içi Eğitim Yayınları (No.1), 2012, s. 17-18; *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/07/2010, § 37.

⁸¹⁹ *Beiere/Letonya*, no. 30954/05, 29/11/2011, § 49.

tutulamazlar.⁸²⁰ Bu bakımdan, bir kişinin bu hükmün güvencelerinden yararlanabilmesi için (i) kişinin bir şey yapmasını veya yapmamasını emreden bir mahkeme kararı bulunmalı, (ii) kişi bu karara uymamış olmalı ve (iii) bu karara uymasını sağlamak için kişi tutulmuş olmalıdır.⁸²¹

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki “mahkeme kararı”, 5(1)(a) bendindeki mahkeme kararının aksine *davanın esası* hakkında bir karar değildir. Sözleşme'nin 5(1)(b) bendi örneğin; adli para cezasını ödememe,⁸²² nafaka kararına uymama, bir mahkemece emredilen sağlık muayenesine gitmeme,⁸²³ tanıklık yapmaktan kaçınma,⁸²⁴ çocukları diğer ebeveyne teslim etme kararına uymama,⁸²⁵ ikamet kısıtlamaları getiren bir yargısal karara uymama,⁸²⁶ taahhüt verme kararlarına uymama,⁸²⁷ yerel bir vergiyi ödemeyi reddetme,⁸²⁸ kan testi yaptırmaktan kaçınma,⁸²⁹ kefalet koşullarının ihlali,⁸³⁰ psikiyatri kliniğine yatırılma⁸³¹ gibi hallerde uygulama alanı bulmuştur.⁸³² Ancak bir mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması, söz konusu mahkeme kararının yerine getirilmesine özgüdür ve kararın yerine getirilmesi için gerekli olan süreyi aşmamalıdır.⁸³³

Yerel makamların, demokratik bir toplumda mahkemeler tarafından yasalara uygun olarak verilen kararlara uyulmasını sağlamanın önemi ile özgürlük hakkının

⁸²⁰ *Beiere/Letonya*, no. 30954/05, 29/11/2011, § 50.

⁸²¹ *Perks/Birleşik Krallık*, no. 25277/94 vd., 12/10/1999, § 70.

⁸²² *Airey/İrlanda*, no. 6289/73, 9/10/1979.

⁸²³ *X./Avusturya* (kk), no. 8278/78, 13/12/1979; *X./Almanya*, no. 6659/74, 10/12/1975.

⁸²⁴ *K./Avusturya*, no. 16002/90, 02/06/1993.

⁸²⁵ *Paradis/Almanya* (kk), no. 4065/04, 4/9/2007.

⁸²⁶ *Freda/İtalya* (kk), no. 8916/80, 07/10/1980.

⁸²⁷ *Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 24838/94, 23/09/1998, § 69.

⁸²⁸ *Perks/Birleşik Krallık*, no. 25277/94 vd., 12/10/1999.

⁸²⁹ *X./Avusturya* (kk), no. 8278/78, 13/12/1979.

⁸³⁰ *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/07/2010.

⁸³¹ *Beiere/Letonya*, no. 30954/05, 29/11/2011.

⁸³² Harris et al., 2013, s. 144; *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/7/2010, § 37.

⁸³³ *Nowicka/Polonya*, no. 30218/96, 3/12/2002, § 60.

önemi arasında “adil bir denge” (*fair balance*) gözetmeleri gerekir.⁸³⁴ Bu noktada dikkate alınması gereken faktörler arasında, (i) mahkeme kararının amacı, (ii) söz konusu karara uyulmasının mümkün olup olmadığı ve (iii) tutulma süresinin uzunluğu bulunmaktadır.⁸³⁵

AIHM, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması nedeniyle özgürlükten yoksun bırakma konusunu *Gatt/Malta* davasında incelemiştir. Davada uyuşturucu kaçakçılığından yargılanan başvuru 23.300 Avro kefalet karşılığında ve konutunu belli saatler dışında terk etmemek şartıyla tahliye edilmiştir. Başvurucunun konuttan çıkmasına izin verilen saatlere uymadığı yönündeki bir şikâyet neticesinde, ceza mahkemesi başvuru kişinin şartlı tahliyesini iptal etmiş, başvuru kişinin yakalanmasına ve kefaletin de ödenmesine karar vermiştir. Başvuru kefaleti ödeyemediğinden dolayı hakkında, ceza davası açılmış ve kefalet, günlüğü 11,50 Avro’dan hesaplanmak suretiyle beş buçuk yıldan fazla bir süreli hapis cezasına dönüştürülmüştür. Başvuru Malta Anayasa Mahkemesine de başvurmuş ancak başvuru reddedilmiştir.⁸³⁶

Davalı devletin başvuru kişinin tutukluluğunun 5(1)(b) bendinin bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması şeklindeki birinci kısmının kapsamına girdiği iddiasına ilişkin olarak AIHM, mahkeme kararının amacının, kararın uygulanabilirliğinin ve tutukluluk süresinin dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu belirttikten sonra tutma tedbirinin somut olayın bütünü göz önünde bulundurulduğunda aynı zamanda orantılı olması gerektiğini vurgulamıştır. AIHM –tahliyesi yaklaşık olarak beş yıl boyunca sıkı şartlara bağlanan ve bu koşullarda hayatını muhtemelen

⁸³⁴ *Paradis/Almanya* (kk), no. 4065/04, 4/9/2007.

⁸³⁵ *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/7/2010, § 40.

⁸³⁶ *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/7/2010, §§ 9-11.

kazanamayacak olan– başvurucudan mahkeme kararına uymasını ve söz konusu miktarı ödemesini beklemenin gerçekçi olmadığı, önüne gelen benzer başka davalarda tutukluluk sürelerinin daha kısa olduğunu dikkate alarak, başvurucunun konuttan ayrılma saatlerine sadece bir defa uymamasına oranla mahkûm olduğu tutukluluk süresinin bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir kararı uygulatma gerekliliği ile başvurucunun özgürlük hakkının önemi arasında adil bir denge kurmadığı sonucuna varmıştır.

Davalı devletin başvurucunun tutukluluğunun 5(1)(b) bendinin yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması şeklindeki ikinci kısmının kapsamına girdiği iddiasına ilişkin olarak ise AİHM, ulusal mevzuatın başvurucuya uygulanmasında ilk olarak, yasanın tahliye şartlarının bu şartların temel amacıyla (duruşmaya gelmeye zorlamak) bağlantılı olarak ihlali ile tahliye şartlarının konuttan izin verilen saatler dışında ayrılma gibi daha az ağır olan diğer ihlalleri arasında bir fark gözetmediğini, ikinci olarak, yasanın ne tutukluluk süresiyle ilgili bir üst sınır ne de tedbirin orantılılığının değerlendirilmesini öngördüğünü saptamıştır. Buna göre Mahkeme, başvurucuya uygulandığı şekliyle, ulusal mevzuat söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesinin demokratik bir toplumdaki önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında adil bir denge kurmadığı kanaatine varmıştır.⁸³⁷

3. Yasanın Öngördüğü Bir Yükümlülüğün Uygulanmasını Sağlamak Amacıyla Yasaya Uygun Olarak Yakalama veya Tutma

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ikinci kısmı, yetkili mercilere (genellikle polis), yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak (*secure the fulfilment*) amacıyla kişinin yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması yetkisi vermektedir.

⁸³⁷ *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/07/2010, §§ 21-24.

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ikinci cümlesi kapsamında uygulanan birtakım genel ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkeler hükmün çok kapsamlı bir alanda uygulanması olasılığını sınırlandırmaktadır.⁸³⁸ Bu sınırlamanın nedeni, bireyin tutulmasının son çare olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.⁸³⁹ Buna karşın Sözleşme'nin 5(1)(b) bendi taraf devletlere yükümlülüklerin belirlenmesinde geniş bir takdir yetkisi tanıdığı için birçok eleştiriye maruz kalmaktadır.⁸⁴⁰

Bahsi geçen hükme göre bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için; yasanın yerine getirilmesini emretmesine, başka bir ifadeyle başlı başına (per se) yasadan kaynaklanmasına rağmen (i) yerine getirilmemiş bir yükümlülük olmalı, (ii) bu yükümlülük belirli ve somut olmalı, (iii) doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmalı, (iv) yakalama veya tutmanın amacının yükümlülüğün yerine getirilmesi olmalıdır.⁸⁴¹ AİHM kararlarında da yerine getirilmesi gereken bu yükümlülüğün, “belirli” (*specific*) ve “somut” (*concrete*) bir yükümlülük olması gerektiği,⁸⁴² bu konuda yapılacak geniş yorumun (*wide interpretation*) hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edebileceği vurgulanmıştır.⁸⁴³ Dolayısıyla söz konusu yükümle bağlantılı olabilecek tutmanın bu yükümlülük doğmadan önce gerçekleştirilmesi mümkün değildir.⁸⁴⁴

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ikinci kısmına göre bir tutma, ancak “yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün” (*the obligation prescribed by law*) daha ılımlı yollarla yerine getirilmesi mümkün değil ise Sözleşme çerçevesinde kabul edilebilir

⁸³⁸ *Vasileva/Danimarka*, no. 52792/99, 25/09/2003, §§ 36-37.

⁸³⁹ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 70.

⁸⁴⁰ Bu konuda bkz., Bleichrodt, 2006, s. 470.

⁸⁴¹ Altınkök, 2012, s. 19-21; *Nowicka/Polonya*, no. 30218/96, 3/12/2002, § 60.

⁸⁴² *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 36; *Lawless/İrlanda* (no.3), no. 332/57, 01/07/1961.

⁸⁴³ *Iliya Stefanov/Bulgaristan*, no. 65755/01, 22/5/2008, § 72; *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 69;

⁸⁴⁴ *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 36.

olmaktadır.⁸⁴⁵ Ayrıca söz konusu tutmada, “orantılılık ilkesi”ne (*the principle of proportionality*) göre demokratik bir toplumda söz konusu yükümlülüğün derhal yerine getirilmesini sağlamanın önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir dengenin kurulması da gerekmektedir.⁸⁴⁶

Kişi tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülük yerine getirilir getirilmez Sözleşme’nin 5(1)(b) bendindeki tutma nedeni ortadan kalkacaktır.⁸⁴⁷ Örneğin *Nowicka/Polonya* davasında, psikiyatrik muayene amacıyla tutulan başvurunun muayenenin ardından hemen bırakılmaması, yükümlülüğün derhal yerine getirilmesi zorunluluğu ile özgürlük hakkının önemi arasındaki dengeyi sağlamadığından, AIHM tarafından Sözleşme’nin 5(1)(b) fıkrasına aykırı görülmüştür.⁸⁴⁸

Bu bende dayalı bir tutmanın amacının *kişiyi cezalandırmak olmaması* gerekmektedir.⁸⁴⁹ Ancak ceza hukukunun uygulanmasına yönelik bir yükümlülük eğer “belirli ve somut” nitelikte ise 5(1)(b) bendinin kapsamına girebilir.⁸⁵⁰ Örneğin, *McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık* davasında terörle mücadele yasası uyarınca, Büyük Britanya’ya giren başvuruçular giriş noktasında sıradan kişilere uygulanandan daha ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmuşlardır. İrlanda’dan Büyük Britanya’ya giren başvuruçular bu yasa gereğince sorgulanmış, fotoğrafları çekilmiş, parmak izleri alınmış ve kırk beş saat sonra salıverilmişlerdir. Komisyon, kendilerine bir suçlama yöneltilmeyen başvuruçuların durumunun Sözleşme’nin 5(1)(b) maddesinin kapsamına girdiğini kabul etmiş, bu yükümlülüğün *belirli ve somut* olduğunu, Kuzey İrlanda’da varlığı bilinen terör sorununun kontrolünün ve denetimlerin hemen yerine getirilmesi

⁸⁴⁵ *Khodorkovskiy/Rusya*, no. 5829/04,31/05/2011, § 136.

⁸⁴⁶ Guide on Article 5, 2012, § 52; *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 70.

⁸⁴⁷ *Nowicka/Polonya*, no. 30218/96, 3/12/2002, § 60.

⁸⁴⁸ *Nowicka/Polonya*, no. 30218/96, 3/12/2002, § 61.

⁸⁴⁹ *Vasileva/Danimarka*, no. 52792/99, 25/09/2003, §§ 36-37.

⁸⁵⁰ Harris et al., 2013, s. 145.

gibi meşru bir ihtiyacın var olduğunu belirterek⁸⁵¹ bu denetimlerin olabildiğince tutmaya gerek kalmadan yapıldığına ve süresinin sınırlı olduğunu tespit ederek söz konusu tutmanın ilgili bent açısından meşru olduğuna karar vermiştir.

Bu bentteki yükümlülüğün *hemen* yerine getirilmesinin demokratik toplumdaki önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir *denge* kurulmalıdır.⁸⁵² Bu dengenin değerlendirilmesinde, konuyla ilgili mevzuattan doğan yükümlülüğün (i) niteliğinin, (ii) mevzuatın konusu ve amacının, (iii) tutulan kişinin durumunun, (iv) tutmaya yol açan özel koşulların, (v) tutma süresinin,⁸⁵³ (vi) tutmaya alternatif tedbirlerin değerlendirilip değerlendirilmediğinin ve (vii) tutmanın acil bir ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığının göz önünde bulundurulması gerekir.

Şüphesiz bu dengenin kurulup kurulmadığının tespitinde somut olayın koşulları çok önemlidir. Örneğin *McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık* davasında terörle mücadelenin istisnai koşulları söz konusu iken⁸⁵⁴ *Nowicka/Polonya* davasında, seksen üç gün süren psikiyatrik muayene süreci söz konusu olduğundan açıkça ihlal tespit edilmiştir.⁸⁵⁵ *Vasileva/Danimarka* davasında da tutma süresi 13,5 saat sürmesine rağmen söz konusu süre somut olay açısından makul olarak değerlendirilmemiş ve Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu davada polis altmış yedi yaşındaki başvurusuyu, otobüs biletiyle ilgili bir sorundan ötürü, geçerli bir kimlik belgesi göstermediği için alıkoymuştur. Başlangıçta Sözleşme'nin 5(1)(b) bendi açısından hukuka uygun olarak gerçekleştirilen tutma, tutmanın süresi ile amacı arasında orantı bulunmaması nedeniyle sonradan hukuka aykırı hale gelmiştir.⁸⁵⁶

⁸⁵¹ *McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 8022/77 vd., 18/03/1981, § 192.

⁸⁵² *Nowicka/Polonya*, no. 30218/96, 3/12/2002, § 61.

⁸⁵³ *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/07/2010, § 46; *Epple/Almanya*, no. 77909/01, 24/3/2005, § 37.

⁸⁵⁴ *Vasileva/Danimarka*, no. 52792/99, 25/09/2003, § 41.

⁸⁵⁵ *Nowicka/Polonya*, no. 30218/96, 3/12/2002.

⁸⁵⁶ *Vasileva/Danimarka*, no. 52792/99, 25/09/2003.

Bu türden *belirli bir yükümlülük*, askerlik hizmeti ya da sivil hizmette bulunmak, kimlik belgesi taşımak, gümrük ya da vergi beyanında bulunmak ya da belirli bir yerde ikamet etmek şeklinde olabilir. Ancak bu hükme göre yapılan özgürlük kısıtlaması, geçmişe yönelik bir yaptırım değil, yerine getirilmemiş bir yükümlülüğün ifasını temin etmeye yönelik bir işlem niteliğinde olmalıdır.⁸⁵⁷

Komisyon, bir ülkeye girerken güvenlik taramasından geçme yükümlülüğünü,⁸⁵⁸ kimlik belgesi gösterme yükümlülüğünü,⁸⁵⁹ psikiyatrik muayeneye tabi tutulma yükümlülüğünü,⁸⁶⁰ belli bir alanı terk etme yükümlülüğünü,⁸⁶¹ polis merkezinde bulunma yükümlülüğünü,⁸⁶² vicdani retçi olan başvurucuyu askerlik hizmeti yerine bir kamu hizmetinde bulunma görevini yerine getirmemesi üzerine tutulmasını,⁸⁶³ rutin kimlik kontrolünde polisin üzerinde kimlik taşımayan başvurucuyu karakola götürülüp iki buçuk saat tutulmasını,⁸⁶⁴ fuhuşla ilgili denetim yapan polisin kimlik denetimi için kişiyi karakola götürüp dört saate yakın bir süre karakolda tutmasını⁸⁶⁵ Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun bulmuştur.

Kişinin olağanüstü durumlarda devlet tarafından Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine dayanılarak tutulması haklı gösterilemez. Bu türden bir tutma hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder.⁸⁶⁶ Ayrıca sözleşmeden (akitten) doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinin, 5(1)(b) bendi kapsamına girmediğini de belirtmek gerekmektedir.

⁸⁵⁷ Altınkök, 2012, s. 19-21.

⁸⁵⁸ *McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 8022/77 vd., 18/03/1981.

⁸⁵⁹ *Sarigiannis/İtalya*, no. 14569/05, 05/04/2011; *Vasileva/Danimarka*, no. 52792/99, 25/09/2003; *Novotka/Slovakya* (kk), no. 47244/99, 04/11/2003.

⁸⁶⁰ *Nowicka/Polonya*, no. 30218/96, 3/12/2002.

⁸⁶¹ *Epple/Almanya*, no. 77909/01, 24/3/2005.

⁸⁶² *Khodorkovskiy/Rusya*, no. 5829/04,31/05/2011; *Osypenko/Ukrayna*, no. 4634/04, 9/11/2010; *Iliya Stefanov/Bulgaristan*, no. 65755/01, 22/5/2008.

⁸⁶³ *Johansen/Norveç* (kk), no. 10600/83, 14/10/1985.

⁸⁶⁴ *Reyntjens/Belçika* (kk), no. 16810/90, 09/09/1992.

⁸⁶⁵ *B./Fransa* (kk), no. 10179/82,13/05/1987.

⁸⁶⁶ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976, § 69.

Sözleşme’ye ek 4 no.lu Protokol’ün 1. maddesine göre, akitten doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle özgürlükten mahrumiyet yasaklanmıştır.

C. Suç Şüphelisi Olan Kişinin Tutulması

1. Genel Olarak

Hukuka uygun olarak özgürlüğün sınırlandırılabilmesi üçüncü durum suç şüphelisi olan bireyin tutulması halidir. Suç şüphelisi olan bireyin tutulması Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi ve Anayasa’nın 19(3) fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi şöyledir:

“Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması”⁸⁶⁷

Anayasa’nın 19(3) fıkrasında da Sözleşme’nin 5(1)(b) bendine paralel bir düzenlemeye gidilmiştir. Anayasa’nın 19(3) fıkrası şöyledir:

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok[]edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde h[â]kim kararıyla tutuklanabilir. H[â]kim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.”

Suç şüphelisi olan kişinin tutulması ile ilgili olarak Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesinde;

“Üçüncü fıkra önce, sanık durumundaki kişilerin hangi hallerde ve hangi şartlarla hürriyetlerin kısıtlanabileceği gösterilmiştir.

Gerçekten bu fıkra sanığın tutuklanması sebepleri gösterilmiştir. Bunlar kaçma, delilleri karartma tehlikelerinin mevcudiyetidir. Fıkra yer alan “...veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunun gösterdiği diğer hallerde...” ibaresiyle, bu sayımın sınırlayıcı olmadığı ifade edilmek istenmiştir. Tutuklama sebepleri kanunda gösterilecektir ve tutuklamaya ancak hâkim karar verebilecektir.

⁸⁶⁷ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

Fıkranın ikinci cümlesinde hâkim tarafından verilen bir karar olmaksızın hürriyetin kısıtlanması; yani sanığın “Geçici olarak yakalanması” hali öngörülmüştür. Geçici yakalama, ancak suçüstü halinde yahut gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mümkündür. Hâkim kararı olmadan “Yakalamanın” diğer ayrıntı şartlarını kanun gösterecektir. ...”⁸⁶⁸

ifadelerine yer verilmiştir.

Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi, kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanmasına ve tutulmasına izin vermektedir. Anayasa’nın 19(3) fıkrasında da suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabileceği düzenlenmiştir.

Sözleşme’de kişinin “yakalanması” ya da “tutulması”ndan bahsedilmişken Anayasa’da sadece “tutuklanması”ndan bahsedilmiştir. Türk hukuk sisteminde yakalama ve gözaltına alma uygulamalarının koşulları CMK’nın 90. ve 91. maddelerinde belirlenmiştir. CMK’nın 91. maddesinde, bir kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması durumlarında *herkes* tarafından *geçici olarak* yakalama yapılabileceği belirtilmiştir. CMK’nın 91(1) fıkrasına göre ise 90. maddeye göre yakalanan kişinin, cumhuriyet savcılığınca serbest bırakılmadığı takdirde soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Yine birinci fıkrada gözaltı süresinin, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört

⁸⁶⁸ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/ger-ekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 32.

saati geçemeyeceği, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu sürenin ise on iki saatten fazla olamayacağı hükme bağlanmıştır.⁸⁶⁹ Gözaltına alınan kişinin serbest bırakılmadığı takdirde, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilmesi gerekmektedir.

Ayrıca bir kişinin gözaltına alınabilmesi, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu “işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı”na bağlıdır. 6526 sayılı Kanun’un 6. maddesiyle, CMK’nın 91(2) fıkrasında yer alan “işlediğini düşündürebilecek emarelerin” ibaresi “işlediği şüphesini gösteren somut delillerin” şeklinde değiştirilmiştir.⁸⁷⁰ Söz konusu değişiklikten sonra, bir kişinin gözaltına alınabilmesi için, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin bir suçu “işlediği şüphesini gösteren somut delillerin” var olması zorunludur. Bu değişiklikle bir kişinin gözaltına alınabilmesi için oldukça katı ve belirsiz bir standart öngörülmüştür. Zira kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren “somut” delillerin tespiti oldukça zordur. Her ne kadar yeni düzenleme kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlama açısından kişi lehine bir düzenleme gibi görünse de; esnek olmayan, hâkimin takdir alanını son derece kısıtlayan, kamu yararı ile kişi özgürlüğü arasındaki dengeyi özellikle organize ve terör suçları açısından olumsuz yönde bozma olasılığı olan, son derece kısıtlayıcı bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Bu tür bir koşul, aşağıda ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, Sözleşme tarafından aranmadığı gibi AİHM içtihatlarında da yer bulmamıştır.

Şüphelilerin ceza adalet sistemi çerçevesinde gözaltına alınması ve tutuklanmasının (*detention on remand*) düzenlendiği Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde, Sözleşme’nin 5(3) ve 6. maddeleriyle birlikte, bir suçlunun soruşturulmasında ve

⁸⁶⁹ 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

⁸⁷⁰ 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, K.T. 21/2/2014, R.G. 6/3/2014 (Sayı: 28933).

kovuşturulmasında takip edilmesi gereken yol da düzenlenmektedir. Başka bir anlatımla, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ulusal makamlara, sadece ceza yargılaması amacıyla sadece üç durumda bir kimseyi yakalama veya gözaltına alma, gözaltında tutma veya tutuklama gibi işlemlerle özgürlükten yoksun bırakma imkânı vermektedir.

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde tutuklamanın *amacı* belirtilmiş ancak *tutuklama nedenlerine* değinilmemiştir.⁸⁷¹ AİHM ise, tutuklamalarda mutlaka belirli bir tutuklama nedeninin gösterilmesini zorunlu tutmaktadır.⁸⁷² Bu konuda AİHM içtihatları çerçevesinde yalnızca “makul şüphenin” tutuklama için yeterli olmayacağı kabul edilmiştir. Ayrıca tutuklama kararları mutlaka gerekçeli olmalıdır. Bu açıdan tutuklama kararlarında yalnızca suçun ağırlığına dayanılması veya kalıplaşmış ifadelerin kullanılması yeterli görülmemektedir.⁸⁷³ Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde kişinin; (i) suç işlediğinden makul şüphe duyulması üzerine tutulması, (ii) suç işlemesini engellemek için tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulması ve (iii) suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için⁸⁷⁴ tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulması halleri düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 19(3) fıkrasında ise bir kimsenin sadece ceza yargılaması amacıyla ve dört durumda tutuklanabileceği öngörülmüştür. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde yer alan “yakalama” ve “tutulma” terimleri, Anayasa'nın 19(3) fıkrasında “tutuklama” olarak yer almıştır. Anayasa'nın 19(3) fıkrası kişinin; (i) kaçmasını önlemek, (ii) delilleri yok etmesini önlemek, (iii) delillerin değiştirilmesini önlemek veya (iv) bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan diğer durumlarda “kuvvetli belirti” bulunması koşuluyla ve “hâkim kararı” ile tutuklanabileceğini düzenlemiştir. Sözleşme'de yer alan “suç işlemesini engellemek” için kişinin tutulabileceğine ilişkin düzenleme Anayasa'da yer

⁸⁷¹ Bleichrodt, 2006, 493.

⁸⁷² *Boicenco/Moldova*, no. 41088/05, 11/07/2006, § 143.

⁸⁷³ *Mamedova/Rusya*, no. 7064/05, 1/06/2006, §§ 74, 80.

⁸⁷⁴ *W./İsviçre*, no. 14379/88, 26/01/1993, § 33.

almamaktadır. Anayasa’da yer alan delillerin yok edilmesinin ve değiştirilmesinin önlenmesi amacıyla kişinin tutulabileceğine dair düzenleme ise Sözleşme’de yer almamaktadır.

Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde yer alan “makul şüphe” kavramının yerine Anayasa’da “kuvvetli belirti” ifadesine yer verilmiştir. Tutuklama için Anayasa’da yer alan “kuvvetli belirti” standardının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı açısından Sözleşme’nin 5(1)(c) bendindeki “makul şüphe” standardından daha ileri bir koruma sağladığı şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Makul şüphe kavramı AİHM içtihatlarıyla somutlaşırken, kuvvetli belirti kavramı da Anayasa Mahkemesi kararları ile anlam kazanmıştır/kazanmaktadır.⁸⁷⁵ Bu durumda AYM’nin, önüne gelecek bireysel başvurularda somut olayın özellikleri çerçevesinde “kuvvetli belirti”nin mevcut olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir.

Sözleşme ile Anayasa arasındaki bir başka bir farklılık da yukarıda da belirtildiği üzere Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde tutuklama nedenlerine yer verilmezken, Anayasa’nın 19(3) fıkrasında bazı tutuklama nedenlerinin açıkça düzenlemiş olmasıdır. Anayasa’nın 19(3) fıkrasında sayılan tutuklama nedenleri sınırlı değildir. Zira üçüncü fıkra da yer alan “veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde” ifadesinden tutuklama nedenlerinin genişletilebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.⁸⁷⁶ Bu nedenle Anayasa’nın 19(3) fıkrası tutuklama nedenlerinin genişletilmesi konusunda yasa koyucuya geniş bir takdir alanı bırakmaktayken aynı fıkra da “bunlar gibi” ifadesine yer verilmesiyle, yasa koyucunun takdirinin sınırsız

⁸⁷⁵ Bu konuda bkz., *infra*, s. 265 vd. 5-3- makul şüphe kısmı. Bu şekilde bir yaklaşımın yukarıda belirtildiği gibi 6216 sayılı Kanun’un 49(6) fıkrasında yer alan “kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” kuralına aykırılığı gündeme getirebileceği ileri sürülmüştür. Her somut olayda “kuvvetli belirti”nin mevcut olup olmadığının tespiti, “kanun yolunda gözetilmesi gereken bir husus” olarak kabul edilebilir. Ancak Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi, AYM tarafından değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir, aksi bir durum hem Anayasa’ya hem de Sözleşme’ye aykırılıkların ortaya çıkmasına neden olabilecektir (Karan, 2013, s. 188).

⁸⁷⁶ Bu konu fıkranın gerekçesinde de ifade edilmiştir. Bkz., *supra*, s. 245.

olmadığı ve ihdas edilebilecek tutma nedenlerinin fıkra da yer alan nedenlere “benzer” olması gerektiği vurgulanmıştır. Her ne kadar fıkra metninde sanığın kaçması ve delillerin yok edilmesi ve değiştirilmesi şeklinde ifade edilen tutuklama nedenleri kamu yararı kapsamında değerlendirilebilirse de, diğer yasal düzenlemelerde yer alan tutuklama nedenlerinin ve uygulamada bu nedenlere başvurulma biçiminin de aynı şekilde kamu yararı çerçevesinde Sözleşme ile uyumlu olması ve yorumlanması gerekmektedir. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının amacı “kişinin yetkili adli merci önüne çıkarılması” olarak belirlendiğinden Anayasa’ya göre ihdas edilebilecek “diğer [tutma] haller[i]” ifadesinin bu amaca uygun tutuklama nedenlerini içermesi Sözleşme ile daha uyumlu olacaktır. Fikrimizce Anayasa’nın 19(3) fıkrasında yer alan “bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer haller” ifadesi; Anayasa’nın, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi ve bu konudaki AİHM içtihatlarına uygun yorumlanmasını sağlayacak nitelikte gözükmektedir.

İki düzenleme arasındaki bir başka farklılık da Sözleşme’de kişilerin “yetkili adli merci önüne çıkarılmak” amacıyla yakalanmasına veya tutulmasına izin verilirken Anayasa’da tutuklamanın amacına yer verilmemiş olmasıdır. Bu nedenle firimizce yakalamanın amacı konusunda uygulayıcılara tanınan geniş yetkinin Sözleşme ile uyumlu olarak yorumlanması gerekir. Bununla birlikte Anayasa’da bir kişinin ancak hâkim kararı ile tutuklanabileceği kuralına istisna getirilerek, “suçüstü” veya “gecikmesinde sakınca bulunan” hallerde hâkim kararı olmaksızın da kişinin yakalanabileceği belirtilmiş ve bu uygulamanın koşullarının yasada gösterileceği ifade edilmiştir.

Anayasa’nın 19(3) fıkrasına göre ancak “tutuklamayı zorunlu kılan ... hallerde” tutuklama tedbirine başvurulabilir. Dolayısıyla Anayasa, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için “zorunluluk” ölçütü öngörmüştür. Anayasa Mahkemesi de “[t]utuklama, kişi özgürlüğü açısından ciddi sakıncalar yaratan ayrık bir önlem olarak uygulanacak bir kurumdur. Tutuklama veya tutukluluğun sürmesi kararı ancak zorunluluk olan durumlarda verilmelidir” demek suretiyle bu tedbire ancak *zorunlu*

durumlarda başvurulabileceğini kabul etmiştir.⁸⁷⁷ AYM somut olayla ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın belirli suçları işlediğinden şüphelenilen kişilerin zorunlu olarak tutuklu yargılanmasını⁸⁷⁸ veya belirli kişilerin tutuksuz yargılanmasına dair düzenlemeleri Anayasa'nın 19. maddesine aykırı bulmuştur.⁸⁷⁹ Bu bakımdan belli durumlarda tutuklama zorunluluğu getirilmesi mümkün değildir. AYM'nin norm denetimi yoluyla sergilediği bu yaklaşımın AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu görülmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde üç tutma sebebinden söz edilmiştir. Sözleşme'ye göre kişinin suç işledikten sonra kaçmasını önleme (suçüstü) şeklindeki üçüncü tutma sebebi AİHM tarafından birinci sebebin içinde yorumlanmış ve bu nedene ayrı bir uygulama alanı tanınmamıştır. Suç işlemesini engellemek için tutma şeklindeki ikinci tutma sebebine ise AİHM tarafından çok dar bir uygulama alanı tanınmıştır.⁸⁸⁰

AİHM, suç işlemesini engellemek için tutma şeklindeki ikinci tutma sebebinin *Schwabe ve M.G./Almanya* kararında kısmen incelemiştir. Başvurucular, 6-8 Haziran 2007 tarihleri arasında Heiligendamm'da düzenlenen, G8 zirvesine karşı yapılan gösterilere katılmak için Rostock'a gitmişler ve 3 Haziran 2007 akşamı, Waldeck Cezaevinin önündeki otoparkta polis tarafından kimlik kontrolleri yapılmıştır. Polis aramasında “bütün mahkûmlara özgürlük” ve “herkesi şimdi serbest bırakın” yazılı pankartlar bulmuş ve başvurucular gözaltına almışlardır. Ertesi gün, yakın zamanda “suç işlenmesinin önlenmesi” amacıyla başvurucuların 9 Haziran 2007 tarihine kadar tutuklu kalmalarına karar vermiştir. Bölge mahkemesi, pankartlarda yazılı sloganların, başvurucuların, Waldeck Cezaevindeki mahkûmları serbest bırakmaya teşvik etme

⁸⁷⁷ AYM, E.1991/8, K.1992/20, K.T. 31/3/1992.

⁸⁷⁸ AYM, E.1963/197, K.1963/166, K.T. 26/6/1963.

⁸⁷⁹ AYM, E.1991/8, K.1992/20, K.T. 31/3/1992.

⁸⁸⁰ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 388.

niyetinde olduklarını gösterdiğini belirterek mahkemenin tutuklama kararını onamıştır. İstinaf mahkemesi, polisin, başvuruçuların Rostock’a gidip oradaki kısmen şiddet içeren gösteriler sırasında pankartlarını açacaklarına inanmasının yersiz olmadığı gerekçesiyle, başvuruçuların sonradan yaptıkları başvuruyu reddetmiştir. Başvuruçular hiçbir zaman mahkûmları serbest bırakmaya teşvikten dolayı kovuşturmaya tabi tutulmamışlardır.

Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde öngörülen ikinci istisna, devletin, özellikle işleneceği zaman ve muhtemel mağdurlar konusunda somut ve belli olan bir suçun işlenmesini engellemek amacıyla, bir kişiyi tutuklamasına izin vermektedir. Somut olayda, ulusal yargı mercileri, başvuruçuların işlemek üzere oldukları suç konusunda farklı düşüncelere sahiptiler. İlk derece mahkemesi ve bölge mahkemesine göre, başvuruçuların niyeti, başkalarını Waldeck Cezaevindeki mahkûmları, güç kullanarak, özgürlüklerine kavuşturmaya teşvik etmektir. İstinaf mahkemesine göre ise, başvuruçuların niyeti, Rostock’a gidip pankartlarıyla oradaki göstericileri mahkûmları özgürlüklerine kavuşturmaları için cesaretlendirmektir. Ayrıca, pankarttaki sloganlar farklı anlamlarda yorumlanabilecek içerikteydi. Başvuruçular, mahkemede, sloganlarının polise yönelik olduğunu, onları göstericileri yakalamaya son vermeye çağırdıklarını, hiçbir zaman başkasını mahkûmları, güç kullanarak, özgürlüklerine kavuşturmaya teşvik etmediklerini iddia etmişlerdir. Öte yandan, mahkûmları şiddet kullanarak özgürlüklerine kavuşturmak için, başvuruçuların kendilerinin ellerinde hiçbir araç bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, AIHM, başvuruçuların tutukluluğunun, yeteri kadar somut ve belli bir suçu işlemelerini engellemek için, makul olarak gerekli görülebileceği kanaatine varamadığını, zira başkalarını mahkûmları özgürlüklerine kavuşturmaya teşvik etmelerini engellemek için, polisin ilgililerin pankartlarına el

koymasının yeterli olacağını belirterek Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸⁸¹

AİHM, *M./Almanya* davasında da suç işlemini engellemek amacıyla kişinin tutulması halini incelemiştir. AİHM, somut olayda başvurunun tutulmasının Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının hangi bendindeki sebebe dayanılarak gerçekleştirildiğini tespit etmeye çalışmıştır. Somut olayda başvuru, hakkında verilen mahkûmiyet kararı sonrasında on yıl boyunca tutulmuştur. Bu yönüyle söz konusu tutma AİHM'ye göre Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi kapsamına girmektedir. Ancak, AİHM başvurunun mahkûmiyeti ile on sene güvenlik nedeniyle tutuklu kaldıktan sonra, 1998 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile başvurunun tutukluluk süresinin uzatılması arasında yeterli bir neden sonuç ilişkisi bulunmadığına hükmetmiştir. İnfaz hâkimleri tutukluluğun devamını başvurunun, salıverildiği takdirde, mahkûmiyetine sebep olan suçlar gibi başka ciddi suçlar işlemesi olasılığına dayandırmışlardır. Oysa bu muhtemel suçlar ne işlenebileceği yer ve tarih ne de hedef alınacak mağdurlar konusunda AİHM içtihadının istediği açıklık ve somutlukta değildir ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin kapsamına girmemektedirler. Ulusal yargı organlarının başvurunun tutukluluk süresini uzatmaya karar vermesi akıl hastalığı gerekçesine de dayanmamaktadır. Dolayısıyla ilgilinin tutukluluğu 5(1)(e) bendinin kapsamında da yer almamaktadır. Sonuç olarak AİHM, başvurunun on senelik süreden sonra güvenlik nedeniyle tutuklu kalması halinin 5(1) fıkrasının hiçbir bendinin kapsamına girmediğini belirterek ihlal kararı vermiştir.⁸⁸²

Bir ceza soruşturması kapsamında şüphelinin yakalanmadan önce sorguya çekilmesi mümkündür. Ancak bir şüphelinin yakalanmadan önce ya da sonra *sorgulanması*, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin kapsamına girmemektedir. Yetkili

⁸⁸¹ *Schwabe ve M.G./Almanya*, no. 8080/08 ve 8577/08, 1/12/2011, §§ 75-86.

⁸⁸² *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, §§ 102-104.

makamların, tutmanın ilk aşamasındaki tutumlarının da şüpheli hakkında yürütülen ceza davasının ilerleyen aşamaları bakımından –sessiz kalma hakkı, kendini suçlandırmama hakkı ve avukata erişim hakkı gibi– etkileri olabilmektedir. Yine şüphelinin aile üyelerine erişim hakkı, gözetim, arama ve el koyma halleri Sözleşme’nin 8. maddesi bağlamında incelenmektedir.⁸⁸³

Şunu belirtmek gerekir ki Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi, 5(3) fıkrası ve 6. maddesi birbiriyle bağlantılı düşünüldüğünde büyük yorum zorlukları içermektedir.⁸⁸⁴ Strazburg organları, bu hükümlere Avrupa’daki ceza adalet sisteminin temellerini yansıtacak şekilde bir anlam vermek için –hatta bazen metnin kendisine çok az önem atfederek– oldukça fazla çaba göstermiş olmalarına karşın, bu organların görevi Anglosakson ve Kıta Avrupası ceza usulleri arasında mevcut olan temel farklılıklar nedeniyle çok zorlaşmıştır. AİHM’nin bazı kararları, bir hukuk sistemi açısından diğerine nazaran daha çok anlam ifade etmektedir.⁸⁸⁵ AİHM ayrıca, zaman zaman usul hukuku bakımından ortak bir Avrupa standardı oluşturmakta ve aynı amaca farklı şekillerde ulaşan farklı ulusal gelenekler arasında doğru bir denge kurmakta zorlanmıştır.⁸⁸⁶

Bu aşamada Anayasa Mahkemesinin, tutmanın kanuniliği konusundaki yaklaşımına da değinmek gerekir. AYM’ye tutmanın kanuniliği konusunda yapılan başvurular genel olarak CMK’da belirlenen azami tutukluluk süresinin aşıldığı iddiası çerçevesinde yapılmaktadır. AYM, bu içerikteki başvuruları Anayasa’nın 19(3) fıkrası çerçevesinde incelemektedir. CMK’nın 102(2) fıkrasında, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresinin en çok iki yıl olduğu ve bu sürenin zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek uzatılabileceği ancak, uzatma süresinin toplam üç yılı

⁸⁸³ Örneğin bkz., *McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 8022/77 vd., 18/03/1981.

⁸⁸⁴ Harris et al., 2013, s. 147.

⁸⁸⁵ Harris et al., 2013, s. 147; *McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 8022/77 vd., 18/03/1981; *B./Avusturya*, no. 11968/86, 28/03/1990.

⁸⁸⁶ Harris et al., 2013, s. 147.

geçemeyeceği belirtilmiştir. Bu bakımdan uzatma süreleri dâhil toplam tutukluluk süresinin azami beş yıl olabileceği anlaşılmaktadır.⁸⁸⁷

CMK'nın 102. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami kanuni süreler düzenlenmiştir. Madde metninde, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. AYM'ye göre, bireyler hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Suç ve sanık sayısı, davanın karmaşık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınmaları mümkün değildir. AYM'ye göre normun lafzı ve amacı, tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve CMK'nın 102. maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir.⁸⁸⁸

Diğer taraftan, Anayasa'nın 19(7) fıkrası tutuklulukta makul süreyi güvence altına almıştır. Dolayısıyla kanunla tutukluluk süresi için getirilen üst sınırlar makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olabilir ve hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutulabileceği anlamına gelmez. Aksine, üst sınırın aşılmadığı

⁸⁸⁷ AYM, B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 40.

⁸⁸⁸ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 49.

durumlarda dahi, somut olaylarda tutukluluk makul süreyi aşmışsa, anayasal hakkın ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.⁸⁸⁹

AYM, CMK'nın 102. maddesine göre ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir yargılamada tutukluluk süresinin beş yılı aşmasına ilişkin bir başvuruda CMK'daki azami tutukluluk süresinin ağır cezalı işler bakımından uzatmalarla birlikte azami beş yıl olduğunu ve bu haliyle söz konusu düzenlemenin öngörülebilir olduğunu ifade etmiştir. Ancak AYM'ye göre derece mahkemelerinin kanuni tutukluluk süresinin her suç için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği yönündeki yorumu, bireylerin tutuklu olarak yargılanabileceği azami süreyi belirsiz ve öngörülemez bir şekilde uzatmaya elverişlidir. Zira bir kişi hakkında birden fazla suç isnadı olması halinde azami tutukluluk süresi her biri için ayrı ayrı hesaplandığında kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği süre öngörülemez bir şekilde uzayacaktır. Bu durumun başvuru açısından öngörülebilir olmadığı açıktır. Bir hukuk devletinde henüz suçluluğu sabit hale gelmemiş bir bireyin mahkemenin benimsediği yorum nedeniyle belirsiz bir süre boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılması düşünülemez.⁸⁹⁰

Suç şüphelisi olan bir kişinin tutulması/tutuklanması bakımından Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ve Anayasa'nın 19(3) fıkrası kapsamında incelenmesi gereken üç temel mesele bulunmaktadır. Bunlar; (i) "suç" teriminin anlamının ne olduğu, (ii) bu hükümlere göre izin verilen *tutmanın amacının* ne olması gerektiği ve (iii) "makul şüphe" ya da "kuvvetli belirti" kavramının anlamı.

2. Suç Kavramının Anlam ve Kapsamı

Kişinin yakalanması veya tutuklanabilmesi için ulusal hukukta bir "suçun" varlığı zorunludur.⁸⁹¹ Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre "suç" (*offence*) kavramıyla öncelikli

⁸⁸⁹ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 50.

⁸⁹⁰ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 53.

⁸⁹¹ *Lukanov/Bulgaristan*, no. 21915/93, 20/03/1997, § 43.

olarak ulusal ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kastedilmektedir. Bu bakımdan bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabilmesi için öncelikle ulusal hukukta tutma tedbirine zemin oluşturan bir suç unsurunun var olması gerekir. Bu koşul, bir suçun gerçekten işlendiğinin kanıtlanmasının gerektiği anlamına gelmemekte; bireyin özgürlükten mahrumiyet tedbirinin alınmasına neden olan bu davranışının hâlihazırda kanunda belirtilen bir suç *kapsamına girdiğinin* öne sürülebilmesi yeterli olmaktadır.

AIHM’ye göre, bu bentteki suç kavramı özerk bir anlam taşımaktadır⁸⁹² ve Sözleşme’nin 6. maddesindeki “ceza gerektiren suç” (*criminal offence*) kavramı ile aynı anlamdadır.⁸⁹³ Ancak muhakemenin doğası ve söz konusu cezanın ağırlığı da bir fiilin suç olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır.⁸⁹⁴ “Suç” kavramı ceza hukuku anlamında suçları ve disiplin suçlarını içermektedir ve geniş anlamda anlaşılmaktadır.⁸⁹⁵

Anayasa Mahkemesi ise, kişiye cezai alanda yöneltilen suçlamanın “suç niteliği”nde olup olmadığının (i) iddia olunan suçun ulusal hukuktaki tasnifine, (ii) suçun gerçek niteliğine, (iii) suç için öngörülen cezanın niteliğine ve (iv) ağırlığına bakılarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁹⁶ Ancak isnat olunan suçun, ceza kanunlarında nitelendirilmiş ve yargılama aşamasında ceza hukukunun kuralları uygulanmış ise, ayrıca bir uygulanabilirlik incelemesi/testi yapılmaksızın kendiliğinden Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasının kapsamına gireceği de Anayasa Mahkemesince kabul edilmektedir.⁸⁹⁷

⁸⁹² *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 38.

⁸⁹³ *Benham/Birleşik Krallık* [BD], no. 19380/92, 10/06/1996, § 56.

⁸⁹⁴ *Benham/Birleşik Krallık* [BD], no. 19380/92, 10/06/1996, § 56.

⁸⁹⁵ Harris, O’Boyle ve Warbrick, 2009, s. 146.

⁸⁹⁶ AYM, B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 32; Benzer yaklaşım için bkz., *Sergey Zolotukhin/Rusya*, no. 14939/03, 10/02/2009, § 53; *Engel ve Diğerleri*, no. 5100/71 vd., 8/6/1976, § 82.

⁸⁹⁷ AYM, B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 32; Benzer yaklaşım için bkz., *Weber/İsviçre*, no. 11034/84, 22/05/1990, §§ 32–34.

Bir suç için ulusal yasalarda öngörülen cezaların “belirli” (*specific*) ve “somut” (*concrete*) olması gerekir. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi, suç işlemeye karşı sürekli temayülleri nedeniyle tehlike arz ettikleri düşünülen kişilerin önleme amaçlı tutulmalarına (*preventive detention*) izin vermemektedir.⁸⁹⁸

AİHM içtihatlarında suç kavramının kapsamı, taraf devletlerin ulusal hukuklarında yer alan tanımlamalardan daha geniş olarak yorumlanmaktadır. Teknik anlamda ceza kanunu kapsamında olmayan bazı fiiller de Sözleşme bakımından suç olarak nitelendirilebilmektedir. Örneğin AİHM, *Hood/Birleşik Krallık* davasında, İngiliz hukuku bakımından huzuru bozma fiili ceza kanununda bir suç olarak nitelendirilmediği halde, bu fiille ilgili olarak yapılan muhakemenin niteliğini (kamusal bir ödev olması, huzuru bozma eyleminin gözaltına almayı gerektirmesi) ve söz konusu suç için öngörülen cezayı (hapis cezası) dikkate almıştır. AİHM, somut olayda suçun varlığını kabul etmiş ve bunu Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi kapsamında değerlendirmiştir.⁸⁹⁹

Sıradan disiplin suçlarından veya düzene aykırı davranışlardan kaynaklanan davalar, kural olarak, kişinin gözaltına alınması ile başlamadığından Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi kapsamına girmezler. Ancak askeri disiplin davaları kişinin gözaltına alınmasıyla başlayabilir ve Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi kapsamında bir mahkûmiyet kararı ile sonuçlanabilirler.⁹⁰⁰ Bu nedenle askeri disiplin davalarında bir kişinin gözaltına alınması, 5(1)(c) bendi ve 5(3) fıkrasının kapsamına girmekte ve bu çerçevede değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Disiplin suçu işlemiş olan mahkûmların

⁸⁹⁸ *Shimovolos/Rusya*, no. 30194/09, 21/4/2011, § 54; *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 89.

⁸⁹⁹ *Hood/Birleşik Krallık* [BD], no. 27267/95, 18/02/1999, § 49; *Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 24838/94, 23/09/1998, §§ 46-50.

⁹⁰⁰ Bu konuda bkz., *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no. 5100/71 vd., 08/06/1976.

tutulması bakımından Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi uygulanmaz, bu durumdaki kişilerin Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi anlamında tutuldukları kabul edilir.

3. *Tutmanın Amacı: Yetkili Yasal Mercii Önüne Çıkarma*

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi gereğince bir kişinin tutulması, sadece bir ceza yargılaması çerçevesinde şüphe duyulan bir kişinin *kanunen yetkili makamların önüne çıkarma* amacını taşımak zorundadır.⁹⁰¹ Bu bentteki “kanunen yetkili makam” (*competent legal authority*) terimi, Sözleşme'nin 5(3) fıkrasındaki “yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisi” terimiyle aynı anlama gelmektedir.⁹⁰² Kanunen yetkili adli mercilerin önüne çıkarma amacı taşımayan bir tutma, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı düşer.

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde tutmanın *amacının* yetkili adli mercilerin, başka bir anlatımla AİHM'nin yorumuna göre hâkim ya da yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarmak olduğu ifade edilmekte iken Anayasa'da böyle bir *amaçtan* bahsedilmemiştir. Bu nedenle Anayasa'da yakalamanın amacı konusunda uygulayıcılara tanınan geniş yetkinin Sözleşme ile uyumlu olarak yorumlanması gerekmektedir. Buna karşılık Anayasa'nın 19(3) fıkrasında suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin belli sebeplerle “hâkim kararı”yla tutuklanabileceği ifade edilmiştir. Ancak Anayasa'da bir kişinin ancak hâkim kararı ile tutuklanabileceği kuralına istisna getirilerek, “suçüstü” veya “gecikmesinde sakınca bulunan” hallerde hâkim kararı olmaksızın da kişinin yakalanabileceği belirtilmiş ve bu uygulamanın koşullarının yasada gösterileceği ifade edilmiştir.

Konu ile ilgili olarak Anayasa'nın 19(5) fıkrasında yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç

⁹⁰¹ Bleichrodt, 2006, s. 472; *Wloch/Polonya*, no. 27785/95, 30/3/2000, § 108; *Jėčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000, §§ 50-51.

⁹⁰² *Nevmerzhitsky/Ukrayna*, no. 54825/00, 5/04/2005, § 116; *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 04/12/1979, § 29.

kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Yakalanan ya da tutuklanan kişinin hâkim önüne çıkarılma amacını taşıması bir zorunluluktur. Bu bakımdan Anayasa'nın 19(5) fıkrası anlamında⁹⁰³ hâkim önüne çıkarma amacı taşımayan yakalama ya da tutmanın hukuka aykırı olduğu açıktır.

Fıkranın başında yakalanan ya da *tutuklanan* kişinin hâkim önüne çıkarılmasından bahsedildiği görülmektedir. Ancak tutuklama kararlarının yalnızca hâkim/mahkeme tarafından verilebileceği göz önüne alındığında, fıkranın lafzında bir tutarsızlık olduğu izlenimini uyanmaktadır. Dolayısıyla fikrimizce yakalanan veya *tutuklanan* kişinin hâkim önüne çıkarılacağına dair kuraldaki “tutuklama” ibaresinin “tutma” olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Zira fıkra yakalanan veya tutuklanan kişinin “tutulma” yerine en yakın mahkemeye gönderilmesinden bahsediliyor olması da bu görüşü destekler niteliktedir.

Tutulan bir kişinin kanunen yetkili makamların önüne çıkarılmadan salıverilmesi ya da hakkında bir suçlama yapılması, gözaltına alındığı sırada Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki amacın var olmadığı anlamına gelmemektedir. Başka bir anlatımla Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, kişi hakkında kovuşturma açılmasını veya mahkûmiyetine karar verilmesini zorunlu kılmamaktadır.⁹⁰⁴ Kişinin adli bir merciin önüne çıkarılması yeterlidir ve bu amaçla sayılan tedbirlerin uygulanması Sözleşme'ye aykırılık oluşturmayacaktır.⁹⁰⁵ Gözaltı sırasında makul şüphenin devam etmesi koşuluyla, bir kişi gerekli delillerin toplanması için ifadesi alınmak üzere, iyi niyet kurallarına uygun olarak gözaltına alınabilir.⁹⁰⁶ Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ve 5(3) fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, 5(1)(c) bendinin ceza hukukunun uygulanması amacıyla bir

⁹⁰³ Yakalama ya da tutma her koşul altında hukuka aykırı olarak değerlendirilmemektedir.

⁹⁰⁴ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd.,28/10/1988, § 53.

⁹⁰⁵ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd.,28/10/1988, § 58.

⁹⁰⁶ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 155.

kişinin yakalanması, gözaltına alınması ve tutulması ile sınırlı olduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁹⁰⁷ Bu bakımdan bir suç ya da mahkûmiyetle –başka bir anlatımla ceza muhakemesi ile– ilgisi olmayan bir davada Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi uygulama alanı bulamayacaktır.⁹⁰⁸

Şüpheliyi mahkeme önüne çıkarma amacının varlığı, bu amacın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinden bağımsız olarak değerlendirilir. AİHM, bu amacın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinden ziyade amacın var olup olmadığı hususuna önem atfetmektedir. Özgürlükten mahrumiyet tedbirinin alınması, bu tedbirin uygulandığı andaki şüpheler geçerli olsa da olmasa da, şüpheli fiilin ortadan kalkması sebebiyle gereksiz, çok önemli kanıtların bulunamaması sebebiyle imkânsız ya da yargılanmanın şüphelinin sağlığı açısından sorun teşkil etmesi sebebiyle arzu edilmeyen bir hal alabilir.

Örneğin, *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık* ve *Murray/Birleşik Krallık* davalarında AİHM, özgürlüklerinden mahrum edilen kişilerin, haklarında hiçbir suçlamada bulunulmadan ya da yetkili yasal merci huzuruna çıkarılmadan salıverilmiş olmaları sebebiyle 5(1)(c) bendi hükümlerinin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bu davalarda AİHM, yetkili mercilerin söz konusu kişilerin sorgulanmalarından sonra haklarındaki şüpheleri kanıtlamanın imkânsız olduğu ve bu şartlarda herhangi bir suçlama getirilemeyeceği kararına vardıklarını gözlemlemiş ve adli takibatın gerekip gerekmeyeceğinin ancak özgürlüğünden mahrum edilen kişi sorgulandıktan sonra belirlenebileceğinden, bu uygulamanın adli takibatın amacını şüpheli hale getirmediğine hükmetmiştir.⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ Harris et al., 2013, s. 148.

⁹⁰⁸ Örneğin bkz., *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989.

⁹⁰⁹ Bkz., *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988; *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994.

Anayasa Mahkemesi de bir kişinin suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olmasının mutlaka gerekli olmadığı kanaatindedir. AYM'ye göre tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir. Buna göre, suç isnadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir.⁹¹⁰ AYM buna ek olarak Anayasa'nın 19(3) fıkrasının, devletin güvenlik görevlilerinin organize suçlarla etkili olarak mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye sebep olabilecek biçimde yorumlanamayacağına da hükmetmiştir.⁹¹¹

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde öngörülen standart, yakalama sırasında ya da başvurunun gözetiminde olduğu sırada polisin yasal işlem başlatmak için yeterli kanıtı sahip olmasını gerekli kılmaz.⁹¹² Bu açıdan özgürlükten mahrumiyet tedbirinin amacının yalnızca cezai yargılama sürecini başlatmak olması yeterlidir. Yasal çerçevenin de, kişi eğer henüz serbest bırakılmamışsa, alıkonulan kişinin yetkili merci huzuruna çıkartılmasının özgürlükten mahrumiyet tedbirinin otomatik sonucu olmasına imkân vermesi gerekmektedir. Yetkili merciin görevi, yargılama öncesi alıkoyma halinin devam edip etmeyeceğine ve eğer devamına karar verilirse alıkoymanın süresine karar vermektir.⁹¹³

⁹¹⁰ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 71; AYM, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73; AİHM'nin yaklaşımı için ayrıca bkz., *Talu/Türkiye* (kk) no. 2118/10, 4/12/2012, § 25; *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 55.

⁹¹¹ AYM, B. No: 2013/9894, 2/1/2014, § 44. Aynı yönde bkz., *Klass ve Diğerleri/Almanya*, no. 5029/71, 6/9/1978, §§ 58-60.

⁹¹² *Erdağöz/Türkiye*, no. 21890/93, 22/10/1997, § 51.

⁹¹³ Macovei, 2010, s. 28-29.

Başvurucunun gözaltında olduğu sırada polis yasal işlem başlatmak için yeterli kanıt elde edilmemiş olabilir veya kuşku edilen suçların niteliği göz önünde tutulduğunda, başkalarının yaşamları tehlikeye sokulmaksızın, bu delillerin mahkemeye sunulmaları mümkün olmayabilir.⁹¹⁴ Bir kişinin suç işlediğine dair makul şüphe bulunması şartıyla, hakkında dava açılması için gerekli olan delilleri tespit etmek üzere ifadesini almak amacıyla gözaltına alınması mümkündür. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi kapsamındaki tutma sırasındaki sorgulamanın amacı, yakalamaya gerekçe olan somut şüpheyi teyit etmek veya gidermek suretiyle cezai kovuşturmayı ilerletmektir.⁹¹⁵ Anayasa Mahkemesi de aynı görüşü “tutukluluğun amacı ... yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir” ifadeleriyle dile getirmiştir.⁹¹⁶

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre gerçekleştirilecek tutmanın, belirtilen amaca ulaşmak için orantılı bir tedbir olması gerekmektedir.⁹¹⁷ Örneğin başvurucunun yargılamaya katılması için gözetim altında tutulması büyük önem taşıyabilir ya da tam tersi daha yumuşak/hafif tedbirlerin uygulanmasıyla aynı amaca ulaşılması mümkün olabilir.⁹¹⁸ Benzer şekilde başvurucunun davranışları da –örneğin dava dosyasını incelerken sergilediği tutum gibi– tedbirin orantılı olup olmadığının değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.⁹¹⁹

⁹¹⁴ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, §§ 47-70; *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, §§ 49-54.

⁹¹⁵ *İpek ve Diğerleri/Türkiye*, no. 17019/02 ve 30070/02, 3/02/2009, § 28; *O'Hara/Birleşik Krallık* no. 37555/97, 16/10/2001, § 36; *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 155.

⁹¹⁶ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 71; AYM, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73.

⁹¹⁷ *Lutsenko/Ukrayna*, no. 6492/11, 3/07/2012, § 66; *Ladent/Polonya*, no. 11036/03, 18/03/2008, § 55.

⁹¹⁸ *Ambruszkiewicz/Polonya*, no. 38797/03, 4/5/2006, §§ 29-32.

⁹¹⁹ *Lutsenko/Ukrayna*, no. 6492/11, 3/07/2012, §§ 67-68.

Anayasa Mahkemesi de bir başvuruda milletvekili olan başvurucunun tutukluluk durumunu incelerken tutma tedbiri ile seçme ve seçilme hakkı arasındaki orantının ne olması gerektiği üzerinde değerlendirmelerde bulunmuştur. AYM, Anayasa'nın 67. maddesinde seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkının güvence altına alındığını, çoğulcu demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilen siyasi partilerin, milli iradenin oluşumu, anayasal rejimin işleyişi, siyasal düzeninin varlığı için belirleyici rol oynayan kuruluşlar olduğunu, parlamenter demokraside halk ile yönetim arasındaki bağlantıyı ve parlamentonun siyasi meşruiyetinin, demokratik usul ve esaslara göre belirlenen seçimler aracılığıyla halkın temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri eliyle gerçekleştirildiğini ifade etmiştir.⁹²⁰ AYM ayrıca, yasama yetkisinin sahibi olan parlamento ve onu oluşturan milletvekillerinin anayasal sınırlar içinde toplumda var olan farklı siyasi görüşlerin temsilcileri olduğunu, serbest seçimlerle halk adına karar alma yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanının parlamento olduğunu, sahip oldukları görev alanının üstün kamusal yarar ve önem içerdiğini,⁹²¹ siyasi faaliyetlerde her ülkenin kendi koşulları içinde yasalar ile sınırlamalar getirilebileceği söylenebilirse de milletvekillerinin yasama faaliyetlerinde anayasal bir koruma alanına sahip olduğunun açık olduğunu, aslolanın halkın siyasi iradesinin engellenmemesi ve hakkın özünün etkisiz hale getirilmemesi olduğunu, seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetlerini yerine getirmelerini engelleyecek ölçüsüz müdahaleler halk iradesiyle oluşan siyasal temsil yetkisini ortadan kaldıracak, seçmen iradesinin parlamentoya yansımalarını önleyecek nitelikte olduğunu ifade etmiştir.⁹²²

⁹²⁰ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 109.

⁹²¹ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 110.

⁹²² AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 111.

AYM, seçilme hakkının mutlak olmayıp meşru amaçlarla sınırlanabileceğini, AİHM'nin de bu hakların sınırlandırılabilmesini kabul ettiğini ancak, bu sınırlamaların “yasama organının seçiminde halkın görüşlerinin serbestçe açıklanması”nı ve bu anlamda belli kişilerin veya grupların ülkenin siyasi hayatına katılımlarını engelleyici, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkisini ortadan kaldıracak ölçüde olmaması ve öngörülen amaçla orantılı olması gerektiğini belirterek,⁹²³ başvurucunun milletvekili olduktan sonra tutuklu kaldığı süre de gözetildiğinde, seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik bu ağır müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun söylenemeyeceğine hükmetmiş ve Anayasa'nın 19. maddesiyle bağlantılı olarak 67. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹²⁴

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde düzenlenen özgürlükten mahrumiyet sebeplerine dayanan tutma tedbirinin, kişi hakkındaki ceza yargılaması amacıyla alınmış olması gerekmektedir. Bu durum Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ile 5(3) fıkrası arasındaki önemli bağlantıdan kaynaklanmaktadır.⁹²⁵ Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde özgürlükten mahrumiyet tedbirine yetki verilirken, 5(3) fıkrasında derhal bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılma, kişinin makul bir süre içinde yargılanma veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma haklarından bahsedilerek gözetilmesi gereken kurallar sıralanmıştır. Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında belirtilen “hâkim ya da görevli” ifadesi, 5(1)(c) bendinde belirtilen “yetkili yasal merci” terimini açıklamaktadır. Kişinin yetkili merci huzuruna çıkarılması ile de yargılanmaya

⁹²³ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 113. AİHM tarafından konuya ilişkin getirilen ilkeler için bkz., *Tanase/Moldova* [BD], no. 7/08, 27/4/2010, §§ 157-58, 161; *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, no. 9267/81, 2/3/1987, § 52.

⁹²⁴ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 115.

⁹²⁵ *Belevitskiy/Rusya*, no. 72967/01, 1/03/2007, § 99; *Panchenko/Russia*, no. 45100/98, 8/2/2005, §§ 91, 93.

giden süreçte bir aşama olması ve özgürlükten mahrumiyetin aslen cezai bir süreç olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin amacının ceza hukukunun uygulanması amacıyla bir kişinin tutulması olması yukarıda bahsedilen üç yakalama sebebinin yorumu açısından önem taşımaktadır. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde belirtilen ilk yakalama nedeni net bir biçimde ortaya konulmuş olmakla birlikte ikinci ve üçüncü yakalama nedenleri müphemdir. İkinci neden (suçun önlenmesi) ilk bakışta suçun önlenmesi amacıyla önleyici tutma için yetki veriyor gibi görünse de AİHM birçok kararında, önleyici tutma uygulamasının Sözleşme'nin temel ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.⁹²⁶ Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki üçüncü sebep ise, suç işledikten sonra kaçan bir kişi her halükarda birinci sebebe dayanarak da yakalanabileceğinden gereksiz gibi görünmektedir.⁹²⁷

Kanunen yetkili makamlar önüne çıkarma amacının, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde yer alan üç yakalama ve tutma sebebi için de aranması gerekir.⁹²⁸ Örneğin bir davada, İrlanda Kurtuluş Örgütü üyesi olmaktan şüpheli başvurusunun tutulmasının “suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olduğu” gerekçesine dayandırılması, AİHM tarafından kabul görmemiştir. Başvurusunun, devletin güvenliğini tehlikeye atan faaliyetlerde bulunan kişilerin tutulmasına izin veren ulusal hukuktaki yasal düzenleme gereğince tutulduğunu tespit eden AİHM, bu amaçla tutmanın bir *ceza soruşturmasının açılmasına* yönelik olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹²⁹

⁹²⁶ *Jéčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000, §§ 50-52; *Lawless/İrlanda* (no.3), no. 332/57, 01/07/1961, § 14.

⁹²⁷ Harris et al., 2013, s. 149.

⁹²⁸ *Lawless/İrlanda* (no.3), no. 332/57, 01/07/1961, §§ 13-14.

⁹²⁹ *Lawless/İrlanda* (no.3), no. 332/57, 01/07/1961.

AİHM'nin, 5(1)(c) bendindeki, bir kişinin *suç işlenmesinin önlenmesi* amacıyla tutulabileceğine dair düzenleme hakkındaki bu yorumu, her ne kadar hukuk devleti ve Avrupa standartlarıyla uyumlu olsa da, bu bentteki ikinci yakalama sebebinin anlamlandırılmasını güçleştirmektedir.⁹³⁰

Bir kişinin, özgürlüğünden mahrum edilmesine yönelik bir tedbirin ceza kanunun herhangi bir hükmü uyarınca alındığı öne sürülmekle beraber kişi hakkında hiçbir şekilde bu kanun hükmünün uygulanması söz konusu olmamışsa, bu tür bir özgürlükten mahrumiyet tedbiri 5(1)(c) bendine aykırılık oluşturur. *Ciulla/İtalya* davasında başvuru, hakkında takibat başlatma amacı dışında bir amaç güdülerek özgürlüğünden mahrum edildikten sonra mafya benzeri davranışları sebebiyle zorunlu ikamet emri çıkartılması amacıyla hâkim karşısına çıkartılmıştır. Mafya benzeri davranışlar, çeşitli suçlara yol açabilmekle birlikte başvuru hakkında “ikamet emri”⁹³¹ şartının aranması, bu emrin çıkartılması ve uygulamanın aslen bu emre dayandırılması kanıtlanmamış bir şüpheyeye dayandırılmıştır. Zorunlu ikamet emri, başvurunun o anda somut ve belli bir suça karışmış olmasına değil, geçmişte işlediği ağır suçlara ve bu sebeple gelecekte de toplumsal açıdan tehdit oluşturabileceği ihtimaline dayandırılmıştır. Bu bakımdan, başvurunun özgürlüğünden mahrum edilmesi, yargı öncesi kişinin alıkonulmasını gerektirecek herhangi bir fiilden ziyade, önleyici bir tedbirden kaynaklanmaktadır. Bu kişinin daha sonra hâkim karşısına çıkartılmış olması, kişi hakkında alınan mahrumiyet tedbirinin cezai yargılamanın bir parçası olmadığı gerçeğini değiştirmez.⁹³²

Ciulla/İtalya davasında görülen özgürlükten mahrumiyet, zorunlu ikamet emrinin çıkartılması amacıyla bu tür bir mahrumiyet tedbirinin “[bir kişinin] herhangi bir suç işlemesini ... önlemek üzere makul ölçüde gerekli olduğu düşünülen ...” bir tedbir

⁹³⁰ Harris et al., 2013, s. 149.

⁹³¹ İtalya’da, kişinin bir yerde ikamet etme zorunluluğu sonucunu doğuran bir uygulamadır.

⁹³² *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989.

olmaması nedeniyle AİHM tarafından Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı bulunmuştur. Çünkü, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde kabul edilen önleyici tedbir yetkisi, ceza kanunun uygulanmasına bağlı olup bu yetkinin kullanımı belirli somut suçların işlenmesinin önlenmesine yönelik olmalıdır. Bu kurala göre, özgürlükten mahrumiyeti haklı kılan fiilin, söz konusu suçun işlenmesine yönelik bir teşebbüs olması gerekir, zira pek çok ülkenin ulusal kanunlarında bu durum başlı başına bir suç olarak vasıflandırılmaktadır.

Başvurucunun bir cinayet zanlısı olduğu *Jecius/Litvanya*⁹³³ davasında da davanın kanıt yetersizliği sebebiyle tıkanması üzerine başvuru, ulusal ceza usul kanununda yer alan, suç örgütleriyle bağlantı yoluyla bir kişiyi tehdit etmek olarak tanımlanan ve bunun önlenmesine yönelik olarak kişinin alıkonulabilmesine yetki veren, haydutlukla ilgili bir hüküm çerçevesinde gözaltına alınmıştır. Bu hükme dayanan başsavcı yardımcısı, altmış günlük bir gözaltı emri çıkarmış, başvuru bu emre itiraz etmiş, ancak başvuru gözaltı emrine karşı temyiz başvurusu da mahkeme tarafından reddedilmiştir. Başvuru aleyhinde hiçbir belirli ve somut suçlama ileri sürülmemiş ve bu önleyici gözaltı uygulamasıyla ilgili olarak hiçbir soruşturma yapılmamıştır. Gözaltı emrinin çıkarılmasından bir ay sonra, başvuru hakkında yeniden cinayet suçlamasında bulunulmuş ve bu suçlama başvuru gözaltında tutulmasının gerekçesi haline dönüşmüştür. AİHM, ilk önleyici gözaltı sürecinin, cezai takibatin yürütülmesiyle ilgisi olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1)(c) bendini ihlal ettiğine karar vermiştir.

4. Makul Şüphe/Kuvvetli Belirti

AİHM'nin görevi, öngörülen yasal amacın izlenmesi dâhil olmak üzere, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde belirtilen şartların yerine getirilip getirilmediğini

⁹³³ *Jėčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000.

belirlemekten ibarettir. Bu bağlamda, AİHM, kural olarak, kendilerine sunulan delilleri en iyi şekilde inceleyebilecek olan ulusal yargı mercilerinin değerlendirmesi yerine kendi değerlendirmesini koyma göreviyle yükümlü değildir.⁹³⁴

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde yer alan tutma sebeplerinden ilkinde göre bir kişi, ancak hakkında “makul şüphenin” (*reasonable suspicion*) bulunması koşuluyla tutulabilir. Bir suç şüphesinin, görevlinin iyi niyetine dayanması yeterli değildir.⁹³⁵ Şüphede dürüstlük ve iyi niyet ilkelerinin bulunması, şüphenin makul olarak kabul edilebilmesinin ayrılmaz bir unsurudur. Ancak söz konusu şüphenin makul olabilmesi için şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki olması gerekir. Dolayısıyla, söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek fiillere ait kanıt, belge ya da bu tür adli bulguların bulunması gerekir. Bir suç işlemediğine dair duygu, içgüdü, varsayım ya da önyargılara (etnik, dini vb.) dayandırılan bir gerekçeyle kişinin özgürlükten mahrum bırakılması kabul edilemez.⁹³⁶

Kişi hakkında duyulan şüphenin makul olması şartı, keyfi gözaltı ve tutmaya karşı esaslı bir güvencedir. Tutulan kişiye karşı suçlamada bulunulması ya da yerel makamların gözaltı veya tutma sırasında ilgili kişiye karşı soruşturma açmaya yetecek delillere sahip olması gerekmemektedir. Kişinin suçlanmadan önce tutulmasının esas amacı, tutmanın sebebi olan şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasının ilerlemesinin sağlanmasıdır.⁹³⁷

⁹³⁴ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 66.

⁹³⁵ *Gusinskiy/Rusya*, no. 70276/01, 19/5/2004, § 53; *İpek ve Diğerleri/Türkiye*, no. 17019/02 ve 30070/02, 3/02/2009, § 29.

⁹³⁶ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994.

⁹³⁷ *Gusinskiy/Rusya*, no. 70276/01, 19/5/2004.

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, kişinin suçlama yapılmadan önce tutulması ile ilgili herhangi bir süre öngörmediğinden bu hükmün Sözleşme'nin 5(2) fıkrası ile birlikte değerlendirilmesi gerekir.⁹³⁸

Makul şüphe, bir kimsenin suç işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar yeterli bilgi ve verinin bulunması anlamına gelmektedir.⁹³⁹ Bu bakımdan bir şikâyetin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığını tespit etmek amacıyla yetkililerce somut olayın temel gerçeklerine ilişkin esaslı bir soruşturma yapılmaması Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin ihlali anlamına gelebilmektedir.⁹⁴⁰ Makul şüphe terimi her bir somut olayın özelliklerine göre bir yorum yapma zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Bu bakımdan makul şüphenin her olayın somut özelliklerinin tümüne göre⁹⁴¹ değerlendirilmesi gerekir.⁹⁴² Şüphesiz Sözleşme tarafından korunan haklara bir zarar verilip verilmediğine karar vermek için görünenin ve kullanılan sözcüklerin ötesinde gerçekliğin sınırını çizmeye dikkat edilmelidir.⁹⁴³

Somut olayın özel koşulları, yetkili makamlarca açıklanabilecek bilginin kapsamını etkileyebilir.⁹⁴⁴ Örneğin bir davanın terör faaliyetlerinin soruşturulması ile ilgili olması dikkate alınması gereken bir husustur. Polisin hızlı bir biçimde harekete geçme ihtiyacı karşısında ve polise bilgi veren kişilerin güvenliğinin tehlikeye atılmaması için makul şüphe konusunda belli bir noktaya kadar esneklik gösterilmesi mazur görülebilir. Ancak terör suçlarıyla mücadelenin zorunlulukları bile, şüphenin

⁹³⁸ Harris et al., 2013, s. 150.

⁹³⁹ *O'Hara/Birleşik Krallık*, no. 37555/97, 16/10/2001, § 34; *Erdagöz/Türkiye*, no. 21890/93, 22/10/1997, § 51; *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 32.

⁹⁴⁰ *Stepuleac/Moldova*, no. 8207/06, 6/11/2007, § 73.

⁹⁴¹ *Mogos/Romanya* (kk), no. 20420/02, 6/4/2004.

⁹⁴² *Leva/Moldova*, no. 12444/05, 15/12/2009, § 50.

⁹⁴³ Sözleşme'nin 5(1) maddesi bakımından bkz., *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982.

⁹⁴⁴ Koşulların yakalama sırasında bilinenler olması gerektiğine dair bkz., *Nielsen/Danimarka*, no. 10929/84, 28/11/1988.

makul olması gereğini, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında güvence altına alınan korumaların özünü zedeleyecek kadar genişletemez.⁹⁴⁵

AİHM, bir taraftan bir terör şüphelisinin tutulmasını gerektiren şüphelerin makul olduğunun kanıtlanması için devletten gizli belge ve bilgileri açıklamasının beklenemeyeceğini, diğer taraftan da terör suçlarıyla mücadelenin gerektirdiği tedbirlerin makul şüphe kavramını Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki güvencelere zarar verecek biçimde esnetilemeyeceği vurgulamaktadır.⁹⁴⁶ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık* davasında AİHM, makul şüphenin kaynağı olan bilgi veya verinin bir ölçüde de olsa Mahkemeye sunularak Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde yer alan güvencenin özünün korunup korunmadığını tespit edebilme imkânına sahip kılınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle davalı hükümet, gözaltına alınmış olan kişiler hakkında iddia konusu suçları işlemiş olduklarına dair makul şüphenin var olduğunu AİHM'yi ikna etmeye yetecek miktarda maddi olay veya bilgiyi ortaya koymakla yükümlüdür.⁹⁴⁷

Adı geçen davada sanıklar yetmiş iki saate kadar gözaltında bulundurmaya yetkili polis tarafından gözaltına alınmışlardır. AİHM, bu tutmanın makul şüpheye dayanıp dayanmadığını incelemiştir. Davalı devlet, başvuruçuların tutulmalarına dayanak olarak, yedi yıl önce terör eylemleri nedeniyle mahkûm olmalarını ve gözaltında belli bir terör eylemi gerekçesiyle sorgulanmış olmalarını göstermiştir. Ayrıca, gözaltı işleminin bir ihbar üzerine⁹⁴⁸ gerçekleştirildiğini, bu konuda daha fazla bilgi veremeyeceklerini, daha fazla bilgi vermenin ihbarcılarının hayatını tehlikeye atacağını belirtmiştir. AİHM, polisin

⁹⁴⁵ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 389; *Stepuleac/Moldova*, no. 8207/06, 6/11/2007, § 68; *O'Hara/Birleşik Krallık*, no. 37555/97, 16/10/2001, § 35.

⁹⁴⁶ *O'Hara/Birleşik Krallık*, no. 37555/97, 16/10/2001, § 85.

⁹⁴⁷ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 34. Ayrıca, bkz., *O'Hara/Birleşik Krallık*, no. 37555/97, 16/10/2001, § 35.

⁹⁴⁸ Başvurucunun mafya ile ilgili faaliyetlere karıştığına ilişkin olarak bir muhbirin doğrulanmamış bilgilerine dayanılarak tutulmasının Sözleşme'ye aykırılık teşkil ettiğine dair bkz., *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, §§ 156 *in fine*.

olağanüstü hallerde karşılaştığı zorlukların anlayışa karşılanabileceğini, ancak somut olay açısından, devletin Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi gereğince objektif olarak belirlenmesi gereken makul şüphenin varlığına dair yeterli delil sunmadığına karar vermiştir.⁹⁴⁹ Bu nedenle kişinin daha önce bir suç işlemiş olmasının makul şüphenin var olduğunun kabul edilebilmesi için tek başına yeterli olmayacağına karar verilmiştir.⁹⁵⁰

AİHM, *İpek ve Diğerleri/Türkiye* davasında da, terör faaliyetlerinde bulunduğu dair hakkında makul şüphe bulunan kişinin evinde gözaltına alındığı sırada yanında bulunan iki kişinin, haklarında suç işlediklerine dair bir şüphe bulunmadığı halde sırf şüphelinin yanında bulundukları için gözaltına alınmalarını Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı bulmuştur.⁹⁵¹ Diğer taraftan *Tanrıkulu ve Diğerleri/Türkiye* davasında AİHM, başvuruçuların on bir kişinin bulunduğu bir ortamda PKK terör örgütü ile ilgili bir toplantı yapmakta oldukları ihbarı üzerine Devlet Güvenlik Mahkemesi ("DGM") hâkimi tarafından verilen arama kararının ardından binada arama yapılarak gözaltına alınmalarına ilişkin başvuruda makul şüphe şartına aykırılık görmemiştir.⁹⁵² *Talat Tepe/Türkiye* davasında başvuruçusu, bir polis karakoluna yapılan silahlı saldırının ardından yakalanan kişilerin verdiği ve suç isnadı niteliğindeki ifadeleri üzerine savcının çıkardığı yakalama emrine dayanılarak üç yıl sonra gözaltına alınmış ancak, silahlı saldırının ardından yakalanan kişiler mahkemede başvuruçuyu da suçlayan ifadelerini baskı altında verdiklerini söylemişlerdir. AİHM, şüphelilerin üç yıl kadar önce başvuruçuyu suçlayan ifadelerini daha sonra geri almalarının, başvuruçusu hakkında makul şüphenin varlığını ortadan kaldırmayacağına ve yakalama emrinin hukukiliğini

⁹⁴⁹ Ayrıca bkz., *Cebotari/Türkiye*, no. 35615/06, 13/11/2007, § 48; *Berktaş/Türkiye*, no. 22493/93, 1/3/2001, §§ 199-201.

⁹⁵⁰ Bu konuda ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 87-89.

⁹⁵¹ *İpek ve Diğerleri/Türkiye*, no. 17019/02 ve 30070/02, 3/02/2009, § 31.

⁹⁵² *Tanrıkulu ve Diğerleri/Türkiye*, no. 29918/96 vd., 6/10/2005, 30.

etkilemediğine karar vermiştir.⁹⁵³ Görüldüğü üzere makul şüphenin varlığı terörle ilgili somut olayın özelliklerine göre farklılık gösterebilmektedir.

AİHM, *Dinç ve Çakır/Türkiye* davasında küçüklerin suç şüphesiyle yakalanması konusunu da incelemiştir. Somut davada, AİHM, başvurucuların yasadışı bir örgüt adına “molotof kokteyli” attıkları şüphesi ile yakalandıklarını gözlemlemektedir. Soruşturma makamları, CMK’nın 91(2) fıkrasına göre, ilgililerin bir suç işlediklerinden şüphelenmek için gerekli somut kanıtlara dayanmışlardır. Aralarında başvurucuların da bulunduğu birkaç kişi tarafından molotof kokteyli hazırlığını ihbar edilmiştir. Gerçekten de, telefonla yapılan bu ihbardan birkaç saat sonra, bir işyerine ve bir araca karşı molotof kokteylli saldırılar düzenlenmiştir. F.G. adlı kişi gözaltında bulunduğu sırada, kamera kayıtlarından hareketle, başvuruculardan birini teşhis etmiş ve savcı önünde başvurucuların suçu işlediğine ilişkin beyanlarda bulunmuştur. Başvurucular, gözaltı sonunda tutuklanmışlar, sonra da yargılanarak kendilerine isnat edilen fillerden dolayı mahkûm edilmişlerdir. Sonuç olarak, AİHM, Sözleşme’nin 5(1) fıkrası bakımından, başvurucuların, bir suç işlemiş olabileceklerine dair şüphe uyandırıcı inandırıcı nedenlere dayanılarak yakalanıp tutuklandıklarına kanaat getirmiştir.⁹⁵⁴

AİHM, gözaltının dayanağı olan şüphenin yeterince objektif sebeplere dayanmadığı davalarla, bu nitelikte olmayan davalar arasında ince bir fark (*fine line*) olduğunu kabul etmektedir.⁹⁵⁵ Bu fark Kuzey İrlanda’dan gelen terörle ilgili iki farklı başvuruda ortaya çıkmıştır. *O’Hara/Birleşik Krallık* davasında başvuru altı günden fazla bir süre boyunca gözaltında tutulduktan sonra kendisine karşı bir suçlamada bulunulmadan serbest bırakılmıştır. Davalı devlet ve başvurucunun olaylara dair

⁹⁵³ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 389; *Talat Tepe/Türkiye*, no. 31247/96, 21/12/2004, § 61. Ayrıca bkz., *Bora ve Diğerleri/Türkiye*, no. 39081/97, 10/01/2006, § 16.

⁹⁵⁴ *Dinç ve Çakır/Türkiye*, no. 66066/09, 9/07/2013, §§ 47-48. Aynı yönde bkz., *Korkmaz ve Diğerleri/Türkiye*, no. 35979/97, 21/3/2006, § 26; *Süleyman Erdem/Türkiye*, no. 49574/99, 19/9/2006, §§ 39-40.

⁹⁵⁵ *O’Hara/Birleşik Krallık*, no. 37555/97, 16/10/2001, § 41.

birbirinden farklı anlatımlarının bulunduğu davada davalı devlet, dört haber kaynağından gelen istihbarat bilgilerinin kalitesine atıfta bulunurken, başvuru da yetkililerin kendisi aleyhine bir suçlamada bulunma niyeti taşımadığını, cumhuriyetçi hareketi destekleyen siyasi partinin önde gelen üyelerinden biri olduğu için yerel makamlar tarafından hedef haline getirildiğini ifade etmiştir.⁹⁵⁶ Ancak, somut davada, yukarıda bahsedilen *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık* davasından farklı olarak, ulusal hukuk tarafından belirlenen şüphe standardının, keyfi gözaltı işlemlerine karşı önemli bir güvence sağlaması nedeniyle, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki güvenceleri karşıladığına karar verilmiştir. Başvurucunun, yerel mahkemeler önünde makul şüphe bulunmadığı iddiasında ısrar etmemesi de AİHM tarafından dikkate alınmıştır. AİHM, somut olayda kendisine sunulan belgeler ışığında, hükümetin bu operasyonun daha önceden planlanmış olduğu yönündeki anlatımını reddetmek için bir neden olmadığına hükmetmiştir. AİHM, makul şüphenin varlığı konusunda, yerel mahkemelerin yaklaşımının Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki standarda aykırı olmadığı, ulusal mevzuatın keyfi göz altılara karşı denetim imkânı sağladığı ve gizli bilgiye dayanarak gerçekleştirilen göz altılara da bir muafiyet tanımadığı gerekçesiyle somut tutmanın (altı oya karşı bir oyla) 5(1)(c) bendine uygun olduğuna hükmetmiştir.⁹⁵⁷

Bu davalar Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin bir kişinin yalnızca *istihbarat* elde etme faaliyetleri çerçevesinde ifadesinin alınması için tutulmasına izin vermediğini göstermektedir. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine uygun bir tutmanın söz konusu olabilmesi için en azından kişi aleyhine suçlamada bulunma niyetinin olması gerekir, aksi halde kişinin serbest bırakılmalıdır.⁹⁵⁸

⁹⁵⁶ Ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 98-90.

⁹⁵⁷ *O'Hara/Birleşik Krallık*, no. 37555/97, 16/10/2001, §§ 41-44.

⁹⁵⁸ Harris et al., 2013, s. 151.

Yukarıda sözü edilen davalar, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin gözaltı durumunda ve hemen ardından gelen süreçte uygulanmasıyla ilgilidir. Ancak bu bent hükmü gözaltından sonra bir süre devam eden tutma uygulamalarına da dayanak oluşturabilmektedir. Bu süre boyunca kişinin tutulmasına hâlâ ihtiyaç olup olmadığının Sözleşme'nin 5(3) fıkrası bağlamında düzenli aralıklarla denetlenmesi gerekir.⁹⁵⁹

Sözleşme'nin 5. maddesi farklı tutma uygulamaları için farklı bir şüphe standardına yer vermemiştir. Dolayısıyla tutuklama tedbiri için de makul şüphe standardı aranmaktadır. AİHM'ye göre gözaltına alınmış bir kimsenin suç işlediğine dair makul şüphenin tutuklama tedbiri süresince devam ediyor olması, tutukluluğun hukukiliği için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir şarttır.⁹⁶⁰ Bu bakımdan bir somut olay bakımından tutuklama kararının verilmesinden önce kişi gözaltında bulundurulmuşsa, bu dönemde en azından şüphenin ortadan kalkmamış olması gerekmektedir.⁹⁶¹ Fakat tutuklama işleminin üzerinden belli bir süre geçtikten sonra kişiyi sadece makul şüphenin varlığına dayanarak tutmak mümkün değildir. Bir olayda tutukluluk ancak, masumiyet karinesi ve kişinin özgürlüğü temel ilkeleri karşısında ağır basan gerçek bir kamu yararının varlığına dair olaya özgü belirtilerin bulunması halinde haklı görülebilir. Bu amaçla ulusal makamlar, masumiyet karinesine gereği gibi özen göstererek, kişi özgürlüğü kuralından ayrılmayı gerektirecek nitelikte kamu yararını haklı kılan gerçek bir ihtiyacın varlığının lehine ve aleyhine ileri sürülen bütün olayları incelemek ve bunları başvurusunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri kararlarda göstermek zorundadırlar.⁹⁶²

Kamu yararını haklı kılan hukuki sebepler dört başlık altında toplanabilir: (i) Şüphelinin kaçma tehlikesi, (ii) adaletin işleyişine müdahale etme tehlikesi (delillerin

⁹⁵⁹ Harris et al., 2013, s. 152.

⁹⁶⁰ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 153.

⁹⁶¹ Bleichrodt, 2006, s. 493.

⁹⁶² *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 152.

karartılması), (iii) suçta tekr  r tehlikesi ve (iv) kamu düzeninin bozulması tehlikesi. Bahsi geçen hukuki sebeplerin, Sözleşme’de belirlenmemiş olmakla birlikte ulusal yasalarda gösterilmesi ve bu sebeplerin bir olayda mevcut olup olmadığının öncelikle ulusal yargısal makamlar tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 19(3) fıkrasında suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlandığını ifade ettikten sonra bu hükme göre bir kişinin tutuklanabilmesinin öncelikli olarak suç işlediği hususunda “kuvvetli belirti” bulunmasına bağlı olduğunu belirtmiştir. AYM’ye göre *kuvvetli belirti*, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için aranan olmazsa olmaz (*sine qua non*) unsurdur. AYM, suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerektiğine ve inandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliğinin büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlı olduğuna hükmetmiştir.⁹⁶³ Bir başka kararında AYM, kuvvetli belirti kavramını, “... bir kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilgilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla beraber, tutuklamaya dayanak teşkil eden kuvvetli belirtinin bulunup bulunmadığının, her somut olayın kendine özgü koşullarının tamamına bağlı olarak tespit edilmesi gerekmektedir.” şeklinde tanımlamıştır.⁹⁶⁴

D. Küçüklerin Tutulması

1. Genel Olarak

Bireyin hukuka uygun olarak özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi dördüncü durum bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği

⁹⁶³ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, ř 70.

⁹⁶⁴ AYM, B. No: 2012/1108, ř 81.

tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması halidir. Küçüklerin tutulması Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi ve Anayasa'nın 19(2) fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi şöyledir:

*“Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için [amacıyla] usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması”*⁹⁶⁵

Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi, bir küçüğün; (i) gözetim altında eğitimi amacıyla hukuka uygun bir kararla tutulmasına veya (ii) kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak tutulmasına izin verir. Bu hüküm, küçüklerin tutulması için özel düzenleme olmakla birlikte 5(1) fıkrasının diğer bentlerinin küçükler bakımından uygulanmasını engellemez.

Anayasa'nın 19(2) fıkrasında yer alan benzer düzenleme,

“...bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi ...”

şeklinde. Anayasa'nın 19(2) fıkrasının gerekçesinde bu konuya,

*“Üçüncü halde, suç işleme eğilimi gösteren küçüklerin eğitimi konusunda karar almak yahut “Gözetim altında eğitim” tedbiri olarak adlandırılan tedbirin uygulanmasını sağlamak amacıyla küçüğün hürriyetinin kısıtlanması söz konusudur. Toplum suçtan korumak için, kişinin suç işleme alışkanlığı içine yerleşmeden önce ele alınması gerektiği herkesçe bilinmektedir. Hukuk dilinde genellikle “Korunmaya muhtaç çocuklar” olarak adlandırılan bu gruba yönelik tedbirler gereğini uzun uzun izaha ihtiyacı yoktur.”*⁹⁶⁶

denilerek yer verilmiştir.

Sözleşme'nin 5(1)(d) bendinin ilk kısmında küçüğün *eğitim* amacıyla tutulmasından bahsedilmekte iken Anayasa'da *ıslah* amaçlı tutmadan bahsedilmektedir. AİHM içtihatları incelendiğinde, genel olarak eğitim amaçlı tutmanın ıslah amacına

⁹⁶⁵ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

⁹⁶⁶ Anayasa'nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 31-32.

yönelik olduğu görülmektedir. Bu açıdan fikrimizce Sözleşme ile Anayasa arasında lafzi yönden esaslı bir fark bulunmamaktadır.

Yine Sözleşme’de ilk olarak kişinin eğitim için usulüne uygun olarak verilmiş bir karara dayanılarak tutulmasından bahsedilmekte iken Anayasa’da ıslah amacıyla verilen bir karara dayanılarak tutulmasından bahsedilmektedir. Anayasa’da yer alan tutmanın bir “karar”a bağlı olarak gerçekleştirilmesi koşulu, Sözleşme’de “usulüne uygun olarak verilmiş karar” şartına bağlanmamıştır. Usulüne uygun olarak verilmesi gereken kararın mutlaka yargı organınca verilmesi zorunlu değildir.⁹⁶⁷ Ancak bu tür bir durumda da Sözleşme’nin 5(4) fıkrasına göre verilen tutma kararının yasaya uygunluğunun denetlenmesi amacıyla bir yargı organına başvurulabilmesi mümkündür.⁹⁶⁸ Fikrimizce, Anayasa’nın 19(2) fıkrasına göre tüm tutma sebeplerinin şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi zorunlu olduğundan, tutma kararının usulüne uygun olarak verilmesi şartının Anayasa’da belirtilmemesi esasa etkili bir nitelik taşımamaktadır. İkinci olarak Sözleşme ve Anayasa’da yetkili merci önüne çıkarmak için verilen kararın yerine getirilmesinden bahsedilmektedir. Bu yönüyle Sözleşme ve Anayasa arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Sözleşme’nin 5(1)(d) bendindeki “küçük” (*minor*) terimi Sözleşme kapsamında özerk bir anlama sahiptir. Avrupa standartları ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 72 sayılı kararına⁹⁶⁹ göre on sekiz yaşından küçük herkes “küçük” olarak kabul edilmektedir.⁹⁷⁰ Bir devletin erginlik için on sekizden daha büyük bir yaş

⁹⁶⁷ Harris, O’Boyle ve Warbrick, 2009, s. 152.

⁹⁶⁸ Bleichrodt, 2006, s. 475.

⁹⁶⁹ Guide on Article 5, 2012, § 66.

⁹⁷⁰ *Koniarska/Birleşik Krallık* (kk), no. 33670/96, 12/10/2000, s. 6; Ayrıca bkz., *X./İsviçre* (kk), no. 8500/79, 14/12/1979, s. 241. Kararda Sözleşme’ye taraf devletlerde on sekiz yaşının altındakilerin küçük kabul edildiği ifade edilmiştir. On altı yaşında olan ve işlediği hırsızlık ve trafik suçlarından ötürü gözlem altına alınmış başvuru hakkında, mahkeme tarafından karar verilebilmesi için gerekli psikiyatr raporunun beklenmesi sırasında, başvuru kapalı bir kurumda toplam sekiz ay gözlem altında tutulmuştur. Komisyon, bu olayda başvuruçunun gözlem amaçlı tutulmasını, Sözleşme’nin 5(1)(d) bendi

belirlemiş olması halinde ise, on sekiz yaşından büyük kişilerin tutulmasının 5(1)(d) maddesine uygun olup olmayacağı tartışmalı bir konudur.

Medeni Kanun'un 12. maddesinde ise on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir ifadesi yer almaktadır.⁹⁷¹ TCK'nın 31. maddesinde de “[f]iili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.” hükmüne yer verilmiştir.⁹⁷² Küçüklerin koruma amacıyla özgürlüklerinin kısıtlanması Medeni Kanun'un 446. maddesinde koruma amacıyla bir kuruma yerleştirilmesine vasinin başvurusu üzerine vesayet makamı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bizzat vasi tarafından karar verileceği ve durumun derhâl vesayet makamına bildirileceği hükmü yer almaktadır.

2. Eğitimle İlgili Gözetim ve Denetim

Tutma tedbirinin, Sözleşme'nin 5(1)(d) bendinde belirlenen her iki tutma sebebi için de 5(1) fıkrasının diğer bentlerinde olduğu gibi hukuka uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 19(2) fıkrası açısından da küçüklerin tutulmasına izin veren iki durumun da şekil ve şartlarının kanunda belirlenmiş olması gerekmektedir. Hukuka uygunluk koşulu bir tutmanın hem ulusal hukuka hem de Sözleşme'ye uygunluğunu gerekli kılmaktadır.

Sözleşme'nin 5(1)(d) bendinde izin verilen ilk sebep olan “eğitimle ilgili gözetim ve denetim” (*educational supervision*) amacıyla tutmanın, idari bir makam ya da

kapsamında, yetkili kanuni makamlar önüne çıkarmak amacıyla küçüğün tutulması şeklinde yorumlayarak kabul edilemezlik kararı vermiştir.

⁹⁷¹ Medeni Kanun'un 470. maddesinde de,

“Küçük üzerindeki vesayet, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. Erginliğe mahkemece karar verilmiş ise, mahkeme aynı zamanda küçüğün hangi tarihte ergin olacağını tespit ve ilân eder” hükmü yer almaktadır. Bkz., 4721 sayılı Medeni Kanun, K.T. 22/11/2001, R.G. 8/12/2001 (Sayı: 24607).

⁹⁷² Bkz., 5237 sayılı TCK, K.T. 26/9/2004, R.G. 12/10/2004 (Sayı: 25611).

mahkeme tarafından verilen hukuka uygun bir emre dayanması gerekmektedir. Bu tutma sebebi aynı zamanda çocukların okula devam zorunluluğunun yasal temelini oluşturmaktadır. Ancak Sözleşme'nin 5(1)(d) bendinin, okula gitme zorunluluğu olan kişilerin değil küçüklerin tutulmasına izin verdiğini belirtmek gerekir.⁹⁷³ Başka bir deyişle, okulu bitirme yaşının on altı olduğu bir ülkede, on yedi yaşındaki bir çocuk bu bent çerçevesinde tutulabilir.⁹⁷⁴

Eğitim altında ıslah amacıyla tutma şartına uygunluğun incelendiği *Bouamar/Belçika* davasında suça eğilimli olan on altı yaşındaki başvuru, mahkeme kararı ile bir yıl içinde toplam 119 gün boyunca eğitim hizmeti verilmeyen bir tutukevinde tutulmuştur. Başvurucunun tutulmasına ilişkin mahkeme kararlarının dayanağı olan ulusal yasa, suç işleyen küçüklerin bir ceza mahkemesince mahkûm edilmeksizin ıslahevlerinde tutulmasına izin vermektedir. Başvurucunun tutulmasına ilişkin kararlar, ilgili yasanın küçüğün bir ıslahevine “hemen” konulmasının pratik olarak imkânsız olduğu durumlarda en fazla on beş gün boyunca bir tutukevinde tutulabileceğini düzenleyen maddesine dayanmaktadır. Başvuru açısından sorun, gereken eğitim olanaklarına sahip ıslahevlerinin başvuru sorumlu davranışları nedeniyle kabul etmek istememeleri ve ülkenin Fransızca konuşulan bölgesinde eğitim hizmeti veren kapalı bir ıslahevinin bulunmamasıdır. AİHM'ye göre, bir küçüğün tutukevinde tutulması tedbiri, “eğitsel gözetim”i sağlama amacı taşımadığı takdirde, mutlaka (d) bendine aykırı düşmez. Sözleşme'nin 5(1)(d) bendinde yer alan “amacıyla” kelimesinden de anlaşılacağı gibi, metinde geçen “tutma” ibaresi, ilgili kişinin “eğitsel gözetim”e tabi tutulmasının bir aracıdır. Ancak bu yerleştirmenin hemen başlaması zorunlu değildir. Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi, 5(1)(c) bendindeki tutma ile 5(1)(a) bendindeki mahkûmiyet kararından sonra hapsedme arasındaki ayrımda olduğu gibi,

⁹⁷³ *D.G./İrlanda*, no. 39474/98, 16/05/2002, § 76.

⁹⁷⁴ Harris et al., 2013, s. 154.

bizzat kendisi eğitsel gözetimle ilgili olmasa da, gözetimli eğitim rejimine bir geçiş olarak kullanılabilecek geçici bir tutma tedbiri almayı engellememektedir. Ancak bu gibi durumlarda, tutmayı takip eden süreçte kişinin “süratle” *amaca uygun* yeterli kaynakları bulunan açık veya kapalı bir kurumda bu rejimin fiilen uygulanmasına geçilmesi gerekmektedir.⁹⁷⁵ Somut olayda başvurucunun defalarca aynı hükümlere dayanılarak uzun bir süre boyunca tutukevinde tutulması ulusal hukuka ve dolayısıyla Sözleşme’nin 5(1) fıkrasına aykırı olarak değerlendirilmiştir.⁹⁷⁶

Islah evlerinde uygulanan gözetim altında eğitim rejiminin ne kadar *kapsayıcı* ve “okul benzeri” olması gerektiği konusu açık değildir. AİHM, ulusal makamların bakımı altındaki bir genç için “durumun bir sınıfta verilen eğitimle tamamen aynı olması gerekmediğini” belirtmiştir.⁹⁷⁷ Bu gözetim ve denetim ilgili kişinin menfaatine ve korunmasına yönelik olarak yetkili makamın velayet haklarını kullanmasına ilişkin birçok hususu kapsamaktadır.⁹⁷⁸

Eğer bir devlet özgürlükten yoksun bırakmayı da içeren bir eğitimle ilgili gözetim ve denetim sistemi tercih etmiş ise Sözleşme’nin 5(1)(d) bendinin gerekliliklerini karşılamak için güvenlik ve eğitim taleplerine cevap verecek uygun olanakları yürürlüğe koymakla yükümlüdür.⁹⁷⁹ Özgürlüğünden mahrum bırakılan küçüğe herhangi bir eğitim faaliyetinin sunulmadığı durumda bir çocuk tutukevinin tek başına eğitimle ilgili gözetim ve denetimi yerine getirdiği söylenemez.⁹⁸⁰

⁹⁷⁵ *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, § 50.

⁹⁷⁶ *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, §§ 52-53.

⁹⁷⁷ *İchin ve Diğerleri/Ukrayna*, no. 28189/04 ve 28192/04, 21/12/2010, § 39; *D.G./İrlanda*, no. 39474/98, 16/05/2002, § 80.

⁹⁷⁸ Guide on Article 5, 2012, § 69.

⁹⁷⁹ *A. ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 51776/08, 29/11/2011, 69.

⁹⁸⁰ *İchin ve Diğerleri/Ukrayna*, no. 28189/04 ve 28192/04, 21/12/2010, § 39.

3. Yetkili Merci Önüne Çıkarma Amacı

Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi kapsamında tutmayı olanaklı kılan sebeplerden ikincisi, küçüğün “kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak tutulması”dır. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına göre (*preparatory works/travaux préparatoires*),⁹⁸¹ kanunen yetkili makam önüne çıkarma ifadesiyle, bir küçüğün suç isnadı ile ilgili değil,⁹⁸² “kendisine zarar veren çevreden çıkarılarak emniyete alınması” amacıyla mahkeme önüne çıkarılması kastedilmiştir.⁹⁸³ Dolayısıyla, bir küçüğün, mahkemenin koruma altına alınmasına dair karar vermesi beklenirken, davada karar verilmesi için gerekli olan bir psikiyatri raporunun hazırlanması sürecinde tutulması bu bende göre hukuka uygun kabul edilmiştir.⁹⁸⁴

E. Akıl Hastalarının, Alkol Bağımlılarının, Serserilerin vb. Tutulması

1. Genel Olarak

Bireyin hukuka uygun olarak özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi beşinci durum bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması halidir. Bu kişilerin tutulması Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi ve Anayasa'nın 19(2) fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi şöyledir:

*“Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması.”*⁹⁸⁵

⁹⁸¹ “Preparatory works/travaux préparatoires”, Sözleşme ve ek Protokolleri'nin hazırlanmasında üretilen birçok dokümanı ifade etmektedir. Üretilen dokümanların tam listesi için bkz., http://echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf.

⁹⁸² Bu durumda Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi uygulanır.

⁹⁸³ Bu konuda bkz., [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART5-DH\(56\)10-EN1674958.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART5-DH(56)10-EN1674958.pdf) (erişim, 27/11/2013).

⁹⁸⁴ Karş., *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, § 46.

⁹⁸⁵ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi; (i) bulaşıcı hastalık taşıyanlar, (ii) akıl zayıflığı/hastalığı bulunanlar, (iii) alkolikler, (iv) uyuşturucu bağımlısı olanlar ve (v) serseriler gibi farklı kategorilerdeki bireylerin bu bentte aranan koşullar gerçekleştiğinde, *koruma amacıyla* tutulmalarına izin vermektedir. Bu bendin kapsamında yer alan kişiler, “tıbbi tedavi görmeleri için” ya da “sosyal politikaların gereği olarak” özgürlüklerinden mahrum bırakılabilecekleri gibi her iki nedenle de özgürlüklerinden mahrum bırakılabilirler.⁹⁸⁶ Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine göre tutmanın esas nedeni söz konusu kişilerin “kamu güvenliği için tehlike oluşturmaları ve kendi menfaatlerinin tutulmalarını gerektirmesi”dir.⁹⁸⁷

Bu tür kişilerin tutulmasına izin veren Anayasa'nın 19(2) fıkrasının ilgili bölümü ise aşağıdaki gibidir:

“...toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi...”

Anayasa'nın 19(2) fıkrasının ilgili bölümünün gerekçesinde bu konuya;

“Dördüncü halde iki ayrı durum söz konusudur. Birinci halde, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacı güdülmüştür. Bu tür bir hastalık yayabilecek kimselerin serbestçe dolaşmalarının önlenmesini, mesela kendisinin evden çıkmasına izin verilmemesi buna örnek gösterilebilir. İkinci hal ise “Suç öncesi tehlikeli hal” olarak adlandırılan durumda bulunan kişileri ve bunlar konusunda alınması gerekli tedbirleri içermektedir. Bilindiği gibi suçla savaşta etkili olunabilmesi için suçun işlenmesini beklememek; suç işlemeye fevkalade müsait bir düzey üstünde bulunan kişiler hakkında, zamanında uygun tedbirler alarak zararı daha kaynağında önlemek gerekir. “Suç öncesi safha” denilen bu safhada bulunan kişiler özellikle, uyuşturucu madde tutkunları, alkolikler, akıl hastaları yahut serserilerdir. “Serseri” terimi, “Muntazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan” kimseleri ifade eder. Kolayca anlaşılacağı gibi akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu yahut alkoliğin veya yukarıda ifade edildiği anlamda bir serserinin suç işleme ihtimali, diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine bırakıldıkları takdirde

⁹⁸⁶ Enhorn/İsveç, no. 56592/00, 25/01/2005, § 43.

⁹⁸⁷ Guzzardi/İtalya, no. 7367/76, 06/11/1980, § 80; Guide on Article 5, 2012, §§ 75-76.

toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edeceklerdir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için kendileri konusunda “Önleyici güvenlik tedbirleri” yahut, diğer bir deyimle, “Toplumsal savunma tedbirleri” alınmaktadır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları ve benzeri hususlar, bugün pek[]çok ülkede kabul edilmiş bulunan “Toplumsal Savunma Kanunları” tarafından düzenlenecektir. Bu tür tedbirlerin bazılarının (müessesede eğitim) uygulanması, “Tehlikeli hal” gösteren kişinin şu veya bu şekilde kısıtlanmasını zorunlu kılar. İzahına çalışılan hüküm bu ihtiyacı karşılamaktadır.”⁹⁸⁸

denilerek yer verilmiştir.

Anayasa’nın 19(2) fıkrasında da, Sözleşme’deki ile paralel olarak, bu bent kapsamında tutulabilecek akıl hastaları, serseriler alkolik ve uyuşturucu tutkunları ve hastalık yayabilecek kişiler şeklinde dört kategoriden bahsedilmektedir. Anayasa’da Sözleşme’den farklı olarak “toplum için tehlike teşkil eden” ibaresi yer almaktadır. Bu kriter AIHM’nin aşağıda belirtilen birçok kararında vurgulanmıştır. Bu bakımdan Sözleşme ve Anayasa arasında önemli bir fark olduğunu söylemek güçtür.⁹⁸⁹ Bununla beraber AIHM’nin aşağıda yer verilen içtihatlarına göre bir kişinin toplum için risk oluşturmasının yanı sıra kendisi açısından da tehlike oluşturması söz konusu tutmayı meşru hale getirebilmektedir.

Anayasa’da ayrıca kişinin “kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi” halinde hürriyetinden yoksun bırakılabileceğinden bahsedilmektedir. Ancak fıkranın başında yer alan “şekil ve şartları kanunda gösterilen” ibaresi fıkra da yer alan tüm tutma sebeplerine şamil olduğundan, tekrar “kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi” şeklinde bir niteleme yapılmasının gereksiz olduğu söylenebilir.

Sözleşme ve Anayasa arasındaki bir diğer fark da Sözleşme’nin 5(1)(e) bendinde yer alan tutma sebepleri açısından genel bir amaç belirtilmemişken, Anayasa’da ilgili

⁹⁸⁸ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 32.

⁹⁸⁹ Karşıt görüş için bkz., Karan, 2013, s. 197.

fıkra da belirtilen kategorilerin “tedavi, eğitim ya da ıslah” *amacıyla* tutulmasından bahsedilmiş olmasıdır.

Bir kimsenin tutulması ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü fakat bireyin tutulmasını gerektirebilecek olan kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu hallerde haklı görülebilir. Bu bakımdan bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakması için uygulanan tedbirin ulusal hukuka uygun olması yeterli olmayıp aynı zamanda olayın şartları içinde *gerekli*⁹⁹⁰ ve *orantılı*⁹⁹¹ olması da gerekmektedir. Bu açıdan AİHM’nin bu bent kapsamına giren tutmalarla ilgili daha katı bir *gerekliklik testi* uyguladığı görülmektedir.

Sözleşme ve Anayasa’da akıl hastası, alkolik, serseri, uyuşturucu madde bağımlısı kavramlarının tanımları yapılmamıştır. Ancak AİHM kararlarıyla bu ifadelerin ne anlama geldiği bir ölçüde açıklanmıştır. Bununla beraber taraf devletlerin de söz konusu kavramların anlamlarını belirleme konusunda bir ölçüye kadar takdir marjları bulunmaktadır.⁹⁹²

Medeni Kanun’un “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” başlıklı 432. maddesinde; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilebileceği veya alıkonulabileceği ifade edilmiştir.⁹⁹³ Aynı Kanun’un 433. maddesinde yerleştirme veya

⁹⁹⁰ Witold Litwa/Polonya, no. 26629/95, 4/4/2000, § 78.

⁹⁹¹ Vasileva/Danimarka, no. 52792/99, 25/09/2003, § 41.

⁹⁹² Bleichrodt, 2006, s. 477-79.

⁹⁹³ Medeni Kanun’un 432. maddesi şöyledir:

“Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini

alıkoymaya karar verme yetkisinin, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına ait olduğu, 435. maddesinde söz konusu karara karşı itiraz edilebileceği, 436. maddesinde bu kişiler hakkında ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebileceği ifade edilmiştir.

Medeni Kanunu'nun 405. maddesi, zihinsel yetersizliği veya zihinsel rahatsızlığı nedeniyle sürekli olarak yardıma muhtaç veya işlerini göremeyen ergin kişilerin adli koruma tedbirinin konusu olabileceğini öngörmektedir.⁹⁹⁴ Bu hüküm, öte yandan idare makamlarının, noterlerin ve mahkemelerin vesayetin gerekli olduğu bir durumdan haberdar olduklarında, görevlerinin icrasında, yetkili makamı derhal bu konuda bilgilendirmesini öngörmektedir.

Medeni Kanunu'nun 409. maddesi, akıl hastalığı veya zihinsel yetersizlik sebebiyle vesayet altına alınma talebinin ancak sağlık raporuna dayanılarak karara bağlanabileceğini; buna ek olarak hâkimin, gerekli gördüğü hallerde, sağlık raporunun içeriğini dikkate alarak, talep hakkında karar vermeden önce ilgiliyi dinleyebileceğini öngörmektedir.⁹⁹⁵ TCK'nın 57. maddesinde ise Medeni Kanun'un 409. maddesinden farklı olarak uygulanabilir usulün açıkça öngörüldüğü ve bu tür bir cezalandırma

yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.

Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur.

İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır". Bkz., 4721 sayılı Medeni Kanun, K.T. 22/11/2001, R.G. 8/12/2001 (Sayı: 24607).

⁹⁹⁴ Medeni Kanun'un 405. maddesi şöyledir:

"Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. ...". Bkz., 4721 sayılı Medeni Kanun, K.T. 22/11/2001, R.G. 8/12/2001 (Sayı: 24607).

⁹⁹⁵ Medeni Kanun'un 409. maddesi şöyledir:

"Bir kimse dinlenilmeden savurganlığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle kısıtlanamaz.

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir. Hâkim, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir." Bkz., 4721 sayılı Medeni Kanun, K.T. 22/11/2001, R.G. 8/12/2001 (Sayı: 24607).

yetkisini açıkça hâkime veren bir düzenleme bulunmaktadır. AİHM, TCK'nın 57. maddesinin, Medeni Kanun'un 409. maddesinden farklı olarak keyfiliğe karşı gerekli koruma derecesini sağlayan *öngörülebilir* ve *erişilebilir* nitelikte bir yasal düzenleme olduğu kanaatindedir.⁹⁹⁶

Medeni Kanunu'nun 472. maddesine göre ise, vesayeti gerektiren sebebin ortadan kalkması üzerine, vesayetin kaldırılabilirliğini ve vesayet altındaki kişinin, vesayetin kaldırılması isteminde bulunabileceği ifade edilmiştir.⁹⁹⁷ Dolayısıyla, Medeni Kanunu'nun 474. maddesine göre, hâkim, sağlık raporuna dayanarak karar vermektedir.⁹⁹⁸

CMK'nın 74. maddesinde de, fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebileceği belirtilmiştir.⁹⁹⁹

⁹⁹⁶ Bu konuda bkz., Ümit Bilgiç/Türkiye, no. 22398, 3/9/2013, § 105.

⁹⁹⁷ Medeni Kanun'un 472. maddesi şöyledir:

“Diğer kısıtlılar üzerindeki vesayet, yetkili vesayet makamının kararıyla sona erer. Vesayeti gerektiren sebebin ortadan kalkması üzerine vesayet makamı vesayetin sona ermesine karar verir. Kısıtlı ve ilgililerden her biri, vesayetin kaldırılması isteminde bulunabilir”. Bkz., 4721 sayılı Medeni Kanun, K.T. 22/11/2001, R.G. 8/12/2001 (Sayı: 24607).

⁹⁹⁸ Medeni Kanun'un 474. maddesi şöyledir:

“Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı yüzünden kısıtlanmış olan kişi üzerindeki vesayetin kaldırılmasına, ancak kısıtlama sebebinin ortadan kalkmış olduğunun resmî sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi hâlinde karar verilebilir”. Bkz., 4721 sayılı Medeni Kanun, K.T. 22/11/2001, R.G. 8/12/2001 (Sayı: 24607).

⁹⁹⁹ CMK'nın 74. maddesi şöyledir:

“(1) Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda

Medeni Kanun'un 406. maddesinde de alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her erginin kısıtlanacağı belirtilmiştir.¹⁰⁰⁰ CMK'nın "Adli kontrol" başlıklı 109. maddesinde de bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100. maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebileceği belirtildikten sonra uyuşturucu, uyarıcı veya ucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şartıyla adli kontrol hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.¹⁰⁰¹

2. Bulaşıcı Hastalıkların Yayılmasının Engellenmesi

AİHM'ye göre bulaşıcı hastalıkların yayılmasının engellenmesi bağlamında bir kişinin tutulmasının Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine göre hukuka uygunluğunun belirlenmesinde; (i) bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği için tehlikeli olup olmadığı ve (ii) daha hafif tedbirlerin kamu yararının korunması açısından yetersiz görülerek hastalığın yayılmasının önlenmesi için bulaşıcı hastalık taşıyan

gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

(3) Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa resmî sağlık kurumunun istemi üzerine, her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir; ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez.

(4) Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur...". Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673). Bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz., 5237 sayılı TCK, K.T. 26/9/2004, R.G. 12/10/2004 (Sayı: 25611), md. 57.

¹⁰⁰⁰ Bkz., 4721 sayılı Medeni Kanun, K.T. 22/11/2001, R.G. 8/12/2001 (Sayı: 24607).

¹⁰⁰¹ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673). Bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz., 5237 sayılı TCK, K.T. 26/9/2004, R.G. 12/10/2004 (Sayı: 25611), md. 57.

kişinin tutulmasının başvuru son çare olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁰² Bu koşulların varlığının son bulunduğu andan itibaren özgürlükten yoksun bırakmanın dayanağı da ortadan kalkmış olacaktır.

HIV virüsü taşıyan başvuru, kendi iradesi dışında bir buçuk yıla yakın bir zaman boyunca hastanede tutulduğu *Enhorn/İsveç* davasındaki söz konusu tutma, kamu sağlığı yasasının uygulaması kapsamında, toplumun diğer kişilerini korumak için verilmiş bir mahkeme kararına dayandırılmıştır. Tutma kararı, başvuru, cinsel ilişki kurarak hastalığı yaymasının önüne geçme amacıyla verilmiştir. AİHM öncelikle, tutmanın ulusal hukuk açısından bir temelini olduğunu tespit etmiştir. Ulusal mahkemeler başvuru, HIV virüsünün yayılmasını önleyici tedbirlere kendi iradesiyle uymadığını ve serbest bırakıldıktan sonra doktorlar tarafından verilen talimatlara uyulmama olasılığının hastalığın yayılması riskini ortaya çıkardığını belirterek tutma kararı vermiştir.¹⁰⁰³ AİHM, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi kapsamındaki ilk kriter olan kamu sağlığı ve güvenliği amacının varlığının kabul etmekle beraber ikinci kriter olan tutma tedbirine son çare olarak başvurulması kriterine uyulmadığından bu davada ihlal kararı vermiştir. Tutma kararı verilmeden önce, başvuru, kendi iradesiyle alabileceği ve kendisinin oluşturduğu riski azaltabilecek psikiyatrik tedavi veya başvuru, alkol kullanımını kontrol etmesine yardımcı olacak etkili bir tedavi gibi tedbirler alınmamış, virüs başvuru, cinsel partnerlerinden birine, başvuru hastalığını öğrenmeden önce bulaşmışsa da, başvuru, HIV virüsünü kastı olarak ya da ihmal neticesinde bulaştırdığına dair herhangi bir delil bulunamamıştır.¹⁰⁰⁴ AİHM,

¹⁰⁰² *Enhorn/İsveç*, no. 56592/00, 25/01/2005, § 44; Guide on Article 5, 2012, § 77.

¹⁰⁰³ *Enhorn/İsveç*, no. 56592/00, 25/01/2005, §§ 37-38.

¹⁰⁰⁴ *Enhorn/İsveç*, no. 56592/00, 25/01/2005, § 54.

HIV virüsünün yayılmamasını sağlama amacı ile başvurucunun özgürlük hakkı arasında yetkili ulusal makamlarca adil bir denge kuramadığına hükmetmiştir.¹⁰⁰⁵

3. Akıl Hastaları

“Akıl hastalığı” teriminin nihai bir tanımı bulunmayıp, mevcut araştırmalar ve tedavi şekilleri ile toplumun akıl hastalarına bakışı değiştikçe, kavramın içeriği de değişmektedir. “Akıl hastası” (*a person of unsound mind*) ifadesi de psikiyatrinin sürekli gelişmekte olan bir alan olması nedeniyle hem tıbbi hem de sosyal davranış anlamında kesin bir tanımlama yapılmaya müsait değildir.¹⁰⁰⁶ Ancak bir kişinin yalnızca görüş ve davranışlarının belli bir toplumda baskın olan görüş ve davranışlardan farklı olması nedeniyle Sözleşme’nin 5(1)(e) bendine göre tutulamayacağı da açıktır.¹⁰⁰⁷ Bunun da ötesinde bir kişinin akıl hastası olup olmadığı belirlenirken ilgili ulusal mevzuata ve günün koşullarında mevcut psikiyatrik bilgi ışığında mevzuatın uygulamasına bakılmalıdır.¹⁰⁰⁸ Ancak ulusal mevzuatın, akıl hastalıklarını net bir şekilde tanımlaması ya da kategorize etmesi gerekmemektedir.¹⁰⁰⁹ Bu açıdan bir kişinin akıl hastası olması nedeniyle tutulup tutulamayacağına karar verilirken ulusal makamların belli bir takdir yetkisine¹⁰¹⁰ sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁰¹¹ Zira özgürlükten yoksun kılınma o kadar ağır bir tedbirdir ki bu tedbir, tutukluluğu gerektirecek bireysel veya kamusal çıkarın korunması için daha az şiddete sahip başka önlemler düşünülüp bu önlemler yetersiz görülmedikçe haklı görülemez.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁵ *Enhorn/İsveç*, no. 56592/00, 25/01/2005, § 55.

¹⁰⁰⁶ *Rakevich/Rusya*, no. 58973/00, 28/10/2003, § 26.

¹⁰⁰⁷ Harris et al., 2013, s. 158; *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 37.

¹⁰⁰⁸ Macovei, 2010, s. 49.

¹⁰⁰⁹ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 38.

¹⁰¹⁰ *X./Finlandiya*, no. 34806/04, 3/7/2012, § 150; *Witek/Polonya*, no. 13453/07, 21/12/2010, §

¹⁰¹¹ *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, § 98.

¹⁰¹² *Stanev/Bulgaristan [BD]*, no. 36760/06, 17/1/2012, § 143.

Bu bentteki “akıl hastası” terimi, bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle, kendisinin zorunlu muhafazasına izin verecek şekilde yorumlanamaz. Aksine bir görüş, hiç kimsenin keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını güvence altına alan ve dar yorumlanması¹⁰¹³ gereken istisnaları içeren Sözleşme’nin 5(1) fıkrasının amacına aykırı düşer.¹⁰¹⁴

AIHM, başvurucunun; (i) tamamen ehliyetsiz olduğuna karar verilmesi ve yasal temsilcisinin talebi üzerine bir psikiyatri hastanesine yerleştirilmiş olduğu ancak kaçmayı denemiş olduğu,¹⁰¹⁵ (ii) önce klinikte kalmaya rıza gösterdiği ancak sonra oradan kaçmaya çalıştığı,¹⁰¹⁶ (iii) ehliyetsiz olduğu ve psikiyatri kurumuna yerleştirilmeye itiraz edememiş olan bir yetişkin olduğu ve kaçmayı denememiş olduğu¹⁰¹⁷ durumlarda hürriyetten yoksun bırakmanın söz konusu olduğuna karar vermiştir.

Sözleşme’nin 5(1)(e) bağlamında tutmanın hukuki olarak kabul edilebilmesi için; (i) acil olarak özgürlükten mahrum bırakmayı gerekli kılan haller dışında kişinin tutulmadan önce akıl hastası olduğunun “nesnel tıbbi raporlar/objektif bilirkişi raporu” ile “güvenilir/inandırıcı şekilde” ortaya konulmuş olması,¹⁰¹⁸ (ii) akıl hastalığının türü ve derecesinin olayın koşulları çerçevesinde zorunlu olarak tutmayı/kapatılmayı (*confinement*) gerektirir yoğunlukta/nitelikte olması¹⁰¹⁹ ve (iii) nesnel tıbbi delillerle

¹⁰¹³ Sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğine dair bkz., *Klass ve Diğerleri/Almanya*, no. 5029/71, 6/9/1978, § 42.

¹⁰¹⁴ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 37.

¹⁰¹⁵ *Chtoukatourov/Rusya*, no. 44009/05, 27/3/2008, § 108.

¹⁰¹⁶ *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 76.

¹⁰¹⁷ *H.L./Birleşik Krallık*, no. 45508/99, 5/10/2004, §§ 89-94.

¹⁰¹⁸ *Varbanov/Bulgaristan*, no. 31365/96, 05/10/2000, § 47.

¹⁰¹⁹ *Varbanov/Bulgaristan*, no. 31365/96, 05/10/2000, § 46.

kanıtlanan akıl hastalığının tutma süresi boyunca devam ediyor olması gerekir.¹⁰²⁰ AİHM, bulara ek olarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, ispat gerektiren gerekçe ve tutukluluk koşulları ile tutma yeri arasında bir “bağlantı” bulunması gerektiğini ve genellikle akıl hastalığından muzdarip olan bir kişinin “tutukluluğunun” bir hastane, klinik veya elverişli diğer bir kurumda gerçekleşmesi durumunda Sözleşme’nin 5(1)(e) bendinin amacı bağlamında “usule uygun” olarak değerlendirileceğini belirtmektedir.¹⁰²¹ Tüm bu koşulların varlığı AİHM tarafından aranmakla birlikte, ulusal makamların da kişinin akıl hastalığı konusundaki bu kriterlerin değerlendirmesini yapma konusunda belirli ölçüde bir takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁰²² Ancak akıl hastası bir kişinin tutulabilmesi için bu şartlardan üçünün de bir arada bulunması gerekir.¹⁰²³

Kişinin tutulmadan önce akıl hastası olduğunun nesnel tıbbi raporlar ile güvenilir bir biçimde ortaya konulması kriteri (birinci kriter) acil olarak özgürlükten mahrum bırakmayı gerekli kılan durumlarda geçerli değildir. Örneğin, *Winterwerp/Hollanda* davasında bir karakol hücrelerinde çıplak olarak tutulan başvuru tıbbi uzman görüşü alınmaksızın bir psikiyatri hastanesine götürülmüştür.¹⁰²⁴ Bu gibi acil durumlarda, alıkoyma uygulamasına izin verilebileceğice beklenebilirse de, alıkoymayı takip eden en kısa süre içinde tıbbi bir rapor alınması gerekmektedir. Başvurucunun tıbbi bir uzmana danışılmaksızın savcılık emriyle alıkonulduğu *Varbanov/Bulgaristan* davasında AİHM, başvuru kişinin akli dengesinin yerinde olmadığını, güvenilir kanıtlarla ve

¹⁰²⁰ *X./Finlandiya*, no. 34806/04, 3/7/2012, § 149; *D.D./Litvanya*, no. 13469/06, 14/2/2012, § 156; *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 145; *Kallweit/Almanya*, no. 17792/07, 13/2/2011, § 45; *Shtukurov/Rusya*, no. 44009/05, 27/03/2008, § 114.

¹⁰²¹ *Claes/Belçika*, no. 43418/09, 10/1/2013, § 114; Ayrıca bkz., *Pankiewicz/Polonya*, no. 34151/04, 12/2/2008, §§ 42-45.

¹⁰²² *Luberti/İtalya*, no. 9019/80, 23/02/1984, § 27.

¹⁰²³ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 145; *Chtoukatourov/Rusya*, no.44009/05, 27/3/2008, § 114.

¹⁰²⁴ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979.

inandırıcı biçimde ortaya konulmaması nedeniyle alıkoyma uygulamasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. AİHM, somut olayda bir ivediliğin bulunduğu dair bir emare olmadığına, başvurunun önceden herhangi bir akıl hastalığı geçirmediğine ve tıbben ruh sağlığının yerinde olduğuna kanaat getirildiğine işaret etmiştir. Bu koşullar altında AİHM, bir psikiyatr tarafından değerlendirilmeksizin savcı ve polisin başvurunun psikiyatrik sağlığına ilişkin görüşü doğrultusunda yakalanması ve alıkonulmasının kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁰²⁵

Kişinin kendi isteğiyle hastaneye yatması ile yetkili makamlarca yatırılması arasında Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi anlamında bir fark bulunmamaktadır. *Shtukaturv/Rusya* davasında davalı devlet, ulusal hukuk açısından, başvurunun “isteyerek”¹⁰²⁶ (*voluntary confinement*) hastaneye yattığını ve dolayısıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmanın söz konusu olmadığını iddia etmiş ancak, AİHM olayların gelişimi ve özellikle başvurunun hastaneden çıkabilmek için yaptığı girişimler dikkate alındığında, ilgilinin hukuken görüşünü açıklama ehliyeti bulunmasa bile, gözlem altında tutulma süresinin uzatılmasına rıza gösterdiğinin söylenemeyeceğini ifade ederek başvuruyu kabul etmiştir.¹⁰²⁷ Davanın esası ile ilgili olarak AİHM, davalı devletin başvurunun hastaneye yatırıldığı sırada akıl hastası olduğunu “kesin bir şekilde” ortaya koyamadığını, başvurunun annesinin neden çocuğunun hastaneye yatırılmasını istediğini açıklamadığını, başvurunun hastaneye yatırıldığı zamanki durumuyla ilgili hiçbir tıbbi dosya sunamadığını, dolayısıyla başvurunun zihinsel durumunun gözlem altına alınmasını gerekli kıldığının da “kesin bir şekilde”

¹⁰²⁵ *Varbanov/Bulgaristan*, no. 31365/96, 05/10/2000.

¹⁰²⁶ *Shtukaturv/Rusya*, no. 44009/05, 27/03/2008, § 98.

¹⁰²⁷ *Shtukaturv/Rusya*, no. 44009/05, 27/03/2008, §§ 104-11.

gösterilemediğini belirterek Sözleşme'nin 5(1)(e) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰²⁸

Akıl hastalığının türü ve derecesinin somut olayın koşulları çerçevesinde zorunlu olarak tutmayı gerektirir nitelikte olması kriteri (ikinci kriter), akıl hastası kişinin hastalığının tedavi edilmesi ya da yatırılması için tedaviye ihtiyaç duyduğu durumların dışında, kendisinin ya da diğer kişilerin güvenliğinin sağlanması¹⁰²⁹ için tutulmasına da izin vermektedir. Bu açıdan akıl hastalığının türü ve derecesinin somut olayın koşulları çerçevesinde zorunlu olarak tutmayı gerektirir nitelikte olması kriteri, kişinin tıbbi tedavi görmesini zorunlu kılmamaktadır.¹⁰³⁰ Ancak uygun bir hastanede tedavi görme olanağı bulunmayan ve kişilik bozukluğu hastalığı müptelası olan bir kişinin Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi kapsamında tutulması mümkündür.¹⁰³¹ Bu durumdaki kişilerin, tutulma nedenleri, yeri ve koşulları arasında Sözleşme'nin 5(1) maddesine uygun ve yeterli bir ilişki mevcutsa, kişinin akıl ve ruh hastalıkları hastanesinde tutulması 5. maddenin ruhuna aykırı olarak değerlendirilmemektedir.¹⁰³²

Tutmanın devam etmesinin hastalığın sürmesine bağlı olması koşulu (üçüncü kriter), pratikte akıl hastalığının iyileştiğinin bilimsel bir kesinlikle tespiti mümkün olmaması nedeniyle birtakım zorluklar içermektedir. Bu anlamda kamu makamlarının, kişinin derhal ve koşulsuz salıverilme hakkı ile toplumun genel menfaati arasında bir denge kurmaları gerekmektedir. Bu dengenin hakkaniyete uygun (*fair*) olmasını

¹⁰²⁸ *Shtukaturon/Rusya*, no. 44009/05, 27/03/2008, §§ 112-16.

¹⁰²⁹ Akıl hastası olan bir kişinin alıkonulması, sadece, iyileşmesi ya da durumunun düzelmesi için terapi, ilaç ya da başka bir klinik tedaviye ihtiyacı olması durumunda değil, aynı zamanda, örneğin, kendisine ya da başkasına zarar vermesini engellemek için de gerekli olabilir (*Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, § 52).

¹⁰³⁰ *Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, § 52.

¹⁰³¹ *Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, §§ 51-52.

¹⁰³² *Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, § 55. Hürriyetin kısıtlanması için ileri sürülen gerekçe ile alıkonulmanın yeri ve düzenlemesi arasında bir bağ olması gerekir. Prensip olarak, bir kişinin, akıl hastası olarak "alıkonulması", sadece bir hastane, bir klinik ya da buna elverişli başka bir yerde olması Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi anlamında "kurala uygun" olarak kabul edilmektedir (Bkz., *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 147).

sağlama görevi öncelikle ulusal makamlara yüklenmiş bir sorumluluktur. Örneğin, *Luberti/İtalya* davasında, her ne kadar tıbbi kanıtlar başvurunun iyileştiğini göstermekte ise de, başvurunun hemen salıverilmesi ile ilgili olarak yetkili makamların tedbirli davranma sorumluluğunun olduğu ve başvurunun tutulmasının sona erdirilmesini değerlendirmek için zamana ihtiyacı olabileceği AİHM tarafından kabul edilmiştir.¹⁰³³ Ancak, bu kapsamda, akıl hastası kişinin özgürlükten mahrumiyet halinin sadece idari nedenlere bağlı olarak devam ettirilmesi haklı görülmez.¹⁰³⁴

Tutmanın devam etmesinin hastalığın sürmesine bağlı olması koşulu bakımından ayrıca, tutmanın belli aralıklarla değerlendirilmesi ve bu değerlendirme gerekliliğinin yasalarda belirlenmiş olması da gerekir. *Stanev/Bulgaristan* davasında,¹⁰³⁵ 2000 yılında anne babasının talebi üzerine bir mahkeme, şizofren olduğu için başvurunun hukuki kapasitesinin kısmen sınırlandırılmasına karar vermiştir. Başvurucu, 2002 yılında, kendi isteği dışında hacir altına alınmış ve bir köydeki akli durumu yerinde olmayan şahıslara yönelik “sosyal ev”e (*social care home*)¹⁰³⁶ yerleştirilmiştir. 2003 ve 2004 yıllarında yapılan ziyaretler sırasında İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Avrupa Komitesi (“CPT”), sosyal evdeki şartların insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. 2004 ve 2005 yıllarında başvuru, bir avukat aracılığıyla savcıdan ve belediye başkanından hacir altında bulundurulma uygulamasının sonlandırılmasını talep etmiş ancak talebi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Başvurucunun vasisi de, kendi başına hayatını idame edemediği için başvuru için en iyi yerin, sosyal ev olduğu gerekçesiyle böyle bir talepte bulunmamıştır. Başvurucu, 2006 yılında avukatının girişimi üzerine bağımsız bir

¹⁰³³ *Luberti/İtalya*, no. 9019/80, 23/02/1984, § 29.

¹⁰³⁴ *R.L. ve M.-J.D./Fransa*, no. 44568/98, 19/5/2004, § 129.

¹⁰³⁵ Bkz., *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012. Aynı yönde bkz., *Ümit Bilgiç/Türkiye*, no. 22398, 3/9/2013, § 108.

¹⁰³⁶ Bkz., *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 108.

psikiyatri uzmanı tarafından muayene edilmiştir. Buradaki psikiyatri uzmanı, şizofreni teşhisinin doğru olmadığı, başvurunun alkolü kötüye kullanmaya eğilimli olduğu, bu iki semptomun birbirine karışabileceği, başvurunun topluma adapte olabileceği ve sosyal evde kalmasının kendi sağlığı için çok zararlı olduğu sonucuna varmıştır.

Başvurucunun, onayı olmaksızın akli durumu yerinde olmayan şahıslara yönelik sosyal eve yerleştirilmesi kararı, Bulgar hukuku açısından yasal olmadığından Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamına girmektedir. AİHM, bu davada, hukuki kapasitenin sınırlanması (hacir altına alınma) bağlamında yapılan tıbbi incelemenin, başvurunun akli bozukluğunun varlığını ortaya koyduğunu kabul etmiş ancak, vasinin başvurunun sağlık durumunun muhtemel gelişmesini kontrol etmek için herhangi bir girişimde bulunmaksızın ve başvurucuya danışmaksızın sosyal eve yerleştirme arasında geçen iki seneyi aşırı bulmuştur. 2000 yılında düzenlenen bir doktor raporunun, sosyal evde yaşadığı dönemin tümü açısından başvurunun ruh sağlığını yansıttığı sonucuna varılamayacağını, yeni bir tıbbi gelişme raporunun bulunmamasının başlı başına başvurunun sosyal eve yerleştirilmesinin usulüne uygun olmadığı sonucuna varmak için yeterli olduğunu, başvurunun sosyal evde tutulmasının 5(1)(e) bendine göre gerekli olmaya devam edip etmediğinin *düzenli aralıklarla* denetlenmediğini ve ilgili mevzuat tarafından öngörülmediğini belirterek ihlal kararı vermiştir.¹⁰³⁷

Başvurucunun salıverilmesi, kolaylıkla yerine getirilemeyecek koşullara bağlı ise salıverme işlemi ile ilgili çeşitli sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Başvurucunun şizofreni hastası olduğu ve hastalığını kontrol etmek için tedaviye ve tıbbi kontrole ihtiyaç duyduğu *Kolanis/Birleşik Krallık* davasında AİHM, özgürlüğüne kavuştuktan sonra tedavi görmesi koşuluyla başvurunun durumunun artık zorunlu olarak tutumayı gerektirmediğini belirtmiş ve tedavisi için uygun tedbirler alınmayarak tutulmaya

¹⁰³⁷ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, §§ 148-60.

devam edilmesini, tutulması gerekli olduğu için Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlali olarak değerlendirmemiştir. AİHM'ye göre, bu koşulların yerine getirilmesi konusunda ulusal makamların mutlak bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. AİHM ayrıca, ulusal mevzuatta yetkili makamların ya da hekimlerin yeterli gerekçe olmaksızın hastaların salıverilmelerini keyfi olarak engellemesine karşı yasal teminatların var olmasını “güven verici” olarak değerlendirmiştir.¹⁰³⁸

Bu açıdan Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi uyarınca, iyi niyetle ve tedbirli hareket eden sorumluluk sahibi yetkili makamın, salıverilen kişinin gelişimini izlemek üzere gözetim yetkisini bir dereceye kadar elinde tutabileceği ve bu sebeple salıvermenin bazı koşullara bağlanabileceği kabul edilmekle birlikte;¹⁰³⁹ (i) salıvermenin ertelenmesinin Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ve 5(1)(e) bendindeki sınırlamanın amaçları ile uyumlu olması için uygun güvencelerin yürürlükte olması ve (ii) salıvermenin makul olmayan bir süre boyunca ertelenmemesi gerekmektedir.

Johnson/Birleşik Krallık davasında¹⁰⁴⁰ başvurunun salıverilmesi, hastalığın tekrarlama ihtimaline binaen koşula bağlanmış ve başvurucunun özel bir misafirhanede rehabilitasyona tabi tutulmasına karar verilmiştir. Başvurucunun, şartlı salıverilmesinin ardından misafirhanelerde oda bulunamaması, bazı misafirlerin davranışları nedeniyle başvurucuyu kabul etmemesi gibi sebeplerle başvurucunun salıverilmesi sürekli olarak ertelenmiştir. Bu süreç devam ederken, başvuru tutulduğu güvenli bir psikiyatri hastanesinde tutulmaya devam edilmiş ve dört yıl sonra şartsız olarak salıverilmiştir. AİHM, şartlı salıvermenin pratik nedenlerle bir süre ertelenebileceğini kabul etmekle beraber olaydaki gecikmenin makul olmayan bir süre devam ettiğini ve başvurucunun güvenli psikiyatri hastanesinde tutulmaya devam

¹⁰³⁸ *Kolanis/Birleşik Krallık*, no. 517/02, 21/06/2005, § 71.

¹⁰³⁹ *Johnson/Birleşik Krallık*, no. 22520/93, 24/10/1997, § 63.

¹⁰⁴⁰ *Johnson/Birleşik Krallık*, no. 22520/93, 24/10/1997.

edilmesine karşı başvurabileceği bir yasal yolun bulunmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, kararda başvurucunun bir misafirhanede kalmaya zorlanmasının tek başına 5. maddeyi ihlal edip etmediği konusunu değerlendirmemiştir.

AİHM'nin, *Ümit Bilgiç/Türkiye* davasında, yukarıda sayılan hususların birçoğunu test ettiğini görmek mümkündür. Davada, başvurucunun, yargıçlara saygısızlık nedeniyle birçok ceza yargılaması çerçevesinde, karar verilen tutukluluk süreci içinde Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinde gözlem altına alındığını ve 31 Aralık 2002 – 4 Şubat 2003 tarihleri arasında hastanede kaldığı, ayrıca bu hastaneye sevk edilmesi için başvurucu hakkında buna yönelik bir tedbir çıkarma tedbiri de uygulandığı görülmektedir.¹⁰⁴¹ AİHM, öncelikle başvurucunun Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinde gözlem altına alınmasının: (i) Sözleşme'nin 5. maddesiyle ilgili olmayan ancak ceza yargılamaları çerçevesinde hakkında karar verilmiş olan başvurucunun özgürlüğünün kısıtlanmasının koşullarını ve basit bir yer değişikliğini oluşturup oluşturmadığını¹⁰⁴² veya (ii) ilgilinin Sözleşme'nin 5. maddesi gerekliliklerince özgürlüğünün kısıtlanmasının uygunluğunu etkileyecek nitelikte yeni bir tutukluluğun oluşup oluşmadığını araştırmayı gerekli görmüştür.¹⁰⁴³ AİHM, bu bağlamda, başvurucunun hastaneye kapatılmasının hukuki dayanağını oluşturan gözlem altına alınması kararının tutukluluk ile bağlantısız olduğu ve diğer bir yargılama çerçevesinde, daha önceden verilen başvurucunun özgürlüğünün kısıtlanması kararının koşullarının değişmesini hedeflemediğini gözlemlemiştir.

AİHM somut olayda, bir ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesine kapatılmanın, cezaevi ortamında tutukluğun yerine konulmasının, olayların yaşandığı süreç boyunca

¹⁰⁴¹ *Ümit Bilgiç/Türkiye*, no. 22398, 3/9/2013, § 86.

¹⁰⁴² *Munjaz/Birleşik Krallık*, no. 2913/06, 12/7/2012, §§ 63-73.

¹⁰⁴³ *Gouloub Attanasov/Bulguristan*, no. 73281/01, 6/11/2008, § 67.

başvurucunun durumu gibi tutukluluğun niteliğini de önemli ölçüde değiştirdiğini belirlemiştir. AİHM, başvurucunun tutukluluk halinin yasaya uygun olmasına rağmen, cezaevi ortamından ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesine sevkini, iç hukuk ve Sözleşme ile uyumluluğu sorununun yalnızca tutukluluk koşullarıyla ilgili olmadığını, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası açısından, hürriyetin kısıtlanması usulünü ihlal ettiği kanaatine varmıştır.¹⁰⁴⁴

Savunmacı hükümet başvurucunun gözlem altına alınmasının Medeni Kanun'un 432. ve devamı maddelerine dayandığını ifade etmiştir. AİHM, söz konusu hükümlerin, toplum için tehlike arz eden akıl hastası kişilerin tedavileri amacıyla hastaneye kapatılmasını içerdiğini, başvurucunun belirtilen bu duruma uygun düşmediğini, başvurucunun aslında tedavi gerektiren akıl hastalıklarından muzdarip olmadığını, üstelik toplum için de tehlike arz etmediğini, başvurucunun hastaneye kapatılmasının vesayet altına alınmasını gerektiren ve menfaati için kendi ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz olmasına ilişkin bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığını belirleme amacına yönelik olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁴⁵ AİHM, Medeni Kanun'un 409. maddesinde, bu tür bir özgürlükten yoksun bırakma kararı vermek üzere hangi makamın yetkili olduğunun ve hangi usulün uygulanabileceğinin belirtilmediğini ve ayrıca kişiye zorunlu bir psikiyatri incelemesi yapılmak üzere tutulma kararında ön şart olarak hekim muayenesinin öngörülmediğini¹⁰⁴⁶ dikkate almış ve tutmanın yasal dayanaktan yoksun olduğu kanaatine varmıştır.¹⁰⁴⁷

Sözleşme'nin 5(1)(e) fıkrası, tutulma süresi boyunca kişinin akıl sağlığına uygun bir tedavi alma hakkını *zımnen* kapsamamaktadır.¹⁰⁴⁸ Ancak, *Ashingdane/Birleşik*

¹⁰⁴⁴ Ümit Bilgiç/Türkiye, no. 22398, 3/9/2013, § 92.

¹⁰⁴⁵ Ümit Bilgiç/Türkiye, no. 22398, 3/9/2013, § 96.

¹⁰⁴⁶ Varbanov/Bulgaristan, no. 31365/96, 05/10/2000, § 45.

¹⁰⁴⁷ Ümit Bilgiç/Türkiye, no. 22398, 3/9/2013, § 100.

¹⁰⁴⁸ Winterwerp/Hollanda, no. 6301/73, 24/10/1979, § 71.

Krallık kararında belirtildiği gibi, akıl hastalığı söz konusu olduğunda bireyin tutulması gereken yer ilke olarak hastane, klinik ya da bu kişileri tutma konusunda yetkilendirilmiş özel bir kurum olması gerekmektedir.¹⁰⁴⁹ Buna ek olarak, alıkonulan ve akli dengesi yerinde olmayan bir kişinin tıbbi tedavisinin yapılmamasının, Sözleşme’nin insanlık dışı muameleyi yasaklayan 3. maddesi kapsamında gündeme getirilebileceğini söylemek mümkündür.¹⁰⁵⁰

Her ne kadar akıl hastalığı söz konusu olduğunda bireyin tutulması gereken yerin ilke olarak hastane, klinik ya da bu kişileri tutma konusunda yetkilendirilmiş özel bir kurum olması gerekse de bu kuruluşlara nakledilmeden önce akıl hastası kişinin tutulması için özel tasarlanmış bir yere geçici olarak yerleştirilmesi olanaklıdır. Ancak bu bekleme süresinin aşırı derecede uzun olmaması gereklidir. Başvurucunun, tedavi görebileceği bir kliniğe transfer olana kadar kiniklerdeki kapasite sorunundan dolayı sıradan bir tutukevinde tutulduğu *Morsink/Birleşik Krallık* davasında AİHM, başvurucunun kliniğe transfer edilmemesinin Sözleşme’nin 5(1) fıkrasını ihlal etmediğine karar vermiştir. AİHM, Sözleşme’nin 5(1)(e) bendine göre tutulan bir kişinin, muayenesinin hemen ardından doğru yere yerleştirmesini devletten beklemenin “gerçekçi olmayan ve aşırı katı” bir yaklaşım olacağını belirtmiştir.¹⁰⁵¹ AİHM ayrıca, bu kliniklerden beklenen kapasite ile hali hazırdaki kapasiteleri arasında belirli bir fark olabileceğini ve bunun kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁵² Ancak, başvurucunun özgürlük hakkının önemi göz önüne alındığında ulusal makamların birbiriyle yarışan menfaatler arasında makul bir denge kurulması gerekmektedir. AİHM somut

¹⁰⁴⁹ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, § 44. Ayrıca bkz., *O.H./Almanya*, no. 4646/08, 24/11/2011, § 79; *Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, §§ 48, 54.

¹⁰⁵⁰ Macovei, 2010, s. 50.

¹⁰⁵¹ *Morsink/Birleşik Krallık*, no. 48865/99, 11/5/2004, §§ 65-70. Ayrıca bkz., *Pankiewicz/Polonya*, no. 34151/04, 12/2/2008, §§ 44-45; *Brand/Hollanda*, no. 49902/99, 11/6/2004, §§ 64-66.

¹⁰⁵² *Morsink/Birleşik Krallık*, no. 48865/99, 11/5/2004, § 67.

olayda, başvurunun kliniğe transferinde yaşanan gecikmenin genel olarak tutma süresini uzatacağını, bu gecikenin tedavinin gecikmesi anlamına geldiğini, bu gecikmenin tedavinin başarılı olmaması ihtimalini ortaya çıkardığını, bu gibi kliniklerin kapasiteleriyle ilgili yapısal sorunların on yıldan fazla bir zamandan beri var olduğunu ve bu nedenle yerel makamların istisnai ve öngörülemeyen bir durumla karşı karşıya kalmadıklarını belirtmiştir. Ancak *Aerts/Belçika* davasında, başvuru uygun bir kuruma yerleştirilinceye kadar geçen sürede cezaevinin psikiyatri bölümüne tutulmuş, tedavisine uygun bir ortamın bulunmaması ve tutulmasına neden olan durumunun iyileşmesini sağlayacak bir tedavi görememesi nedeniyle sağlığı daha da kötüleşmiştir. AİHM, tutma amacı ile tutma yeri arasında uygun bir ilişki olmamasını hak ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁵³

Bir kişinin özgürlüğünden yoksun kılınması kararının idari bir organ tarafından alınması durumunda, bu kişinin kararın yasaya uygunluğunun bir mahkeme tarafından denetlenmesini isteme hakkı bulunmaktadır.¹⁰⁵⁴ *X./Finlandiya* davasında çocuk doktoru olan başvuru, bir annenin kızını sosyal güvenlik görevlilerinden kaçırmasına yardım ettiği gerekçesiyle kendisine karşı açılmış olan bir ceza yargılaması kapsamında Ekim 2004 tarihinde yakalanmıştır. Başvuru, hâkim kararıyla bir psikiyatri kurumunda gözlem altına alınmıştır. Bu kurumdaki doktorlarca iki ay gözlemlendikten sonra başvurunun delirme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu ve zorla gözlem altına alınma şartlarını karşıladığı sonucuna varmıştır. Şubat 2005 tarihinde Finlandiya Ulusal Adli Tıp Kurumu Suç Psikiyatrisi Bürosu, doktorların tavsiyesine uygun olarak başvurunun zorla gözlem altına alınmasına karar vermiştir. Psikiyatri kurumu başvurunun ağızdan almayı reddettiği ilaçları başvurucuya zorla vermeye başlamıştır. Başvuru bu kurumdan ancak Ocak 2006 tarihinde çıkmış ve aynı senenin Haziran

¹⁰⁵³ *Aerts/Belçika*, no. 25357/94, 30/07/1998, § 46.

¹⁰⁵⁴ *Luberti/İtalya*, no. 9019/80, 23/02/1984, § 31.

ayında tedavisi son bulmuştur. Başvurucu gözlem altına alınması ve zorla ilaç verilmesi işlemlerine karşı ulusal makamlar önünde itirazda bulunmuşsa da bundan bir sonuç alamamıştır.¹⁰⁵⁵

Başvurucunun, psikiyatri kurumunda zorla gözlem altına alınmasına *en başta* hukuki ve tıbbi uzmanlığa sahip bağımsız bir idari organ tarafından karar verilmiştir. Bu karar bir psikiyatri kurumunda karar sürecinde yer almayan bir doktor tarafından yapılan tam bir psikiyatrik incelemeye dayanmış ve karar süreci ulusal hukuk tarafından öngörülen usullere uygun bir şekilde yürümüştür. Bununla ilgili olarak Akıl Sağlığı Hakkında Kanunu yeteri kadar açık ve öngörülebilirdi ancak, kanunun vatandaşı özgürlük ve güvenliğine keyfi bir şekilde müdahale edilmesine karşı da koruması gerekiyordu. Ancak başvurucunun *sonraki süreçte* gözlem altında tutulmaya devam edilmesi hususunda keyfiliğe karşı uygun güvenceler bulunmamaktaydı. Özellikle de *bağımsız* psikiyatrik bir görüş talep edilmemişti ve bu tedbirin alınmasına karar veren iki doktor başvurucunun tutulduğu psikiyatri kurumunda çalışıyorlardı. Ayrıca, Finlandiya hukukuna göre, başvuru gözlem altında tutulmasının gerekliliğine hâkim önünde itiraz edemiyordu, zira bu sorunun periyodik incelemesi Finlandiya yetkili makamlarının gerekli görmesi halinde altı ayda bir yapılmaktaydı. Dolayısıyla ulusal hukukun öngördüğü usulün keyfiliğe karşı uygun güvenceleri sağlamaması nedeniyle AIHM Sözleşme'nin 5(1)(e) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁵⁶

4. Alkol ve Uyuşturucu Madde Bağımlıları

Bir kişinin Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi anlamında “alkolik” olduğunun kabul edilmesi için, bu kişinin alkolik olup olmadığının klinik bir vaka olarak varlığının belirlenmesi gerekmemektedir.¹⁰⁵⁷ Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi, sınırlı anlamda

¹⁰⁵⁵ X./Finlandiya, no. 34806/04, 3/7/2012.

¹⁰⁵⁶ X./Finlandiya, no. 34806/04, 3/7/2012, §§ 168-71.

¹⁰⁵⁷ Witold Litwa/Polonya, no. 26629/95, 4/4/2000, §§ 57-63.

alkoliklerin tutulmasına izin verir biçimde yorumlanmamalıdır.¹⁰⁵⁸ Tıbbi olarak alkolik teşhisi konulmamış ancak, alkolün etkisiyle kamu düzeni veya kendileri bakımından tehlike arz eden kişiler de gözaltına alınabilirler¹⁰⁵⁹ ya da kapatılabilirler.¹⁰⁶⁰ Ancak, Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi, bir kimsenin sırf alkol aldığı için gözaltına alınabileceği anlamına da gelmemektedir.¹⁰⁶¹

Bu terim potansiyel olarak “alkolün etkisi altındayken tavır ve davranışları kamu düzeni ya da kendisi için tehlike oluşturan” kişileri içermektedir. Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi bu durumdaki kişilerin; (i) “kamu yararı” ya da (ii) “kendi menfaatleri (sağlık ve kişisel güvenlik gibi)” için gözlem altına alınmasına olanak vermektedir.¹⁰⁶²

Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi uyarınca söz konusu olan tutma gereklilikleri ile Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi kapsamındaki tutma gereklilikleri arasında önemli bir fark bulunduğunu vurgulamak gerekir. Zira Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi, 5(1)(c) bendinden farklı olarak,¹⁰⁶³ alkollü bireylerin kabahatlerinin suç oluşturmadağı ya da oluştursa bile herhangi bir sebeple *cezai olarak ıslah edilmesi amacı* güdülmediği takdirde de bu kişilerin geçici süreyle tutulmasına izin vermektedir.

Alkolik teriminin *geniş* yorumlanmasının, Sözleşme’nin 5(1) fıkrası kapsamındaki tutmanın hukuka uygunluğu koşulunun denetlenmesi açısından ağır bir yük oluşturacağı kuşkusuzdur. *Witold Litwa/Polonya* davasındaki değerlendirmesinde AİHM, alkollü olan kişinin “kendisine ya da topluma alkollü olmasından dolayı verdiği zararın azaltılmasının ya da alkol aldıktan sonra ortaya çıkacak tehlikeli davranışlarının önlenmesinin söz konusu olup olmadığı” konusunu esas almıştır.¹⁰⁶⁴ Ancak AİHM’nin

¹⁰⁵⁸ Guide on Article 5, 2012, § 86.

¹⁰⁵⁹ *Kharin/Rusya*, no. 37345/03, 3/2/2011, § 34.

¹⁰⁶⁰ *Hilda Hafsteinsdóttir/İzlanda*, no. 40905/98, 8/6/2004, § 42.

¹⁰⁶¹ *Witold Litwa/Polonya*, no. 26629/95, 4/4/2000, §§ 61-62.

¹⁰⁶² *Witold Litwa/Polonya*, no. 26629/95, 4/4/2000, § 61.

¹⁰⁶³ Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi uyarınca cezai olma koşulu için bkz., *supra*, s. 244 vd.

¹⁰⁶⁴ *Witold Litwa/Polonya*, no. 26629/95, 4/4/2000, § 62.

esas aldığı bu ölçüt oldukça belirsizdir. Somut olayda başvuru postanesinde bir tartışmaya girmiş ve postane memurları başvuru sarhoş olduğunu ve küfür ettiğini iddia etmişlerdir. Elli yaşlarında ve neredeyse tamamen kör olan başvuru, polis tarafından *ayılma merkezine* götürülerek burada altı buçuk saat tutulmuştur. AİHM, yasal usullere uyulmasına karşın açıkça keyfi olan bu uygulamanın Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukuka uygunluk kriterini karşılanmadığına dikkat çekerek, alkolik olduğu iddiasıyla bir kişinin ancak hukuka uygun olarak tutulmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Somut olayda başvuru alkolün etkisi altında iken, iddia edildiği gibi davranışlar sergilediğine, toplum ya da kendisi için tehlike oluşturduğuna, kendi sağlığının veya kişisel güvenliğinin tehlikede olduğuna dair ciddi kuşklar mevcuttur. Başvurucuyu bulunduğu yerin dışına çıkarmak ve evine götürmek gibi olayın kendine özgü koşulları içinde daha uygun diğer tedbirlerin polis tarafından alınmaması da hukuka aykırı olarak değerlendirilmiştir.¹⁰⁶⁵

Bu bakımdan bir kimsenin tutulması öylesine ağır bir tedbirdir ki bu tedbir ancak daha *hafif tedbirlerin* düşünüldüğü fakat bireyin tutulmasını gerektiren kamu yararının korunması bakımından *yetersiz* bulunduğu hallerde *son çare* olarak haklı görülebilir. Bu açıdan da özgürlükten mahrum bırakmanın sadece *ulusal hukuka uygun olması* yeterli olmayıp aynı zamanda somut olayın koşullarında *gerekli* olması da gerekir.¹⁰⁶⁶ *Gereklilik testi*, bu nedenle kamu makamlarınca alınabilecek alternatif tedbirler düşünülmezsizin bireyleri tutmaya hazır olup olmadıklarının kontrol edilmesidir. Ancak ulusal makamlar, *gereklilik* koşulunu katı bir biçimde yorumlamalı ve polise tutmaya alternatif çözümler düşündüğünü kanıtlama ve bu çözümlerin neden uygun olmadığını açıklama imkânı tanınmalıdır.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁵ Bkz., Dutertre, 2003, s. 99-100.

¹⁰⁶⁶ *Witold Litwa/Polonya*, no. 26629/95, 4/4/2000, § 78.

¹⁰⁶⁷ Harris et al., 2013, s. 157.

Son olarak, bu alanda tutmaya ilişkin açık ve belirli bir yasal düzenlemenin ulusal düzlemde bulunup bulunmadığı konusu da alkolik ve uyuşturucu müptelalarının tutulması bağlamında gözden kaçırılmaması gereken bir konudur. Alkoliklerin tutulması için gerekli olan “yasanın niteliği”ne AİHM içtihatlarında da vurgu yapılmıştır.¹⁰⁶⁸ Tutmanın kapsamının ve süresinin nasıl uygulanacağını sadece polisin pratik uygulamaları çerçevesinde belirlenmesi Sözleşme’nin 5(1) fıkrasının ihlaline neden olmaktadır.¹⁰⁶⁹

5. *Serseriler*

“Serseri” (*vagrant*) kavramının tanımı Sözleşme’de bulunmamaktadır. *Serseri* kavramı, AİHM içtihatları çerçevesinde anlamlandırılmaktadır. Ancak bu konuda pek fazla AİHM içtihadının bulunduğu da söylemek mümkün değildir. AİHM, “serseriler” terimini *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* davasında incelenmiştir. Davada AİHM, Belçika Ceza Kanunu’nun (md. 347) serseriye; “(i) sabit bir ikametgâhı bulunmayan, (ii) geçim kaynağı ve (iii) düzenli bir işi olmayan kişi” olarak tanımladığını belirtmiş ve bu tanıma uyan bir kişinin kural olarak 5(1)(e) bendi anlamında “serseri” olacağını ifade etmiştir.

Anayasa’da da serseri kavramına ilişkin bir tanım yer almamakla beraber madde gerekçesinde serseri “[m]untazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan” kimse olarak tanımlanmıştır. Bu tanım AİHM’nin *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* davasındaki kriterleri ile uyumludur. Belçika Ceza Kanunu’ndan mülhem bu tanımlamada mevcut üç koşulun da serseri olarak tanımlanacak kişide aynı anda mevcut olması gerekmektedir. Örneğin *Guzzardi/İtalya* davasında davalı hükümetçe ileri sürülen mafya üyeliğinden şüphelenilen kişilerin gelirlerinin olmaması

¹⁰⁶⁸ Tutmaya ilişkin *yasanın niteliğine* dair bkz., *supra*, s. 159.

¹⁰⁶⁹ *Hilda Hafsteinsdóttir/İzlanda*, no. 40905/98, 8/6/2004, §§ 51, 53-56.

nedeniyle serseri kabul edilmesi gerektiği iddiası, AİHM tarafından reddedilmiştir.¹⁰⁷⁰ AİHM, bu terimin Sözleşme kapsamındaki anlamının Belçika hukukundaki ile aynı anlamda olduğunu belirtmemiştir, ancak Belçika hukukundaki anlamın genel olarak serseri teriminin anlamını karşıladığını söylemek mümkündür.¹⁰⁷¹

F. Sınır Dışı ve İade İşlemleri Esnasında Bireyin Tutulması

1. Genel Olarak

Bireyin hukuka uygun olarak özgürlüğünün sınırlandırılabilceği altıncı durum kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması halidir. Sınır dışı veya iade işlemleriyle ilgili olarak bir kişinin tutulması Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi ve Anayasa'nın 19(2) fıkrasında düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi şöyledir:

“Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması”¹⁰⁷²

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonmasına ve hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulmasına izin vermektedir. Bahsi geçen düzenleme iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümü ülke topraklarına girmenin engellenmesi ile ikinci kısmı ise sınır dışı ya da iade işlemleri ile ilgilidir.

Anayasa'nın 19(2) fıkrasında da Sözleşme'dekine benzer bir düzenleme yer almaktadır. Anayasa'nın 19(2) fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

¹⁰⁷⁰ *Guzzardi/İtalya*, no. 7367/76, 06/11/1980, § 98. *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* davasında –bu davada başvuruçular kendi rızalarıyla alıkonulmuşlardır– *Guzzardi/İtalya* davasından farklı olarak AİHM, özgürlük hakkından feragat edilemeyeceğinden hareketle, alıkonulan kişi bizzat özgürlükten mahrumiyete rıza gösterse de bu doğrultuda bir yargı kararı olması gerektiğine hükmetmiştir.

¹⁰⁷¹ *De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika*, no. 2832/66, 18/6/1971, §§ 61-62, 68-70. Bu konuda ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 100-101.

¹⁰⁷² Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

“...usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması...”

Anayasa’nın 19(2) fıkrasının sınır dışı veya iade işlemleriyle ilgili kısmının gerekçesinde bu konu;

“Nihayet beşinci halde, ülkeye usulsüz olarak giren yahut kanuna uygun şekilde sınır dışı edilecek veya suç nedeniyle yabancı bir ülkeye geri verilecek kişinin, gerekli işlem yerine getirilinceye kadar, hürriyetinden mahrum edilmesi yani yakalanması veya tutuklanması söz konusudur. Bu gibi hallerin benzeri hürriyet kısıtlamalarını meşru kılacağı açıktır.”¹⁰⁷³

şeklinde yer almıştır.

Sınır dışı ve iade işlemleri esnasında bireyin tutulması bakımından Anayasa ve Sözleşme arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Anayasa’da, Sözleşme’den farklı olarak kişinin ülke topraklarına girmekten alıkonması, hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması durumlarının yanı sıra “usulüne aykırı şekilde ülkeye giren” kişilerden de bahsedilmiştir. Ancak Anayasa metninde yer alan bu farklılık fikrimizce uygulamada önemli bir uyumsuzluğa yol açacak nitelikte değildir.

Taraf devletler, Sözleşme’den doğan yükümlülükleri çerçevesinde, ülkelerine yabancıların girişlerini ve yerleşmelerini kontrol konusunda yetki sahiptir.¹⁰⁷⁴ Bu yetkiye devletlerin, sığınma yoluyla veya başka bir yolla ülkeye girme izni isteyen göçmenleri tutma yetkisini de eklemek gerekir. Bununla beraber Sözleşme’nin 5(1)(f) bendinin, özgürlük hakkı genel kuralına, göç bağlamında devletlere yabancıların özgürlüğünü kontrol yetkisi tanıyan bir istisna getirdiğini de belirtmek gerekmektedir.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 32.

¹⁰⁷⁴ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, § 41; *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 73; Reid, 2012, s. 357.

¹⁰⁷⁵ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 64.

AIHM, sözleşmecı devletlerin bir başvırucuyu, Sözleşme'nin 5. maddesinin açık bir şekilde ihlal edilmesine yönelik gerçek bir tehlikenin bulunduğu bir devlete göndermesinin 5. maddeyi ihlal edeceğini ifade etmektedir.¹⁰⁷⁶

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bağlamında bir bireyin gereğinden uzun bir süre tutulması, Sözleşme'nin 3. maddesindeki insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olasılığının gündeme gelmesine neden olabilmektedir. Nitekim *Dougoz/Yunanistan* davasında başvırucunun, çok kalabalık ve gürültülü bir ortamda tutulması/alıkonulması neticesinde uyuma imkânından mahrum kalmasını AIHM, Sözleşme'nin 3. maddesi açısından da değerlendirme konusu yapmış ve ihlal kararı vermiştir.¹⁰⁷⁷ AIHM, başvırucuların Yabancı Kabul ve Barındırma Merkezinde kötü koşullarda alıkonulduğu konusunda şikâyetlerini incelediği *Dbouba/Türkiye* ve *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye* davalarında da söz konusu iddiaların Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiş ancak, başvırucuların halen tutulmakta oldukları merkezdeki koşullara ilişkin iddialarıyla ilgili olarak, benzer şikâyetleri daha önce incelediğini ve söz konusu merkezin fiziki koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek derecede ciddi olmadığını tespit ettiğini belirterek bu başvurularda kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹⁰⁷⁸

Bir devlet tarafından Sözleşme'nin 5(1)(f) çerçevesinde değerlendirme yapılırken, tutmanın hukukiliği ve tutuma süresinin uzunluğunun yanı sıra sınır dışı ve iade işlemlerinin belli aralıklarla gözden geçirilmesi¹⁰⁷⁹ de gerekmektedir.

¹⁰⁷⁶ *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, no.8139/09, 17/01/2012, § 233.

¹⁰⁷⁷ Bkz., *Dougoz/Yunanistan*, no. 40907/98, 6/03/2001.

¹⁰⁷⁸ *Dbouba/Türkiye*, no. 15916/09, 13/07/2010; *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*, no. 32940/08 vd, 13/4/2010.

¹⁰⁷⁹ Bu konuda bkz., Reid, 2012, s. 359.

2. *Usulüne Aykırı Surette Ülke Topraklarına Girmekten Alıkoyma*

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin ilk kısmı, bir sığınmacı veya göçmenin devlet tarafından ülkeye giriş izni verilmeden önce tutulmasına imkân vermektedir. Ancak söz konusu tutma, özgürlük hakkını korumayı ve hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun bırakılmamasını sağlamayı amaçlayan Sözleşme'nin 5. maddesinin bu genel amacına uygun olmalıdır.¹⁰⁸⁰ Bu durum Anayasa'da bir farkla düzenlenmiştir. Anayasa'nın 19(2) fıkrasının iade ve sınır dışı işlemlerine ilişkin kısmı kişinin sadece ülke toprakla girmekten alıkonulmasını değil, aynı zamanda “ülke topraklarına girmiş olan” kişilerin durumunu da kapsamaktadır.

Bir sığınmacı veya göçmenin devlet tarafından ülkeye giriş izni verilmeden önce tutulmasına imkân veren düzenlemenin aynı zamanda keyfi bir biçimde uygulanmaması da gereklidir.¹⁰⁸¹ Bu sebeple, Sözleşme'nin 5(1)(f) maddesinin ilk kısmı bağlamında, “keyfilikten arınmışlık” (*freedom from arbitrariness*) ifadesi, söz konusu tutmanın; (i) iyi niyetle yapılması, kişinin ülkeye izinsiz girişini önleme amacıyla (ii) sıkı sıkıya ilişkili olması, tutma tedbirinin ceza gerektiren suçları işleyenlerden ziyade (iii) hayatlarından endişe ederek kendi ülkelerinden kaçan yabancılara uygulandığı dikkate alınarak tutma (iv) yerinin ve (v) koşullarının uygun olması ve tutma süresinin amacının gerektirdiği (vi) makul süreyi aşmaması gerektiği anlamına gelmektedir.¹⁰⁸²

Başvurucunun Iraklı bir Kürt olduğu *Saadi/Birleşik Krallık* davasında kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması meselesini incelenmiştir. Irak'tan kaçan başvuru 30/12/2000 tarihinde Londra'nın Heathrow Havalimanına varmıştır. Başvurucu, hemen sığınma talebinde bulunmuş ve kendisine “geçici kabul” verilmiştir. Üç gün sonra 2/1/2001 tarihinde, göç bürosuna gelen başvuru, burada

¹⁰⁸⁰ Guide on Article 5, 2012, § 89.

¹⁰⁸¹ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 73.

¹⁰⁸² Guide on Article 5, 2012, § 91.

yakalanıp kaçma ihtimali zayıf olan ve dolayısıyla durumu “seri inceleme usulüyle” incelenmeye müsait olan mültecilerin gönderildiği Oakington mülteci merkezine gönderilmiştir. Bu merkezde başvurucuya tutukluluk nedeninin ve haklarının belirtildiği bir form verilmiş, ancak formda başvurucunun seri inceleme amacıyla tutulduğu yazılmamıştır. Göç bürosundan bir memur telefonla başvurucunun temsilcisine 5/1/2001 tarihinde müvekkilinin Oakington’daki merkezde tutulma kriterlerine uyan bir Irak vatandaşı olmasından dolayı tutulduğunu haber vermiştir. Başvurucunun sığınma talebi 8/1/2001 tarihinde reddedilmiş ve Birleşik Krallık topraklarına girişi resmen yasaklanmıştır. Ancak ertesi gün başvurucu serbest bırakılmış, ülke topraklarına girişine izin vermeyen karara karşı yaptığı itiraz başarılı olmuş ve bunun üzerine sığınma talebi kabul edilmiştir. Başvurucu kendisine karşı verilmiş olan tutuklama kararının yargısal denetimden geçirilmesi talebinde bulunmuştur. Sonuçta Lordlar Kamarası başvurucunun Oakington prosedürü çerçevesinde tutuklanmasının orantılı ve makul bir tedbir olduğuna karar vermiş ve başvurucunun talebini reddetmiştir. AİHM Dairesince AİHS’nin 5(1) fıkrasının ihlal edilmediği, 5(2) fıkrasında öngörülen kişinin yakalanma nedenlerinin kendisine en kısa sürede bildirilmesi zorunluluğunun ise ihlal edildiğine karar verilmiş¹⁰⁸³ ancak mesele Büyük Daireye intikal etmiştir.

Büyük Daire kararında, Sözleşme’nin 5(1)(f) bendindeki “kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması” ibaresinin ne anlama geldiği değerlendirilmiştir. Büyük Daire, devletlerin –sığınma talebinde bulunmak suretiyle veya başka bir şekilde– ülkeye giriş izni talebinde bulunmuş aday göçmenleri tutuklayabilmelerini, yabancıların ülkeye girişini ve ülkede oturmalarını denetleme hakkının doğal bir sonucu olarak değerlendirmiştir. Kararda bir devletin, ülkesinin topraklarına girişe “izin vermedikçe”, girişin “usulüne aykırı” olduğu ve ülkeye girmek

¹⁰⁸³ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, §§ 10-15, 44-46.

isteyen ancak bunun için bir izne ihtiyaç duyan bir kişinin tutuklanması ile “kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması”nı hedefliyor olabileceği ifade edilmiştir. AİHM, bir mültecinin kendi başına göç bürosuna gelmesinin, başlı başına ülke topraklarına “usulüne uygun surette” girmeye çalıştığı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Kararda ayrıca Sözleşme’nin 5(1)(f) bendinin sadece ülke topraklarına girişle ilgili kısıtlamalardan kaçmaya çalıştığı tespit edilen kişilerin tutuklanmasına izin verdiği şeklinde anlaşılamaması gerektiği, böyle bir yorumun çok dar ve Konsey ile Birleşmiş Milletler Örgütü’nün tavsiye ve yönlendirici ilkelerine aykırı olduğu da vurgulanmıştır.¹⁰⁸⁴

Bahsi geçen karar bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kararda öncelikle, iltica talebinde bulunduktan sonra başvurucuya tanınan ülkeye *geçici giriş izninin* 5(1)(f) fıkrası çerçevesinde hukuka uygun giriş anlamına gelmediği, iltica talebinin 5(1)(f) çerçevesinde hukuka uygun bir giriş olduğunun kabul edilebilmesi için kişinin o ülkede *oturma izninin* olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁸⁵ Bu nedenle, başvurucu ile benzer durumda olan sığınmacılar, izinsiz giriş yapan kişi statüsünde değerlendirileceği için, Sözleşme’nin 5(1)(f) fıkrasına uygun olarak, ülkeye izinsiz girişin önlenmesi amacıyla tutulabilecektir.¹⁰⁸⁶

Kararda ayrıca 5(1)(f) bendinin ilk kısmı kapsamına giren tutmaların *gerekli olması koşulu*nu öngören ilkenin de reddi söz konusudur. Başvurucunun, Birleşik Krallık’a hukuka aykırı şekilde girmek istediğine dair bir delil bulunmamakla birlikte olayın koşulları da hukuka aykırı bir şekilde girmek istemediğini göstermektedir. Ancak

¹⁰⁸⁴ Saadi/Birleşik Krallık [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, §§ 61-66.

¹⁰⁸⁵ Harris et al., 2013, s. 161.

¹⁰⁸⁶ Saadi/Birleşik Krallık [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 65.

AİHM bu konuyu değerlendirme dışı bırakarak, bir bireyin 5(1)(f) bendi kapsamına giren durumlarda yalnızca “keyfi” biçimde tutulmaması gerektiğine işaret etmiştir.¹⁰⁸⁷

Tutukluluğun keyfi olamayacağına ilişkin ilke, Sözleşme’nin 5(1)(f) bendinin birinci kısmına giren tutuklamalara (usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmek), bu bendin ikinci kısmına giren tutuklamalara (sınır dışı ya da iade) uygulandığı gibi uygulanır. Böylece, tutuklamayı gerektirecek makul nedenlerin varlığı aranmaz ve orantılılık ilkesi tutukluluğun sadece makul olmayacak kadar uzamamasını gerektirir. Dolayısıyla Sözleşme’nin 5(1)(f) bendinin birinci kısmına giren bir tutukluluğun keyfi olmadığının kabul edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken dört şart vardır: Bir tutmanın (i) iyi niyetle gerçekleştirilmesi, (ii) ülkeye izinsiz girmek isteyen bir kişinin girişinin önlenmesi amacı ile yakın ilişki içinde olması, (iii) tutma koşulları ve yerinin duruma uygun olması¹⁰⁸⁸ ve (iv) tutma süresinin ulaşılmak istenen amaç için gerekli olandan daha uzun olmamasıdır.¹⁰⁸⁹

Büyük Daire *Saadi/Birleşik Krallık* kararındaki sonuca ulaşırken, söz konusu dönemde sığınmacıların sayısının artışı nedeniyle Birleşik Krallık’ın yaşadığı bazı sorunlara dikkat çekmiştir.¹⁰⁹⁰ AİHM, göçün etkili bir şekilde kontrol edilmesi ile sığınmacıların Sözleşme kapsamındaki haklarının korunması arasında bir denge kurmayı hedeflemiştir.¹⁰⁹¹ Ancak bu yaklaşım bazı üyeler tarafından eleştiri konusu yapılmıştır. AİHM’nin bu yaklaşımının, sığınmacıların Sözleşme’yle güvenceye alınan haklarını korumaya yeterince ağırlık vermediği ve 5(1)(f) bendinin ilk kısmı kapsamına giren bir tutmanın devletin idari çıkarlarına hizmet etmemesi gerektiği ileri sürülmüştür.

¹⁰⁸⁷ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 66.

¹⁰⁸⁸ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, § 43 (Bu tedbirin, suç işlemiş kişilere değil, çoğunlukla hayatları tehlikede olduğu için kendi ülkelerini terk etmiş yabancılara uygulandığı gerçeği akılda tutulmalıdır).

¹⁰⁸⁹ *Yoh-Ekale Mwanje/Belçika*, no. 10486/10, 200/12/2011, §§ 117-19; *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 74.

¹⁰⁹⁰ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 80.

¹⁰⁹¹ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, §§ 54-57.

Eleştirilere göre ilgili kişi ancak göç kontrollerinden kaçtığına kanıtlanması halinde tutulabilmelidir. Ayrıca AİHM, iltica talebinde bulunan başvuru sahipleri sıradan göçmenler olarak kategorize ettiği ve yaşadıkları sıkıntıları dikkate almadığı için de eleştirilmiştir. AİHM'nin, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin ilk kısmına ilişkin kanaati, ülkede kalma izni olmayan herkesin ülkeye izinsiz giriş yapmak istediği varsayımına dayanmaktadır. Bu bakımdan AİHM, devletlerin göç kontrolündeki menfaatlerine öncelik vermiş¹⁰⁹² ancak, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin devletlere tanıdığı endişe verici genişlikteki yetkiyi, bazı koşullarda, özellikle tutma süresi aşırı uzun ise, tutmanın keyfi olacağına ısrar ederek kısıtlamıştır.¹⁰⁹³

Asıl ülkesine geri gönderilmesine karşı, AİHM tarafından verilen tedbir kararını müteakiben bir mültecinin havalimanının bekleme alanında tutulması 5. maddenin ihlali olarak değerlendirilmemiştir. *Gebremedhin* [Gaberamadhien]/Fransa davasında, 1/7/2005 tarihinde havalimanının “bekleme alanı”na yerleştirilen ve 20/7/2005’te Fransa topraklarına girişine izin verilen başvuru sahibi bu süre zarfında “özgürlüğünden mahrum” bırakılmıştır. AİHM, 15/7/2005 tarihinde İç Tüzüğü¹⁰⁹⁴ 39. maddesine dayanarak, Fransız Hükümetinden, AİHM önündeki yargılamanın sıhhati ve tarafların çıkarı için, 30/8/2005 gece yarısına kadar başvuru sahibini Eritre’ye yollamamasını istemiştir. Somut olayda başvuru sahibinin Eritre dışında başka bir ülkeye –tabi ki bu ülkenin başvuru sahibini Eritre’ye göndermeyeceği güvenceye alınmak şartıyla– göndermesinin önünde bir engel bulunmamaktaydı.¹⁰⁹⁵ Dolayısıyla, İç Tüzüğün 39. maddesinin uygulanmasından sonra başvuru sahibinin bu amaçla tutuklu kalması,

¹⁰⁹² *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, §§ 64-65.

¹⁰⁹³ Harris et al., 2013, s. 162.

¹⁰⁹⁴ AİHM İç Tüzüğü için bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (erişim, 20/1/2014).

¹⁰⁹⁵ *Gebremedhin* [Gaberamadhien]/Fransa, no. 25389/05, 26/4/2007, §§ 68-73.

Sözleşme'nin 5(1)(f) maddesi çerçevesinde “hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işlemi” olan bir kişinin “yasaya uygun olarak” tutulması olarak değerlendirilmelidir.¹⁰⁹⁶

Bunun dışında, İç Tüzüğün 39. maddesinin uygulanması sonucunda, sınır dışı edilme amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılan başvurucunun bu mahrumiyetine bir son vermek dışında, yetkililerin başka seçenekleri kalmamış ve bu durum da başvurucuya ülkeye giriş izni verilmesini gerektirmiştir. Bu durumda bu girişin yasallığından emin olmak için, yetkililerin ihtiyaç duyduğu azami süre boyunca, bir yabancının tutuklu kalması gerekebilir. Bu tutukluluk 5(1)(f) maddesi anlamında “bir kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulması” amacıyla “yasaya uygun olarak tutulması” olarak değerlendirilebilir. Davalı devletin somut olay bakımından durumunun bu kapsamda olduğunu ileri sürmesi üzerine AİHM, 15 ilâ 20 Temmuz arasında başvurucunun keyfi olarak özgürlüğünden mahrum edildiğini gösterir hiçbir kanıt bulunmadığını, başvurucunun 15/7/2005 tarihinden sonra “bekleme alanı”nda tutulmasının Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi anlamında “bir kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonulması” amacıyla “yasaya uygun olarak tutulması” olduğunu kabul etmiştir.¹⁰⁹⁷

3. *Hakkında Derdest Bir Sınır Dışı ya da İade İşleminin Olması Nedeniyle Alıkoyma*

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi çerçevesinde uygulanan/uygulanacak tutma tedbirinin, kişinin suç işlemesini veya kaçmasını önlemek amacı bakımından gerekli olması gerekir. Bu anlamda, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi, aynı fıkranın (c) bendinden farklı bir koruma düzeyi sağlamaktadır. Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi kapsamında tutma için gereken tek şey “sınır dışı etme veya iade işleminin yürütülmekte olması”dır. Bu açıdan sınır dışı etme kararına dayanak teşkil eden nedenlerin, söz konusu kararın uygulanması

¹⁰⁹⁶ Gebremedhin [Gaberamadhien]/Fransa, no. 25389/05, 26/4/2007.

¹⁰⁹⁷ Gebremedhin [Gaberamadhien]/Fransa, no. 25389/05, 26/4/2007, § 74.

bakımından, ulusal hukukta veya Sözleşme açısından haklı görülüp görülmeyeceğinin herhangi bir önemi yoktur.¹⁰⁹⁸ Ayrıca kişinin sınır dışı ya da iade edilmeden önce yetkili makamlar tarafından yakalanması ya da alıkonulması durumuna ilişkin –yakalama ya da alıkoyma işleminin “hukuka uygun” yani ulusal hukuka ve Sözleşme’ye uygun olması gibi– bazı şartlar bulunmaktadır. Bu hususla ilgili olarak AİHM, bu maddenin devletlerin sadece söz konusu hakları aktif bir şekilde ihlal etmekten kaçınmalarını değil, aynı zamanda yetki alanları içinde bulunan herkesi bu haklara yasadışı bir şekilde müdahale edilmesine karşı korumalarını gerektirdiğini belirtmektedir.¹⁰⁹⁹

Sözleşme’nin 5(1)(f) bendi, örneğin şahsın suç işlemesi ya da kaçmasının önlenmesi için zorunlu tutuklamayı gerektirmez. Bir şahsın söz konusu bendin ikinci kısmı uyarınca özgürlüğünden mahrum bırakılması, ancak sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması halinde haklı görülebilir. Ancak söz konusu işlemler gerekli titizlik gösterilmeden yapılıyorsa tutukluluk Sözleşme’nin 5(1)(f) bendine göre izin verilebilir olmaktan çıkacaktır.¹¹⁰⁰

Ulusal hukukta; sınır dışı etme amacıyla kişinin tutukluluğuna karar vermeye, tutukluluk süresini uzatmaya ve böyle bir tutukluluk için bir süre belirlemeye ilişkin usulün öngörüldüğü *açık yasal hükümlerin* bulunması zorunludur.¹¹⁰¹ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* davasında başvuru 21/6/2008 tarihinde jandarma tarafından yakalanmış ve Türkiye’ye yasa dışı giriş yapmak suçlamasıyla 23/6/2008 tarihine kadar jandarma karakolunda gözaltında tutulmuşlardır. 23/6/2008 tarihinde söz konusu suçlama nedeniyle mahkûm edilmişler, ancak cezalarının infazı ertelenmiştir. Aynı

¹⁰⁹⁸ *Soldatenko/Ukrayna*, no. 2440/07, 23/10/2008, § 109; *Nasrulloev/Rusya*, no. 656/06, 11/10/2006, § 69; *Çonka/Belçika*, no. 51564/99, 5/2/2002, § 38; *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 112.

¹⁰⁹⁹ *Medova/Rusya*, no. 25385/04, 15/1/2009, § 123; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, §§ 100-101.

¹¹⁰⁰ Bu konuda bkz., *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009.

¹¹⁰¹ Bu konuda bkz., *Nasrulloev/Rusya*, no. 656/06, 11/10/2006.

tarihte Hasköy Emniyet Müdürlüğüne yerleştirilmişler ve Kırklareli Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesine bağlı Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezine nakledildikleri 26/9/2008 tarihine kadar burada tutulmuşlardır. Dolayısıyla başvuruçular 23/6/2008 tarihinden 26/9/2008 tarihine kadar polis tarafından tutulmuşlardır.¹¹⁰² Ayrıca başvuruçuların Hasköy Emniyet Müdürlüğü ya da Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezinden çıkmalarına izin verilmemiş ve ancak makamlara noterden onaylı vekâletname ibraz edebildikleri takdirde bir avukatla görüşebilmişlerdir.¹¹⁰³

Somut olayda, başvuruçular sınır dışı edilme amacıyla tutuklanmadıklarını ve tutukluluklarının ulusal hukukta yasal bir dayanağı olmadığını iddia etmişlerdir. Davalı devlet ise başvuruçuların tutuklanmadıklarını, ancak sınır dışı işlemleri devam ederken 5683 sayılı Kanun'un 23. maddesi ve 5682 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca barındırıldıklarını ileri sürmüştür. AİHM, ilk olarak, İç Tüzüğü'n 39. maddesi uygulanmadan önce, başvuruçuların Hasköy Emniyet Müdürlüğünde 23 – 30/6/2008 tarihleri arasında tutuklu bulundurulmalarının sınır dışı etme amacıyla özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendirilebileceğini, zira Muş Sulh Ceza Mahkemesinin 23/6/2008 tarihli kararında başvuruçuların sınır dışı edilmesine karar verdiğini belirtmiştir.

AİHM, davalı devlet tarafından atıfta bulunulan yasa hükümlerinin, geçerli seyahat belgelerine sahip olmayan ve sınır dışı edilemeyen yabancıların İçişleri Bakanlığı tarafından tayin edilen yerlerde kalmaları zorunluluğunu öngördüğünü, söz konusu hükümlerin sınır dışı işlemleri kapsamında özgürlükten yoksun bırakmayı kastetmediğini, bahsi geçen yasa hükümlerinin Türkiye'de belli bir grup yabancıların tutukluluklarına değil ikametlerine ilişkin olduğunu, ayrıca davalı devletin sınır dışı etme amacıyla tutukluluk kararı verme ve tutukluluk süresini uzatma yönündeki şartlara

¹¹⁰² *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, § 126.

¹¹⁰³ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, § 127.

ilişkin detay sunmadığını, böyle bir tutukluluk için süre belirlemediğini ve bu nedenle de başvurucuların 23 – 30/6/2008 tarihleri arasındaki tutukluluğunun yeterli yasal dayanağı olmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.¹¹⁰⁴

Her ne kadar Strasbourg makamları *alıkoyma halinin hukuka uygunluğu* ile *iadenin hukuka uygunluğunu* birbirinden ayırsa da, alıkoymanın hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde, ulusal kanunların alıkoyma ve iade işlemlerinin hukuka uygun olması gerektiğine özellikle vurgu yapmaktadır. Bu açıdan, bir kişinin iade ya da sınır dışı edilme işlemlerinin, alıkoymanın hukuka uygun olup olmadığı belirleninceye kadar ertelenmesi gerekir. Bunun nedeni, bu tespitin sonucunun bizzat iade ya da sınır dışı etmenin hukuka uygunluğunu etkileyebilecek olmasıdır. Ayrıca, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasında sağlanan teminatlar uyarınca, iade ya da sınır dışı etme işlemlerini, bir mahkeme tarafından alıkoymanın hukuka uygunluğu tetkik edilinceye ve gerekirse tahliye kararı verilinceye kadar ertelemek gerekir.¹¹⁰⁵

Bozano/Fransa davasında bir Fransız mahkemesi, cinayet işlemekten mahkûm olan İtalyan vatandaşı başvurucunun İtalya'ya iade edilmesi talebini, kararın mahkûmiyete hükmedilmeden önce verildiği gerekçesiyle reddetmiştir. Ardından geçen süre içinde Fransız hükûmeti başvurucunun sınır dışı edilmesi yönünde karar almış, başvurucunun nerede olduğunun bilinmesine rağmen bu karar başvurucuya bir ay boyunca tebliğ edilmemiş ve başvurucu haber verilmeksizin yakalanmıştır.¹¹⁰⁶ Karısıyla ve sınır dışı kararına itiraz edebilecek avukatıyla iletişim kurma fırsatı verilmeyen ve

¹¹⁰⁴ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, §§ 131-33. AİHM'nin benzer olaylara ilişkin olarak benzer gerekçelerle verdiği ihlal kararları için bkz., *Dbouba/Türkiye*, no. 15916/09, 13/07/2010; *D.B./Türkiye*, no. 33526/08, 13/07/2010; *Alipour ve Hosseinzadgan/ Türkiye*, no. 6909/08 ve 28960/08, 13/07/2010; *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*, no. 32940/08 vd, 13/4/2010; *Z.N.S./Türkiye*, no. 21896/08, 19/01/2010.

¹¹⁰⁵ Macovei, 2010, s. 43-44.

¹¹⁰⁶ *Bozano/Fransa*, no. 9990/82, 18/12/1986, §§ 22-24.

sınır dışı edileceği ülkeyi belirleme hakkı verilmeyen başvuru, polis memurları tarafından Fransa'nın İsviçre sınırına götürülerek İsviçre polisine teslim edilmiştir.¹¹⁰⁷

İade işleminden sonra başvuru İsviçre makamlarınca, hakkında verilen ömür boyu hapis cezasını çekmek üzere İtalya'ya iade edilmiştir. İtalya, İsviçre'ye sınır dışı edilmeden önce İsviçre'den başvuru iadesini talep etmiş ancak, başvuru hakkındaki sınır dışı kararı Fransız mahkemesinin yetkisini kötüye kullanılması suretiyle verildiği gerekçesiyle, Fransız hukukuna aykırı bulunmuştur. Fransız mahkemesi, sınır dışı kararının, başvuru iadesini gerektirecek nedenlerle bağlantılı olmadığını ve başvuru iadesini yasalara aykırı şekilde iade edilmesini sağlama amacı taşıdığını belirtmiştir. AİHM, söz konusu tutmanın davalı devletteki yasal gereklilikleri yerine getirip getirmediği konusundaki şüphelerini kararında ifade etmiştir.¹¹⁰⁸ AİHM, somut olayda, başvuru iadesini zorla İsviçre sınırına götürüldüğünü, idarenin keyfi eylemlerini, tutmanın Fransız yasalarına aykırılığının tespit edilmiş olmasını ve iadenin hileli olarak gerçekleştirildiğini¹¹⁰⁹ göz önünde bulundurarak başvuru iadesinin Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi açısından hukuka uygun olmadığı sonucuna varmıştır.¹¹¹⁰

Sınır dışı etme emrinin geçersizliği yönünde Fransız mahkemesinin verdiği kararın geriye dönük bir etki doğurup doğurmayacağı, başvuru iadesinin ulusal hukuka ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi anlamında hukuka aykırı olup olmayacağı konusu da somut dava açısından önem arz etmektedir. Ulusal hukukun uygulanması ve yorumlanması öncelikli olarak ulusal makamların yetkisi dâhilinde olmakla beraber ulusal düzeyde herhangi bir mahkeme kararının bulunmaması durumunda, AİHM'nin konuyla ilgili kendi belirlemesini yapmada yetki sahibi

¹¹⁰⁷ *Bozano/Fransa*, no. 9990/82, 18/12/1986, § 25.

¹¹⁰⁸ *Bozano/Fransa*, no. 9990/82, 18/12/1986, § 59.

¹¹⁰⁹ *Bozano/Fransa*, no. 9990/82, 18/12/1986, § 60.

¹¹¹⁰ *Bozano/Fransa*, no. 9990/82, 18/12/1986, § 59.

olduğunu varsaydığı görülmektedir. AİHM, iyi niyetle hareket eden ancak sonradan hukuka aykırı bir işlem yaptığı belirlenen kamu yetkilisinin durumu ile *Bozano/Fransa* davasındakine benzer biçimde baştan itibaren yetkisini kötüye kullandığına dair delil bulunan bir memurun durumu arasında fark olduğunu ve ikinci durumda ulusal hukukta geriye dönük olarak etkinin belirlenmesinin daha olanaklı olduğunu ifade etmiştir.

Bir kişinin sınır dışı edilmesi veya iadesi esasen gerçekleşmese ya da hakkında resmi bir talepte bulunulmamış veya iade kararı verilmemiş olsa dahi, tutma tedbiri, soruşturmanın tamamlanmış olması koşuluyla, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin ikinci kısmındaki hükmün amaçları bakımından meşru kılınabilir.¹¹¹¹ Bunun nedeni, söz konusu soruşturmaların, bahsi geçen hükme ilişkin olarak gerçekleştirilen “işlemler” kapsamında değerlendirilebilmesidir.¹¹¹²

Benzer şekilde bir sınır dışı ya da iade işlemi hayata geçirilmemiş olsa da Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin kapsamına girebilmektedir. Bu durumlarda tutmanın başvuruçunun kaçmasını ya da bir suç işlemesini önleme amacıyla gerekli olduğunun düşünülmesi gerekli değildir.¹¹¹³ Ancak kişiyi sınır dışı ya da iade etme amacı taşımayan tutmanın da Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlaline yol açacağı açıktır. Ayrıca tutma, kişinin sınır dışı edilmesi amacıyla gerçekleştirilmiş olsa dahi, bazı yasal ya da başka benzer sebeplerle söz konusu sınır dışı işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değilse Sözleşme'nin 5(1) fıkrası ihlal edilmiş olacaktır. Bunun nedeni Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının tutmaya sadece “sınır dışı amacına yönelik olarak işlemler sürerken” izin vermesidir.¹¹¹⁴ Bu bakımdan 5(1)(f) bendi bağlamında kişinin özgürlükten

¹¹¹¹ Macovei, 2010, s. 43.

¹¹¹² Bu konuda bkz., *X./İsviçre*, no. 9012/80, 9/12/1980.

¹¹¹³ *Čonka/Belçika*, no. 51564/99, 5/2/2002, § 38.

¹¹¹⁴ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, § 129; *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 112.

mahrumiyetinin devamı ancak sınır dışı ya da iade işlemleri yürütülürken hukuka uygun kabul edilebilir.

Dougoz/Yunanistan davasında da AİHM, sınır dışı etmek amacıyla alıkoyma uygulamasının hukuka uygun olup olmadığını incelemiştir. AİHM, ulusal kanunlarda sınır dışı etmeye yönelik yasal bir gerekçe bulunmasına rağmen, sınır dışı etme kararının ulusal kanunlarda yetki verilen makamların dışında bir merci tarafından alındığını ve ulusal kanunlarda belirtilen “kamu açısından tehlike arz etme” şartının yerine getirilmediğini tespit etmiştir. AİHM ayrıca, kıdemli bir başsavcının, idari olarak iade edilmesi söz konusu olan kişilerin alıkoyması hakkında bir bakanlık kararnamesinin uygulanabilirliğine istinaden kurduğu benzerlik neticesinde ortaya koyduğu kanaatinin, Sözleşme uyarınca “yeterli nitelikleri haiz bir kanun” olarak değerlendirilemeyeceğine de karar vermiştir.¹¹¹⁵

Sözleşme’nin 5(1)(f) bendi bağlamında sınır dışı ya da iade işlemleri yürütülürken, kişinin özgürlüğünden mahrumiyetinin hukuka uygun olmasının yanında tüm iade işlemlerinde “gerekli özen”in (*due diligence*) gösterilmesi ve tutma süresinin makul olandan daha uzun olmaması da gerekir.¹¹¹⁶ Söz konusu iade işlemlerinde gerekli özen gösterilmediği ya da iade sırasında tutmanın makul olmayan bir süre devam ettiği durumlarda, tutma tedbirinin Sözleşme’nin 5(1)(f) bendine uygunluğu sona erecektir.¹¹¹⁷

İade işlemlerinde gerekli özenin de gösterilmediği, kural olarak, ulusal mahkeme önündeki belgelerin incelenmesi neticesinde belirlenmektedir.¹¹¹⁸ İade işlemlerinin ne

¹¹¹⁵ *Dougoz/Yunanistan*, no. 40907/98, 6/03/2001.

¹¹¹⁶ *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/03/1995, § 48; *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 113.

¹¹¹⁷ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 164.

¹¹¹⁸ Sürenin belirlenmesinde başvurunun tutumu önem taşımaktadır. *Kolompar/Belçika* davasında başvurunun işlemleri geciktirmesi ve üç yıllık gecikmeye zımnen rıza göstermesi nedeniyle ihlal bulunmamıştır (*Kolompar/Belçika*, no. 11613/85, 24/9/1992). Ayrıca ve ulusal makamların tutumu da sürenin uzamasında etkili olabilmektedir. Yaklaşık iki yıllık bir tutma süresi iade usulünün kötüye kullanımı olarak değerlendirilmiştir (bkz., *Quinn/Fransa*, no. 18580/91, 22/03/1995).

kadar sürebileceğine dair mutlak bir süre sınırı bulunmamaktadır. Örneğin *X./Almanya* davasında, düzenli bir yargısal denetimin var olduğu, gecikmelerin Almanya hükümetinin Türkiye hükümetinden ölüm cezasının uygulanmayacağına dair güvence almaya çalışmasından kaynaklandığı ve Batı Almanya makamlarının işi ağırdan aldığına dair bir delil bulunmadığı görüldüğünden iade işlemleri sırasındaki yirmi iki aylık tutma hukuka uygun bulunmuştur.¹¹¹⁹ Ayrıca iade işlemlerindeki uzun süreli tutmalarla ilgili olarak, yürütmenin bir kişinin tutulması yönündeki keyfi kararlarına karşı yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığının incelenmesi de gerekir.

Chahal/Birleşik Krallık davasında, başvuru Sözleşme'nin 5(1)(f) fıkrası çerçevesinde ulusal hukuk yolları tüketilmeden önce üç buçuk yıldan fazla bir süre boyunca tutulmuştur. Ulusal hukuktaki gecikme, başvurunun yargısal denetim için yaptığı başvurunun incelenmesinden ve Hindistan'a sınır dışı edilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında başvurucuya zarar verip vermeyeceğinin tespitinin uzun zaman almasından kaynaklanmıştır. Başvurucunun, terör örgütleriyle bağlantılı olduğu için serbest bırakılmasının ulusal güvenlik açısından tehdit oluşturacağı gerekçesiyle, serbest bırakılma talepleri reddedilmiştir. AİHM, başvurunun tutulma süresinin aşırı uzun olduğuna değinmiş ancak, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmemiştir.¹¹²⁰ AİHM, başvurunun sınır dışı işlemi karmaşık olgusal ve hukuki soruların yanıtlanmasını gerektirir bir niteliğe sahip olduğundan ve bu soruların ayrıntılı olarak incelenmesi başvurunun lehine bir durum olduğundan işlemlerde gerekli özenin gösterilmediğinin söylenemeyeceğini¹¹²¹ ancak, tutmanın aşırı uzun bir süre boyunca devam etmesinden dolayı idarenin başvuru tutmaya devam etmesinin ve

¹¹¹⁹ *X./Almanya*, no. 9706/82,

¹¹²⁰ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 113. Ayrıca bkz., Dutertre, 2003, s. 102.

¹¹²¹ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 117.

dolayısıyla tutmanın keyfilğine karşı yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığının incelemesini gerekli görmüştür.¹¹²²

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi ile birlikte diğer bentleri, kişinin özgürlük hakkı ile devletin vatandaşlarını terör tehdidine karşı koruma hususundaki çıkarları arasında bir denge kurulmasına imkân vermemektedir.¹¹²³ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* davasında AİHM, kişinin özgürlük hakkı ile devletin vatandaşlarını terör tehdidine karşı koruma yükümlülüğü arasındaki dengeyi incelemiştir. Somut olayda Britanya Hükümeti, 11/9/2001 tarihinde ABD'ye karşı yapılan saldırıdan sonra, Britanya toprakları üzerindeki bazı yabancı ülke vatandaşlarının El Kaide bağlantılı radikal İslamcı teröristlerin faaliyetlerini destekleyen bir ağ kurdukları ve dolayısıyla Birleşik Krallık için bir tehdit oluşturdukları kararına varmıştır. Britanya Hükümeti, “uluslararası terörist”lerle bağlantılı olduğu ve Birleşik Krallık toprakları üzerinde bulunmalarının milli güvenlik için bir tehdit oluşturduğunu düşündüğü yabancılara uygulanabilecek geniş bir tutuklama hakkı tanınmasının gerekli olduğuna kanaat getirmiştir.¹¹²⁴

Bu tutuklama rejiminin Sözleşme'ye aykırı olabileceğini düşünen davalı devlet, Sözleşme'nin 15. maddesine dayanarak bir *askıya alma bildiriminde (derogation)* bulunmuştur.¹¹²⁵ Davalı devlet, tutuklama konusunda yetki veren 2001 tarihli Güvenlik ve Suç ve Terörizmle Mücadele Hakkında Kanun¹¹²⁶ yürürlükte olduğu dönem boyunca,¹¹²⁷ uluslararası terörist olduğu düşünülen ancak “o anda” Birleşik Krallık'tan sınır dışı edilemeyen yabancı ülke vatandaşları hakkında düzenlenen bir rapora

¹¹²² *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 119.

¹¹²³ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 171.

¹¹²⁴ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, §§ 10-11.

¹¹²⁵ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, §§ 11, 14 *in fine*. Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma ile ilgili Sözleşme'nin 15. maddesi için bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

¹¹²⁶ Bkz., Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents> (erişim, 18/12/2013).

¹¹²⁷ Bu Kanun'un bahsi geçen kısmı (4. Kısım) Mart 2005'te yürürlükten kaldırılmıştır.

dayanarak içlerinde on bir başvurunun da bulunduğu, on altı yabancı ülke vatandaşını bu yasa kapsamında tutuklamıştır.

Somut olayda başvurucuların tutukluluğunun *usulüne uygun olup olmadığını* değerlendiren AİHM, “kendisi hakkında sınır dışı etme ya da iade etme işlemi yürütülen” bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının sadece böyle bir işlemin yürütülmekte olduğu ve yürütülmesinde gerekli özenin gösterildiği bir durumda haklı görülebileceğini belirtmiştir. AİHM, Birleşik Krallık topraklarını terk etmeye karar vermeden önce tutuklu kaldıkları sürelerin kısıtlılığına dayanarak, ikinci ve dördüncü başvuru ile ilgili olarak Sözleşme’nin 5(1)(f) bendinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Diğer taraftan, diğer dokuz başvuru hakkında raporlar düzenlenmiş ve Birleşik Krallık’ta serbestçe dolaşmaları milli güvenliği tehdit eden uluslararası terörist olma şüphesiyle hapsedilmişlerdir. AİHM’ye göre, yetkili makamların, ilgilileri kötü muamele görme konusunda gerçek bir riskle yüz yüze bırakmaksızın, sınır dışı edebilme konusunda gerçekçi bir perspektife sahip olduklarını gösterir hiçbir veri bulunmamaktadır. Bu şartlarda, davalı devletin başvuru sahipleri sınır dışı etme olanaklarını “aktif bir şekilde araştırmaya” devam eden politikası, bir “sınır dışı etme işlemi” sayılabilmesi için yeteri kadar kesin değildi.¹¹²⁸ Bu bakımdan başvuru sahiplerinin tutukluluk hallerinin, özgürlük hakkının Sözleşme’nin 5(1)(f) bendinde öngörülen sınırlamanın kapsamına girmediğine, yabancılar ve Britanya vatandaşları arasında haksız bir ayrımcılık getiren askıya alma tedbirlerinin (2001 yasası) orantısız olduğuna ve bu nedenle de Sözleşme’nin 5(1)(f) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹²⁹

Sözleşme’de iade işleminin gerçekleştirilebileceği koşullar veya iade işlemi öncesinde izlenecek usulle ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili devletler

¹¹²⁸ A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 167.

¹¹²⁹ A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 190.

arasında iade işlemleri konusunda işbirliği olması ve kaçağın tutuklanmasının yasal dayanağının söz konusu kaçağın kendi ülkesindeki yetkili makamlarca çıkarılan tutuklama kararı olması koşuluyla, bir iade işleminin her ne kadar alışılmışın dışında da olsa Sözleşme'ye aykırı olduğu söylenemez. Sözleşme, iade anlaşmaları ya da sınır dışı etme konuları çerçevesinde, Sözleşme'de tanınan özel haklara müdahale etmemesi koşuluyla kaçak suçluları adaletin önüne çıkarabilmek için yapılan devletler arası işbirliğini engellemez.¹¹³⁰

Biri Sözleşme'ye taraf olan, diğeri olmayan devletler arasındaki suçluların iadesine dair düzenlemelere ilişkin olarak, söz konusu devletler arasındaki suçluların iadesi anlaşmasıyla belirlenmiş kurallar ya da bu tür bir anlaşmanın olmaması durumunda ilgili devletler arasındaki işbirliği, AİHM'ye yapılan şikâyeteye konu tutuklamanın kanuna uygun olup olmadığına karar verirken göz önünde bulundurulması gereken faktörlerdendir. Devletler arasındaki işbirliğine bağlı olarak bir kaçağın teslim edilmesi, tek başına tutuklama tedbirini kanuna aykırı hale getirmemekte ve dolayısıyla 5. madde çerçevesinde herhangi bir soruna yol açmamaktadır.¹¹³¹

Bir kişinin belirli bir ülkeye geri gönderilmemesinin uygun olacağının AİHM tarafından bir sözleşmecî devlete bildirilmesinin ardından, ilgili devlet tarafından geçici bir tedbirin uygulanması sonucunda söz konusu kişinin özgürlüğünden mahrum kalması ile bu mahrumiyetin Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına uygun olup olmaması arasında hiçbir ilişki bulunmamaktadır.¹¹³² Söz konusu kişinin tutulması; bu tür bir tedbirin uygulanmasının kişinin sınır dışı edilmesini engellemesi, sınır dışı etme işlemlerinin halen devam ediyor olması ve kişinin devam eden tutukluluk süresinin makul olması

¹¹³⁰ *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12/5/2005, § 86; *Adamov/İsviçre*, no. 3052/06, 21/6/2011, § 57.

¹¹³¹ *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12/5/2005, § 87.

¹¹³² *Gebremedhin* [Gaberamadhien]/*Fransa*, no. 25389/05, 26/04/2007, § 74.

kaydıyla kanuna aykırılık oluşturmamaktadır.¹¹³³ Ancak bu tutmanın yasal sınırlar içinde gerçekleştirilmesinin yanı sıra kişinin aldatılmasına yönelik olmaması da gereklidir.

Čonka/Belçika davasında yasadışı bir göçmen grubunun üyesi olan başvuruçular, aldatmaya yönelik bir tebligat sonrasında, iltica başvurularının değerlendirilebilmesi için polis karakoluna gelmişlerdir. Başvuruçular, önceden planlanan bu operasyon çerçevesinde karakola gelir gelmez gözaltına alınarak sınır dışı edilmişlerdir. AİHM, başvuruçuların polis karakoluna gelmelerini sağlayan hileli davranışın gözaltı işleminin tamamını geçersiz kılmayacağını ve bu işlemin yetkinin kötüye kullanılması anlamına gelmeyeceğini kabul etmiş ancak, bu yöntemle onay vermediğini ve bir özgürlükten mahrum bırakmanın keyfi olamayacağını vurgulamıştır. Bu açıdan AİHM, polisin suç teşkil eden eylemlerle etkili mücadele edebilmek için stratejiler kullanmasının meşru olduğunu kabul etmekle birlikte, ulusal makamların, iltica talebinde bulunan kişilerin güveninin, kendilerinin yakalayıp sınır dışı etmek için kullanmasının Sözleşme’de yer alan genel ilkelere aykırı olabileceğini ifade etmiştir.¹¹³⁴

AİHM’ye göre, Sözleşme’nin 5. maddesindeki istisnaların dar yoruma tabi tutulması¹¹³⁵ şartı, başvuruçuların ülkede yasal olarak bulunup bulunmadığına bakılmaksızın yapılan tebligatların güvenilirliği için de geçerlidir.¹¹³⁶ AİHM ayrıca, yasal izin süresi geçmiş olmasına rağmen ülkede bulunanlar için dahi olsa, ulusal makamların yabancıları aldatmaya yönelik bir bildirimle onları özgürlüklerinden mahrum bırakacak planlı bir sınır dışı operasyonu düzenleme kararının Sözleşme’nin 5. maddesine aykırı olacağını da eklemiştir.¹¹³⁷

¹¹³³ *Yoh-Ekale Mwanje/Belçika*, no. 10486/10, 20/12/2011, § 120; *S.P./Belçika* (kk), no. 12572/08, 14/6/2011.

¹¹³⁴ *Čonka/Belçika*, no. 51564/99, 5/2/2002, § 41.

¹¹³⁵ Sözleşme’nin 5(1)(f) bendi açısından dar yorum konusunda bkz., *El-Masri/Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, § 230.

¹¹³⁶ Harris et al., 2013, s. 165.

¹¹³⁷ *Čonka/Belçika*, no. 51564/99, 5/2/2002, § 42; Harris et al., 2013, s. 165.

Sınır dışı etme veya iade uygulamaları ile ilgili bir diğer özel durum da kişinin “zorla kaybedilmesi”¹¹³⁸ (*enforced disappearance*) halidir. *El-Masri/Makedonya* davasında başvuru, 31/12/2003 tarihinde polis tarafından ülke topraklarının girişinde otobüsten indirilmiş, sorgulanmış, ardından ortadan kaybolmuş ve 29/5/2004 tarihinde Almanya’ya dönene kadar kimse tarafından görülmemiştir. AİHM, başvuru, 31/12/2003’ten Üsküp (*Skopje*) havalimanında Amerikan otoritelerine teslim edildiği tarih olan 23/1/2004’e kadar otelde Makedonya güvenlik güçlerinin sürekli gözetimi altında tutulduğunu tespit etmiştir. Başvuru, 23/1/2004 tarihinde CIA tarafından kiralanmış bir uçağın içerisinde Kabil’e (*Afganistan*) nakledilmiş ve Almanya’ya dönene kadar da burada tutuklu kalmıştır.

Başvuru, Üsküp’te otelde tutulması bir mahkeme kararına dayanarak gerçekleşmemiş ve bu tutukluluk hiçbir şekilde kayda alınmamıştır. Başvuru, avukata erişmemiş ve ne ailesiyle ne de Almanya büyükelçiliğinden bir temsilciyle iletişime geçmesine izin verilmiştir. Başvuru, tutukluluğunun yasalığının denetlenmesi için bir mahkeme önüne çıkma yönünde her türlü imkândan da yoksun bırakılmıştır. AİHM, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yönetilen bir devlette bir insanın olağandışı ve her türlü yasal çerçevenin dışında kalan bir tutuk yerinde özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesinin hiçbir şekilde kabul edilemeyeceğini,¹¹³⁹ söz konusu tutuk yerinin kesinlikle alışılmışın dışında bir niteliğe sahip olmasının başvuru, maruz kaldığı özgürlükten yoksun bırakılmanın keyfi olma niteliğini daha da arttırdığını ve başvuru, özgürlük ve güvenlik hakkının çok ağır bir şekilde ihlal (*grave violation*) edildiğine karar vermiştir.¹¹⁴⁰

¹¹³⁸ *El-Masri/Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, § 240.

¹¹³⁹ Bu konuda bkz., *Babar Ahmad ve Diğerleri/Birleşik Krallık* (kk), no. 24027/07 vd., 16/7/2010, § 113.

¹¹⁴⁰ *El-Masri/Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, §§ 236-37.

Somut olayda başvuru, olağan hukuki sistemin dışında olan ve adil yargılanma güvencelerini kasten ihlal etmesi nedeniyle Sözleşme ile korunan değerlere ve hukuk devletine tamamen aykırı olan bir “olağandışı teslim etme” (*extraordinary rendition*) işlemine maruz bırakılmıştır. Öte yandan daha önce incelenen benzer davalarda, terörizm şüphesi altında olan insanların Amerikan otoriteleri tarafından yürürlüğe konulan “teslim etme” programı çerçevesinde tutuklanmalarının keyfi olduğuna karar verilmiştir. AİHM, başvuru bir defa Amerikan otoritelerine teslim edildikten sonra, Sözleşme’nin 5. maddedeki haklarının açık bir şekilde ihlal edilmesi yönünde gerçek bir riske maruz kalacağının Makedonya otoriteleri açısından açık olması gerektiğini ancak, Makedonya otoritelerinin başvurucuyu bu maddeye aykırı bir tutuklamaya karşı koruma konusundaki pozitif yükümlülüklerine uymamakla kalmayarak başvurunun nakledilmesinin taşıdığı riskleri bilmelerine ya da bilmeleri gerekmesine rağmen,¹¹⁴¹ CIA’ye teslim ederek başvurunun Afganistan’da tutulmasını ciddi bir şekilde kolaylaştırdığını tespit etmiş¹¹⁴² ve başvurunun kaçırılması ve tutuklanmasının uluslararası hukukta tasvir edildiği biçimiyle bir “zorla kaybedilme” olduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir.

Sözleşme’nin 5(1)(f) bağlamında sınır dışı edilecek olan kişinin gönderileceği ülkede maruz kalacağı/kalma olasılığı olan muamelenin de iade sırasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir. *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık* davasında AİHM, çok medyatik bir islamcının, Ürdün’e gönderilmesi durumunda kötü muameleye maruz kalmayacağına dair gönderilecek devlet tarafından verilen detaylı güvencelerin¹¹⁴³ sınır dışı etme ihlale neden olmayacağına karar vermiştir. AİHM, sınır dışı davalarına, Sözleşme’nin 5. maddesinin uygulandığını ve bir şahsın bir taraf devlet

¹¹⁴¹ *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7/1/2010, § 207.

¹¹⁴² *El-Masri/Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, §§ 238-39.

¹¹⁴³ *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, no.8139/09, 17/01/2012, § 231.

tarafından, 5. maddenin açıkça ihlal edilme riski altında olduğu bir başka devlete gönderilmesinin, bu maddenin ihlali sonucunu doğurabileceğini teyit etmiştir.¹¹⁴⁴ Örneğin, kişinin gönderildiği devlette, şahsın yargı önüne çıkarılma amacı olmadan yıllarca keyfi olarak tutuklanması halinde veya bir başvurucunun açıkça adil olmayan bir yargılama sonucunda mahkûm edilmesinden sonra uzun bir süre tutuklanma riski altında olması durumunda, Sözleşme'nin 5. maddesinin açıkça ihlali söz konusu olabilmektedir. AİHM, Ürdün hukukuna göre başvurucunun yargılamasının, tutuklanmasından itibaren elli günlük süre içinde yapılması gerektiğini ve buradan hareketle bu durumun Sözleşme'nin 5. maddesinin açıkça ihlalini oluşturmaktan uzak olduğunu belirtmiştir.¹¹⁴⁵

¹¹⁴⁴ *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, no.8139/09, 17/01/2012, § 233.

¹¹⁴⁵ *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık*, no.8139/09, 17/01/2012, § 235.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLANAN KİŞİNİN HAKLARI

İkinci bölümde kişi özgürlüğünün sınırlanabileceği durumlardan, başka bir ifadeyle kısıtlama nedenlerinden bahsedildi. Bu bölümde, Sözleşme'nin 5(2) – (5) ve Anayasa'nın 19(4) – (9) fıkralarında özgürlüğünden yoksun bırakılan bireylere tanınan haklardan bahsedilecektir.

I. ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

A. Genel Olarak

Özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılacak başvurularda; başvuru süresi, mahkemenin zaman bakımından yetkisi, başvuru yollarının tüketilmiş olması, başvuru konusu olayda dostane çözüm prosedürüne başvurulup başvurulmadığı gibi dikkate alınması gereken bazı usulî hususlar bulunmaktadır. Bunlardan bazılarına aşağıda değinilmiş olup diğer usulî konular birinci ve ikinci bölüm altındaki alt başlıklarda yeri geldikçe yukarıda incelenmiştir.

B. Başvuru Süresi

Bireysel başvuruların, 6216 sayılı Kanun'un¹¹⁴⁶ 47(5) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün¹¹⁴⁷ 64(1) numaralı fıkrası uyarınca, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren

¹¹⁴⁶ Bkz., 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, K.T. 30/3/2011, R.G. 3/4/2011 (Sayı: 27894).

¹¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü için bkz., http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/ictuzuk_son.pdf (erişim, 20/1/2014).

otuz gün içinde yapılması gerekir.¹¹⁴⁸ Bireysel başvurunun, başvuru yolu öngörölmüş olması halinde bu yolun tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiği belirtilmekle beraber, başvuru süresinin başlangıç tarihinin belirlenmesi hususunda başvurunun nihai karardan yeterince bilgi sahibi olması aranacaktır. Bu noktada, nihai kararın tebliğinin öngöröldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ şartı öngörölmeyen hallerde ise başvurunun kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin esas alınması gerekir.¹¹⁴⁹

Her ne kadar İtüzüğün anılan maddesinde bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak başvuru yollarının tüketildiği tarihten söz edilmekte ise de, bu ibarenin nihai kararın başvurucaya tebliğ edildiği ya da bu kararın başvurunun erişimine açıldığı tarih olarak anlaşılması gerekir. Aksine bir yorumla nihai kararın tarihinin esas alınması, başvurunun ya bu kararı öğrendiği tarihten itibaren otuz günlük süre geçmiş olacağından başvuru hakkı engellenerek hiç başvuru yapamaması ya da başvuru için az bir süre kalması nedeniyle bu hakkın kullanımının sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.¹¹⁵⁰

Bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşullarından olan başvuru süresine riayet edilmesi şartı, bireysel başvuru incelemesinin her aşamasında resen nazara alınması gereken bir başvuru koşuludur.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁸ Bu konuda bkz., AYM, B. No: 2013/2001, 16/5/2013, §§14-15; AYM, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, §§ 24-25; AYM, B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 19; AYM, B. No: 2013/1557,16/4/2013, § 21.

¹¹⁴⁹ AYM, B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 21. Aynı yönde bkz., *Worm/Avusturya*, no. 22714/93, 29/8/1997, § 33; *Papachelas/Yunanistan*, no. 31423/96, 25/3/1999, § 30. AİHM'ye yapılan başvurulara ilişkin olarak, mevcut iç hukuk yolu bulunmaması veya etkin olmadıkları sonucuna varılması durumunda, altı aylık süre, şikâyetle bulunulan olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Başvurucuların önce bir iç hukuk yoluna başvurdukları ancak, bu başvuru yolunu etkisiz kılacak koşulların daha sonra farkına varacakları veya varmaları gereken özel koşullar bulunabilir. Böyle bir durumda, altı aylık süre, başvurunun bu koşulların farkına vardığı veya varması gereken tarihten itibaren hesaplanabilir (bkz., *Hazar ve Diğerleri/Türkiye*, no. 62566/00, 10/1/2002. Aynı yönde bkz., AYM, B. No: 2013/7521, 4/12/2013, § 36).

¹¹⁵⁰ AYM, B. No: 2013/2001, 16/5/2013, § 16.

¹¹⁵¹ AYM, B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 19.

Bireysel başvurunun; başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Bu yönüyle başvuru yollarının tüketilmesi ve başvuru süresine ilişkin koşullar arasında yakın bir bağlantı bulunmaktadır. Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvurucunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekir. Olağan başvuru yollarının tamamının tüketilmesi ibaresinin katı bir şekilde yorumlanması, bir takım başvurular açısından bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmayan neticelere yol açabilmektedir. Bu nedenle, olayın özel şartları içinde etkisiz ve yetersiz olan bir kanun yolunun tüketilmesi şartı aranmaksızın, her bir başvuru yolunun somut başvurular açısından etkili olup olmadığının münferiden denetlenmesi gerekmektedir.¹¹⁵²

AYM, mahkûmiyete ilişkin nihai kararlar birlikte, sanığın tutukluluğa ilişkin hukuki statüsü ve dolayısıyla tabi olduğu rejim değiştiğinden, otuz günlük başvuru süresinin, itiraz yoluna başvurulmayan durumlarda, tutukluluğun hükümle birlikte devamına dair kararın başvuru tarafından öğrenildiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiği kannatindedir.¹¹⁵³

Bilindiği gibi ceza davalarının sonucunda hükmolunan cezalar ilgisine tebliğ edilmemektedir. AİHM’ye göre iç hukuk kararın tebliğini öngörmüyorsa, bu durumda tarafların nihai kararın içeriğini kesin olarak öğrenebilecekleri zaman anlamında kesinleşme tarihini başlangıç noktası olarak esas almak gerekir.¹¹⁵⁴ İç hukukun tebliği öngörmediği durumlarda, AYM, sürenin başlangıç noktası olarak başvurucunun nihai kararın içeriğini kesin olarak öğrenebileceği son tarih olması itibariyle, nihai kararın ilk

¹¹⁵² AYM, B. No: 2013/6398, 3/4/2014, § 28; AYM, B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 20.

¹¹⁵³ AYM, B. No: 2013/6398, 3/4/2014, § 33. Aynı yönde bkz., *Atalay Öztürk/Türkiye* (kk), no. 54890/09, 7/1/2014.

¹¹⁵⁴ *Papachelas/Yunanistan*, no. 31423/96, 25/3/1999, § 30.

derece mahkemesi kalemine teslim edildiği tarihin dikkate alınmasının uygun olacağını değerlendirmektedir.¹¹⁵⁵ Başvurucunun mahkeme kalemine gelmiş bulunan kararın bir kopyasını elde etme konusunda gerekli özeni göstermesi gerekir.¹¹⁵⁶

Bireysel başvurunun, başvuru yolu öngörölmüş olması halinde bu yolun tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiği belirtilmekle beraber, başvuru süresinin başlangıç tarihinin belirlenmesi hususunda başvurucunun nihai karardan yeterince bilgi sahibi olması aranacaktır. Bu noktada, nihai kararın tebliğinin öngöröldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ şartı öngörölmeyen hallerde ise başvurucunun kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin esas alınması gerekir.¹¹⁵⁷

Ceza hukukunda tüketilmesi gereken son başvuru yolu kural olarak temyizdir.¹¹⁵⁸ Başvurucu hakkındaki cezanın Yargıtay tarafından onanarak 17/10/2012 tarihinde kesinleştiği bir başvuruda, başvurucunun hükmen tutuklu oluşu sebebiyle müddetname 10/1/2013 tarihinde kendisine tebliğ edilmiştir. Ceza infaz hukukunda müddetname, 5275 sayılı Kanun'un¹¹⁵⁹ 20(4) numaralı fıkrası uyarınca düzenlenen ve hakkında kesinleşen mahkeme kararı nedeniyle hükümlünün cezaevinde ne kadar süre ile kalacağını gösteren bir belgedir. Bu belgede, mahkûm olunan cezanın niteliği, cezanın hangi mahkeme tarafından verildiği, Yargıtay aşamasından geçmiş ise ilgili ilam hakkında bilgiler yer almaktadır. Dolayısıyla müddetnamenin hükümlüye tebliğ edildiği tarihin, başvuruçular açısından en geç Yargıtayın nihai kararının öğrenildiği tarih olarak kabul edilmesi gerekecektir.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁵ *Esmer/Türkiye* (kk), no. 57888/00, 30/6/2005.

¹¹⁵⁶ *Mutlık Ölmez ve Yıldız Ölmez/Türkiye* (kk), no. 39464/98, 1/2/2005.

¹¹⁵⁷ AYM, B. No: 2013/6398, 3/4/2014, § 29.

¹¹⁵⁸ AYM, B. No: 2013/1267, 13/6/2013, § 22.

¹¹⁵⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, K.T. 13/12/2004, R.G. 29/12/2004 (Sayı: 25685).

¹¹⁶⁰ Bu konuda ayrıca bkz., *Davran/Türkiye*, no. 18342/03, 3/11/2009.

Başvuru yollarının 17/10/2012 tarihinde Yargıtay'ın onama kararı ile tüketildiği bir olayda başvurunun hükmen tutuklu olması nedeniyle nihai karardan haberi, müddetnamenin kendisine tebliğ edildiği 10/1/2013 tarihinde olmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi başvuru yolunu tüketen nihai kararın başvuru tarafından öğrenildiği tarihin, müddetnamenin tebliğ tarihi olan 10/1/2013, bireysel başvuru tarihinin de 3/4/2013 olduğu gözetildiğinde bireysel başvuru için öngörülen otuz günlük sürenin geçtiğine karar vermiştir.¹¹⁶¹

Birbiri ardına devam eden çoklu tutma hallerinin bir bütün olarak görülmesi ve altı ay kuralının son tutuklama halinin sona ermesinden itibaren işlemeye başlaması gerekir.¹¹⁶² Bireysel başvurunun, ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra ve serbest bırakılma dışında, nihayet bu durumun ortadan kalktığı mahkûmiyet kararından itibaren süresi içinde yapılması gerekir. AİHM de, mahkûmiyet kararından itibaren altı ay içinde yapılmayan bir suç isnadına bağlı tutukluluk kapsamındaki başvurunun süresinde olmadığını belirtmiştir.¹¹⁶³ Anayasa Mahkemesi de hakkında verilen mahkûmiyet kararının ardından “bir suç isnadına bağlı olarak tutma” hali sona eren ve “hakkında verilen bir mahkûmiyet hükmü gereğince” tutulmaya başlanan başvurunun hüküm tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılmayan başvurusunu süre aşımı nedeniyle kabul edilmez bulmuştur.¹¹⁶⁴

Idalov/Rusya davasında, başvuru Sözleşme'nin 5(1), 5(2) ve 5(4) fıkraları uyarınca, 12 Eylül ve 11 Ekim 2008 tarihlerinde sınır dışı edilmeleri öncesinde polis tarafından tutulmasının hukuka aykırı olduğu ve tehcir edilmesi sırasında özgürlüğünden yoksun bırakılma nedenlerinin kendisine bildirilmediği ve

¹¹⁶¹ AYM, B. No: 2013/2470, 17/9/2013, §§ 17-19.

¹¹⁶² *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, § 36.

¹¹⁶³ *Atalay Öztürk/Türkiye* (kk), no. 54890/09, 7/1/2014, §§ 37-41.

¹¹⁶⁴ AYM, B. No: 2014/912, 6/3/2014, §§ 54, 57-58.

özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygunluğuna itiraz etme olanağı bulamadığından şikâyet etmektedir. AİHM, başvurunun 12 Eylül 2008 tarihinde özgürlüğünden yoksun bırakıldığı iddiasına ilişkin olarak Sözleşme'nin 5(1) ve 5(2) fıkralarının iddia edilen ihlallerinin 12 Eylül 2008 tarihinde gerçekleştiğini ancak, Mahkemeye başvurunun söz konusu tarihten itibaren altı ay geçtikten sonra, 10 Nisan 2009 tarihinde yapıldığını gözlemlemiş ve başvurunun bu bölümünün, süresi geçtikten sonra sunulduğundan süre aşımı nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹¹⁶⁵

C. Geçiş Dönemine İlişkin Bir Konu: Zaman Bakımından Yetki

6216 sayılı Kanun'un¹¹⁶⁶ geçici 1(8) fıkrasına göre Anayasa Mahkemesinin yetkisinin zaman bakımından başlangıcı 23/9/2012 tarihi olup, AYM, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilecektir. AYM'nin yargı yetkisine ilişkin bu tespitin bireysel başvuru incelemesinin her aşamasında yapılabilmesi mümkündür.¹¹⁶⁷

Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespiti ve buna bağlı olarak serbest kalmaktır. Dolayısıyla belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, olağan kanun yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür. Ancak başvuru hali hazırda tahliye olmuş ya da hükümlü hale gelmiş ise bu takdirde serbest kalma ihtimali ortadan kalkmaktadır. Bu takdirde ancak tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep

¹¹⁶⁵ *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, §§ 37-38. Aynı yönde bkz., *M.B. ve Diğerleri/Türkiye*, no. 36009/08, 15/6/2010, §§ 50-51.

¹¹⁶⁶ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, K.T. 30/3/2011, R.G. 3/4/2011 (Sayı: 27894).

¹¹⁶⁷ AYM, B. No: 2012/680, 2/10/2013, § 23.

veya sebeplerin bulunmadığının tespiti ve talep halinde buna bağlı olarak tazminata hükmedilmesine karar verilmesi gerekir. Ne var ki bu tür talepler için de varsa olağan kanun yolları denendikten sonra ve gerekiyorsa bireysel başvuru yapılmalıdır.¹¹⁶⁸

Bireysel başvuruya konu bir davada başvuru 22 Şubat 2010 tarihinde gözaltına alınmış, 23 Şubat 2010 tarihinde tutuklanmış ve müteakip duruşmalarda da tutukluluğun devamına karar verilmiştir. Başvurucunun tutukluluğun devamına dair verilen kararlara karşı yapmış olduğu itirazlar da reddedilmiştir. Buna göre tutuklulukla ilgili şikâyetlerin bir bütün olarak başvuru hakkında mahkemece hüküm verilmeden önceki dönemde kesinleşen kararlara ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, somut olayda, zaman bakımından yetkisinin başladığı tarihten sonra verilmiş olsa bile, kişi hakkındaki tutmanın niteliği üzerinde bu kararın herhangi bir etkisi bulunmadığını, zira başvuru tutukluluk halinin davanın esasına ilişkin kararın açıklanmasıyla birlikte sona erdiğini, kararla birlikte başvurucuya isnat olunan suç sabit görülerek cezalandırılmasına hükmedildiğini, dolayısıyla hükmen tutukluluğa itiraz ve incelemesinin 23/9/2012 tarihinden sonra gerçekleştirilmiş olmasının AYM'nin zaman bakımından yetkisi üzerinde herhangi bir etkisi bulunmadığını belirterek başvuru tutukluluğa ilişkin şikâyetlerine konu olan kararların tamamının AYM'nin yetkisinin başladığı tarihten önce kesinleştiği anlaşıldığından, başvurunun zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹¹⁶⁹

Anayasa Mahkemesi, başka bir kararında başvurunun kabul edilebilmesi için ihlal iddiasına dayanak teşkil eden nihai işlem veya kararların 23/9/2012 tarihinden evvel kesinleşmemiş olmalarının gerektiğini, nihai işlem veya kararların anılan tarihten önce

¹¹⁶⁸ AYM, B. No: 2012/726, 2/7/2013, §§ 30-31.

¹¹⁶⁹ AYM, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 35. Aynı yönde bkz., AYM, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 35; B. No: 2012/949, 2/10/2013, §§ 26-28; B. No: 2012/955, 2/10/2012, §§ 25-26; B. No: 2012/1005, 2/10/2013, §§ 26-28; B. No: 2012/953, 2/10/2013, §§ 25-26.

kesinleştikleri tespit edildiği takdirde ilgili şikâyetler bakımından başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiğini ve Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin bu tespitin bireysel başvuru incelemesinin her aşamasında yapılabilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.¹¹⁷⁰

D. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Koşulu

Başvuru yollarının tüketilmesi Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurular açısından bir kabul edilebilirlik kriteridir. Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla itiraz kanun yolundan sonra başvuru yapılması gerekmektedir. Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Bu tespit yapıldığı takdirde buna bağlı olarak ilgilinin tutukluluk halinin devamına gerekçe olarak gösterilen hukuki sebeplerin varlığı sona erecek ve böylece kişinin serbest kalmasının yolu açılacaktır. Bu amaçla yapılan bir başvuruda, itiraz kanun yolunda çekişmeli yargılama ve/veya silahların eşitliği gibi ilkelere uygun olarak bir inceleme yapıp yapılmadığı da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla belirtilen nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, başvuru yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür.¹¹⁷¹

Ancak başvuru hali hazırda tahliye olmuş ya da hakkında ilk derece mahkemesinde hüküm kurulmuş ise bireysel başvuru açısından talebi, hukuka aykırılığın tespiti ve gerekiyorsa belli bir miktar tazminata hükmedilmesiyle sınırlı

¹¹⁷⁰ AYM, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 32.

¹¹⁷¹ AYM, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 30. Aynı yönde bkz., AYM, B. No: 2012/955, 2/10/2013, § 21; B. No: 2012/1005, 2/10/2013, § 22; B. No: 2012/1012, 2/10/2013, § 22.

kalacaktır. Dolayısıyla bu tür ihlal iddiaları bakımından varsa başvuru yolları denendikten sonra bireysel başvuru yapılmalıdır.¹¹⁷²

Bu noktada, CMK’da haksız tutmalar için öngörülen tazminat yolunun tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olup olmadığının incelenmesi gerekir. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu CMK’nın 141. ve 142. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK’nın 141. maddesinde suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; (i) kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, (ii) kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan, (iii) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, (iv) kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, (v) kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilen, (vi) mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, (vii) yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, (viii) yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, (ix) hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen, (x) eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, (xi) yakalama veya tutuklama

¹¹⁷² AYM, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 31.

işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan kişilerin, maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceği öngörülmüştür.¹¹⁷³

Başvurucu hâlihazırda tahliye olmuş ya da hakkında ilk derece mahkemesinde hüküm kurulmuş ise kural olarak CMK kapsamında başvuru yolları denendikten sonra bireysel başvuru yapılması gerekmektedir. Başvurucu hâlihazırda tahliye olmuş ya da hakkında ilk derece mahkemesinde hüküm kurulmuş ise bireysel başvuru açısından talebi, hukuka aykırılığın tespiti ve gerekiyorsa belli bir miktar tazminata hükmedilmesiyle sınırlı kalacaktır. Dolayısıyla bu tür ihlal iddiaları bakımından varsa başvuru yolları denendikten sonra bireysel başvuru yapılmalıdır.¹¹⁷⁴

Bireysel başvurunun esastan incelenmesinden önce tutukluluk hâli sona ermediği sürece CMK kapsamında tazminat yoluna gidilmesi gerekmemektedir. CMK'nın tazminat isteminin düzenlendiği 141(1) fıkrasına göre, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilenler ile kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen kişilerin, maddî ve manevî her türlü zararlarını devletten isteyebileceklerine ilişkin hükümlerin bu hususta bir başvuru mekanizması öngördüğü görülmektedir. Ancak, aynı Kanun'un tazminat isteminin koşullarının düzenlendiği 142(1) fıkrasında “Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabil[ceği]” ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi incelediği somut bir olayda beş yıllık azami tutukluluk süresinin dolması nedeniyle tutukluluğun yasal dayanağının kalmadığı ve tutukluluğun makul süreyi aştığı iddia edilmektedir. Buna göre, yasal olarak mümkün olmadığı hâlde

¹¹⁷³ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

¹¹⁷⁴ AYM, B. No: 2012/1013, 2/10/2013, § 23; B. No: 2012/682, 2/10/2013, § 23; B. No: 2012/727, 2/10/2013, § 23.

tutukluluğun devamına karar verilmiş ise madde kapsamında bunun mağduru maddi ve/veya manevi tazminat istemiyle dava açabilecektir. Aynı şekilde makul süreyi aşan tutukluluk da tazminat istemi nedenlerinden biridir. Ancak başvurucunun başvuru tarihi itibarıyla istemi tazminat değildir. Başvurucu, Kanun'da öngörülen azami tutukluluk süresinin dolmuş olduğunun tespitiyle tahliyesine karar verilmesini talep etmektedir. Bundan başka uzun süren tutukluluk hâlinde de şikâyetçidir. CMK'nın koruma tedbirleri nedeniyle tazminata dair düzenlemelerine bu açıdan bakıldığında, başvurucunun şikâyetiyle ilgili bir çözüm getirilmediği görülmektedir. AYM'ye göre, başvurulması hâlinde bu yol yalnızca maddi ve manevi zararların giderilmesini teminat altına almakta, ancak hukuka aykırı tutulduğu tespit edilse dahi kişiye serbest bırakılma konusunda bir imkân sunmamaktadır. AYM, bireysel başvurunun esastan incelenmesinden önce tutukluluk hâli sona ermediği sürece, kişinin bu yola gitmesinin somut talebi açısından etkili sayılamayacağına ve dolayısıyla tüketilmesinin gerekmediğine karar vermiştir.¹¹⁷⁵

Beş yıllık azami tutukluluk süresinin¹¹⁷⁶ dolması nedeniyle tutukluluğun yasal dayanağının kalmadığı ve tutukluluğun makul süreyi aştığı iddia edilen bir başvuruda AYM, yasal olarak mümkün olmadığı hâlde tutukluluğun devamına karar verilmiş ise madde kapsamında bunun mağdurunun maddi ve/veya manevi tazminat istemiyle dava açabileceğini ancak, başvuru hakkındaki davanın ilk derece mahkemesince karara bağlanmış olması nedeniyle tutukluluk halinin hükmen tutukluluğa dönüştüğünü, dolayısıyla mahkemesince tahliyesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında şikâyet konusu Anayasal hakların ihlalinin tespit edilerek tazminata hükmedilmesi hâlinde şikâyetin telafi edilebileceğini, fakat CMK'nın 141. ve 142. maddelerinde belirtilen

¹¹⁷⁵ AYM, B. No: 2012/239, 2/7/2013, §§ 30-33. Aynı yönde bkz., AYM, B. No: 2012/521, 2/7/2013, §§ 30-32; B. No: 2012/348, 4/12/2013, §§ 29-32.

¹¹⁷⁶ Azami tutukluluk süreleri CMK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

yolun hüküm kesinleşmeden önce tutuklamanın hukukiliği ve tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri açısından etkili olduğuna yönelik uygulamada bir örnek bulunmadığını belirtmiştir.¹¹⁷⁷

Eğer başvuru hakkındaki dava kesinleşmişse CMK 141. ve 142. maddelerine göre yapılacak başvurunun etkili olduğunun kabulü gerekir. Nitekim AYM de bir başvuruda CMK'nın 141(1)(d) bendinde, makul sürede hakkında hüküm verilmeyen bir tutuklu için tazminat talebinde bulunabilme imkânı tanındığını, bu yolun bir yandan başvurunun maruz kaldığı tutukluluk süresinin uzunluğunun tespiti, diğer yandan da uğradığı zararın tazmini imkânını sağladığını, bu nedenle CMK'nın 141. maddesi ile öngörülen hukuk yolunun başvurunun şikâyetleri açısından erişilebilir ve elverişli bir çözüm olanağı ve makul ölçüde bir başarı imkânı sunduğunu belirtmiştir. Somut olayda AYM, başvurunun, hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği 29/11/2012 tarihinden itibaren CMK'nın 141. maddesine dayanarak tazminat talebinde bulunma imkânına sahip olduğunu, etkin ve erişilebilir bir çözüm imkânı sunan hukuk yoluna başvurmaksızın yapılan bireysel başvuruların AYM tarafından incelenmesinin, bireysel başvuru yolunun ikincilliği ilkesi gereği mümkün olmadığını belirterek, tazminat yolunu tüketmeksizin AYM'ye başvurusu sebebiyle başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹¹⁷⁸ AYM'nin bu yaklaşımı AİHM'nin içtihatlarına paralellik arz etmektedir.¹¹⁷⁹

AİHM, bu meseleyi yabancıların sınır dışı edilmelerini konu alan davalarda da incelemiştir. *Keshmiri/Türkiye* davasında davalı devlet, CMK'nın 141. maddesinde öngörülen yola başvurmadığını ve dolayısıyla başvurunun iç hukuk yollarını tüketmediğini, Anayasa'nın 125. maddesine uygun olarak idari dava açmadığını ileri

¹¹⁷⁷ AYM, B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 32.

¹¹⁷⁸ AYM, B. No: 2012/338, 2/7/2013, §§ 48-50.

¹¹⁷⁹ Bu konuda bkz., *Şefik Demir/Türkiye*, B. No: 51770/07, 16/10/2012, § 33; *Yıldız/Türkiye* (kk), no. 48448/11, 1/10/2013.

sürmüştür. AİHM, CMK'nın 141. maddesinin kişilerin ceza soruşturması ya da kovuşturması sırasında tutuklanmasına ilişkin olduğunu, başvurunun aleyhinde cezai kovuşturma yürütülmediğini ve Hükümet'in söz konusu hükmün başvurunun durumuna benzer durumlarda başarıyla uygulandığına ilişkin örnekler sunmadığını göz önüne alarak CMK'nın 141. maddesi bağlamındaki iç hukuk yolunun uygun ve etkili olmadığı kanısına varmıştır.¹¹⁸⁰

AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* davasında da, davalı devletin sınır dışı etme kararı verilmiş olsaydı, başvurucların Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idare mahkemelerine başvurabileceklerini ve başvuruları gerektiği yönündeki itirazını incelemiştir. Hükümet, Türk yasalarına göre, sınır dışı edilecek yabancıların idare mahkemelerine başvurup, sınır dışı işlemlerinin durdurulmasını ve idari işlemlerin iptalini talep edebileceklerini savunmuştur. Mahkemelerin yürütmenin durdurulması taleplerini kabul etmeleri durumunda, idari makamlar sınır dışı işlemlerini durduracaktır. Başvuruclar ise kendilerine tebliğ edilmeyen bir karara itiraz edemeyeceklerini belirtmiştir. AİHM, başvurucların Sözleşme'ye taraf bir devlet ülkesinden çıkarılmasının önlenmesini talep ettiği *Gebremedhin* [Gaberamadhien]/*Fransa* kararında¹¹⁸¹ vurgulandığı üzere bu konudaki iç hukuk yolunun, yalnızca doğrudan askıya alma etkisi bulunduğu takdirde etkin sayılacağını kaydetmiştir. Benzer biçimde, AİHM, *N.A./Birleşik Krallık* davasında,¹¹⁸² yargısal denetimin bulunduğu ve yargısal denetime başvurulmasının ülkeden çıkarılmayı engelleyeceği durumlarda, söz konusu yargısal denetimin, ilke olarak, başvurucların AİHM'ye başvurmadan ya da AİHM İç Tüzüğü'nün 39. maddesi kapsamında ülkeden

¹¹⁸⁰ *Keshmiri/Türkiye* (no.2), no. 22426/10, 17/01/2012.

¹¹⁸¹ *Gebremedhin* [Gaberamadhien]/*Fransa*, no. 25389/05, 26/4/2007.

¹¹⁸² *N.A./Birleşik Krallık*, no. 25904/07, 17/07/2008.

çıkarılmalarının ertelenmesi için ihtiyati tedbir talebinde bulunmadan önce tüketmeleri gereken etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Ancak AİHM, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca sınır dışı etme kararının iptali için idare mahkemelerine yapılacak başvurunun doğrudan askıya alma etkisi bulunmadığını, idare mahkemesinin ayrıca bir yürütmeyi durdurma kararı vermesi gerekeceğini,¹¹⁸³ bu nedenle başvurularda sınır dışı etme kararlarının tebliğ edildiği ve başvuruoların idare mahkemelerinde bu kararlara itiraz etme olanağına sahip oldukları farz edilse bile, bu konusu kişilerin Sözleşme'nin 35(1) maddesi anlamında iç hukuk yollarını tüketmek için idare mahkemelerine başvurmaları gerekmeyeceğinden hareketle Hükümet'in itirazını reddetmiştir.¹¹⁸⁴

E. Dostane Çözümün Etkisi

Bilindiği üzere başvuru ve davalı devlet arasındaki uyuşmazlığın AİHM önünde dostane çözüm yoluyla da giderilmesi mümkün olabilmektedir. *Kartal/Türkiye* davasında başvuru Sözleşme'nin 5. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek, ceza yargılama usulü ve tutukluluk süresinin uzunluğundan şikâyet etmiştir. AİHM, taraflarca imzalanan dostane çözüm deklarasyonlarını 31 Mayıs ve 26 Eylül 2012 tarihlerinde almış olup, bu deklarasyonlara göre davalı devletin başvurucuya 11.000 Avro ödemeyi taahhüt etmiş ve başvuru Türkiye aleyhine yaptığı başvurusuna dayanak oluşturan olaylarla ilgili diğer her türlü iddiasından vazgeçmiştir. AİHM, dostane çözüm yolunun, Sözleşme ve eki Protokolleri ile tanınan insan haklarına saygı ilkesinden esinlenilerek oluşturulduğunu ve başvurunun incelenmesinin devamını bu

¹¹⁸³ Bkz., *Jabari/Türkiye*, no. 40035/98, 11/07/2000.

¹¹⁸⁴ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, §§ 56-59.

aşamada haklı kılan bir nedenin olmadığını ifade ederek başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.¹¹⁸⁵

Tutukluluk süresi ve iç hukuktaki yargılamanın süresine ilişkin *Hafçı/Türkiye* davasında da AİHM, benzer davalarda hükmedilen miktarlara uygun olan ve teklif edilen tazminat miktarı ile Hükümetin hazırladığı deklarasyon metninin içerdiği imtiyazların niteliğini göz önünde bulundurarak, bu aşamada bu şikâyetlerin incelenmesinin devamını haklı kılan bir neden olmadığı kanaatine varmıştır.¹¹⁸⁶ Ayrıca önceki değerlendirmeler ışığında ve özellikle de bu konuda mevcut olan çok sayıdaki içtihadını dikkate alarak, AİHM, Sözleşme ve eki Protokoller tarafından güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesinin, bu şikâyetlerin incelemesinin devamını gerektirmediğini ve Hükümet'in tek taraflı deklarasyon metninde belirtilen önerilere uymaması durumunda, Sözleşme'nin 37(2) fıkrası uyarınca başvurunun yeniden kayda alınabileceğini belirtmiştir.¹¹⁸⁷

II. YAKALAMA veya TUTUKLAMA NEDENLERİ HAKKINDA BİLGİLENDİRİLME HAKKI

A. Genel Olarak

Yakalanan ya da tutuklanan kişilere, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın bildirilmesi gerekmektedir. Bu husus Sözleşme'nin 5(2) ve Anayasa'nın 19(4) fıkralarında düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5(2) fıkrası şöyledir:

*“Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.”*¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁵ *Kartal/Türkiye* (kk), no. 28658/10, 4/01/2012. Sözleşme'nin kayıttan düşürme başlıklı 37. maddesi için bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹¹⁸⁶ *Hafçı/Türkiye* (kk), no. 37548/07, 26/03/2013, § 37.

¹¹⁸⁷ *Hafçı/Türkiye* (kk), no. 37548/07, 26/03/2013, § 38. Bu konuda ayrıca bkz., *Josipovic/Sırbistan*, no. 18369/07, 4/3/2008.

¹¹⁸⁸ Orijinal metinde “arrested”, “arrêté” ifadeleri kullanılmıştır. Bu ibareler yakalama anlamına gelmektedir [yazarın notu].

Yakalanan veya tutuklanan kişilerin bilgilendirilme hakkına ilişkin Anayasa'nın 19(4) fıkrası şöyledir:

“Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç h[â]kim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir.”

Anayasa'nın 19(4) fıkrasının gerekçesinde de bu konuya ilişkin olarak,

“Maddenin dördüncü fıkrası, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye bu kısıtlama sebebinin hemen bildirilmesini emretmektedir. Bu bilgi ilgiliye mümkünse yazılı, imkân yoksa sözlü olarak verilecektir. Amaç, kişinin, iddialara karşı savunmasını mümkün kılmak, aynı zamanda, muhtemel maddî hataları (kimlik hatası gibi) önlemektir. Genel niteliği nedeniyle, bu hüküm, bu madde uyarınca özgürlüğü kısıtlanan herkese uygulanacaktır.”¹¹⁸⁹

ifadelerine yer verilmiştir.

Sözleşme ve Anayasa arasında yakalanan ya da tutuklanan kişilerin bilgilendirilmelerine yönelik benzerlik ve farklılıklar bulunmaktadır. Sözleşme’de “yakalanan” kişiye yakalama nedenlerinin bildirilmesinden bahsedilmekte iken Anayasa’da “yakalanan veya tutuklanan” kişiye yakalama ve tutuklama nedenlerinin bildirilmesinden bahsedilmektedir. Her iki düzenlemenin kaleme alınış şekli, sadece suç şüphesi altında olan kişilerin bilgilendirilmesi gerektiği izlenimi oluşturmaktadır. Ancak AİHM içtihatları ve uygulama bakımından bilgilendirme zorunluluğunun, Sözleşme’nin 5. maddesinde yer alan tüm tutma nedenleri bakımından geçerli olduğu görülmektedir.

Anayasa’da yakalama ve tutuklama nedenlerinin öncelikle yazılı olarak bildirilmesi gerektiğinden bahsedilmekte iken Sözleşme’de sadece bildirim yapılmasından bahsedilmiş ve yazılı ya da sözlü bildirim şeklinde bir ayırıma

¹¹⁸⁹ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 33. Anayasa’nın 19(5) fıkrasının ilk cümlelerinde yapılan değişiklik ile yakalanan ya da tutuklanan kişilerin hâkim önüne çıkarılma süreleri Sözleşme’nin 5. maddesindeki esaslar doğrultusunda düzenlenmiştir (4709 sayılı Kanun, md. 4, 3/10/2001, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html> (erişim, 29/4/2014)).

gidilmemiştir. Bilgilendirmenin şekli açısından AİHM içtihatları herhangi bir kısıtlama öngörmemekle birlikte Anayasa'nın yazılı bildirimde öncelik verdiği görülmektedir. Anayasa açısından sözlü bildirim, yazılı bildirimin hemen mümkün olmadığı durumlarda mümkündür.¹¹⁹⁰

Bildirimin süresi bakımından, Anayasa ve Sözleşme arasındaki farklılığı da vurgulamak gerekir. Sözleşme'de “en kısa sürede/derhal” (*promptly*) bildirimden bahsedilmişken Anayasa'da “toplu suçlar” bakımından bu süre “en geç hâkim önüne çıkarılıncaya kadar” olarak belirlenmiştir. Anayasa'nın 19(5) fıkrasında yer alan, “[y]akalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır” hükmüne göre hâkim önüne çıkarılma süresinin dört güne kadar uzatılabileceği görülmektedir. Fıkranın devamında yer alan “[b]u süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir” ibaresine göre ise bu sürenin daha da uzatılabileceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 19(5) fıkrasında yer alan bu düzenlemelerin, toplu işlenen suçlar bakımından, Sözleşme'nin yakalama nedenlerinin “en kısa sürede/derhal” bildirilmesi şartıyla uyumlu olmadığı görülmektedir. Anayasa'da yer alan bu düzenleme, toplu işlenen suçlar bakımından, Anayasa'ya aykırı olmamakla birlikte fikrimizce Sözleşme'ye aykırılık sonucunu doğuracak uygulamalara neden olacak içerik ve niteliktedir.

Anayasa'nın 19(5) fıkrasında yer alan, toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılma zorunluluğuna CMK'nın 91. maddesinde de yer verilmiştir. CMK'nın 91(3) fıkrasına göre “[t]oplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; cumhuriyet savcısı

¹¹⁹⁰ Yazılı bildirimin Sözleşme'deki düzenlemeden daha ileri olduğuna ilişkin görüş için bkz., Karan, 2013, s. 199.

gözüaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir”¹¹⁹¹.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da Sözleşme’de bildirimin kişinin “anladığı bir dilde” yapılmasına ilişkin bir ibare bulunmakta iken Anayasa’da bu yönde bir ifade bulunmamasıdır. Bu konu özellikle sınır dışı uygulamalarında gündeme gelmektedir. Bu farklılığın Anayasa normunun amaçsal yorumu ile aşılması mümkün görünmektedir. Zira fikrimizce “bildirim” yapılması koşulu, “anladığı dilde” yapılması koşulunu içermektedir.

Sözleşme’nin 5(2) fıkrasında kullanılan kelimeler bağımsız bir şekilde ve özellikle de 5. maddenin, hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun bırakılmamasını sağlama amacına uygun olarak yorumlanmalıdır. Bu kapsamda kullanılan “yakalama” (*arrest*) ifadesi, ceza hukuku alanındaki tedbirlerin ötesinde bir anlama sahiptir ve “her türlü suç” (*any charge/toute accusation*) ifadesiyle, uygulamaya yönelik bir durumdan ziyade, göz önünde bulundurulmuş bir ihtimalden söz edilmektedir.¹¹⁹²

Sözleşme açısından gözüaltına alınan bir kişinin, gözüaltına alınma nedenleri ile kendisine isnat edilen suç hakkında anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilmesi şartı, özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin yetkinin suiistimallini engellemeye yönelik önemli bir düzenlemedir. Haklı bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyetin söz konusu olduğu pek çok durumda, kişiye yapılacak açıklama ve bilgilendirme, kişinin direnmesinin doğru olmadığını anlamasını sağlayacak ve dolayısıyla da yetkililerin görevini kolaylaştıracaktır.¹¹⁹³ Ayrıca, bu tür bir tedbirin neden alınmış olduğunun açıklanmasının zorunlu olması, kamu görevlilerini, yetkileri dâhilinde hareket edip

¹¹⁹¹ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

¹¹⁹² Guide on Article 5, 2012, § 101.

¹¹⁹³ Mocavei, 2010, s. 51.

etmediklerine dikkat etmeye ve haklı bir gerekçesi olmayan hareketlerde bulunmaktan kaçınmaya teşvik edecektir.

Elbette, ileri sürülen sebepler –ya da herhangi bir sebep ileri sürülememesi– de özgürlükten mahrumiyetin kabul edilebilir olup olmadığını kararlaştıracak yargı mercileri açısından son derece önemlidir. Sebep gösterme yükümlülüğünü yerine getirmede asıl dikkate alınması gereken unsurlar, bu görevin (i) hangi koşullarda ortaya çıktığı, yapılması gereken (ii) açıklamanın özellikleri, bu açıklamanın söz konusu kişi tarafından (iii) ne ölçüde anlaşıldığı ve bu açıklamada bulununcaya kadar (iv) ne kadar bir süre geçtiğidir.¹¹⁹⁴

Sözleşme'nin 5(2) fıkrasındakine benzer bir düzenleme Sözleşme'nin 6(3)(a) bendinde de “[k]endisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek” şeklinde yer almaktadır. İki düzenleme arasındaki fark, 6. maddedeki düzenlemenin, hakkındaki soruşturma devam eden ancak tutuklanmamış kişiler açısından da uygulama alanı bulmasıdır.¹¹⁹⁵ Sözleşme'nin 6(3)(a) bendinin uygulanması açısından daha fazla ayrıntıya ihtiyaç duyulmasının nedeni, bu bilgilerin yargılama aşamasında savunma hazırlığı açısından gerekli olmasıdır.¹¹⁹⁶ Sözleşme'nin 5(2) fıkrasındaki kural maddenin birinci fıkrasında sayılan sebeplerden herhangi birine dayanılarak özgürlüğünden mahrum bırakılan¹¹⁹⁷ ve salıverildikten sonra yeniden yakalanan ya da tutuklanan kişiler açısından uygulanmaktadır. Bu hüküm, her kişiye, özgürlüğünden neden mahrum bırakıldığından

¹¹⁹⁴ Mocavei, 2010, s. 52.

¹¹⁹⁵ Bkz., *Brozicek/İtalya*, no. 10964/84, 19/12/1989.

¹¹⁹⁶ Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi açısından daha “spesifik ve ayrıntılı bilgilendirme” gerektiğine dair bkz., *Nielsen/Danimarka*, no. 10929/84, 28/11/1988.

¹¹⁹⁷ Ancak bu sebeplerin hepsinde “gözetim” ifadesi yer almamaktadır. *Van der Leer/Hollanda* davasında AIHM, Sözleşme'nin 5(2) fıkrasında yer alan gözetim sebeplerinin derhal bildirilmesi koşulunun sadece 5(1)(c) fıkrasını kapsadığı görüşünü reddetmiştir (*Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990, § 72).

haberdar olmasını sağlayan temel bir güvence sunmanın¹¹⁹⁸ yanında hakkındaki suçlamayı reddetme ve yargılanmaya gerek kalmaksızın serbest bırakılmayı talep etme imkânı da sunmaktadır.¹¹⁹⁹

Gözüaltına alınan kişiye, gözüaltına alınmasının hukuki ve maddi nedenlerinin “teknik olmayan, anlayacağı, basit bir dilde anlatılması”, Sözleşme’nin 5(4) fıkrası uyarınca gözüaltına alınmasının hukukiliğine itiraz edebilmek için mahkemeye başvurma imkânının sağlanması açısından da önem taşımaktadır.¹²⁰⁰ Hukuka uygunluk, hem iç hukuka hem de Sözleşme’ye uygunluk anlamına geldiğinden¹²⁰¹ yakalama ve gözüaltı nedenleriyle ilgili olarak kişiye verilmesi gereken bilginin, tutulmasının hem Sözleşme’nin 5(1) fıkrası hem de iç hukuk anlamında hukukiliğine ilişkin olması gerekir.¹²⁰² Tutuklanmasının kanuna uygun olup olmadığı konusunda ivedilikle karar verilmesi için dava açma hakkı tanınan kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakılma sebeplerine ilişkin olarak en kısa zamanda ve yeterince bilgilendirilmesi, söz konusu haktan etkin bir şekilde faydalanabilmesi açısından önem taşır.¹²⁰³

Sözleşme’nin 5(4) fıkrası yakalanma veya tutulma sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu sebeple, suçluların iadesi¹²⁰⁴ ve tıbbi tedavi¹²⁰⁵ amacıyla uygulanan tutma tedbirini de kapsayacak şekilde yorumlanan ve kişilerin şartlı salıverilmeleri sonrasında tutukevine tekrar gönderildiği

¹¹⁹⁸ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 40.

¹¹⁹⁹ “Habeas corpus” güvencesini etkili kıldığına dair bkz., Harris et al., 2013, s. 166.

¹²⁰⁰ *Çonka/Belçika*, no. 51564/99, 5/2/2002, § 50; *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 40; *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 72.

¹²⁰¹ Bkz., *supra*, s.

¹²⁰² *McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 8022/77 vd., 18/03/1981.

¹²⁰³ *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990, § 28; *Shamayev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, no. 36378/02, 12/04/2005, § 413; *Athary/Türkiye*, no. 50372/09, 11/12/2012, § 35.

¹²⁰⁴ *Shamayev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, no. 36378/02, 12/04/2005, §§ 414-15.

¹²⁰⁵ *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990.

durumlarda da uygulanan Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının kapsamından, tutma tedbirinin çıkarılmasının herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır.¹²⁰⁶

B. Yakalama Sebeplerinin Bildirileceği Kişiler

Devletlerin, kişilere veya temsilcilerine ilgili bilgileri sağlama görevinin bulunduğu Sözleşme'nin 5(2) fıkrasında açıkça yer verilmiştir.¹²⁰⁷ Bununla beraber ilgili kişi bilgi alamayacak bir durumdaysa, bu bilgilerin avukat ya da vasi gibi ilgili kişinin menfaatlerini koruyanlara verilmesi gerekir.¹²⁰⁸ Ancak gözaltına alınan kişinin avukata erişim hakkı bu fıkra kapsamında değerlendirilmez.

C. “Yakalama Nedenleri”nin “En Kısa Sürede” Bildirilmesi

AIHM içtihatlarında Sözleşme'nin 5(2) fıkrasına ilişkin uygulamanın iki yönüne vurgu yapılmıştır: Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye verilen bilginin (i) *içeriği* ve bilginin (ii) *derhal* verilmesi. Her iki husus davanın koşullarına göre, AIHM'ye yapılan başvurunun özellikleri göz önüne alınarak incelenir.

Sözleşme'nin 5(2) fıkrasında alıkoyma sebeplerinin açıklanmasına ilişkin bir yükümlülük getirilirken kişinin “yakalandığına” ve “kendisine yöneltilen suçlamalar” bulunduğu işaret edilmektedir. Bu ifadelerden, açıklama yapma gereğinin sadece cezai yargılamalara ilişkin olması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı her durumda –yani Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki durumların her biri açısından– mahrumiyet nedenlerinin açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle, özellikle koşullu salıverildikten sonra cezaevine geri döndürülen hükümlüler, mahkemenin bir kararına uymayan veya yasal bir yükümlülüğü yerine getirmesi istenen kişiler, suç şüphesiyle yakalanan kişiler, tutulan küçükler, akıl hastaları, alkol

¹²⁰⁶ Van der Leer/Hollanda, no. 11509/85, 21/02/1990, §§ 27-28.

¹²⁰⁷ Saadi/Birleşik Krallık [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, § 53.

¹²⁰⁸ Guide on Article 5, 2012, § 104.

bağımlıları, bulaşıcı hastalık taşıyanlar, serseriler, sınır dışı edilecek veya geri verilecek olanlar söz konusu bilgilendirilme hakkından yararlanırlar.

Bilginin *en kısa sürede* verilmesi zorunluluğu, her zaman, gözaltına alma nedenlerinin bildirilmesini de içermektedir. Eğer yakalama kararı bir suçlamaya yönelik ise, verilecek bilgi elbette ki sadece yöneltilen suçlamayla ilgili olacaktır. Ancak, bir şüpheye sebebiyet veren olaylar; bir mahkûmiyeti gerekçelendirmek veya bir suçlamada bulunabilmek için gerekli olan olaylarla *aynı düzeyde olmak zorunda değildir*.¹²⁰⁹

Bilgilendirmenin yeterince *kısa* bir sürede yapılıp yapılmadığı, her olayın kendine özgü koşullarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin, akıl hastanesine kapatılan başvurusu yakalama sebeplerinin on gün sonra bildirildiği *Van Der Leer/Hollanda* davasında AİHM, bilgilendirme için geçen bu sürenin çok uzun olduğunu değerlendirilmiştir.¹²¹⁰ Yakalanan kişinin, yakalanma sebepleri hakkında birkaç saat içinde bilgilendirilmesi durumunda, en kısa zaman kavramının getirdiği zaman kısıtlamalarına uyulduğu varsayılmaktadır.¹²¹¹ Kuzey İrlanda'daki terör sorunu ile ilgili *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık* davasında, gözaltı ile bilgilendirme arasında geçen yedi saatle ilgili olarak AİHM “derhal” bilgilendirme yükümlülüğün yerine getirilmiş olduğuna karar vermiştir.¹²¹²

Çonka/Belçika davasında AİHM, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bağlamında tutmanın hemen ardından kişiye genel bir bilgi verildiği ve iki gün sonra da tutma nedenleriyle ilgili yazılı bildirimde bulunulduğu için ihlal tespit etmemiştir.¹²¹³

¹²⁰⁹ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 55.

¹²¹⁰ *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990, § 31.

¹²¹¹ *Kerr/Birleşik Krallık* (kk), no. 40451/98, 07/12/1999; *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 42.

¹²¹² *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991.

¹²¹³ *Çonka/Belçika*, no. 51564/99, 5/2/2002. Dört günlük gecikmenin ihlal nedeni olmasına dair bkz., *Shamayev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, no. 36378/02, 12/04/2005. İki saatlik gecikme için bkz., *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994. Ondokuz saatlik gecikme için bkz., *Dikme/Türkiye*, no. 20869/92, 11/07/2000.

Saadi/Birleşik Krallık davasında da AİHM, somut olayda parlamentodan yapılan açıklamaların başvuruçuyu yakalanma ve tutuklanma nedenleri hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmediğini, tutuklanmasından yetmiş altı saat sonra tutukluluk nedenlerinin başvuruçunun temsilcisine bildirildiğini, başvuruçunun temsilcisine yapılan sözlü bir bildirim Söleşme'nin 5(2) fıkrasının gereklerini karşıladığı kabul edilse bile, yetmiş altı saatlik bir süre tutuklama nedenlerinin en kısa sürede bildirilmesi zorunluluğuna aykırı olduğuna karar vermiştir.¹²¹⁴

Yeri bilinmeyen ya da belirlenemeyen bir kişiye tutma nedenlerinin bildirilememesi nedeniyle devletin bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu noktada yetkili makamların hakkında tutma emri verilen kişiyle irtibata geçmek için “makul bir çaba” gösterilmesi yeterli görülmektedir.¹²¹⁵ Kişinin yetkili makamlarla irtibata geçtiği anda veya başka bir biçimde yeri belirlendiği zaman ilgili kişiye derhal bilgilendirilme yapılması gerekir. AİHM, *Keus/Hollanda* kararında, akıl hastanesinden firar etmiş bir kişiye, hastaneye telefon ettiğinde telefonda bildirimde bulunulmasını yeterli görmüş ve ayrıca avukatına bildirme gibi bir yükümlülüğünün olmadığına karar vermiştir.¹²¹⁶ AİHM, başvuruçunun avukatının “derhal” bilgilendirilmesi gerektiği savını reddetmektedir.¹²¹⁷

Yakalama sebeplerinin yakalama esnasında yakalamayı gerçekleştiren memur tarafından tanımlanan suçla bütünüyle ilişkili olması ve örtüşmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.¹²¹⁸ AİHM'ye göre, bir kişiye gözaltına alınma nedenlerinin

¹²¹⁴ *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], no. 13229/03, 29/1/2008, §§ 83-84.

¹²¹⁵ Örneğin, yakalandığında bilinci kapalı olan kişiye bilinci açıldığında bilgilendirmede bulunulmasının yeterli olduğuna dair bkz., *X./Birleşik Krallık*, no. 7125/75, 05/11/1981.

¹²¹⁶ *Keus/Hollanda*, no. 12228/86, 25/10/1990, § 22.

¹²¹⁷ Harris et al., 2013, s. 168, *dipnot* 406.

¹²¹⁸ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 40; *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 72.

tamamının gözaltına alan memur tarafından gözaltı sırasında verilmesine gerek bulunmamaktadır. Kişiyi gözaltına alınmasının hukuki ve maddi sebeplerinin, gözaltının ardından yeterince kısa bir süre içinde, bir ya da birkaç seferde bildirilebilmesi olanaklıdır.¹²¹⁹

D. Yakalama Sebeplerinin Bildirilme Şekli

Sözleşme'ye göre yakalama sebeplerinin, yakalama emrini içeren metinde belirtilmesi veya yazılı olarak ya da özel bir formatta bildirilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.¹²²⁰ Yakalama sebeplerinin, yakalama sonrası soruşturma veya sorgu esnasında bildirilebilmesi ya da açıklanabilmesi de mümkündür.¹²²¹ Yakalanan kişilerin, suç teşkil eden veya kasıtlı bir fiilin gerçekleştirilmesinin hemen ardından yakalandıkları¹²²² veya daha önceki yakalama emirleri ya da iade talepleri kapsamında isnat edilen suçlarla ilgili ayrıntılı bilgi sahibi oldukları hallerde, yakalanma sebeplerini anlamadıklarına dair bir iddiada bulunmaları mümkün değildir.¹²²³ Ayrıca bu belgelerin yazılı olma zorunluluğu da bulunmamaktadır.¹²²⁴

Polis tarafından yasadışı silahlı örgüt kapsamında yürütülen bir operasyon çerçevesinde yakalanan başvuruçuların, gözaltında sözü edilen örgüt ile olan sözde bağlantıları konusunda sorgulandığı ve iddianameyle yasadışı örgüte yardım ve yataklık yapmakla itham edildiği davada AİHM, yakalanan bir kimsenin bilgilendirilmesi için

¹²¹⁹ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 40.

¹²²⁰ *Kane/Kıbrıs* (kk), no. 33655/06, 13/09/2011.

¹²²¹ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 77; *Kerr/Birleşik Krallık* (kk), no. 40451/98, 07/12/1999.

¹²²² *Dikme/Türkiye*, no. 20869/92, 11/07/2000, § 54.

¹²²³ *Öcalan/Türkiye* (kk), no. 46221/99, 14/12/2000.

¹²²⁴ *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 4/12/1979, § 36. Ancak kişinin yakınlarıyla iletişime geçememesi Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline sebep olabilmektedir (*McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 8022/77 vd., 18/03/1981).

hiçbir özel bir usulün gerekmediğini hatırlatarak başvuruçuların sorgu sırasında yeterince bilgilendirildiğine hükmetmiştir.¹²²⁵

E. Bildirilmesi Gereken Yakalama Sebeplerinin Kapsamı

Sağlanan bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı, her olayın kendine özgü koşullarına göre değerlendirilmelidir.¹²²⁶ Verilmesi gereken bilginin ayrıntıları hakkında, AİHM'nin başlangıçtaki tutma sebepleriyle ilgili olarak Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının uygulanmasına dair esnek ve hatta zaman zaman belirsiz bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Yakalamanın yasal dayanağına ilişkin basit bir bildirimin, tek başına ele alındığında, Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının amacı bakımından yetersiz kaldığını söylemek mümkündür.¹²²⁷ Bir suç şüphesiyle gözaltına alma sonrasında, ne bilginin belirli bir usule göre verilmesi ne de gözaltına alınan kişi hakkındaki tüm suçlamaların eksiksiz olarak bildirilmesi gerekir. Kişiye sadece gözaltının “hukuki temelini” bildirilmesi yeterli değildir. AİHM; (i) neyle suçlandığına dair derhal bir fikrinin olmasını sağlayacak şekilde bilgilendirilmiş ve (ii) hakkındaki şüphe oldukça açık bir biçimde ortaya koyulmuşsa, gözaltına alınan bir kişinin tatmin edici bir biçimde bilgilendirildiğinden bahsedilebileceğini belirtmiştir.¹²²⁸ Örneğin, *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık* davasında başvuruçular gözaltına alınırken kendilerine sadece terörist oldukları şüphesiyle, bir yasa hükmüne dayanarak gözaltına alındıkları söylenmiş ve hangi yasaya dayanılarak gözaltına alındıkları bildirilmiştir. Somut olayda başvuruçular, gözaltına alınmalarının ardından suç eylemlerine karışmak şüphesiyle sorgulanmışlardır. AİHM, gözaltı sırasında verilen bilgi yeterli değilse de, bu eksikliğin

¹²²⁵ *Korkmaz ve Diğerleri/Türkiye*, no. 35979/97, 21/03/2006.

¹²²⁶ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, § 40.

¹²²⁷ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 76; *Kortesis/Yunanistan*, no. 60593/10, 12/06/2012, §§ 61-62.

¹²²⁸ *Dikme/Türkiye*, no. 20869/92, 11/07/2000, § 56. Bu konuda ayrıca bkz., *Baisuev ve Anzorov/Gürcistan*, no. 39804/04, 18/12/2012, § 65.

sorgu sırasında polis memurlarının sorduğu sorularla giderildiğini¹²²⁹ ve sorgulama sırasında başvuruculara gözaltına alınmalarına sebep olan maddi olayların anlatıldığını tespit etmiştir.¹²³⁰

Esasen, olayın somut koşulları bakımından gözaltı sebebinin ne olduğu belli ise kişinin açıkça gözaltı sebepleri hakkında ayrıca bilgilendirilmesi gerekmez.¹²³¹ Bu nedenle bazı hallerde yakalanan kişinin, yakalama öncesinde söz konusu işleme konu olan ve suç teşkil eden eylemi kapsamında neden yakalandığını bildiği varsayılmaktadır.¹²³² Örneğin *Öcalan/Türkiye* davasında¹²³³ terör örgütü lideri olan başvurucunun yakalandığı esnada hangi gerekçelerle yakalandığını bildiği varsayılmıştır. Terör örgütünün lideri olduğu için uzun zamandır polis tarafından aranan, birçok savcı tarafından hakkında yakalama kararı çıkarılan, Interpol tarafından kırmızı bültenle aranmakta olan ve hakkındaki suçlamalar İtalya'ya yapılan iade talebinde yer alan başvurucu bu belgelerden haberdar olduğunu inkâr etmemiş ve Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının ihlal edildiği yönündeki şikâyeti AIHM tarafından açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.¹²³⁴

AIHM, benzer bir yaklaşımı *Soysal/Türkiye* davasında da takip ederek, başvurucunun uzun süredir adli mercilerce Türkiye'nin milli topraklarından bir kısmını bölmeyi amaçlayan silahlı bir suç örgütü olarak kabul edilen PKK'nın bir militanı ve yöneticisi olmak suçlarından arandığını tespit etmiştir. Bizzat başvurucu kendisi hakkında yürütülen cezai takibattan kaçmak amacıyla bir başka ülkeden iltica talebinde bulunduğunu itiraf etmektedir. Üstelik kendisine yöneltilen suçlamalar aleyhinde

¹²²⁹ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 77.

¹²³⁰ *Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990, §§ 41-42.

¹²³¹ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968.

¹²³² *Dikme/Türkiye*, no. 20869/92, 11/07/2000, § 54.

¹²³³ *Öcalan/Türkiye*, no. 46221/99, 12/3/2003.

¹²³⁴ *Öcalan/Türkiye* (kk), no. 46221/99, 14/12/2000.

çıkarılan tevkif müzekkeresinde de açıkça belirtilmiştir. AİHM'ye göre başvuru tarafından da varlığı inkâr edilmeyen belge başvuru hakkındaki şüphelerle ilgili olarak açık bilgiler içermektedir. Bu koşullarla birlikte başvurunun mensubu olduğu PKK'nın Türk hukukunca yasadışı olarak tanımlandığı olgusu hesaba katıldığında AİHM, bu aşamada başvurunun bölücü silahlı bir örgütün üyesi ve yöneticisi olarak yürüttüğü faaliyetler nedeniyle yakalandığını anlamış olması gerektiğini değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹²³⁵

AİHM'nin özellikle polisin ifade alması sırasında ilgili kişinin bilgilendirmesine ağırlık verdiği görülmektedir.¹²³⁶ Örneğin, *Lamy/Belçika* davasında yargıç tarafından sorgulandıktan sonra tutuklanan başvuru, tutuklama sebepleri hakkında yeterince bilgilendirilmediğini ve böylece tutuklamanın onaylandığı mahkeme önünde kendini yeterince savunamadığını ileri sürmüştür. Ancak AİHM, gözaltına alma anında bütün soruşturma dosyasının başvurucuya açık tutulmasının gerekli olmadığı, isnat edilen suçlardan bir bölümünün başvuru tarafından kabul edildiği, tutuklama müzekkeresinin kendisine hemen tebliğ edildiği ve bu müzekkerede tutuklama sebepleriyle birlikte hakkındaki isnatların da yer aldığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹²³⁷

Benzer şekilde *Mekiye Demirci/Türkiye* davasında da AİHM, başvurunun yakalanması sırasında, güvenlik güçlerinin başvurunun imzasının bulunduğu bir yakalama tutanağı düzenlediklerini ve tutanakta başvurunun yakalanma gerekçesine dair kısaca bilgilendirildiğini saptamıştır. Öte yandan Jandarma Komutanlığında yakalanma gerekçeleri hakkında bilgilendirilmesi, sanıkların ve şüpheli şahısların

¹²³⁵ *Soysal/Türkiye*, no. 50091/99, 3/05/2007.

¹²³⁶ *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, §§ 71-80; *Dikme/Türkiye*, no. 20869/92, 11/07/2000, § 56.

¹²³⁷ *Lamy/Belçika*, no. 10444/83, 30/03/1989, § 32.

haklarına ilişkin bir form imzalanması nedeniyle AİHM, Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹²³⁸

Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının aşırı derecede esnek uygulandığına yönelik bazı eleştirilerden de burada bahsetmek gerekmektedir. Örneğin *Murray/Birleşik Krallık* davasında karara muhalif kalan bir yargıç karşı oy yazısında bu maddenin gelecekte somut bir şekilde uygulanması amacını şüpheye düşürecek derecede zayıflatıldığını ileri sürmüştür.¹²³⁹ Sözleşme'nin 5(2) fıkrası, bir kişinin gözaltına alınma sebebini sorgudaki suçlamalardan çıkarabilmesini değil, gözaltı sebebi hakkında açıkça bilgilendirilmesini gerektirir. Zira sorgusu sırasında kişinin önüne farklı iddialar koyulabilir ve gözaltındaki kişiye “gözdağı” vermek için abartılmış suçlamalarda bulunulabilir. Bu noktada Sözleşme'nin 5(2) fıkrasına dair AİHM'nin önüne gelen şikâyetlerin büyük oranda terör suçlarına ilişkin olduğunu belirtmek gerekir. Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının esnek bir şekilde uygulanması gerektiği yorumu özellikle gözaltının açıkça başlangıçtaki belirsiz bilgiye dayanarak yapılabileceği *gerçekten terörle bağlantılı* olduğundan şüphelenilen suçlar bakımından geçerlidir. Bu noktada, Sözleşme'nin 5(2) fıkrasındaki şüphe standardının 5(1)(c) bendindeki şüphe standardından farklı olduğunu da ifade etmek gerekir. Terör şüphesinin var olduğu bu tür durumlarda gözaltındaki kişiye çok ayrıntılı bilgi verilmesinin, ulusal makamların önemli ve hassas görevlerini yerine getirmelerini engelleme tehlikesi içerdiği de açıktır.

¹²³⁸ *Mekiye Demirci/Türkiye*, no. 17722/02, 23/04/2013, § 59. Ayrıca bkz., *Velinov/Makedonya*, no. 16880/08, 19/09/2013, § 65; *Bülbül/Türkiye*, no. 47297/99, 22/05/2007 (Başvurucu tarafından imzalanan arama ve yakalama tutanağında, 18 Kasım 1998 tarihinde Ankara DGM tarafından verilen tutuklama emrine dayanarak gözaltına alındığını açık bir şekilde belirtildiğinden, başvurunun yakalanma nedenlerinden haberdar olarak kabul edilmesi gerekir); *Keklik ve Diğerleri/Türkiye*, no. 77388/01, 3/10/2006 (Mevcut davada polislerin başvurunun imzasının da bulunduğu ve aleyhlerindeki suçlamaların yer aldığı bir tutanak düzenlediklerini gözlemleyen AİHM, başvurucların yakalanma nedenleri hakkında bilgilendirildiğini tespit etmiştir).

¹²³⁹ Bkz., Yargıç Bonniçi'nin karşı görüşü. *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994.

Sözleşme'nin 5(2) fıkrasındaki bilgilendirme yükümlülüğünün –asıl amacı istihbarat toplama çalışmasının bir parçası olarak bireyi yoğun biçimde sorgulamaya yönelik tutmakken– yetkililerin ihtiyaçları lehine çok esnek bir şekilde yorumlanmasının bazı sakıncaları ortaya çıkabilmektedir. Esnek yorum, yetkililerin kişileri genel sebeplere dayanarak gözaltına alma yetkisinin kapsamını, tutma sebeplerinin *prima facie* hukuka uygun olduğu varsayımıyla genişletecektir. Böyle bir durumda kişiyi Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin gerektirdiği gibi bir mahkeme önüne çıkarma amacı ya çok zayıf olacak ya da hiç olmayacaktır.¹²⁴⁰ Bununla birlikte verilen bilgilerin, yakalanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesinin gerekmediğini de belirtmek gerekir.¹²⁴¹

Bir kimsenin sınır dışı edilmek üzere yakalanması halinde, bu amaçla gerçekleştirilen yakalamanın suçun esası hakkında karar verilmesini gerektirmemesi sebebiyle söz konusu kişiye daha da az bilgi verilebilmektedir.¹²⁴² Ancak, bu durumdaki kişilere verilecek bilginin, yakalanmalarının Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına göre kanuna uygunluğunun incelenmesi için mahkemeye başvurabilmelerine yetecek düzeyde olması gerekir.¹²⁴³

Sınır dışı edilmek üzere tutulan kişiler açısından AİHM, sınır dışı edilmek üzere tutma ile tutuklama arasında bir ayrıma gitmektedir. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* davasında AİHM, başvuruçuların tutuklandıklarını, aynı tarihte yakalanma nedenleri konusunda bilgilendirilmelerini sağlayan bir belge imzaladıklarını, 23/6/2008 tarihinde ülkeye yasadışı girmek suçundan mahkûm edildiklerini, ancak Hasköy Emniyet Müdürlüğünden serbest bırakılmadıklarını, dolayısıyla 23/6/2008 tarihi itibarıyla cezai

¹²⁴⁰ Harris et al., 2013, s. 169.

¹²⁴¹ *Bordovskiy/Rusya*, no. 49491/99, 8/02/2005, § 56; *Nowak/Ukrayna*, no. 60846/10, 31/03/2011, § 63; *Gasins/Letonya*, no. 69458/01, 19/04/2011, § 53.

¹²⁴² *Kaboulov/Ukrayna*, no. 41015/04, 19/11/2009, § 144; *Bordovskiy/Rusya*, no. 49491/99, 8/02/2005, § 56.

¹²⁴³ *Shamayev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, no. 36378/02, 12/04/2005, § 427.

bir suç nedeniyle değil göç kontrolü kapsamında tutuklu bulundurulduklarını, bu nedenle söz konusu tarihten itibaren Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının gereklerine uygun olarak başvurularda bu tutukluluğun bildirilip bildirilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM ayrıca, davalı devletin başvurularda tutuklanma nedenlerinin bildirilip bildirilmediğine ilişkin görüş bildirmediğini, başvurularda devam eden tutukluluklarının nedenleri konusunda bilgi verildiğine ilişkin bir belgenin dava dosyasında mevcut olmaması nedeniyle 23/6/2008 tarihinden itibaren tutukluluk nedenlerinin ulusal makamlar tarafından başvurularda bildirilmediği sonucuna varıldığını belirterek Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴⁴

F. Yakalama Sebeplerinin Kişinin Anlayacağı Bir Dilde Bildirilmesi

Özgürlüğünden mahrum edilen bazı kişilerin, ya zihinsel kapasite ya da profesyonel tecrübe bakımından hukuki karmaşıklıkları çözemeyecek düzeyde olabileceği göz önünde bulundurularak açıklamanın teknik olmayan bir dilde yapılması gerekir.¹²⁴⁵ Bilgilendirmede asıl olan, kişinin başına ne geldiğini anlaması olduğundan, kişinin bireysel kapasitesi de her zaman dikkate alınmalıdır. Bu amaçla, özgürlükten mahrumiyete yetki veren tutuklama emri ya da mahkeme kararı gibi resmi evraklar anlaşılabilir bir dille kaleme alınmalıdır.¹²⁴⁶ Ancak, bu her zaman mümkün olmayabilir ve Sözleşme'nin 5(2) fıkrası bilgilendirme ile ilgili belirli bir kural öngörmediği için de yetkililerin resmi evrakı dikkate alarak yapacağı açıklamalar da yeterli kabul edilebilir. Elbette, bu durum bazen yetkililerin düz ve basitleştirilmiş bir dilde iletişim kurmak için fazladan çaba harcamasını gerektirebilir. Kişinin yaşı ya da akli durumu gibi bazı nedenlerle etkili bir iletişimin mümkün olmadığı hallerde, açıklama bu

¹²⁴⁴ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009. Aynı yönde bkz., *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, no. 28127/09, 3/12/2013, § 46; *Athary/Türkiye*, no. 50372/09, 11/12/2012, § 36.

¹²⁴⁵ *Lutsenko/Ukrayna*, no. 6492/11, 3/07/2012, § 77; *Nechiporuk ve Yonkalo/Ukrayna*, no. 42310/04, 21/4/2011, § 208.

¹²⁴⁶ Bu konuda bkz., *Nowak/Ukrayna*, no. 60846/10, 31/03/2011, § 64.

kişinin velayetini elinde bulunduran kişiye ya da söz konusu kişinin haklarını temsil etmek üzere vekil tayin edilmiş bir kişiye yapılmalıdır.

Yakalama emrinin, yakalanan kişinin anlamadığı bir dilde yazıldığı durumlarda, başvurunun daha sonraki sorgu sürecinde ve yakalanma sebepleri hakkında bilgilendirilmesi esnasında, Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının gereklerine uyulması gerekmektedir.¹²⁴⁷ Özgürlüğünden mahrum edilen kişinin resmi dili anlamadığı hallerde, açıklama kişinin anladığı dilden yapılmalıdır.¹²⁴⁸ Ancak, bu amaçla tercümanlardan yardım alınması halinde, tercüme taleplerinin özenli ve doğru bir şekilde yerine getirilmesini sağlama görevi yetkililere aittir.¹²⁴⁹ Örneğin, Fransız vatandaşı olup Polonya'da yaşayan, ancak Lehçe bilmeyen başvurunun, hakkındaki yakalama emri üzerine yakalanıp yaklaşık on gün tutulması sırasında kendisine tutulma sebebi hakkında anlayabileceği dilde bilgi verilmemesi AİHM tarafından Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹²⁵⁰

Z.H./Macaristan davasında da AİHM, sağır ve dilsiz olan başvurucuya polis merkezinde hakkındaki suçlamaların işaret diliyle anlatılmamasını Sözleşme'nin 5(2) fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir.¹²⁵¹

III. GECİKMEKSİZİN HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

A. Genel Olarak

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında yakalanan ya da tutulan kişinin hakları “derhal hâkim önüne çıkma” ve “makul sürede yargılanma veya tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılma” olmak üzere iki ana kategori halinde düzenlenmiştir.¹²⁵² Sözleşme'nin

¹²⁴⁷ Guide on Article 5, 2012, § 113.

¹²⁴⁸ Bu dil körler alfabesi ve dilsiz alfabesi de olabilir.

¹²⁴⁹ *Shamayev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, no. 36378/02, 12/04/2005, § 425.

¹²⁵⁰ *Ladent/Polonya*, no. 11036/03, 18/03/2008, §§ 64-65.

¹²⁵¹ *Z.H./Macaristan*, no. 28973/11, 8/11/2012, §§ 42-43.

¹²⁵² *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 119.

5(3) fıkrasında kişilere sağlanan güvenceler sadece Sözleşme'nin 5(1)(c) fıkrası uyarınca alıkonulan kişilerle ilgili olup 5(1) kapsamına giren herkes açısından uygulama alanı bulunmamaktadır. Bu durum madde metninde de “[i]şbu maddenin 1(c) fıkrasında¹²⁵³ öngörülen koşullar uyarınca ...” denilerek, söz konusu iki hakkın sadece maddenin 1(c) bendine göre yakalanan ve tutulan kişilere özgü olduğu görülmektedir. Sözleşme'nin 5(3) fıkrası, 5(1)(c) bendiyle “birlikte bir bütün” oluşturduğundan, bu iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesi gerekir.¹²⁵⁴

Üçüncü fıkra düzenlenilen “derhal hâkim önüne çıkma” ve “makul sürede yargılanma veya tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılma” şeklindeki iki kategorinin ilk bakışta “mantıksal” veya “zamansal” olarak bağlantılı olmayan ayrı haklar oldukları izlenimi oluşturmaktadır.¹²⁵⁵

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının yakalanan veya tutulan kişinin derhal hâkim önüne çıkarılmasını öngören ilk kısmı;

“İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, ...”

şeklindedir.

Sözleşme'nin yukarıda bahsi geçen hükmüne paralel bir düzenleme Anayasa'nın 19(5) fıkrasında yer almaktadır. Anayasa'da yer alan düzenleme şöyledir:

“Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk[]sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde h[â]kim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra h[â]kim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.”

¹²⁵³ Orijinal metinde yer alan “paragraph” ibaresi, resmi olmayan çeviride “fıkra” olarak tercüme edilmesine rağmen esasen “bent” olması gerekir düşüncesindeyiz [yazarın notu].

¹²⁵⁴ *Simirnova/Rusya*, no. 46133/99 ve 48183/99, 24/07/2003, § 56; *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 38; *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 47.

¹²⁵⁵ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 119; *T.W./Malta* [BD], no. 25644/94, 29/04/1999, § 49; *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 31.

Anayasa'nın 19(5) fıkrasının gerekçesinde de;

“Beşinci fıkra yalnızca sanık olarak yakalanan veya gıyabında verilmiş bir kararlar tutuklanan kişileri konu almaktadır. Amaç, sanığı en kısa zamanda bağımsız ve tarafsız hâkim güvencesine kavuşturmadır. Bu süre ... gerekli “Polis soruşturmasına” imkân vermek amacıyla öngörülmüştür. Olağanüstü durumlar (savaş, sıkıyönetim) saklıdır.”¹²⁵⁶

ifadeleri yer almaktadır.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ilk kısmı, 5(1)(c) bendine uygun olarak bir suç işlediği şüphesiyle gözaltına alınan bir kişinin “derhal” bir “yargıç” ya da “yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli” önüne çıkarılmasını gerektirmektedir. Fıkarda yer alan “derhal”, “yargıç” ve “yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli” ibarelerinin ne anlama geldiği AİHM içtihatları yoluyla açıklığa kavuşturulmuş olup bu konudaki değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

Yakalanan ya da tutuklanan kişinin yargıç önüne çıkarılacağı süre bakımından Anayasa ve Sözleşme arasında farklılık bulunmaktadır. Sözleşme’de yakalanan veya tutulan kişinin “derhal” bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılmasının zorunlu olduğundan bahsedilmişken Anayasa’da bu süre tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç “kırksekiz saat” ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok “dört gün” olarak belirlenmiştir. Anayasa’da yer alan “en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç” ibaresi ile gözaltı süresinin başlangıcı bakımından bir esneklik getirildiği görülmektedir. Ancak hemen ardından gelen “en geç” ibaresi, gözaltı sürelerinin miktarı konusunda bir sınırlama öngörmektedir. Sözleşme’de kullanılan “derhal” ibaresinin ne anlama geldiği AİHM içtihatları çerçevesinde ve somut olay bazında ortaya konulmuş olup bu konuya aşağıda değinilmiştir. Sözleşme metninde bireysel veya toplu işlenen

¹²⁵⁶ Anayasa'nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 32.

suçlar bakımından kişinin yargıç önüne çıkarılma sürelerinin farklı olduğuna ilişkin bir ibare yer almamaktadır. Ancak, AİHM içtihatlarından böyle bir farklılaşmaya gidildiğini görmek mümkündür. Fikrimizce, Anayasa’da yer alan bireysel ve toplu işlenen suçlar bakımından farklılaşma da AİHM içtihatlarına uyumun bir yansımasıdır. Bu açıdan Sözleşme ve Anayasa’nın –lâfzî olmasa da– uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak Anayasa’nın 19(7) fıkrasının olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde gözaltı sürelerinin uzatılabileceğine ilişkin kısmı, bu konuda bir üst sınır belirtilmemesi ve yasa koyucuya sınırsız bir takdir marjı tanınması bakımından maddenin genel mantığıyla uyuşmamaktadır.

Sözleşme ve Anayasa arasındaki bir diğer farklılık da Anayasa’da kimsenin bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamayacağına ilişkin düzenlemedir. Fikrimizce Anayasa’da bu tür bir düzenlemeye yer verilmesinin amacı, ülkemizdeki kazuistik kanun yapma mantığı ve hürriyetten yoksun bırakma konusunda ortaya çıkabilecek keyfî uygulamaların anayasal düzenleme yoluyla engellenme çabasıdır. Böyle bir düzenlemenin Anayasa’da yer alması, Anayasa’nın Sözleşme’den ileri olduğu izlenimini oluştursa da bu tür bir yaklaşım, AİHM’nin içtihatlarında sergilediği tutum ve ülkemiz uygulaması karşılaştırıldığında oldukça iddialıdır.

Anayasa ve Sözleşme arasındaki bir diğer farklılık da, bu sürelerin olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabileceğine madde metninde yer verilmiş olmasıdır. Olağanüstü hallerde yapılabilecek “olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” (*derogation in time of emergency*) uygulamasına Sözleşme’nin 15. maddesinde de –belli koşullar altında– izin verilmektedir. Ancak Sözleşme’nin 15. maddesine uygun olarak yapılan askıya alma bildiriminin Sözleşme’yle uyumlu olup olmadığı AİHM tarafından denetlenmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin askıya alma uygulamasına dair AİHM’nin yaklaşımına aşağıda değilmiştir.

B. Kuralın Amacı

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası, cezayı gerektiren bir suç işlediği şüphesiyle yakalanan veya tutuklanan kişilere, her türlü keyfi veya haksız özgürlükten mahrumiyet tedbirine karşı bir güvence sağlamaktadır.¹²⁵⁷

Bir kimsenin özgürlük hakkına idare tarafından yapılan müdahalelere ilişkin yargısal denetim (*judicial control*), Sözleşme'nin 5(3) fıkrası kapsamında yer alan güvencenin temel bir unsurudur.¹²⁵⁸ Yargısal denetim, “demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan ... ve Sözleşme'nin Başlangıç kısmında açıkça belirtilen” ve “Sözleşme'nin bütününe esin kaynağı olan” hukukun üstünlüğü kavramının bir gereğidir.¹²⁵⁹ Hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla özgürlük hakkına yapılan müdahalenin denetlenmesi hayati öneme sahiptir.

Yargısal denetimin amacı, özellikle tutulmanın ilk aşamalarındaki kötü muamele riskine ve kolluk görevlileri veya diğer yetkililere verilen, sınırlandırılmış amaçlarla ve öngörülen usullere harfiyen uygun olarak kullanılması gereken yetkilerin suiistimal edilmesi ihtimaline karşı etkin güvenceler sağlamaktır.¹²⁶⁰ Fikrimizce, her ne kadar yargısal denetimin amacı öncelikle “kötü muamele” riskine karşı kişilere etkin güvenceler sağlamak ise de, denetimin amacını sadece kişileri kötü muameleden korumak olarak sınırlamak uygun bir yaklaşım değildir. Zira yargısal denetim, kişi özgürlüğüne yönelik olarak yetkililerce gerçekleştirilen müdahaleler karşısında bireylere bir takım başka güvenceler de sağlamaktadır. Bunlar, (i) müdahalenin amacına

¹²⁵⁷ *Stephens/Malta* (no.2), no. 33740/06, 21/04/2009, § 52; *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 47.

¹²⁵⁸ *Pantea/Romanya*, no. 33343/96, 3/06/2003, § 236; *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 58; *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, § 146.

¹²⁵⁹ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 58.

¹²⁶⁰ *Ladent/Polonya*, no. 11036/03, 18/03/2008, § 72. Ayrıca bkz., Doğru ve Nalbant, 2012, s. 395.

uygunluğunun ve (ii) usule uygun olmama olasılığına karşı kişiye yargısal denetim yoluyla sağlanan güvencelerdir.

C. Yargısal denetimin “Derhal” ve “Talebe Bağlı Olmaksızın” Gerçekleştirilmesi

Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında öncelikle, aynı fıkranın 1(c) bendinde öngörülen hükümler uyarınca gerçekleştirilen gözaltı veya idari tutuklama/tutma tedbirlerine ilişkin yargısal denetimin, “derhal” (*promptly/ausstôt*) ve “talebe bağlı olmaksızın” (*automatic*) gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.¹²⁶¹ Yargısal denetimin derhal gerçekleştirilmesi şartı, kişinin ilk alıkoyulma uygulaması ile bu uygulamanın ilk olarak yargısal incelemeye tabi olduğu an arasında geçen süreye bir sınırlama getirmektedir.¹²⁶² Bu sınırlamanın süresi mutlak olmayıp olayın koşullarına göre değişim gösterebilir.

Ulusal hukukta da bu konu CMK’nın 94. maddesinde düzenlenmiştir. CMK’nın 94(1) fıkrası şöyledir:

“Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır.”

Bu düzenlemeye göre soruşturma ya da kovuşturma evresinde yakalanan kişinin en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması gerekmektedir. CMK’nın 91(3) fıkrasında ise toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısınca gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebileceği belirtilmiştir.¹²⁶³

¹²⁶¹ *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 51; *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, §§ 48-49.

¹²⁶² *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 62.

¹²⁶³ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

Abdulsitar Akgül/Türkiye ve *Salih Salman Kılıç/Türkiye* davalarında AİHM, CMK'nın 94. maddesinin koşullarına göre, yakalama emri ile yakalanan bir kişinin yirmi dört saat içerisinde yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilemezse, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkiminin önüne çıkarılması gerektiğini, yakalanan kişinin serbest bırakılmadığı durumda, bu kişinin yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanmasının esas olduğunu belirtmiştir. Başvurucuların tutuklanma gerekçelerinin, *Abdulsitar Akgül/Türkiye* davasında on gün¹²⁶⁴ ve *Salih Salman Kılıç/Türkiye* davasında ise kırk beş gün¹²⁶⁵ sonra mahkemece incelenmesinin Sözleşme'nin 5(3) fıkrası bağlamında “derhal” bir hâkim huzuruna çıkarılma kriterini karşılamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ayrıca “yol tutuklaması” olarak da adlandırılan uygulama yine CMK'nın 94(2) ve 98. maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili maddeler şöyledir:

Madde 94(2) – “*Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır.*”

Madde 98 – “*Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.*”¹²⁶⁶

CMK'nın 94. maddesinin önceki halinde, kişinin, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılacağı, serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanacağı ifade edilmekteydi.

¹²⁶⁴ *Abdulsitar Akgül/Türkiye*, no. 31595/07, 25/6/2013, § 21.

¹²⁶⁵ *Salih Salman Kılıç/Türkiye*, no. 22077/10, 5/3/2013, § 28.

¹²⁶⁶ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

CMK'nın 94. maddesinde 21/2/2014 tarihinde 6526 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değişikliğe gidilerek, yakalanan kişinin en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmadığı durumda, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından sorgusunun yapılacağı veya ifadesinin alınacağı hükme bağlanmıştır.¹²⁶⁷ Bu yönüyle yeni düzenlemenin, yakalanan kişinin özgürlük hakkının korunması bakımından AİHM içtihatlarına paralel olduğu görülmektedir. Zira yasanın ilk halinde yetkili mahkeme ya da hâkimin huzuruna çıkarılmayan kişinin serbest bırakılmadığı takdirde tutuklanması öngörülmüşken, yeni düzenleme yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmadığı durumda kişinin aynı süre içinde adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sistemleri aracılığıyla yetkili hâkim veya mahkeme tarafından sorgusunun yapılacağı veya ifadesinin alınacağı hükme bağlanmıştır.

AİHM, *Süleymanoğlu/Türkiye* davasında, Van şehrine sevk edilmeyi beklerken başvuru hakkında Bursa Cezaevine alınma kararını veren Bursa Sulh Ceza Mahkemesinin yetkisinin, dosyanın incelenmesi ve olayın gerçekleştiği tarihteki yasal mevzuat dikkate alındığında Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 109. maddesine göre (Yeni CMK, md. 94) sadece tutuklama kararının kaldırılması ve tutuklanan şahsın aranan kişi olmaması halinde başvuru hakkının serbest bırakılmasına karar vermeyi kapsadığını tespit etmiştir. Bir başka ifadeyle, AİHM'ye göre, Bursa Sulh Ceza Mahkemesi hâkimi başvuru hakkında verilmiş olan tutukluluk kararının yerindeliği konusunda hukuken değerlendirme yapmaya yetkili değildir. AİHM, söz konusu hâkimin, hakkında gıyabi tutuklama kararı verilmiş şahsın başvuru olduğunu teyit etmek için yalnızca kimliğini kontrol etmekle yetindiğini, şahsın ifadesini

¹²⁶⁷ 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, K.T. 21/2/2014, R.G. 6/3/2014 (Sayı: 28933).

almadığını ve tutukluluk kararının yerindeliğini incelemediğini tespit ederek, başvuruçunun bu hâkim karşısına çıkarılmasının Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının gerekliliklerini yerine getirecek nitelikte olmadığına karar vermiştir.¹²⁶⁸

Kötü muamelelerin tespit edilebilmesi ve kişinin özgürlüğüne yapılabilecek her türlü haksız müdahalenin asgari düzeyde tutulabilmesi için, yakalanan bir kimsenin ilk kez mahkeme huzuruna çıkarılmasına ilişkin yargısal denetimin derhal gerçekleştirilmesi çok büyük önem taşımaktadır.¹²⁶⁹ Bu sürenin başlangıcı yakalama ya da tutuklama anıdır. Bu şartın getirdiği zaman kısıtlaması esnek bir yoruma müsait değildir.¹²⁷⁰ Yargısal denetimin derhal gerçekleştirilmesi koşulunun aşırı derecede esnek yorumlanması, fıkra ile kişiye sağlanan usulî güvencenin etkinliğini kişinin aleyhine olacak şekilde önemli ölçüde azaltacak ve bu hükümle koruma altına alınan hakkın özünün zedelenmesi riskini ortaya çıkaracaktır.¹²⁷¹

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası, bir kimsenin yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra derhal bir hâkim ya da yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin huzuruna çıkarılması şartı kapsamına girmeyecek bir istisnaya yer vermemiştir.¹²⁷²

Gözaltı, kişinin suç işlediği kuşkusuyla özgürlüğünden yoksun bırakıldığı an başlayıp, kolluk ya da savcı tarafından salıverildiği veya tutuklanması talebiyle yargıç önüne çıkarıldığı ana kadar devam eden bir dönemi kapsar. Yargıcın vereceği salıverme veya tutuklama kararı ile gözaltı hali sona erer. Kişinin yakalanması ile hâkim huzuruna çıkarılması arasında geçen sürenin makul olup olmadığının her olayın kendine özgü

¹²⁶⁸ *Süleymanoğlu/Türkiye*, no. 38283/04, 29/01/2013, §§ 22-24.

¹²⁶⁹ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, §§ 120-21.

¹²⁷⁰ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 395.

¹²⁷¹ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 33.

¹²⁷² *Bergman/Estonya*, no. 38241/04, 29/05/2008, § 45.

koşullarına göre tespiti gerekmektedir.¹²⁷³ Örneğin bir kişinin yakalanması ile yargıç huzuruna çıkarılması arasında geçen dört günü aşan gözaltı süresinin AİHM tarafından “çok uzun” olduğu tespit edilmiştir.¹²⁷⁴ Ancak davanın özel koşullarına atfedilen önem, hiçbir zaman Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme, yani devletin derhal salıverme veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirilmemelidir.¹²⁷⁵

Bir davada alıkoyulma ve yargı gözetimi arasında bu süreden daha uzun bir süre geçmiş olması otomatik olarak uluslararası standardın ihlal edildiği anlamına gelmez. Ancak, geçen bu fazladan sürenin kabul edilebilir addedilmesi için, davanın koşulları çerçevesinde gerekli olduğunun gösterilmesi gerekir. Bu tür bir durum, kişinin alıkonulduğu yer ile en yakın polis karakolu arasında bir günden fazla bir mesafenin olduğu hallerde,¹²⁷⁶ pek çok şüphelinin karıştığı karmaşık bir yakalama operasyonunun bulunduğu durumlarda, şüpheliden hayati önem taşıyan kanıtların temin edilmesinin önemli ölçüde zaman aldığı hallerde, sanığın hastanede yatmasını gerektirecek bir hastalığının olması ve bu sebeple hâkim huzuruna çıkarılmasının geciktiği hallerde söz konusu olabilir. Ancak terör, uyuşturucu ticareti vb. gibi durumlarda dahi yetkili mercilerin mutlak bir serbestîye (*carte blanche*) sahip olduğunu söylemek mümkün

¹²⁷³ *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 52.

¹²⁷⁴ *Oral ve Atabay/Türkiye*, no. 39686/02, 23/06/2009, § 43; *McKay/Birleşik Krallık [BD]*, no. 543/03, 3/10/2006, § 47; *Nastase-Silivestru/Romanya*, no. 74785/01, 4/10/2007, § 32. Örneğin kişinin gözaltına alınması ile yargısal makam önüne çıkarılması arasında geçen 13,5 saatin uzun olduğuna dair bkz., *Vasileva/Danimarka*, no. 52792/99, 25/09/2003, § 41; on beş günün uzun olduğuna dair bkz., *McGoff/İsviçre*, no. 9017/80, 26/10/1984; üç ayın uzun olduğuna dair bkz., *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998 ve *Jėčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000; altı günlük sürenin uzun olduğuna dair bkz., *Koster/Hollanda*, no. 12843/87, 28/11/1991 ve *Skoogström/İsveç*, no. 8582/79, 2/10/1984; on üç günün uzun olduğuna dair bkz., *Hacı Özen/Türkiye*, no. 46286/99, 12/04/2007; altı günün uzun olduğuna dair bkz., *Nechiporuk ve Yonkalo/Ukrayna*, 42310/04, 21/04/2011, § 215; dört günün uzun olduğuna ilişkin bkz., *Belousov/Ukrayna*, no. 4494/07, 7/11/2013, § 95.

¹²⁷⁵ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 396.

¹²⁷⁶ *Rigopoulos/İspanya* (kk), no. 37388/97, 12/01/1999.

değildir.¹²⁷⁷ Bununla beraber AİHM, kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmasının kırk sekiz saati birkaç saatten fazla sürelerle aştığı görülen pek çok davada ivedilik şartının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁷⁸

Brogan/Birleşik Krallık davasında da AİHM, kişinin yakalandıktan dört günü aşkın bir süre sonra yargıç önüne çıkarılmasının Sözleşme'nin 5(3) fıkrasına aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Somut davada, Kuzey İrlanda'da polis tarafından terör eylemlerinde bulundukları şüphesiyle yakalanan başvuruçular dört gün altı saat ile altı gün arasında devam eden süreler boyunca, ifadeleri alındıktan sonra, yargıç önüne çıkarılmaksızın ve aleyhlerine bir suçlamada bulunulmaksızın serbest bırakılmışlardır. AİHM, “derhal” ibaresinin anlamını belirlerken Fransızca metinde yer alan “aussitôt” sözcüğünün “hemen” anlamına geldiğini ve bu durumun da “derhal” (*promptly*) kavramının yorumlanmasındaki esneklik payını kısıtladığını ifade etmiştir.¹²⁷⁹ Mahkeme “derhal” ibaresinin ne anlama geldiğini her davanın özel koşullarında takdir etmek gerektiğini belirtmiş, ancak söz konusu özel koşulların hiçbir zaman Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında düzenlenen hakkın özüne zarar verecek şekilde değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır.¹²⁸⁰

¹²⁷⁷ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, §126.

¹²⁷⁸ Örneğin *İpek ve Diğerleri/Türkiye* davasında AİHM, dört günden daha kısa süreli bir gözaltı dönemini incelemiştir. Somut olayda on altı yaşındaki üç başvuruçuyu yakalandıktan yaklaşık üç gün dokuz saat sonra yargıcın önüne çıkarılmışlardır. Başvuruçuların yakalandıkları tarihte küçük olmaları, bir müdafî ile görüştürülmemeleri ve ifadelerin geç alınması nedenleriyle AİHM, “derhal” koşuluna uyulmadığını tespit etmiştir (*İpek ve Diğerleri/Türkiye*, no. 17019/02 ve 30070/02, 3/02/2009). Ancak AİHM, *Sar ve Diğerleri/Türkiye* kararında başvuruçunun 87,5 saat gözaltında tutulmasını, *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararındaki süreye uygun olduğunu belirterek, Sözleşme'nin 5(3) fıkrasına aykırı görmemiştir (*Sar ve Diğerleri/Türkiye*, no. 74347/01, 5/12/2006, § 28). Yedi günlük sürenin uzun olduğuna ilişkin olarak bkz., *Sarı ve Çolak/Türkiye*, no. 42596/98 ve 42603/98, 4/04/2006. On bir ve on üç günlük serelerin uzun olduğuna dair bkz., *Batı ve Diğerleri*, no. 33097/96 ve 57834/00, 3/06/2004.

¹²⁷⁹ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 59. Kararın anılan paragrafında, Sözleşme'nin iki dilde de orijinal metni olduğundan, AİHM her iki metinde yer alan ifadeleri birbiriyle uyumlu olarak Sözleşme'nin amaç ve konusuna uygun yorumlamak zorunda olduğunu belirtmiştir.

¹²⁸⁰ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 59. “Derhal” kavramının yorumu konusunda, karş., *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 48. Ayrıca terör

AİHM, somut davada Kuzey İrlanda'daki özel terör durumu nedeniyle, ulusal makamların, ciddi terör faaliyetlerine katıldığından şüphelenilen bir kişiyi yargıç ya da diğer bir görevli önüne çıkaracakları sürenin, yeterli güvenceler varsa geciktirilebileceğini kabul etmiştir.¹²⁸¹ Ancak AİHM, özel koşulların var olduğu kabul edilse dahi on iki oya karşı yedi oyla “derhal yargıç önüne çıkarılma kuralı”nın, dört gün altı saatlik ya da daha uzun bir gecikmeye izin verecek şekilde genişletilemeyeceğini belirterek ihlal kararı vermiştir.¹²⁸² AİHM'nin söz konusu kararında zımnen var olan düşünce, olağanüstü hal ile karşı karşıya olan bir devletin Sözleşme'nin 5(3) fıkrasını yanlış bir şekilde yorumlamak yerine, Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamında yükümlülüklerini askıya almasının daha uygun bir yol olacağı şeklindedir.¹²⁸³

Başvurucuların alıkoyma ile yargıç önüne çıkarma arasındaki sürenin dört gün altı saat ilâ altı gün on dört buçuk saat olduğu *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* davasında AİHM, hem gerçekten acil bir durum olduğunu hem de mahkeme huzuruna çıkartılıncaya kadar yedi güne kadar bir sürenin geçmesinin, bu tür bir askıya alma durumunda kabul edilebilir sınırlar içinde değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.¹²⁸⁴

eylemi iddiasıyla alıkonan kişilerin on iki ilâ on dört gün arasında tutulmalarının ihlal olduğuna dair bkz., *Sakık ve Diğerleri*, no. 23878/94 vd., 26/11/1997.

¹²⁸¹ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 61.

¹²⁸² Örneğin, açık denizde tutulan kişinin anakarada yetkilinin önüne çıkartılmasındaki gecikmenin ihlal olmadığına dair bkz., *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010 [daire kararında 4'e karşı 3 oyçokluğu mevcuttur]; yedi günlük gecikmenin hava koşulları nedeniyle ortaya çıktığı görüşünün kabul görmediği ve ihlal kararı verilen dava için bkz., *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12/5/2005.

¹²⁸³ Harris et al., 2013, s. 172. *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* davasında AİHM, davalı devlet IRA şüphelilerinin *Brogan/Birleşik Krallık* davasındaki sürelerden daha uzun süre boyunca ve aynı yasa temelinde gözaltında tutulmalarının Sözleşme'nin 5(3) maddesini ihlal ettiğini kabul etmekle beraber, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca olağanüstü hal nedeniyle yükümlülüklerini askıya aldığından ihlal kararı vermemiştir (*Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, no. 14553/89 ve 14554/89, 26/05/1993).

¹²⁸⁴ *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, no. 14553/89 ve 14554/89, 26/05/1993. AİHM, olağanüstü hallerde gözaltı süresini ilk olarak *Lawless/Birleşik Krallık* davasında incelemiştir. Başvurucu, olağanüstü halin ilan edildiği ülkede idari makamlar tarafından yargıç önüne çıkarılana kadar yaklaşık beş ay gözaltında tutulmuştur. AİHM, Sözleşme'nin 15. maddesine göre geçerli bir olağanüstü hal ilan eden

Kararda AİHM, alıkoyma uygulamasının yargısal denetime tabi olması halinde açıklanması gerekebilecek hassas bilgiler bulunması ve alıkoyma süresinin uzatılmasına yargının dâhil olmasının, yargının bağımsızlığına kamuoyu nezdinde olan itimadı sarsabileceğine dair Birleşik Krallığın endişelerini özellikle dikkate almıştır. AİHM somut davada *habeas corpus* güvencesinin¹²⁸⁵ her zaman mevcut olması ve kırk sekiz saat alıkonulduktan sonra kişinin bir avukatla görüşme hakkına riayet edilmesi gerekçeleriyle Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde askıya alma işlemini kabul edilebilir bulunmuştur. Her ne kadar bu karara AİHM'nin dört hâkimi şiddetle itiraz etmiş olsa da alıkoyma uygulamasının otomatik olarak yargı gözetimine tabi olmasının bu denli önemli bir süre ertelenmesini gerektiren durumlar da olabilmektedir. Yine de bu tür bir adımın istisnai özellik taşıması, hem bir acil durumun gerçekten mevcut olduğunun kanıtlanması hem de alıkonulan kişilerin hassasiyetlerinin suiistimal edilmesi ihtimaline karşı çeşitli teminatların sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.

AİHM'nin bu kararı, yargısal denetimin sınırsız bir süre ertelenmesi yetkisini vermemektedir.¹²⁸⁶ AİHM, bu süre kısıtlamasının önemine daha sonra *Nuray Şen/Türkiye*,¹²⁸⁷ *Aksoy/Türkiye*¹²⁸⁸ ve *Demir ve Diğerleri/Türkiye*¹²⁸⁹ davalarında da değinmiş ve Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde sağlanan askıya alma imkânına rağmen, bir terör tehdidinin özellikleri ve kapsamının kişinin mahkemeye çıkartılmadan önce on dört ilâ yirmi üç gün boyunca alıkonulmasını haklı kılmayacağına karar

savunmacı devletin aldığı bu tedbiri, “durumun gerektirdiği zorunlulukları karşılamak için uygun bir tedbir” olarak görmüş, sonuç olarak derhal yargıç karşısına çıkarılma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Lawless/İrlanda* (no.3), no. 332/57, 01/07/1961). Ayrıca bkz., *İrlanda/Birleşik Krallık*, no. 5310/71, 18/1/1978.

¹²⁸⁵ *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, no. 14553/89 ve 14554/89, 26/05/1993, § 28. Bu konuda bkz., *supra*, s.

¹²⁸⁶ *Yaman/Türkiye*, no. 32446/96, 2/11/2004, § 73; *Murray/Birleşik Krallık* [BD], no. 14310/88, 28/10/1994, § 58.

¹²⁸⁷ *Nuray Şen/Türkiye*, no. 41478/98, 17/06/2003, § 28.

¹²⁸⁸ *Aksoy/Türkiye*, no. 21987/93, 18/12/1996 (Yedi günlük bir süre söz konusudur).

¹²⁸⁹ *Demir ve Diğerleri/Türkiye*, no. 21380/93 vd., 23/09/1998.

vermiştir.¹²⁹⁰ AİHM, ayrıca *Yaman/Türkiye* kararında olduğu gibi olağanüstü durumun söz konusu olduğu bölgenin dışında kalan bir yerdeki bir özgürlükten mahrumiyetin “yer bakımından yetki” (*ratione loci*) bakımından 15. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir.¹²⁹¹

Aksoy/Türkiye ve *Demir ve Diğerleri/Türkiye* davalarında savunmacı devlet, terör faaliyetlerinde soruşturmanın yetkili makamlar bakımından bazı özel sorunlara yol açtığını ifade etmişse de AİHM, söz konusu alıkoyma uygulamalarının yargı denetimine tabi olmasının herhangi bir soruşturmaya hangi nedenlerle zarar verebileceğine dair bir açıklama getirilmemiş olduğunu tespit etmiştir. Davalı devletin, Sözleşme’nin 5(3) fıkrasını uygulamaması bakımından öne sürdüğü askıya alma işlemini mazeret olarak öne sürmesinin kabul edilmemesinin bir başka sebebi de alıkonan kişilere özgürlükten mahrumiyetle ilgili yeterli alternatif teminatların sağlanmamasıdır. Zira alıkonulan kişiler avukat, doktor, yakınları ve arkadaşlarıyla görüştürülmemişlerdir. Ancak, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* davasında görüldüğü türden teminatların bulunması halinde bile, bu iki davada mahkeme huzuruna çıkartılmadan uzun süre başvuru sahiplerinin alıkonulmasının haklı bulunma ihtimali çok düşük görünmektedir. Zira yargı denetimi ne kadar gecikirse kişinin keyfi muameleye maruz kalma riski o derecede artmaktadır.¹²⁹²

Yargısal denetim, alıkoyma uygulamasının keyfi olma riskinin asgari seviyeye çekilmesi açısından önem taşımaktadır. Alıkoyma işlemini gerçekleştiren yetkili mercilerin yasal sürecin devamı amacıyla davayı mahkemeye sevk etmek üzere gerekli tüm hazırlık işlemleri tamamladığı ancak, alıkoyma uygulamasının çok kapsamlı olduğu

¹²⁹⁰ Mocavei, 2010, s. 63.

¹²⁹¹ *Yaman/Türkiye*, no. 32446/96, 2/11/2004, § 69.

¹²⁹² Mocavei, 2010, s. 64.

ve davanın mahkemeye götürülmesinin normal olarak diğer davalardan daha uzun bir süre alacağı hallerde keyfilik söz konusu olmayacaktır.

AIHM, özel koşulların ortaya çıkmasının muhtemel olduğu başka bir alan olan askeri ceza hukuku açısından da “askeri yaşam ve adaletin gerekleri göz önüne alındığında dahi” beş günlük bir sürenin Sözleşme’nin 5(3) fıkrasını ihlal edeceğine karar vermiştir.¹²⁹³ AIHM örneğin, *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda* kararında asker kişilerin yedi, on bir ve on altı günlük sürelerle gözaltında tutulmalarının,¹²⁹⁴ *Duinhof ve Duijf/Hollanda* kararında beş gün süreyle gözaltında tutulmalarının,¹²⁹⁵ *Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda* davasında¹²⁹⁶ on bir ve on iki günlük sürelerle gözaltında tutulmaları, Sözleşme’deki “derhal” sözcünün gerektirdiği süreyi aştıkları gerekçesiyle ihlal tespit etmiştir.

AIHM, uluslararası sularda gerçekleşen alıkoyma durumlarında daha esnek davranmaktadır. *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* davasında başvuruçular 13/6/2002 tarihinde *Winner* isimli geminin açık denizde durdurulması üzerine yakalanmış ve 26/6/2002 tarihinde Fransa’ya vardıklarında gözaltına alınmışlardır. Başvuruçuların Sözleşme’nin 5(3) fıkrası çerçevesinde “yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” niteliklerine sahip olan *tahkikat hâkimlerinin* önüne çıkarılmaları yakalanmalarından ancak on üç gün sonra olmuştur. Durdurulduğu anda *Winner*, açık denizde Cap Vert Adaları açıklarında ve dolayısıyla Fransız kıyılarından uzakta seyrediyordu. Ayrıca, somut olayda, hava durumu şartları ve *Winner*’ın daha hızlı ilerlemesini imkânsız kılan harap durumu dikkate alındığında, *Winner*’ın Fransa’ya gerekenden geç vardığını gösterir bir delil bulunmamaktadır. Başvuruçular Fransa’dan daha yakın olan başka bir ülkenin makamlarına teslim edilmelerinin ve bu

¹²⁹³ Harris et al., 2013, s. 172.

¹²⁹⁴ *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984.

¹²⁹⁵ *Duinhof ve Duijf/Hollanda*, no. 9626/81 ve 9736/82, 22/05/1984.

¹²⁹⁶ *Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda*, no. 9362/81 vd., 22/05/1984.

ülkede adli bir makamın önüne hemen çıkarılmalarının mümkün olduğunu iddia etmemişlerdir. Son olarak, başvuruçuların bir yargıcın önüne getirilmelerinden önce gözaltında kaldıkları süre Fransa'ya varmalarından itibaren sekiz ile dokuz saat arası sürmüştür. AİHM, söz konusu davada, sekize karşı dokuz oyla, bu sürenin 5(3) fıkrasında ve AİHM içtihatlarında geçen “derhal” şartına uygun olduğuna karar vererek ihlal bulmamıştır.¹²⁹⁷

Yargısal denetimin gerçekleştirilme süresi her olayın kendine özgü koşullarına göre farklılıklar göstermekle birlikte, nispeten daha kısa gözaltı süreleri de, yetkili makamların yakalanan kişiyi daha kısa sürede yargıç huzuruna çıkarmalarını engelleyecek özel bir zorluk veya olağandışı bir durum söz konusu olmadığı sürece, yargısal denetimin derhal olması şartını ihlal edebilmektedir.¹²⁹⁸

Yargısal makamın önüne çıkarılmadan önce özgürlükten mahrumiyetin makulün ötesinde uzun sürmemesi gerekir. Bu sürenin belirlenmesinde başka bir yerde alıkonulmuş kişinin karakola götürülmesi, kişiden adli kanıtlar temin edilmesi, kimlik tespiti için sorgulanması, ilk şüphelerin geçerli olup olmadığına bakılması ve yok edilme riski olan kanıtların yerinin tespiti, alıkonulacak diğer şüphelilerin uyarılarak kaçmalarının önlenmesi ve kişinin karakoldan alınarak mahkemeye çıkarılması gibi unsurlar göz önüne alınır. Her ne kadar bu tür ilk işlemler için mutlak bir süre belirlemek mümkün değilse de tüm davaların genel akışı içinde en fazla bir ilâ iki gün içinde tamamlanmaları gerekir.¹²⁹⁹

Bir davanın takibatında gereken işlemlerin, doğru planlama ve organizasyonla aşılabilecekken kurumsal ya da usule ilişkin sorunlar nedeniyle uzamasının haklı bir

¹²⁹⁷ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010. Ayrıca bkz., *Rigopoulos/İspanya* (kk), no. 37388/97, 12/1/1999.

¹²⁹⁸ *İpek ve Diğerleri/Türkiye*, no. 17019/02 ve 30070/02, 3/02/2009, §§ 36-37; *Kandzhov/Bulgaristan*, no. 68294/01, 6/11/2008, § 66.

¹²⁹⁹ Mocavei, 2010, s. 61.

gerekçe olarak kabul edilmesi mümkün değildir. *Koster/Hollanda* davasında gerçekleştirilen bir askeri harekâtın alıkonulan kişinin beş gün boyunca askeri mahkeme huzuruna çıkarılmasını engellediği gerekçesi AİHM tarafından kabul edilmemiştir. AİHM, söz konusu harekâtların beklenmeyen harekâtlar olmadığını, belli aralıklarla gerçekleştirildiğini, öngörülebilir olduklarını ve askeri makamların gerekirse hafta sonu bile bir askeri mahkeme toplanmasını sağlamalarını hiçbir şekilde engellemediğini belirlemiştir.¹³⁰⁰

Benzer durum, hâkim sayısının yetersiz olması, resmi tatiller ya da hafta sonu alıkonulan kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmamasının bir mazeret olarak ileri sürüldüğü durumda da kuşkusuz geçerli olacaktır. AİHM'nin, duruşmaların hafta sonları da yapılmasına ilişkin görüşleri gayet açık bir biçimde, devletin mahkemelerin kapalı olduğu dönemde de bir yargıcın alıkoyma uygulamasını denetlemesini sağlama sorumluluğu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum, alıkoyma uygulamasının zamanlaması bakımından da geçerlidir. Alıkoyma süresinin mahkemelerin normal mesai saatinin bitiminden sonra başlamış olması, söz konusu kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmasının bir sonraki iş gününe ertelenmesi için tek başına haklı bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda, alıkonulan kişinin gece nöbetçi mahkeme huzuruna çıkarılması gerekir.¹³⁰¹

Yakalanan veya tutulan bir kişinin adli bir makama erişebilmiş olması, söz konusu yakalama veya tutmanın Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında yer alan derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması kuralı açısından yeterli değildir.¹³⁰² Adli makama erişimin sağlanmasının yanı sıra

¹³⁰⁰ *Koster/Hollanda*, no. 12843/87, 28/11/1991, § 25.

¹³⁰¹ Mocavei, 2010, s. 62.

¹³⁰² *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 51; *Pantea/Romanya*, no. 33343/96, 3/06/2003, § 231.

kişinin tutma halinin adli makamlarca “derhal” yargısal denetime tabi tutulması gerekmektedir.

AİHM tarafından verilen kararlarda belirlenen gözaltı süreleri aşılmamakla beraber ulusal hukukta yasayla öngörülen süre aşılmış olabilir. Böyle bir durumda Sözleşme’nin 5(3) fıkrası ihlal edilmiş olmamasına rağmen ulusal hukuka uyulmadığından Sözleşme’nin 5(1) fıkrasındaki “hukukilik şartı” ihlal edilmiş olacaktır.

Bu noktada değinilmesi gereken bir başka husus da, tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin “otomatik olarak” başka bir ifadeyle tutuklanan kişinin bu hususta önceden talepte bulunmasına bağlı olmaksızın gerçekleştirilmesidir.¹³⁰³ Otomatik denetim keyfiliğin önlenmesi bakımından büyük öneme sahiptir.¹³⁰⁴ Hâkim tarafından alıkoyma halinin devam ettirilmesinin haklı bulunup bulunmadığını belirlemek üzere, düzenli aralıklarla davanın incelenmesi gerekir. Bu uygulamanın amacı, somut alıkoyma açısından koşulların zamanla değişebileceği, dolayısıyla bir soruşturmanın ilk evrelerinde alıkoyma hali gerekiyken daha sonraki bir aşamada tutmaya gerek kalmayabileceği olgusunun adli mercilerce göz önünde bulundurulmasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla, alıkoyma uygulamasını gerçekleştiren mercilerin görevi, kişinin alıkoyulma halinin devam ettiği bir davanın düzenli aralıklarla –bu aralıkların bir ya da iki aydan uzun olmamalıdır– adli/yargısal denetiminin sağlanmasıdır. Bu şekilde bir yargısal denetimin yapılmaması kişinin, Sözleşme’ye aykırı tutulması sonucunu ortaya çıkaracaktır.

Tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin, tutuklanan kişinin talebine bağlı kılınması Sözleşme’nin 5(3) fıkrası ile sağlanan güvencelere aykırılık teşkil eder.

¹³⁰³ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 34; *Varga/Romanya*, no. 73957/01, 1/04/2008, § 52; *Viorel Burzo/Romanya*, no. 75109/01, 12639/02, 30/06/2009, § 107.

¹³⁰⁴ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 58; *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, no. 14553/89 ve 14554/89, 26/05/1993, §§ 62-63; *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 49; *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 118.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası, yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırıysa serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 5(4) fıkrasından farklı düzeyde bir güvence sağlamaktadır.¹³⁰⁵ Tutma ile ilgili denetim konusunda Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında öngörülen usulün kişilere, “yargısal nitelik” taşıyan bir usulü zorunlu kılan Sözleşme'nin 5(4) fıkrasındaki usulden daha az katı¹³⁰⁶ güvenceler sağladığını vurgulamak gerekmektedir. Sözleşme'nin 5(4) fıkrası uyarınca yapılan inceleme kişinin talebi üzerine yapılmakta iken, 5(3) fıkrası bağlamındaki inceleme ise otomatik olarak gerçekleştirilmektedir.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası bakımından yargısal denetimin talebe bağlı olmaksızın gerçekleştirilmesi kötü muameleye maruz kalan kişiler açısından da önem taşımaktadır. Zira bir kişinin, tutulmasının bir yargıç tarafından yargısal denetime tabi tutulmasını talep edemeyecek durumda olma olasılığını da gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Nitekim aynı husus, zihinsel engelliler veya adli görevlinin dilini bilmeyen kişiler açısından da geçerlidir.¹³⁰⁷

D. Yetkili Adli Mercii Niteliği

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının metninde yer alan “görevli” (*officier*) kelimesi “yargıç” (*lawyer*) ile aynı anlama gelmemektedir. Fıkarda yer alan “yargıç” kelimesi herhangi bir tereddüde yol açmazken, “yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisi” ifadesi, AİHM'yi yargıç olmayan bu tür bir görevlinin kim olduğunu belirlemek zorunda bırakmıştır.

¹³⁰⁵ *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 49; *Niedbala/Polonya*, no. 27915/95, 4/07/2000, § 50; *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 122.

¹³⁰⁶ *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, no. 14553/89 ve 14554/89, 26/05/1993, § 58.

¹³⁰⁷ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 34; *Ladent/Polonya*, no. 11036/03, 18/03/2008, § 74.

AİHM’ye göre adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin yargıcın bazı niteliklerine haiz olması ve yakalanan kişi açısından her biri bir güvence teşkil eden belirli şartları taşıması gereklidir.¹³⁰⁸ Kanunda belirtilen resmi ve somut koşullar, bir kimsenin özgürlüğü hakkında hüküm vermeye yetkili kılınmış adli makamın tanımlanması açısından önem taşır.¹³⁰⁹

Ayrıca Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında yer alan yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisi ifadesinin, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde geçen “yetkili merci” (*competent legal authority*) ile aynı anlama geldiği de unutulmamalıdır.¹³¹⁰

Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında yer alan “yargı yetkisi”nin (*judicial power*) kullanımı ibaresinin sadece hukuki meseleler hakkında hüküm vermekle sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. Sözleşme’nin 5(3) fıkrasındaki yetki kullanma görevi, hem savcılık görevlilerini hem de mahkemelerdeki yargıçları kapsamaktadır.¹³¹¹

1. Bağımsızlık

Adli görev yapmaya yetkili kılınmış bir kamu görevlisinin sahip olması gereken özelliklerden ilki “bağımsızlık”tır (*independence*). Bağımsızlık ile kastedilen esas olarak görevlinin yürütme organı/erki (*executive*)¹³¹² ve taraflardan (*parties*) bağımsız olmasıdır.¹³¹³ Bağımsızlık kavramı, bu görevlinin tutuklamaya ya da salıvermeye yönelik hukuken bağlayıcı bir karar alabilmesini gerektirmektedir. Tutma konusunda

¹³⁰⁸ *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 4/12/1979, § 31.

¹³⁰⁹ *Hood/Birleşik Krallık* [BD], no. 27267/95, 18/02/1999, § 60; *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 48.

¹³¹⁰ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, § 123; *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 4/12/1979, § 29; Ayrıca bkz., Doğru ve Nalbant, 2012, s. 397.

¹³¹¹ *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 4/12/1979, § 28.

¹³¹² “Görevli”nin yürütme erkinden bağımsız olması gerektiği konusunda bkz., *Niedbala/Polonya*, no. 27915/95, 4/07/2000, § 52.

¹³¹³ *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, §124.

tavsiye niteliğinde kararlar veren yetkili komite ya da makamlar mahkeme niteliğinde değildir.¹³¹⁴

Mahkeme yargıçları açısından bir tereddüt bulunmamakla beraber savcıların yargı yetkisini kullanma yetkisini haiz olmaları ve savcılık makamının da yargıçlar gibi idareden bağımsız olmaları gerekmektedir. Ancak uygulamada, savcıların Sözleşme’de öngörülen şartlara uygun bir şekilde bu görevi üstlenmelerinin olanaksız olduğu da görülmüştür. “Görevli”nin yargı yetkisini haiz olması şartı, söz konusu “görevli”nin hem idareden bağımsız hem de tarafsız olması anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım AIHM’yi, bir savcıya, bir şüphelinin yargılanma öncesi alıkoyulmasına devam edilip edilmemesine karar verme yetkisi verilmesinin Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının hükümlerine uygun olmadığını tespit etmeye yöneltmiştir.

Bülül/Türkiye davasında başvuru, tutuklu yargılanması kararı veren askeri hâkimin bağımsız ve tarafsız olarak değerlendirilemeyeceğini iddia etmiştir. Söz konusu davada başvuru, Ankara DGM üyesi olan bir askeri hâkimin kararıyla tutuklu yargılanmaya başlamıştır. Bu aşamada, AIHM, devlet güvenlik mahkemeleri heyetinde yer alan askeri hâkimlerin konumunu geçmişte incelemiş olduğunu anımsatmış ve Sözleşme’nin 6(1) fıkrası uyarınca DGM heyetinde yer alan askeri hâkimin aynı zamanda orduda görevli bir asker olduğu, ordunun da sonuçta yürütmeden emir alan bir kurum olduğunu, askeri hâkimin askeri disipline tabi olduğunu, tayin edilmesine ilişkin kararların büyük ölçüde idari makamlar ve ordu tarafından alındığını belirterek Sözleşme’nin 6(1) fıkrası uyarınca sorunlu olan bu saptamaların 5(3) fıkrası açısından da geçerli olduğunu değerlendirerek ihlal kararı vermiştir.¹³¹⁵

¹³¹⁴ Askeri davalarla ilgili olarak bkz., *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, §§ 46-53; *Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda*, no. 9362/81 vd., 22/05/1984; *Duinhof ve Duijf/Hollanda*, no. 9626/81 ve 9736/82, 22/05/1984.

¹³¹⁵ *Bülül/Türkiye*, no. 47297/99, 22/05/2007.

Görevlinin bağımsız olması şartı, diğer yargıç veya görevlilerin astı olamayacağı anlamına gelmemektedir.¹³¹⁶ Bu açıdan adli görev yapmaya yetkili kılınmış bir kamu görevlisinin, yargıcın astı olarak çalışması hali bağımsızlık ilkesini zedelemeyiz. Ancak özellikle savcılar açısından yürürlükte olan yasalara göre bir savcının savcılık görevi dışında kamu menfaatinin koruyucusu rolünü üstlenmesi ona “yargısal bir statü” kazandırmayacaktır.¹³¹⁷ Böyle bir durumda, kişinin savcının tutuklama kararına karşı yargıca başvurma imkânı olsa bile eğer yargıca gönderme herhangi bir başvuruya gerek kalmaksızın otomatik olarak gerçekleşmiyorsa Sözleşme’nin 5(3) fıkrası ihlal edilmiş olur.

Tutuklama kararı vermeye yetkili adli görevli, yargılama safahatı içinde başka görevlerde de bulunabilmektedir. Ancak tutuklama kararı vermeye yetkili adli görevlinin, tutuklama kararından sonraki yargılama aşamalarında iddia makamının temsilcisi olarak yer alması, haklarında karar verdiği kişiler açısından, tarafsızlığı hususunda haklı bir şüphenin ortaya çıkmasına neden olacaktır.¹³¹⁸ Bu açıdan, söz konusu görevlinin, tutuklama kararı verildiği tarihteki yargılama aşamalarında tarafsız olarak yer alması oldukça önemlidir. Yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış bir kamu görevlisinin, ceza yargılamalarında iddia makamı tarafında yer alabilme olasılığı mevcutsa, söz konusu görevlinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı şüpheyeye açık hale gelebilir.¹³¹⁹

¹³¹⁶ *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 4/12/1979, § 31.

¹³¹⁷ Bu konuda bkz., *Niedbala/Polonya*, no. 27915/95, 4/07/2000.

¹³¹⁸ *Huber/İsviçre*, no. 12794/87, 23/10/1990, § 43; *Brincat/İtalya*, no. 13867/88, 26/11/1992, § 20.

¹³¹⁹ *Brincat/İtalya*, no. 13867/88, 26/11/1992, § 21; *Hood/Birleşik Krallık* [BD], no. 27267/95, 18/02/1999, § 57; *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 49; *Pantea/Romanya*, no. 33343/96, 3/06/2003, § 236.

2. Tarafsızlık

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası bağlamında adli görev yapmaya yetkili kılınmış bir kamu görevlisinin sahip olması gereken özelliklerden ikincisi “tarafsızlık”tır (*impartiality*). Tarafsızlık kavramı genellikle tutulan kişi ile “görevli” arasındaki ilişki çerçevesinde değerlendirilir ve görevlinin davanın geri kalan kısmında yargılamaya katıldığı durumlarda önem kazanır.¹³²⁰ Tarafsızlık, önyargılı ve yanlı olmamaktır. Tarafsızlık koşulunun yerine getirilip getirilmediğinin hem *objektif* hem de *subjektif* olarak test edilmesi gerekmektedir.¹³²¹ Tarafsızlığın varlığı; hem belirli bir davada bir yargıcın kişisel görüşlerini esas alan *subjektif* bir teste hem de yargıcın bu konudaki meşru sayılabilecek şüphelerini ortadan kaldıracı güvenceleri taşıyıp taşımadığı hususunda *objektif* bir teste tabi tutularak tespit edilir.

Sanığın tutukluluğuna karar verme konusunda yetkisi bulunmayan bir görevlinin, ceza yargılamasının tutuklama kararından sonraki aşamasına savcılık makamının temsilcisi olarak katılması Sözleşme'nin 5(3) fıkrasındaki tarafsızlık ilkesini zedeleyecektir.¹³²² Görevli, aslında davaya katılmamış olsa bile, yargılamanın sonraki aşamasına katılma yetkisine sahip olması da tarafsızlık açısından sorun oluşturur. Görevlinin tarafsızlığının hem objektif hem de subjektif olarak kuşkuya açık olmaması gereklidir. Tutulma kararı verildiği sırada nesnel izlenimler önem taşır.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasını, 6(1) fıkrasındaki “tarafsızlık” koşuluyla uyumlu hale getiren bu nesnel unsur askeri bir polis soruşturmasıyla ilgili *Hood/Birleşik Krallık* davasında incelenmiştir.¹³²³ Bu davada AİHM, şüpheli bir asker hakkında yapılan kovuşturmada, hakkında soruşturma yapılan kişinin komutanının merkezi bir role sahip

¹³²⁰ Harris et al., 2013, s. 173.

¹³²¹ *Hauschildt/Danimarka*, no. 10486/83, 24/05/1989, § 46.

¹³²² *Huber/İsviçre*, no. 12794/87, 23/10/1990, § 43.

¹³²³ *Hood/Birleşik Krallık* [BD], no. 27267/95, 18/02/1999. Bu konuda ayrıca bkz., *Brincat/İtalya*, no. 13867/88, 26/11/1992; *Pauwels/Belçika*, no. 10208/82, 25/5/1988.

olmasından dolayı Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, komuta kademesinde yer alan görevlinin kurumun disiplininden ve düzeninden sorumlu olmasının, şüpheli açısından, komutanın, emrindeki bir şüphelinin tutuklanmasının gerekli olduğuna karar verirken tarafsızlığından makul biçimde şüphe duyması için ek bir neden oluşturabileceğini değerlendirmiştir.¹³²⁴

Tarafsızlık sorununun, hâkimlerin konumunu da etkileyebileceğini vurgulamak gerekir.¹³²⁵ Bir hâkimin yargılama öncesi kararlara dâhil olmasının aynı davaya bakarken objektif tarafsızlığını muhafaza edememesine yol açabileceğine dair kapsamlı bir içtihat bulunmaktadır. Bu durum özellikle, alıkonulan kişinin suçlu ya da suçsuz olduğuna dair bir karar verilmesi gereken hallerde söz konusu olmaktadır.¹³²⁶

Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan davasında, başvuru kendisini sorgulayan bir sorgu yetkilisi huzuruna çıkarılmış, bu yetkili tarafından hakkında resmi bir suçlamada bulunulmuş ve gözaltına alınmıştır. Ardından başvuru gözetimine alınmasına karar veren bu yetkilinin kararı savcı tarafından onaylanmış ve diğer savcılar da alıkonulma halinin devamına karar vermiştir. AİHM, bu savcılarının herhangi birinin daha sonra cezai yargılama esnasında başvuru aleyhinde görev alabileceğini dikkate alarak, bu savcılarının 5(3) fıkrası çerçevesinde yeterince bağımsız veya tarafsız olmadıklarına karar vermiştir.¹³²⁷

¹³²⁴ Harris et al., 2013, s. 174.

¹³²⁵ Örneğin AİHM, *Bülbül/Türkiye* kararında, Sözleşme'nin 6(1) fıkrası bakımından bağımsız ve tarafsız sayılamayacak DGM'lerdeki askeri yargıcın, tutuklama kararı verebilecek bağımsız yargıç statüsüne de sahip olmadığı ve Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Bülbül/Türkiye*, no. 47297/99, 22/05/2007, §§ 23-24).

¹³²⁶ Mocavei, 2010, s. 56.

¹³²⁷ *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998.

E. Yargıç veya Yasayla Adli Görev Yapmaya Yetkili Kılınmış Sair Kamu Görevlisinin Takip Etmesi Gereken Usul

Usul açısından gerekli şartlar kapsamında, söz konusu “görevli”nin, karar vermeden önce, bizzat huzuruna çıkarılan kişiyi dinleme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹³²⁸ Başka bir ifadeyle tutulan kişinin durumunun duruşmada değerlendirilmesi gerekmektedir.¹³²⁹

Bu noktada Sözleşme’nin 5(3) fıkrası çerçevesinde, görevlinin belli bir hukuki yeterliliğe (*legal qualification*) sahip olması gerekip gerekmediğini *Hood/Birleşik Krallık* davasında incelemiş ve bu tür bir yeterliliğin bulunmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir.¹³³⁰

Bir usul güvencesi olarak kişinin avukatının duruşmada hazır bulunması zorunluluğu da bulunmamaktadır.¹³³¹ Bununla beraber, avukatın duruşmaya dâhil edilmemesinin, başvurucunun kendisini savunmasını olumsuz yönde etkileyebileceği de göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.¹³³²

1. Tutuklamanın Esasının İncelenmesi

Sözleşme’nin 5(3) fıkrası, adli görevlinin tutuklamayı esastan incelemesini gerektirir.¹³³³ Söz konusu “görevli”nin, esas açısından gerekli şartlar bağlamında, tutuklamaya ilişkin lehte ve aleyhteki durumları inceleme ve hukuki kriterleri göz önüne

¹³²⁸ *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 04/12/1979, § 31; *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 51; *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 50; *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 49.

¹³²⁹ Harris et al., 2013, s. 174.

¹³³⁰ *Hood/Birleşik Krallık* [BD], no. 27267/95, 18/02/1999, § 59.

¹³³¹ *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 04/12/1979, § 36.

¹³³² *Lebedev/Rusya*, no. 4493/04, 25/10/2007, §§ 84-90.

¹³³³ *Krejčíř/Çek Cumhuriyeti*, no. 39298/04 ve 8723/05, 26/3/2009, § 89; *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 47; *T.W./Malta* [BD], no. 25644/94, 29/04/1999, § 41.

olarak tutuklamanın haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığına karar verme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹³³⁴

Yakalama veya tutuklamanın; (i) başlangıçta talebe bağlı olmaksızın gerçekleştirilen yargısal denetimi kapsamında kanuna uygun olup olmadığının ve (ii) yakalanan kişinin suç işlediğine dair makul şüphe bulunup bulunmadığının, başka bir ifadeyle tutuklamanın Sözleşme'nin 5(1)(c) fıkrasında belirtilen tutuklama yetkisi veren istisnai koşullara bağlı olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin incelenmesi gerekir.¹³³⁵

Bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığının tespit edilmesini amaçlayan Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının gerekli kıldığı inceleme sadece kanuna uygunluk hususuyla sınırlı olmayıp tutuklamaya ilişkin lehte ve aleyhteki farklı durumları da kapsayacak bir genişlikte olmalıdır.¹³³⁶ Ayrıca, derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı aynı zamanda özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin duruşmalı olarak dinlenmesini de gerektirir.¹³³⁷ Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin dinlenmemesi ve savcının görüşlerine karşı kendi görüşlerini dile getirme fırsatına sahip olamaması sonucunda tutukluluk süresinin uzatılması da bu fıkra aykırılık oluşturur.¹³³⁸

Abdülstar Akgül/Türkiye davasında AIHM, CMK'nın 94. maddesi uyarınca başvurunun tutuklanmasına karar veren sulh seza mahkemesi hâkiminin, başvurunun serbest bırakılmasına karar verme gücü de olduğunu ancak, söz konusu hâkimin, yakalama emrine konu olan kişi olup olmadığından emin olmak için

¹³³⁴ *Salih Salman Kılıç/Türkiye*, no. 22077/10, 5/3/2013, § 25; *Süleymanoğlu/Türkiye*, no. 38283/04, 29/01/2013, § 21; *Pantea/Romanya*, no. 33343/96, 3/06/2003, § 231; *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 04/12/1979, § 31; *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 52.

¹³³⁵ *Oral ve Atabay/Türkiye*, no. 39686/02, 23/06/2009, § 41; *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 40.

¹³³⁶ *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, § 52.

¹³³⁷ *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 51.

¹³³⁸ *Mamedova/Rusya*, no. 7064/05, 1/06/2006, § 43.

başvurucunun kimliğini tespit etmekle ve söz konusu yakalama emrini kendisine tebliğ etmekle yetindiğini ve başvurucunun ifadesini almadığını, bu kişinin tutuklanmasını veya tutuklanmamasını savunan koşulları incelemeyi tespit etmiştir. Dolayısıyla hâkimin, başvurucunun tutuklanmasının gerekçesini hiçbir şekilde incelemeyi ve ayrıca başvurucunun bu hâkimin huzuruna çıkarılmasının Sözleşme'nin 5(3) fıkrasına uygun olmadığı tespit edilmiştir.¹³³⁹

Bir kişinin alıkoyulma halinin sürdürülmesi için haklı bir gerekçe bulunsa bile, yargılama öncesi alıkoyma halinin makul bir süreyi aşmaması gerekir. Alıkoyma süresi, takibatın karmaşıklık ve dava hazırlığında gereken çalışmaların derecesine göre değişiklik gösterebilir. Uzun süre hiçbir işlem yapılmaması, kaçınılmaz olarak bir ihlâlin tespit edilmesine yol açacağı gibi bir davanın gecikmeden yargı önüne getirilmesinin teminine ilişkin yargı sorumluluğuna da aykırılık teşkil eder.¹³⁴⁰ Bu sorumluluğu yerine getirebilmek için hâkimin hem ilk alıkoyulmanın dayanağını hem de alıkoyulma halinin devamına ilişkin öne sürülen sebepleri çok yakından incelemesi gerekir. Yargısal denetimle ilgili endişeler genellikle, yargısal denetimin suçluların yargılanmadan serbest bırakılmalarına yol açacağı ve dolayısıyla bu kişilerin yargıyı hiçe sayabileceği, yargıdan kaçabileceği ya da başka suçlar işleyebileceği doğrultusundaki pek doğru olmayan bir inanıştan kaynaklanmaktadır.

Bununla beraber, salıverme işleminin otomatik olmaması gerekmektedir. Yargıcın görevi, alıkoyulmanın uygun olup olmadığını inceleyerek geçerli ve haklı gerekçeler mevcutsa alıkoyma halini onaylamaktır. Alıkoyma süresinin uzatılmasında, kişinin kaçması ya da tanıklara müdahale etmesi şüphesinin bulunduğu iddia edilmesinin

¹³³⁹ *Abdülstar Akgül/Türkiye*, no. 31595/07, 25/6/2013, § 20. Ayrıca bkz., *Salih Salman Kılıç/Türkiye*, no. 22077/10, 5/3/2013, § 26.

¹³⁴⁰ *Toth/Avusturya*, no. 11894/85, 12/12/1991.

yanı sıra bu şüpheyeye ilişkin kanıtların ortaya konması ve tüm kanıtlarda olduğu gibi bu kanıtların da ikna edici olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Belirli bir davanın özel koşullarında, kanuna uygunluk incelemesinin kapsamı, Sözleşme'nin 5(4) maddesine nazaran daha dar olabilmektedir.¹³⁴¹ Birçok hukuk sisteminde Sözleşme'nin 5(3) fıkrası uyarınca tutulan veya yakalanan kişinin önüne çıkarılması gereken makam bir *mahkemedir*. Mahkeme önüne çıkarılan kişinin Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gerektirdiği yargısal denetim de “içselleştirme kuralı” (*incorporation rule*) gereği o duruşmada gerçekleştirilecektir. Ancak, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, 5(3) fıkrasından farklı olarak yargılama sürecinin daha katı esaslara tabi tutulmasını gerektirmektedir.

Bir kişinin Sözleşme'nin 5(1)(c) maddesine uygun olarak tutulduğu varsayıldığında, bu kişinin 5(4) maddesi ışığında tutuklu olduğu süre boyunca tutukluluğunun hukuka uygunluğunun denetlenmesi için makul aralıklarla başvuru yapma hakkı bulunmaktadır.¹³⁴² Tutukluluk kararının kısa aralıklarla ve düzenli olarak denetlenmesi, Sözleşme kapsamında, tutukluluk süresinin katı biçimde sınırlı olması gerektiği varsayımına dayanır.¹³⁴³

2. *Salıverme Yetkisi*

Tutuklamayı haklı gösterecek herhangi bir gerekçenin bulunmaması durumunda adli görevlinin, tutuklunun salıverilmesine dair bağlayıcı karar verme yetkisini haiz olması gerekmektedir.¹³⁴⁴ Başka bir anlatımla, Sözleşme'nin 5(3) fıkrası, yargılama yetkisine sahip görevlinin, kişinin gözaltına alınmasına ilişkin yasal kriterleri

¹³⁴¹ *Stephens/Malta* (no.2), no. 33740/06, 21/04/2009, § 58.

¹³⁴² *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989, § 20-21.

¹³⁴³ *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989, § 20-21; *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, § 162.

¹³⁴⁴ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 40; *Niedbala/Polonya*, no. 27915/95, 4/07/2000, § 49; *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, § 146; *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 49.

denetlemesini ve eğer ilk aşamadaki tutma makul değilse kişiyi serbest bırakmasını gerektirir. Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ilk kısmının uygulanması, kişi hakkında verilen tutuklama veya salıverme kararıyla sonra erer.

Yargıç veya görevlinin tutuklama veya salıverme konusunda inceleme yetkisi sınırlı olmamalıdır.¹³⁴⁵ AİHM, *Aquilina/Malta* davasında kişinin önüne çıkarıldığı yargıcın, sadece kanuna göre tutuklanmayı gerektirmeyen bir suç isnadıyla karşılaşması halinde kişiyi resen (*ex-officio*) salıverme yetkisine sahip olmasını, yargıcın inceleme yetkisinin *darlığı* nedeniyle yeterli görmemiştir. AİHM'ye göre bu yargıç, tutulan kişinin suç işlediğinden makul şüphe bulunup bulunmadığını inceleme ve makul şüphe varsa kişiyi salıverme yetkisine sahip değildir.¹³⁴⁶

Devam eden tutmanın, söz konusu olayın koşullarında haklı olup olmadığının otomatik olarak incelenmesi de ayrıca gerekli değildir. *McKay/Birleşik Krallık* davasında bu durum değerlendirilmiş ve azınlıkta kalan yargıçlar¹³⁴⁷ çoğunluğun Sözleşme'nin 5(3) fıkrası ile birlikte değerlendirilen 5(1) fıkrasına yeterince vurgu yapılmadığını ifade etmişlerdir.¹³⁴⁸ Azınlıkta kalan yargıçlara göre yargılama öncesindeki aşamada gözaltına alınan kişinin derhal ve tam olarak yargısal denetime başvurma ve gözaltında tutulması için yeterli gerekçeler yoksa derhal serbest bırakılmayı talep hakkı bulunmaktadır.

Devam eden tutmanın somut olayın koşullarında haklı olup olmadığının ilk tutma anında otomatik olarak incelenmesi gerekmez. Ancak tutmanın ilerleyen aşamalarında belirli aralıklarla denetlenmesi zorunludur. AİHM, bu ilk aşamadaki denetim sırasında da, bu yönde katı bir gereklilik olmamasına rağmen denetimi yapan görevlinin, kişinin

¹³⁴⁵ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 398.

¹³⁴⁶ *Aquilina/Malta* [BD], no. 25642/94, 29/04/1999, §§ 52-55.

¹³⁴⁷ Azınlıkta kalan yargıçlar: Rozakis, Tulkens, Botoucharova, Myjer ve Ziemele'dir.

¹³⁴⁸ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, *azınlık görüşü kısmı*, § 5.

koşullu salıverilmesini incelemeye yetkili kılınmasının “iyi bir örnek” (*good practice*) oluşturacağını ve “arzu edilir bir durum” (*highly desirable*) olduğunu belirtmiştir.¹³⁴⁹

Tutuklamanın yasaya uygun olup olmadığına ve haklı bir nedene dayanıp dayanmadığına ilişkin ilk otomatik incelemeyi gerçekleştiren adli görevli, aynı zamanda kefaletle serbest bırakma konusunu da değerlendirme yetkisine sahip olmalıdır. Görevlinin, kefaletle serbest bırakma konusunda yetki sahibi olması, gecikmelerin en aza indirilmesi açısından önem taşımaktadır. Ancak, görevlinin kefaletle serbest bırakma konusunda inceleme yapması koşulu Sözleşme metninde yer almamaktadır. Yorumlamaya dayalı bir konu olan kefaletle ilişkin incelemenin, AIHM’nin en fazla dört gün olarak belirlediği ilk otomatik inceleme süresinden daha kısa sürede gerçekleştirilmesi istenemez.¹³⁵⁰

IV. MAKUL SÜREDE YARGILANMA ve SORUŞTURMA veya KOVUŞTURMA AŞAMASINDA SALIVERİLMİYİ İSTEME HAKKI

A. Genel Olarak

Yakalanan veya tutulan kişilerin makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkı Sözleşme’nin 5(3) ve Anayasa’nın 19(7) fıkralarında düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının kişinin makul sürede yargılanma veya tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmasını öngören kısmı şu şekildedir:

“İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes[] ... makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir.”

Aynı mahiyetteki düzenleme Anayasa’nın 19(7) fıkrasında yer almaktadır. Anayasa’nın ilgili bölümü şöyledir:

¹³⁴⁹ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 47.

¹³⁵⁰ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 47.

“Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır.”

Anayasa’nın 19(7) fıkrasının gerekçesinde de bu konuya ilişkin olarak;

“Yedinci fıkra hükmü sanık olarak hürriyeti kısıtlanan kişilerle ilgilidir. Fıkra hükmünün amacı, sanığın, mahkûmiyet hükmünden önce, gereksiz olarak, mahrum edilmesini önlemektir. Tutuklu bulunan sanık ya makul süre içinde yargılanıp durumu kesinlik kazanacaktır; yahutta kendisi yargılama süresinde serbest bırakılacaktır. Hükmün muhatabı yargılama merciidir. Bu merci gerekli faaliyetleri zamanında yapacak; yargılama sırasında sanığın tutuklu kalması ihtiyacını ortadan kaldıracaktır. Mesela, deliller en kısa zamanda toplanacak; sanığın, “delilleri karartma” tehlikesi sebebiyle tutuklu kalmasına gerek olmayacaktır. Eğer tutuklama, kaçma tehlikesi sebebine dayanıyorsa, sanığın serbest bırakılması, kendisinden bir güvence istenmesi şartına bağlanabilecektir.”¹³⁵¹

ifadelerine yer verilmiştir. Anayasa’nın 141. maddesinde de “[d]avaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” denilerek 19(7) fıkrasıyla aynı yönde bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Ancak, Anayasa’nın 141. maddesindeki düzenleme daha çok Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan “makul sürede yargılanma hakkı” ile örtüşmektedir. Anayasa’nın 19(7) fıkrasındaki hüküm, esas olarak, özgürlükten mahrumiyet durumlarında yargılamaların kısa sürede bitirilmesi koşulunun önemine vurgu yapmaktadır.

Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında, aynı maddenin 5(1)(c) bendine göre özgürlüğünden mahrum bırakılan herkesin; (i) makul sürede (*reasonable time*) yargılanma ve (ii) yargılanma sırasında bırakılma hakkına sahip olduğu konuları düzenlenmiştir. Bazı küçük farklarla beraber Anayasa’da da aynı mahiyette bir düzenlemeye yer verilmiştir. Sözleşme’de, yakalanan (*arrested*) ya da tutulan (*detained*) herkesten bahsedilmekte iken Anayasa’da *tutuklanan* kişilerden bahsedilmiştir. Fikrimizce, Sözleşmede yer alan yakalama ve tutma ibarelerinin, Anayasa’da tutuklama şeklinde yer alması uygulama

¹³⁵¹ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 33-34.

açısından önemli bir fark doğurmamaktadır. Ayrıca bunun aksi bir yaklaşımın aşırı şekilci ve maddenin amacına uygun bir yorum olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bireyin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı tek durum tutuklama tedbirinin uygulanmasıyla ortaya çıkmamaktadır. Tutuklama dışında yakalama ve gözaltı gibi tedbirlerin uygulanması neticesinde de kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale söz konusu olduğundan, bu tedbirlerin de Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında değerlendirilmesi uygun olur.

Sözleşme ile Anayasa arasındaki bir başka farklılık da, Sözleşme'de kişinin yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahip olduğundan bahsedilmekte iken, Anayasa'da soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarından bahsedilmiş olmasıdır. Sözleşme'de “yargılama süresince” ibaresi Anayasa'da “soruşturma veya kovuşturma sırasında” şeklinde yer almıştır. Fikrimizce, soruşturma ve kovuşturma aşamaları bir bütün olarak “yargılama” faaliyetini oluşturduğundan, bu ifade farklılığından önemli bir hukuksal sonuç doğmamaktadır.

İkinci olarak, Sözleşme'de yer alan “yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir” (*shall be entitled to ... to release pending trial*) ibaresi yerine Anayasa'da kullanılan “soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hak[kı] vardır” ibaresinin kullanılması arasında da önemli bir fark bulunmamaktadır. Zira soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme konusunda kişiye bir sorumluluk yüklendiğinin ileri sürülmesi, hakkın kapsamını daraltıcı ve oldukça şekilci bir yaklaşım olacaktır.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının bu kısmı, tutulan kişinin bir yargıç ya da diğer kamu görevlisinin önüne çıkarılmasından sonraki dönemde uygulama alanı bulmaktadır. Tutmanın bu safhasında ilgili kişinin, gerektiğinde şartlı olarak da dâhil olmak üzere, salıverilmesinin uygun olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Bir kişinin, tutuklama kararı veren yargıcın önüne derhal çıkarılmadığı veya önüne çıkarıldığı yargıcın statü, işlev ve izlediği yargılama usulü bakımından yukarıda gösterilen gerekli nitelikleri taşımadığı ve salıverme yetkisine sahip olmadığı iddiaları Sözleşme'nin 5(3)

fikrasının ilk kısmı, tutukluluk süresinin uzunluğuna ilişkin şikâyetleri ise Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ikinci kısmı açısından incelenmektedir.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasındaki “sınırlı salıverilme hakkı” kolay tanımlanabilir bir nitelikte değildir. Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ikinci kısmında, ilk bakışta, tutuklanan bir kimsenin “makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkı”na sahip olduğunu belirtmektedir. AİHM, bu hükmü yorumladığı ilk kararlarından olan *Wemhoff/Almanya* kararında, devletin tutuklu bir kimseyi makul sürede (*reasonable time*) yargılamakla yükümlü olduğu, eğer makul sürede yargılayamıyorsa tutukluyu salıvermekle yükümlü olduğu şeklindeki bir yorumu “saf gramatik yorum”¹³⁵² (*purely grammatical interpretation*) olarak değerlendirerek reddetmiştir.

AİHM, bu yorumun, devletin bir kişiyi serbest bırakarak, onu makul bir süre içinde yargılama yükümlülüğünden kaçınmasına yol açabileceğini ifade etmiştir. Bu ise, taraf devletlerin niyetiyle uyuşmamakla birlikte, tutuklu olsun ya da olmasın, tüm sanıkların Sözleşme'nin 6(1) fıkrasında düzenlenen makul sürede yargılanma hakkına açıkça aykırı olacaktır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının yorumundaki esas husus, bu hükmün kişi özgürlüğünü güvence altına aldığı unutulmamasıdır.¹³⁵³ AİHM, bu hükmün kişi özgürlüğünün güvencelerinden biri olduğunun hatırlanması gerektiğini vurgulayarak, makul süreyi aşmaması gereken şeyin yargılama süresi olmadığını (yargılamanın uzunluğu Sözleşme'nin 6(1) fıkrasının kapsamına giren bir konudur), sanığın tutukluluk süresi olduğunu ifade etmiştir.¹³⁵⁴ Özetle bu hüküm, “tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı” biçimde anlaşılabilir.¹³⁵⁵ Sözleşme'nin 5(3) fıkrasındaki bu haktan, sadece aynı maddenin 1(c) bendine göre, yani bir suç şüphesiyle

¹³⁵² *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, s. 18, § 4.

¹³⁵³ Harris et al., 2013, s. 175.

¹³⁵⁴ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, s. 18, § 5.

¹³⁵⁵ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 399.

tutuklanmış kişiler yararlanabilir. Bu hak olmaksızın Sözleşme'nin 5. maddesinin önemli oranda eksik kalacağı açıktır.¹³⁵⁶

Bir yargılamanın makul bir süre içinde yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesinde hem Sözleşme'nin 5(3) hem de 6(1) fıkraları kapsamında aynı hususlar dikkate alınır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6(1) fıkrasında olduğu gibi, konuyla ilgili dikkate alınması gereken hususlar davanın karmaşıklığı, sanığın tutumu ve ulusal makamların yargılamayı etkili biçimde yürütüp yürütmediğidir.

AİHM'nin Sözleşme'nin 5(3) fıkrası temelinde verdiği ihlal kararları, Sözleşme'nin 6(1) fıkrasına ilişkin kararlarda olduğu gibi, ulusal makamların organizasyon eksikliğine ve etkisizliğine dayanabilmektedir. Yine Sözleşme'nin 5(3) fıkrası bağlamında, uluslararası terörle ilgili ceza davaları önem taşıyabilir, zira AİHM makul sürenin aşılp aşılmadığını incelerken evrensel düzeyde faaliyet gösteren bir suç örgütünün işlediği suçların soruşturulmasındaki zorlukları özel olarak göz önüne almaktadır.¹³⁵⁷

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası açısından da 6(1) fıkrası çerçevesinde yapılan incelemelerde olduğu gibi, yargılama süresinin makullüğü davaların somut koşullarına göre –örneğin prosedürlerin uzaması,¹³⁵⁸ yetkili makamların hareketsiz kalması¹³⁵⁹ gibi– değişebilmektedir.¹³⁶⁰ AİHM'nin yakın dönemde verdiği kararlar incelendiğinde, iki yıldan fazla süren bir tutukluluğun 5(3) fıkrasını ihlal edeceği söylenebilir. Ancak çok kısa tutukluluk süresi dahi, meşruluğu ikna edici biçimde gösterilmediği takdirde ihlale

¹³⁵⁶ Harris et al., 2013, s. 175.

¹³⁵⁷ *Chraidi/Almanya*, no. 65655/01, 26/10/2006, § 37.

¹³⁵⁸ *Toth/Avusturya*, no. 11894/85, 12/12/1991 (Davada dosyanın fotokopisinin alınmasında geçen süre on bir aydır. Toplam süre: iki yıl bir ay).

¹³⁵⁹ *Tomasi/Fransa*, no. 12850/87, 27/08/1992 (Süre: Beş yıl yedi ay).

¹³⁶⁰ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 45.

neden olabilmektedir. Sözleşme'nin 5(3) fıkrası esasen tutukluluğun belirli bir süreden fazla sürmemesi şartıyla koşulsuz bir tutukluluğa izin vermediği de söylenemez.¹³⁶¹

Bunun yanı sıra, çok uzun tutukluluk sürelerinin de Sözleşme'nin 5(3) fıkrasını otomatik olarak ihlal ettiği ni de söylenek güçtür.¹³⁶² *W./İsviçre* kararında AİHM, oy çokluğu ile dört yıl süren bir tutukluluğun Sözleşme'nin 5(3) fıkrasını ihlal etmediğine karar vermiştir. Karşı oy yazılarında yargıçlar tutukluluk süresiyle ilgili “azami bir süre sınırı” belirlenmesi gerektiğini ve Avrupa standartları ile Avrupa'daki beklentiler ışığında, dört yıldan fazla süren bir soruşturma ve yargılamanın uzun olduğunu, ayrıca salıverilme taleplerinin reddini gerekçelendirebilmek için güçlü delillere ihtiyaç olduğunu dile getirmişlerdir.¹³⁶³ Bu karardaki yaklaşım birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. *Chraidi/Almanya* kararında ise söz konusu süre beş buçuk yıldan fazla olduğu halde Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kararda, normal şartlarda bu sürenin Sözleşme'nin 5(3) fıkrasını ihlal edeceği¹³⁶⁴ ancak, davanın istisnai koşullarının, üç kişinin ölümüne ve yüzden fazla kişinin yaralanmasına yol açan, uluslararası terör suçlarını konu alan, karmaşık nitelikte bir soruşturma ve yargılamayla ilgili olduğu vurgulanmıştır.¹³⁶⁵

Tutuklu kişinin davası devam ederken salıverilme hakkı ayrıntılı olarak incelenmeden önce üç hususa değinmek uygun olacaktır. İlk olarak ulusal mahkemeler ve AİHM, Sözleşme'nin 5(3) fıkrasındaki salıverilme hakkı bakımından farklı roller üstlenmektedir. Ulusal mahkemeler masumiyet karinesine gereği gibi özen göstererek, “kişinin özgürlüğü karinesi”nden ayrılmayı gerektirecek nitelikteki, gerçek bir kamu yararının varlığını haklı gösterecek lehte ve aleyhte ileri sürülen bütün olayları ve

¹³⁶¹ Bu konuda bkz., *Shishkov/Bulgaristan*, no. 38822/97, 9/01/2003, § 66.

¹³⁶² *Chraidi/Almanya*, no. 65655/01, 26/10/2006, § 45.

¹³⁶³ *W./İsviçre*, no. 14379/88, 26/01/1993 (Karar on dokuza karşı bir oyla alınmış ve Sözleşme'nin 5(3) fıkrası bakımından azami bir süre sınırının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir).

¹³⁶⁴ *Chraidi/Almanya*, no. 65655/01, 26/10/2006, § 46.

¹³⁶⁵ *Chraidi/Almanya*, no. 65655/01, 26/10/2006, § 47.

delilleri incelemek ve bunları başvuruçunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri kararlarda göstermek zorundadır.¹³⁶⁶ Ulusal mahkemelerce verilen kararlar –temyiz ve istinaf incelemesi de dâhil– sonrasında AİHM, bu kararlarda belirtilen sebepler temelinde ve başvuruçunun ulusal mahkemeler önündeki salıverilme taleplerinde yer verdiği gerçek olaylar ışığında karar vermektedir.¹³⁶⁷ AİHM, ulusal mahkemelerce tutukluluğa ilişkin olarak verilen kararların gerekçelerini incelemekte olup, bu konuya münhasıran “takdir alanı doktrini”ni çok az uygulamakta¹³⁶⁸ ve devletlerin özgürlük hakkı ile ilgili kararlarındaki takdir marjını oldukça kısıtlı yorumlamaktadır.

İkinci olarak, Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının ceza davasının hangi aşamalarına uygulanacağını tespit edilmesi gerekir. *Wemhoff/Almanya* kararında AİHM,¹³⁶⁹ Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının, şüphelinin bir suç işlediğine dair makul şüphe üzerine gözaltına alındığı tarihten,¹³⁷⁰ davaya bakan mahkemece beraatına ya da mahkûmiyetine karar verildiği tarihe dek geçen süreyi kapsadığına karar vermiştir.¹³⁷¹ Dolayısıyla Sözleşme’nin 5(3) fıkrası temyiz aşamasındaki tutulmayı kapsamadığı için, mahkûm olmuş bir kişinin, temyiz aşamasındaki tutulma sebeplerinin veya temyiz yargılamasının “özenle” yürütülüp yürütülmediğinin denetimini bu fıkra kapsamında ileri sürülemez.¹³⁷² Bu da Sözleşme’nin 5. maddesinin “özgürlük hakkı” lehine eğilimi ile hemen hemen hiç uyuşmamaktadır.¹³⁷³ Ancak, olağan şartlarda, temyiz aşamasındaki salıverme, dava

¹³⁶⁶ *Perica Oreb/Hırvatistan*, no. 20824/09, 31/10/2013, § 107; *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 35.

¹³⁶⁷ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 35; Karş, *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 5; *Trzaska/Polonya*, no. 25792/94, 11/07/2000, § 66.

¹³⁶⁸ Harris et al., 2013, s. 176.

¹³⁶⁹ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, s. 18-19, §§ 6-9; *Kalashnikov/Rusya*, no. 47095/99, 15/07/2002.

¹³⁷⁰ Sözleşme’nin, taraf devletçe onaylanmasından önceki döneme ait ihlal iddiası ile ilgili olarak bkz., *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, § 66.

¹³⁷¹ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, s. 18-19.

¹³⁷² Harris et al., 2013, s. 176.

¹³⁷³ Stefan Trechsel ve Sarah J. Summers, *Human rights in criminal proceedings*, UK, Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 519-21.

aşamasındaki salıverme kadar büyük önem taşımayacaktır. Öte yandan, temyiz yargılamasının uzunluğunun, Sözleşme'nin 6(1) fıkrasındaki makul sürede yargılanma güvencesi bakımından sorgulanması mümkündür.

Uygulamada tutuklu kişilerce yapılan ve yakalama ile mahkûmiyet arasında geçen sürenin¹³⁷⁴ makul olmadığına yönelik şikâyetler de Sözleşme'nin 6(1) fıkrası çerçevesinde değil, sadece 5(3) fıkrası çerçevesinde değerlendirilir.¹³⁷⁵ Sanığın, temyiz aşaması da dâhil olmak üzere mahkûmiyetten sonraki aşamaları ilgilendiren şikâyetlerinin hem Sözleşme'nin 5(3) (uygulandığı safhalar için) hem de 6(1) fıkraları çerçevesinde¹³⁷⁶ ya da sadece 6(1) fıkrası değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası bakımından göz önünde bulundurulması gereken son husus, makul tutukluluk süresinin değerlendirilmesinde, sanığın dava aşamasındaki birden fazla tutukluluk sürelerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gereğidir.¹³⁷⁷ Bu bakımdan AİHM, başvurusunun Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlal edildiği yönündeki iddiasını incelediği sırada eğer dava henüz davaya bakan ulusal mahkeme önünde derdest ise, Sözleşme'nin 34. maddesine göre başvuru yapıldıktan sonra geçen tutukluluk süresini de toplam tutukluluk süresinin hesabında göz önüne almaktadır.¹³⁷⁸ Ancak ulusal hukuk yolları tüketilmemişse, başvuru tarihinde davalı devlet Sözleşme'ye taraf değilse¹³⁷⁹ ya da davalı devlete yapılacak iade işleminden önce geçen süreler toplam tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmamakla beraber tutukluluk süresinin makul olup olmadığının değerlendirmesinde göz önüne alınmaktadır.

¹³⁷⁴ *Abdoella/Hollanda*, no. 12728/87, 25/11/1992, § 24.

¹³⁷⁵ *Abdoella/Hollanda*, no. 12728/87, 25/11/1992.

¹³⁷⁶ *B./Avusturya*, no. 11968/86, 28/03/1990 (Davada Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlali bulunmamış, ancak 6(1) fıkrasının ihali tespit edilmiştir). Ayrıca bkz., *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007.

¹³⁷⁷ *Kemmache/Fransa* (no.3), no. 17621/91, 24/11/1994, § 44.

¹³⁷⁸ *Kemmache/Fransa* (no.3), no. 17621/91, 24/11/1994, § 44.

¹³⁷⁹ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, §§ 6-7; *Vallon/İtalya*, no. 9621/81, 3/06/1985, § 49.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tutuklu bir kişinin makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine dair iddiası incelenirken, öncelikle “tutuklu kaldığı süre”nin tespit edilmesi ve ardından bu sürenin “makul” olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

B. Dikkate Alınacak Tutukluluk Süresi

1. Sürenin Başlangıç ve Bitişi

Tutukluluk süresinin tespiti, tutukluluk halinin başlangıç ve sona erme anlarının belirlenmesini gerekli kılar. Sözleşme’nin 5(3) fıkrası uyarınca toplam tutukluluk süresi belirlenirken dikkate alınacak süre, sanığın gözaltına alındığı tarihte başlar ve isnat edilen suçun, sadece ilk derece mahkemesi tarafından dahi olsa, sabit bulunduğu ya da kişinin beraat ettiği tarihte sona erer.¹³⁸⁰ Kuşkusuz tutuklu olarak bulundurulmuş kişi yargılaması devam etmekte iken salıverilmiş ise, tutukluluk hali salıverildiği tarihte sona ermiştir. Ancak derece mahkemesinin hükmünden önce kişi salıverilmiş ve yeniden tutuklanmış ise, bu sürelerin toplanarak bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir.¹³⁸¹

Anayasa Mahkemesine göre de makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir.¹³⁸² Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı açısından AYM içtihatlarının AİHM kararlarıyla uyumlu olduğu görülmektedir.

¹³⁸⁰ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, §§ 23-24; *Kalashnikov/Rusya*, no. 47095/99, 15/07/2002, § 110

¹³⁸¹ *Kemmache/Fransa* (no.3), no. 17621/91, 24/11/1994, § 44.

¹³⁸² AYM, B. No: 2012/2303, 21/11/2013, § 55.

2. Temyiz İncelemesi Aşamasında Geçen Süre

Temyiz aşamasında tutulu olarak bulunan kişinin hukuki statüsünün ne olduğu ülkelerin hukuk düzenlerine göre farklılıklar gösterebilmektedir.¹³⁸³ Bazı hukuk sistemleri, temyiz aşaması da dâhil olmak üzere, derece mahkemesinin hükmü kesinleşene kadar geçen sürede kişinin hukuki statüsünü “tutuklu” olarak kabul etmektedir. Ancak AİHM, ilk kararlarından bu yana, temyiz aşamasında tutulu bulunan kişinin hukuki statüsünü “tutuklu” olarak değil “hükümlü” olarak kabul etmektedir. AİHM, *B./Avusturya* davasında, Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında sağlanan teminatların ulusal mevzuatlara bağlı olmadığı şeklinde karar vermiş¹³⁸⁴ ve bir sözleşmecî devletçe ulusal hukukta bir cezanın ancak temyiz dâhil tüm aşamalar tamamlandıktan sonra kesinleşeceğini öngörse dahi Sözleşme açısından tutuklu yargılamanın bir suçun tespit edilmesi ya da derece mahkemesinin kararıyla son bulacağına hükmetmiştir.¹³⁸⁵

Sözleşme’nin 5(3) fıkrası ile 5(1)(c) bendi arasındaki esaslı bağlantı göz önüne alındığında, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm edilen bir kimse, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin kapsamında belirtildiği üzere “suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunduğu gerekçesiyle yetkili merci önüne çıkarılmak üzere” (*for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence*) tutuklanmış olarak değerlendirilemez. Söz konusu kişinin durumu, “yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine” (*after conviction by a competent court*) özgürlüğünden yoksun bırakılmasına imkân veren Sözleşme’nin 5(1)(a) bendinin kapsamına girmektedir.¹³⁸⁶ Dolayısıyla AİHM içtihatlarına göre temyiz aşamasında kişinin tutulmasının dayanağı Sözleşme’nin 5(3) fıkrası değil, 5(1)(a)

¹³⁸³ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, § 26.

¹³⁸⁴ *B./Avusturya*, no. 11968/86, 28/03/1990.

¹³⁸⁵ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, § 26.

¹³⁸⁶ *Belevitskiy/Rusya*, no. 72967/01, 1/03/2007, § 99; *Piotr Baranowski/Polonya*, no. 39742/05, 2/10/2007, § 45; *Górski/Polonya*, no. 28904/02, 4/10/2005, § 41.

bendidir. AİHM’ye göre, Sözleşme’nin 5(1)(a) bendindeki “yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine” ifadesi, kesinleşmiş “mahkûmiyet kararından sonra” olarak sınırlanamaz. Aksi takdirde Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi, kendisine tanınan hukuki yollar açık olsa da henüz serbest olduğu halde duruşmaya gelen ve mahkûm edilen kişinin tutulmasını kapsamaz.¹³⁸⁷

Tutuklu yargılanmakta olan kişi hakkındaki derece mahkemesinin kararının temyiz merciince bozularak dava dosyasının yeniden derece mahkemesine geri gönderilmesi durumunda, AİHM’ye göre derece mahkemesi önünde kişinin tutukluluk süresi yeniden işlemeye başlar ve yine derece mahkemesinin hükmüyle sona erer. AİHM, temyiz mahkemesinin bozma kararından sonra tutuklu olarak yargılamasına devam edilen kişinin tutukluluk süresini hesaplarken, temyiz mahkemesi önünde geçen süreyi kişinin tutulu bulunduğu toplam süresinden çıkarmaktadır.¹³⁸⁸ Böylece AİHM tutukluluk dönemlerini toplayıp bir bütün olarak değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi de temyiz aşamasında geçen süreleri toplam tutukluluk süresine dâhil etmemektedir. AYM’ye göre tutukluluk süresinin hesabında derece mahkemesi önünde yargılama aşamasında geçen sürelerin dikkate alınması gerekir. Zira kişi yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm edilmişse, bu kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmakta ve tutmanın nedeni ilk derece mahkemesince verilen hükme bağlı olarak tutma haline dönüşmektedir. AYM, kararlarında AİHM ve Yargıtayın yaklaşımına da değinerek, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmediklerini ve temyiz aşamasında geçen süreyi tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmadıklarını ifade etmektedir. Ancak bozma kararı sonrasında bireyin

¹³⁸⁷ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, s. 18-19, §§ 6-9.

¹³⁸⁸ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, §§ 36-37; *Cahit Demirel/Türkiye*, no. 18623/03, 7/07/2009, § 23.

durumu tekrar suç isnadına bağı tutmaya dönüşeceğinden ilk derece mahkemesi önünde geçen sürenin değerlendirmede dikkate alınacağı da AYM tarafından belirtilmektedir.¹³⁸⁹

3. Sürenin Hesabında Göz Önünde Bulundurulacak Diğer Hususlar

a. Ard Arda Gelmeyen Tutukluluk Sürelerinin Söz Konusu Olduğu Davalardaki Uygulama

Sözleşme'nin 5(3) fıkrası uyarınca toplam tutukluluk süresi belirlenirken dikkate alınacak süre, kural olarak, sanığın gözaltına alındığı tarihte başlar ve isnat edilen suçun, sadece ilk derece mahkemesi tarafından dahi olsa, sabit bulunduğu ya da kişinin beraat ettiği tarihte sona erer.¹³⁹⁰ Ancak, birbirini takip eden birden fazla tutukluluk süresinin söz konusu olduğu davalar açısından, başvurucunun önceki tutukluluklarından serbest bırakılmasını takip eden sürede başvuruda bulunması gerekir. Eğer birbirini izleyen tutukluluk süreleri arasında uzun bir süre bulunmakta ise, bu sürelerin toplanması suretiyle toplam tutukluluk süresi hesaplanmaz.

Idalov/Rusya davasında başvuru, iki yıl tutuklu kaldıktan sonra tahliye edilmiş ve yaklaşık olarak bir yıl dört ay serbest kaldıktan sonra yeniden yakalanmış ve yaklaşık olarak bir yıl bir ay tutuklu kalmıştır. AIHM, başvuru birinci tutukluluk döneminin sona ermesinden altı aydan fazla bir süre sonra yapmış olduğuna göre, başvurucunun art arda gelmeyecek şekilde maruz kaldığı iki tutukluluk dönemi bir bütün olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini ve başvurucunun uzun bir süre boyunca tahliye edilmiş olmasının Sözleşme'nin 35(1) fıkrasında öngörülen altı aylık sürenin nereden başlayacağını incelemiştir.

¹³⁸⁹ Birçok kararın yanında bkz., AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 42.

¹³⁹⁰ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, §§ 23-24; *Kalashnikov/Rusya*, no. 47095/99, 15/07/2002, § 110

Bugüne kadar ard arda gelmeyen tutukluluk dönemleriyle ilgili altı ay kuralının uygulanmasıyla ilgili AİHM içtihadı iki farklı akıl yürütme etrafında gelişmiştir. *Neumeister/Avusturya* davasındaki yaklaşıma göre,¹³⁹¹ altı aylık süre birinci tutukluluk döneminin “makul” niteliği konusunda bir karar verilmesini engellese de, bu tutukluluk dönemi ikinci tutukluluk döneminin makul olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınmalıdır.

Yukarıdaki yaklaşımın aksine *Kemmache/Fransa*¹³⁹² kararında kabul edilen “toplamcı yaklaşım”a göre, sanığın birbirinden farklı birçok tutukluk dönemine maruz kalması durumunda makul süre güvencesi, altı ay kuralının uygulanması sorusu ile ilgilenilmeksizin toplam sürenin genel olarak değerlendirmesi yapılmıştır. Yakın zamanda *Neumeister/Avusturya* kararındaki yaklaşıma yeniden dönülmesinin ardından, yukarıda belirtilen yaklaşımların harmonize edilmeleri ile tekdüze ve öngörülebilir bir yaklaşımın benimsenmesinin adaletin en iyi şekilde işlemesi için vazgeçilmez olduğu kanaati ortaya koyulmuştur. Dolayısıyla bir sanığın tutukluluğunun art arda gelmeyen birçok dönemlere ayrıldığı durumlarda bu dönemlerin bir bütün olarak değil ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerektiğine hükmedilmiştir.¹³⁹³

Yukarıda bahsedilen *Idalov/Rusya* davasının somut koşullarında başvurucunun özgür kaldıktan sonra salıverilmesi tarihinden başlamak üzere altı ay içerisinde tutukluluğuyla ilgili bütün şikâyetlerini ortaya koyması gerektiği belirtilmiştir. Ancak eğer farklı dönemler aynı ceza yargılaması kapsamında meydana gelmişse, ilgilinin daha önce belli bir dönem boyunca tutuklu kalmış olması göz önünde tutulabilir. Bu yaklaşım sözleşmecî tarafların altı ay kuralına vermek istedikleri anlama sıkı sıkıya bağlı kalmakta ve aynı zamanda başvurucunun daha önce maruz kaldığı tutukluluk

¹³⁹¹ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968.

¹³⁹² *Kemmache/Fransa* (no.1), no. 12325/86, 27/11/1991 ve *Kemmache/Fransa* (no.2), no. 14992/89, 27/11/1991.

¹³⁹³ Bu konuda ayrıca bkz., *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, § 29.

dönemlerinin dikkate alınmasına da izin vermektedir. Bu uygulamaya aynı zamanda Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen “makul süre” şartına uyulmamasıyla ilgili şikâyetlerin değerlendirilmesinde başvurulur. Bu uygulama ulusal çapta ceza davalarının daha hızlı yürütülmesini teşvik etme avantajına sahiptir.

Mevcut olayda başvurunun tutukluluğu art arda gelmeyen iki döneme ayrılmaktadır. Yukarıda belirtilenlere bakıldığında altı ay kuralı her tutukluluk dönemi için ayrı ayrı uygulanmalıdır. Başvurucunun birinci tutukluluk dönemiyle ilgili şikâyeti, süresinde yapılmadığından kabul edilemezdir. Ancak başvurunun aynı ceza davası kapsamında daha önce tutuklulukta geçirdiği süre, başvurunun sonraki tutukluluk dönemini haklılaştırmak için ileri sürülen nedenlerin uygun ve yeterli olup olmadıklarını değerlendirirken dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan başvurunun ikinci tutukluluk dönemiyle ilgili şikâyetinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığına karar verilmiştir.¹³⁹⁴

Ancak, her ne kadar tutuklu yargılamaya ilişkin ilk süreçlerin bitiminden altı aydan fazla bir süre sonra başvuruda bulunulmuş ve AİHM bu süreçlere ilişkin şikâyetleri kabul edilmez balsa da, son tutuklu yargılama sürecinin makuliyeti hakkında karar verirken, başvurunun geçirmiş olduğu daha önceki tutukluluk dönemleri dikkate alınmaktadır.¹³⁹⁵

AİHM, birbirini takip etmeyen tutukluluk dönemlerine ilişkin davalarda altı ay kuralının uygulanmasına ilişkin karmaşıklık doğduğu sonucuna vararak, bu kuralın, sözleşmecî devletlerin, üzerinden belirsiz bir süre geçmiş kararların tekrar tartışma

¹³⁹⁴ *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, §§ 115-36.

¹³⁹⁵ Bu konuda bkz., *Baltacı/Türkiye*, no. 495/02, 18/7/2006; *Köse/Türkiye*, no. 50177/99, 2/5/2006; *Kalay/Türkiye*, no. 16779/02, 22/9/2005; *Gıyasettin Altın/Türkiye*, no. 73038/01, 24/5/2005; *Çiçekler/Türkiye*, no. 14899/03, 22/12/2005; *Bahattin Şahin/Türkiye*, no. 29874/96, 17/10/2000.

konusu olmaması yönündeki isteğini yansıttığını ve böylece hem davalı devletin menfaatine hem de hukuki kesinliğin menfaatine hizmet ettiğini anımsatmıştır.¹³⁹⁶

Solmaz/Türkiye davasında da AİHM, ulusal hukuk yollarının mevcut olmaması durumunda, altı ay süresinin şikâyet konusu olayın gerçekleştiği tarihinden itibaren işlemeye başladığını kaydetmiştir. AİHM, bununla beraber, *Neumeister/Avusturya* kararına ilişkin olarak yukarıda belirtilen düşüncelerini, bilhassa aşırı şekilcilikten ve sadece başvurucuya değil aynı zamanda Sözleşme'nin denetim mekanizmasına aşırı bir yük yüklemekten kaçınma gereğini yeniden doğrulamış ve vurgulamıştır. Bu durum, özellikle, cezai işlemlerin temyiz aşamasında devam etmekte olduğu ve başvurucunun Sözleşme'nin 5(1)(a) fıkrası uyarınca özgürlüğünden mahrum bırakılmaya devam edildiği söz konusu somut davanın şartlarında, çok sayıda ve birbirini izleyen tutukluluk süreçlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve altı aylık sürenin son duruşma öncesi tutukluluk döneminin bitim tarihinden itibaren işlemesi gerektiğini değerlendirmiştir.¹³⁹⁷

Sınır dışı edilmek üzere tutulan kişiler açısından da benzer kriterler uygulanmaktadır. *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye* davasında AİHM, Sözleşme'nin 5(1) ve 5(2) fıkralarının 12 Eylül 2008 tarihinde ihlal edildiğine yönelik iddialarını; AİHM'ye başvuru söz konusu tarihten itibaren altı ay geçtikten sonra, 10 Nisan 2009 tarihinde yapıldığından ve 12 Eylül 2008 tarihinde meydana gelen olaylara ilişkin bölümünün şikâyet süresi geçtikten sonra sunulduğundan kabul edilemez bulmuştur.¹³⁹⁸

b. Tutuklu İken İnfaz Edilen Diğer Cezaların Etkisi

Anayasa Mahkemesine göre tutukluluk süresinin hesabında sadece ilk derece mahkemesi önünde yargılama aşamasında geçen sürelerin dikkate alınması gerekir. Zira kişi yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm edilmişse,

¹³⁹⁶ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, § 32.

¹³⁹⁷ *Solmaz/Türkiye*, no. 27561/02, 16/1/2007, § 37.

¹³⁹⁸ *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, no. 28127/09, 3/12/2013, §§ 36-37. Ayrıca bkz., *M.B. ve Diğerleri/Türkiye*, no. 36009/08, 15/6/2010, § 50.

bu kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmakta ve tutmanın nedeni ilk derece mahkemesince verilen hükme bağlı olarak tutma haline dönüşmektedir. Bu bakımdan temyiz aşamasında geçen süreler tutukluluk süresinin değerlendirmesinde göz önünde bulundurulamaz. Ancak bozma kararı sonrasında bireyin durumu tekrar suç isnadına bağlı tutmaya dönüşeceğinden ilk derece mahkemesi önünde geçen süre değerlendirmede dikkate alınacaktır.¹³⁹⁹

Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu yargılaması devam ettiği sırada, başvurunun tutulma halinin, başka derece mahkemelerince verilen farklı kararların infaz edildiği dönemlerde kesintiye uğradığını kabul etmektedir. AYM’ye göre bir suçtan verilen tutukluluk kararı ile başka bir suçtan verilen mahkûmiyet kararının kesişmesi durumunda, mahkûmiyet kapsamında infaz edilen cezalara ilişkin süreler toplam tutukluluk süresinin hesabına dâhil edilmez.¹⁴⁰⁰

C. Tutukluluk Süresinin Makullüğünün Değerlendirmesi

Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının ikinci kısmı, adli makamlara, sanığın makul sürede yargılanması veya tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılması arasında bir tercih yapma imkânı sunmamaktadır. Bu bakımdan bir kimsenin, mahkûm oluncaya kadar masum sayılması gerekmektedir.

Sözleşme’de tutukluluk süresini sınırlayan azami bir *süre sınırı* yer almamaktadır. AİHM, kararlarında “genellikle kabul ettiği bir süre”¹⁴⁰¹ bulunduğundan söz etmiş ancak, bu sürenin ne kadar olduğunu belirtmemiştir. AİHM’nin, somut olayların kendine has özelliklerine göre, kırk sekiz gün¹⁴⁰² ve beş buçuk ay¹⁴⁰³ gibi görece kısa tutukluluk dönemlerini makul görmeyip ihlal sonucuna ulaştığı kararları olduğu gibi,

¹³⁹⁹ AYM, B. No: 2013/338, 2/7/2013, § 41.

¹⁴⁰⁰ AYM, B. No: 2012/152, 20/2/2014, § 54. Aynı yönde bkz., *Borisenko/Ukrayna*, no. 25725/02, 12/1/2012; *Bak/Polonya*, no. 7870/04, 16/01/2007, § 54.

¹⁴⁰¹ *Celejewski/Polonya*, no. 17584/04, 4/05/2006, §38.

¹⁴⁰² *Nart/Türkiye*, no. 20817/04, 6/5/2008, §§ 28-35.

¹⁴⁰³ *Becciev/Moldova*, no. 9190/03, 4/10/2005, §§ 53-64.

dört yıl üç gün¹⁴⁰⁴ gibi uzun tutukluluk süresini Sözleşme'nin 5(3) fıkrasına aykırı görmediği kararı da bulunmaktadır. Mutlak bir süre sınırı olmamakla beraber, Sözleşme'nin 5(3) fıkrası, kişinin “makul” sayılamayacak bir süre boyunca tutuklu bulundurulamayacağını öngörmektedir.

Bir kimsenin tutukluluğunu haklı kılan durumların mevcut olabileceği fakat, yerel makamların kararlarında belirtilmediği hallerde, söz konusu durumları tespit etmek ve başvurusunun tutukluluğu hakkında hüküm veren ulusal makamların yerini almanın AİHM'nin görevi olmadığını belirtmek gerekir.¹⁴⁰⁵ Ancak adaletin işleyişinin kamuya açık bir şekilde denetlenebilmesi için tutukluluk ve tutukluluğun devamı için gerekçeli bir karar verilmesi şarttır.¹⁴⁰⁶

Anayasa'nın 19(7) fıkrasında bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu güvence altına alınmıştır.¹⁴⁰⁷

Anayasa Mahkemesine göre tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan somut bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir.¹⁴⁰⁸ Sonuç olarak AYM'nin tutukluluk süresinin makullüğünü değerlendirme konusundaki yaklaşımı AİHM ile uyum içerisindedir.

¹⁴⁰⁴ *W./İsviçre*, no. 14379/88, 26/01/1993, §§ 29-43.

¹⁴⁰⁵ *Bykov/Rusya* [BD], no. 4378/02, 10/03/2009, § 66; *Giorgi Nikolaishvili/Gürcistan*, no. 37048/04, 13/01/2009, § 77.

¹⁴⁰⁶ *Tase/Romanya*, no. 29761/02, 10/06/2008, § 41.

¹⁴⁰⁷ *AYM*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 60.

¹⁴⁰⁸ *AYM*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 61; *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 6/4/2000, § 152.

1. Tutma Gerekçelerinin “İlgili” ve “Yeterli” Olması Koşulu

Sözleşme’nin 5(3) fıkrası, yargılanmakta olan bir kişinin mutlaka tutuklanmasını ve tutuklu olarak yargılanmasını gerektirmez. Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının ikinci kısmındaki hükmün asıl amacı, bir kimsenin tutukluluğuna ilişkin makul gerekçeler ortadan kalktığında söz konusu kişinin salıverilmesinin sağlanmasıdır. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine göre gerçekleştirilen bir tutukluluk, ilgili davanın kendine özgü koşulları ışığında gerçekten gerekli olmalıdır ve devlet, tutukluluğun devamını haklı kılan, “ilgili” (*relevant*) ve “yeterli” (*sufficient*) gerekçeler göstermedikçe kişi davası devam ederken salıverilmelidir.¹⁴⁰⁹ Ulusal mahkemelerce tutukluluğu haklı kılan “ilgili” ve “yeterli” gerekçeler göstermedikçe, kural olarak, suçlanan kişinin tutuksuz yargılanması gerekir.¹⁴¹⁰

Tutulan kişilerin salıverilme taleplerine ilişkin mahkeme gerekçelerinde yer alan lehte ve aleyhteki ifadeleri¹⁴¹¹ “genel ve soyut” (*general and abstract*) olmamalıdır.¹⁴¹² Mahkeme kararlarının gerekçeleri, belirli olaylara dayandırılmalı ve başvurucunun tutukluluğunu haklı kılacak şekilde, kişisel durumuna ilişkin atıfları içermelidir.¹⁴¹³ AİHM, derece mahkemelerince ya da Sözleşme’nin 5(3) fıkrasına göre yapılan bir duruşmanın ardından tutukluluğun devamına karar veren diğer bir makam tarafından ortaya koyulan tutma gerekçelerinin içeriğiyle ilgili olarak, kişinin tutulması halinin bir kez daha yargıç ya da diğer görevlinin bağımsız eleştirel değerlendirmesine ihtiyaç olduğunu vurgulamaktadır. AİHM, davanın özel koşullarını hesaba katmayarak yetersiz

¹⁴⁰⁹ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, s. 20-21, § 12.

¹⁴¹⁰ *Vasilkoski ve Diğerleri/Makedonya*, no. 28169/08, 28/10/2010, § 56; *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, no. 16419/90 ve 16426/90, 10/07/1991, § 52; *Becciev/Moldova*, no. 9190/03, 4/10/2005, § 53.

¹⁴¹¹ *Miladinov ve Diğerleri/Makedonya*, no. 46398/09 vd., 24/04/2014, § 48.

¹⁴¹² *Boicenco/Moldova*, no. 41088/05, 11/07/2006, § 142; *Khudoyorov/Rusya*, no. 6847/02, 8/11/2005, § 173; *Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991, § 44.

¹⁴¹³ *Aleksanyan/Rusya*, no. 46468/06, 22/12/2008, § 179. Sözleşme’nin 5(1) fıkrası anlamında bkz., *Darvas/Macaristan*, no. 19547/07, 11/1/2011, §§ 27-29.

gerekçe gösterilmesini –mutlak olarak Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının ihlali anlamına gelmese de– eleştirmiştir. AİHM, tutukluluğun uzunluğu göz önüne alındığında, tutma gerekçelerinin “soyut”,¹⁴¹⁴ “basmakalıp”¹⁴¹⁵ ya da çok “kısa ve ayrıntısız”¹⁴¹⁶ olmasını eleştiri konusu yapmaktadır. Ulusal mahkemelerce tutukluluğun devamını haklı kılacak bir sebebe dayanıldığı “basitçe” varsayılmayıp, bu sebeplerin ulusal makamların kararlarında açıkça belirtilmesi gerekmektedir.¹⁴¹⁷ AİHM’ye göre, Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğa koşulsuz olarak izin verdiği biçiminde yorumlanması mümkün olmayıp, süresi ne kadar kısa olursa olsun, tutukluluğun haklı olduğunun yetkili makamlar tarafından ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerekir.¹⁴¹⁸ Sonuç olarak, tutukluluk süresinin basmakalıp gerekçelerle uzatılması (*quasi-automatic prolongation of detention*), Sözleşme’nin 5(3) maddesinde belirtilen güvencelere aykırıdır.¹⁴¹⁹

Anayasa Mahkemesine göre de bir kişinin gerekçeden tamamen yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması ve tutukluluğun uzatılması kabul edilemez görülmektedir.¹⁴²⁰ Bununla beraber tutukluluğu meşru kılan gerekçeler gösterilerek bir zanlı ya da sanığın tutuklanmasının keyfi olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak aşırı derecede kısa

¹⁴¹⁴ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 51.

¹⁴¹⁵ *Öner Aktaş/Türkiye*, no. 59860/10, 29/10/2013, § 41; *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, no. 16419/90 ve 16426/90, 10/07/1991, § 52; *Cahit Demirel/Türkiye*, no. 18623/03, 7/07/2009, § 58.

¹⁴¹⁶ *Simirnova/Rusya*, no. 46133/99 ve 48183/99, 24/07/2003, § 70.

¹⁴¹⁷ *Trzaska/Polonya*, no. 25792/94, 11/07/2000, § 66.

¹⁴¹⁸ *Belchev/Bulgaristan*, no. 39270/98, 8/04/2004, § 82.

¹⁴¹⁹ *Tase/Romanya*, no. 29761/02, 10/06/2008, § 40. Bu hüküm, *Caballero/Birleşik Krallık* davasında olduğu gibi, yasal mevzuatın tutukluluğun yargısal denetimden geçirilmesi imkânını otomatik olarak ortadan kaldırdığı hallerde de ihlal edilmiş sayılmaktadır (*Caballero/Birleşik Krallık* [BD], no. 32819/96, 8/02/2000). Ayrıca bkz., *S.B.C./Birleşik Krallık*, no. 39360/98, 19/06/2001; Trechsel ve Summers, 2005, s. 511.

¹⁴²⁰ *AYM*, B. No: 2013/9894, 2/1/2014, § 45. Aynı yönde bkz., *Nakhmanovich/Rusya*, no. 55669/00, 2/3/2006, § 70; *Belevitskiy/Rusya*, no. 72967/01, 1/3/2007, § 91.

gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermek ya da tutukluluğu devam ettirmek bu çerçevede değerlendirilmemelidir.¹⁴²¹

AYM, diğer taraftan özgürlük hakkı, adli makamlarla güvenlik görevlilerinin özellikle organize suçlarla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek biçimde yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴²² İtiraz veya temyiz merciinin, itiraz veya temyiz incelemesine konu mahkeme kararına ve bu karardaki gerekçelere katıldığı durumlarda, buna ilişkin kararını ayrıntılı olarak gerekçelendirmemesi, kural olarak, gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil etmeyecektir.¹⁴²³

Tutukluluk süresinin ulusal kanunlarda öngörülen “azami süre”yi aşmamasına rağmen makul olmayabileceğini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Örneğin CMK’nın 102. maddesinde yer alan;

“(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.”¹⁴²⁴

şeklindeki düzenlemeye göre ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren işler bakımından uzatma süreleri dâhil toplam tutukluluk süresi azami olarak beş yıl olarak belirlenmiştir.¹⁴²⁵ Ancak, azami beş yıllık sürenin tutmanın kanuniliği açısından sorun oluşturmaması, tutma süresinin makul olduğu şeklinde yorumlanamaz. Nitekim Öner

¹⁴²¹ AYM, B. No: 2013/9894, 2/1/2014, § 45. Aynı yönde bkz., *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 79.

¹⁴²² AYM, B. No: 2013/9894, 2/1/2014, § 44. Aynı yönde bkz., *Dinç ve Çakır/Türkiye*, no. 66066/09, 9/7/2013, § 46.

¹⁴²³ AYM, B. No: 2013/9894, 2/1/2014, § 46. Aynı yönde bkz., *García Ruiz/İspanya*, B. No: 30544/96, 21/1/1999, § 26.

¹⁴²⁴ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

¹⁴²⁵ Azami sürenin yorumu ile ilgili olarak bkz., AYM, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, §§ 32, 37.

Aktaş/Türkiye davasında AİHM, ağır ceza mahkemesinin, yalnızca başvurunun maruz kaldığı tutukluluk süresinin CMK’da belirtilen azami süreye ulaştığı gerekçesiyle başvurunun tahliyesine karar vermesini yeterli görmeyerek tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunu da incelemiş ve başvurunun bu denli uzun bir süre (yaklaşık beş yıl) boyunca tutukluluk halinin devamına karar vermek için ağır ceza mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı kanaatine varmıştır.¹⁴²⁶

Gerekçeli bir kararın bir başka işlevi de, tarafların yargıç tarafından dinlendiklerinin göstergesi olmasıdır. Ayrıca gerekçeli karar, bu karara karşı çıkan taraflara üst başvuruda bulunma (itiraz etme) imkânı sağladığı gibi, üst mahkemeye de kararı denetleme imkânı tanınması açısından önem taşımaktadır. Adaletin işleyişinin kamuoyu tarafından denetimi ancak kararların gerekçeli olarak verilmesi halinde mümkün olabilir.¹⁴²⁷

Tutukluluk konusunda ispat külfeti (*burden of proof*), salıverilmesini haklı çıkaracak gerekçelerin varlığını ortaya koyması için, tutukluya yüklenmek suretiyle tersine çevrilmemelidir.¹⁴²⁸ Bazı durumlarda işlenen suçun niteliği kişinin tutuklanmasını zorunlu kılabilir. Zorunlu tutuklama sistemi, ulusal mahkemelerin tutuklamanın kamu yararına dayandığına dair somut bir gerekçe göstermelerini gereksiz kılmaktadır. Herhangi bir zorunlu tutuklama sistemi, kendiliğinden 5(3) maddesine aykırıdır.¹⁴²⁹ Eğer ulusal yasa, belirli bir suçtan tutuklanmış kişinin salıverilme talebinin, işlemiş olduğu suçun niteliği veya suçun tekrür etmiş olması nedeniyle reddedilmesini gerektiriyorsa, bu durum Sözleşme’nin 5(3) fıkrasını ihlal eder. Ancak, ulusal yasa

¹⁴²⁶ *Öner Aktaş/Türkiye*, no. 59860/10, 29/10/2013, §§ 42-43. Aynı yönde bkz., *Kırlangıç/Türkiye*, no. 30689/05, 25/09/2012 (Beş yıl dört aylık sürenin uzun olduğuna dair).

¹⁴²⁷ *Suominen/Finlandiya*, no. 37801/97, 1/07/2003, § 37.

¹⁴²⁸ *Bykov/Rusya [BD]*, no. 4378/02, 10/03/2009, § 64.

¹⁴²⁹ *Iljiov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 84.

işlenen suçun niteliği gereği tutukluluğun devamını gerektiriyorsa, –örneğin işlendiği iddia edilen suç cinayet gibi belirli bir kategoriye ait ise tutukluluk karinesinin uygulanması halinde– kişi özgürlüğüne saygı kuralından daha ağır basan somut vakıaların varlığının mahkemeler önünde ikna edici bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir.¹⁴³⁰ Bu maddi vakıaları kanıtlama külfeti yetkili makamlara aittir. Yetkili makamlara ait olan ispat külfetinin başvurucuya yüklenerek, başvurucunun ulusal mahkemeleri ikna edemediği müddetçe tutukluluğunun devam etmesi kabul edilemez.¹⁴³¹ Eğer yasa, önceki eylemleri ve/veya sabıka kaydı nedeniyle tutuklunun yalnızca istisnai koşullarda salıverilebileceğini öngörüyorsa yine aynı kurallar geçerli olacaktır. Bu istisnai koşulların varlığının ispat külfeti başvurucuya yüklenmişse Sözleşme’nin 5(4) fıkrasını ihlal edileceği gibi 5(3) fıkrasına da aykırılık oluşturabilir.¹⁴³²

Anayasa Mahkemesine göre bir davada tutukluluğun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, yukarıda belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarında bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir.¹⁴³³

AYM’ye göre tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin

¹⁴³⁰ *Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991, § 44; *Ilijkov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 84.

¹⁴³¹ *Ilijkov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 87.

¹⁴³² *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 59; *Ilijkov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 99.

¹⁴³³ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 62.

gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin “özenli” yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabilir.¹⁴³⁴

Dolayısıyla Anayasa’nın 19(7) fıkrasının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinde esas olarak, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakılmalı ve tutuklu bulunan kişiler tarafından yapılan tutukluluğa itiraz başvurularında sunulan belgeler çerçevesinde kararların yeterince gerekçelendirilmiş olup olmadığı göz önüne alınmalıdır.¹⁴³⁵

Öte yandan hukuka uygun olarak tutuklanan bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedeninin varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekir.¹⁴³⁶

Anayasa Mahkemesi tutuklu bulunan milletvekillerinin durumunu incelediği kararlarında Anayasa’nın 19. ve 67. maddelerini bağlantılı olarak incelemiştir. AYM, tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınmasının ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesinin bir zorunluluk olduğunu, başvurucunun tahliye taleplerini inceleyen mahkemelerin, bu talepleri reddederken gerekçelerini yeterince kişiselleştirmemiş, aynı zamanda milletvekili seçilmiş olan başvurucunun kaçacağına ya

¹⁴³⁴ AYM, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 63.

¹⁴³⁵ AYM, B. No: 2012/2303, 21/11/2013, § 54.

¹⁴³⁶ AYM, B. No: 2012/2303, 21/11/2013, § 55.

da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamış olduklarını belirtmiştir.¹⁴³⁷

AYM, dava kapsamında yargılanan sanıklardan birkaçının kaçması ya da kaçmaya teşebbüs etmesi, yine bazı sanıkların delilleri karartma girişiminde bulunması şeklindeki gerekçelerin, diğer sanıkların da bunları yapabileceğine dair karine olarak değerlendirilemeyeceğini, aksi takdirde masumiyet karinesi ve bununla bağlantılı olarak kişi hürriyetine ilişkin ilkelerin zedelenebileceğinin açık olduğunu, bu nedenle, aynı davada yargılanan bazı sanıkların durumlarından hareketle genelleme yapılarak diğerlerinin de aynı davranışta bulunabileceğini varsaymanın, kişiselleştirmeyi engellediği gibi, özgürlüğün esas, tutukluluğun istisna olduğu yönündeki anlayışla da bağdaşmayacağını belirtmiş ve bu çerçevede tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunun söylenemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁴³⁸

2. Makul Şüphenin Tutukluluk Süresince Devam Etmesi Koşulu

Bir kişinin suç işlediğine dair Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki hukuki standartlara uygun olarak "makul şüphenin" (*reasonable suspicion*) sürmesi (*persistence*), o kişinin 5(1)(c) bendine göre tutukluluğunun devam etmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir koşuldur. Makul şüphe başlangıçtaki bir süre için tutukluluğu tek başına haklı kılar. Ancak tutukluluğu haklı kılma koşulu tutukluluk süresinin tamamı boyunca devam eder ve bir noktada makul şüphenin varlığı artık yeterli olmaz.¹⁴³⁹ Başka bir anlarımıla, söz konusu koşul, belirli bir süre geçtikten sonra yeterli olmayıp, bu gibi durumlarda, adli makamlar tarafından gösterilen diğer gerekçelerin

¹⁴³⁷ AYM, B. No: 2013/849, 4/12/2013, § 101. Aynı yönde bkz., AYM, B. No: 2012/1272, 4/12/2013; B. No: 2013/9894, 2/1/2014.

¹⁴³⁸ AYM, B. No: 2013/849, 4/12/2013, § 102.

¹⁴³⁹ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, § 45; *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 35; *Miladinov ve Diğerleri/Makedonya*, no. 46398/09 vd., 24/04/2014, § 46.

tutukluluğu haklı kılmaya devam edip etmediğinin AİHM tarafından incelenmesi gerekir.¹⁴⁴⁰

Örneğin *Kudła/Polonya* davasında, başvurucunun adresini ve kendisiyle ilgili bir tıbbi raporu ulusal makamlara vermemiş olması başlangıçta tutukluluğu için yeterli görülmekte idiysen de, iki yıl dört ay sonra bu hususların artık tutukluluğun devamı için yeterli olmadığı kanaatine varılmıştır.¹⁴⁴¹

3. Gerçek Bir Kamu Yararı Koşulu

Bir davada tutukluluk halinin devamı, ancak, masumiyet karinesine¹⁴⁴² rağmen, Sözleşme'nin 5. maddesinde belirtilen kişi özgürlüğüne saygı kuralından ağır basan “gerçek bir kamu yararı” (*genuine requirement of public interest*) bulunduğu dair somut (*in abstracto*) göstergelerin varlığı halinde haklı görülebilir.¹⁴⁴³ Ulusal makamların ayrıca, özellikle daha sonraki soruşturmada eğer yeni bir delil ortaya çıkmamışsa, tutukluluğu haklı kılan nedenlerin zaman içinde zayıflayabileceği/zayıfladığı gerçeğini göz önünde tutmaları gerekmektedir.¹⁴⁴⁴ Bu bakımdan kişinin karşı karşıya olduğu suçlamanın ciddi olması, salıverilme talebinin reddi için tek başına yeterli değildir. Tutukluluğun haklı olup olmadığının değerlendirilmesinde konuyla ilgili bir faktör olsa da, suçun işlenmiş olduğuna dair ciddi belirtilerin varlığı ve devamı, tek başına uzun tutukluluğu haklı kılamaz.¹⁴⁴⁵

AİHM, dolaylı ya da tek bir kaynağa dayanan delillerin, özellikle organize suçlar ve terörle mücadele bağlamında, Sözleşme'nin 5(l)(c) bendi kapsamında bir tutmayı

¹⁴⁴⁰ *Trifković/Hırvatistan*, no. 36653/09, 6/11/2012, § 118.

¹⁴⁴¹ *Kudła/Polonya* [BD], no. 30210/96, 26/10/2000.

¹⁴⁴² Sözleşme'nin 6(2) fıkrasında belirlenen.

¹⁴⁴³ *Perica Oreb/Hırvatistan*, no. 20824/09, 31/10/2013, §§ 114, 116; *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 35; *Ilijkov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 89; *W./İsviçre*, no. 14379/88, 26/01/1993, § 30; *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, § 79.

¹⁴⁴⁴ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, §§ 159, 163.

¹⁴⁴⁵ *Tomasi/Fransa*, no. 12850/87, 27/08/1992, § 89.

başlangıçta haklı kabul edilebileceğini belirtse de¹⁴⁴⁶ aynı zamanda potansiyel olarak güvenilir bir tutuklama sebebinin sakınılması gereken sorunlar yarattığını da kaydetmiştir.¹⁴⁴⁷ Bu nedenle AİHM, zamanın geçmesiyle birlikte, makul şüphenin sürmesi için soruşturma boyunca daha fazla delile, örneğin tek kaynaktan elde edilen delilin doğrulanması ve/veya dolaylı delillerin nesnel delillerle desteklenmesine ihtiyaç olacağını da belirtmiştir. Genel bir ilke olarak, bir kişinin tutukluluğu ne kadar uzarsa, gerekli olan makul şüphenin seviyesi de o oranda artmalıdır.¹⁴⁴⁸

Bir davada sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk olarak ulusal adli makamlara düşen bir görevdir. Bu amaçla ulusal adli makamlar, masumiyet karinesini gerektiği gibi göz önünde bulundurarak, Sözleşme'nin 5. maddesindeki kuraldan sapmayı haklı kılacak nitelikte bir kamu yararı ihtiyacının bulunup bulunmadığına dair lehte ve aleyhteki tüm olayları incelemek ve sanığın salıverilme taleplerine ilişkin kararlarında söz konusu olayları belirtmek zorundadır.¹⁴⁴⁹ AİHM, Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlal edilip edilmediğine karar verirken, öncelikle, ulusal adli makamların söz konusu kararlarında belirtilen “gerekçeleri” (*reasons*) ve başvurucunun itirazlarında dile getirdiği “somut olayları” (*facts*) incelemektedir. Sonuç olarak yerel mahkemelerin tutma gerekçelerinde kamu yararının bulunduğu ifade edilmesi yeterli olmayıp, kamu yararının “gerçekte” var olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Kısacası, ulusal mahkemeler, tutuklu yargılanan bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam edilmesini haklı kılacak durumlar ortadan kalktığında salıverilmesini sağlamak amacıyla, söz konusu kişinin tutukluluğunu incelemekle yükümlüdür. Başlangıçtaki makul şüphenin varlığı tutuklamayı haklı kılabilir ancak,

¹⁴⁴⁶ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 158.

¹⁴⁴⁷ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, §§ 157-59.

¹⁴⁴⁸ Harris et al., 2013, s. 176.

¹⁴⁴⁹ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, § 152.

zaman geçtikçe bu gerekçeler yeterli olmayacaktır. Tutukluluk süresinin makullüğü soyut olarak değerlendirilemeyeceğinden ve söz konusu sürenin her olayın kendine özgü koşullarına göre ele alınması gerektiğinden,¹⁴⁵⁰ her olay için geçerli olacak sabit bir süre sınırı (*fixed time-frame*) bulunmamaktadır.¹⁴⁵¹

Sonuç olarak ne kadar kısa olursa olsun, bir tutukluluk döneminin Sözleşme'nin 5(3) fıkrasına uygun olarak kabul edilebilmesi için, tutuklamaya ilişkin mahkeme kararlarının gerekçeli olmaları, bu gerekçelerin konuyla “ilgili” ve “yeterli” olmaları ve gerekçelerde suç şüphesinin devam ettiğinin gösterilmesi dışında tutukluluğu haklı kılacak “gerçek kamu yararı”nın olayda mevcut olduğu da ortaya konmalıdır. Ayrıca, AİHM önünde davalı devlet bir olayda uzun tutukluluğu ancak ulusal mahkeme kararlarındaki gerekçelere dayanarak savunabilir. Savunmacı devletin daha sonra AİHM önünde ileri süreceği yeni bir gerekçe dikkate alınmamaktadır.¹⁴⁵²

Anayasa Mahkemesi de milletvekili olan bir başvurucunun tutukluluk durumunu değerlendirdiği bir kararında, tutukluluğun devamına karar verilirken yargılamanın tutuklu sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvurucunun seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı arasında ölçülü bir denge kurulmadığını ve bu nedenle tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığını belirterek Anayasa'nın 67(1) fıkrasıyla bağlantılı olarak 19(7) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁵³

¹⁴⁵⁰ *Öner Aktaş/Türkiye*, no. 59860/10, 29/10/2013, § 38; *W./İsviçre*, no. 14379/88, 26/01/1993, § 30; *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, §79.

¹⁴⁵¹ *McKay/Birleşik Krallık* [BD], no. 543/03, 3/10/2006, §§ 41-45; *Bykov/Rusya* [BD], no. 4378/02, 10/03/2009, §§ 61-64; *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, §§ 139-141. Ayrıca bkz., *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, §§ 152-53; *Kudla/Polonya* [BD], no. 30210/96, 26/10/2000, §§ 110-11.

¹⁴⁵² *Becciev/Moldova*, no. 9190/03, 4/10/2005, § 63; *Nikolov/Bulgaristan*, no. 38884/97, 30/01/2003, § 74.

¹⁴⁵³ Bkz., AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013.

4. *Ek Koşul: Özel İtina Koşulu*

Tutukluluk süresinin makullüğünün değerlendirmesinde göz önünde bulundurulması gereken son bir husus da, mahkemelerin tutma gerekçelerinde özel bir itina gösterilip gösterilmediğidir. Bununla beraber bu sürenin ne kadar olması gerektiği konusunda AİHM tarafından bir belirleme yapılmamıştır. Söz konusu gerekçelerin “ilgili” ve “yeterli” olması halinde, AİHM, ulusal makamların, yargılamalar sırasında “özel itina” (*special diligence/du diligence*) gösterip göstermediğini de tespit etmelidir.¹⁴⁵⁴ Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının yorumundan çıkarılan özel itina koşulu, Sözleşme’nin 6(1) fıkrasındaki güvenceyle örtüşmektedir.¹⁴⁵⁵ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Sözleşme’nin 5(3) fıkrasındaki makul süre standardı, 6(1) fıkrasındakinden daha yüksek bir standart içermektedir.¹⁴⁵⁶

Sözleşme’nin 5(3) fıkrası, tutuklu kişilerin soruşturulmasında ve kovuşturulmasında özel bir özen gösterilmesini gerektirmektedir. Hazırlık soruşturması süresinin şikâyet konusu olmadığı hallerde bile tutukluluk döneminin makul süreyi aşmaması gerekmektedir. AİHM öncelikle serbest bırakılma hakkının ihlal edilip edilmediğini incelemektedir. Bu konuda bir sorun bulunmadığı takdirde başvuruyu makul sürede yargılanma hakkı açısından inceler. Bu yönüyle tutuklama hangi nedene dayanırsa dayansın ve soruşturma süresi ne kadar uzun sürerse sürsün Sözleşme’nin 5(3) fıkrası kendi sonuçlarını doğuran bağımsız bir hükümdür.¹⁴⁵⁷

Soruşturmanın karmaşıklığı ve özel şartları, adli makamların yargılamalar sırasında “özel itina” gösterip göstermediklerinin değerlendirilmesinde göz önüne

¹⁴⁵⁴ *Szepesi/Macaristan*, no. 7983/06, 21/12/2010, §§ 23-25; *Contrada/İtalya*, no. 27143/95, 24/08/1998, § 54.

¹⁴⁵⁵ *Herczegfalvy/Avusturya*, no. 10533/83, 24/09/1992, § 71. Karş., *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 17.

¹⁴⁵⁶ Bu konuda bkz., *Stögmüller/Avusturya*, no. 1602/62, 10/11/1969.

¹⁴⁵⁷ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 404.

alınacak etkenlerdir.¹⁴⁵⁸ Bir devletin az sayıda soruşturma görevlisinin bulunması veya yargıçların iş yükünün soruşturma sisteminin süratle işlemesine engel olması gibi sebepler, tutukluluk süresinin makullüğünün değerlendirilmesinde önemli kabul edilmemektedir.¹⁴⁵⁹ Ancak, tutuklu bir sanığın, davasının özel ivedilik ile incelenmesini sağlama hakkının, adli makamların görevlerini gerekli özenle ifa etmeye yönelik gayretlerine yersiz bir şekilde engel olmaması gerekmektedir.¹⁴⁶⁰

Örneğin AİHM, *Toth/Avusturya* davasında iki yıl bir ay tutuklu kalan ve işlediği suç nedeniyle dört yıl hapis cezasına mahkûm edilen başvurucunun, tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin ulusal mahkemelerce gösterilen nedenleri ilgili ve yeterli bulmuş ancak, tutuklu sanığın yargılanmasında ulusal makamların gerekli özeni göstermeleri gerektiğini belirtmiş ve olayda başvurucunun salıverilme taleplerinin karara bağlanması için her defasında üst mahkemeye dava dosyasındaki orijinal belgelerin gönderilmesi nedeniyle tutukluluk süresinin uzadığını ve bu nedenle tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴⁶¹

AİHM, İspanya’da tecavüz suçundan yargılanan İngiliz vatandaşı başvurucunun dört yıl on altı gün tutuklu kaldığı *Scott/İspanya* davasında, tutukluluğuna ilişkin sebepleri ilgili ve yeterli görmekle beraber bu denli uzun süren tutukluluk halini “gerekli özen” testine tabi tutmuştur. AİHM, karmaşık nitelikte olmayan somut olayda kamu makamlarının belgelerin çevrilmesi, diplomatik kanallardan iletilmesi, şikâyetçinin birçok kez davet edilmesi gibi sebeplerle meydana gelen gecikmeyi haklı bulmamış, tutuklu sanığın davasının görülmesinde “gerekli özen” gösterilmediğinden

¹⁴⁵⁸ *Scott/İspanya*, no. 21335/93, 18/12/1996, § 74.

¹⁴⁵⁹ *Stögmüller/Avusturya*, no. 1602/62, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 5.

¹⁴⁶⁰ *Shabani/İsviçre*, no. 29044/06, 5/11/2009, § 65; *Sadegül Özdemir/Türkiye*, no. 61441/00, 2/08/2005, § 44.

¹⁴⁶¹ *Toth/Avusturya*, no. 11894/85, 12/12/1991, §§ 74-77.

makul sürede salıverilme hakkına aykırılık tespit etmiştir.¹⁴⁶² *Vayıç/Türkiye* davasında da gözaltına alınıp tutuklanan başvuru aleyhine ancak altı ay sonra yasadışı örgüt üyeliği suçundan DGM’de dava açılmıştır. DGM başvuru aleyhine işkence gördüğü şikâyetiyle ilgili olarak polisler aleyhine ağır ceza mahkemesinde görülmekte olan dava dosyasını istemiş, ancak ağır ceza mahkemesi üç buçuk yıl sonra iddianameyi DGM’ye göndermiştir. Bu gecikme nedeniyle başvuru aleyhindeki davanın duruşmaları sürekli olarak ertelenmiş ve başvuru beş yıldan fazla tutuklu kaldıktan sonra salıverilmiştir. AİHM, bu olayda tutukluluğa özen gösterilmediğini kabul ederek Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁴⁶³

İşlediği çok sayıda hırsızlık suçlarından iki yıl tutuklu kalan 14 yaşındaki başvuru aleyhine tutukluluğu konusunda iç hukukta gösterilen gerekçeleri yeterli ve ilgili gördüğü *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan* davasında AİHM, başvuru aleyhine yaşının küçüklüğü ve küçüklerin ancak istisnai hallerde tutuklanabileceği dikkate alındığında, yargılanmasında gerekli özenin gösterilmediği için uzun süre tutuklu kalmış olmasını Sözleşme’nin 5(3) fıkrasına aykırı bulmuştur.¹⁴⁶⁴

D. Tutukluluk Halinin Devamının/Salıverilme Taleplerinin Reddinin Gerekçeleri

Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının metninde, tutukluluk süresinin makul olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan gerçek kamu yararının hangi nedenlere dayanabileceği gösterilmiş değildir. Bir başka deyişle, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde yer alan bir kimsenin suç işlediğinden makul şüphe duyulması şartı dışında, herhangi bir tutuklama şartı yer almamaktadır. Tutuklama nedenleri ülkelerin ulusal mevzuatlarında yer almakta, ulusal mahkemeler önlerindeki olaylarda kamu yararının dayandığı tutukluluk

¹⁴⁶² *Scott/İspanya*, no. 21335/93, 18/12/1996, § 83.

¹⁴⁶³ *Vayıç/Türkiye*, no. 18078/02, 20/06/2006, § 38.

¹⁴⁶⁴ *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, § 157.

nedenlerini incelemektedir. AİHM de kendisine yapılan başvurularda, ulusal mahkemelerin kararlarındaki gerekçelere ve salıverme taleplerinde gösterilen olaylara bakarak, ulusal mahkemelerin dayandıkları tutuklama nedenlerinin olayda gerçekten bulunup bulunmadığını incelemektedir.

AİHM içtihadında, kişinin salıverilme taleplerinin veya kefaletin reddedilmesine dair dört adet kabul edilebilir temel gerekçe belirtilmiştir: (i) Sanığın kaçma (salıverilmesi halinde bir daha yargı organı önüne getirilememe tehlikesi),¹⁴⁶⁵ (ii) salıverilmesi halinde adaletin işleyişine müdahale etme (salıverilmesi halinde delillere müdahale tehlikesi),¹⁴⁶⁶ (iii) suçu tekrarlama (salıverilmesi halinde kişinin başka suçlar işleme tehlikesi)¹⁴⁶⁷ veya (iv) kamu düzeninin bozulması riski.¹⁴⁶⁸ Ayrıca AİHM kararlarında istisnai olarak, soruşturması devam eden bir kişinin güvenliğinin tehlikeye girmesi riskinin de, tutuklamanın devamı açısından kabul edilebilir bir gerekçe olarak kullanıldığı görülmektedir.¹⁴⁶⁹

Bahsedilen tutuklama nedenlerinden birinin varlığı, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar vermeyi otomatik olarak zorunlu kılmaz. AİHM’ye göre Sözleşme’nin 5(3) fıkrası gereğince yetkili makamların, bir kimsenin tutukluluğun devamına veya salıverilmesine karar verirken, ilgili kimsenin duruşmada hazır bulunmasını sağlamak için alternatif tedbirleri dikkate alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira Sözleşme’nin 5(3) fıkrası sadece “makul sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme”

¹⁴⁶⁵ *Stögmüller/Avusturya*, no. 1602/62, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 15.

¹⁴⁶⁶ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, s. 21, §14.

¹⁴⁶⁷ *Matznetter/Avusturya*, no. 2178/64, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 9.

¹⁴⁶⁸ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, §51; *Tiron/Romanya*, no. 17689/03, 7/04/2009, § 37; *Simirnova/Rusya*, no. 46133/99 ve 48183/99, 24/07/2003, § 59; *Piruzyan/Ermenistan*, no. 33376/07, 26/06/2012, § 94.

¹⁴⁶⁹ *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, §§ 82, 84-85.

hakkı getirmemekte, aynı zamanda “salıvermenin kişinin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabileceği”ni de öngörmektedir.¹⁴⁷⁰

Jablonski/Polonya davasında başvurunun tutuklu kaldığı üç yıl on aylık süre içinde ulusal mahkemelerin; ceza davasının gereği gibi yürütülmesini sağlamak için iç hukukta açıkça öngörülen kefalet veya polis denetimi gibi “önleyici tedbirlere” karar verme olasılığını hiç değerlendirmemiş olmalarını, bu alternatif tedbirlerin hangi gerekçelerle başvurunun mahkemeye gelmesini sağlayamayacağını veya başvuru salıverilecek olsaydı davasının neden gereği gibi görülemeyeceğini açıklamamış olmalarını dikkate alarak Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁴⁷¹

Yukarıda bahsi geçen tutukluluk sebeplerinin, kefaletle serbest kalma, polis gözetimi ya da adli kontrol gibi diğer önleyici tedbirlerin uygulanabileceği gerçeği ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bir kişi *yalnızca* (i) salıverilmesi tutuklama sebeplerinden biri açısından bir zararın doğması yönünde gerçek bir riske yol açacak ise ve (ii) salıvermeyi koşullara bağlama ya da diğer önleyici tedbirlerin uygulanması bu riski kaldırmayacak veya riski tutukluluğu haklı olmaktan çıkaracak ölçüde azaltmayacak ise tutuklanabilecektir.¹⁴⁷²

1. Kaçma Tehlikesi

Kaçma tehlikesi (*danger of absconding*), tutukluluğu haklı kılacak klasik¹⁴⁷³ ve en sık karşılaşılan¹⁴⁷⁴ tutuklama nedenlerinden biridir. Adli makamların, suç işlediğinden şüphelendikleri bir kişinin hemen erişebilecekleri bir yerde bulundurulmasını istemelerinin nedeni, hem soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesinin

¹⁴⁷⁰ *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, § 83.

¹⁴⁷¹ *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, § 84.

¹⁴⁷² *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, § 84.

¹⁴⁷³ Harris at al., 2013, s. 179.

¹⁴⁷⁴ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 402

sağlanması hem de eğer ilgili kişi mahkûm edilecek olursa cezasının infaz edilebilmesi için mevcudiyetine ihtiyaç duyulmasıdır.¹⁴⁷⁵ Buna karşılık kişinin mahkûm edilebileceği suçun cezasını çekmek istemeyeceği ve dolayısıyla kaçacağı veya saklanacağı düşünülür. AİHM’ye göre kaçma tehlikesinin bulunup bulunmadığını tespiti, “yaratacağı sonuçlar ve doğuracağı zararlar bakımından kaçmayı tutukluluğun devamına göre daha az kötü gösteren şartların var olup olmadığı”nın belirlenmesine bağlıdır.¹⁴⁷⁶

Kaçma tehlikesinin varlığına işaret eden unsurlardan biri, mahkûmiyet halinde kişinin alabileceği hapis cezasının ağırlığıdır. AİHM’ye göre, ulusal bir mahkemece tutukluluğun devamına ilişkin verilen kararda “suçun niteliği”ne atıfta bulunulması, aslında isnat edilen suçun ağırlığına ve dolayısıyla sanığın kaçma tehlikesinin varlığına dair bir karineye atıfta bulunulduğu şeklinde anlaşılabilir.¹⁴⁷⁷ Isnat edilen suç için öngörülen hapis cezasının ağırlığı, adli makamlara kişinin salıverilmesi halinde kaçacağını düşündürebilir. Ancak, AİHM’ye göre, tutukluluk süresinin ileride alınabilecek cezadan düşüleceği varsayıldığında, uzayan tutukluluk süresi cezanın önemini azaltacaktır.¹⁴⁷⁸

Sanığın kaçma riskinin değerlendirilmesinde, isnat edilen suç için öngörülen cezanın ağırlığı önemli bir unsur olmakla birlikte, suçun ağırlığı, uzun tutukluluk sürelerini haklı kılmak için tek başına yeterli bir gerekçe olamaz.¹⁴⁷⁹ Bir başka bir anlatımla isnat edilen suça verilebilecek cezanın ağırlığı kendiliğinden sanığın kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle tutukluluğun devamını haklı kılmaz. Kaçma riski

¹⁴⁷⁵ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 402

¹⁴⁷⁶ *Stögmüller/Avusturya*, no. 1602/62, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 15.

¹⁴⁷⁷ *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, no. 16419/90 ve 16426/90, 10/07/1991, § 51.

¹⁴⁷⁸ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 10.

¹⁴⁷⁹ *Miladinov ve Diğerleri/Makedonya*, no. 46398/09 vd., 24/04/2014, § 54; *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, § 145; *Garycki/Polonya*, no. 14348/02, 6/02/2007, § 47; *Chraidi/Almanya*, no. 65655/01, 26/10/2006, § 40; *Ilijkov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, §§ 80-81.

değerlendirilirken, sanığın kişiliği, ahlaki durumu, ikametgâhı,¹⁴⁸⁰ mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkedeki bağlantıları, tutuklulukla ilgili olumsuz duyular,¹⁴⁸¹ varsa daha önceki kaçışları,¹⁴⁸² başka bir ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı,¹⁴⁸³ kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları,¹⁴⁸⁴ aleyhine başka davaların açılması tehdidi,¹⁴⁸⁵ başvurusunun önemli derecede borçlu olması ve alacaklılarından kaçmak isteyebileceği¹⁴⁸⁶ gibi unsurlar, incelenmesi gereken diğer hususlardır.¹⁴⁸⁷

Örneğin *Chraidi/Almanya* davasında AİHM, ulusal mahkemelerin potansiyel hapis cezasının süresinin diğer faktörlerle birlikte bir unsur olarak değerlendirilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Bu faktörler arasında başvurusunun Almanya'ya uluslararası terör suçlamaları kapsamında iade ile gelmiş olması ve Almanya'da, kaçmasını engelleyecek nitelikte sabit bir ikametgâhının ve sosyal bağlarının olmaması vardır.¹⁴⁸⁸ AİHM, ulusal mahkemelerin, başvurusunun mahkeme önüne çıkarılması için başka bir tedbir bulunmadığı yönündeki kararını doğru bulmuştur.¹⁴⁸⁹

Kaçma tehlikesi, yalnızca kişinin alabileceği cezanın ağırlığına göre değerlendirilemez. Kaçma tehlikesinin varlığını doğrulayan ya da bu tehlikenin tutuklu yargılamayı haklı kılamayacak derecede düşük olduğunu ortaya koyan diğer ilgili faktörlere bağlı olarak bir değerlendirme yapılmalıdır.¹⁴⁹⁰ Tutuklulukta geçen süre

¹⁴⁸⁰ Bir kimsenin sabit bir ikametgâhının bulunmaması, kaçma tehlikesinin olduğu anlamına gelmemektedir (*Sulaoja/Estonya*, no. 55939/00, 15/02/2005, § 64).

¹⁴⁸¹ *Stögmüller/Avusturya*, no. 1602/62, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 15.

¹⁴⁸² *Punzelt/Çek Cumhuriyeti*, no. 31315/96, 25/04/2000, § 76.

¹⁴⁸³ *Matznetter/Avusturya*, no. 2178/64, 10/11/1969, § 8.

¹⁴⁸⁴ *Cesky/Çek Cumhuriyeti*, no. 33644/96, 6/06/2000, § 79.

¹⁴⁸⁵ *X./İsviçre* (kk), no. 8788/79, 12/03/1980.

¹⁴⁸⁶ *Barfuss/Çek Cumhuriyeti*, no. 35848/97, 31/07/2000, §§ 69-70.

¹⁴⁸⁷ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 10; *Becciev/Moldova*, no. 9190/03, 4/10/2005, § 58; *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, no. 16419/90 ve 16426/90, 10/07/1991, § 52.

¹⁴⁸⁸ *Karş.*, *Sulaoja/Estonya*, no. 55939/00, 15/02/2005, § 62.

¹⁴⁸⁹ Harris et al., 2013, s. 180.

¹⁴⁹⁰ *Panchenko/Rusya*, no. 45100/98, 8/02/2005, § 106.

uzadıkça, kaçma tehlikesi doğal olarak azalmaktadır.¹⁴⁹¹ Ayrıca, genel olarak, “delil durumu” (*the state of evidence*), suça ilişkin ciddi göstergelerin mevcut olduğuna ve devam ettiğine işaret eden önemli bir etken olsa da, uzun tutukluluk sürelerini tek başına haklı kılamaz.¹⁴⁹²

Yağcı ve Sargın/Türkiye davasında AİHM, başvuruçuların Türkiye’ye tamamen kendi istekleriyle dönmüş olduklarını ve cezai soruşturmaya uğrayacaklarını bilmiyor olmalarının mümkün olmadığını kaydederek, başvuruçuların kaçma tehlikesi bulunduğu düşüncesiyle tutukluluklarının devamı konusunda karar verilmesini eleştirmiştir.¹⁴⁹³

2. Adaletin İşleyişine/Yargı Sürecine Müdahale Riski

Adaletin işleyişine müdahale riski (*obstruction of the proceedings*), ulusal hukuklarda öngörülen bir tutuklama nedenidir. Belgelerin yok edilmesi,¹⁴⁹⁴ olası şüphelilerin uyarılması ya da onlarla işbirliği yapılması¹⁴⁹⁵ ve tanıklara baskı¹⁴⁹⁶ bu kapsamda sayılabilir. Şüphelinin gözaltına alındığı sırada henüz delillerin bütününe yetkililerce ulaşamamış olabilir. Bu nedenle yetkililer, soruşturma devam ederken kişinin salıverilmesi halinde, henüz elde edilememiş delilleri yok edebileceği veya gizleyebileceği veya değiştirebileceği, tanıklara veya mağdur veya başkalarına baskı yapabileceği veya dışarıda olan suç ortaklarıyla işbirliği yapabileceği kaygısını taşıyabilirler. Ulusal mahkemeler de tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında “delil durumu”, “dosyanın içeriği” veya “soruşturmanın devam ediyor olması” gibi ifadelerle söz konusu tehlikenin varlığına işaret edebilirler.¹⁴⁹⁷

¹⁴⁹¹ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, § 10.

¹⁴⁹² *Dereci/Türkiye*, no. 77845/01, 24/05/2005, § 38.

¹⁴⁹³ *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, no. 16419/90 ve 16426/90, 10/07/1991, § 52.

¹⁴⁹⁴ *W./İsviçre*, no. 14379/88, 26/01/1993.

¹⁴⁹⁵ *W./İsviçre*, no. 14379/88, 26/01/1993.

¹⁴⁹⁶ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991.

¹⁴⁹⁷ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 403.

Ancak, sanığın yargılama işlemlerinin usulüne uygun olarak yürütülmesini engelleme tehlikesi, soyut olarak dayanılacak bir gerekçe değildir; böyle bir tehlikenin varlığı maddi delillerle desteklenmelidir.¹⁴⁹⁸ Hakkında soruşturma başlatıldığından haberdar olan bir kişinin, bir süre serbest bulunduktan sonra, delillere müdahale edebileceği düşüncesiyle tutukluluğunun devamına karar verilmesi ikna edici değildir. Tutuklamanın, başlangıç itibarıyla, soruşturmanın tamamlanamamış veya delillerin toplanamamış olması gibi nedenlere dayanması haklı kılabilir, ancak soruşturma ilerledikçe, ifadeler alınıp doğrulandıkça, bu gerekçelerle kişinin tutuklu bulundurulmasının temeli kalmamaktadır.¹⁴⁹⁹ Dolayısıyla, sanığın tanıklara baskı yapma riski, yargılamaların ilk aşamalarında kabul edilebilir bir durumdur.¹⁵⁰⁰ Ancak, uzun vadede, soruşturmanın koşulları, şüphelinin tutuklanmasını haklı kılmaya yetmeyecektir. Normal şartlarda, soruşturma ilerledikçe, ifadeler alınıp teyit edildikçe, söz konusu riskler zamanla azalacaktır.¹⁵⁰¹

Aynı durum organize suç örgütleriyle ilgili olaylar açısından da geçerlidir. AİHM'ye göre tutuklu kişinin salıverilecek olması halinde tanıklara veya suç ortaklarına baskı yapma veya bir başka şekilde muhakemeyi engelleme tehlikesi, işin doğası gereği yüksek bir ihtimaldir. Bu durum, daha uzun bir tutukluluk dönemini haklı kılabilir, ancak zaman geçtikçe, başlangıçta gösterilen tutuklama nedenleri giderek konuyla daha az ilgili hale gelir ve tutukluluğun devamı için daha güçlü nedenler gerekir.¹⁵⁰²

44. ¹⁴⁹⁸ *Becciev/Moldova*, no. 9190/03, 4/10/2005, § 59; *Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991, §

¹⁴⁹⁹ *Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991, § 43.

¹⁵⁰⁰ *Jarzynski/Polonya*, no. 15479/02, 4/10/2005, § 43.

¹⁵⁰¹ *Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991, § 44.

¹⁵⁰² *Celejewski/Polonya*, no. 17584/04, 4/05/2006, § 37.

3. Suçların Tekrarlanması/Suçun Önlenmesi İhtiyacı

Bir suçun ağırlığı, adli makamları, başka bir suç işleme girişimini önlemek amacıyla, şüpheliyi tutuklamaya ve tutukluluk halinin devamına karar vermeye sevk edebilmektedir. AİHM, “tekrar suç işlenmesinin (*repetition of offences/danger of reoffending*) önlenmesi” gerekçesiyle tutuklamayı, tutuklama nedenleri arasında kabul etmiştir.¹⁵⁰³ Buna göre sanığın cezalandırılabilir nitelikteki faaliyetlerini çok uzun bir süreden beri devam ettirmesi, mağdurların uğradığı kayıpların büyüklüğü, sanığın kendisine isnat edilen suç işlemedeki tecrübe ve yeteneği, sanığın yeniden aynı tür suçları işlemeye başlayacağı konusunda haklı bir kaygı uyandırabilir.¹⁵⁰⁴ Dolayısıyla, sanığın salıverilmesi halinde, hakkındaki suçlama ile aynı derecede ciddi suçlar işleyeceğine inanmak için yeterli neden¹⁵⁰⁵ varsa suçun önlenmesindeki kamu yararı tutukluluğun devam etmesini haklı kılabılır. Bu açıdan belirli bir suçun işleneceğine dair “makul” bir şüphenin bulunması gerekmemektedir.¹⁵⁰⁶ Ancak, davanın koşulları ve özellikle de söz konusu kişinin geçmişi ve kişiliği dikkate alındığında, söz konusu tehlikenin ikna edici ve alınan tedbirin de uygun olması gerekmektedir.^{1507, 1508} Geçmiş mahkûmiyetler,¹⁵⁰⁹ sanığın yeni bir suç işleyebileceğine ilişkin makul bir endişe duyulması açısından gerekçe teşkil edebilir.¹⁵¹⁰

¹⁵⁰³ *Matznetter/Avusturya*, no. 2178/64, 10/11/1969, hukuk kısmı § 7.

¹⁵⁰⁴ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 404.

¹⁵⁰⁵ *Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991, § 40.

¹⁵⁰⁶ *Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991, § 40.

¹⁵⁰⁷ *Matznetter/Avusturya*, no. 2178/64, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 7 (Bu karara muhalif kalan hâkimler, masumiyet karinesinden yararlanan bir kişinin serbest bırakılması halinde yeni bir suç işleyeceği gerekçesiyle tutulması görüşüne katılmamışlardır).

¹⁵⁰⁸ Örneğin, cinayetle suçlanan bir kişinin salıverildiğinde aynı türden şiddet içeren bir suç işleyeceğine inanılmasının nedeni akıl sağlığı durumu ise, bu kişiye psikiyatrik tedavi sağlanmaksızın tutukluluğunun devam etmemesi gerekir (*Clooth/Belçika*, no. 12718/87, 12/12/1991). Bir kimsenin işinin veya ailesinin olmamasına dayanılarak, yeni suçlar işlemeye eğilimli olduğu sonucuna varılamaz (*Sulaoja/Estonya*, no. 55939/00, 15/02/2005, § 64).

¹⁵⁰⁹ Karş., *Sulaoja/Estonya*, no. 55939/00, 15/02/2005, § 64.

¹⁵¹⁰ *Matznetter/Avusturya*, no. 2178/64, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 9.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasına göre “tekrar suç işlenmesinin önlenmesi” sebebine dayanan bir tutuklama ile 5(1)(c) bendindeki “suçu engellemek üzere tutma” hükmüne dayanılarak özgürlükten yoksun bırakma arasında ayırım yapılabilir. Birincisinde, çok ciddi bir suçu işlediğinden makul şüphe duyulan sanığın, diğer özel koşullarla birlikte, *yargılama sırasında* tutukluluğunun devam etmesi söz konusudur. İkincisinde ise bir ceza davasıyla bağlantılı olmaksızın *önleyici* genel bir tutma yetkisine dayanılarak bir kimsenin tutulması söz konusudur.¹⁵¹¹

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, bir kişinin suç işlemesine engel olma zorunluluğunun var olduğu durumlarda ve makul gerekçelerin varlığı koşuluyla haklı bulunabilir. Ancak, bu tutulma nedeni, suçluluğa eğilimi olan tehlikeli bir şahsa veya insan gruplarına karşı genel bir önleme politikasına izin vermemektedir. Bu tutulma nedeni taraf devletlerden “belirli ve somut” bir suçu önlemesini zorunlu kılmaktadır.¹⁵¹²

4. Kamu Düzeninin Korunması

Kamu düzeninin korunması (*preservation of public order*), AİHM tarafından kabul edilen başka bir tutuklama sebebidir. Belirli suçların, kendilerine özgü ağırlıkları ve toplumun bu suçlara tepkisi nedeniyle, en azından belirli bir süre tutuklamayı haklı kılacak derecede toplumsal huzursuzluğa yol açabileceği kabul edilmektedir.¹⁵¹³ Ancak böyle bir tutuklama nedenine dayanılabilmesi için, olayda sanığın salıverilmesi halinde “kamu düzeninin gerçekten bozulacağı”nın gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla bu etken; istisnai hallerde, iç hukukta bir suç sebebiyle kamu düzeninin bozulması kavramı her halükarda tanındığı sürece ve Sözleşme'nin amaçları çerçevesinde dikkate alınabilir.

Söz konusu tutuklama gerekçesi, sanığın salıverilmesi durumunda kamu düzeninin fiilen bozulacağını gösteren olayların varlığı halinde ilgili ve yeterli

¹⁵¹¹ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 404.

¹⁵¹² *M./Almanya*, no. 19359/04, 17/12/2009, § 89; *Eriksen/Norveç*, no. 17391/90, 27/05/1997, § 86.

¹⁵¹³ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 51.

görülebılır. Ayrıca, bu tür bir gerekçeye dayalı tutuklama, ancak kamu düzeni gerçekten tehdit altında bulunduğu sürece haklı görölmeye devam edebilir; sanığın ceza alabileceği beklentisiyle tutukluluk hali sürdürölemez.¹⁵¹⁴

AİHM, *Letellier/Fransa* davasında, salıverılme talebinin yalnızca suçun ağırlığının soyut bir şekilde belirtildiği bir karar ile reddedilmesi durumunda bu koşulların yerine gelmemiş olduğuna karar vermiştir. Davada, Fransız mahkemeleri, bazı suçlar bakımından kamu düzeninin bozulma riskinin tutukluluğu haklı kıldığını belirten yasal hükümlere dayanarak, yalnızca söz konusu suçun (cinayete yataklık) çok ciddi olduğunu belirtmekle yetinmiş ve sanığın durumun özel koşulları çerçevesinde, salıverilirse toplumsal huzursuzluğa neden olup olmayacağını incelemeksizin bir karar vermiştir.¹⁵¹⁵ Kamu düzenine tehdit ilk bakışta tutukluluğu haklı kılsa da zaman geçtikçe bu gerekçe yeterli olmaktan çıkacaktır.¹⁵¹⁶

5. Soruşturması Devam Eden Kişinin Güvenliği

AİHM, bazı davalarda tahliye talebinin reddedilmesinde beşinci bir gerekçe olarak soruşturması devam eden kişinin güvenliğinin en azından belirli bir süre için tutukluluğu gerektirdiğini kabul etmiştir. Ancak AİHM, “bunun sadece istisnai durumlarda, suçun niteliği göz önüne alınarak ve suçun işlendiği bağlama bakılarak mümkün olabileceği”ni vurgulamıştır.¹⁵¹⁷

¹⁵¹⁴ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 51; *IA/Fransa*, no. 28213/95, 23/09/1998, § 104; *Prencipe/Monako*, no. 43376/06, 16/07/2009, § 79; *Tiron/Romanya*, no. 17689/03, 7/04/2009, §§ 41-42.

¹⁵¹⁵ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 51; Karş., *Kemmache/Fransa* (no.3), no. 17621/91, 24/11/1994, § 52.

¹⁵¹⁶ *Tomasi/Fransa*, no. 12850/87, 27/08/1992, § 91.

¹⁵¹⁷ Harris et al., 2013, s. 181; *IA/Fransa*, no. 28213/95, 23/09/1998, § 108 (Davada, karısını öldürmekle suçlanan başvurucu, yakınları tarafından saldırıya uğrayabileceği ihtimali üzerine tutulmuştur).

E. Alternatif Tedbirlerin Değerlendirilmesi

Yetkili makamlar, bir kimsenin salıverilmesi veya tutuklu kalması hususunda karar verirken, söz konusu kişinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak alternatif tedbirleri değerlendirmek zorundadır.¹⁵¹⁸ Bu zorunluluk; (i) “makul bir süre içinde yargılanma veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma” hakkının ve (ii) “salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir” hükmünün bir gereğidir.¹⁵¹⁹

F. Şartlı Salıverilme Koşulları ve Kefalet

Sözleşme’nin 5(3) fıkrasına göre eğer bir kişi şartlı salıveriliyorsa, salıverme, bu kişinin duruşmalara gelmesini sağlayacak güvencelere bağlanabilir. Şartlı salıvermenin herhangi bir yargısal denetim gerçekleştirilmeksizin, kanuna istinaden basmakalıp gerekçelerle reddedilmesi, Sözleşme’nin 5(3) fıkrasına aykırılık oluşturur.¹⁵²⁰

Ancak Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında kişinin salıverilmesinin, sadece ilgilinin duruşmada hazır edilmesi şartına bağlı olarak yorumlanması yeterli değildir. Bir kişinin şartlı olarak salıverilmesi, duruşmada hazır edilmesinin yanı sıra örneğin belli kişi ya da yerlerden uzak durması koşuluna da bağlanabilir. AİHM, *Wemhoff/Almanya* davasında, Sözleşme’nin 5(3) fıkrasının son cümlesinin, tutukluluğun tek dayanağının sanığın duruşmaya gelmeme tehlikesi olması halinde, kendisinden duruşmaya gelmesini güvence altına alacak bir güvence alınması koşuyla, sanığın salıverilmesini

¹⁵¹⁸ *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, § 140.

¹⁵¹⁹ *Khudoyorov/Rusya*, no. 6847/02, 8/11/2005, § 183; *Lelièvre/Belçika*, no. 11287/03, 8/11/2007, § 97; *Shabani/İsviçre*, no. 29044/06, 5/11/2009, § 62.

¹⁵²⁰ *Piruzyan/Ermenistan*, no. 33376/07, 26/06/2012, §105; *S.B.C./Birleşik Krallık*, no. 39360/98, 19/06/2001, §§ 23-24; *Caballero/Birleşik Krallık* [BD], no. 32819/96, 8/02/2000; Kefaletin belirlenmesinde yaşanan gecikme ile ilgili olarak bkz., *Iwanczuk/Polonya*, no. 25196/94, 15/11/2001.

gerektirdiğini; ¹⁵²¹ *Stögmüller/Avusturya* davasında ise aynı amaçla sanığın pasaportuna el koyulmasının da istenebileceğini ¹⁵²² belirtmiştir.

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında yer alan teminat (*bail*), maddi kaybın telafisinden ziyade, özellikle, sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaya yöneliktir. Bu sebeple, söz konusu teminat miktarı, öncelikle, “[sanığın] durumuna, malvarlığına ve güvenceyi sağlayacak kişilerle olan ilişkisine göre değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, sanığın duruşmaya gelmemesi halinde, ödediği güvenceyi kaybetme veya güvenceyi sağlayanlar hakkında dava açılması ihtimali, sanığın kaçmaması açısından yeterince caydırıcı olmalıdır ve bunu mümkün kılacak derecede bir güven tesis edilip edilmediğine bakılmalıdır”. ¹⁵²³ Ancak, bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olandan çok daha fazla bir miktar tespit etmek, bu madde kapsamındaki şartlı salıverilme hakkını ihlal edebilir. ¹⁵²⁴

Kefaletin, tutukluluğu haklı kılan gerekçeler bulunduğu sürece istenmesi mümkündür. ¹⁵²⁵ Kefalet veya farklı güvencelerle sanığın kaçma riski ortadan kaldırılabiliyorsa, sanığın salıverilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, daha hafif bir cezanın öngörülebileceği hallerde, sanığın kaçma eğiliminin azalacağı da dikkate alınmalıdır. ¹⁵²⁶ Yetkili makamlar, sanığın tutukluluk halinin devamının zorunlu olup olmadığına karar verirken gösterdikleri özeni, uygun kefalet miktarını belirlerken de

¹⁵²¹ *Wemhoff/Almanya*, no. 2122/64, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 15.

¹⁵²² *Stögmüller/Avusturya*, no. 1602/62, 10/11/1969, hukuk kısmı, § 15; Karş., *Schmid/Avusturya* (kk), no. 10670/83, 09/07/1985.

¹⁵²³ *Mangouras/İspanya* [BD], no. 12050/04, 28/09/2010, § 78; *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, § 14.

¹⁵²⁴ Harris et al., 2013, s. 182, *dipnot* 549.

¹⁵²⁵ *Musuc/Moldova*, no. 42440/06, 6/11/2007, § 42; *Aleksandr Makarov/Rusya*, no. 15217/07, 12/03/2009, § 139.

¹⁵²⁶ *Vrenčev/Sırbistan*, no. 2361/05, 23/09/2008, § 76.

göstermelidirler.¹⁵²⁷ Sanığın da, kefalet miktarının belirlenmesi için konuyla ilgili tüm bilgileri dürüstçe yetkili makamlara vermesi gerekmektedir.¹⁵²⁸

Ayrıca, kefalet için belirlenen miktar, bu hususa ilişkin kararda; usulüne uygun olarak (i) haklı gerekçelere dayandırılmalı¹⁵²⁹ ve söz konusu miktar belirlenirken, (ii) sanığın imkânları¹⁵³⁰ ve (iii) ödeme gücü¹⁵³¹ göz önünde bulundurulmalıdır. Bazı durumlarda, (iv) sanığın uğradığı kaybın miktarının hesaba katılması makul görülmeyebilir.¹⁵³² Ancak bazı durumlarda sanığın kaçma riski herhangi bir kefalet miktarının yetmeyeceği kadar büyük olabilir.¹⁵³³

Neumeister/Avusturya davasında AİHM, kefalet miktarının yalnızca başvurunun kaybı göz önünde bulundurularak hesaplanması nedeniyle Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵³⁴ Zira fıkranın asıl amacı başvurunun kaybının telafisi olmayıp, başvurunun duruşmada hazır bulunmasının sağlanmasıdır.

AİHM, *Mangouras/İspanya* davasında bu ilkeleri birlikte değerlendirerek 2002'de İspanya sahillerinde seyretmekte olan Prestige adlı geminin 70.000 ton yakıtı denize bırakarak bir çevresel bir felakete sebebiyet vermesi üzerine açılan ceza soruşturması sırasında gemi kaptanının seksen üç gün tutuklu kalmasını ve üç milyon Avro karşılığında güvence ile serbest bırakılmasını Sözleşme'nin 5(3) fıkrasına aykırı olarak değerlendirmemiştir.¹⁵³⁵

¹⁵²⁷ Guide on Article 5, 2012, § 171; *Piotr Osuch/Polonya*, no. 30028/06, 3/11/2009, § 39; *Bojilov/Bulgaristan*, no. 45114/98, 22/12/2004, § 60; *Skrobol/Polonya*, no. 44165/98, 13/09/2005, § 57.

¹⁵²⁸ *Iwanczuk/Polonya*, no. 25196/94, 15/11/2001, § 66.

¹⁵²⁹ *Georgieva/Bulgaristan*, no. 3413/05, 2/09/2010, §§ 15, 30-31.

¹⁵³⁰ *Hristova/Bulgaristan*, no. 60859/00, 7/12/2006, § 111.

¹⁵³¹ *Toshev/Bulgaristan*, no. 56308/00, 10/08/2006, §§ 69-73.

¹⁵³² *Mangouras/İspanya* [BD], no. 12050/04, 28/09/2010, §§ 81, 92.

¹⁵³³ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 14.

¹⁵³⁴ *Neumeister/Avusturya*, no. 1936/63, 27/06/1968, hukuk kısmı, § 14.

¹⁵³⁵ *Mangouras/İspanya* [BD], no. 12050/04, 28/09/2010, § 92.

G. Tutukluluk Süresinin Haklı Kılınmasının Zorunlu Olması

Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının, belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğa koşulsuz olarak imkân verdiği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Ne kadar kısa olursa olsun, her türlü tutukluluk süresinin haklılığının, yetkili makamlarca ikna edici bir şekilde kanıtlanması gerekmektedir.¹⁵³⁶

H. Küçüklerin Tutuklu Olarak Yargılanması

Çocukların tutuklu yargılanması, başvurulacak son tedbir olmalıdır. Tutukluluk mutlaka gerekli ise, süresi mümkün olduğunca kısa olmalıdır ve çocuklar, yetişkinlerden ayrı tutulmalıdır.¹⁵³⁷

AİHM, Türkiye aleyhine açılan pek çok davada, çocukların tutuklanmalarına ilişkin uygulamaya dair “kaygısını” dile getirmiştir.¹⁵³⁸ Özellikle *Nart/Türkiye* davasında, çocukların korunması hakkında çok sayıdaki uluslararası metinleri göz önünde bulunduran AİHM, çocukların tutuklanması tedbirinin son çare olarak düşünülmesi ve tutukluluk süresinin mümkün olduğunca kısa tutulması gerektiğini ve bu tedbire başvurulmasının kaçınılmaz olması halinde ise çocukların yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulmaları gerektiğini belirtmiştir.¹⁵³⁹

Dinç ve Çakır/Türkiye davasında AİHM, çocuk olan tutuklular bakımından dikkate alınacak tutukluluk süresinin başvuruçuların yakalanması ve salıverilmeleri arasında yaklaşık bir yıl iki ay sürdüğünü tespit etmiştir. Bu dönem boyunca, başvuruçuların tutukluluğunun devamı, düzenli incelemelere tâbi tutulmuştur. Başvuruçuların tutukluluğunun devamı konusunda yargısal makamlarca öne sürülen

¹⁵³⁶ *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, § 140; *Tase/Romanya*, no. 29761/02, 10/06/2008, § 40; *Castravet/Moldova*, no. 23393/05, 13/03/2007, § 33; *Belchev/Bulgaristan*, no. 39270/98, 8/04/2004, § 82.

¹⁵³⁷ *Nart/Türkiye*, no. 20817/04, 6/5/2008, § 31; *Güveç/Türkiye*, no. 70337/01, 20/01/2009, § 109.

¹⁵³⁸ *Güveç/Türkiye*, no. 70337/01, 20/01/2009, §§ 106-10; *Nart/Türkiye*, no. 20817/04, 6/5/2008, §§ 28-35; *Selçuk/Türkiye*, no. 21768/02, 10/1/2006, §§ 26-37.

¹⁵³⁹ *Nart/Türkiye*, no. 20817/04, 6/5/2008, § 31.

gerekçeler bakımından, tutukluluğun ilk döneminde, kaçma ve delillerin karartılması ile tanıklar üzerinde baskı kurma risklerine yer verilmekle beraber ilerleyen süreçte, bu gerekçelere bir daha yer vermemiş ve her bir duruşmanın sonunda, suçun CMK'nın 100(3) fıkrası tarafından öngörülen bir suç olduğu, isnat edilen suçun niteliği ve sınıflandırılması, isnat edilen suç ile ilgili olarak kanıtların durumu ve güçlü şüphelerin varlığı gibi neredeyse aynı basmakalıp ifadeleri kullanarak, başvuruçuların tutukluluk hallerinin devamına karar verilmiştir.

Ancak AİHM, ağır ceza mahkemesinin tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında dayandığı gerekçelere bakıldığında, iç hukukun ve birçok uluslararası anlaşmanın gerektirdiği üzere, başvuruçuların yaşından dolayı bu tedbire nihai bir çözüm olarak başvurulduğu gibi bir anlam çıkmadığını gözlemlemiştir.¹⁵⁴⁰ Tutukluluğun devamına ilişkin kararlara bakıldığında, hâkimlerin öncelikle tutukluluk dışında başka yöntemlere başvurulmadığı görülmüştür. Bu kapsamda, başvuruçuların avukatı, tutukluluğun devamına ilişkin olarak 16 Temmuz 2009 ve 29 Eylül 2009 tarihli duruşmalar sonunda verilen kararlara karşı yaptığı itirazlarda, hâkimin dikkatini müvekkillerinin çocuk oluşuna çekip, bu nedenle tutuklanmalarına son çare olarak başvurulması gerektiğini belirterek gerekirse kefaletle salıverilmelerini talep etmişse de, hâkimler bu talebi yerinde görmemiş ve bu tedbirin ilgililerin duruşmalara katılmalarını sağlamak bakımından neden yetersiz olabileceğine ilişkin herhangi bir açıklama da yapmamışlardır. Bu gerekçelerle AİHM, ulusal yargı mercileri tarafından ileri sürülen gerekçelerin, başvuruçuların tutukluluk hallerinin devamı için “ilgili” ve “yeterli” olmadığına hükmetmiştir.¹⁵⁴¹

¹⁵⁴⁰ Bu konuda ayrıca bkz., *Nart/Türkiye*, no. 20817/04, 6/5/2008, § 22 ve *Güveç/Türkiye*, no. 70337/01, 20/01/2009, § 108.

¹⁵⁴¹ *Dinç ve Çakır/Türkiye*, no. 66066/09, 9/07/2013, §§ 62-64. Ayı yönde bkz., *Mahmut Öz/Türkiye*, no. 6840/08, 3/07/2012 (Reşit olmayan küçüğün altı ay tutulması ihlal nedeni olarak kabul edilmiştir). *Fikri Yakar/Türkiye*, no. 23639/10, 22/05/2012; *Turgut Özkan/Türkiye*, no.

V. ÖZGÜRLÜKTEN MAHRUM BIRAKMAYA KARŞI BAŞVURU HAKKI

A. Genel Olarak

Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer bu tutulma durumu yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkı Sözleşme'nin 5(4) ve Anayasa'nın 19(8) fıkralarında düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 5(4) fıkrası şöyledir:

“Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve[] eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”¹⁵⁴²

Benzer yöndeki bir düzenlemenin yer aldığı Anayasa'nın 19(8) fıkrası şöyledir:

“Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.”

Sözleşme'nin 5(4) ve Anayasa'nın 19(8) fıkraları farklı ifadelerle de olsa benzer hükümler içermektedir. Anayasa'nın 19(8) fıkrasının gerekçesinde;

“... hukuk dilinde “habeas corpus” güvencesi olarak adlandırılan güvenceyi getiriyor. Bu güvence, her ne suretle olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişileri kapsamaktadır. Bu suretle, hürriyeti kısıtlanan kişi, bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı iddiasında bulunabilmek, bu iddiasını dinletebilmek amacıyla bir hâkime başvurma imkânından mahrum bırakılmayacaktır. “Habeas corpus” güvencesinin diğer bir gereği de, önüne gidilen yargı merciinin, hürriyet kısıtlamasının kanuna aykırı bulunması halinde ilgilinin serbest bırakılmasını emretme yetkisine sahip olmasıdır. Kişinin hâkim kararıyla hürriyetinden mahrum kalması halinde,

23601/10, 22/05/2012; *Taşçı ve Demir/Türkiye*, no. 23623/10, 3/05/2012, §§ 36-37; *Selçuk/Türkiye*, no. 21768/02, 10/1/2006 (On altı yaşındaki başvuru dört ay tutuklu yargılanmıştır); *Nart/Türkiye*, no. 20817/04, 6/5/2008 (On yedi yaşındaki başvuru kırk sekiz gün tutuklu yargılanmıştır); *Güveç/Türkiye*, no. 70337/01, 20/01/2009 (On beş yaşındaki başvuru dört buçuk yıl tutuklu yargılanmıştır).

¹⁵⁴² Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (erişim, 3/6/2013).

“habeas corpus” güvencesi bir “itiraz” mercii yaratmakta; diğer hallerde ise ilk derece hâkim incelemesi getirmektedir.”¹⁵⁴³

denilmiş ve *habeas corpus* güvencesine vurgu yapılarak, hürriyeti kısıtlanan kişilerin, bu kısıtlamanın kanuna aykırılığını mahkeme önünde ileri sürebilme hakkı olduğu, yargı merciinin de hürriyet kısıtlamasının kanuna aykırı bulunması halinde ilgilinin serbest bırakılmasını emretme yetkisine sahip bulunduğu ifade edilmiştir.

Anayasanın bu hükmü uyarınca hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Anayasa’nın 19(8) fıkrasında, kısıtlama sebebi bakımından bir ayırım yapılmadığından, başvuru hakkı kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılma ile sınırlı değildir.¹⁵⁴⁴

Fıkra da serbest bırakılmak amacıyla yetkili yargı merciine *yapılması gereken* başvurudan söz edildiğinden anılan hakkın *talep halinde* uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tutuklama kararı, tahliye talebinin reddi, tutukluluk halinin devamı kararlarına karşı yapılan itirazların incelenmesi sırasında uygulamaya giren bir güvencedir. Anayasa’nın 19(8) fıkrasında tanınan bu prosedürde adil yargılanma hakkının bütün güvencelerini sağlamak mümkün değil ise de, iddia edilen tutmanın koşullarına uygun somut güvencelerin yargısal nitelikli bir kararla sağlanması gerekir.¹⁵⁴⁵

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, Anayasa’nın 19(8) ve Sözleşme’nin 5(4) fıkralarının, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye tutuklanmasının

¹⁵⁴³ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenanayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 34.

¹⁵⁴⁴ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 122.

¹⁵⁴⁵ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 123. Aynı yönde bkz., *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, §§ 101-102; *Erişen ve Diğerleri/Türkiye*, no. 7067/06, 3/4/2012, § 51.

yasallığı hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması kanuni değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanıdığını belirtmiştir. Anılan Anayasa ve AİHS hükümlerinin esas olarak, tutukluluğun yasallığına ilişkin itiraz başvurusu üzerine, bir mahkeme nezdinde yürütülmekte olan davalardaki tahliye talepleri veya tutukluluğun uzatılması kararlarının incelenmesi açısından bir güvence oluşturmaktadır.¹⁵⁴⁶ CMK'nın 108. maddesinde, soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuz günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100. madde hükümleri göz önünde bulundurularak; kovuşturma evresinde ise tutuklu sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da en geç otuz günlük süre içinde hâkim veya mahkemece resen karar verileceği hükme bağlanmıştır. AYM, CMK'nın 108. maddesine göre yapılacak değerlendirme resen (*ex officio*) yapılmakta olup Anayasa'nın 19(8) fıkrası ile hürriyeti kısıtlanan kişiye tanınan yargı merciine itiraz edebilme hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğine, bu nedenle mahkemece resen yapılan incelemenin duruşmasız olduğu ve çelişmeli yargılama ilkesine uyulmadığı yönündeki şikâyetlerinin “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁴⁷

Hürriyet kısıtlamasına karşı başvuru hakkı bir başka ifadeyle “itiraz” hakkı, CMK'nın 267. maddesinde de “[h]âkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebil[eceği]” şeklinde düzenlemeye tabi tutulmuştur. CMK'nın 268. maddesine göre, ise hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, Kanun'un ayrıca hüküm koymadığı hâllerde ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa

¹⁵⁴⁶ AYM, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 30.

¹⁵⁴⁷ AYM, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, §§ 31-32.

geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılabilir. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltebilir, yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.¹⁵⁴⁸

Anayasa Mahkemesine göre de CMK'nın 104(1) fıkrasına göre şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında herhangi bir süre beklemeksizin salıverilmesini talep edebilir. Aynı Kanun'un 267. maddesine göre ise resen ya da talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararlar mahkeme önünde itiraza konu edilebilir.¹⁵⁴⁹

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve söz konusu tutma hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Fıkra ile kişinin salıverilmesini sağlayabilecek bir mahkemeye başvurabilmesini öngören bir iç hukuk yolunun varlığı güvence altına alınmıştır.

Suç şüphesiyle gözaltına alınan bir kişi için Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında öngörülen usul ile 5(4) fıkrasındaki yargılama usulü benzerlik göstermekle birlikte temelde bazı farklılıklar içerir. Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında, sadece suç şüphesiyle özgürlüğünden yoksun bırakılmış olup salıverilmemiş kişilere otomatik olarak kullandırılması gereken bir hak düzenlemiştir. Bütünüyle bağımsız bir hüküm olan Sözleşme'nin 5(4) fıkrasında¹⁵⁵⁰ ise herhangi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmış herkese sadece başvuruları halinde kullanabilecekleri bir hak tanınmaktadır. Bu yönüyle Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının 5(3) fıkrasından daha önce uygulanması söz

¹⁵⁴⁸ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

¹⁵⁴⁹ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 126.

¹⁵⁵⁰ Harris et al., 2013, s. 185.

konusu olabilmektedir.¹⁵⁵¹ Her iki fıkrada da başvurucunun salıverilmesiyle sonuçlanabilecek hukuk yolları yakalanmasından hemen sonra ve makul aralıklarla yapılan denetim vasıtasıyla öngörülmüştür. Ancak Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bakımından, sanığın tutulmasının hukukiliğinin incelenmesinde ortaya çıkan sorunlar 5(3) fıkrasındakine kıyasla daha karmaşık niteliktedir.¹⁵⁵² Ayrıca Sözleşme'nin 5(3) fıkrası kapsamında tanınması gereken usulî güvenceler, 5(4) fıkrası uyarınca tanınması gereken güvencele nazaran daha esnektir.¹⁵⁵³ Ancak, Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında öngörülen usulün, 5(4) fıkrasında öngörülen gereklilikleri yerine getirmesi halinde, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bakımından aranan yargısal denetim, 5(3) fıkrası kapsamında yargıç ya da diğer bir görevli tarafından yapılan incelemede içselleştirilmiş (*incorporated*) olur.¹⁵⁵⁴

Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının uygulanabilmesi için başvurucunun, “yargılandığı davanın koşulları içinde salıverilme şansına/olasılığına sahip olduğunu göstermesi önkoşulu” bulunmamaktadır.¹⁵⁵⁵ Bu denetimin, yargısal bir niteliğe sahip olması ve denetim konusu olan özgürlükten tutma türüne uygun güvenceler içermesi gerekir.¹⁵⁵⁶ Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan tüm güvencelerin bu denetimde var olması beklenmez, ancak özellikle 5(1)(c) bendi kapsamına giren bir tutma söz konusu ise, Sözleşme'nin 5(4) ve 6(1) fıkralarındaki muhakeme arasındaki ilişki kuvvetlenir.¹⁵⁵⁷ Ancak Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına göre yapılan denetimin 6(1) fıkrası anlamında¹⁵⁵⁸ bir suç isnadının karara bağlanması anlamına gelmeyeceği unutulmamalıdır.¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵¹ Harris et al., 2013, s. 185; Trechsel ve Summers, 2005, s. 465-66.

¹⁵⁵² *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990, § 64.

¹⁵⁵³ Harris et al., 2013, s. 170, 174.

¹⁵⁵⁴ *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 57.

¹⁵⁵⁵ *Waite/Birleşik Krallık*, no. 53236/99, 10/12/2002, § 59.

¹⁵⁵⁶ *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, § 162.

¹⁵⁵⁷ *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, §§ 36-40.

¹⁵⁵⁸ *Aerts/Belçika* karında AİHM, özgürlük hakkının Sözleşme'nin 6(1) fıkrası anlamında medeni bir hak olduğunu belirtmiştir (*Aerts/Belçika*, no. 25357/94, 30/07/1998, § 59). Tutukluluğun

AİHM'nin Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermesi, 5(4) fıkrası bakımından inceleme yapmayacağı anlamına gelmez.¹⁵⁶⁰ Yine Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının, genel olarak etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 13. maddesine göre de “özel”¹⁵⁶¹ (*lex specialis*) hüküm olduğunu belirtmek gerekir. Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gereklilikleri, 13. maddesinde öngörülenlerden daha katıdır.¹⁵⁶² Dolayısıyla Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının uygulanabilir olduğu olaylarda Sözleşme'nin 13. maddesinin uygulanma olasılığı oldukça düşüktür.¹⁵⁶³ Nitekim AİHM, *Emrullah Karagöz/Türkiye* davasında davaya ilişkin olayların hukuki değerlendirmesini yapmakta özgür olduğunu hatırlatarak *jura novit curia*¹⁵⁶⁴ ilkesi gereğince, bur şikâyeti başvuruçuların ileri sürmediği madde veya paragraf açısından resen incelemiştir.¹⁵⁶⁵ AİHM, kararda, başvuruçunun Sözleşme'nin

Sözleşme'nin 6(1) fıkrası anlamında medeni bir hak olup olmadığı konusunda ayrıca bkz., *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, §§ 53-54.

¹⁵⁵⁹ *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, § 48.

¹⁵⁶⁰ *Douiyep/Hollanda* [BD], no. 31464/96, 4/8/1999, § 57.

¹⁵⁶¹ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 202; *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 60.

¹⁵⁶² Reid, 2000, s. 89.

¹⁵⁶³ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 405 (Bu durumda Sözleşme'nin 13. maddesinin “uygulanmaz” olduğu ifade edilmiştir). Harris et al., 2013, s. 186 (Bu durumda Sözleşme'nin 13. maddesinin “uygulanma olasılığının düşük” olduğu ifade edilmiştir. *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 60. Ancak *Er ve Diğerleri/Türkiye* davasında AİHM 13. maddeden inceleme yapmıştır. Kararda “AİHM, Sözleşme'nin 13. maddesi hükmünün, yerel hukuk düzeninde her ne şekilde temin edilirse edilsin, Sözleşme’de belirtilen hak ve özgürlükleri temel olarak yerine getirmek üzere, ulusal düzeyde bir başvuru yolunun mevcut olmasını teminat altına aldığını yineler. Dolayısıyla Sözleşme’nin 13. maddesi gereği, Sözleşme uyarınca “tartışmaya açık bir şikâyetin” esasını ele alacak yerel bir başvuru yolu hükmü olmalı ve bu hüküm uyarınca taraf devletlerin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirme yolları konusunda karar verme yetkileri olmakla birlikte, bu tür başvuru yolları uygun telafiye sağlamalıdır. Sözleşme’nin 13. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğün kapsamı aynı zamanda, Sözleşme uyarınca başvuru tarafından yapılan şikâyetin özelliklerine bağlı olarak değişkenlik gösterir. Bununla birlikte, Sözleşme’nin 13. maddesi gereği uygulanacak başvuru yolu, uygulama ve aynı zamanda hukuki açıdan ve özellikle de söz konusu başvuru yolunun, davalı Devletin yetkililerinin eylem veya ihmalleri yoluyla kullanılmasının gerekçesiz bir şekilde engellenmemesi eçrçevesinde “etkin” olmalıdır.” ifadelerine yer verilmiştir (*Er ve Diğerleri*, no. 23016/04, 31/07/2012, § 110).

¹⁵⁶⁴ “Jura novit curia”: Yargıç/mahkeme kuralı bilir ve resen uygular [yazarın notu].

¹⁵⁶⁵ *Guerra ve Diğerleri/İtalya*, 19 Şubat 1998 tarihli karar, § 44, 1998-I).

13. maddesi çerçevesindeki şikâyetlerini 5(4) fıkrası açısından incelemeyi uygun görmüştür.¹⁵⁶⁶

Sözleşme'nin 5(4) fıkrasında öngörülen hukuk yolunun amacı, tutulan bir kişinin salıverilmesini sağlamak olduğundan, tutulan kişinin hukuka uygun olarak serbest bırakıldıktan sonra artık bu yolun kullanılmasına gerek kalmamaktadır.¹⁵⁶⁷ Tutuklu bulunan kişinin şartlı olarak salıverildiği hallerde dahi, artık özgür olduğu için Sözleşme'nin 5(4) fıkrası uygulanmayacaktır. Bu durumda bulunan kişiler bakımından, salıverilen kişinin önceki tutukluluğunun Sözleşme'ye aykırılığını ileri sürebileceği bir hukuk yolunu barındıran 13. madde uygulanacaktır.¹⁵⁶⁸ Sözleşme'nin 5(4) fıkrası anlamında ulusal hukukta tutmanın hukukiliğine itiraz olanağı veren bir yolun bulunması, 5(1) fıkrasındaki uluslararası güvencenin ihlal edilip edilmediğini değerlendirecek olan AİHM'ye nazaran çok daha kolay elde edilebilen ve (neredeyse) anında ortaya çıkan bir sonuç doğurur.¹⁵⁶⁹

Tutuklu bulunan bir kişinin, salıverilme talebi görüşüldükten sonra süratle salıverilmişse, bu kişinin başvurduğu hukuk yolunun Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına uygun olup olmadığı değerlendirilmeyecektir, zira bu değerlendirmenin artık bir anlamı kalmamıştır. *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık* davasında başvurulardan ikisi gözaltına alınmalarının ertesi günü gözaltı işlemine itiraz etmiş ancak, başvurularından sonraki yirmi dört saat içinde, talepleri henüz görüşülmeden serbest bırakılmıştır. Başvurucuların süratle salıverildiklerini göz önünde bulunduran AİHM, söz konusu

¹⁵⁶⁶ *Emrullah Karagöz/Türkiye*, no. 78027/01, 8/11/2005.

¹⁵⁶⁷ *X./İsviçre* (kk), no. 10230/82, 11/05/1983. Serbest bırakılmış bir kişinin kendisine açık olan hukuk yolunun süratle uygulanmadığı iddiası Sözleşme'nin 5(4) fıkrası açısından incelenebilir (*X./Birleşik Krallık* (kk), no. 9403/81, 5/05/1982). Kaçak durumda olan bir kişinin Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bağlamında hukuk yoluna başvurma hakkı (özgürlük mahrumiyeti devam ettiğinden) bulunmaktadır (*Van der Leer/Hollanda*, no. 11509/85, 21/02/1990).

¹⁵⁶⁸ *L./İsveç* (kk), no. 10801/84, 20/01/1986.

¹⁵⁶⁹ Harris et al., 2013, s. 186.

hukuk yolunun Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına uygun olup olmadığını değerlendirmemiştir.¹⁵⁷⁰

Kişiyi özgürlükten yoksun bırakan kararın idari bir makamca verildiği durumlarda da bu karara karşı iç hukukta Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının öngördüğü bir başvuru yolunun bulunması gerekir. Bu nedenle Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, kolluğun, bir suç şüphesiyle yakalama veya gözaltı işlemine karşı uygulanabilir olduğu gibi, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının diğer bentlerine göre –örneğin 5(1)(e) bendine göre tutulan serserilere– de uygulanır.¹⁵⁷¹ İdari bir kararla özgürlüğünden yoksun bırakılmış, örneğin gözaltına alınmış bir kişinin mahkemeye başvurma hakkının bulunmaması Sözleşme'nin 5(4) fıkrasını ihlal edecektir.

Ayrıca bu başvuru yolunun varlığı yeterince belirgin, ulaşılabilir ve teoride olduğu kadar pratikte de etkili olmalıdır. Söz konusu başvuru yolunun pratikte de etkili olduğunu kanıtlama yükümlülüğü devlete aittir.¹⁵⁷² Kişi bu başvuru yolunu kullanamadan veya yaptığı başvuru sonuçlanmadan salıverilmiş ise, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasındaki hakkın ihlal edilip edilmediği incelenmeyebilir.¹⁵⁷³ Öte yandan çeşitli yerlerde işlediği suçlardan tutulan bir kişinin salıverilme taleplerinin başvurduğu mahkemeler tarafından kişi başka bir yere nakledildiği için talebinin konusuz kaldığı gerekçesiyle reddedilmesi, mevcut başvuru yolunun etkili bir şekilde kullanılamaması sonucunu doğurur.¹⁵⁷⁴

Kişiyi özgürlükten yoksun bırakan karar bir yargısal makam tarafından verilmiş ise, kural olarak Sözleşme'nin 5(4) fıkrası uygulanmasına gerek yoktur. Gerçekten bir mahkemenin verdiği, örneğin belirli bir hapis cezasına mahkûmiyet kararında veya bir

¹⁵⁷⁰ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991.

¹⁵⁷¹ *De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika*, no. 2832/66, 18/6/1971, §§ 72-74.

¹⁵⁷² *Sakık ve Diğerleri*, no. 23878/94 vd., 26/11/1997, § 53.

¹⁵⁷³ *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, no. 12244/86 vd., 27/3/1991, §§ 44-45.

¹⁵⁷⁴ *R.M.D./İsviçre*, no. 19800/92, 26/09/1997, § 52.

tutma kararında veya bir tutuklama kararında, kişiyi özgürlükten yoksun bırakmanın hukukilik denetiminin yapıldığı varsayılır. Başka bir anlatımla bu fıkranın öngördüğü usul, mahkeme kararında içselleştirilmiştir.¹⁵⁷⁵

Fakat başlangıçtaki hapsedme ve tutuklama dâhil, bir tutma kararının mahkeme tarafından verilirken hukukilik denetiminin yapılmış olması, artık bir kez daha denetim yapılmayacağı anlamına gelmez. İlk tutma kararı bir mahkeme kararı olsa bile, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, belirli bir süre geçtikten sonra makul aralıklarla bu tutmanın hukukilik açısından denetlenmesini gerektirebilir. Özellikle tutuklananların ve tutma sebebi zamanla değişebilecek olan kişilerin durumları yeniden hukukilik denetimi yapılmasını gerektirir. Bir başka deyişle, tutmanın hukukiliğini etkileyen yeni bir mesele doğması halinde, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası yeniden uygulanabilir hale gelir.¹⁵⁷⁶ Ayrıca Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, sözleşmecı devletlere salıverilme başvurularını inceleyecek iki dereceli yargı yerleri kurma, yani itiraz veya temyiz yolu açma yükümlülüğü getirmemektedir. Ancak, ilk derece mahkemelerinin salıverilme talebinin kararına karşı itiraz ya da temyiz yolu öngören bir devlet, tutulanlara ilk derecede sağladığı güvenceleri kural olarak üst başvuru sırasında da sağlamak zorundadır.¹⁵⁷⁷

B. Hükümün Amacı

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, haksız tutuklamaların önlenmesini amaçlayan ve sanığın derhal yargıç huzuruna çıkarılmasını gerektiren *habeas corpus* güvencesinin ihlaline karşı başvuru yolunu düzenlemektedir.¹⁵⁷⁸ Bu fıkra, tutuklu kişilere, yargısal

¹⁵⁷⁵ Gavril Yosifov/Bulgaristan, no. 74012/01, 6/11/2008, § 57. “İçselleştirme kuralı” ile ilgili olarak bkz., Harris et al., 2013, s. 185.

¹⁵⁷⁶ Svetoslav Dimitrov/Bulgaristan, no. 55861/00, 7/02/2008, § 67.

¹⁵⁷⁷ Bu konuda bkz., Harris et al., 2013, s. 185; Doğru ve Nalbant, 2012, s. 406; Toth/Avusturya, no. 11894/85, 12/12/1991, § 84; Rutten/Hollanda, no. 32605/96, 24/07/2001, § 53; Lanz/Avusturya, no. 24430/94, 31/01/2002, § 42.

¹⁵⁷⁸ Bleichrodt, 2006, s. 498.

makamlar önünde tutukluluklarının adli incelemeye tabi tutulması için etkin ve aktif olarak *itiraz* edebilme hakkını tanıyan esaslı bir güvencedir.¹⁵⁷⁹

Sûratle gerçekleştirilmesi gereken bu denetim,¹⁵⁸⁰ bir temyiz başvurusu niteliğinde değildir. Ancak Sözleşme gereğince özgürlükten mahrumiyete ilişkin kararın “hukuka uygunluğu”nun temelinde yer alan maddi ve usulî koşulların incelenmesi ve söz konusu tutma hukuka aykırı ise kişinin salıverilmesi gerekir. Dolayısıyla Sözleşme’nin 5(4) fıkrası, mahkemelerin, sürat koşulu da dâhil olmak üzere somut olayın tüm yönlerini denetlemesine ve kendisini karar mercii yerine koymasına yol açacak bir genişlikte inceleme yapmalarına olanak tanımamaktadır.¹⁵⁸¹

Tutuklu kişi hakkında AİHM tarafından, Sözleşme’nin 5(1) fıkrasında öngörülen koşulların ihlal edilmediğinin saptanmış olması, 5(4) fıkrasına uygunluğunun incelenmesinden feragat edildiği anlamına gelmemektedir. Bu iki fıkra, farklı hükümleri içermekte olup, ilk fıkranın hükümlerine uyulmuş olması otomatik olarak diğer fıkraya da uyulduğunu göstermez.¹⁵⁸²

Sözleşme’nin 5(4) fıkrasındaki başvuru hakkı esas olarak; (i) tutma tedbirinin “hukukiliği” konusunda olması, (ii) söz konusu başvurunun bir “mahkeme” tarafından incelenmesi, (iii) incelemenin “sûratle” yapılması ve (iv) “makul aralıklarla” yapılması kriterlerini içermektedir.

C. Tutmanın Hukukiliğinin Denetimi

Sözleşme’nin 5(4) fıkrasında düzenlenen hukuk yolu, tutulan kişiye tutulmasının hukukiliğini inceletme imkânı vermektedir. Sözleşme’nin 5(4) fıkrasında yer alan “hukukilik” kavramı, Sözleşme’nin 5(1) fıkrasındaki “hukukilik” ile aynı anlama

¹⁵⁷⁹ *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 106; *Rakevich/Rusya*, no. 58973/00, 28/10/2003, § 43.

¹⁵⁸⁰ *Rakevich/Rusya*, no. 58973/00, 28/10/2003, § 31.

¹⁵⁸¹ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 174.

¹⁵⁸² *Douiyep/Hollanda* [BD], no. 31464/96, 4/8/1999, § 57; *Kolompar/Belçika*, no. 11613/85, 24/9/1992, § 45.

gelmektedir.¹⁵⁸³ Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına göre, tutulan kişinin tutulmasının hem iç hukuka hem de temel ilkeleriyle birlikte Sözleşme'ye uygun ve keyfi olup olmadığının incelenmesini talep etme fırsatına sahip olması gerekmektedir.¹⁵⁸⁴ Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, yakalanan veya tutuklanan bir kimseye, 5(1) fıkrası anlamında özgürlüğünden yoksun bırakılmasının “*kanuna uygunluğu*” (*lawfulness*) açısından gerekli olan “*usul*” (*procedural*) ve “*esas*”a (*substantive*) ilişkin koşulların mahkeme tarafından incelenmesini sağlamak üzere talepte bulunma hakkı tanımaktadır.¹⁵⁸⁵ Bu yönüyle, “*ispat külfeti*” ulusal makamlara ait olup, yetkili makamların bireyin tutulmasının zorunlu olduğunu kanıtlamaları gerekir.¹⁵⁸⁶

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, bu fıkra göre denetim yapan mahkemeye, yerindelik denetimi yaparak kendi değerlendirmesini, kararı veren makamın değerlendirmesinin yerine koymasına izin verecek bir yargısal denetim hakkı tanımamaktadır.¹⁵⁸⁷ Bu fıkra, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına göre bir bireyin tutuklanmasının hukuki olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan tüm koşullara uyulup uyulmadığının denetlenmesini gerektirir.¹⁵⁸⁸ Sözleşme'nin 5(4) fıkrası çerçevesinde yapılacak incelemenin ayrıca, tutmanın hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi halinde tutmayı sona erdirecek süratli bir yargısal kararla sonuçlanabilmesi de zorunludur.¹⁵⁸⁹

Bir suç şüphesiyle tutuklanan kişinin salıverilme talebi üzerine ulusal mahkeme tarafından yapılan denetim, başvuru aleyhinde tutuklamayı gerektiren bir suç isnadının varlığını tespit etmekle kalmamalı, bu isnadın “*makul şüphe*” şartını taşıyıp

¹⁵⁸³ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, no. 8225/78, 28/5/1985, § 52.

¹⁵⁸⁴ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 202; *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/198, § 48.

¹⁵⁸⁵ *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, § 161; *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, § 31.

¹⁵⁸⁶ *Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, § 71.

¹⁵⁸⁷ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 202.

¹⁵⁸⁸ *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990, § 50.

¹⁵⁸⁹ *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000, § 68.

taşımadığını da belirleyebilmelidir.¹⁵⁹⁰ Ayrıca, başvurunun tutuklama nedenlerinden kaçma veya soruşturmayı engelleme tehlikesinin bulunmadığını savunurken ileri sürdüğü somut olayların tutmanın denetimini yapan yargıç tarafından dikkate alınmaması, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının aradığı nitelikte ve kapsamda bir yargısal denetim yapılmadığı anlamına gelir.¹⁵⁹¹

Keyfi tutmaya karşı ulusal hukukta bulunması gereken hukuk yolunun niteliği, dava Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının hangi bendi kapsamında incelenecekse, ilgili bendin içeriğine göre değişecektir.¹⁵⁹² Örneğin, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, AİHM'nin Sözleşme'nin 5(1)(f) bendine ilişkin yorumu doğrultusunda, sınır dışı kararının *esasının* incelenmesine yönelik bir hukuk yolu gerektirmez. Sınır dışı etme veya geri verme kararı amacıyla tutulan kişiler de tutulmalarının hukukiliğinin denetlenmesi için mahkemeye başvurma hakkına sahiptirler.¹⁵⁹³ Bu başvuru üzerine mahkeme, sınır dışı etme veya geri verme kararını esastan inceleme yetkisine sahip olmayabilir ancak, sınır dışı etme veya geri verme kararının yerine getirilmesine kadar geçen süre içerisinde kişinin "tutulmasının hukukiliğini" denetleme yetkisine sahip olmalıdır.¹⁵⁹⁴

Chahal/Birleşik Krallık davasında AİHM, geri iadesine karar verilen başvurunun tutulmasıyla ilgili belgelerin gizli olması nedeniyle bu belgelerin başvuru ulusal mahkeme tarafından incelenememesini Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁵⁹⁵ AİHM ayrıca, örneğin Sözleşme'nin 5(4) fıkrası

¹⁵⁹⁰ *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 61.

¹⁵⁹¹ *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 61.

¹⁵⁹² *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, § 60.

¹⁵⁹³ Bu konuda bkz., *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009. AİHM, AİHS'nin Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamında, Türk hukuk sisteminin başvuru tutukluluklarının yasaya uygunluğu konusunda mahkemeye başvurma hakkı tanıyan bir hukuk yolu sunmadığı sonucuna varmıştır (bkz., *S.D./Yunanistan*, no. 53541/07, 11/6/2009).

¹⁵⁹⁴ Harris et al., 2013, s. 187; Aynı yönde bkz., Doğru ve Nalbant, 2012, s. 410.

¹⁵⁹⁵ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, §§ 128-33.

bağlamında mahkeme olarak kabul edilmeyen bir kamu kurumunca bu eksikliğin giderilmesini kabul de etmemiştir.¹⁵⁹⁶

Chahal/Birleşik Krallık davasında AİHM ayrıca, ulusal güvenlik ve terörün gündeme geldiği davalarda zorunlu olarak gizli belgelere başvurulabileceğini kabul etmiştir. Ancak bunun, ulusal makamların “ulusal mahkemelerin etkili denetiminden” kaçması anlamına gelmemesi gerekir.¹⁵⁹⁷ AİHM, savunmacı devletin, istihbarat bilgilerinin gizliliği ve bilgi kaynakların korunmasına dair meşru güvenlik gerekçesi ile bireye savunma haklarının tanınmasının aynı anda mümkün olabileceğini belirterek, somut davada düzgün bir dengenin kurulmadığını belirtmiştir.¹⁵⁹⁸

Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye davasında, AİHM, hali hazırda, başvuruçuların 23 Haziran 2008 tarihi itibarıyla tutukluluk nedenlerinin kendilerine bildirilmediğini ve Hasköy Emniyet Müdürlüğündeki tutuklulukları sırasında adli yardım hakkından mahrum bırakıldıklarını tespit etmiştir. AİHM, tek başına bu hususların, başvuruçuların tutukluluklarına karşı itiraz hakkında yoksun kaldıkları anlamına geldiğini değerlendirmiştir.¹⁵⁹⁹

Dbouba/Türkiye kararında başvuruçuya El-Kaide’ye üye olma suçlamasıyla ilgili olarak serbest bırakıldığı ve bu bağlamda sınır dışı işlemlerinin başlatıldığı yazılı olarak bildirilmiştir. Söz konusu belgede, başvuruçunun hangi gerekçeyle Kocaeli Emniyet Müdürlüğünde alıkonduğuna dair herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Savunmacı devlet, Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca Türkiye’de bulunan yabancıların idare mahkemelerine dava açabileceklerine ve kanuna aykırı olarak tutuklandığı gerekçesiyle

¹⁵⁹⁶ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 130.

¹⁵⁹⁷ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 131.

¹⁵⁹⁸ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, §§ 131-44; Ayrıca bkz., *Al-Nashif/Bulgaristan*, no. 50963/99, 20/06/2002, §§ 94-98. *Chahal/Birleşik Krallık* kararı sonrasında Britanya Hükümeti’nce “Özel Göçmen Temyiz Mahkemesi” (*the Special Immigration Appeals Tribunal*) kurulmuştur. Bu mahkemede başvuruçular güvenlik kontrolünden geçmiş avukatlar tarafından temsil edilmekte ve duruşmalar kamera kaydına alınmaktadır (Harris et al., 2013, s. 187).

¹⁵⁹⁹ *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, §§ 141-42.

bir sığınmacı tarafından açılan davanın idare mahkemeleri tarafından ivedilikle incelenerek sığınmacının serbest bırakılarak tazminata hükmedildiğine ilişkin herhangi bir örnek sunmamıştır. AİHM, 25 Ocak 2008 tarihinden itibaren özgürlüğünden mahrum bırakılmasının gerekçelerinin başvurucuya tebliğ edilmediğini tespit etmiş ve başvurucunun tutukluluğuna etkili itiraz hakkının bulunmadığına karar vermiştir.¹⁶⁰⁰

AİHM'nin, birçok kararında, Türk hukuk sistemi bakımından da sınır dışı edilmek üzere tutulan başvurularda, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası anlamında, tutulmalarının hukukilik denetimini yaptırabilecekleri bir yol sağlanmadığı sonucuna vardığı görülmektedir.¹⁶⁰¹

D. Hukukilik İncelemesinin Bir “Mahkeme” Tarafından Yapılması

Bir kişinin Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi uyarınca tutuklanmasına karar veren “mahkeme”nin (*court*), söz konusu kişinin suç işlediğine dair makul şüpheyne yol açacak yeterli miktarda delilin bulunup bulunmadığını inceleme yetkisini haiz olması gerekir. Zira söz konusu şüphenin varlığı, tutuklamanın Sözleşme kapsamında “kanuna/hukuka uygun” (*lawful*) sayılabilmesi açısından şarttır.¹⁶⁰² Dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi bağlamında bir kişinin aleyhindeki suç isnadının incelenip, söz konusu isnadın sağlam maddi vakıalara dayanıp dayanmadığının, başka bir deyişle söz konusu isnadın “makul şüphe”ye dayanıp dayanmadığının incelenmemesi, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiği anlamına gelir.¹⁶⁰³

Bir kişinin yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararıyla özgürlüğünden yoksun bırakıldığı hallerde, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gerektirdiği denetimin, yargılama işlemleri sona erdiğinden, mahkeme kararı kapsamına dâhil

¹⁶⁰⁰ *Dbouba/Türkiye*, no. 15916/09, 13/07/2010.

¹⁶⁰¹ Birçok karar yanında bkz., *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, no. 30471/08, 22/8/2009, § 142.

¹⁶⁰² *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 58.

¹⁶⁰³ *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 561; *Jėčius/Litvanya*, no. 34578/97, 31/7/2000.

edilmesi (içselleştirilmesi) gerekir.¹⁶⁰⁴ Böylece, başka bir incelemeye gerek kalmayacaktır. Ancak, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasını haklı kılan gerekçelerin zamanla değişebileceği hallerde, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gereklerine uygun bir mercie başvuru yolunun açık olması gerekmektedir.¹⁶⁰⁵

1. Mahkemenin “Yargısal Nitelikte” İnceleme Yapması

Sözleşme'nin 5(4) fıkrasında ifade edilen “mahkeme”nin ülkenin standart yargı mekanizmasıyla bütünleşmiş klasik anlamda bir mahkeme olması zorunlu değildir.¹⁶⁰⁶ Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının amaçları çerçevesinde, tutuklunun başvurabileceği “mahkeme”, yürütme organından ve davanın taraflarından bağımsızlık¹⁶⁰⁷ gibi sadece bazı temel özellikleri taşıyan organları değil, aynı zamanda söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın türüne uygun, bir hukuk sisteminden diğerine değişebilen “yargısal usulî güvenceler” tanıyan, tutmanın hukukiliği hakkında “karar” verme¹⁶⁰⁸ ve hukuka uygun değilse salıverme yetkisine sahip olan organları ifade eder.¹⁶⁰⁹

Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gerekliliklerini karşılayan hukuki denetim şekilleri, bir alandan diğerine farklılık gösterebilir. Bu farklılık söz konusu hürriyetten yoksun bırakmanın türüne bağlı olarak değişebilir. İncelenen alanda, hangi sistemin en uygun sistem olabileceğini sorgulamak, AİHM'nin görevi değildir.¹⁶¹⁰

CMK'nın 104. maddesinde de soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanığın salıverilmesini isteyebileceği belirtildikten sonra,

¹⁶⁰⁴ *De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika*, no. 2832/66, 18/6/1971, § 76. “İçselleştirme kuralı” ile ilgili olarak bkz., Harris et al., 2013, s. 185.

¹⁶⁰⁵ *Kafkaris/Kıbrıs* (kk), no. 9644/09, 21/06/2011.

¹⁶⁰⁶ *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 61.

¹⁶⁰⁷ *Stephens/Malta* (no.1), no. 11956/07, 21/4/2009, § 95. Mahkemenin ayrıca “tarafsız” olması da gerekmektedir (Bu konuda bkz., *DN/İsviçre* [BD], no. 27154/95, 29/03/2001, § 52 [aksine delil olmadıkça mahkemenin tarafsız olduğu karinesi (§ 45)]).

¹⁶⁰⁸ *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 61.

¹⁶⁰⁹ *Benjamin ve Wilson/Birleşik Krallık*, no. 28212/95, 26/09/2002, §§ 33-34.

¹⁶¹⁰ *Chtoukatourov/Rusya*, no.44009/05, 27/3/2008, § 123.

kişnin tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verileceği, hâkim veya mahkemece verilen ret kararına itiraz edilebileceği ifade edilmiştir. Bu yönüyle CMK'daki hükümlerin, AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

AİHM, savcının¹⁶¹¹ ve hükümet üyesi bakanların¹⁶¹² yukarıda bahsedilen özellikleri taşımadığı kanaatindedir. Ancak bazı özel durumların olduğunu da söylemek gerekmektedir. Örneğin *Weeks/Birleşik Krallık* davasında AİHM, İngiliz Şartlı Salıverme Kurulunun yürütmeden bağımsız olduğu ve görevlerini yerine getirirken tarafsız olması nedeniyle gerekli yargısal niteliği taşıdığına karar verilmiştir.¹⁶¹³

Buna ek olarak, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası açısından “mahkeme”nin, sadece tavsiye yetkisine sahip olması da yeterli değildir. Yargısal niteliğe sahip bir mahkemenin, kişinin salıverilmesiyle ilgili hukukten bağlayıcı karar alabilmesi de gerekir.¹⁶¹⁴ *X./Birleşik Krallık*, davasında, bir Akıl Sağlığı Denetim Mahkemesi (*Mental Health Review Tribunal*), yürütmeden ve taraflardan bağımsız olduğu halde, yalnızca içişleri bakanına tavsiye niteliğinde kararlar aldığı gerekçesiyle mahkeme olarak kabul edilmemiştir.¹⁶¹⁵ Yine *Van Droogenbroeck/Belçika* kararında da, mahkemenin, hukuka aykırı tutmadan hükümet görevlisinin sorumlu olduğunu tespit etmesi yeterli görülmemiş, kişinin salıverilmesine karar verememesi nedeniyle Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁶¹⁶

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, tutulan akıl hastaları açısından da uygulama alanı bulunmaktadır. Akıl hastası olan bir kişinin, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine göre kanuna

¹⁶¹¹ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 64.

¹⁶¹² *X./Birleşik Krallık*, no. 7215/75, 05/11/1981, § 61.

¹⁶¹³ *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 62.

¹⁶¹⁴ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 202.

¹⁶¹⁵ *X./Birleşik Krallık*, no. 7215/75, 05/11/1981; Karş., *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990. Bu konuda bkz., Dutertre, 2003, s. 97-99.

¹⁶¹⁶ *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982; Karş., *Benjamin ve Wilson/Birleşik Krallık*, no. 28212/95, 26/09/2002.

uygun olarak alıkonulup konulmadığının, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gereklilikleri açısından denetiminin sağlanmalıdır. Sözleşme'nin, hürriyetten yoksun bırakılmaya ilişkin bir işlemin, bağımsız bir yargı denetiminden geçirilmesi gerektiğine ilişkin kuralının, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı olan, keyfiliğe karşı koruma sağlanması bakımından çok büyük bir önemi bulunmaktadır. Akıl hastalığı nedeniyle kendi adına hareket edemeyen kişilerin koruması için bazı özel usulî güvencelerin gerekli olabileceği de unutulmamalıdır.¹⁶¹⁷

El-Masri/Makedonya davasında AİHM, akıl hastalarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamında üç temel prensibe dikkat çekmiştir. (i) İlk olarak süresiz ya da uzun süreli olarak alıkoyma halinde ilgilinin, kural olarak, periyodik ve otomatik bir denetim olmaması halinde, en azından “makul aralıklarla” alıkonulmanın “yasallığına” itiraz etmek için bir mahkeme nezdinde dava açma hakkı vardır.¹⁶¹⁸ (ii) İkinci olarak Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, uygulanan prosedürün, hukuki bir niteliği olmasını gerektirmekte ve bireye, yakındığı hürriyetten mahrum kalmanın türüne uygun güvenceler sağlamaktadır. Bir prosedürün, kişiye yeterli güvence sunup sunmadığını tespit etmek için bu prosedürün, hangi koşullarda geliştiğine bakılmalıdır.¹⁶¹⁹ (iii) Üçüncü ve son olarak Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamına giren adli makamların sunduğu güvencelerin, 6(1) fıkrasında cezai ve hukuki ihtilaflar için öngörülen güvencelerle aynı olması gerekli değildir. Bu fıkra açısından ilgilinin, bir mahkemeye erişmesi ve kendisinin bizzat ya da ihtiyaç halinde temsilcisi vasıtasıyla dinlenilmesi gerekir.¹⁶²⁰

Aynı davasında AİHM, savunmacı hükümetin ileri sürdüğü başvuru yollarının, başvuru için erişilebilir olmadığı ya da hukuki bir niteliklerinin olmadığı sonucuna

¹⁶¹⁷ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 60.

¹⁶¹⁸ *El-Masri/ Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, § 171.

¹⁶¹⁹ *El-Masri/ Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, § 172.

¹⁶²⁰ *El-Masri/ Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, § 173.

ulaşarak, bu yolların hiçbirinin başvurucunun bakımevine yerleştirilmesinin, Sözleşme ve iç hukuk açısından, yasallığının doğrudan incelenmesini sağlamadığına ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶²¹

Kıta Avrupası sistemindeki sorgu hâkimliği müessesesi, “mahkeme” tanımına uygundur.¹⁶²² AİHM'nin, bunu destekleyen kararları, sorgu hâkiminin bağımsız olsa bile tarafsız olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. AİHM, kural olarak, yargılamayı yapan mahkemenin tutuklulukla ilgili karar vermesinin Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bakımından tarafsızlığa aykırı düşmediği kanaatindedir.¹⁶²³ AİHM aynı zamanda, “şüphe” ile “suçluluğun tespiti”nin aynı şekilde ele alınamayacağı ve ulusal mahkemelerin, tutukluluğun devamıyla ilgili karar verirken incelediği hususlar ile hükme esas alınan hususların aynı olmadığı görüşündedir.¹⁶²⁴

İki ya da daha fazla sayıdaki bağımsız hukuk yolu bir araya gelerek başvurunun tutulmasının hukukiliğinin her yönüyle denetlenmesini sağlıyorsa, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasındaki güvencelerin sağlandığı kabul edilmektedir.¹⁶²⁵ Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, hükmün içeriği ile uyumlu ve hükmün uygulanması için ayrı bir dava gerektirmeyen bir usulün var olduğunu varsaymaktadır.¹⁶²⁶

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, bir hukuk yolunun var olmasını yeterli görmektedir. Bu açıdan başvurunun olayın somut koşullarında bu yolu kullanmayı tercih edip etmediğinin bir önemi bulunmamaktadır.¹⁶²⁷ Ancak, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası ile

¹⁶²¹ *El-Masri/ Makedonya* [BD], no. 39630/09, 13/12/2012, §§ 177-78.

¹⁶²² Bu konuda bkz., *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989; Ayrıca bkz., Trechsel ve Summers, 2005, s. 327; Harris et al., 2013, s. 192.

¹⁶²³ *Ilijkov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 97 (Başvurucunun tutukluluğuna karar verme yetkisi, davanın esasını inceleyen hâkime aittir).

¹⁶²⁴ Harris et al., 2013, s. 192.

¹⁶²⁵ *Benjamin ve Wilson/Birleşik Krallık*, no. 28212/95, 26/09/2002, § 36; *Weeks/Birleşik Krallık*, no. 9787/82, 02/03/1987, § 69.

¹⁶²⁶ *Benjamin ve Wilson/Birleşik Krallık*, no. 28212/95, 26/09/2002, § 36.

¹⁶²⁷ *Keus/Hollanda*, no. 12228/86, 25/10/1990, § 28.

öngörülen hukuk yolunun erişilebilir, etkin ve sadece teoride değil aynı zamanda pratikte de yeterince açık olması gerekmektedir.¹⁶²⁸ Aksi halde, söz konusu hükmün, amaçları açısından gerekli olan erişilebilirlik ve etkili olma özelliğinden yoksun olacaktır.¹⁶²⁹

Sözleşme'nin gerekleri çerçevesinde, ulusal mahkemece gerçekleştirilen adli/yargısal inceleme, ulusal mevzuatın usul ve esasa ilişkin hükümlerine uygun olmalıdır ve ayrıca 5. maddenin kişiyi keyfiliğe karşı korumayı amaçlayan amacına uygun olarak yürütülmelidir.¹⁶³⁰ Söz konusu hukuk yolunun varlığını ve etkinliğini ortaya koymak ve AİHM'yi ikna etmek davalı devlete ait bir yükümlülüktür.¹⁶³¹ Yeterli ya da etkili olmayan hukuk yollarının başvuru tarafından tüketilmesine de gerek bulunmamaktadır.¹⁶³²

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bağlamındaki başvuru hakkının, tutulan kişi tarafından kullanılabilmesi ve bu hakkın kullanımının ulusal makamların inisiyatifinde olmaması gerekir.¹⁶³³ Başvurucunun başvuru hakkını kullanmasının önündeki idari engeller ulusal makamlarca bertaraf edilmelidir. İdari mekanizmalar nedeniyle başvurucunun Sözleşme'nin 5(4) fıkrası uyarınca etkili bir hukuk yoluna başvuramaması durumu bir ihlal nedeni olarak kabul edilmiştir.¹⁶³⁴ Nitekim hukuk eğitimi olmayan başvurucuya bir avukata erişim hakkının verilmemesi, dış dünya ile ilişkisinin tamamen kesilmesi ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına göre talepte bulunma imkânının pratik olarak

¹⁶²⁸ Z.N.S./Türkiye, no. 21896/08, 19/01/2010, § 60; *Sakık ve Diğerleri*, no. 23878/94 vd., 26/11/1997, § 53.

¹⁶²⁹ *Stoichkov/Bulgaristan*, no. 9808/02, 24/03/2005.

¹⁶³⁰ *Koendjibiharie/Hollanda*, no. 11487/85, 25/10/1990, § 27.

¹⁶³¹ *Sakık ve Diğerleri*, no. 23878/94 vd., 26/11/1997, § 53; *Karş., E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990, § 60.

¹⁶³² *Sakık ve Diğerleri*, no. 23878/94 vd., 26/11/1997, § 55.

¹⁶³³ *Rakevich/Rusya*, no. 58973/00, 28/10/2003, §§ 43-47.

¹⁶³⁴ *R.M.D./İsviçre*, no. 19800/92, 26/09/1997, § 52.

ortadan kalkması nedenleriyle ihlal kararları verilmektedir.¹⁶³⁵ Yine, sınır dışı işlemlerinin hızlı gerçekleşmesi sebebiyle başvurusunun avukatının, sınır dışı işlemi gerçekleşmeden önce Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamındaki şikâyetini yapacak zaman bulamadığından ihlal kararı verilmiştir.¹⁶³⁶

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, Sözleşme'ye taraf devletleri, tutuklamanın kanuna uygunluğunun incelenmesi için ikinci derece bir yargı mercii kurmaya mecbur bırakmamaktadır. Ancak bu sistemi kuran bir devlet, kural olarak, tutuklulara ilk derece yargı mercilerinde sağlanan güvenceleri temyiz aşamasında da sağlamalıdır.¹⁶³⁷ Ancak bazı durumlarda, özellikle ilgilinin serbest bırakılma talebi için ilk karar verecek olan mahkemenin huzuruna çıktığında, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, başvurusunun yeniden temyiz mahkemesine çıkmasını gerektirmemektedir.¹⁶³⁸

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, tutukluluğa ilişkin itirazları inceleyen mahkemeye, başvurusunun beyanlarında yer alan tüm iddiaları ayrıntılı bir şekilde ele alma yükümlülüğünü yüklememektedir. Ancak mahkeme, tutuklu tarafından dile getirilen ve Sözleşme'nin 5(1) fıkrası anlamında özgürlükten yoksun bırakmanın “kanuna uygunluğu” açısından gerekli koşulların varlığına dair şüphe uyandıran somut olaylara ilgisiz kalamaz veya bunları görmezden gelemes.¹⁶³⁹

2. Usulî Güvenceler

Sözleşme'nin 5(4) fıkrasında yer alan adil yargı şartı; bağlama, olaya ve koşullara bakılmaksızın, tekdüze/sabit ve değişmeyen bir standardın uygulanmasını

¹⁶³⁵ *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12/5/2005, § 70-72.

¹⁶³⁶ *Čonka/Belçika*, no. 51564/99, 5/2/2002, § 55.

¹⁶³⁷ *Kučera/Slovakya*, no. 48666/99, 17/07/2007, § 107; *Navarra/Fransa*, no. 13190/87, 23/11/1993, § 28; *Toth/Avusturya*, no. 11894/85, 12/12/1991, § 84.

¹⁶³⁸ *Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan*, no. 18768/05, 27/5/2010§ 150; *Depa/Polonya*, no. 62324/00, 12/12/2006, §§ 48-49.

¹⁶³⁹ *Ilijkov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 94.

gerektirmez.¹⁶⁴⁰ Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamındaki bir usulün, Sözleşme'nin 6. maddesindeki ceza ve hukuk davaları için öngörülen tüm güvenceleri içermesi her zaman şart olmasa da, adli bir nitelik taşımali ve söz konusu özgürlükten mahrumiyet türüne uygun güvenceler sağlamalıdır.¹⁶⁴¹

Bu hukukilik denetiminin yeterli güvenceleri sağlayıp sağlamadığını belirleyebilmek için, denetimin yer aldığı özel koşulların göz önünde tutulması gerekli olup,¹⁶⁴² söz konusu denetimin adil yargılamanın gereklerini mümkün olan en geniş ölçüde¹⁶⁴³ içermesi gerekir.¹⁶⁴⁴

a. “Çelişmeli Yargılama” ve “Silahların Eşitliği” İlkeleri

Yargılamaların çelişmeli (*adversarial*)¹⁶⁴⁵ bir usulle yapılmalı ve taraflar arasında daima “silahların eşitliği”¹⁶⁴⁶ (*equality of arms*) sağlanmalıdır.¹⁶⁴⁷ Ulusal hukuk sisteminin tercih ettiği yöntemin,¹⁶⁴⁸ taraflara, diğer tarafın sunduğu görüşlerden haberdar olma ve görüş sunmak için gerçek bir fırsata sahip olma imkânı sağlaması zorunludur.¹⁶⁴⁹

Tutuklama olaylarında, tutuklanan kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul şüphenin tutukluluk süresi boyunca devam etmesi, tutukluluk halinin devamının kanuna

¹⁶⁴⁰ *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, § 31.

¹⁶⁴¹ *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, § 161; *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 203.

¹⁶⁴² *Abdülstar Akgül/Türkiye*, no. 31595/07, 25/6/2013, § 26; *Megyeri/Almanya*, no. 13770/88, 12/05/1992, § 22.

¹⁶⁴³ *Garcia Alva/Almanya*, no. 23541/94, 13/02/2001, § 39.

¹⁶⁴⁴ *Lietzow/Almanya*, no. 24479/94, 13/02/2001, § 44; *Schöps/Almanya*, no. 25116/94, 13/02/2001, § 44.

¹⁶⁴⁵ Literatürde bazı yazarlarca “çekişmeli yargı” ilkesi de kullanılmaktadır. Ancak biz çalışmada “çelişmeli yargı” ilkesi ibaresini tercih ettik [yazarın notu].

¹⁶⁴⁶ Literatürde bazı yazarlarca “silahlarda eşitlik” ilkesi de kullanılmaktadır. Ancak biz çalışmada “silahların eşitliği” ilkesi ibaresini tercih ettik [yazarın notu].

¹⁶⁴⁷ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 204; *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, § 31; *Mitreski/Makedonya*, no. 11621/09, 25/3/2010, § 29.

¹⁶⁴⁸ Ulusal hukukta farklı yöntemlerin benimsenebileceğine dair bkz., *Lietzow/Almanya*, no. 24479/94, 13/02/2001, § 44.

¹⁶⁴⁹ *Garcia Alva/Almanya*, no. 23541/94, 13/02/2001, § 39.

uygun görülebilmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir koşul olduğundan, tutuklu kişiye, hakkındaki iddialara etkin bir şekilde itiraz etme imkânı tanınmalıdır. Bu durumda mahkemenin, ifadeleri söz konusu tutukluluğun kanuna uygunluğunu etkileyebilecek olan tanıkları dinlemesi gerekebilir.¹⁶⁵⁰ Ayrıca, tutuklu veya vekiline, ilgili kovuşturmanın dayanağını teşkil eden dava dosyasındaki belgelere erişim imkânı verilmesi gerekebilir.¹⁶⁵¹

Temyiz aşamasındaki işlemler sırasında, çekişmeli yargı ve silahların eşitliği ilkesine eşit derecede uyulmalıdır.¹⁶⁵² Örneğin *Samiolă Cionca/Romanya, Lapusan Romanya* ve *Toth/Avusturya* davalarında başvurunun salıverilme talebinin reddine karşı itirazın görüşüldüğü üst mahkeme önündeki inceleme sırasında başvuru veya müdafii bulunmadığı halde bir savcı bulunmuş ve mahkemenin sorularına yanıt vermiştir.¹⁶⁵³ AİHM, izlenen bu yöntemi çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olarak değerlendirerek Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁶⁵⁴ *Kampanis/Yunanistan* davasında, tutuklu bulunan başvurunun salıverilme talebine karşılık iddia makamının görüşünün alınmasından sonra başvurucudan görüş alınmamasını ve başvurucuya tutukluluk yargılamasına katılma bakımından yeterli bir imkân verilmemesini silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak değerlendirmiştir.¹⁶⁵⁵ *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan* davasında da AİHM, başvurunun salıverilme

¹⁶⁵⁰ *Turcan/Moldova*, no. 10809/06, 27/11/2007, §§ 67-70.

¹⁶⁵¹ *Korneykova/Ukrayna*, no. 39884/05, 19/01/2012, § 68; *Fodale/İtalya*, no. 70148/01, 1/06/2006.

¹⁶⁵² *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/04/2012, §§ 33-34.

¹⁶⁵³ *Samiolă Cionca/Romanya*, no. 33065/03, 4/3/2008, §74; *Lapusan/Romanya*, no. 9723/03, 3/4/2008; *Toth/Avusturya*, no. 11894/85, 12/12/1991. Karş., *Sanchez-Reisse/İsviçre*, no. 9862/82, 21/10/1986 (Başvurucuya polisin görüşüne karşılık verme olanağı tanınması gerektiğine ilişkin).

¹⁶⁵⁴ *Toth/Avusturya*, no. 11894/85, 12/12/1991, § 84; Ayrıca bkz., *Ilikov/Bulgaristan*, no. 33977/96, 26/07/2001, § 104.

¹⁶⁵⁵ *Kampanis/Yunanistan*, no. 17977/91, 13/07/1995, § 58.

talebinin duruşma yapılmadan ve başvuru dinlenmeden dosya üzerinden incelenmiş olmasını Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına aykırı bulmuştur.¹⁶⁵⁶

AİHM, basmakalıp ifadelerle verilen tutukluluğun devamına ilişkin kararlara karşı itirazın başarı şansı bulunmamasını, tutuklamaya itirazı inceleme usulünün çelişmeli bir usulle yapılmamasını ve duruşma yapılmaksızın karar verilmesini Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına aykırı görmektedir.¹⁶⁵⁷ AİHM, Türk hukuk sisteminde, gözaltına itiraz yolu kullanılmak suretiyle kişinin gözaltına alınmasının hukuka uygunluğunun denetimi veya salıverilmesi için Anayasa'nın 19(8) fıkrasının veya Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gereği gibi kullanabildiğine ilişkin herhangi bir örnek bulunmadığını tespit etmiş ve bu konuda örnek kararların bulunmayışının uygulamada bu başvuru yolunun “kesin” olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır.¹⁶⁵⁸

Tutmayla ilgili hukuki denetim sırasında, taraflar arasında da (savcı ile tutulan kişi arasında) silahların eşitliği ilkesine uyulması gerekmektedir.¹⁶⁵⁹ Silahların eşitliği ilkesinin en önemli sonuçlarından biri, soruşturma dosyasına ulaşabilme hakkıdır.¹⁶⁶⁰ İddia makamının beyanlarına veya görüşlerine etkili bir şekilde karşı çıkabilme imkânı, kural olarak, savunma makamının söz konusu belgelere ulaşması halinde mümkün olabilmektedir. Bir tutuklamanın gerekliliğini değerlendirme ile daha sonra suçluluğun takdiri konusu, birincisinde hukuken reddedilen, ikincisinde ise hukuken gerekli olan belgelere ulaşmak bakımından birbirleriyle yakından bağlantılıdır.¹⁶⁶¹ Ulusal makamlar bu şartı çeşitli yollardan yerine getirebilirler; ancak hangi yöntem seçilirse seçilsin, bu

¹⁶⁵⁶ *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, §§ 162-64.

¹⁶⁵⁷ *Koştı ve Diğerleri/Türkiye*, no. 74321/01, 3/05/2007, § 22.

¹⁶⁵⁸ *Sakık ve Diğerleri*, no. 23878/94 vd., 26/11/1997, § 53. Uygulamada örnek bulunmamasına ilişkin olarak ayrıca bkz., *Cahit Demirel/Türkiye*, no. 18623/03, 7/07/2009; *Koştı ve Diğerleri/Türkiye*, no. 74321/01, 3/5/2007; *Bağrıyanık/Türkiye*, no. 43256/04, 5/6/2007; *Doğan Yalçın/Türkiye*, no. 15041/03, 19/2/2008.

¹⁶⁵⁹ *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 126.

¹⁶⁶⁰ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 204.

¹⁶⁶¹ *Lamy/Belçika*, no. 10444/83, 30/03/1989, § 29.

yöntemde savunma tarafı dosyaya giren beyanlardan haberdar olması ve bu beyanlara karşı yorumda bulunabileceği gerçek bir fırsata sahip bulunması gerekmektedir.¹⁶⁶²

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, 5(l)(c) bendi kapsamındaki tutma açısından da savunma makamının hakları ile soruşturmanın gerekleri arasında bir denge kurulmasını gerekli kılar. Cezai soruşturmaların etkili bir şekilde yürütülmesi ilkesi gereğince, elde edilen bazı bilgiler, şüphelilerin delilleri karartmalarını ve adalet sisteminin işleyişine zarar vermelerini engellemek için gizli tutulabilir.¹⁶⁶³ Ancak bu meşru amacın savunma haklarının esaslı bir biçimde kısıtlanmasına neden olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için önemli olan bilgiler sanığın avukatına uygun bir şekilde verilmelidir. Ayrıca avukatın müvekkilinin tutulmasına karşı etkili bir başvuru yapabilmesi için soruşturma dosyasındaki belgelere de erişimi sağlanmalıdır.¹⁶⁶⁴

Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamına giren ve ceza yargılamasına ilişkin davalarda dahi; milli güvenlik, suçların araştırılmasına ilişkin polisiye yöntemlerin gizli kalma gerekliliği ya da üçüncü bir kişinin temel haklarının korunması gibi kamu düzeninin korunması amacıyla ve gerektiği ölçüde, çelişmeli yargılama hakkının kısıtlanabilmesi mümkün olabilir. Bununla birlikte, yargılamanın adil olabilmesi için, savunma makamının haklarının kısıtlanmasına neden olan zorlukların yargı makamları önündeki aşamada yeteri kadar giderilmesi gerekir.¹⁶⁶⁵ Nitekim AİHM, *A. ve Diğerleri/ Birleşik Krallık* kararında beş başvurucuya suç isnat eden ve gizli olmayan belgelerin –örneğin belli iletişim araçlarının alımı, terörist oldukları varsayılan ve isimleri açıkça belirtilen

¹⁶⁶² *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 59; *Lietzow/Almanya*, no. 24479/94, 13/02/2001, § 44; *Schöps/Almanya*, no. 25116/94, 13/02/2001, § 44.

¹⁶⁶³ *Garcia Alva/Almanya*, no. 23541/94, 13/02/2001, § 42.

¹⁶⁶⁴ *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 124; *Garcia Alva/Almanya*, no. 23541/94, 13/02/2001, § 42.

¹⁶⁶⁵ *Jasper/Birleşik Krallık* [BD], no. 27052/95, 16/02/2000, §§ 51-53; *Botmeh ve Alami/Birleşik Krallık*, no.15187/03, 7/6/2007, § 37.

kişilerle ilgili belgeler, ilgililerin terörist oldukları varsayılan bu kişilerle belli yer ve tarihlerde görüştüklerini gösterir belgeler– ilgililerin bu iddialara düzgün bir şekilde itiraz edebilmeleri için yeteri kadar belirli olduğunu belirtmiş ve bu başvurucuların usulle ilgili haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Buna karşılık, diğer dört başvurucuya tebliğ edilen ve gizli olmayan belgelerin, kendilerine karşı yöneltilen suçlamalara uygun bir şekilde itiraz etmeleri için yetersiz oldukları, zira ya temel bir unsur eksik kaldığı ya da tebliğ edilen belgeler çok geniş ve eksik olduğundan ulusal mahkemenin esas olarak gizli belgelere dayanmak zorunda kaldığı gerekçesiyle bu başvurucular açısından Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁶⁶

Soruşturmanın gizliliğine zarar verebileceği gerekçesiyle, tutuklanması için hâkim önüne çıkarılan veya tutukluluğa itirazda bulunan şüpheliye veya müdafisine soruşturma dosyanın incelettirilmemesi ve belgelerin birer kopyalarının verilmemesi, Sözleşme’nin 5(4) fıkrasını ihlal edebilir. *Lamy/Belçika* davasında tutuklu başvurucunun avukatı, tutukluluğunun ilk otuz gününde tutuklama kararı dışında soruşturma dosyasını inceleyememiş, tutukluluğa itiraz aşamasında da kendisine inceleme fırsatı verilmemiş ve dolayısıyla dosya kapsamına etkili bir biçimde itiraz etme olanağına sahip olamamıştır. Bu açıdan iddia makamının dosyanın tümüne kısıtlama olmaksızın erişebilmesi gerekmektedir.¹⁶⁶⁷

Soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesi ve şüphelinin delilleri karartmasını önleme amacı, bazı delillerin gizli tutulmasını gerektirebilir. Sözleşme’nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, resmi makamların elinde bulunan lehte ve aleyhte tüm delillerin tebliğ edilmesi hakkını kapsıyorsa da, ulusal mahkeme, bazı durumlarda kamu düzeni için, bazı delillerin savunmadan gizlenmesi

¹⁶⁶⁶ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, §§ 212-24.

¹⁶⁶⁷ *Lamy/Belçika*, no. 10444/83, 30/03/1989, § 29.

gerektiğine karar verebilir.¹⁶⁶⁸ Nitekim *Jasper/Birleşik Krallık* davasında AİHM, iddia makamınca ileri sürülmeyen hususlara ilişkin unsurların çekişmesiz olarak ulusal mahkemece incelemesinin; bu hususların gizli tutulmasındaki kamu çıkarının savunma makamına ifşa edilmelerinden daha üstün olduğu gerekçesiyle, savunma haklarına getirilen kısıtlamalara bir karşıt ağırlık oluşturduğuna karar vermiştir. Somut olayda AİHM, rakip çıkarlar arasında denge kurulması işleminin bir hâkim tarafından davanın tüm koşulları dikkate alınarak yapıldığını, savunma makamının bilgilendirildiğini, savunma tarafından görüş bildirildiğini ve iddia makamının tebliğ edilmemesi gerektiği kanaatinde olduğu deliller ifşa edilmeksizin olabildiğince karar sürecine katıldığının altını çizilerek Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁶⁶⁹

Ancak bu meşru amaç, savunma haklarının esaslı bir şekilde kısıtlanması pahasına gerçekleştirilemez. Bu nedenle soruşturmanın gizliliğine zarar vereceği gerekçesiyle tutuklama ve tutuklamaya itiraz aşamasında tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esaslı olan bilgilerin savunma tarafına verilmemesi, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına aykırılık oluşturabilmektedir.

Garcia Alva/Almanya davasında uyuşturucu ticareti konusunda yapılan soruşturma sırasında bir tanık tarafından verilen suçlayıcı ifadeler üzerine gözaltına alınan başvurucuya, genel ifadeler kullanılarak şüphe sebepleri ve aleyhindeki deliller ile tutma nedenleri bildirilmiştir. Ardından avukatının talebi üzerine başvurucunun gözaltındaki ifadelerinin, ikametgâhında yapılan arama tutanağının ve yakalama emrinin birer örneği verilmiş ancak savcı, başvurucunun müdafisinin soruşturma dosyasını ve özellikle tanığın ifadelerini inceleme talebini reddetmiştir. Başvurucu hakkında tutuklama kararı veren mahkeme, soruşturma dosyasının içeriğine ve özellikle tanığın ifadelerine dayanarak, başvurucu hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunduğu

¹⁶⁶⁸ *Jasper/Birleşik Krallık* [BD], no. 27052/95, 16/02/2000, §§ 51-53.

¹⁶⁶⁹ *Jasper/Birleşik Krallık* [BD], no. 27052/95, 16/02/2000, §§ 55-56.

sonucuna varmış ve tutuklama kararı vermiştir. Başvurucunun tutuklamaya itirazları da üst mahkemece reddedilmiştir. AİHM, tutuklama ve tutukluluğun devamına dair kararlarda soruşturma dosyasının ve özellikle tanığın ifadesinin kilit bir rol oynadığını tespit etmiş ve savcı ile derece mahkemesinin dosyanın tamamına vakıf oldukları halde başvurucunun veya avukatının dosya içeriğine vakıf olamadıklarını ve sonuç olarak savcının ve ulusal mahkemenin görüşlerine yeterince itiraz etme imkânı bulamadıklarını belirtmiştir. AİHM'ye göre soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesi ve şüphelilerin delilleri karartmasını önlemek için bazı deliller gizli tutulabilir. Ancak bu meşru amacın, savunma hakkına önemli ölçüde zarar vermemesi gerekir. Buna göre, tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esaslı olan bilgiler, uygun bir tarzda şüphelinin avukatına verilmelidir.¹⁶⁷⁰

Erkan İnan/Türkiye davasında da başvurucu yakalanmış, evi aranmış, kendi seçtiği müdafiden yararlanmış ve savcının talebi üzerine hâkim soruşturma dosyasının gizliliğine karar vermiştir. Başvurucu, önce savcının önünde sonra yargıç huzurunda susma hakkını kullanmış, hâkim, isnat edilen suçun niteliği, delil durumu ve kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçeleriyle başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucunun müdafii savcıdan soruşturma dosyasının bir kopyasını istemiş, savcı önceki kısıtlama kararına dayanarak talebi reddetmiş, müdafî tarafından dosyaya ulaşma hakkına getirilen kısıtlama kararının kaldırılması için yapılan başvuru da mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yine başvurucu müdafî vasıtasıyla salıverilme talebinde bulunmuş ancak, talebi yargıç tarafından kendisi dinlemeden ve gerekçesiz olarak reddedilmiştir. AİHM, bu başvuruyu Sözleşme'nin 5(4) fıkrası açısından incelemiş, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası gereğince tutukluluğa itiraz incelemesinin çelişmeli bir usulle

¹⁶⁷⁰ *Garcia Alva/Almanya*, no. 23541/94, 13/02/2001, §§ 42-43. Ayrıca bkz., *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, §§ 221-24.

ve silahların eşitliği ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini,¹⁶⁷¹ müdafie müvekkilinin tutulmasının hukukiliğine etkili bir şekilde itirazda bulunabilmesi için önem taşıyan dosyadaki belgelere ulaşma imkânı verilmemesi halinde silahların eşitliği ilkesinin yerine gelememiş olacağını,¹⁶⁷² somut olayda ulusal mahkemenin tutukluluğa itiraz incelemesi sırasında duruşma yapmadığını ve başvurucuyu dinlemediğini, başvurucunun müdafisinin dosyaya ulaşmadığını ve dolayısıyla bu muhakemenin çelişmeli olmadığını ve savcı ile tutuklu arasında silahların eşitliğinin sağlamadığını belirterek Sözleşme’nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁶⁷³

Anayasa Mahkemesine göre de tutukluluğunun gözden geçirilmesi esnasında yapılan incelemede “çelişmeli yargı” ve “silahların eşitliği” ilkelerine riayet edilmesi gerekir.¹⁶⁷⁴ AYM, tutukluluk durumunun incelenmesinde savcının yazılı görüşü alındıktan sonra başvurucuya tebliğ edilmeksizin dosya üzerinden yapılan bir başvuruda, başvurucunun cumhuriyet savcısının görüşüne cevap verme imkânı olmamasının; mahkemenin kararına etki edebilecek bu hususun başvurucuya bildirilmemesi sonucunu ortaya çıkardığına ve dolayısıyla çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. AYM, tutukluluğa itiraz incelemelerinde cumhuriyet savcılığından alınan görüşün başvurularda bildirilmemesi nedeniyle Anayasa’nın 19(8) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁷⁵

AIHM, *Rahbar-Pagard/Bulgaristan*, *Depa/Polonya*, ve *Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan* davalarında ise hem taraflardan hiçbirinin temyiz sürecinde yer almamış olması hem de sadece tutuklu kişinin avukatının hazır bulunmasının talep

¹⁶⁷¹ *Schöps/Almanya*, no. 25116/94, 13/02/2001, § 44; *Garcia Alva/Almanya*, no. 23541/94, 13/02/2001, § 39.

¹⁶⁷² *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, §§ 124-25; *Bağrıyanık/Türkiye*, no. 43256/04, 5/06/2007, § 51; *Svipsta/Letonya*, no. 66820/01, 09/03/2006, § 129.

¹⁶⁷³ *Erkan İnan/Türkiye*, no. 13176/05, 23/02/2010, §§ 31-32.

¹⁶⁷⁴ AYM, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 65.

¹⁶⁷⁵ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 131-32.

edilen gerekliliklerin yerine getirilmesi açısından yeterli olması sebebiyle “çelişmeli yargı” ve “silahların eşitliği” ilkelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁶⁷⁶ Bunun aksine, AİHM, yukarıda bahsedilen durumlardan farklı olarak, itiraz incelemesi esnasında tutuklunun ya da avukatının duruşmalara katılmamasına rağmen cumhuriyet savcısının bu duruşmalarda hazır bulunması durumunda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁷⁷ Aynı şekilde, AİHM, yargılama esnasında sözlü olarak duruşmalar yapılmasına rağmen, yargılama sırasında cumhuriyet savcısının tutukluluk kararını destekleyen ilave görüşlerini mahkemeye sunduğu sırada, başvurunun avukatından duruşma salonundan çıkmasının istenmesi halinde de silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁷⁸

Çatal/Türkiye davasında AİHM, cumhuriyet savcısının ve başvurunun, itiraz incelemesi sırasında tutukluluk halinin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin sözlü ifade vermek için çağırılmadıklarını, bu bakımdan başvuru savcılık makamı karşısında dezavantajlı bir duruma getirilmediğini, dolayısıyla itiraz incelemesi sırasında tarafların dinlenilmesi hususu dikkate alındığında, bu durumda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁶⁷⁹

Ancak, aynı davada, başvurunun yargılama sırasındaki tutukluluk süresini uzatan karara itirazı gözden geçirilirken, itiraz merciinin, savcının başvurunun tutukluluğunun devam etmesi gerektiği yönündeki yazılı görüşlerini aldığını ancak, bu yazılı görüşlerin ne başvurucuya ne de avukatına iletilmediğini, dolayısıyla kendilerine herhangi bir cevap hakkı tanınmadığını, başvuru ve avukatına her iki tarafın da hazır bulunduğu bir duruşma hakkı tanınmadığı, itiraz merciince başvurunun devam eden

¹⁶⁷⁶ *Rahbar-Pagard/Bulgaristan*, no. 45466/99 ve 29903/02, 6/4/2006, § 67; *Depa/Polonya*, no. 62324/00, 12/12/2006, §§48-49; *Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan*, no. 18768/05, 27/5/2010, § 150.

¹⁶⁷⁷ *Samiolă Cionca/Romanya*, no. 33065/03, 4/3/2008, § 74; *Lapusan/ Romanya*, no. 9723/03, 3/6/2008.

¹⁶⁷⁸ *Wloch/Polonya*, no. 27785/95, 30/3/2000, §§ 129-31.

¹⁶⁷⁹ *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/04/2012, § 37.

tutukluğunun incelendiği sırada ulusal yetkililerin taraflar arasında “silahların eşitliği” ilkesini koruyamadıkları ve başvurucunun ilk derece mahkemesinin yargı süresinde tutukluluğunun süresini uzatan kararına itiraz edebileceği adil ve etkin bir yol sağlanmadığı tespit edilmiştir.¹⁶⁸⁰

Sözleşme’nin 5(4) fıkrası, salıverme talebinin reddi kararlarının gerekçeli olmasını gerektirmektedir. Ancak bu fıkra gereğince hâkimin, başvurucunun sunduğu bütün gerekçeleri ayrıntılı bir şekilde yanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte yargıcın iç hukuka ve uygulamaya dayanarak, tutulan kişinin dile getirdiği ve Sözleşme’nin 5(1) fıkrası bağlamında özgürlükten yoksun bırakmanın “hukukiliği” ile ilgili esaslı koşulların varlığını kuşkuya düşüren somut olayları görmezden gelmesi veya ilgisiz kalması halinde, bu fıkradaki güvenceler zedelenecaktır.¹⁶⁸¹

Anayasa Mahkemesine göre bir başvuruda mahkeme tarafından verilen kararın gerekçeli olması, tarafların gerçek anlamda ya da mahkemece etkili bir şekilde dinlendiklerinin bir göstergesi sayılmaktadır. Bununla birlikte derece mahkemelerin tutuklu kişinin tahliye talebinde ileri sürdüğü her türlü argümana açıklama getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak tutmanın hukuka uygunluğunu şüpheyi düşürecek türden somut bulgulara kararın gerekçesinde cevap verilmesi gerekir.¹⁶⁸²

CMK’nın, itirazın cumhuriyet savcısına ve karşı tarafa tebliği ile inceleme ve araştırma yapılmasını düzenleyen 270. maddesine göre itirazı inceleyecek merciin, yazı ile cevap verebilmesi için söz konusu itirazı, cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebileceği belirtilmiştir. CMK’nın 270. maddesine 6459 sayılı Kanun’un 20.

¹⁶⁸⁰ Çatal/Türkiye, no. 26808/08, 17/04/2012, §§ 43-44. Aynı yönde bkz., Fikri Yakar/Türkiye, no. 23639/10, 22/05/2012, § 56; Ceviz/Türkiye, no. 8140/08, 17/07/2012, § 53; Taşçı ve Demir/Türkiye, no. 23623/10, 3/05/2012, § 45.

¹⁶⁸¹ Nikolova/Bulgaristan [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 61.

¹⁶⁸² AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 125.

madde ile “101 ve 105 inci maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş şüpheli, sanık veya müdafine bildirilir. Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir.” şeklinde bir fıkra eklenmiştir. Yine 6459 sayılı Kanun’un 15. maddesi ile CMK’nın 105. maddesine bir cümle eklenerek, duruşma dışında bu karar verilirken cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşünün alınmayacağı ve bu kararlara itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüşün şüpheli, sanık veya müdafine bildirileceği, duruşma dışında taraflardan hiçbirinin görüşünün alınmayacağı ifade edilerek, iddia ve savunma makamları arasında “silahların eşitliği” ilkesini zedeleyen uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmıştır.¹⁶⁸³

b. Yargılamanın Duruşmalı Yapılması

Sözleşme’nin 5(4) fıkrasının mahiyetinden kaynaklanan bir diğer temel güvence, tutukluluğun yasaya aykırı olup olmadığının hâkim önünde düzenlenen duruşmalarda etkili olarak incelenmesini, başka bir ifade ile hâkim tarafından etkili bir şekilde dinlenmeyi talep etme¹⁶⁸⁴ hakkıdır. Bunun yanı sıra bu hüküm aynı şekilde tutukluluk halinin gerekli olup olmadığının yetkililer tarafından hızlı bir şekilde tespit edilmesini de teminat altına almaktadır. AİHM, *Knebl/Çek Cumhuriyeti* kararında, bu iki ilkeyi dikkate alarak, Sözleşme’nin 5(4) fıkrası uyarınca, tutukluluğun uzatılmasına ilişkin kararlara yapılan “her itirazda” başvurunun dinlenilmesinin gerekli olmadığını ancak, kişinin makul aralıklarla dinlenilme hakkını kullanmasının yerinde olacağına karar vermiştir.¹⁶⁸⁵ AİHM, tutukluluk kararına karşı yapılan her itirazda duruşma yapılmasının ceza yargılaması sistemini paralize edeceğini, bu hükmün özünde bulunan yargılama

¹⁶⁸³ Bkz., 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, K.T. 11/4/2013, R.G. 30/4/2013 (Sayı: 28633).

¹⁶⁸⁴ *Abdülstar Akgül/Türkiye*, no. 31595/07, 25/6/2013, § 27.

¹⁶⁸⁵ *Knebl/Çek Cumhuriyeti*, no. 20157/05, 28/10/2010, § 85. Aynı yönde bkz., *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/04/2012, § 33; *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, §§ 45, 54.

usulüne ilişkin yükümlülükler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir koşul olmadığı sürece,¹⁶⁸⁶ bu tür itirazlar için her durumda duruşma yapılmasını gerektirmediğini belirtmektedir.¹⁶⁸⁷ Bunun nedeni, birçok ceza yargılama sisteminde tutukluluğa itiraz imkânının sınırsız olarak kullanılmasının mümkün olması ve soruşturmadan farklı olarak kovuşturma aşamasında tutukluluğun belirli sürelerle resen incelenmesidir.

Yargılama evresinde serbest bırakılma talepleri ile ilgilenen ulusal mahkemelerin, “yargı usulünün teminatlarını” sağlamaları gerekir Bu nedenle, yargılamaların çekişmeli olmasının ve taraflar yani savcı ve tutuklu kişi arasında “silahların eşitliği” ilkesini her zaman koruması gerekmektedir.¹⁶⁸⁸

AIHM, tutuklu kişinin, salıverilme talebine ilişkin karar veren ilk derece mahkemesi huzurunda hazır bulunduğu, ancak itiraz incelemesinin yapıldığı ikinci derece mahkemesi (*itiraz mercii*) önüne çıkmadığı koşullarda, Sözleşme’nin 5(4) fıkrasınca öngörülen yargılamaya ilişkin teminatlara riayet edildiğini kabul etmiştir.¹⁶⁸⁹

CMK’nın 271. maddesinde, Kanun’da yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verileceği ancak, gerekli görüldüğünde cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekilin dinlenebileceği ifade edilmektedir. Buna göre bir duruşmanın yapılması, bu bağlamda tutuklular veya avukatlarının talebinden bağımsız olarak mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu noktada belli aralıklarla ya da sanığın talebi üzerine gerçekleştirilen itiraz incelemelerinde duruşma yapıp yapılmayacağının belirlenmesi gerekmektedir. Tutukluluğun makul aralıklarla denetimi aynı zamanda makul aralıklarla duruşma yapma, başka bir deyişle sanığın mahkemece makul aralıklarla dinlenmesi hakkını da içermektedir. AIHM, *Erişen ve*

¹⁶⁸⁶ *Erişen ve Diğerleri/Türkiye*, no. 7067/06, 3/04/2012, § 52.

¹⁶⁸⁷ *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 54.

¹⁶⁸⁸ *Karatay ve Diğerleri/Türkiye*, no. 11468/02, 15/2/2007, § 47. Bu konuda bkz., *Abdülstar Akgül/Türkiye*, no. 31595/07, 25/6/2013, §§ 28-30.

¹⁶⁸⁹ *Rahbar-Pagard/Bulgaristan*, no. 45466/99 ve 29903/02, 6/4/2006, § 67; *Depa/Polonya*, no. 62324/00, 12/12/2006, §§ 48-49; *Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan*, no. 18768/05, 27/5/2010, § 150.

Diğerleri/Türkiye kararında başvuruçuların birçok kez tutukluluklarına karşı itirazda bulunmalarına rağmen, CMK'nın 271. maddesi uyarınca, itirazları hakkında mahkeme tarafından duruşma yapılmaksızın karar verildiğini, bu nedenle sulh ceza mahkemesi tarafından tutukluluk kararı verildikten sonra, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası ile öngörüldüğü şekilde soruşturma aşamasında hâkim önünde düzenli aralıklarla dinlenme hakkına sahip olmayan başvuruçuların durumunun ilgili madde ile uyumlu olmadığını ifade etmiştir.¹⁶⁹⁰

Tutukluluk haline itirazda bulunulan bir davada, cumhuriyet savcısı ve tutuklunun davaya katılma hakkı bulunmaktadır. Ayrıca tutukluluk haline itiraz başvurusunda cumhuriyet savcısı ve tutuklu arasında silahların eşitliği ilkesinin gözetilmesi gerekir.¹⁶⁹¹ Anayasa Mahkemesine göre silahların eşitliği, başvuruçunun soruşturma dosyasına ulaşabilmesine imkân verilmesini gerektiren bir ilkedir. Cumhuriyet savcısının görüşlerine etkili bir şekilde cevap verebilme imkânı, kural olarak başvuruçunun söz konusu belgelere ulaşması halinde mümkün olabilir. Bu gerekliliğin hangi şekilde yerine getirileceğini belirlemek kanun koyucuya ait olmakla beraber, tarafların beyanlarının birbirlerine bildirilmesi ve bu beyanlara cevap verebilme imkânına sahip olması gerekir.¹⁶⁹²

Şüpheli veya sanığın salıverilme taleplerinin incelenmesine ilişkin usulün belirlendiği CMK'nın 105(1) fıkrasına, 6459 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile "Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alınmaz." cümlesi eklenerek, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilirken tarafların görüşlerinin alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece 6459 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30/4/2013 tarihinden sonraki salıverilme taleplerinin duruşma dışında

¹⁶⁹⁰ *Erişen ve Diğerleri/Türkiye*, no. 7067/06, 3/04/2012, § 53.

¹⁶⁹¹ *AYM*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 75. Aynı yönde bkz., *Ceviz/Türkiye*, no. 8140/08, 17/7/2012, § 52; *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/3/1999, § 58.

¹⁶⁹² *AYM*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 76.

değerlendirilmesi halinde incelemeler dosya üzerinden gerçekleştirilecek ve tarafların görüşleri alınmayacaktır.

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa'nın 19(8) fıkrası, tutukluluğun yasaya aykırı olup olmadığının hâkim önünde düzenlenen duruşmalarda etkili olarak incelenmesini talep etme ve tutukluluk halinin gerekli olup olmadığının yetkililer tarafından hızlı bir şekilde tespit edilmesini isteme hakkını da teminat altına almaktadır.¹⁶⁹³ Hürriyeti kısıtlanan kişinin, salıverilme talebine ilişkin karar veren derece mahkemesi huzurunda hazır bulunması ancak itiraz incelemesinin yapıldığı mahkemenin önüne çıkmaması ve burada duruşma yapılmaması, silahların eşitliği ilkesi gözetildiği müddetçe Anayasa'nın 19(8) fıkrası ile sağlanan teminatları ihlal etmeyecektir.¹⁶⁹⁴ Anayasa'nın 19(8) fıkrası uyarınca, tutukluluğun devamına ilişkin olarak mahkemelerce verilen kararlara yapılan her itirazda başvurucunun dinlenilmesi gerekli olmamakla beraber tutuklu kişinin makul aralıklarla dinlenilmeyi talep etme hakkı vardır.¹⁶⁹⁵

Anayasa'nın 19(8) fıkrasında öngörülen kural dikkate alındığında hürriyeti kısıtlanan kişinin durumu hakkında kısa sürede karar verilmesi hususu da dâhil olmak üzere tutukluluk kararına karşı yapılan her itirazda duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hale getirecektir. Bu nedenle, Anayasa'nın 19(8) fıkrasında yer alan yargılama usulüne ilişkin yükümlülükler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece, tutukluluğa karşı yapılacak itirazlar için her durumda duruşma yapılmasını gerektirmez.¹⁶⁹⁶

¹⁶⁹³ AYM, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 66.

¹⁶⁹⁴ AYM, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 67. Aynı yönde bkz., *Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan*, no. 18768/05, 27/5/2010, § 150; *Depa/Polonya*, no. 62324/00, 12/12/2006, §§ 48-49.

¹⁶⁹⁵ AYM, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 68. Aynı yönde bkz., *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 54; *Knebl/Çek Cumhuriyeti*, no. 20157/05, 28/10/2010, § 85.

¹⁶⁹⁶ AYM, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 73. Aynı yönde bkz., *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/4/2012, § 40; *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 54.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun, son tutukluluk incelemesinin duruşmasız yapıldığından, incelemede savcının yazılı görüşünün alındığı fakat başvurucuya bildirilmeden dosya üzerinden gerçekleştirildiğinden ve talep edilmesine rağmen başvuru ya da müdafinin bu sırada hazır bulunmadığından şikâyetçi olduğu bir başvuruda, AİHM'nin *Çatal/Türkiye*¹⁶⁹⁷ içtihadına atıfla, bir ayın altındaki süre (28 gün) aralığında tutukluluğun devamına ilişkin incelemenin ilgili dinlenilmeden yapılmasının Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlali olarak değerlendirilmediğini belirtmiştir.

Başvurucunun yargılandığı davadaki tutuklu sanık sayısı dikkate alındığında, davaya bakan mahkemenin haftanın dört günü duruşma yapmasına rağmen, tutukluluk hallerini belli bir sürede incelediği, bu sürenin de bir ayı aştığı anlaşılmaktadır. CMK'nın 267. maddesine göre resen ya da talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararlar bir başka mahkeme önünde itiraza konu edilebilmektedirler. Böyle bir sistemde başvuruya konu dava bakımından itirazların duruşmalı incelenmesi tutukluluk bakımından yargılamanın itiraz merciinde tekrar edilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla AYM, bir ay yirmi sekiz günlük süreyi başvuruya konu davanın olağanüstü koşulları dikkate alındığında makul bir duruşma aralığı olarak değerlendirmiştir.¹⁶⁹⁸

AİHM, *Şayık ve Diğerleri/Türkiye* davasında incelenen davaların özel koşullarıyla yetinerek ve bu itirazın etkinliği üzerinde herhangi bir inceleme yapmaksızın Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, bir taraftan itiraza ilişkin yargılamanın duruşma olmadan yapıldığını ve diğer taraftan da tutuklular veya avukatları tarafından yapılan talepten bağımsız olarak bir duruşma yapılmasının mahkemenin takdirine¹⁶⁹⁹ bırakıldığını ortaya koymuştur.¹⁷⁰⁰

¹⁶⁹⁷ *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/04/2012, §§ 41-42.

¹⁶⁹⁸ AYM, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 128.

¹⁶⁹⁹ Aynı yönde bkz., *Yiğitdoğan/Türkiye*, no. 20827/08, 16/03/2010.

¹⁷⁰⁰ *Şayık ve Diğerleri/Türkiye*, no. 1966/07 vd., 8/12/2009, §§ 30-32.

Yine *Süleymanoğlu/Türkiye* davasında da başvurunun hiçbir zaman başvurunun, tahliye taleplerini incelemek ve gerektiğinde tahliyesine karar vermekle görevli mahkemece dinlenmemesini ihlal olarak değerlendirilmiştir.¹⁷⁰¹

Yargılamanın duruşmalı olarak yapılması bazı hallerde başvuru açısından önem taşıyabilir.¹⁷⁰² Tutuklunun şahsen veya vekili aracılığıyla duruşmasının yapılması, özgürlükten mahrumiyet hususlarında uygulanan usulün temel güvenceleri arasında yer almaktadır.¹⁷⁰³ Yargılamanın duruşmalı yapılması kuralı Sözleşme'nin 5(1)(a),¹⁷⁰⁴ 5(1)(c)¹⁷⁰⁵ ve 5(1)(e)¹⁷⁰⁶ bentlerinde yer alan koşullar altında tutulan kişiler hakkında uygulanır. *Waite/Birleşik Krallık* davasında savunmacı devlet, Şartlı Tahliye Kurulunca duruşma yapılması halinde dahi sonucun değişmeyeceğini ileri sürmesine rağmen AİHM, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁷⁰⁷ Aynı şekilde Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi kapsamında tutulan bir küçüğün de dinlenme ve hukuki yardım alma hakkı bulunmaktadır.¹⁷⁰⁸ Bununla birlikte AİHM'nin, somut olayın koşullarını göz önüne alınarak 5(1)(f) bendi kapsamındaki tutma için yazılı usulün yeterli olduğuna hükmettiği kararları da mevcuttur.¹⁷⁰⁹ Ancak Komisyon, Sözleşme'nin

¹⁷⁰¹ *Süleymanoğlu/Türkiye*, no. 38283/04, 29/01/2013, § 29.

¹⁷⁰² *Lebedev/Rusya*, no. 4493/04, 25/10/2007, § 113; *Waite/Birleşik Krallık*, no. 53236/99, 10/12/2002, § 59.

¹⁷⁰³ *Kampanis/Yunanistan*, no. 17977/91, 13/07/1995, § 47.

¹⁷⁰⁴ Örneğin, ömür boyu hapis cezasına çarptırılan bir kişinin tahliyesi sonrasında tekrar cezaevine konması durumunda uygulanmaktadır.

¹⁷⁰⁵ *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, § 31. Ayrıca bkz., *Nikolova/Bulgaristan* [BD], no. 31195/96, 25/03/1999, § 58.

¹⁷⁰⁶ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 60 (Akıl hastası olan başvurunun şahsen ya da vekili aracılığıyla dinlenmesine dair). Akıl hastalığının ağırlığı, duruşmanın ve vekilinin dinlenmesinin önemini artırmaktadır. Karş., *Keus/Hollanda*, no. 12228/86, 25/10/1990.

¹⁷⁰⁷ *Waite/Birleşik Krallık*, no. 53236/99, 10/12/2002, § 59.

¹⁷⁰⁸ *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, § 60.

¹⁷⁰⁹ Örneğin, bkz., *Sanchez-Reisse/İsviçre*, no. 9862/82, 21/10/1986, § 51 (Davada başvurunun salıverilme talebi İsviçre hukukuna uygun olarak Federal Polis Bürosuna yapılmış ve büro talebi mahkemeye iletirken esasa dair kendi görüşlerini de eklemiştir. Federal Mahkeme, talebi yazılı belgeleri göz önüne alarak reddetmiş ve başvurucuya polisin görüşlerine karşı görüşlerini sunma fırsatı tanımamıştır. AİHM, başvurunun mahkeme önüne getirilmesinin Federal Mahkemenin görüşünü

5(1)(f) bendinin kapsamına giren bir tutmayla ilgili *Farmakopoulos/Belçika* davasında Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının, genellikle tutulan kişinin ya da yasal temsilcisinin mahkeme önündeki yargılamaya, yani duruşmaya katılması gerektirdiğini belirtmiştir.¹⁷¹⁰ Fikrimizce, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının temelindeki *habeas corpus* ilkesi göz önüne alındığında, tutulan kişinin mahkeme önüne getirilmesi ve mahkeme önünde iddialarını dile getirmesine izin verilmesi daha doğru bir yaklaşım olurdu.¹⁷¹¹

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası genel bir kural olarak, denetimin yapıldığı duruşmanın *aleni* olmasını gerektirmez. Ancak AİHM, bazı özel durumlarda duruşmanın aleni yapılmasının zorunlu olabileceği ihtimalini göz ardı etmez.¹⁷¹² Buna göre, bir akıl hastasının salıverilmesiyle ilgili aleni bir duruşma yapılması gerekmez.¹⁷¹³ Ancak özgürlükten mahrumiyet süresinin uzun veya riskli olduğu durumlarda duruşmaların aleni yapılması daha uygun bir yaklaşım olacaktır.¹⁷¹⁴

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, tutuklu bir kişinin, tutukluluk süresinin uzatılması kararına karşı her itirazında duruşma yapılmasını gerektirmez. Ancak, duruşma hakkından makul aralıklarla faydalanılması sağlanmalıdır.¹⁷¹⁵

c. “İvedilik” Şartı

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, tutukluya, tutukluluğunun kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere dava açma imkânı sağlamanın yanı sıra, aynı zamanda söz konusu davanın açılmasını takip eden süreçte, tutuklamanın kanuna uygunluğu hakkında adli kararın

değiştirmeyeceğini belirterek duruşma yapılmasının gerekmediğini belirtmiştir). Aynı yönde bkz., *Schiesser/İsviçre*, no. 7710/76, 4/12/1979.

¹⁷¹⁰ *Farmakopoulos/Belçika*, no. 11683/85, 27/03/1992, § 46. Aynı yönde bkz., *Keus/Hollanda*, no. 12228/86, 25/10/1990.

¹⁷¹¹ Aynı yönde bkz., Harris et al., 2013, s. 194, *dipnot* 679.

¹⁷¹² Somut olayın koşullarında Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi kapsamında duruşma yapılmasına gerek görülmeyen bir dava için bkz., *Reinprecht/Avusturya*, no. 67175/01, 15/11/2005, § 41.

¹⁷¹³ Harris et al., 2013, s. 194. Bu konuda ayrıca bkz., *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989, § 20.

¹⁷¹⁴ Bu konudaki ilkeler için bkz., *Garcia Alva/Almanya*, no. 23541/94, 13/02/2001, § 39.

¹⁷¹⁵ *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/04/2012, § 33; *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 45.

ivedilikle verilmesi ve tutuklamanın kanuna uygun olmadığına saptanması halinde tutukluluğun kaldırılmasına hükmedilmesi hakkını da içermektedir.¹⁷¹⁶ Ancak tutuklamanın kanuna uygunluğu hakkında ivedilikle karar verilmesi hakkına saygı gösterilip gösterilmediği, her olayın kendine özgü koşulları ışığında değerlendirilmelidir.¹⁷¹⁷

“İvedilikle” (*speedily/à bref délai*) kavramı, Sözleşme’nin 5(3) fıkrasında geçen “derhal” (*promptly/aussitôt*) ifadesinden daha az aciliyet gerektiren bir durumu ifade etmektedir.¹⁷¹⁸ Sözleşme’nin 5(4) fıkrası özel bir sürat gerektirmektedir.¹⁷¹⁹ Bu farklılığın nedeni, Sözleşme’nin 5(4) fıkrası kapsamındaki olayların 5(3) fıkrasına nazaran daha karmaşık olması¹⁷²⁰ ve 5(3) fıkrasının tutulan kişiyi yargıç önüne çıkarma süresini düzenlemesinden kaynaklanmaktadır.

i. Dikkate Alınacak Süre

Hukukilik denetiminin ulusal makamlar tarafından ivedilikle yapılıp yapılmadığını tespit için, öncelikle salıverilme talebinin incelenme süresinin belirlenmesi gerekir. AİHM, inceleme süresinin başlangıcı olarak, salıverilme talebinin iletildiği veya davanın açıldığı tarihi esas almaktadır. Ancak bireyin başvuru yapabilmek için, örneğin gözaltı süresinin sona ermesini bekleme zorunluluğunun bulunması, Sözleşme’nin 5(4) fıkrasını ihlal edebilir.¹⁷²¹ Mahkemeye başvurmadan önce idari bir hukuk yolunun tüketilmesi gerekiyorsa, söz konusu sürenin başlangıcı, ilgili

¹⁷¹⁶ *Idalov/Rusya* [BD], no. 5826/03, 22/05/2012, § 154; *Baranowski/Polonya*, no. 28358/95, 28/03/2000, § 68; *Rehbock/Slovenya*, no. 29462/95, 28/11/2000, § 84.

¹⁷¹⁷ *Rehbock/Slovenya*, no. 29462/95, 28/11/2000, § 84.

¹⁷¹⁸ *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990, § 64.

¹⁷¹⁹ *Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, § 59.

¹⁷²⁰ *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990, § 64.

¹⁷²¹ *İğdeli/Türkiye*, no. 29296/95, 20/06/2002, § 34. Aynı şekilde tutuklu askerin, tutulmasından altı gün sonra askeri mahkemeye başvurabilmesi, –askeri hukuk sistemi ve askeri yaşamın kendine has özellikleri dikkate alınsa dahi– Sözleşme’nin 5(4) fıkrasına aykırı bulunmuştur (*De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984, § 58).

konunun idari makama iletildiği tarihtir.¹⁷²² Bu süre, başvurucunun salıverilme talebiyle ilgili kararın başvurucuya veya vekiline tebliğ edildiği ana kadar devam eder.¹⁷²³ Hukukilik incelemesinin ivedilikle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği sorunu, genellikle suç şüphesiyle ve akıl hastalığı nedenleriyle tutulan kişilerin salıverilme taleplerinin incelenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır.¹⁷²⁴

Söz konusu süre, temyiz aşaması da dâhil olmak üzere,¹⁷²⁵ başvurucunun tutukluluğunun kanuna uygunluğu hakkında nihai kararın verildiği tarihte sona erer.¹⁷²⁶ Şayet yargılamalar iki dereceli bir yargı sisteminde gerçekleştirilmişse, ivedilik şartına uyulup uyulmadığının tespit edilmesi amacıyla genel bir değerlendirme yapılmalıdır.¹⁷²⁷ Ancak temyiz aşaması için uygulanacak olan ivedilik standardı daha az katı bir biçimde değerlendirilmelidir.¹⁷²⁸ Ayrıca kararın kamuya açık bir biçimde açıklanmadığı davalar bakımından söz konusu süre, kararın tutulan kişiye ya da avukatına tebliği ile sona erer.¹⁷²⁹

AİHM, tutuklu bir başvurucunun salıverilme talebinin beş buçuk ay,¹⁷³⁰ yirmi üç gün,¹⁷³¹ kırk bir gün¹⁷³² sonra karara bağlanmasını Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının aradığı ivedilik şartına aykırı bulmuştur. Diğer yandan *Letellier/Fransa* davasında AİHM, öldürmeye azmettirme suçundan tutuklu bulunan başvurucunun altı defa yaptığı

¹⁷²² *Sanchez-Reisse/İsviçre*, no. 9862/82, 21/10/1986, § 54.

¹⁷²³ *Şevk/Türkiye*, no. 4528/02, 11/04/2006, § 38; *Singh/Birleşik Krallık*, no. 23389/94, 21/02/1996, § 74.

¹⁷²⁴ Doğru ve Nalbant, 2012, s. 410.

¹⁷²⁵ Temyiz aşamasında geçen sürenin de Sözleşme'nin 5(4) fıkrası anlamındaki süreye dahil olduğu konusunda bkz., *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991.

¹⁷²⁶ *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990, § 64; *Sanchez-Reisse/İsviçre*, no. 9862/82, 21/10/1986, § 54.

¹⁷²⁷ *Hutchison Reid/Birleşik Krallık*, no. 50272/99, 20/02/2003, § 78; *Navarra/Fransa*, no. 13190/87, 23/11/1993, § 28.

¹⁷²⁸ *Lebedev/Rusya*, no. 4493/04, 25/10/2007, § 96.

¹⁷²⁹ *Koendjibiharie/Hollanda*, no. 11487/85, 25/10/1990, § 28.

¹⁷³⁰ *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989, §§ 22-26.

¹⁷³¹ *Rehbock/Slovenya*, no. 29462/95, 28/11/2000, §§ 85-86.

¹⁷³² *Şevk/Türkiye*, no. 4528/02, 11/04/2006, § 40.

salıverilme talebinin, sekiz gün ile yirmi gün arasında değişen sürelerle sonuçlandırıldığını ancak, başvurunun ikinci talebi hakkında kesin kararın on üç ay üç hafta sonra verildiğini tespit etmiştir. AİHM, bu incelemenin süresini kuşkuyla karşılamakla birlikte, başvurunun her zaman yeni bir talepte bulunabildiğini ve diğer talepler hakkında kısa sürede karar verilmiş olduğunu dikkate alarak, mevcut olayın koşullarında Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹⁷³³ Yine *Navarra/Fransa* davasında, silahlı soygun suçundan tutuklu başvurunun üçüncü salıverilme talebinin reddine ilişkin karara karşı üst mahkemede yaptığı itiraz yedi ay sonra sonuçlanmıştır. AİHM, başvurunun bu olayda süratli inceleme yapılmadığı şikâyetini reddederken, sürenin uzunluğundan kuşku duymakla birlikte, başvurunun iç hukuka göre her zaman yeni bir salıverilme talebinde bulunabileceğini dikkate almıştır.¹⁷³⁴

AİHM, davaların karara bağlanması için geçen sürenin uzunluğuna ilişkin olarak, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi kapsamındaki bir davada beş günlük¹⁷³⁵ bir süreyi kabul edilebilir bulurken başka bir davada altı günlük süreyi uzun bulmuştur. Sözleşme'nin 5(1)(d) bendine göre tutulan bir küçük bakımından beş ay süren bir değerlendirme süresi AİHM'ce aşırı uzun bulunmuştur.¹⁷³⁶ Aynı şekilde bir akıl hastasının talebinin dört ayda değerlendirilmesi de Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlali ile sonuçlanmıştır.¹⁷³⁷ Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi kapsamındaki sınır dışı işlemleri sırasında tutulan kişilerin salıverilme taleplerinin otuz bir ilâ kırk altı gün süren değerlendirmelere tabi tutulması

¹⁷³³ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 56.

¹⁷³⁴ *Navarra/Fransa*, no. 13190/87, 23/11/1993, § 29.

¹⁷³⁵ *Egue/Fransa* (kk), no. 11256/84, 5/09/1988; *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, no. 8805/79 vd., 22/05/1984.

¹⁷³⁶ *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, § 63.

¹⁷³⁷ *Koendjibiharie/Hollanda*, no. 11487/85, 25/10/1990, §§ 28-30. Diğer örnekler için bkz., *Rutten/Hollanda*, no. 32605/96, 24/07/2001 (İlk derece mahkemesi iki ay on yedi günde, temyiz mahkemesi üç ayda karar verdiğinden ihlal); *Luberti/İtalya*, no. 9019/80, 23/02/1984 (On sekiz ay uzun bulunmuştur).

da Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bakımından çok uzun olarak değerlendirilirken,¹⁷³⁸ 5(1)(a) bendine göre tutulan bir sabıkalının tutukluluk itirazının on altı günde değerlendirilmesini ivedilik şartına uygun bulunmuştur.¹⁷³⁹

AİHM, *S.T.S./Hollanda* davasında, yargılama süresinin aşırı uzun olması ve izin verilen tutukluluk süresi dolmasına rağmen tutukluluğa devam edilmesine karşı yapılan itirazın reddedilmesini Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirmiştir. Somut davada ağır davranış problemleri olan küçüğün Ekim 2002 tarihinde tedavi amacıyla gözetim altına alınmasına karar vermiştir. Bu tedbir üçer aylık süreler şeklinde birçok sefer uzatılmıştır. Ocak 2004'ün ortalarında, başvuru Yargıtay'a temyiz başvurusu yapmıştır. Kasım 2004 tarihinde Yargıtay, temyiz talebini menfaat yokluğundan reddetmiştir. AİHM, Yargıtay önündeki temyiz incelemesinin 294 gün sürmesinin tek başına aşırı uzun olduğunu ve nedeni ne olursa olsun ulusal adli makamların davaların hızlı bir şekilde incelenmelerini sağlamak için, özellikle de kişi özgürlüğünün söz konusu olduğu durumlarda, gerekli idari tedbirleri almaları gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁴⁰

Bir sınır dışı etme uygulamasıyla ilgili olan *Athary/Türkiye* davasında AİHM, başvuru alıkonulması ile ilgili olarak Ankara İdare Mahkemesine başvurduğunu ancak, salıverilmeyi ilk talep ettiği tarih ile ulusal mahkemenin karar tarihi arasında yedi ay geçtiğini, Ankara İdare Mahkemesinin başvuru talebi hakkında karar vermesinin dört aydan daha uzun sürdüğünü, bu bağlamda Sözleşme'nin 5(1) paragrafı

¹⁷³⁸ *Sanchez-Reisse/İsviçre*, no. 9862/82, 21/10/1986, § 57. Ayrıca bkz., *A./İsveç* (kk), no. 11531/85, 7/10/1987 (On gün kabul edilebilir bulunmuştur).

¹⁷³⁹ *Christinet/Birleşik Krallık*, no. 9818/82, 20/01/1984.

¹⁷⁴⁰ *S.T.S./Hollanda*, no. 277/05, 7/06/2011. Ayrıca bkz., *Frasik/Polonya*, no. 22933/02, 5/01/2010, § 66 (Kırk altı gün sonra yapılan incelemenin ihlal olduğuna dair). *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*, no. 32940/08 vd, 13/4/2010 (Yaklaşık iki aylık sürenin uzun olmasına ilişkin).

anlamında, mevcut davadaki adli incelemenin, başvuruçunun dilekçesine “hızlı” bir yanıt olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁷⁴¹

ii. İvediliğin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınacak Diğer Faktörler

“İvedilikle” ifadesinin soyut olarak tanımlanması mümkün değildir. Söz konusu ifadenin, Sözleşme’nin 5(3) ve 6(1) fıkralarında yer alan yargılamanın “makul süre”de (*reasonable time*) gerçekleştirilmesi şartında olduğu gibi, her olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.¹⁷⁴²

Sözleşme’nin 5(4) fıkrasının gerektirdiği ivediliğin değerlendirilmesinde, yetkili makamların gösterdiği titizlik, tutuklunun kendisinin sebep olduğu gecikme¹⁷⁴³ ve devletin sorumluluğu dışında gecikmeye yol açan diğer etkenler gibi, makul sürede yargılanmayı etkileyen benzer unsurların tümünün birlikte göz önüne alınmalıdır.¹⁷⁴⁴

Yine ilk bakışta (*prima facie*) ivedilikle inceleme koşuluna aykırı görünen gecikmeler konusunda açıklama yapma yükümlülüğü devlete aittir.¹⁷⁴⁵ Bilirkişi raporunun (*expert opinion*) hazırlanmasındaki gecikmeden devlet sorumludur.¹⁷⁴⁶ Kişinin salıverilip salıverilmeyeceği hususunda önem taşıyan tıbbi veya diğer hususların karmaşıklığı Sözleşme’nin 5(4) fıkrasındaki ivedilik şartı bakımından önem taşıyabilir; ancak bu tür durumlar devletin yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır.¹⁷⁴⁷ Aşırı iş

¹⁷⁴¹ *Athary/Türkiye*, no. 50372/09, 11/12/2012, §§ 41-42. Aynı yönde bkz., *Z.N.S./Türkiye*, no. 21896/08, 19/01/2010.

¹⁷⁴² *R.M.D./İsviçre*, no. 19800/92, 26/09/1997, § 42.

¹⁷⁴³ *Luberti/İtalya*, no. 9019/80, 23/02/1984 (Tutuklunun kaybolması neticesinde ortaya çıkan gecikmeden yetkili makamların sorumlu olmamasına dair).

¹⁷⁴⁴ *Mooren/Almanya* [BD], no. 11364/03, 9/7/2009, § 106; *Kolompar/Belçika*, no. 11613/85, 24/9/1992, § 42.

¹⁷⁴⁵ *Koendjibiharie/Hollanda*, no. 11487/85, 25/10/1990, §§ 28-30.

¹⁷⁴⁶ *Musiak/Polonya* [BD], no. 24557/94, 25/03/1999, § 46.

¹⁷⁴⁷ *Ilowiecki/Polonya*, no. 27504/95, 4/10/2001, § 75.

yükü¹⁷⁴⁸ veya mahkemelerin tatil dönemleri¹⁷⁴⁹ adli makamların çalışmadıkları sürenin uzamasını haklı kılamaz.

Sözleşme'nin 6(1) fıkrası kapsamındaki davalarda her olay için bir yıllık inceleme süresi genel kabul görmüş bir kural gibi algılanmaktadır. Ancak Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, özgürlük hususuyla ilgili olduğundan, incelemenin özel ivedilikle yapılmasını gerektirir.¹⁷⁵⁰ Bir kimsenin özgürlüğü söz konusu olduğunda, devletin tutuklamanın kanuna uygunluğunun ivedilikle incelenmesi şartına uymasına ilişkin olarak, AİHM'nin oldukça katı standartları bulunmaktadır.¹⁷⁵¹

İnceleme süresinin belirlenmesinde, tutuklunun sağlık durumu gibi karmaşık durumlar da gündeme gelebilmektedir. Sözleşme'nin 5(4) fıkrası açısından “makul” sürenin ne olduğu değerlendirilirken, bu husus dikkate alınabilir. Karmaşık sayılabilecek nitelikteki olaylarda ileri sürüle masumiyet karinesinin ihlali iddiaları da yetkili makamların özellikle ivedi bir inceleme yapmalarını gerektirebilir.¹⁷⁵² Bu bağlamda AİHM, tutuklu kişinin masumiyet karinesinden tam olarak yararlanması gerektiğine vurgu yapmaktadır.¹⁷⁵³

Salıverilme talebinin değerlendirildiği sürenin Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bakımından uzunluğu incelenirken, başvurucunun makul bir süratle incelenen başka başvurular yapıp yapamayacağı da göz önüne alınabilir.¹⁷⁵⁴ Başvurucunun sınır dışı

¹⁷⁴⁸ *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989, § 25. Karş., *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, § 90.

¹⁷⁴⁹ *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990, § 66 (Sekiz haftalık tatil nedeniyle gecikme kabul edilmemiştir).

¹⁷⁵⁰ *Panchenko/Russia*, no. 45100/98, 8/2/2005, § 117.

¹⁷⁵¹ Örneğin, *Kadem/Malta* davasında başvurucunun tutukluluğunun kanuna uygun olup olmadığına karar verilmesinde on yedi günlük sürenin fazla olduğu kanaatine varılmıştır (*Kadem/Malta*, no. 55263/00, 9/01/2003, §§ 44-45). Temyiz işlemlerine ilişkin yirmi altı günlük sürenin “ivedilik” şartını ihlal ettiğine diyor bkz., *Mamedova/Rusya*, no. 7064/05, 1/06/2006, § 96.

¹⁷⁵² *Frasik/Polonya*, no. 22933/02, 5/01/2010, § 63; *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, §§ 91-93.

¹⁷⁵³ *Jabłoński/Polonya*, no. 33492/96, 21/12/2000, § 93.

¹⁷⁵⁴ *Letellier/Fransa*, no. 12369/86, 26/06/1991, § 56.

edilmesiyle ilgili kararının ulusal mahkemece verilmek üzere olması, tutulmasıyla ilgili kararın ertelenmesi için yeterli ve yerinde bir sebep olarak kabul edilemez.¹⁷⁵⁵ Sınır dışı davalarında, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendindeki “gerekli özen” standardına ilişkin hususlar, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bakımından “ivedilik” standardı açısından da uygulama alanı bulmaktadır.¹⁷⁵⁶

Karar verilmeden önceki sürenin uzunluğunun ilk bakışta ivedilik kavramına aykırı olması halinde, AIHM, gecikmenin sebeplerini açıklaması veya söz konusu zamanaşımını haklı kılacak istisnai gerekçeleri ortaya koyması için devlete söz hakkı tanıyacaktır.¹⁷⁵⁷

d. Başvurucuya İtiraz İçin Yeterli Zaman ve Kolaylık Tanınması

Tutulan bir kişinin, tutulması konusunda itirazını yapabilmek için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olması gerekmektedir. Sözleşme'nin 5(4) fıkrası uyarınca kullanılacak bir hukuk yoluna başvuru süresinin, söz konusu hukuk yoluna etkili olarak başvurma hakkını etkileyecek derecede kısa olmaması gerekmektedir.¹⁷⁵⁸ Ancak Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, tutulan bir kişiye, başvurabileceği bir hukuk yolu olduğuna dair bilgilendirilme hakkı tanımamaktadır. Bununla beraber başvurucuya tutulma sebeplerinin bildirilmesi, tutulmasına itirazı sırasında hayati önem taşıdığı için gereklidir.¹⁷⁵⁹ Zira suç işlediğine ilişkin makul şüphelerin sürmesi, ilgilinin tutukluluğunun devam etmesi için *sine qua non* bir koşuldur.¹⁷⁶⁰

¹⁷⁵⁵ Bkz., *Sanchez-Reisse/İsviçre*, no. 9862/82, 21/10/1986.

¹⁷⁵⁶ *Kolompar/Belçika*, no. 11613/85, 24/9/1992, § 46.

¹⁷⁵⁷ *Musiał/Polonya* [BD], no. 24557/94, 25/03/1999, § 44; *Koendjbiharie/Hollanda*, no. 11487/85, 25/10/1990, § 29.

¹⁷⁵⁸ *Farmakopoulos/Belçika*, no. 11683/85, 27/03/1992.

¹⁷⁵⁹ *X./Birleşik Krallık*, no. 7215/75, 05/11/1981, § 66.

¹⁷⁶⁰ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 204.

E. Hukuki Yardım

Sözleşme'nin 5(4) fıkrasında öngörülen usul koşullarının 6. maddeye göre daha esnek olmakla birlikte, ivedilik konusunda daha katı olduğuna yukarıda değinilmişti.¹⁷⁶¹ AİHM'ye göre, kural olarak, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası çerçevesinde inceleme yapacak olan hâkim, tutulan kişinin hukuki yardımdan faydalanmasını beklemek zorunda değildir. Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamındaki bir hukuki yardım talebinin de ivedilikle karar bağlanması gerekmektedir.¹⁷⁶² Tutmaya ilişkin yargılama çerçevesinde tutuklu kişiye ulusal makamlarca hukuki yardım sağlama zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁷⁶³

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamındaki denetimin özellikle tutulan kişinin avukatıyla görüşmesini engelleyecek kadar hızlı yapılmaması gerekir. Başka bir anlatımla devletin tutuklu kişinin hukuki yardımdan yararlanma hakkını *engellememe* yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁷⁶⁴ Buna ek olarak avukat ve müvekkil arasındaki bilgi alışverişinin gizliliğinin de korunması ayrı bir gerekliliktir.¹⁷⁶⁵

Ulusal makamların hukuki yardım sağlama yükümlülüğü altında olmaması kuralı da bazı kısıtlamalara tabidir. Kişinin özel durumu göz önüne alındığında Sözleşme'nin 5(4) fıkrasına göre yapılacak başvurunun etkililiği avukat yardımına bağlıysa,¹⁷⁶⁶ bu durumda avukata erişim hakkının, *habeas corpus* güvencesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.¹⁷⁶⁷ AİHM, *Chahal/Birleşik* davasında başvurusunun yasal

¹⁷⁶¹ *Lebedev/Rusya*, no. 4493/04, 25/10/2007, § 84.

¹⁷⁶² *Zamir/Birleşik Krallık* (kk), no. 9174/80, 13/07/1982 (Hukuki yardım talebinin karar bağlanması için geçen yedi haftalık sürenin ihlal olduğu).

¹⁷⁶³ *Lebedev/Rusya*, no. 4493/04, 25/10/2007.

¹⁷⁶⁴ *Lebedev/Rusya*, no. 4493/04, 25/10/2007, § 87. Ayrıca bkz., *Istratii/Moldova*, no. 8721/05 vd., 27/03/2007.

¹⁷⁶⁵ *Castravet/Moldova*, no. 23393/05, 13/03/2007 (Avukat ve müvekkil arasında güvenlik nedenleriyle oluşturulan cam bölme meşru görülmemiş, avukat ve müvekkil arasındaki bilgi alış veriş ve gizli görüşme hakkına zarar vermiştir).

¹⁷⁶⁶ *S./İsviçre*, no. 12629/87 ve 13965/88, 28/11/1991, § 53.

¹⁷⁶⁷ *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 60.

olarak temsil edilme hakkının olmamasını göz önüne almıştır.¹⁷⁶⁸ Benzer şekilde küçüklerin¹⁷⁶⁹ ve akıl hastalarının¹⁷⁷⁰ 5(1)(d) bendi uyarınca tutulmalarına itiraz ederken bir avukat yardımı alma hakları bulunmaktadır.¹⁷⁷¹ Yine *Öcalan/Türkiye* davasında AİHM, tecrit altında tutulan başvurunun bir avukata danışma olanağı olmadığını ve hukuk eğitimi almamış bir kişi olarak somut olayın koşullarında avukat yardımı olmaksızın tutulmasının hukukiliğine ve uzunluğuna itiraz edebilmesinin beklenemeyeceğine karar vermiştir.¹⁷⁷² Komisyon ise *Zamir/Birleşik Krallık* davasında başvurunun İngilizcesinin yetersiz olmasını ve sınır dışı edilme usulünün karmaşıklığını göz önüne alarak, yasadışı bir göçmen olan başvurucuya ücretsiz hukuki yardım sağlanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁷³

F. Hukukilik Denetiminin Makul Aralıklarla Yapılması

Bir kişinin tutulması yönündeki ilk kararın bir “mahkeme” tarafından verilmiş olması ya da idari bir kararın daha sonra yargı makamı tarafından onanması Sözleşme’nin 5(4) fıkrası bakımından her zaman yeterli değildir. Bunun nedeni, bazı tutulma koşullarında, “özgürlükten mahrum bırakmanın esas niteliğinin, hukuka uygunluk denetiminin makul aralıklarla tekrar edilmesini” gerektirmesidir.¹⁷⁷⁴ Başka bir anlatımla, devam etmekte olan bir tutmanın hukukiliğini etkileyebilecek durumların

¹⁷⁶⁸ *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], no. 22414/93, 15/11/1996, § 130.

¹⁷⁶⁹ *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988, § 60.

¹⁷⁷⁰ *Megyeri/Almanya*, no. 13770/88, 12/05/1992. Ayrıca bkz., *Waite/Birleşik Krallık*, no. 53236/99, 10/12/2002, § 59 (Başvurunun kişilik özellikleri, olgunluk seviyesi ve güvenilirlik düzeyi, tehlikeli olup olmadığının belirlenmesinde önem taşımakta ise yasal temsil gerekmektedir).

¹⁷⁷¹ Tutulan küçük ve akıl hastalarının avukat yardımından faydalanmak için talepte bulunmasının beklenmemesi gerektiği de ifade edilmektedir (Bkz., Harris et al., 2013, s. 195).

¹⁷⁷² *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12/5/2005, § 70.

¹⁷⁷³ *Zamir/Birleşik Krallık* (kk), no. 9174/80, 13/07/1982. Ayrıca bkz., *Duyonov/Birleşik Krallık*, no. 36670/97, 2/10/2001.

¹⁷⁷⁴ *Svipsta/Letonya*, no. 66820/01, 09/03/2006, § 129; *Winterwerp/Hollanda*, no. 6301/73, 24/10/1979, § 55.

ortaya çıkması,¹⁷⁷⁵ “varlığı devamlı olan” bir hukuk yolunun mevcut olmasını gerektirir. Sözleşme’nin 5(4) fıkrası tutmayı haklı kılan faktörlerin zamanla değişebilecek olması halinde, “makul aralıklarla” yapılan salıverilme başvurularının incelenmesini güvence altına almaktadır. Bir kişinin gözüaltına alınmasının hemen ardından ve sonrasında, gerekirse makul aralıklarla adli inceleme yapılması sağlanmalıdır.¹⁷⁷⁶

Bazı durumlarda, yasadaki tutma sebepleri kişi tutulmaya devam ederken ortadan kalkabilir. Bunun iki açık örneği, sağlığına kavuşan ve bu nedenle tutulması gereksiz hale gelen akıl hastalarının ve şartlı salıverilebilecekken tehlikeli olduğu için serbest bırakılmayan ömür boyu hapse mahkûm olan kişilerin durumudur. Belli aralıklarla olarak denetlenmesi gereken diğer bazı haller, tekerrür halindeki kişilerin önleyici tedbir olarak tutulması,¹⁷⁷⁷ küçüklerin tutulması¹⁷⁷⁸ ve bir sanığın salıverilme taleplerinin reddedilmesidir.¹⁷⁷⁹

AİHM’ye göre özellikle akıl hastalarının ve tutukluların durumlarında değişiklik olabileceğinden, tutulmaları düzenli olarak incelenmelidir (*automatic periodic review*).¹⁷⁸⁰ Başvurucunun salıverilme talebini içeren başvuruları, yetkililerinin tutukluluğun devamına ilişkin Sözleşme’nin 5(3) fıkrası gereğince resen yaptıkları denetimden bağımsız olarak incelenmelidir.¹⁷⁸¹ Ancak, AİHM’ye göre, bir tutmanın bir mahkeme tarafından otomatik bir şekilde düzenli olarak denetiminin yapıldığı bir

¹⁷⁷⁵ Akıl hastasının durumunda çok açık bir değişiklik söz konusu olmuşsa daha kısa aralıklarla duruşma yapılması gerekir (*Hirst/Birleşik Krallık*, no. 40787/98, 24/07/2001, § 44).

¹⁷⁷⁶ *Molotchko/Ukrayna*, no. 12275/10, 26/04/2012, § 148; *Varbanov/Bulgaristan*, no. 31365/96, 05/10/2000, § 45; *Kurt/Türkiye*, no. 24276/94, 25/05/1998, § 123.

¹⁷⁷⁷ *E./Norveç*, no. 11701/85, 29/08/1990; *Van Droogenbroeck/Belçika*, no. 7906/77, 24/06/1982.

¹⁷⁷⁸ *Bouamar/Belçika*, no. 9106/80, 29/02/1988.

¹⁷⁷⁹ *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989.

¹⁷⁸⁰ *X./Birleşik Krallık*, no. 7215/75, 05/11/1981, § 52. Denetimler arasındaki iki yıl ve yirmi bir aylık süreler makul değildir (*Hirst/Birleşik Krallık*, no. 40787/98, 24/07/2001, § 38).

¹⁷⁸¹ *Rehbock/Slovenya*, no. 29462/95, 28/11/2000, § 87. Ayrıca bkz., *Keus/Hollanda*, no. 12228/86, 25/10/1990, § 24; *Silva Rocha/Portekiz*, no. 18165/91, 15/11/1996.

sistemin, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının gereklerine uygunluğu sağlama ihtimali gözden uzak tutulamaz.¹⁷⁸²

Shtukurov/Rusya davasında AİHM, tam olarak tespit edilememiş zihinsel sorunları olan başvurucuyu hukuki ehliyetten mahrum eden adli karara ve ilgilinin bu karara ve bu karar sonucunda psikiyatrik bir kuruma yatırılmasına karşı bir itiraz başvurusu yapmasının mümkün olmamasını Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM, Rusya hukukunun, başvurucunun durumunda olduğu gibi, psikiyatrik nedenlerle gözlem altına alınma konusunda “otomatik bir yargısal denetim” öngörmediğini, başvurucu ehliyetsiz ilan edilmiş olduğundan kendi başına hastanede tutulmasına itiraz edemediğini, annesi hastaneden çıkmasına karşı olduğundan annesi aracılığıyla da dava açamadığını, son olarak her ne kadar yetkili makamlar tarafından yapılan tahkikatın başvurucunun tutulmasının “usule uygunluğu”nu inceleyip incelemediği bilinmese de böyle bir tahkikatın yargısal denetim yerine geçmeyeceğini, başvurucunun iradesine aykırı bir şekilde gözlem altına alındığını, zihinsel durumuyla ilgili yegâne değerlendirmenin on ay önce yapıldığını göz önünde bulundurmuş ve başvurucunun gözlem altında kalmasının adli bir denetimden geçirememesinin Sözleşme'nin 5(4) fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁷⁸³

AİHM'ye göre tutuklamanın *niteliği*, “kısa aralıklarla”¹⁷⁸⁴ denetim yapılmasını gerektirmektedir. Sözleşme'nin 5(3) fıkrasında tutukluluk süresinin *kesinlikle sınırlı* olmasına ilişkin bir varsayım yer almaktadır. Zira tutuklamanın varlık nedeni esas

¹⁷⁸² *Megyeri/Almanya*, no. 13770/88, 12/05/1992, § 22; *Egmez/Kıbrıs*, no. 30873/96, 21/12/2000, § 94.

¹⁷⁸³ *Shtukurov/Rusya*, no. 44009/05, 27/03/2008.

¹⁷⁸⁴ *Bezicheri/İtalya*, no. 11400/85, 25/10/1989, § 21. Akıl hastaları için bu süre biraz daha uzun olarak belirlenebilir. Ancak bir yılı aşan bir denetim aralığı makul değildir (*Herczegfalvy/Avusturya*, no. 10533/83, 24/09/1992).

olarak, süratle yapılması gereken bir soruşturmanın varlığına dayanmaktadır. Örneğin tutukluluk konusunda bir aylık bir aralık, makul bir aralıktır.¹⁷⁸⁵

Tutuklu bir başvuruçunun salıverilmeyi talep etme sayısının iç hukuk tarafından sınırlandırılması, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bakımından bir sorundur. AİHM, *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan* davasında, başvuruçunun iki yıl tutuklu kaldığı halde sadece bir kez salıverilme talebinde bulunabilmesini, hukukiliğin makul aralıklarla denetim şartına aykırı görmüş ve Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁷⁸⁶

Türk hukukunda tutukluluğun makul aralıklarla düzenli olarak incelenmesine ilişkin kural CMK'nın 108. maddesinde yer almaktadır. CMK'nın "Tutukluluğun incelenmesi" başlıklı 108. maddesi şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir."^[1787]

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkra da öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

*(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkra da öngörülen süre içinde de resen karar verir."*¹⁷⁸⁸

Buna göre soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğinin mahkemece resen inceleneceği hükme bağlanmıştır. CMK'nın

¹⁷⁸⁵ Harris et al., 2013, s. 190.

¹⁷⁸⁶ *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 24760/94, 28/10/1998, § 164.

¹⁷⁸⁷ 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, bu fıkra da yer alan "bulundurularak" ibaresinden sonra gelmek üzere "şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle" ibaresi eklenmiştir.

¹⁷⁸⁸ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

108(1) fıkrasına, 6459 sayılı Kanun'un¹⁷⁸⁹ 16. maddesiyle, soruşturma aşamasında tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verileceğine ilişkin bir ibare eklenmiştir. Bu yeni düzenleme, AİHM içtihatlarına uyumun sağlanması bakımından önem taşımaktadır.

AİHM, Türk hukuk sisteminde, tutukluluk halinin hukuka uygunluğunun yargılamayı yapan mahkeme tarafından resen her duruşmada incelendiğini gözlemlemiştir. Buna ek olarak yerel mahkemeler, otuz günlük zaman dilimleri aralıklarıyla ve resen tutukluluğa ilişkin durumu incelemek zorundadırlar. Keza, tutuklu kişi de herhangi bir süre beklemeksizin yargılamanın her aşamasında mahkemeden salıverilme talebinde bulunabilmektedir. Üstelik resen veya talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararlar mahkeme önünde itiraza konu olabilmektedir.¹⁷⁹⁰ Ayrıca tutuklu, hem yargılama öncesinde hem de yargılama evresinde her zaman serbest bırakılma talebinde bulunabilmekte ve bu talebini, belirli bir zaman beklemeye gerek duymadan tekrarlayabilmektedir.¹⁷⁹¹

AİHM, başvurucunun Sözleşme'nin 5(4) fıkrası uyarınca tutukluluğun resen incelenmesi usulünün etkili olmamasından şikâyet ettiği *Güder/Türkiye* davasında, Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının, tutukluluğun yasallığına dair itiraz başvurusunun ardından bir mahkeme nezdinde yürütülen ve bir yandan tahliye taleplerini, diğer yandan da tutukluluğun uzatılmasıyla ilgili kararlara karşı yapılan itirazları içeren başvurularda uygulanabileceğini belirtmiştir. Söz konusu fıkranın, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi bağlamında yeni bir tutukluluk süresinin ve yeni yasal dayanağın belirlendiği bir tutukluluk halinin uzatılmasına ilişkin kararın yasallığının denetimi sırasında uygulanamayacağını ancak, sadece bu türden bir karara karşı itirazda bulunulduğunda

¹⁷⁸⁹ Bkz., 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, K.T. 11/4/2013, R.G. 30/4/2013 (Sayı: 28633).

¹⁷⁹⁰ *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/04/2012, § 36.

¹⁷⁹¹ *Erişen ve Diğerleri ve Diğerleri/Türkiye*, no. 7067/06, 3/04/2012, § 52.

uygulama alanı bulacağını ifade etmiş ve somut davada tutuklamanın uzatılmasına ilişkin ve “ex officio ilkesi”yle kabul edilen kararlar hakkında 5(4) fıkrası bakımından bir yargıya varmakla yükümlü olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁷⁹²

AİHM *Çatal/Türkiye* davasında, ulusal yargılamalar sırasında İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinin düzenli olarak iki – üç aylık aralıklarla yapılan ve başvurucunun da savunma yapma fırsatı bulduğu duruşmalarda, tutukluluk halinin hukuka aykırı olup olmadığını incelemiş olduğunu ve ayrıca CMK’nın 108. maddesi uyarınca, başvurucunun tutukluluk halini otuz günlük aralıklarla duruşma yapmadan, resen gözden geçirdiğini tespit etmiş ve bu konuda bir ihlal oluşmadığını tespit etmiştir.¹⁷⁹³ *Mahmut Öz/Türkiye* davasında ise çocuk başvurucunun üç aydan fazla bir süre sonra yeniden mahkeme önüne çıkmasını yeterli görmeyerek sürenin “makul” olması koşulunun karşılanmadığına hükmetmiştir.¹⁷⁹⁴

VI. HUKUKA AYKIRI TUTUKLULUK NEDENİYLE TAZMİNAT HAKKI

A. Genel Olarak

Sözleşme’nin 5(5) fıkrasında hukuka aykırı olarak tutulan kişinin tazminat talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Sözleşme’nin 5(5) fıkrası şöyledir:

“Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”

Sözleşme’dekine benzer bir hüküm Anayasa’nın 19(9) fıkrasında yer almaktadır. Anayasa’nın 19(9) fıkrası şöyledir:

¹⁷⁹² *Güder/Türkiye* (kk), no. 24695/09, 30/04/2013, § 58. Bu konuda ayrıca bkz., *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 39; *Knebl/Çek Cumhuriyeti*, no. 20157/05, 28/10/2010, § 76.

¹⁷⁹³ *Çatal/Türkiye*, no. 26808/08, 17/04/2012, § 38; Aynı yönde bkz., *Erişen ve Diğerleri/Türkiye*, no. 7067/06, 3/04/2012.

¹⁷⁹⁴ *Mahmut Öz/Türkiye*, no. 6840/08, 3/07/2012, §§ 45-46.

“Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”

Sözleşme’nin 5(5) ve Anayasa’nın 19(9) fıkralarında yer alan düzenlemelerin “şekli” olarak uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşme’de, kişi özgürlüğünün ihlali dışında başka bir hakkın ihlal edilmesi nedeniyle bireye iç hukukta tazminat ödenmesini öngören özel bir hüküm bulunmamaktadır.

Sözleşme’nin 5(5) fıkrasına göre, bu maddenin diğer fıkralarının hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes icra edilebilir bir tazminat hakkına sahiptir.¹⁷⁹⁵ AİHM tarafından Sözleşme’nin 5(1) ilâ (4) fıkralarından birinin ihlal edildiğine hükmedilmesi halinde, 5(5) fıkrasına göre verilecek tazminat miktarı “gizli” (kamuya açık olmayan) bir “hesap tablosu”na göre belirlemektedir. Bu hesap tablosuna göre hesaplanan maddi ve manevi zararların karşılığı başvurucuya/başvuruculara ödenmektedir. Hükmedilen bu tazminat miktarları, “net” olup ayrıca tahakkuk edebilecek bütün vergilerin de ödenmesine hükmedilmektedir. Söz konusu ödemelerin, Sözleşme’nin 44(2) fıkrasına¹⁷⁹⁶ göre üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden yapılması gerekir. AİHM ayrıca, ödemede gecikme olması halinde, söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına da hükmetmektedir.

Benzer bir uygulama Anayasa Mahkemesince de yapılmaktadır. AYM’ce, Anayasa’nın 19(1) ilâ (8) fıkralarından birinin ihlal edildiğine hükmedildiği durumlarda, 19(9) fıkrasına göre verilecek tazminat miktarı “gizli” bir iç “hesap tablosu”na göre belirlemektedir. AYM, ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde

¹⁷⁹⁵ Karan, 2013, s. 205.

¹⁷⁹⁶ Bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (erişim, 3/6/2013).

yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına karar vermektedir.¹⁷⁹⁷

Özgürlüğünden hukuka aykırı bir şekilde yoksun bırakılan kişinin uğradığı zararın “tazminat hukukunun genel prensiplerine” göre ödeneceği konusu¹⁷⁹⁸ Anayasa’nın 19(9) fıkrasının gerekçesinde;

“... kanuna aykırı hürriyet kısıtlamalarında kişinin uğradığı zararın Devletçe tazmini, öngörülmüştür. Bu tazmin otomatik değildir; tazmin şartlarını kanun gösterecektir. Meselâ yargılama sonunda verilen bir beraat kararı yargılama sırasında tutuklu kalmış bir sanığa muhakkak tazminat ödemeyi gerektirmez.”¹⁷⁹⁹

şeklinde ifade edilmiş ve tazminatın şartlarının kanunla belirleneceği belirtilmiştir.¹⁸⁰⁰

Tazminat konusuna AYM’ye bireysel başvuru usulünün düzenlendiği 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinde de yer verilmiştir. Madde metninde “... [y]eniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir” hükmü yer almaktadır.¹⁸⁰¹ Söz konusu hüküm genel nitelikte bir düzenleme olup, sadece

¹⁷⁹⁷ Birçok karar yanında bkz., AYM, B. No: 2013/2303, 21/11/2013, hüküm kısmı, G fıkrası.

¹⁷⁹⁸ Bu düzenlemeye paralel bir düzenleme CMK’nın 142(6) fıkrasında da yer almaktadır (“İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir”).

¹⁷⁹⁹ Anayasa’nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 34. Anayasa’nın 19(9) fıkrasında değişiklik ile yakalanan ya da tutuklanan kişilerin hâkim önüne çıkarılma süreleri Sözleşme’nin 5. maddesindeki esaslar doğrultusunda düzenlenmiş ve Devlete zarara sebebiyet verenlere rücu hakkı öngörülmüştür (4709 sayılı Kanun, md. 4, 3/10/2001, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4709.html> (erişim, 29/4/2014)).

¹⁸⁰⁰ Tazminat ödemelerinin “tazminat hukukunun genel prensiplerine” gönderme yapılması nedeniyle ayrı yasal bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığına dair bkz., Karan, 2013, s. 206.

¹⁸⁰¹ Benzer bir düzenleme Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 79(1)(b) ve (c) bentlerinde de yer almaktadır. Düzenleme şöyledir:

“b) Bölümlerce yapılan inceleme sonunda, başvurunun bir hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi hâlinde, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı takdirde başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir.

Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan haklardan birinin ihlal edilmesi halinde değil, bireysel başvuru kapsamındaki diğer herhangi bir hakkın ihlal edilmesi halinde de uygulanmaktadır. Bu yönüyle söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 41. maddesindeki¹⁸⁰² düzenlemeyle benzerlik göstermektedir.

Benzer bir hüküm Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde de yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün¹⁸⁰³ "Bireysel başvuru formu ve ekleri" başlıklı 59(3)(f) bendinde başvuruçunun "[t]azminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeler[i]" Anayasa Mahkemesine sunması gerekmektedir.

Koruma tedbirlerine ilişkin tazminat yolu CMK'nın 141. ve 142. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁸⁰⁴ Tazminat isteminin düzenlendiği 141. maddede;

“(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

c) Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir.” Anayasa Mahkemesi İç Tüzük’ü için bkz., http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/ictuzuk_son.pdf (erişim, 20/1/2014).

¹⁸⁰² Sözleşme'nin 41. maddesi şöyledir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

Adil tazmin konusundaki AİHM uygulamasının temelinde yer alan kriterler için bkz., AİHM İçtüzüğü (Rules of Court, 1/1/2014, s. 63-66, http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (erişim, 24/4/2014).

¹⁸⁰³ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü için bkz., http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/ictuzuk_son.pdf (erişim, 20/1/2014).

¹⁸⁰⁴ CMK'nın yürürlüğe girmesinden önce bu husus 466 sayılı Kanun'da düzenlenmekteydi.

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlar[ı]na karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,..."

hükümlerine yer verilerek kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un 142(1) fıkrasında ise,

"Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir."

denilerek tazminat istenmesinin ana koşulu belirlenmiştir.

Altınok/Türkiye kararında AİHM, hakkında tutuklama kararı verilen bir kişi için CMK'nın 141. maddesinin, "sınırlı" bir biçimde belirtilen durumlarda tazminat talep etme imkânını öngördüğünü kabul etmiştir. Oysa bu hüküm kapsamında, sözü edilen durumların hiçbirisi tutukluluğa itiraz etmek için etkili bir hukuk yolunun olmaması nedeniyle maruz kalınan zararın tazminini talep etme imkânını öngörmemektedir. Ayrıca davalı devletin, başvuru ile aynı durumda olan bir kişiye bu hükme dayanarak

tazminat ödediğine ilişkin ilişkin herhangi bir karar da bulunmamaktadır. Bu nedenle AİHM, devlet tarafından ileri sürülen tazminat yolunun Sözleşme'nin 5(5) fıkrası açısından etkili bir hukuk yolu teşkil etmediğini saptamıştır.¹⁸⁰⁵

CMK'nın 142(1) fıkrasına göre “[k]arar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde ...” bulunulabileceği hükme bağlanmıştır. AİHM, bu hükmün sanığa yargılama esnasında tazminat başvurusunda bulunma imkânı tanımadığını gözlemlemektedir. Zira iç hukukta söz konusu itiraz sadece kararın kesinleşmesinden sonra yapılabilmektedir.¹⁸⁰⁶ AİHM, başvurucunun yargılamasına başvuru tarihi itibarıyla ulusal mahkemeler nezdinde devam edildiğinden, başvurucunun tazminat başvurusunda bulunma imkânına sahip olmadığı kanaatindedir.¹⁸⁰⁷

Ancak bu durumun bazı istisnalarının olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Uygulamada “yol tutuklaması”¹⁸⁰⁸ olarak adlandırılan CMK'nın 94. maddesine göre yakalanıp cezaevine konulan kişinin yakalanmasından on gün sonra yakalama kararını veren savcı tarafından ifadesi alınarak serbest bırakıldığı davada Yargıtay, CMK'nın 94(1) fıkrasında yakalanan veya tutuklanan kişinin “yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır” hükmü bulunduğunu, maddede yer alan “en kısa zaman” dilimi ifadesindeki zaman diliminin ne kadar olması gerektiğinin düzenlenmediğini belirtmiştir. Yargıtay ayrıca, Anayasa'nın 19. maddesinde “[h]ürriyeti kısıtlanan kişilerin en kısa zamanda bırakılmasının” sağlanmasının öngörüldüğünü, 90. maddesinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalardan olan ve uygulamada önceliği olan Sözleşme'nin 5(3) fıkrasındaki

¹⁸⁰⁵ *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 68.

¹⁸⁰⁶ *Kürüm/Türkiye*, no. 56493/07, 26/1/2010, § 20.

¹⁸⁰⁷ Aynı yönde bkz., *Ceviz/Türkiye*, no. 8140/08, 17/07/2012, § 58; *Mahmut Öz/Türkiye*, no. 6840/08, 3/07/2012, §§ 49-53.

¹⁸⁰⁸ Bu konuda bkz., *supra*, s.

“[y]akalanan veya tutuk durumda bulunan herkes hemen bir hâkim veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır” şeklinde bir düzenlemenin bulunduğunu, CMK’nın 141(1)(d) bendinde “[k]anuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen” kişilere de tazminat verilmesini öngördüğünden bir kısım işlemler ve koruma tedbirleri nedeniyle davanın sonuçlanmasının beklenmesine gerek olmadığından davanın reddine karar verilmesinin kanuna aykırı olduğuna ve kararın bozulmasına karar vermiştir.¹⁸⁰⁹

AİHM, *Alp ve Diğerleri/Türkiye* davasında, CMK’nın 141(1)(d) bendinin kanunlara uygun olarak tutulan, ancak tutuklu yargılanma süresi makul süreyi aşan kişilerin devletten tazminat talep edebileceği bir yol sunmakta olduğunu, CMK’nın 142(1) maddesine göre ise böyle bir talebin ancak ilgili yargı sürecinin sona ermesinin ardından yapılabileceğini belirtmiş ve bu nedenle bu hukuk yolunun, mevcut davada olduğu gibi, ulusal yargılama sürecinin devam ettiği koşullarda uygulanamayacağına karar vermiştir.¹⁸¹⁰

Beş yıllık azami tutukluluk süresinin dolması nedeniyle tutukluluğun yasal dayanağının kalmadığı ve tutukluluğun makul süreyi aştığının ileri sürüldüğü bir başvuruda AYM, yasal olarak mümkün olmadığı hâlde tutukluluğun devamına karar verilmiş ise CMK’nın 141. maddesi kapsamında bunun mağdurunun maddi ve/veya manevi tazminat istemiyle dava açabileceğini ifade etmiştir. Ancak başvuru hakkındaki davanın ilk derece mahkemesince karara bağlanmış olması nedeniyle tutukluluk halinin hükmen tutukluluğa dönüştüğü¹⁸¹¹ dolayısıyla mahkemesince tahliyesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında şikâyet konusu Anayasal hakların

¹⁸⁰⁹ *Yargıtay*, 12. Ceza Dairesi, E.2011/15700, K.2012/9187, 4/4/2012.

¹⁸¹⁰ *Alp ve Diğerleri/Türkiye*, no. 34396/05 vd., 7/12/2010. Aynı yönde bkz., *Şahap Doğan/Türkiye*, no. 29361/07, 27/05/2010; *Orman ve Diğerleri/Türkiye*, no. 9462/05 vd., 7/12/2010.

¹⁸¹¹ AYM, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 67.

ihlalinin tespit edilerek tazminata hükmedilmesi hâlinde şikâyetin telafi edilebileceği söylenebilir. Ancak AYM, CMK'nın 141. ve 142. maddelerinde belirtilen yolun hüküm kesinleşmeden önce tutuklamanın hukukiliği ve tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri açısından etkili olduğuna yönelik uygulamada bir örnek bulunmadığına karar vermiştir.¹⁸¹²

AİHM, *Topaloğlu/Türkiye* kararında, başvurucunun tahliyesindeki gecikmeden sorumlu kişiler hakkında ceza davası açılabilmesi ve Anayasa'nın 125. maddesi kapsamında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne ("AYİM") tazminat davası açmanın mümkün olduğu yönündeki Hükümetin görüşünü de kabul etmemiştir.¹⁸¹³ AİHM, hükümetçe öne sürülen ceza yargısı yolunun, tazminat hakkıyla ilgili olmadığını, dolayısıyla bu yolun yeterli kabul edilemeyeceğini, başvurucunun AYİM nezdinde dava açtığını ancak başarılı olamadığını, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasına aykırı olarak tutulan başvurucunun, ulusal yargı organları önünde Sözleşme'nin 5(5) fıkrası uyarınca tazminat elde edemediğini, dolayısıyla Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁸¹⁴ Dolayısıyla AİHM, hükümet tarafından ileri sürülen tazminat yolunun Sözleşme'nin 5(5) fıkrası anlamında "etkin bir başvuru yolu" olmadığı kanaatindedir.¹⁸¹⁵

Bununla beraber iç hukuktaki özgürlükten yoksun bırakılma hali hukuka uygun bulunduğu takdirde tazminat ödenmemektedir. İç hukukta hukuka uygunluk gerekçesiyle tazminata hükmedilmemesine rağmen AİHM, yaptığı incelemede Sözleşme'nin 5. maddesinin ilk dört fıkrasından herhangi birine aykırı bir özgürlükten

¹⁸¹² AYM, B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 32.

¹⁸¹³ Benzer bir görüşün ileri sürüldüğü dava için bkz., *Dbouba/Türkiye*, no. 15916/09, 13/07/2010.

¹⁸¹⁴ *Topaloğlu/Türkiye*, no. 38388/04, 3/07/2012, § 41.

¹⁸¹⁵ *Topaloğlu/Türkiye*, no. 38388/04, 3/07/2012, § 42.

yoksun bırakılmanın söz konusu olduğuna hükmettiğinde 5. fıkranın da ihlal edildiğine hükmedebilmektedir.¹⁸¹⁶

B. Hükümün Uygulanabilirliği

Sözleşme'nin 5(5) fıkrası, 5(1) ilâ (4) fıkralarında yer alan haklardan birinin ihlalinden mağdur olan kişilerin iç hukukta tazminat alabilmelerini öngörmektedir. Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, Sözleşme'de yer alan haklardan birinin ihlal edilmesi halinde ulusal düzeyde tazminat hakkı öngören tek hükmüdür.¹⁸¹⁷ Sözleşme'de buna benzer başka bir tazminat hakkı öngörülmemiştir.¹⁸¹⁸

Labita/İtalya davasında AİHM, davalı hükümetin, tutuklulukta geçirdiği süre için Palermo Üst Mahkemesinin başvuruca tazminat ödenmesine hükmetmiş olması nedeniyle, davalı devletin en azından özü itibarıyla Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlalini kabul ettiğini ve bir giderim sağladığı yönündeki savunmasını incelemiştir.

AİHM, *Amuur/Fransa* ve *Dalban/Romanya* davalarında “[u]lusal makamlar açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme’ye aykırılığı kabul edip bir giderim sağlamadıkça, başvuruca lehine olan bir karar veya tasarruf, kural olarak başvuruunun mağdurluk statüsünü kaldırmak için yeterli değildir” şeklinde karar verdiğini hatırlatmıştır.¹⁸¹⁹

Labita/İtalya davasında, Palermo Üst Mahkemesi tarafından verilen kararda başvuruunun haksız tutukluluk nedeniyle tazminat talebi kabul edilmekle birlikte, mahkemenin bu kararının “kesin kararlar beraat eden herkese” tazminat alma hakkı tanıyan Ceza Usul Kanunu’na dayandığını, tutukluluğun beraat kararının bir sonucu olarak “haksız” sayıldığını, ancak bunun tutukluluğun Sözleşme’nin 5. maddesindeki

¹⁸¹⁶ Karan, 2013, s. 206.

¹⁸¹⁷ Sözleşme’ye ek 7 no.lu Protokolün 3. maddesi dolaylı yoldan adil yargılanma hakkının ihlal eden adli hatalar için tazminat öngörmektedir (Harris et al., 2013, s. 199, *dipnot* 733).

¹⁸¹⁸ Ancak Sözleşme’nin 13. maddesi bağlamında etkili iç hukuk yolunun bulunmaması açısından tazminat gerekebilir (Harris et al., 2013, s. 199, *dipnot* 734).

¹⁸¹⁹ *Amuur/Fransa*, no. 19776/92, 25/06/1996, § 36; *Dalban/Romanya* [BD], no. 28114/95, 28/09/1999, § 44.

şartları taşımadığının tespit edildiği anlamına gelmediğini, tazminatın hesaplanmasında başvurunun tutukluluk süresinin uzunluğu dikkate alınmış olmakla birlikte, söz konusu kararda tutukluluk süresinin aşırı olduğuna dair açık ve ima yollu bir kabul bulunmadığından başvurucuya tutuklulukta geçirdiği süreyi karşılamak amacıyla bir ödeme yapılmış olmasına rağmen, başvurunun Sözleşme'nin 34. maddesine göre 5(3) fıkrasının ihlalinin ötürü “mağdur” olduğunu iddia edebileceğini kabul etmiştir.¹⁸²⁰

Sözleşme'nin 5(1) – (4) fıkralarının kapsamındaki bir özgürlükten birinin ihlal edildiği her durumda 5(5) fıkrası otomatik olarak ihlal edilmiş olmamaktadır. Sözleşme'nin 5(1) – (4) fıkralarının kapsamındaki bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için tazminat almak üzere başvurma imkânının bulunması halinde, Sözleşme'nin 5(5) fıkrasına uygunluk sağlanmış olacaktır.¹⁸²¹ Bu bakımdan Sözleşme'nin 5(5) fıkrasında öngörülen tazminat (*compensation*) hakkına ilişkin olarak, ulusal bir makam veya mahkeme tarafından 5. maddenin diğer fıkralarından birinin ihlal edildiğinin sabit bulunduğu varsayılmaktadır.¹⁸²²

Sözleşme'nin 5. maddesinin diğer fıkralarından herhangi birinin doğrudan veya esas bakımından ihlalinin ulusal bir makam tarafından tespit edilemediği hallerde AİHM, öncelikle Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının kapsamına giren bir ihlalin mevcut olup olmadığını bizzat saptamaktadır.¹⁸²³

Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının uygulanabilirliği, yerel makamlarca herhangi bir ihlal durumunun tespit edilmesine veya söz konusu ihlal meydana gelmeseydi,

¹⁸²⁰ *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, 06/04/2000, §§ 141-44. Aynı yönde bkz., *Miroslaw Garlicki/Polonya*, no. 36921/07, 14/06/2011, §§ 95-96.

¹⁸²¹ *Houtman ve Meeus/Belçika*, no.22945/07, 17/3/2009, § 43; *Wassink/Hollanda*, no. 12535/86, 27/09/1990, § 38.

¹⁸²² *Vachev/Bulgaristan*, no. 42987/98, 8/7/2004, § 78; *Somogyi/İtalya*, no. 67972/01, 18/05/2004, § 27; *Pantea/Romanya*, no. 33343/96, 3/06/2003, § 262; *N.C./İtalya* [BD], no. 24952/94, 18/12/2002, § 49.

¹⁸²³ *Nechiporuk ve Yonkalo/Ukrayna*, no. 42310/04, 21/4/2011, §§ 227, 229; *Yankov/Bulgaristan*, no. 39084/97, 11/12/2003, §§ 190-93.

tutuklunun salıverilecek olmasının kanıtlanmasına bağlı değildir.¹⁸²⁴ Yakalama veya tutuklama, iç hukukta kanuna uygun olmakla birlikte, 5. maddenin ihlaline yol açabilmektedir. Bu durumda, Sözleşme'nin 5(5) fıkrası uygulanabilir.¹⁸²⁵

C. Yargısal Yol Olma Gerekliliği

Sözleşme'nin 5(5) fıkrası çerçevesindeki var olması gereken tazminat yolunun *yargısal bir nitelikte* olması gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu tazminatın, bir mahkeme tarafından verilmesi ve hukuken bağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir.¹⁸²⁶ Dolayısıyla, kamu denetçiliği kurumuna (*ombudsman*) yapılan başvurular ya da hükümet tarafından “lütfe” yapılan ödemeler yeterli olmamaktadır. Sözleşme'nin 5(5) fıkrası, ulusal mahkemeler nezdinde, doğrudan ve yasal bir tazminat hakkını öngörmektedir.¹⁸²⁷

D. Tazminatın İcra Edilebilir Olması Gereği/Sağlanabilirliği

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1., 2., 3. veya 4. fıkralarına aykırı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişiye tazminat talebinde bulunma imkânının sağlanması halinde, 5. fıkra uyulmuş olacaktır.¹⁸²⁸

AİHM, *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* davasında, savunmacı hükümet, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline karar verdiği durumda Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının, “icrası kabil bir tazminat hakkı” verdiğini, ancak her durumda bir tazminat verilmesi yükümlülüğü dayatmadığını ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, ulusal mahkemelerin, İşleri Bakanı'nın, başvuruçuların “uluslararası terörist” olduklarından şüphelenmeye ilişkin ciddi gerekçeleri olduğuna ilişkin tespitinin, kural olarak,

¹⁸²⁴ *Blackstock/Birleşik Krallık*, no. 59512/00, 21/06/2005, § 51; *Waite/Birleşik Krallık*, no. 53236/99, 10/12/2002, § 73.

¹⁸²⁵ *Harkmann/Estonya*, no. 2192/03, 11/07/2006, § 50.

¹⁸²⁶ *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 11209/84 vd., 28/10/1988, § 67.

¹⁸²⁷ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, § 229; *Storck/Almanya*, no. 61603/00, 16/6/2005, § 122.

¹⁸²⁸ *Michalák/Slovakya*, no. 30157/03, 8/02/2011, § 204; *Lobanov/Rusya*, no. 15578/03, 14/02/2012, § 54.

bunların, tazminat isteme hakkını devre dışı bıraktığını da ileri sürmüştür. Ancak AİHM, başvuruçuların, somut başvuruda tespit edilmiş olan ihlaller için ulusal mahkemelerde, icrası kabil bir tazminat hakkından faydalanmamış olduklarını tespit ederek Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸²⁹

Başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesinin diğer fıkralarından biri ya da birkaçına ilişkin ihlal iddialarıyla birlikte 5. fıkranın ihlal edildiği yönünde bir iddiası mevcutsa bu iddianın da birlikte incelenmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının ihlal edildiğinin ile sürülebilmesi için başvuruçunun bu iddiasına ilişkin iç hukuk yoluna başvurarak bir tazminat talebinde bulunması beklenmemektedir.¹⁸³⁰

Ulusal mahkeme tarafından karar verilmeden önce veya verildikten sonra, yasal bir tazminat hakkının hâlihazırda mevcut olması gerekmektedir.¹⁸³¹ Nitekim *Stanev/Bulgaristan* davasında, AİHM'ce karar verilmeden önce, usulüne aykırı hürriyetten mahrumiyet için akıl hastası başvuruçunun bir tazminat hakkını öne sürebileceği veya bu kararın verilmesinden sonra, böyle bir hakkı öne sürebileceğinin ispatlanmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.¹⁸³² Bu açıdan Sözleşme'nin 5(5) fıkrasına uygun bir hukuk yolunun var olduğu gösterilebilmekte ise bu hüküm ihlal edilmemiş olacaktır.¹⁸³³

Tazminat hakkından yeterli kesinlik derecesiyle ve etkin bir şekilde faydalanılması sağlanmalıdır.¹⁸³⁴ Yani tazminat hakkının, hem teoride¹⁸³⁵ hem de

¹⁸²⁹ *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 51776/08, 29/11/2009, §§ 227, 229.

¹⁸³⁰ *Ciulla/İtalya* davasında muhalif yargıçlar öncelikle AİHM tarafından bir ihlal kararı verilmesi gerektiğini, ardından da bu ihlale ilişkin iç hukukta tazminat talep edilmesi ve bu talebin reddedilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir (*Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989).

¹⁸³¹ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, §§ 183-84.

¹⁸³² *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, §§ 183-84.

¹⁸³³ *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, §§ 43-45.

¹⁸³⁴ *Sakık ve Diğerleri*, no. 23878/94 vd., 26/11/1997, § 60; *Ciulla/İtalya*, no. 11152/84, 22/02/1989, § 44.

¹⁸³⁵ *Dubovik/Ukrayna*, no. 33210/07 ve 41866/08, 15/10/2009, § 74.

uygulamada¹⁸³⁶ mevcut olmalıdır. Ulusal makamlar, tazminat taleplerini değerlendirirken, iç hukuku, 5. madde çerçevesinde, fazla şekilciliğe yer vermeden yorumlamalı ve uygulamalıdır.¹⁸³⁷

Mekiye Demirci/Türkiye kararında AİHM, söz konusu tazminatın, ilgilinin “bir an önce” hâkim karşısına çıkarılıp çıkarılmadığı veya tutukluluğun yasaya aykırı olup olmadığı hakkında herhangi bir inceleme yapılmadan şahıs hakkında beraat ya da yasaya aykırı olarak gözaltı kararı verildiği iddiasıyla yapılan başvurularda verildiğini hatırlatmış ve söz konusu yargılamadaki şekli eksikliklerin Sözleşme’nin 5(5) fıkrasının gereklerini karşılamasına hükmetmiştir.¹⁸³⁸

Ulusal makamlarca Sözleşme’nin 5(1) – (4) fıkralarındaki hükümlerinden birinin veya bu hükümlere karşılık gelen bir iç hukuk hükmünün ihlal edildiği saptanmadığı takdirde tazminata da hükmedilmeyecektir. Ulusal makamların hukuka uygun buldukları bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirine karşı, tazminat talep etmenin başarıya ulaşması mümkün değildir. Ancak aynı özgürlükten yoksun bırakma tedbiri AİHM tarafından Sözleşme’ye aykırı bulunmuş ise, iç hukukta tazminat verilmemesi Sözleşme’nin 5(5) fıkrasının da ihlaline yol açar.¹⁸³⁹

Ayrıca ulusal hukukta Sözleşme’nin 5(1) – (4) fıkralarının ihlalinin doğan zararlar için bir tazminat yolunun bulunmaması durumunda Sözleşme’nin 5(5) fıkrası ihlal edilmiş olacak ve söz konusu bu ihlal için Sözleşme’nin 41. maddesi temelinde tazminat olanağı doğacaktır.¹⁸⁴⁰

¹⁸³⁶ *Chitayev ve Chitayev/Rusya*, no. 59334/00, 18/01/2007, § 195.

¹⁸³⁷ *Shulgin/Ukrayna*, no. 29912/05, 8/12/2011, § 65; *Houtman ve Meeus/Belçika*, no. 22945/07, 17/03/2009, § 46.

¹⁸³⁸ *Mekiye Demirci/Türkiye*, no. 17722/02, 23/04/2013, § 70. Bu konuda ayrıca bkz., *Saraçoğlu ve Diğerleri/Türkiye*, no. 4489/02, 29/11/2007, § 52; *Medeni Kavak/Türkiye*, no. 13723/02, 3/5/2007, § 34; *Sinan Tanrıkulu ve Diğerleri/Türkiye*, no. 50086/99, 3/5/2007, § 50.

¹⁸³⁹ *Sevgin ve İnce/Türkiye*, no. 46262/99, 20/09/2005, § 75.

¹⁸⁴⁰ Harris et al., 2013, s. 200; Doğru ve Nalbant, 2012, s. 411.

E. Tazminatın Niteliği

Tazminat hakkı, öncelikle maddi tazminata ilişkindir. Bu hak, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası kapsamında tutuklunun salıverilmesini sağlamaya yönelik değildir.¹⁸⁴¹

Tutuklulukta geçen sürenin, başka bir suç sebebiyle verilen para cezasından mahsup edilmesi, maddi olmayan niteliği sebebiyle, Sözleşme'nin 5(5) fıkrasının gerektirdiği anlamda bir tazminat teşkil etmez.¹⁸⁴²

F. Zararın Varlığı

Sözleşme'nin 5(5) fıkrası, ilgili şahsın ihlal sebebiyle uğradığı zararı kanıtlayabilmesine bağlı olarak tazminat verilmesine ilişkin bir yasak getirmemektedir. Dolayısıyla devlet, tazminat vermeden önce Sözleşme'nin 5. maddesinden doğan zararın delillendirilmesini talep edebilir. Ancak tazmin edilecek maddi veya manevi bir zararın olmadığı hallerde “tazminat” söz konusu olamaz.¹⁸⁴³

Bununla beraber, kanunsuz tutuklamadan kaynaklanan manevi zararın kanıtlanması istenirken uygulanan aşırı şekilciliğin, tazminat hakkına aykırılık oluşturabileceği unutulmamalıdır.¹⁸⁴⁴

Anayasa Mahkemesi de maddi tazminat taleplerine ilişkin olarak başvuru tarafında belge sunulmasını talep etmektedir. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için, başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tazminat talebi arasında illiyet bağı kurulması gerekir. Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvuru sahiplerinin maddi tazminat talebi reddedilmektedir.¹⁸⁴⁵

AYM içtihatlarına göre tazminat verilebilmesi için hem ihlal kararı verilmesi hem de başvuru tarafından tazminat talebinde bulunulmuş olması gerekmektedir.

¹⁸⁴¹ *Bozano/Fransa* (kk), no. 9990/82, 15/05/1984.

¹⁸⁴² *Włoch/Polonya* (no. 2), no. 33475/08, 10/3/2011, § 32.

¹⁸⁴³ *Wassink/Hollanda*, no. 12535/86, 27/09/1990, § 38.

¹⁸⁴⁴ *Danev/Bulgaristan*, no. 9411/05, 3/02/2009, §§ 34-35.

¹⁸⁴⁵ Birçok karar yanında bkz., AYM, B. No: 2013/2303, 21/11/2013, § 68.

AYM tarafından ihlal kararı verildiği ve başvuru da talepte bulunduğu takdirde, başvuru özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararı karşılığında somut olayın özelliklerini dikkate alarak başvurucuya takdiren manevi tazminat ödenmesine karar verilmektedir.¹⁸⁴⁶

G. Tazminatın Miktarı

Sözleşme'nin 5(5) fıkrası, başvuru verilmesi gereken tazminat için belirli bir miktar öngörmemiştir.¹⁸⁴⁷ Ödeme, *ex gratia*¹⁸⁴⁸ olarak yapılır. Bu konuda devletlerin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Ancak, ihlalin ağırlığıyla orantılı olmayan, önemsiz miktarda bir tazminat, Sözleşme'nin 5(5) fıkrasına aykırılık teşkil edecektir. Zira bu durum, söz konusu fıkra kapsamında güvence altına alınan hakkın teoride kalmasına ve aldatıcı olmasına sebep olacaktır.¹⁸⁴⁹

Ulusal hukukta verilecek tazminat miktarı, benzer davalarda AİHM tarafından hükmedilen miktardan *çok düşük* olamaz.¹⁸⁵⁰ Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 19(2) – (8) fıkralarından herhangi birinin ihlal edildiği durumlarda takdiren bir tazminata hükmedebilmektedir. Bu miktar Anayasa Mahkemesinin kendine mahsus gizli bir iç hesap tablosuna göre belirlenmektedir. Tazminat miktarları benzer davalarda AİHM tarafından verilen tazminat miktarından daha düşük olmakla birlikte AİHM tarafından kabul gören sınırlar içinde kalmaktadır.

¹⁸⁴⁶ Birçok karar yanında bkz., AYM, B. No: 2013/2303, 21/11/2013, § 69.

¹⁸⁴⁷ *Damian-Burueana ve Damian/Romanya*, no. 6773/02, 26/05/2009, § 89; *Şahin Çağdaş/Türkiye*, no. 28137/02, 11/04/2006, § 34.

¹⁸⁴⁸ “Ex gratia”: İyi niyet çerçevesinde yapılan [yazarın notu]. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ilişkin kararlarında verilen tazminatların “takdiren” verildiği ifade edilmektedir.

¹⁸⁴⁹ *Cumber/Birleşik Krallık*, no. 28779/95, 27/11/1996; *Attard/Malta* (kk), no. 46750/99, 28/09/2000.

¹⁸⁵⁰ *Ganea/Moldova*, no. 2474/06, 17/05/2011, § 30; *Cristina Boicenco/Moldova*, no. 25688/09, 27/09/2011, § 43.

VII. ALIKONMANIN YAKINLARINA BİLDİRİLMESİ HAKKI

Sözleşme'nin 5. maddesinde yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakınlarına haber verilmesi biçiminde açık bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşme'nin 5(2) fıkrasında yakalanan herkesin, yakalanma nedenleri ve kendilerine yöneltilen her türlü suçlama konusunda en kısa sürede ve anladığı bir dilde derhal bilgilendirileceği belirtilmesine karşın, konu hakkında kişinin yakınlarına haber verilmesi yükümlülüğü öngörülmemiştir. Bununla birlikte AİHM içtihatları yoluyla yakalanan kişilerin yakınlarına haber verilmesine yönelik bir hak tanınmıştır.¹⁸⁵¹

Sözleşme metninde yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakınlarına haber verilmesi biçiminde bir hak mevcut olmamasına karşın Anayasanın 19(6) fıkrasında “[k]işinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir” hükmüne yer verilmiştir. Madde gerekçesinde ise bu konuya ilişkin olarak hürriyetleri kısıtlanan sanığın durumundan yakınlarına bilgi verilmesinin “insani” bir işlem olduğu ifade edilmiştir.¹⁸⁵²

Yakalanan veya gözaltına alınanın durumunun yakınlarına bildirilmesi hususu CMK'nın 95. maddesinde de, şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir, yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir şeklinde düzenlemeye tabi tutulmuştur.¹⁸⁵³

¹⁸⁵¹ Aksoy/Türkiye, no. 21987/93, 18/12/1996, § 82.

¹⁸⁵² Anayasa'nın 19. maddesinin gerekçesi için bkz., https://yenanayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_ana_yasasi.pdf (erişim, 4/6/2013), s. 33.

¹⁸⁵³ Bkz., 5271 sayılı CMK, K.T. 4/12/2004, R.G. 17/12/2004 (Sayı: 25673).

VIII. DEVLETİN GENEL VE BİREYSEL TEDBİRLER ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşme'nin 46. maddesine göre, Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda AİHM'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmişlerdir. AİHM'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir. Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili tarafın birinci fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini AİHM'ye intikal ettirebilir. AİHM de birinci fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alınacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. AİHM, eğer birinci fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.¹⁸⁵⁴

Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Sözleşme'ye taraf devletlerin, kendilerinin taraf oldukları davalar hakkında, AİHM'nin verdiği nihai kararlara uymayı taahhüt ettiklerini deklare etmektedirler. Buna göre, Sözleşme'nin ya da eki Protokoller'in ihlal edilmesinden sorumlu olan savunmacı devlet, sadece, ilgililere, adil tazmin olarak belirlenen tazminatı ödemekle değil aynı zamanda, Bakanlar Komitesinin denetimi altında, kendi hukuki düzeninde, AİHM'nin tespit ettiği ihlale son vermek ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için genel veya bireysel tedbirler almakla yükümlüdür.¹⁸⁵⁵ Bakanlar Komitesi'nin denetiminde, Sözleşme'nin 46. maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirebilmek için hukuk düzeninde kullanacağı araçların seçiminin, ilk olarak

¹⁸⁵⁴ Sözleşme'nin 46. maddesinin çevirisi için bkz., http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (erişim, 3/6/2013).

¹⁸⁵⁵ *Scozzari ve Giunta/İtalya* [BD], no. 39221/98 ve 41963/98, 13/07/2000, § 249; *Maestri/İtalya* [BD], no. 39748/98, 17/02/2004, § 47.

devlete aittir.¹⁸⁵⁶ Bununla birlikte, savunmacı devletin, 46. madde bağlamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardım edebilmek için, AİHM, tespit edilen duruma son vermek için alınabilecek olan genel veya bireysel tedbirleri belirleyebilir.¹⁸⁵⁷

Benzer düzenlemeler 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinde de yer almaktadır. Madde metnine göre, esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verileceği, ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmektedir. Maddeye göre ayrıca, tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderileceği, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebileceği veya genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilebileceği ifade edildikten sonra yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vereceği belirtilmiştir.¹⁸⁵⁸

Stanev/Bulgaristan AİHM, 5. maddeye ilişkin olarak tespit ettiği ihlal konusunda, söz konusu kararın icra edilmesi için bireysel tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, hürriyetin kısıtlanmasına, tutmanın “yasaya uygunluk koşulu”nu sağlamaması ve Sözleşme’nin 5(1)(e) bendine göre gerekli olmamasından dolayı ihlal kararı vermiştir. AİHM, sağlık kurumuna yerleştirmeyi gerektiren sorunların ve aksaklıkların ortaya çıkarılması ve kontrol edilmesine ilişkin eksiklikler olduğunu tespit etmiştir.¹⁸⁵⁹

¹⁸⁵⁶ *Scozzari ve Giunta/İtalya* [BD], no. 39221/98 ve 41963/98, 13/07/2000, § 20; *Öcalan/Türkiye* [BD], no. 46221/99, 12/5/2005, § 210.

¹⁸⁵⁷ *Broniowski/Polonya* [BD], no.31443/96, 22/06/2004, § 194; *Scoppola/İtalya* (no.2) [BD], no.10249/03, 17/09/2009, § 148.

¹⁸⁵⁸ Bkz., 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, K.T. 30/3/2011, R.G. 3/4/2011 (Sayı: 27894).

¹⁸⁵⁹ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 256.

AİHM, başvurunun haklarının ihlal edilmesinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için, resmi makamların, başvurunun, söz konusu bakımevinde kalmak isteyip istemediğini kontrol etmeleri gerektiğini, eğer başvurunun bu yerleştirmeye rızasının olduğu anlaşılırsa, işbu kararın hiçbir unsurunun başvurunun bakımevinde ya da akıl hastalarının kaldığı başka bir bakımevinde tutulmasına engel olarak görülmemesi gerektiğini, sonuç olarak başvurunun itiraz etmesi halinde gecikmeden ve işbu kararın sonuçları ışığında başvurunun durumunu yeniden inceleme görevinin resmi makamlara ait olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁶⁰

Altınok/Türkiye kararında da AİHM, Sözleşme veya eki Protokol’ler ile ilgili bir ihlal saptayan bir kararın sadece adil tazmine (*just satisfaction*) ilişkin verilecek miktarları ilgililere ödemek konusunda değil aynı zamanda AİHM tarafından tespit edilen ihlale bir son vermek amacıyla Bakanlar Komitesinin kontrolü altında iç hukuk düzeninde kabul edilecek genel önlemler ve/veya eğer gerekirse bireysel önlemleri seçme konusunda davalı devlete bir hukuki sorumluluk yüklediğini hatırlatmıştır.¹⁸⁶¹

AİHM, somut olayda, Sözleşme’nin 5(4) ve 5(5) fıkralarında güvence altına alındığı üzere başvurunun tutukluluğunun devamına itiraz etmesi ve bu konuda tazminat talep etmesi için etkili bir hukuk yoluna sahip olması hakkının ihlal edilmesinin “yapısal bir sorundan” kaynaklandığını tespit etmiştir. Sözleşme’nin 5(4) fıkrası bakımından bu yapısal sorun, itiraz başvurusunun incelenmesi sırasında tutukluya veya avukatına cumhuriyet savcısının görüşünün tebliğ edilmemesi hususundan kaynaklanmaktadır. Sözleşme’nin 5(5) fıkrası açısından ise yapısal sorun, bir tazminat elde etme yolunun bulunmamasından kaynaklanmaktadır.¹⁸⁶²

¹⁸⁶⁰ *Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, 17/1/2012, § 257.

¹⁸⁶¹ *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 71.

¹⁸⁶² *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 72.

AİHM, mevcut davada ayrıca, Sözleşme'nin ihlaliyle sonuçlanan kararlara yer verebilecek ve benzer şikâyetlere dayanan üç yüze yakın başvurunun önünde beklediğini hatırlatarak, mevcut davada ortaya çıkan iç hukuktaki eksikliklerin gelecekte birçok yeni başvuruya sebep olabileceği belirtmiş ve bu noktada, Sözleşme bakımından devletin sorumluluğu konusunda geçmişteki veya mevcut durum nedeniyle ağırlaştırıcı bir etkenin bulunduğunu ifade etmiştir.¹⁸⁶³

AİHM, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca davalı devletin hukuki yükümlülüğünü yerine getirme hususundaki olanakları seçme konusunda Bakanlar Komitesinin gözetiminde altında özgür olduğunu ancak, bu olanakların kararda yer alan görüşlerle bağdaşması gerektiğini dile getirmiştir. Buna ek olarak AİHM, Sözleşme ile düzenlenen mekanizmanın etkinliğini güvence altına almaya yönelik önlemlerle ilgili olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Res(2004)3 sayılı ara kararına¹⁸⁶⁴ ve Rec(2004)6 sayılı tavsiye kararına¹⁸⁶⁵ atıf yaparak, mevcut kararın infazı çerçevesinde ulusal düzeyde genel önlemlerin kabul edilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁶⁶

Cahit Demirel/Türkiye kararında AİHM, 1 Ocak 2009 tarihine kadar, Türkiye aleyhine kesinleşmiş, başvuruçuların tutuklu yargılanma sürelerinin uzunluğunun temel hukuki sorunu teşkil ettiği ve Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlalinin tespit edildiği altmış sekiz adet karar bulunduğunu, Türkiye aleyhindeki bazı kararlarda, başvuruçuların tutukluluklarının yasaya uygunluğuna ilişkin olarak başvurabilecekleri gerçek anlamda

¹⁸⁶³ *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 73.

¹⁸⁶⁴ Council of Europe/Committee of Ministers, *Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem* (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session). https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=74_3257&Lang=fr (erişim, 8/5/2014).

¹⁸⁶⁵ Council of Europe/Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies* (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session). <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743317> (erişim, 5/7/2013).

¹⁸⁶⁶ *Altınok/Türkiye*, no. 31610/08, 29/11/2011, § 74. Aynı yönde bkz., *Pulatlı/Türkiye*, no. 38665/07, 26/4/2011 (Askeri disiplin cezalarına ilişkin olarak).

çekişmeli olan veya makul oranda başarı ihtimali sunan bir iç hukuk yolunun mevcut olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(4) fıkrasının ihlalini de tespit etmiş olduğunu, ayrıca Türkiye aleyhine yapılmış başvurucların tutukluluklarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 5(3) veya 5(4) maddelerinin ihlalini iddia ettiği 140'tan fazla başvurunun halen incelenmekte olduğunu ifade etmiştir.¹⁸⁶⁷

Bununla birlikte AİHM, Türkiye aleyhine Sözleşme'nin 5(3) fıkrasının ihlaline hükmettiği kararlarının neredeyse tümünde, yerel mahkemelerin “suçun niteliğini, delillerin durumunu ve dava dosyasının içeriğini göz önünde bulundurarak” gibi aynı kalıplaşmış ifadeleri kullanarak başvurucların tutukluluklarının uzatılmasına karar verdiğini, ulusal mahkemelerin ülkeden çıkma yasağı ve kefaletle salıverme gibi Türk kanunlarının öngördüğü, tutukluluğun devamının dışındaki önleyici tedbirlerin uygulanmasını göz önünde bulundurmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla, AİHM, somut davada tespit edilen Sözleşme'nin 5(3) ve 5(4) fıkralarının ihlalinin, Türk ceza hukuku sisteminin yanlış işlemesinden ve Türk mevzuatının durumundan doğan yaygın ve sistematik sorunlardan kaynaklandığını değerlendirmiştir.¹⁸⁶⁸

Bu bağlamda, AİHM'nin ihlal tespitinde bulunması durumunda, davalı devletin Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, sadece 41. madde uyarınca hükmedilen hakkaniyete uygun tazminatı ilgili kişilere ödemek yönünde değil, aynı zamanda AİHM tarafından tespit edilen ihlale son vermek ve zararları mümkün olduğunca telafi etmek amacıyla, Bakanlar Komitesinin denetimine tabi olarak, iç hukuk sisteminde kabul edeceği genel ve/veya uygun olduğu ölçüde, bireysel tedbirleri belirlemek yönünde bir yasal yükümlülüğü olduğu yinelemiştir. AİHM, davalı devletin, Bakanlar Komitesinin denetimine tabi olarak, Sözleşme'nin 46. maddesinde öngörülen yasal yükümlülüğünü yerine getirmede –AİHM'nin kararında ortaya konan sonuçlarla uyumlu olması

¹⁸⁶⁷ Cahit Demirel/Türkiye, no. 18623/03, 7/07/2009, § 44.

¹⁸⁶⁸ Cahit Demirel/Türkiye, no. 18623/03, 7/07/2009, §§ 45-46.

şartıyla– kullanacağı yolları seçmekte serbest olduğunu, özgürlük ve güvenlik hakkının, Sözleşme’nin 5(3) ve 5(4) fıkralarında ortaya konan güvencelerle uyumlu olarak, etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla, mevcut kararın infazında ulusal düzeyde genel tedbirlerin alınması gerektiği ifade etmiştir.¹⁸⁶⁹

Del Rio Prada/İspanya davasında AİHM Sözleşme’nin 5. ve 7. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, belirli durumlarda, bulunan ihlalin niteliği, ihlali gidermek için gereken tedbirler bakımından hiçbir gerçek seçim bırakmayacak nitelikte olabileceğine değinmiş ve özel bir tedbiri belirtmeye karar verebileceğini belirterek,¹⁸⁷⁰ Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca, ihlalin bir an önce sonlandırılabilmesi için savunmacı devletin başvurucuyu bir an önce serbest bırakması gerektiğine karar vermiştir.¹⁸⁷¹

¹⁸⁶⁹ *Cahit Demirel/Türkiye*, no. 18623/03, 7/07/2009, § 47.

¹⁸⁷⁰ *Del Rio Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, 21/10/2013, § 138; *Oleksandr Volkov/Ukrayna*, no. 21722/11, 9/01/2013, § 195; *Fatullayev/Azərbaycan*, no. 40984/07, 22/4/2010, §§ 176-77; *Alexanian/Rusya*, no. 46468/06, 22/12/2008, §§ 239-40.

¹⁸⁷¹ *Del Rio Prada/İspanya* [BD], no. 42750/09, 21/10/2013, § 139. Aynı yönde bkz., *Gatt/Malta*, no. 28221/08, 27/07/2010, § 59.

SONUÇ

İnsanlığın düşünsel yapısında gerçekleşen önemli değişim ve gelişimler sonrasında tüm insanların, konumları ne olursa olsun, vazgeçilemez ve devredilemez bazı haklara sahip olduğu ve bu haklardan herhangi bir ayırımcılığa maruz kalmadan yararlanmaları gerektiği hususu çağımızda genel kabul gören bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda insan haklarının etkili mekanizmalar yoluyla korunması ve geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır.

II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkisi, parlamentonun mutlak üstünlüğü ilkesinin bir yanılısına olduğu ve savaş öncesi siyasal krizin de kısmen bundan kaynaklandığına dair düşünceleri pekiştirmiştir. Kıta Avrupası'nda parlamento krizinin aşılması için bulunan çözüm, parlamentonun işlemlerinin denetlenmesi, düzenin temel değerlerini yansıtan anayasanın bir ölçü-norm olarak kabulü ve bu denetimin bağımsız bir organ tarafından yapılması şeklinde ortaya çıkmıştır. Temel hakların, birçok koruma mekanizmasını yanında, kurumsal olarak anayasa yargısı yoluyla korunması esas olarak Kıta Avrupası'nın hukuk dünyasına bir armağanıdır.

Temel hak ve özgürlükler, anayasal sınırlar içinde hareket eden devletin, hukuk düzenine ilişkin değer tercihlerini yansıtmaktadırlar. Temel hak ve özgürlüklerin kapsamı ve sınırları, bir yandan bireylere ait hak ve özgürlükler ile bireylerin kendi benliklerini gerçekleştirme alanlarını diğer yandan da devletin anayasal organlarının hareket alanının sınırlarını belirlemektedir.

Anayasa yargısının temel hak ve özgürlükleri korunma işlevi ilk dönemler itibarıyla kurum güvencesi olarak ele alınmıştır. Bu yaklaşımın sonucu olarak da temel hakların süjesi olan bireyler, anayasa yargısının öznesi olarak kabul edilmemiş, sadece anayasa yargısının dolaylı etkilerinden yararlanabilmişlerdir.

Ancak değişen ve gelişen dünya koşulları ile birlikte temel hak ve özgürlüklerin anayasa yargısı yoluyla doğrudan korunması fonksiyonu ortaya çıkmaya başlamıştır. Anayasa yargısının bireysel hakları koruma işlevi özellikle bireysel başvuru yolunun ülkelerin ulusal hukuklarında bir hak arama mekanizması olarak kabul edilmesiyle birlikte önem kazanmaya başlamıştır. Bu bakımdan bireysel başvuru yolunun, anayasa

yargısının temel hakları koruma konusunda elde ettiği gelişmişlik seviyesinin ve insan haklarının etkili korunması idealinin günümüzde ulaştığı son nokta olduğunu söylemek mümkündür.

Yaşanan hak ihlallerindeki artışların, devletleri temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması amacıyla önlemler almaya zorlaması günümüzde yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletlerce hak ve özgürlüklerin etkili korunması amacıyla bulunan çözüm genellikle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiklerine ilişkin iddiaların anayasa mahkemeleri önünde ileri sürülebilmesi olmuştur.

Bu çerçevede ülkemizde de önemli adımların atıldığı görülmektedir. Bu konudaki en önemli çabanın, 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12/9/2010 tarihinde yapılan referandumla kabul edilmesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının hukuk sistemimizde tanınması olduğunu söylemek mümkündür. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1(8) fıkrasında öngörülen geçiş sürecini müteakiben 23/12/2012 tarihi itibarıyla herkes Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AIHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilme imkânına kavuşmuştur. Bireysel başvuru yolunun tanınmış olması, ülkemizde insan hak ve hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesi açısından son derece büyük öneme sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

Bireysel başvuru yoluyla Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan birçok hakkın ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesine ihlal edildiği iddiasıyla başvurulabilecek haklardan en önemlilerinden biri de "özgürlük ve güvenlik hakkı"dır. Özgürlük ve güvenlik hakkı, farklı ülkelerde, yargı organlarının içtihatları, yasal düzenlemeler ve ülkelerin koşullarının da etkisiyle farklı biçimlerde tanımlanabilmektedir. Her ne sebeple olursa olsun bireyin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı ilk kısıtlama anından başlayıp özgürlük kısıtlamasının son bulmasına kadar geçen süre içerisindeki her bir unsur özgürlük ve güvenlik hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Özgürlük ve

güvenlik hakkı, en genel ifadesiyle, bireyin fiziki olarak yer değiştirme konusunda serbest olması ve belirli bir yasal gerekçe olmaksızın tutulamaması ve kısıtlanamaması anlamına gelmektedir. Bireyin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakıldığı tüm durumlar, insan hakları hukuku açısından derinlemesine bir incelemeyi hak etmektedir.

Özgürlük ve güvenlik hakkı Sözleşme ve Anayasa açısından hiçbir suretle kısıtlanması mümkün olmayan çekirdek haklar kategorisinde yer almamaktadır. Ancak AİHM ve Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili içtihatları incelendiğinde, bu hakka çok büyük önem atfedildiğı ve bu hakkın çekirdek haklara olan benzerliğine vurgu yapıldığı görülebilir.

Kişi özgürlüğünün doğal bir sonucu olan kişi güvenliğı ise, kişinin keyfi tutuklama, yakalama, gözaltına alma ve cezalandırma işlemleri ile karşılaşmaması ve bu şekilde hareket özgürlüğünün kısıtlanamamasını ifade etmektedir. Kişi güvenliğı esas olarak, bireyin bedensel olarak hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olmasını, bedensel bütünlüğünün her türlü keyfi müdahaleye karşı korunmasını ve kişinin kendisini güven içinde hissetmesinin sağlanmasını gerektirir.

Kişi güvenliğini ayrıca, bireyin haksız olarak tutulmaması, gizli yargılanmaması, mallarının zorla elinden alınmaması, ona eziyet ve işkence yapılmaması gibi bazı güvenceleri de içerir. Bu güvenceler bireye, özgürlüğünün hukuki olarak teminat altına alınması bakımından da bir hak sunmaktadır. Güvenlik ilkesi, kişiyi keyfi cezalandırma ve tutuklamadan koruma anlamına gelmekte olup, bir kimsenin suç islemedikçe tutuklanamayacağına, herhangi bir kamu görevlisi tarafından kanunsuz olarak rahatsız edilmeyeceğine ve özgürlüğüne gereksiz yere müdahale edilemeyeceğine duyulan inançtır.

Her ne kadar Anayasa'nın 19. ve AİHS'nin 5. maddelerinde kişinin özgürlüğü yanında güvenliğı de güvence altına alınmışsa da güvenlik hakkının gerçek anlamda bağımsız bir varlığının bulunmadığını ifade etmek gerekir. Benzersiz bir hak olan özgürlük ve güvenlik hakkının, özgürlük ve güvenlik ayrımına gidilmeksizin bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Zira birbirini tamamlayan haklar olarak kişi özgürlüğü ve

güvenliği hakkında yer alan “özgürlük” ve “güvenlik” kavramlarının birlikte kullanılmalarının özel bir anlamı bulunmaktadır.

Özgürlük hakkı, herkesin genel olarak faydalanması gereken bir hak olmakla birlikte özgürlükten mahrumiyet sonucunu doğuran uygulamalar; aile hayatı ve özel hayat hakkı, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilmektedir.

Kişi özgürlüğünün hayata geçirilmesi ve korunmasına ilişkin hükümler, önemleri sebebiyle tüm insan hakları bildirileri ve bunları takip eden ulusal anayasaların temel hükümlerinden birini olagelmışlerdir. Ulusal hukukumuzda da bu hakkın korunmasına dair Anayasal ve yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Ülkemizde, özgürlük ve güvenlik hakkına ilk olarak Tanzimat dönemi modernleşme çabalarından biri olarak sayılabilecek olan 1839 yılında Gülhane Hattı Hümayunu’nda yer verildiği görülmektedir. Devam eden süreçte özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin birçok düzenleme yapılmış ve son olarak bu hak 1961 ve 1982 Anayasalarında anayasal güvence altına alınmıştır.

Özellikle AIHM’nin Türkiye hakkında verdiği ihlal kararları neticesinde, özgürlük ve güvenlik hakkının daha etkin bir şekilde korunmasını sağlayacak önlemlerin alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır. AIHM’nin bugüne kadar özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine ilişkin verdiği 1.750 civarındaki ihlal kararının yaklaşık 370 tanesinin Türkiye aleyhine olmasının bunda önemli bir etkisi bulunmaktadır.

Kişilerin yaşamlarını, keyfi bir biçimde yakalanma, tutuklanma ya da herhangi bir şekilde hareket özgürlüğünden mahrum bırakılma risklerine karşı güven içinde sürdürebilmelerini sağlayan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların önüne geçmek ve bu hakkın etkili bir şekilde güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla ulusal hukukumuzda, AIHM’nin ihlal kararları doğrultusunda, mevzuattan kaynaklanan ihlal sebeplerini ortadan kaldırmaya yönelik bazı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.

Anayasa'nın 19. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikler ile uluslararası normlara uyumlu olmayan gözaltı süreleri kısaltılmış, kişinin yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına derhal bildirileceği hususu hükme bağlanmış ve kişinin özgürlüğünden haksız olarak mahrum bırakılması halinde tazminat hakkının daha etkin bir şekilde kullanmasının yolu açılmıştır. Özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin temel düzenlemelerden bir diğeri olan CMK'da da en sonu 2014 yılında olmak üzere kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren birçok değişiklik yapılmıştır.

Ulusal düzenlemelerde kişinin özgürlüğünü kısıtlayan işlemlerin öncelikle hâkim kararına dayanması prensibi kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra suç işlediği şüphesi altında olan kişilerin özgürlüğünün kısıtlanması cumhuriyet savcısının denetimine tabi tutulmuştur. Bazı suçlar veya olağanüstü haller hariç gözaltı süreleri kısaltılmış ve gözaltı sürelerinin uzatılması hâkim kararına tabi tutulmuştur. Kayıt dışı gözaltı veya gözaltında kayıpları önlemeye yönelik yeni düzenlemeler getirilmiş ve nezarethanelerin denetimi cumhuriyet savcılarına verilmiştir.

Kişilerin makul olmayan süreler boyunca tutuklu kalmalarının önlenmesi amacıyla CMK'da azami tutukluluk süreleri öngörülmüştür. Gerek mahkûmiyet kararlarının, gerekse özgürlüğü kısıtlayan karar ve işlemlerin gerekçeli olmasını sağlamak üzere daha açık düzenlemelere yer verilmiştir. Kayıt dışı ve keyfî uygulamaların ortadan kaldırılmasına yönelik, kamu görevlilerinin daha kısa sürede yargılanmasını sağlamak amacıyla değişiklikler yapılmış ve insan haklarını ihlal eden kamu görevlilerine, ödenen tazminatların, rücu edilmesi kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile AİHS'nin 5. maddesinde yer alan düzenlemelerin gerek sistematik gerekse içerik bakımından –bazı farklılıklar bulunmakla beraber– büyük oranda uyumlu olduğu görülmektedir. Hakkın Anayasa'daki düzenleniş biçimi ve içeriği, Anayasa'nın büyük oranda AİHS ile uyumlu bir biçimde yorumlanmasına olanak tanımaktadır. Anayasa Mahkemesince özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında bugüne kadar verilen kararlara bakıldığında da Anayasa'nın AİHS ile uyumlu olarak yorumlandığı görülmektedir.

AIHM içtihatlarında Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında tüm unsurların ayrıntılı bir biçimde incelendiğini görmek mümkündür. Anayasa'nın 19. maddesi çerçevesinde Anayasa Mahkemesine bugüne kadar yapılan başvurular bakımından da özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından birçok konunun irdelendiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin, verdiği kararlarda genel olarak AIHM'nin aynı konudaki yaklaşımlarını takip ettiğini söylemek mümkündür. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin bundan sonra da henüz karar vermediği alanlarda da AIHM içtihatlarını takip edeceği öngörülebilir.

AIHS ve Anayasa büyük ölçüde yorum yoluyla uyumlu uygulanabilecek nitelikte olmakla birlikte AIHS ve Anayasa açısından yorum yoluyla giderilmesi daha güç olan bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Bu anlamdaki ilk farklılık Anayasanın 38. maddesindeki “Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni” ifadesi doğrultusunda idarenin hürriyeti bağlayıcı ceza verebileceğine ilişkin düzenlemedir. Bu düzenleme Sözleşme ile açık bir uyumsuzluk doğurmaktadır ve Anayasa değişikliği yapılmadan bu uyumsuzluğun tamamen giderilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak Anayasa'nın 13., 19. ve 38. maddelerinin birlikte değerlendirilerek istisnanın kapsamının bir ölçüde daraltılması ve uyumsuzluğun kısmen ortadan kaldırılması olanaklıdır.

Anayasa ve Sözleşme açısından ikinci önemli farklılık ise yakalanan ve tutuklanan kişilere bu tedbirlere başvurulmasının nedenleri ve haklarındaki iddiaların bildirilmesi hakkı ile ilgilidir. Toplu olarak işlenen suçlarla ilgili olarak Anayasa'da “en geç hâkim huzuruna çıkarılınca kadar” ifadesi bilgilendirme yapılacağı ifade edilmiştir. Bu durum Sözleşme'ye açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Bu iki düzenleme dışında, AIHS metni ve AIHM standartlarına uyum sağlanmasının önünde bir engel bulunmadığını söylemek mümkündür.

Mutlak nitelikte bir hak olmayan özgürlük ve güvenlik hakkının hangi sebeplerle kısıtlanabileceğine ilişkin düzenlemenin Anayasa'da yer alması bu hakka atfedilen önemin bir göstergesidir. Gerek Anayasa gerekse AIHS'de tüketici bir biçimde sayılan sınırlama nedenlerinin yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. AIHM'nin, kurulduğu günden bu yana özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili içtihat külliyatı incelendiğinde söz konusu sınırlama nedenlerini oldukça dar yorumladığını görmek

mümkündür. Benzer bir yaklaşımın bugüne kadar verdiği kararlar incelendiğinde Anayasa Mahkemesi tarafından da takip edildiği açık bir şekilde görülebilir.

Bu yaklaşımın en önemli sonuçlarından biri, ülkemizin uzun yıllardır devam edegelen ve kronik bir hale gelmiş olan özgürlükler alanındaki sorunlarına etkili bir çözüm getirmesi/getirecek olmasıdır. Anayasa Mahkemesince özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin olarak verilen kararlar sadece söz konusu bireysel başvuruyu Mahkeme önünde ileri süren birey/bireyler bakımından etki oluşturmamaktadır. Bu kararların, ülke çapında benzer hak ihlali iddialarının önlenmesi ve azaltılması bakımından da bazı düzeltici etkileri görülmeye başlanmıştır. Bu açıdan bireysel başvurular sonucunda ortaya konulan özgürlük temelli içtihatlar, insan hakları alanında gelecekte yaşanacak olumlu gelişmelerin habercisi niteliğindedir.

Özgürlük ve güvenlik hakkı birçok farklı alt kategoriye içermekte ise de, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin verdiği kararların büyük çoğunluğunun tutukluluk süresinin uzunluğu, tutukluluğun yasal dayanağı ve tutukluluğa itiraz konularına ilişkin olduğunu gözlemlemek mümkündür. Ancak nispeten yeni ve daha önce incelenmemiş konuları içeren başvuruların da Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin önüne gittiği görülmektedir. Örneğin sığınmacıların havaalanının transit bölgelerinde bekletilmelerini, HIV virüsü taşıyanları, terör olaylarına karışanları, alkolikleri, serserileri, vb. konu alan başvuruların Anayasa Mahkemesi ve AİHM önüne gittiğini görülmektedir.

Özellikle AİHS metni bir bütün olarak incelendiğinde, taraf devletlerin amacının sadece keyfi tutmayı yasaklamak değil, bireyin tutulabileceği durumları da belirlemek olduğu da görülmektedir. Bu amaç bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Anayasa ve Sözleşme'de yer alan tutma sebepleri bir liste halinde sayılsa ve belli bir oranda netlik gösterse de, bu tutma sebeplerinin, tutma sebebi olabilecek tüm durumları kapsamadığı görülmektedir. Bu eksikliğin Mahkemelerin içtihatları yoluyla nasıl aşılabacağı ilerleyen süreç içerisinde görülecektir.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe, Jean-François. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler* [Concil of Europe, İnsan Hakları El Kitapları, No:7], 2008. http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_Kapsaminda_Positif_Yukumlulukler.pdf (erişim, 26/8/2013).
- Akıllıoğlu, Tekin. “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, 1(2-3), 1991, s. 39-42. http://ihm.politics.ankara.edu.tr/ihm_d/12/06.pdf (erişim, 3/6/2013).
- Akıllıoğlu, Tekin. “Temel Hakların Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *AÜSBFD*, 44(1-2), 1989. <http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/44/1/tekinakillioglu.pdf> (erişim, 30/5/2013).
- Akın, İlhan. *Kamu Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara, Seçkin Yay., 2007.
- Algan, Bülent. “İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu” içinde *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara, AÜHF Yay. (No:316), 2011, s. 1-36.
- Aliyev, Cabir. *Anayasa Şikayeti*, İstanbul, Beta Yay., 2010.
- Alpkaya, Gökçen. “Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri”, *İnsan Hakları Yıllığı (TODAİE)*, 12, 1990, s. 167-182. yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDUwMDQ4MDQ4MDU0MDQ5 (erişim, 29/5/2013).
- Altınkök, Serhat. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk İç Hukukunda Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Hizmet içi Eğitim Yayınları (No. 1), 2012.
- Altınkök, Serhat. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 35 § 3 (b) Maddesinde Yer Alan Yeni Kabul Edilebilirlik Ölçütü: ‘Önemli Zarar’”, *AÜHFD*, 62(2), 2013, s. 349-405.
- Armağan, Servet. “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 7, 1971, s. 53-75. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmukayese/article/view/9295/8638> (erişim, 24/6/2013).
- Aydın, Öykü Dikmen. “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *GÜHFD*, 15(4), 2011, s. 121-70.

- Azrak, Ülkü. “Türk Anayasa Mahkemesi”, *İÜHF*, 28, 1962, s. 649-700. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/view/5118/4657> (erişim, 24/6/2013).
- Baamonde, Maria Emilia Casas. “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 101-10.
- Balta, Tahsin Bekir. “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, *AÜHFD*, 18 (1-4), 1961, s. 547-65. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1961-18-01-04/AUHF-1961-18-01-04-Balta.pdf> (erişim, 24/6/2013).
- Başlar, Kemal. “Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma”, *Demokrasi Platformu*, 2, 2005, s. 87-112. www.anayasa.gen.tr/baslar-yenidenyapilanma.htm (erişim, 12/2/2014)
- Batum, Süheyl. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay. (No: 3761), 1993.
- Bleichrodt, Edwin. “Right to Liberty and Security” içinde *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, eds. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn ve Leo Zwaak, 4th edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s. 455-509.
- Bozkurt, Enver. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Asil Yay., 2006.
- Council of Europe/Committee of Ministers, *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies* (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session). <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743317> (erişim, 5/7/2013).
- Council of Europe/Committee of Ministers, *Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem* (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session). <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Lang=fr> (erişim, 8/5/2014).
- Colliard, Claude-Albert. *Libertés Publiques*, Paris, 1959.
- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, March 2011 [Practical Guide on Admissibility Criteria]. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf (erişim, 15/7/2013).

- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 Right to Liberty and Security Article 5 of the Convention*, June 2012 [Guide on Article 5] http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf (erişim, 1/5/2013).
- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Press Release*, 147(2013), 14/5/2013. <http://hudoc.echr.coe.int>. (erişim, 1/7/2013).
- Cornu, Gerard. *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000.
- Çakıroğlu, Mehmet. “Türk Anayasa Hukuku’nda Kişi Hürriyeti ve Güvenliği”, Y. Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.
- Çavuşoğlu, Naz. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları (Özel Dizi no:1), 1994.
- Çelik, Edip. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 9 (1-3), 1988, s. 47-56. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukidare/article/view/2577>(erişim, 8/7/2013).
- Çelikkan, Sevtap. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzdaki Yeri”, Y. Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi, 2004.
- Dal, Kemal. *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Bilim Yay., 1986.
- Demirbaş, Timur. “Kişi Güvenliği”, *İÜHFM*, Özel sayı 1-4, 1977, s. 149-72. <http://www.journals.istanbul.edu.tr/mwginternal/de5fs23hu73ds/progress?id=C8FokXZA6m> (erişim, 14/7/2013).
- Demirbaş, Timur. *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir, DEÜHFY, 1996.
- Doğru, Osman. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, 17, 2000, s. 196-224.
- Doğru, Osman. “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu* (26-27 Eylül 2003), TBB, Ankara, 2004, s. 181-287. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan-haklari-avrupa-sozlesmesi-ve-adli-yargi.pdf> (erişim, 26/8/2013).
- Doğru, Osman. *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme Tüzüğü*, İstanbul, XII Levha Yay., 2010.

- Doğru, Osman. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul, Legal Yay., 2012.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar* [Council of Europe, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi], cilt I, Ankara, Şen Matbaa, 2012.
- Donnelly, Jack. *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Ankara, Yetkin Yay., 1995.
- Döner, Ayhan. *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2003.
- Dörr, Dieter. *Die Verfassungsbeschwerde in der Prozesspraxis*, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1990.
- Duran, Lütfi. “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, 1, 1984, s.57-87.
- Dutertre, Gilles. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler* [Extraits clés de jurisprudence], Avrupa Konseyi Yay., 2003.
- Ekinci, Hüseyin ve Musa Sağlam. *66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* [Council of Europe/Anayasa Mahkemesi, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi], Ankara, Şen Matbaa, 2012. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf (erişim, 1/7/2013).
- Ekinci, Hüseyin. “Kabul Edilebilirlik Kriterleri” içinde *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)* [Council of Europe/Anayasa Mahkemesi, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi], ed. Musa Sağlam, Ankara, 2013, s. 109-61. <http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/BookCCnECtHR.pdf> (erişim, 5/7/2013).
- Erdoğan, Tahsin. *Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlükleri Alanında Görülen Sapmalar*, 2. Baskı, İstanbul, Güven Yay., 2002.
- Ergil, Doğu. *Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından*, Ankara, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi (Yayın No:1), 2001.
- Ergül, Ergin. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Ankara, Yargı Yay., 2003.

- Göçer, Mahmut. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku” içinde *Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı*, ed. Oya Çitçi, Ankara, TODAİE Yay. (No: 301), 2000.
- Gören, Zafer. “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)”, *Anayasa Yargısı*, 11, 1994, s. 97-134.
- Gören, Zafer. “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?” içinde *Ergun Özbudun’a Armağan*, eds. Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Fuat Keyman, Ankara, Yetkin Yay., 2008, s. 293-334.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa, Ekin Kitapevi, 1999.
- Gözler, Kemal. “İnsan Hakları Normlarının Anayasa üstünlüğü Sorunu”, içinde *Türkiye’de İnsan Hakları*, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay. (no:18), Ankara, 2000, s. 25-46. <http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm> (erişim, 2/9/2013).
- Göztepe, Ece. *Anayasa Şikayeti*, Ankara, AÜHFY, 1998. <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/anayasa-sikayeti-ece-goztepe/> (erişim, 8/6/2013).
- Göztepe Ece. “başlıksız tebliğ” içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, TBB Yay., Panel (Ankara, Nisan 2011), s. 32-43. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf> (erişim, 5/7/2013).
- Göztepe, Ece. “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirmesi”, *TBB Dergisi*, 95, 2011, s. 13-40.
- Gözübüyük, Şeref ve Suna Kili, *Türk Anayasa Metinleri 1839-1980*, 2. Baskı, Ankara, AÜSBF Yay., 1982. yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/kanunu_esasi_Latin.pdf (erişim, 29/5/2013).
- Gözübüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, S Yay., 1997.
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 8. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2009.
- Gülmez, Mesut. “Anayasa Değişikliği Sonrasında, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, 54, 2004, s. 147-61.

- Gülmez, Mesut. *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, Ankara, TBB Yay., 2004.
- Güran, Sait. “Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır”, *Anayasa Yargısı*, 17, 2000, s. 43-62.
- Habermas, Jürgen. “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie”, *Zum Begriff der Verfassung* (Hrsg. Ulrich K. Preuss), Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1994.
- Haller, Herbert. “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 179-93.
- Harris, David, Michael O’Boyle ve Colin Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Harris, David, Michael O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Council of Europe, Yüksel Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Güçlendirilmesi Ortak Projesi), 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2013.
- Hassemer, Winfried. “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 164-78.
- High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, *Interlaken Declaration*, 19/2/2010. www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken_declaration_en.pdf (erişim, 5/7/2013).
- Hillgruber, Christian ve Christoph Goos. *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 2007.
- Holzinger, Gerhart. “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 61-79.
- Hund, Michael. “Zur Rücknahme von Verfassungsbeschwerden”, *Festschrift für Joachim Faller*, 1984.
- İnceoğlu, Sibel. “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi” içinde *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 7-23.
- Janis, Mark W., Richard S. Kay ve Anthony W. Bradley, *European human rights law: text and materials*, 3th edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Jong-Dae, Kim. “Anayasa Şikâyeti Sistemi: Kore Deneyimi”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 145-53.

- Kaboğlu, İbrahim. *Özgürlükler Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Afa Yay., 1999.
- Kapani, Münici. *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., 1993.
- Karagülmez, Ali. “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, *TBB Dergisi*, 54, 2004, s. 163-77.
- Karakaş, Ayşe Işıl. *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yay., İstanbul, 1993.
- Karaman, Ebru. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul, XII Levha Yay., 2013.
- Karan, Ulaş. “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı” içinde *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, Ankara, Şen Matbaa, 2013.
- Keskin, Serap. “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı” içinde *İnsan Hakları*, ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 2000, s. 64-97.
- Kılıç, Oğuzhan. “Türk Anayasa Hukuku’nda Kişi Güvenliği Hakkı”, Y. Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007.
- Kılınç, Bahadır. “Ortak Hukuk (*Common Law*) Sistemlerine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere’de Anayasa ve Yargısal Denetim” içinde *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, eds. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yay., 2006, s. 113-48.
- Kılınç, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, 25, 2008, s. 19-59.
- Kuzu, Burhan. *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, İstanbul, Filiz Yay., 1997.
- Leibholz, Gerhard, Hans-Justus Rinck ve Dieter Hesselberger. *Grundgesetz (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts)*, 7. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993.
- Lipson, Leslie. *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Ankara, Birlik Yay., 1986.
- Madra, Ömer. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru*, AÜSBF Yay. (no: 458), 1981.
- Mellinghof, Rudolf. “Federal Almanya Cumhuriyet’inde Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 283-92.
- Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş*, cilt I, Ankara, 1968.

- Mocavei, Monica. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz* [Concil of Europe, İnsan Hakları El Kitapları, No: 5], Ankara, Şen Matbaa, 2010.
- Mowbray, Alastair R. *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.
- Mumcu, Ahmet ve Elif Küzeci. *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 2011.
- Murdoch, Jim. "Safeguarding the Liberty of the Person: Recent Strasbourg Jurisprudence", *International and Comparative Law Quarterly*, 42, 1993, s. 494-522.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Yay., 2009.
- Özen, Muharrem, Devrim Güngör ve Güneş Okuyucu Ergün. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 2010, s. 181-87.
- Özyurt, Gülnur. "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumıza Etkisi", Y. Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2006.
- Paczolay, Peter. "Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)", *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 194-203.
- Paczolay, Peter. "Anayasa Şik[â]yeti: Bir Karma Çözüm mü?", *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 313-20.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Ankara, 1989.
- Pilmentel, Genaro David Gongora. "Amparo Ne İçindir?", *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 163-227.
- Reid, Karen. *Kişinin Özgürlüğü ve Güvenlik Hakları* (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, İkinci Kitap), çev. Bahar Öcal Düzgören, İstanbul, Avesta Yay., 2000.
- Reid, Karen. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 4th edition, UK, Sweet & Maxwell, 2012.

- Rinken, Alfred. *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (2 Bände), (Hrsg.) Rudolf Wassermann u.a., 2. Auflage, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1989.
- Roellecke, Gerd. *Politik und Verfassungsgerichts*, Hiedelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wissenschaft, 1961.
- Sabuncu, Yavuz. “Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 7-8, 1985-1986, s. 15-26. <http://yayin.todaie.gov.tr/> (erişim, 15/6/2013).
- Sabuncu, Yavuz ve Selin Esen Arnwine, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, 21, 2004, s. 229-46.
- Sachs, Michael. “Die kommunale Verfassungsbeschwerde im System der verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten”, *BayVBI*, 1982.
- Sağlam, Fazıl. “Anayasa Şikâyeti Modeli ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları” içinde *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, eds. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yay., 2006, s. 72-111.
- Sağlam, Fazıl. “Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar” içinde *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti, Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, TBB Yay., Panel (Ankara, Nisan 2011), s. 20-30. tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ambb-2011-382.pdf (erişim, 5/7/2013).
- Sander, Oral. *Siyasi Tarih 1918- 1994*, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 1998.
- Sarıca, Murat. *100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi*, Ankara, Beta Yay., 1992.
- Savcı, Bahri. *İnsan Hakları (Kanunilik Yoluyla Korunması)*, Ankara, AÜSBFY, 1953.
- Savcı, Bahri. *Türkiye’de İnsan Haklarının Gelişimi*, Ankara, AÜSBF Yay. (No:94-76), 1959.
- Schimmit, Carl. *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, 2. Baskı, çev. A. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost Kitapevi, 2010.
- Schuler, Andrea Hans. *Die Verfasunsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Zürich, Verlag Schulthess, 1968.
- Selçuk, Sami. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, *Yargıtay Dergisi*, 25, 2009, s. 398-411.
- Sencer, Muzaffer. “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 23, TODAİE, 1990, s. 3-21.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara, Gerçek Yay., 1986.

- Soysal, Mümtaz. “Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, 14, 1997, s. 171-90.
- Stefan Trechsel ve Sarah J. Summers, *Human rights in criminal proceedings*, UK, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Şahbaz, İbrahim. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *TBB Dergisi*, 54, 2004, s. 178-216.
- Şahbaz, İbrahim. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *TBB Dergisi*, 58, 2005, s. 163-88.
- Şahin, Beyzanur. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Y. Lisans Tezi, Polis Akademisi, 2011.
- Şirin, Tolga. *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul, XII Levha Yay., 2013.
- Tanör, Bülent. “Anayasal Gelişmelere Toplu Bir Bakış”, *Tanzimattan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi*, cilt I, İstanbul, 1985, s. 10-27.
- Tanör, Bülent. *İki Anayasa 1961-1982*, 2. Baskı, Beta Yay., 1991.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yay., 2002.
- Träger, Ernst. “Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren”, *Verantwortlichkeit und Freiheit (Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag)*, 1989.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Ekin Yay., 1982.
- Turhan, Mehmet. *Anayasal Devlet*, 3. Baskı, Ankara, Naturel Yay., 2004.
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2005, s. 1148.
- Türmen, Rıza. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzda Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara, 2000, s. 32-42.
- Uygun, Oktay. “İnsan Hakları Kuramı” içinde *İnsan Hakları*, ed. Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yay., 2000, s. 13-44.

- Ünal, Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., 2001.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Adalet Kitapevi, 2010.
- Yücel, Bülent. “Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına: Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği”, *AÜEHFD*, 10(1-2), 2006, s. 165-202.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul, İÜHFY, 1993.
- Zacher, Hans F. “Die Selektion der Verfassungsbeschwerden”, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz (Band 1)*, (Hrsg. Christian Starck), Tübingen, J.B.C. Mohr, 1976.
- Zorkin, Valery. “Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, 26, 2009, s. 283-92.
- Zwaak, Leo. “General Survey of the European Convention” içinde *Theory and Practice of the ECHR*, eds. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn ve Leo Zwaak, 4th edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s. 1-93.

AİHM KARARLARI

– A –

A, B ve C/İrlanda [BD], no. 25579/05, 16/12/2010
A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 51776/08, 29/11/2009
A. ve Diğerleri/Bulgaristan, no. 51776/08, 29/11/2011
A./İsveç (kk), no. 11531/85, 7/10/1987
A.D./Türkiye, no. 29986/96, 22/12/2005
Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, no. 30471/08, 22/8/2009
Abdülstar Akgül/Türkiye, no. 31595/07, 25/6/2013
Adamov/İsviçre, no. 3052/06, 21/6/2011
Aerts/Belçika, no. 25357/94, 30/07/1998
Airey/İrlanda, no. 6289/73, 09/10/1979
Akdivar/Türkiye [BD], no. 21893/93, 16/09/1996
Aksoy/Türkiye, no. 21987/93, 18/12/1996
Aleksandr Makarov/Rusya, no. 15217/07, 12/03/2009
Aleksanyan/Rusya, no. 46468/06, 22/12/2008
Alexandr Sokolov/Rusya, no. 20364/05, 04/11/2010
Alexanian/Rusya, no. 46468/06, 22/12/2008
Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye, no. 6909/08 ve 28960/08, 13/07/2010
Al-Jedda/Birleşik Krallık [BD], no. 27021/08, 7/7/2011
Al-Nashif/Bulgaristan, no. 50963/99, 20/06/2002
Alp ve Diğerleri/Türkiye, no. 34396/05 vd., 7/12/2010
Al-Skeini ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 55721/07, 7/07/2011
Altınok/Türkiye, no. 31610/08, 29/11/2011
Ambruszkiewicz/Polonya, no. 38797/03, 4/5/2006
Amuur/Fransa, no. 19776/92, 25/06/1996
Andrášik ve Diğerleri/Slovakya (kk), no. 57984/00 vd., 22/10/2002
Angelova/Bulgaristan, no. 38361/97, 13/06/2002
Aquilina/Malta [BD], no. 25642/94, 29/04/1999
Ashingdane/Birleşik Krallık, no. 8225/78, 28/5/1985
Assanidze/Gürcistan [BD], no. 71503/01, 8/4/2004
Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan, no. 24760/94, 28/10/1998
Atalay Öztürk/Türkiye (kk), no. 54890/09, 7/1/2014
Athary/Türkiye, no. 50372/09, 11/12/2012
Attard/Malta (kk), no. 46750/99, 28/09/2000
Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 39692/09 vd., 15/3/2012

– B –

B./Avusturya, no. 11968/86, 28/03/1990
B./Fransa (kk), no. 10179/82, 13/05/1987
Babar Ahmad ve Diğerleri/Birleşik Krallık (kk), no. 24027/07 vd., 16/7/2010
Bağrıyanık/Türkiye, no. 43256/04, 5/06/2007
Bahattin Şahin/Türkiye, no. 29874/96, 17/10/2000
Baisuev ve Anzorov/Gürcistan, no. 39804/04, 18/12/2012
Bak/Polonya, no. 7870/04, 16/01/2007
Baltacı/Türkiye, no. 495/02, 18/7/2006

Baranowski/Plonya, no. 28358/95, 28/03/2000
Barfuss/Çek Cumhuriyeti, no. 35848/97, 31/07/2000
Batı ve Diğerleri, no. 33097/96 ve 57834/00, 3/06/2004
Bayatyan/Ermenistan [BD], no. 23459/03, 7/7/2011
Bazorkina/Rusya, no. 69481/01, 27/7/2006
Becciev/Moldova, no. 9190/03, 4/10/2005
Beiere/Letonya, no. 30954/05, 29/11/2011
Belchev/Bulgaristan, no. 39270/98, 8/04/2004
Belevitskiy/Rusya, no. 72967/01, 1/03/2007
Belousov/Ukrayna, no. 4494/07, 7/11/2013
Benham/Birleşik Krallık [BD], no. 19380/92, 10/06/1996
Benjamin ve Wilson/Birleşik Krallık, no. 28212/95, 26/09/2002
Bergman/Estonya, no. 38241/04, 29/05/2008
Berktaş/Türkiye, no. 22493/93, 1/03/2001
Bezicheri/İtalya, no. 11400/85, 25/10/1989
Bizzotto/Yunanistan, no. 22126/93, 15/11/1996
Blackstock/Birleşik Krallık, no. 59512/00, 21/06/2005
Boicenco/Moldova, no. 41088/05, 11/07/2006
Bojilov/Bulgaristan, no. 45114/98, 22/12/2004
Bollan/Birleşik Krallık, no. 42117/98, 4/5/2000
Bora ve Diğerleri/Türkiye, no. 39081/97, 10/01/2006
Bordovskiy/Rusya, no. 49491/99, 8/2/2005
Borisenko/Ukrayna, no. 25725/02, 12/1/2012
Botmeh ve Alami/Birleşik Krallık, no.15187/03, 7/6/2007
Bouamar/Belçika, no. 9106/80, 29/02/1988
Bozano/Fransa (kk), no. 9990/82, 15/05/1984
Bozano/Fransa, no. 9990/82, 18/12/1986
Brand/Hollanda, no. 49902/99, 11/6/2004
Brandao Ferreira/Portekiz (kk), no. 41921/98, 28/9/2000
Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, no. 14553/89 ve 14554/89, 26/05/1993
Brega ve Diğerleri/Moldova, no. 61485/08, 24/1/2012
Brincat/İtalya, no. 13867/88, 26/11/1992
Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 11209/84 vd.,28/10/1988
Broniowski/Polonya [BD], no.31443/96, 22/06/2004
Brozicek/İtalya, no. 10964/84, 19/12/1989
Burden/Birleşik Krallık [BD], no. 13378/05, 29/4/2008
Bülbül/Türkiye, no. 47297/99, 22/05/2007
Bykov/Rusya [BD], no. 4378/02, 10/03/2009

– C –

C./Birleşik Krallık (kk), no. 10854/84, 8/07/1985
Caballero/Birleşik Krallık [BD], no. 32819/96, 8/02/2000
Cahit Demirel/Türkiye, no. 18623/03, 7/07/2009
Calmanovici/Romanya, no. 42250/02, 1/7/2008
Castravet/Moldova, no. 23393/05, 13/03/2007
Cebotari/Türkiye, no. 35615/06, 13/11/2007
Celejewski/Polonya, no. 17584/04, 4/05/2006
Cesky/Çek Cumhuriyeti, no. 33644/96, 6/06/2000

Ceviz/Türkiye, no. 8140/08, 17/07/2012
Chahal/Birleşik Krallık [BD], no. 22414/93, 15/11/1996
Chitayev ve Chitayev/Rusya, no. 59334/00, 18/01/2007
Chraidi/Almanya, no. 65655/01, 26/10/2006
Christinet/Birleşik Krallık, no. 9818/82, 20/01/1984
Chtoukatourov/Rusya, no.44009/05, 27/3/2008
Ciulla/İtalya, no. 11152/84, 22/02/1989
Claes/Belçika, no. 43418/09, 10/1/2013
Clift/Birleşik Krallık, no. 7205/07, 13/3/2010
Clooth/Belçika, no. 12718/87, 12/12/1991
Colibaba/Moldova, no. 29089/06, 23/10/2007
Čonka/Belçika, no. 51564/99, 5/2/2002
Contrada/İtalya, no. 27143/95, 24/08/1998
Creangă/Romanya [BD], no. 29226/03, 23/2/2012
Cristina Boicenco/Moldova, no. 25688/09, 27/09/2011
Cumber/Birleşik Krallık, no. 28779/95, 27/11/1996

– Ç –

Çakıcı/Türkiye [BD], no. 23657/94, 8/7/1999
Çatal/Türkiye, no. 26808/08, 17/04/2012
Çelikkaya/Türkiye (kk), no. 34026/03, 01/06/2010
Çiçekler/Türkiye, no. 14899/03, 22/12/2005

– D –

D.B./Türkiye, no. 33526/08, 13/07/2010
D.D./Litvanya, no. 13469/06, 14/2/2012
D.G./İrlanda, no. 39474/98, 16/05/2002
Dacosta Silva/İspanya, no. 69966/01, 02/11/2006
Dağ ve Yaşar/Türkiye, no. 4080/02, 08/11/2005
Dalban/Romanya [BD], no. 28114/95, 28/09/1999
Damian-Burueana ve Damian/Romanya, no. 6773/02, 26/05/2009
Danev/Bulgaristan, no. 9411/05, 3/02/2009
Darvas/Macaristan, no. 19547/07, 11/1/2011
Davran/Türkiye, no. 18342/03, 3/11/2009
Dax/Almanya, no 19969/92, 7/7/1992
Dbouba/Türkiye, no. 15916/09, 13/07/2010
De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda, no. 8805/79 vd., 22/05/1984
De Wilde, Ooms ve Versyp/Beçika, no. 2832/66, 18/6/1971
Del Rio Prada/İspanya [BD], no. 42750/09, 21/10/2013
Demir ve Diğerleri/Türkiye, no. 21380/93 vd., 23/09/1998
Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye (kk) [BD], no. 46113/99 vd., 01/03/2010
Depa/Polonya, no. 62324/00, 12/12/2006
Depa/Polonya, no. 62324/00, 12/12/2006
Dereci/Türkiye, no. 77845/01, 24/05/2005
Dikme/Türkiye, no. 20869/92, 11/07/2000
Diñç ve Çakır/Türkiye, no. 66066/09, 9/07/2013
DN/İsviçre [BD], no. 27154/95, 29/03/2001
Doğan Yalçın/Türkiye, no. 15041/03, 19/2/2008

Dougoz/Yunanistan, no. 40907/98, 6/03/2001
Douiyep/Hollanda [BD], no. 31464/96, 4/8/1999
Drozd ve Janouesk/Fransa ve İspanya, no. 12747/87, 26/06/1992
Dubovik/Ukrayna, no. 33210/07 ve 41866/08, 15/10/2009
Duinhof ve Duijf/Hollanda, no. 9626/81 ve 9736/82, 22/05/1984
Duyonov/Birleşik Krallık, no. 36670/97, 2/10/2001

– E –

E./Norveç, no. 11701/85, 29/08/1990
E.G./Avusturya, no. 22715/93, 15/05/1996
East African Asians/Birleşik Krallık, no. 4715/70 vd., 6/3/1978
Eberhard ve M./Slovenya, no. 8673/05 ve 9733/05, 1/12/2009
Egmez/Kıbrıs, no. 30873/96, 21/12/2000
Egue/Fransa (kk), no. 11256/84, 5/09/1988
El-Masri/ Makedonya [BD], no. 39630/09, 13/12/2012
Emrullah Karagöz/Türkiye, no. 78027/01, 8/11/2005
Engel ve Diğerleri/Hollanda, no. 5100/71 vd., 08/06/1976
Enhorn/İsveç, no. 56592/00, 25/01/2005
Epple/Almanya, no. 77909/01, 24/3/2005
Er ve Diğerleri, no. 23016/04, 31/07/2012
Erdagöz/Türkiye, no. 21890/93, 22/10/1997
Eriksen/Norveç, no. 17391/90, 27/05/1997
Erişen ve Diğerleri/Türkiye, no. 7067/06, 3/04/2012
Erkalo/Hollanda, no. 23807/94, 02/09/1998
Erkan İnan/Türkiye, no. 13176/05, 23/02/2010
Esmer/Türkiye (kk), no. 57888/00, 30/6/2005

– F –

Farhad Aliyev/Azerbaycan, no. 37138/06, 9/11/2010
Farmakopoulos/Belçika, no. 11683/85, 27/03/1992
Fatma Akaltun Fırat/Türkiye, no. 34010/06, 10/09/2013
Fatullayev/Azerbaycan, no. 40984/07, 22/4/2010
Fedotov/Rusya, no. 5140/02, 25/10/2005
Fikri Yakar/Türkiye, no. 23639/10, 22/05/2012
Fodale/İtalya, no. 70148/01, 1/06/2006
Foka/Türkiye, no. 28940/95, 24/6/2008
Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, no. 12244/86 vd., 27/3/1991
Frasik/Polonya, no. 22933/02, 5/01/2010
Freda/İtalya (kk), no. 8916/80, 07/10/1980

– G –

G.K./Polonya, no. 38816/97, 20/1/2004
G/Almanya, no. 65210/09, 07/06/2012
Gábor Nagy/Macaristan, no. 33529/11, 11/02/2014
Galstyan/Ermenistan, no. 26986/03, 15/11/2007
Ganea/Moldova, no. 2474/06, 17/05/2011
Garabayev/Rusya, no. 38411/02, 7/6/2007
Garcia Alva/Almanya, no. 23541/94, 13/02/2001

García Ruiz/İspanya, B. No: 30544/96, 21/1/1999
Garycki/Polonya, no. 14348/02, 6/02/2007
Gasinš/Letonya, no. 69458/01, 19/04/2011
Gatt/Malta, no. 28221/08, 27/07/2010
Gavril Yosifov/Bulgaristan, no. 74012/01, 6/11/2008
Gebremedhin [Gaberamadhien]/Fransa, no. 25389/05, 26/4/2007
Gëbura/Polonya, no. 63131/00, 6/3/2007
Georgian Labour Party/Gürcistan (kk), no. 9103/04, 20/06/2006
Georgieva/Bulgaristan, no. 3413/05, 2/09/2010
Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye, no. 28127/09, 3/12/2013
Gıyasettin Altın/ Türkiye, no. 73038/01, 24/5/2005
Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12/1/2010
Giorgi Nikolaishvili/Gürcistan, no. 37048/04, 13/01/2009
Giulia Manzoni/İtalya, no. 19298/91, 1/7/1997
Giuliani ve Gaggio/İtalya [BD], no. 23458/02, 24/3/2011
Górski/Polonya, no. 28904/02, 4/10/2005
Gouloub Attanasov/Bulguristan, no. 73281/01, 6/11/2008
Grava/İtalya, no. 43522/98, 10/7/2003
Grosskopf/Almanya, no. 24478/03, 21/10/2010
Guenat/İsviçre (kk), no. 24722/94, 10/04/1995
Gusinskiy/Rusya, no. 70276/01, 19/5/2004
Guzzardi/İtalya, no. 7367/76, 06/11/1980
Güder/Türkiye (kk), no. 24695/09, 30/04/2013
Güveç/Türkiye, no. 70337/01, 20/01/2009

– H –

H.L./Birleşik Krallık, no. 45508/99, 5/10/2004
H.M./İsviçre, no. 39187/98, 26/2/2002
H.W./Almanya, no. 17167/11, 19/09/2013
Hacı Özen/Türkiye, no. 46286/99, 12/04/2007
Hafçı/Türkiye (kk), no. 37548/07, 26/03/2013
Handyside/Birleşik Krallık, no. 5493/72, 07/12/1976
Harkmann/Estonya, no. 2192/03, 11/07/2006
Hauschildt/Danimarka, no. 10486/83, 24/05/1989
Hazar ve Diğerleri/Türkiye, no. 62566/00, 10/1/2002
Herczegfalvy/Avusturya, no. 10533/83, 24/09/1992
Hilda Hafsteinsdóttir/İzlanda, no. 40905/98, 8/6/2004
Hirst/Birleşik Krallık, no. 40787/98, 24/07/2001
Holy Monasteries/Yunanistan, no. 13092/87 ve 13984/88, 9/12/1994
Hood/Birleşik Krallık [BD], no. 27267/95, 18/02/1999
Houtman ve Meeus/Belçika, no. 22945/07, 17/03/2009
Hristova/Bulgaristan, no. 60859/00, 7/12/2006
Huber/İsviçre, no. 12794/87, 23/10/1990
Hutchison Reid/Birleşik Krallık, no. 50272/99, 20/02/2003

– I –

I.I./Bulgaristan, no. 44082/98, 9/6/2005
IA/Fransa, no. 28213/95, 23/09/1998

Ichin ve Diğerleri/Ukrayna, no. 28189/04 ve 28192/04, 21/12/2010
Idalov/Rusya [BD], no. 5826/03, 22/05/2012
Ilaşcu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya [BD], no. 48787/99, 8/7/2004
Ilijkov/Bulgaristan, no. 33977/96, 26/07/2001
Iliya Stefanov/Bulgaria, no. 65755/01, 22/5/2008
Ilowiecki/Polonya, no. 27504/95, 4/10/2001
Iordanovi/Bulgaristan, no. 10907/04, 27/1/2011
Iskandarov/Rusya, no. 17185/05, 23/09/2010
Islamic Republic Iran Shipping Lines/Türkiye, no. 40998/98, 10/4/2003
Istratii/Moldova, no. 8721/05 vd., 27/03/2007
Iwanczuk/Polonya, no. 25196/94, 15/11/2001

– İ –

İğdeli/Türkiye, no. 29296/95, 20/06/2002
İpek ve Diğerleri/Türkiye, no. 17019/02 ve 30070/02, 3/02/2009
İrlanda/Birleşik Krallık, no. 5310/71, 18/1/1978

– J –

Jabari/Türkiye, no. 40035/98, 11/07/2000
Jabłoński/Polonya, no. 33492/96, 21/12/2000
James, Wells ve Lee/Birleşik Krallık, no. 25119/09 vd., 18/09/2012
Jarvinen/Finlandiya (kk), no. 30408/96, 15/01/1998
Jarzynski/Polonya, no. 15479/02, 4/10/2005
Jasper/Birleşik Krallık [BD], no. 27052/95, 16/02/2000
Jėčius/Litvanya, no. 34578/97, 31/7/2000
Jendrowiak/Almanya, no. 30060/04, 14/4/2011
Johansen/Norveç (kk), no. 10600/83, 14/10/1985
Johnson/Birleşik Krallık, no. 22520/93, 24/10/1997
Johnston ve Diğerleri/İrlanda, no. 9697/82, 18/12/1986
Josipovic/Sırbistan, no. 18369/07, 4/3/2008

– K –

K./Avusturya, no. 16002/90, 02/06/1993
K.-F./Almanya, no. 25629/94, 27/11/1997
K/Almanya, no. 61827/09, 07/06/2012
Kaboulov/Ukrayna, no. 41015/04, 19/11/2009
Kadem/Malta, no. 55263/00, 9/01/2003
Kafkaris/Kıbrıs (kk), no. 9644/09, 21/06/2011
Kafkaris/Kıbrıs [BD], no. 21906/04, 12/02/2008
Kalashnikov/Rusya, no. 47095/99, 15/07/2002
Kalay/Türkiye, no. 16779/02, 22/9/2005
Kallweit/Almanya, no. 17792/07, 13/2/2011
Kampanis/Yunanistan, no. 17977/91, 13/07/1995
Kandzhov/Bulgaristan, no. 68294/01, 6/11/2008
Kane/Kıbrıs (kk), no. 33655/06, 13/09/2011
Karatay ve Diğerleri/Türkiye, no. 11468/02, 15/2/2007
Kartal/Türkiye (kk), no. 28658/10, 4/01/2012
Keklik ve Diğerleri/Türkiye, no. 77388/01, 3/10/2006

Kemmache/Fransa (no.1), no. 12325/86, 27/11/1991
Kemmache/Fransa (no.2), no. 14992/89, 27/11/1991
Kemmache/Fransa (no.3), no. 17621/91, 24/11/1994
Kerr/Birleşik Krallık (kk), no. 40451/98, 07/12/1999
Keshmiri/Türkiye (no.2), no. 22426/10, 17/01/2012
Keus/Hollanda, no. 12228/86, 25/10/1990
Kharin/Rusya, no. 37345/03, 3/2/2011
Khayredinov/Ukrayna, no. 38717/04, 14/10/2010
Khodorkovskiy/Rusya, no. 5829/04,31/05/2011
Khudoyorov/Rusya, no. 6847/02, 8/11/2005
Kıbrıs/Türkiye [BD], no. 25781/94, 10/05/2001
Kırlangıç/Türkiye, no. 30689/05, 25/09/2012
Kirkit ve Diğerleri/Türkiye (kk), no.32297/07, 5/4/2011
Klass ve Diğerleri/Almanya, no. 5029/71, 6/9/1978
Knebl/Çek Cumhuriyeti, no. 20157/05, 28/10/2010
Koç ve Demir/Türkiye, no. 26793/08, 20/03/2012
Koendjibiharie/Hollanda, no. 11487/85, 25/10/1990
Kolanis/Birleşik Krallık, no. 517/02, 21/06/2005
Kolevi/Bulgaristan, no. 1108/02, 5/11/2009
Kolompar/Belçika, no. 11613/85, 24/9/1992
Koniarska/Birleşik Krallık (kk), no. 33670/96, 12/10/2000
Korkmaz ve Diğerleri/Türkiye, no. 35979/97, 21/03/2006
Korkmaz ve Diğerleri/Türkiye, no. 35979/97, 21/3/2006
Korneykova/Ukrayna, no. 39884/05, 19/01/2012
Kortesis/Yunanistan, no. 60593/10, 12/06/2012
Koster/Hollanda, no. 12843/87, 28/11/1991
Koştı ve Diğerleri/Türkiye, no. 74321/01, 3/05/2007
Köse/Türkiye, no. 50177/99, 2/5/2006
Krejčíř/Çek Cumhuriyeti, no. 39298/04 ve 8723/05, 26/3/2009
Krzycki/Almanya, no. 7629/76, 14/07/1977
Kučera/Slovakya, no. 48666/99, 17/07/2007
Kucheruk/Ukrayna, no. 2570/04, 6/9/2007
Kudla/Polonya [BD], no. 30210/96, 26/10/2000
Kurt/Türkiye, no. 24276/94, 25/05/1998
Kürüm/Türkiye, no. 56493/07, 26/1/2010

– L –

L./İsveç (kk), no. 10801/84, 20/01/1986
Labita/İtalya [BD], no. 26772/95, 06/04/2000
Ladent/Polonya, no. 11036/03, 18/03/2008
Lamy/Belçika, no. 10444/83, 30/03/1989
Lanz/Avusturya, no. 24430/94, 31/01/2002
Lapusan/Romanya, no. 9723/03, 3/4/2008
Lapusan/Romanya, no. 9723/03, 3/6/2008
Lawless/İrlanda (no. 3), no. 332/57, 01/07/1961
Lebedev/Rusya, no. 4493/04, 25/10/2007
Lelièvre/Belçika, no. 11287/03, 8/11/2007
Letellier/Fransa, no. 12369/86, 26/06/1991

Leva/Moldova, no. 12444/05, 15/12/2009
Lietzow/Almanya, no. 24479/94, 13/02/2001
Liu/Rusya, no. 42086/05, 6/12/2007
Lloyd/Birleşik Krallık, no. 29798/96 vd., 01/03/2005
Lobanov/Rusya, no. 15578/03, 14/02/2012
Loizidou/Türkiye (ilk itirazlara ilişkin karar) [BD], no. 15318/89, 23/3/1995
Loizidou/Türkiye [BD], no. 15318/89, 18/12/1996
Luberti/İtalya, no. 9019/80, 23/02/1984
Lukanov/Bulgaristan, no. 21915/93, 20/03/1997
Lutsenko/Ukrayna, no. 6492/11, 3/07/2012

– M –

M. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 11208/84, 4/3/1986
M./Almanya, no. 19359/04, 17/12/2009
M.B. ve Diğerleri/Türkiye, no. 36009/08, 15/6/2010
Maestri/İtalya [BD], no. 39748/98, 17/02/2004
Mahdid ve Haddar/Avusturya (kk), no. 74762/01, 8/12/2005
Mahmut Öz/Türkiye, no. 6840/08, 3/07/2012
Mamatkulov ve Askarov/Türkiye [BD], no. 46827/99 ve 46951/99, 4/2/2005
Mamedova/Rusya, no. 7064/05, 1/06/2006
Mancini/İtalya, no. 44955/98, 2/8/2001
Mangouras/İspanya [BD], no. 12050/04, 28/09/2010
Marturana /İtalya, no. 63154/00, 4/3/2008
Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika, no. 9267/81, 2/3/1987
Matznetter/Avusturya, no. 2178/64, 10/11/1969
McGoff/İsviçre, no. 9017/80, 26/10/1984
McKay/Birleşik Krallık [BD], no. 543/03, 3/10/2006
McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 8022/77 vd., 18/03/1981
Medeni Kavak/Türkiye, no. 13723/02, 3/5/2007
Medova/Rusya, no. 25385/04, 15/1/2009
Medvedyev ve Diğerleri/Fransa [BD], no. 3394/03, 29/3/2010
Megyeri/Almanya, no. 13770/88, 12/05/1992
Mekiye Demirci/Türkiye, no. 17722/02, 23/04/2013
Meloni/İsviçre, no. 61697/00, 10/4/2008
Menesheva/Rusya, no. 59261/00, 9/3/2006
Menesheva/Rusya, no. 59261/00, 9/3/2006
Menteş/Türkiye [BD], no. 23186/94, 28/11/1997
Meryem Çelik ve Diğerleri/Türkiye, no. 3598/03, 16/04/2013
Mutlık Ölmez ve Yıldız Ölmez/Türkiye (kk), no. 39464/98, 1/2/2005
Michalák/Slovakya, no. 30157/03, 8/02/2011
Miladinov ve Diğerleri/Makedonya, no. 46398/09 vd., 24/04/2014
Minjat/İsviçre, no. 38223/97, 28/10/2003
Mirolaw Garlicki/Polonya, no. 36921/07, 14/06/2011
Mitev/Bulgaristan (kk), no. 42758/07, 29/6/2010
Mitreski/Makedonya, no. 11621/09, 25/3/2010
Mogos/Romanya (kk), no. 20420/02, 6/4/2004
Molotchko/Ukrayna, no. 12275/10, 26/04/2012
Monnat/İsviçre, no. 73604/01, 21/9/2006

Monnell ve Morris/Birleşik Krallık, no. 9562/81, 02/03/1987
Mooren/Almanya [BD], no. 11364/03, 9/7/2009
Morsink/Birleşik Krallık, no. 48865/99, 11/5/2004
Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika, no. 13178/03, 12/10/2006
Muminov/Rusya, no. 42502/06, 04/11/2010
Munjaz/Birleşik Krallık, no. 2913/06, 12/7/2012
Murray/Birleşik Krallık [BD], no. 14310/88, 28/10/1994
Musiał/Polonya [BD], no. 24557/94, 25/03/1999
Musuc/Moldova, no. 42440/06, 6/11/2007

– N –

N.A./Birleşik Krallık, no. 25904/07, 17/07/2008
N.C./İtalya [BD], no. 24952/94, 18/12/2002
Nakhmanovich/Rusya, no. 55669/00, 2/3/2006
Nart/Türkiye, no. 20817/04, 6/5/2008
Nasrulloev/Rusya, no. 656/06, 11/10/2006
Nastase-Silivestru/Romanya, no. 74785/01, 4/10/2007
Natchova ve Diğerleri/Bulgaristan [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, 6/7/2005
Navarra/Fransa, no. 13190/87, 23/11/1993
Nechiporuk ve Yonkalo/Ukrayna, no. 42310/04, 21/4/2011
Neumeister/Avusturya, no. 1936/63, 27/06/1968
Nevmerzhitsky/Ukrayna, no. 54825/00, 5/04/2005
Niedbala/Polonya, no. 27915/95, 4/07/2000
Nielsen/Danimarka, no. 10929/84, 28/11/1988
Nikolov/Bulgaristan, no. 38884/97, 30/1/2003
Nikolova/Bulgaristan [BD], no. 31195/96, 25/03/1999
Novotka/Slovakya (kk), no. 47244/99, 04/11/2003
Nowak/Ukrayna, no. 60846/10, 31/03/2011
Nowicka/Polonya, no. 30218/96, 3/12/2002
Nuray Şen/Türkiye, no. 41478/98, 17/06/2003

– O –

O.H./Almanya, no. 4646/08, 24/11/2011
O'Hara/Birleşik Krallık, no. 37555/97, 16/10/2001
Oleksandr Volkov/Ukrayna, no. 21722/11, 9/01/2013
Oral ve Atabay/Türkiye, no. 39686/02, 23/06/2009
Orman ve Diğerleri/Türkiye, no. 9462/05 vd., 7/12/2010
Osypenko/Ukrayna, no. 4634/04, 9/11/2010
Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık, no.8139/09, 17/01/2012

– Ö –

Öcalan/Türkiye (kk), no. 46221/99, 14/12/2000
Öcalan/Türkiye [BD], no. 46221/99, 12/5/2005
Öcalan/Türkiye, no. 46221/99, 12/3/2003
Öner Aktaş/Türkiye, no. 59860/10, 29/10/2013

– P –

P.F. ve E.F./Birleşik Krallık (kk), no 28326/09, 23/11/2010

Paladi/Moldova [BD], no. 39806/05, 10/3/2009
Panchenko/Russia, no. 45100/98, 8/2/2005
Pankiewicz/Polonya, no. 34151/04, 12/2/2008
Pantea/Romanya, no. 33343/96, 3/06/2003
Papachelas/Yunanistan, no. 31423/96, 25/3/1999
Paradis/Almanya (kk), no. 4065/04, 4/9/2007
Pauwels/Belçika, no. 10208/82, 25/5/1988
Perica Oreb/Hırvatistan, no. 20824/09, 31/10/2013
Perks/Birleşik Krallık, no. 25277/94 vd., 12/10/1999
Pezone/İtalya, no. 42098/98, 18/12/2003
Pilla/İtalya, no. 64088/00, 02/03/2006
Piotr Baranowski/Polonya, no. 39742/05, 2/10/2007
Piotr Osuch /Polonya, no. 30028/06, 3/11/2009
Piruzyan/Ermenistan, no. 33376/07, 26/06/2012
Prencipe/Monako, no. 43376/06, 16/07/2009
Pulatlı/Türkiye, no. 38665/07, 26/4/2011
Punzelt/Çek Cumhuriyeti, no. 31315/96, 25/04/2000

– Q –

Quinn/Fransa, no. 18580/91, 22/03/1995

– R –

R.L. ve M.-J.D./Fransa, no. 44568/98, 19/5/2004
R.M.D./İsviçre, no. 19800/92, 26/09/1997
Radio France ve Diğerleri/Fransa (kk), no. 53984/00, 23/9/2003
Rahbar-Pagard/Bulgaristan, no. 45466/99 ve 29903/02, 6/4/2006
Raimondo/İtalya, no. 12954/87, 22/2/1994
Rakevich/Rusya, no. 58973/00, 28/10/2003
Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, no. 25965/04, 7/1/2010
Rehbock/Slovenya, no. 29462/95, 28/11/2000
Reinprecht/Avusturya, no. 67175/01, 15/11/2005
Reyntjens/Belçika (kk), no. 16810/90, 09/09/1992
Riad ve Idiab/Belçika, no. 29787/03 ve 29810/03, 24/1/2008
Riera Blume ve Diğerleri/İspanya, no. 37680/97, 9/3/1999
Rigopoulos/İspanya (kk), no. 37388/97, 12/1/1999
Rupa/Romanya (no. 1), no. 58478/00, 16/12/2008
Rutten/Hollanda, no. 32605/96, 24/07/2001

– S –

S./Almanya, no. 3300/10, 28/06/2012
S./İsviçre, no. 12629/87 ve 13965/88, 28/11/1991
S.B.C./Birleşik Krallık, no. 39360/98, 19/06/2001
S.D./Yunanistan, no. 53541/07, 11/6/2009
S.P./Belçika (kk), no. 12572/08, 14/6/2011
S.T.S./Hollanda, no. 277/05, 7/06/2011
Saadi/Birleşik Krallık [BD], no. 13229/03, 29/1/2008
Saadi/İtalya [BD], no. 37201/06, 28/02/2008
Sadegül Özdemir/Türkiye, no. 61441/00, 2/08/2005

Saghinadze ve Diğerleri/Gürcistan, no. 18768/05, 27/5/2010
Sakık ve Diğerleri, no. 23878/94 vd., 26/11/1997
Salayev/Azerbaycan, no. 40900/05, 9/11/2010
Salih Salman Kılıç/Türkiye, no. 22077/10, 5/3/2013
Salman/Türkiye [BD], no. 21986/93, 27/6/2000
Samiolă Cionca/Romanya, no. 33065/03, 4/3/2008
Sanchez-Reisse/İsviçre, no. 9862/82, 21/10/1986
Sar ve Diğerleri/Türkiye, no. 74347/01, 5/12/2006
Saraçoğlu ve Diğerleri/Türkiye, no. 4489/02, 29/11/2007
Sarı ve Çolak/Türkiye, no. 42596/98 ve 42603/98, 4/04/2006
Sarigiannis/İtalya, no. 14569/05, 05/04/2011
Schiesser/İsviçre, no. 7710/76, 4/12/1979
Schmid/Avusturya (kk), no. 10670/83, 09/07/1985
Schöps/Almanya, no. 25116/94, 13/02/2001
Schwabe ve M.G./Almanya, no. 8080/08 ve 8577/08, 1/12/2011
Scoppola/İtalya (no.2) [BD], no.10249/03, 17/09/2009
Scordino/İtalya (no. 1) [BD], no. 36813/97, 29/03/2006
Scott/İspanya, no. 21335/93, 18/12/1996
Scozzari ve Giunta/İtalya [BD], no. 39221/98 ve 41963/98, 13/07/2000
Selçuk/Türkiye, no. 21768/02, 10/1/2006
Selmouni/Fransa [BD], no. 25803/94, 28/07/1999
Sergey Zolotukhin/Rusya, no. 14939/03, 10/02/2009
Sevgin ve İnce, no. 46262/99, 20/09/2005
Shabani/İsviçre, no. 29044/06, 5/11/2009
Shamayev ve Diğerleri/Gürcistan ve Rusya, no. 36378/02, 12/04/2005
Shamsa/Polonya, no. 45355/99 ve 45357/99, 27/11/2003
Shimovolos/Rusya, no. 30194/09, 21/4/2011
Shishkov/Bulgaristan, no. 38822/97, 9/01/2003
Shtukaturon/Rusya, no. 44009/05, 27/03/2008
Shulgin/Ukrayna, no. 29912/05, 8/12/2011
Silva Rocha/Portekiz, no. 18165/91, 15/11/1996
Simirnova/Rusya, no. 46133/99 ve 48183/99, 24/07/2003
Sinan Tanrıkulu ve Diğerleri/Türkiye, no. 50086/99, 3/5/2007
Singh/Birleşik Krallık, no. 23389/94, 21/02/1996
Sisojeva ve Diğerleri/Litvanya [BD], no. 60654/00, 16/06/2005
Skoogström/İsveç, no. 8582/79, 2/10/1984
Skrobol/Polonya, no. 44165/98, 13/09/2005
Soering/Birleşik Krallık, no. 14038/88, 07/07/1989
Soldatenko/Ukrayna, no. 2440/07, 23/10/2008
Solmaz/Türkiye, no. 27561/02, 16/1/2007
Somogyi/İtalya, no. 67972/01, 18/05/2004
Soysal/Türkiye, no. 50091/99, 3/05/2007
Stafford/Birleşik Krallık [BD], no. 46295/99, 28/05/2002
Stanev/Bulgaristan [BD], no. 36760/06, 17/1/2012
Stankevich/Ukrayna (kk), no. 48814/07, 26/4/2009
Stašaitis /Litvanya, no. 47679/99, 21/03/2002
Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık (kk) [BD], no. 65731/01 ve 65900/01, 12/4/2006
Steel ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 24838/94, 23/09/1998

Stephens/Malta (no.1), no. 11956/07, 21/4/2009
Stephens/Malta (no.2), no. 33740/06, 21/04/2009
Stepuleac/Moldova, no. 8207/06, 6/11/2007
Stoichkov/Bulgaristan, no. 9808/02, 24/03/2005
Storck/Almanya, no. 61603/00, 16/6/2005
Stögmüller/Avusturya, no. 1602/62, 10/11/1969
Sulaoja/Estonya, no. 55939/00, 15/02/2005
Sultan Öner ve Diğerleri, no. 73792/01, 17/10/2006
Suominen/Finlandiya, no. 37801/97, 1/07/2003
Süheyla Aydın/Türkiye, no. 25660/94, 24/05/2005
Süleyman Erdem/Türkiye, no. 49574/99, 19/9/2006
Süleymanoğlu/Türkiye, no. 38283/04, 29/01/2013
Svetoslav Dimitrov/Bulgaristan, no. 55861/00, 7/02/2008
Svipsta/Letonya, no. 66820/01, 09/03/2006
Szepesi/Macaristan, no. 7983/06, 21/12/2010

– Ş –

Şahap Doğan/Türkiye, no. 29361/07, 27/5/2010
Şahin Çağdaş/Türkiye, no. 28137/02, 11/04/2006
Şahin Karataş/Türkiye, no. 16110/03, 17/6/2008
Şayık ve Diğerleri/Türkiye, no. 1966/07 vd., 8/12/2009
Şevk/Türkiye, no. 4528/02, 11/04/2006

– T –

T./Birleşik Krallık [BD], no. 24724/94, 16/12/1999
T.W./Malta [BD], no. 25644/94, 29/04/1999
Talat Tepe/Türkiye, no. 31247/96, 21/12/2004
Talu/Türkiye (kk) no. 2118/10, 4/12/2012
Tanase/Moldova [BD], no. 7/08, 27/4/2010
Tanış ve Diğerleri/Türkiye, no. 65899/01, 2/8/2005
Tanrıkulu ve Diğerleri/Türkiye, no. 29918/96 vd., 6/10/2005
Tase/Romanya, no. 29761/02, 10/06/2008
Taşçı ve Demir/Türkiye, no. 23623/10, 3/05/2012
Tehrani ve Diğerleri/Türkiye, no. 32940/08 vd, 13/4/2010
Tengilimoğlu ve Diğerleri/Türkiye, no. 26938/08 vd., 05/06/2012
Thévenon/Fransa (kk), no. 2476/02, 28/02/2006
Timurtaş/Türkiye, no. 23531/94, 13/6/2000
Tiron/Romanya, no. 17689/03, 7/04/2009
Tomasi/Fransa, no. 12850/87, 27/08/1992
Topaloğlu/Türkiye, no. 38388/04, 3/07/2012
Toshev/Bulgaristan, no. 56308/00, 10/08/2006
Toth/Avusturya, no. 11894/85, 12/12/1991
Trifković/Hırvatistan, no. 36653/09, 6/11/2012
Trijonis/Litvanya (kk), no. 2333/02, 17/3/2005
Trzaska/Polonya, no. 25792/94, 11/07/2000
Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan, no. 19233/91 ve 19234/91, 25/9/1997
Turcan/Moldova, no. 10809/06, 27/11/2007
Turgut Özkan/Türkiye, no. 23601/10, 22/05/2012

Tütüncü ve Bektaş/Türkiye (kk), no. 76653/11 ve 78809/11, 27/11/2012

– U –

Unédic/Fransa, no. 20153/04, 18/12/2008

Uzun/Türkiye (kk), no. 10755/13, 30/4/2013

– Ü –

Ümit Bilgiç/Türkiye, no. 22398, 3/9/2013

Ümit Gül/Türkiye (kk), no. 74161/11, 10/7/2012

– V –

Vachev/Bulgaristan, no. 42987/98, 8/7/2004

Vallon/İtalya, no. 9621/81, 3/06/1985

Van der Leer/Hollanda, no. 11509/85, 21/02/1990

Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda, no. 9362/81 vd., 22/05/1984

Van der Tang/İspanya, no. 19382/92, 13/7/1995

Van Droogenbroeck/Belçika, no. 7906/77, 24/06/1982

Varbanov/Bulgaristan, no. 31365/96, 05/10/2000

Varga/Romanya, no. 73957/01, 1/04/2008

Varnava/Türkiye [BD], no. 16064/90 vd., 18/9/2009

Vasileva/Danimarka, no. 52792/99, 25/09/2003

Vasilkoski ve Diğerleri/Makedonya, no. 28169/08, 28/10/2010

Vayıç/Türkiye, no. 18078/02, 20/06/2006

Veermæ/Finlandiya (kk), no. 38704/03, 15/03/2005

Velinov/Makedonya, no. 16880/08, 19/09/2013

Viorel Burzo/Romanya, no. 75109/01, 12639/02, 30/06/2009

Vrenčev/Sırbistan, no. 2361/05, 23/09/2008

Vural ve Diğerleri/Türkiye (kk), no. 46274/11, 25/9/2012

– W –

W./İsviçre, no. 14379/88, 26/01/1993

Waite/Birleşik Krallık, no. 53236/99, 10/12/2002

Wassink/Hollanda, no. 12535/86, 27/09/1990

Weber/İsviçre, no. 11034/84, 22/05/1990

Weeks/Birleşik Krallık, no. 9787/82, 02/03/1987

Wemhoff/Almanya, no. 2122/64, 27/06/1968

Willcox ve Hurford/Birleşik Krallık, no. 43759/10 ve 43771/12, 8/1/2013

Winterwerp/Hollanda, no. 6301/73, 24/10/1979

Witek/Polonya, no. 13453/07, 21/12/2010

Witold Litwa/Polonya, no. 26629/95, 4/4/2000

Włoch/Polonya (no.2), no. 33475/08, 10/3/2011

Włoch/Polonya, no. 27785/95, 30/3/2000

Worm/Avusturya, no. 22714/93, 29/8/1997

– X –

X. ve Y./İsveç (kk), no. 7376/76, 7/10/1976

X./Almanya (kk), no. 8819/79, 19/03/1981

X./Almanya, no. 6659/74, 10/12/1975

X./Avusturya (kk), no. 8278/78, 13/12/1979
X./Birleşik Krallık (kk), no. 9403/81, 5/5/1982
X./Birleşik Krallık, no. 7215/75, 05/11/1981
X./Finlandiya, no. 34806/04, 3/7/2012
X./Hollanda, no 6591/74, 26/5/1975
X./İsviçre (kk), no. 10230/82, 11/05/1983
X./İsviçre (kk), no. 8500/79, 14/12/1979
X./İsviçre (kk), no. 8788/79, 12/03/1980
X./İsviçre, no. 9012/80, 9/12/1980
X./Danimarka, no. 2518/65, 14/12/1965
X./Norveç, no 4210/69, 24 /7/1970

– Y –

Yağcı ve Sargın/Türkiye, no. 16419/90 ve 16426/90, 10/07/1991
Yaman/Türkiye, no. 32446/96, 2/11/2004
Yankov/Bulgaristan, no. 39084/97, 11/12/2003
Yefimenko/Rusya, no. 152/04, 12/02/2013
Yıldız/Türkiye (kk), no. 48448/11, 1/10/2013
Yiğitdoğan/Türkiye, no. 20827/08, 16/03/2010
Yoh-Ekale Mwanje/Belçika, no. 10486/10, 20/12/2011
Youssoupova ve Zaourbeko/Rusya, no. 22057/02, 9/10/2008

– Z –

Z.H./Macaristan, no. 28973/11, 8/11/2012
Z.N.S./Türkiye, no. 21896/08, 19/01/2010
Zamir/Birleşik Krallık (kk), no. 9174/80, 13/07/1982
Zervudacki/Fransa, no. 73947/01, 27/7/2006
Zeynep Avcı/Türkiye, no. 37021/97, 06/02/2003

ÖZET

Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Belirli haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Anayasa ve Sözleşme kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkı “demokratik bir toplumda” çok büyük bir önem taşımaktadır. Anayasa’nın 19. ve Sözleşme’nin 5. maddelerinde öngörülen “özgürlük hakkı” ile kişinin fiziksel özgürlüğü kastedilmektedir; bu maddenin amacı, hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamaktır. Özgürlükten mahrumiyet, sadece klasik anlamda yakalama veya mahkûmiyet kararıyla tutuklama ile sınırlı bir tedbir değildir, aksine çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Anayasa’nın 19. ve Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamında özgürlükten mahrumiyet kavramı, bir kişinin azımsanamayacak bir süre boyunca kısıtlı bir alana kapatılmasının teşkil ettiği *objektif bir unsur* ve ayrıca söz konusu kişinin bahsi geçen kapatılma işlemine geçerli şekilde rıza göstermemiş olmasının teşkil ettiği *subjektif bir unsur* içermektedir. Anayasa’nın 19. ve Sözleşme’nin 5. maddelerinin esas amacı, keyfi veya haksız nitelikteki özgürlükten yoksun bırakma uygulamalarını önlemektedir.

ABSTRACT

Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the certain cases and in accordance with a procedure prescribed by law. The right to liberty and security is of the highest importance in a “democratic society” within the meaning of the Constitution and Convention. In proclaiming the “right to liberty”, Article 19 of the Constitution and Article 5 of the Covention contemplates the physical liberty of the person; its aim is to ensure that no one should be deprived of that liberty in an arbitrary fashion. A deprivation of liberty is not confined to the classic case of detention following arrest or conviction, but may take numerous other forms. The notion of deprivation of liberty within the meaning of Article 19 of the Constitution and Article 5 of the Covention contains both an *objective*

element of a person's confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time, and an additional *subjective element* in that the person has not validly consented to the confinement in question. The key purpose of Article 19 of the Constitution and Article 5 of the Covention is to prevent arbitrary or unjustified deprivations of liberty.