

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN CEZA
MUHAKEMESİ KANUNU’NDAKİ KORUMA TEDBİRLERİ
ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ: YAKALAMA VE GÖZALTI KORUMA
TEDBİRLERİ ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME**

Doktora Tezi

Özen KAYA GÖÇMEN

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN CEZA
MUHAKEMESİ KANUNU’NDAKİ KORUMA TEDBİRLERİ
ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ: YAKALAMA VE GÖZALTI KORUMA
TEDBİRLERİ ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME**

Doktora Tezi

Özen KAYA GÖÇMEN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN CEZA
MUHAKEMESİ KANUNU'NDAKİ KORUMA TEDBİRLERİ
ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ: YAKALAMA VE GÖZALTI KORUMA
TEDBİRLERİ ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Devrim Güngör

2- Prof. Dr. Doğan Soyaslan

3- Prof. Dr. Muharrem Özen

4- Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün

5- Doç.Dr. Ezgi Aygün Eşitli

Tez Savunması Tarihi

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR danışmanlığında hazırladığım “AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNU’NDAKİ KORUMA TEDBİRLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ: YAKALAMA VE GÖZALTI KORUMA TEDBİRLERİ ÖZELİNDE BİR DEĞERLENDİRME (Ankara, 2021)” adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih:
Özen KAYA GÖÇMEN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KORUMA TEDBİRLERİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE İLİŞKİSİ

1. Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri.....	7
A. Koruma Tedbirleri Kavramı ve Koruma Tedbirlerinin Amacı.....	7
B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri	13
a. Hak ve Özgürlükleri Sınırlama	14
b. Yasallık.....	19
c. Ölçülülük	29
ç. Suç Şüphesinin Varlığı	34
d. Görünüşte Haklılık	37
e. Geçicilik.....	38
f. Araç Olma	40
g. Zorlayıcılık	41
h. Gecikmede Tehlike Bulunması	43
ı. Bir Karara Dayanma.....	49
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Genel Özellikleri.....	54
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Temel Yapısı.....	54
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Temel İlkeleri ve Yorum Yöntemleri ...	67
a. Koruma Tedbirleri Açısından AİHS'nin Temel İlkeleri.....	67
b. Koruma Tedbirleri Açısından AİHS'nin Yorum Yöntemleri.....	72
C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ulusal Hukuka Etkisi	75

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ulusal Hukuklardaki Etkisi.....	75
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Etkisi	79
aa. AİHS'nin İç Hukukumuzdaki Yeri	79
bb. AİHS'nin Yargı Erki Aracılığı ile Etkileri	93
aaa. Genel Olarak	93
bbb. Etki Araçları	105
i. Uygun Yorum Prensipleri.....	105
ii. Doğrudan Uygulanma / Yerine Geçme	108
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Koruma Tedbirlerine Etkisi	113

İKİNCİ BÖLÜM

YAKALAMA VE GÖZALTI KORUMA TEDBİRLERİNİN GENEL ÇERÇEVESİ YÖNÜNDEN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ETKİSİ

1. Yakalama.....	130
A. Kavram ve Amaç	130
B. Çeşitleri	140
a. Çeşitli Kanunlarda Yer Alan Yakalama Çeşitleri.....	141
b. CMK Kapsamında Yakalama Çeşitleri	145
C. Koşulları.....	148
a. Herkes Tarafından Yapılan Yakalama Koşulları.....	149
b. Kolluk Kuvvetleri Tarafından Yapılan Yakalama Koşulları.....	153
c. Ortak Koşullar.....	157
aa. Genel Olarak Ortak Koşullar	157
bb. Ortak Bir Koşul Olarak Şikayet	166
D. Süre.....	168
2. Gözaltı.....	177

A. Kavram ve Amaç	177
B. Çeşitleri	182
C. Koşulları	184
D. Süre	199

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAKALAMA VE GÖZALTI KARARLARININ UYGULANMASI VE KARARLARIN DENETİMİ YÖNÜNDEN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ETKİSİ

1. Kanuni Hakların Bildirilmesi.....	210
A. Kapsam	210
B. Bildirim Usulü	219
a. Bildirimin Yapılacağı Kişi.....	219
b. Bildirimin Yapılma Zamanı	222
c. Bildirimin Yapılma Şekli.....	226
2. Yasal Yardım	238
3. Durumun Yakınlara ve İlgililere Bildirilmesi.....	251
4. Alınacak Tedbirler ve Zor Kullanılması	262
5. Sağlık Kontrolü Yapılması	273
6. Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Denetimi	278
7. Hakim Önüne Çıkma Hakkı.....	291
A. Genel Olarak Hakim Önüne Çıkma Hakkı.....	291
B. Hakim Önüne Çıkma Konusunda İzlenecek Usul	296
8. Mahkemeye ve Kanun yoluna Başvurma Hakkı.....	308
A. Genel Olarak Mahkemeye Başvurma Hakkı	308
B. Mahkemeye Başvurma Konusunda İzlenecek Usul	313
C. Kanun Yoluna Başvurma Hakkı	327

9. Salıverilme Hakkı	332
10. Tazminat Hakkı	337
SONUÇ	361
KAYNAKÇA.....	367
ÖZET	405
SUMMARY	406



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CGİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ed.	: Editör
eds.	: Editörler
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
md.	: Madde
no.	: Numara
nos.	: Numaralar
OHAL	: Olağanüstü hal

pr. : Paragraf

PVSK : Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

s. : Sayfa

SEGBİS : UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda
iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

vd. : Ve devamı



GİRİŞ

Koruma tedbirlerinin ve insan haklarının kavramsal olarak neyi ifade ettiği, ceza muhakemesi kapsamında insan hakları kavramının kapsamının ne olduğu, sınırlanmasının mümkün olup olmadığı ve hangi hallerde, hangi koşullarla sınırlanabileceği gibi konular yüzyıllardır tartışılagelmiş olup bu kavramların herkes tarafından kabul edilen tek bir tanımının veya kapsam ve koşullarının olduğundan bahsedebilmek mümkün değildir.

İnsan haklarının felsefi, sosyolojik, siyasi, hukuki gibi birçok alanda farklı tanım ve ayrımları mevcuttur ve kapsam da haliyle oldukça farklı ve çeşitlidir. İnsan haklarının anlamı üzerinde durulduğunda insan haklarının, en genel ve basit haliyle, insanın “insan” olmaktan kaynaklanan hakları olarak tanımlanması mümkünse de, insan hakları alanı dinamik bir alan olduğundan kapsamına yönelik genel ve sınırlayıcı bir belirleme yapmak hayli zordur. Bu zorluk, “hukuksuz toplum, toplumsuz hukuk olmaz”¹ bilinciyle ortak hayatın teminat altına alınabilmesi amacıyla insan haklarının belirlenmesi ve sonrasında da sınırlanması konularında kendisini somut bir biçimde göstermektedir.

Bu aşamada öncelikle bu hakların neler olduğunun kural niteliği kazanarak hukuki metinlerde belirlenmesi, daha sonra ise sınırları ve sınırlandırılmaları konularının ele alınması gerekmektedir. Nitekim çok uzun bir geçmişe dayanan insan haklarına yönelik düşüncelerin tarihsel gelişim süreci incelendiğinde de, öncelikle çeşitli felsefi görüşlerle dile getirildikleri ve daha sonra da yavaş yavaş kural niteliği kazanarak önce devletler tarafından ulusal düzeyde sonra da uluslararası ve ulusüstü düzeyde benimsendikleri anlaşılmaktadır. Hukuki metinlerde insan haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelerin

¹ Maggiore, Dritto penale, I, PG, TP, Bologna, 1961, s.4. Aktaran: HAFIZOĞULLARI Zeki, *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Us-a Yayıncılık, Ankara 1996, s. 5.

yer almasının 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (İngiliz Büyük Şartı) ile başladığı ve farklı devletlerin çok çeşitli katkıları ile günümüze kadar uzandığı görülmektedir.

Bu yüzyılda artık hukuki metinler incelendiğinde insan hakları alanında gerek ulusal gerek uluslararası hukuk alanında önemli bir yol katedildiği çok açıktır. İnsan haklarının var olması için pozitif hukuk metinleri tarafından tanınmasına gerek yoktur, bununla birlikte tarihsel gelişim süreci içerisinde uluslararası hukuk alanında günümüzde önemli bir aşamaya gelinmiş olup insan haklarının bu konudaki en önemli iki hukuki belgesinin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (“İHEB”) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte hemen hemen her ülkenin Anayasaları ile de insan haklarının tanındığı ve düzenlendiği görülmektedir.

İnsan hakları kavramının AİHS ve dolaylı olarak da bu Sözleşmenin hazırlanmasında temel alınan İHEB anlamında neyi ifade ettiği konusu ele alındığında; Sözleşmenin hazırlık süreci, metni ve kapsamı, Sözleşme organlarının bugüne kadarki görüşleri ve uygulamalarının bütünsel olarak ele alınarak bir sonuca ulaşılması gerektiği kanaatindeyiz. İnsan hakları kavramının AİHS kapsamında anlamı, zaman içinde uluslararası hukukta biriken düşünce akımları üzerine oluşturulan birikimi ifade etmekte olup bu konuda net ve sınırlayıcı bir tanım yapılmasına uygun değildir. AİHS’nin insan haklarını düzenlerken nasıl bir ayrıma gittiği, hangi hak ve özgürlükleri kapsamına aldığı ve hangilerini kapsam dışı bıraktığı konuları gerek Sözleşmenin hazırlık sürecindeki değerlendirmeler gerek Sözleşme metninde sistematik olarak yer alan hakların nitelikleri ile Sözleşme organlarının bu hakları yorumu ile netlik kazanabilmektedir.

İnsan hakları kavramının AİHS perspektifinden ulusal hukukumuzda neyi ifade ettiği konusu ele alındığında da, benzer şekilde, insan haklarına ilişkin özellikle kavramsal birtakım tartışmalar olduğu görülmektedir. Ancak AİHS’de yer alan insan hakları konusundaki düzenlemelerin, bütünsel olarak ele alınarak sonuca bağlanmasıyla

ve ulusal hukuk bakımından da AİHS'nin “etkisi” aracılığıyla hem insan hakları kavramının hem de bu hakların sınırlanması ile ilgili olan “koruma tedbirlerinin” netlik kazanması mümkündür.

Bu sebeplerle de temel hak ve özgürlüklere yasa ile müdahale niteliğinde olan koruma tedbirlerinden özellikle yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin, ülkemizde hem anayasal güvence altında olan hem de AİHS kapsamında düzenlenmiş bulunan temel insan haklarına doğrudan bir müdahale/sınırlama getirmesi nedeniyle bu koruma tedbirleri özelinde insan hakları perspektifinden derinlemesine bir inceleme yapmak hedeflenmiştir. Nitekim koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, başta kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı olmak üzere birden fazla hak ve özgürlük tek bir tedbir kararının sonucu olarak aynı anda kısıtlanabilmekte ya da bu tedbirler kapsamında yapılan iş ve işlemler birden çok hakka müdahale oluşturabilmekte ve bu durumda ilgili hakların ve özgürlüklerin ihlali ihtimali söz konusu olabilmektedir. Bu itibarla da yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine insan hakları perspektifinden yaklaşılması büyük önem arz etmektedir.

Bu çalışmanın konusunun alt unsurlarını, temelde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (“CMK”) düzenlenen yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine dair normlar ile Anayasa'da ve AİHS ve ek protokollerinde bu koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemeler; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) ve Anayasa Mahkemesi (“AYM”) (bireysel başvuru) kararları ile hem AİHS'ye hem de Anayasa ve ceza muhakemesi hukukuna egemen olan temel prensipler oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, CMK'da, Anayasa'da ve AİHS'de yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemeler olup olmadığı, var olan düzenlemelerin neleri ne kadar kapsadığı, AİHM'nin ve AYM'nin bu konulardaki yaklaşımının nasıl olduğu tespit edilerek AİHS'nin yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine etkisi, ulusal hukukumuz bakımından sorunlar ve çözüm önerileri sunulularak ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu

kapsamda CMK, Anayasa ve AİHS’de yer alan düzenlemeler arasında çelişki, farklılık ve/veya eksiklik olup olmadığının aydınlatılması, AİHS’nin ve AİHM kararlarının yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili yasal düzenlemeleri etkileyip etkilemediği, şayet etkilemiş ise Sözleşmeyle yasal mevzuatın uyumlu olduğu noktaların tespiti ve genel olarak yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin insan hakları açısından geldiği noktanın tespiti amaçlanmaktadır. Bu çalışmanın bir diğer amacı da temel insan haklarının özünü hiçbir şekilde zedelemekten ceza muhakemesinin gereği gibi ilerletilebilmesi için yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri konusunda Anayasa ve AİHS ışığında iç hukukta yapılması gerekenleri tespit edebilmektir. Bu kapsamda çalışmanın amacı, insan hakları ışığında yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerini değerlendirmenin yanı sıra mevzuat ve uygulama kaynaklı sorunların giderilmesine ilişkin işlem ve eylemler ile ilgili olarak neler yapılması gerektiğini tespit etmektir.

Bu amaçlarla yola çıkan çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Öncelikle birinci bölümde koruma tedbirlerinin AİHS ile ilişkisi ele alınacaktır. Bu ilişkide koruma tedbirlerinin ve AİHS’nin genel özelliklerine ayrı ayrı değinilecek daha sonra da AİHS’nin koruma tedbirlerine etkisi genel olarak incelenecektir. Bu yapılırken koruma tedbirleri konusundaki genel değerlendirmelerden sonra bu kez koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak AİHS kapsamında yer alan hak ve özgürlüklerden hangilerine yönelik olarak bir müdahalenin sıklıkla gündeme gelebileceği konusu ele alınacak ve CMK kapsamındaki koruma tedbirleri hakkında AİHS kapsamında genel bir tespit yapılacaktır; bu çerçevede özellikle de koruma tedbirleri ile ilgili hak ve özgürlükler konusunda AİHS’nin hangi maddelerine müdahalenin gündeme gelebildiği, hangi müdahalenin AİHS’nin ihlaline sebebiyet verdiği, AİHM’nin hangi test kriterleri üzerinden somut olaylarda nasıl bir inceleme yaptığı konuları hakkında bazı örnek kararlar üzerinden genel bir çerçeve sunulmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine genel çerçevesi ile değinilerek bu konularda AİHS ile uyum ve AİHS'nin etkisi ele alınacaktır. Bu kapsamda AİHS çerçevesinde yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri incelenecek; bu inceleme yapılırken de öncelikle her bir tedbir; kavram ve amaç, tedbirlerin çeşitleri, koşulları ve süresi bakımından ortaya konacaktır. Yapılacak inceleme, konuyla ilgili CMK, Anayasa ve AİHS hükümlerini takiben AİHM ve AYM içtihadı çerçevesinde gerçekleştirilecek ve bu konudaki AİHS'nin etkisinin ne olduğu ortaya konmaya çalışılacaktır.

Üçüncü ve son bölümde de yakalama ve gözaltı kararlarının uygulanması ve kararların denetimi yönünden AİHS'nin etkisi konusu ele alınacaktır. Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine ilişkin kararların uygulanması ve bunların denetimi, özgürlük ve güvenlik hakkı başta olmak üzere, gerek ulusal mevzuat gerek AİHS kapsamında pek çok hak ve özgürlüğe müdahaleyi gündeme getirebilmektedir. Bu sebeple hak temelli olarak ve yakalama ile gözaltında bu tedbirlerin uygulanması ve verilen kararların denetimi büyük ölçüde benzerlik gösterdiğinden ve bu iki tedbiri birbirinden ayırmak yerinde olmayacağından bu iki koruma tedbiri bu yönleriyle tek bir başlık altında, özellikle de özgürlüğünden mahrum kalan kişilerin sahip olduğu haklar çerçevesinde, incelemeye tabi tutulacaktır.

Bu başlık altında yakalama ve gözaltı kararları ile ilgili olarak hem bu kararların uygulanması sırasında hem de bu kararların denetimi konusunda yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin ne gibi hakları olduğu ve özellikle de hangi alanlarda CMK ve AİHS çerçevesinde koruma sağlandığı konuları ele alınacaktır. Bu itibarla da sırasıyla kanuni hakların bildirilmesi, yasal yardım hakkı, durumun yakınlarla ve ilgililere bildirilmesi, yakalanan ve gözaltına alınan kişiler hakkında alınacak tedbirler ve bu kişilere karşı zor kullanma yetkisinin olup olmadığı ve koşulları, sağlık kontrolü yapılması, yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetlenmesinde ne gibi haklar olduğu, hakim önüne çıkma hakkı,

mahkemeye ve kanun yoluna başvurma hakkı, salıverilme hakkı ve son olarak da tazminat hakkı ulusal mevzuatta ve AİHS’de yer alan düzenlemeler ile AİHM ve AYM içtihadları ışığında ele alınacaktır. Tüm bunlar yapılırken her bir başlık bakımından ayrı ayrı ve hak temelli olarak AİHS’nin bu koruma tedbirlerine etkisi, ulusal hukukumuz bakımından sorunlar ve çözüm önerileri sunularak ortaya konmaya çalışılacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

KORUMA TEDBİRLERİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE İLİŞKİSİ

1. Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri

A. Koruma Tedbirleri Kavramı ve Koruma Tedbirlerinin Amacı

Koruma tedbirinin kavram olarak tanımının yapılması ve amaçlarının ortaya konabilmesi için; insan hakları perspektifinden bu konudaki Anayasal normlar, yürürlükteki CMK’da yer alan düzenlemeler ve AİHS ve ek protokoller ile AİHM kararları ile bu Sözleşme’ye ve ceza muhakemesi hukukuna egemen olan temel prensipler birlikte ele alınmalıdır.

Koruma tedbiri, CMK’da açıkça yer alan bir kavram olmakla birlikte Anayasa ve AİHS ile ek protokollerde doğrudan yer almamaktadır. Bununla birlikte, CMK’da “Koruma Tedbirleri” başlığı yer alsa da kavram tanımlanmamıştır.²

Anayasa ve AİHS ile ek protokollerinde de CMK’da yer alan “koruma tedbiri” kavramını tam olarak karşılayacak bir kavrama ya da bu kavrama ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan koruma tedbirlerinin önemleri gereği anayasa ve uluslararası düzenlemeler ile de³

² CMK Birinci Kitap Dördüncü Kısım. CMK’nın 90 ila 140. maddelerinde koruma tedbirlerinin çeşitlerine yer verilmiştir. 141. madde ile 144. maddede yer alan düzenlemelerde de koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu düzenlenmiştir.

³ Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde pek çok madde dolaylı olarak, bazı maddeler de doğrudan buna dikkat çekmiştir. Bu kapsamda, hiç kimsenin keyfi olarak yakalanamayacağı, tutuklanamayacağı ve sürgün edilemeyeceğine ilişkin 9. madde veya hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışılmayacağına ve herkesin seyahat ve oturma

korunmak istendiği ve CMK’da koruma tedbirleri üst başlığı altındaki düzenlemelerin bir kısmına ilişkin çeşitli konuların hem Anayasa’da hem de AİHS’de ve ek protokollerde yer aldığı vurgulanmalıdır.⁴

Koruma tedbiri kavramının neyi ifade ettiğinin belirlenmesi, daha çok yöneldiği amaç dikkate alınarak açıklanabilir. Bu yapılırken de öncelikle koruma tedbiri kavramına ilişkin öğretide yer alan açıklamalar incelendiğinde, halen farklı kavramlarla ifade edilse de genel olarak CMK ile birlikte koruma tedbirlerine ilişkin olarak aynı kavramların kullanılmasıyla benzer tanımlar yapıldığı görülmektedir.⁵ Uygulamada da öğretideki

özgürlüğü hakkı olduğunun belirtildiği 12 ve 13. maddeler gibi düzenlemeler koruma tedbirlerinin çerçevesini belirlemektedir

⁴ Bkz. “3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Koruma Tedbirlerine Etkisi”, s. 113.

⁵ Bkz. TOROSLU Nevzat – FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 251 vd.; SOYASLAN Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 284 vd.; CENTEL Nur – ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 369 vd.; ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I –*, Seçkin Yayınevi, 9. Bası, Ankara, 2018, s. 269 vd.; YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 305 vd.; ÖZTÜRK Bahri – TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SİRMA Özge – SAYGILAR KIRIT Yasemin F. – ÖZAYDIN Özdem – ALAN AKCAN Esra – ERDEN Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 445 vd.; ÖZTÜRK Bahri – TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SİRMA GEZER Özge – SAYGILAR KIRIT Yasemin F.– ALAN AKCAN Esra – ERDEN TÜTÜNCÜ Efser – ÖZAYDIN Özdem , *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 281 vd.; ÖZTÜRK Bahri – EKER KAZANCI Behiye – SOYER GÜLEÇ Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 25 vd.; GÖKÇEN Ahmet – BALCI Murat – ALŞAHİN M. Emin – ÇAKIR Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2020, s.371-373; ÖZEN Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.589; YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.315-316. EREM Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Genişletilmiş 5. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.461 vd.

tanımlara da atıfla koruma tedbirleri, amaçlarından da yola çıkılarak tanımlanmaktadır.⁶ “Bir bütün olarak koruma tedbiri kavramı ele alındığında şu tespit yapılabilir: Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek, ceza muhakemesinin gecikmeden yapılabilmesini sağlamak ve uyuşmazlığın konusunu oluşturan somut olaya uygun bir karar verilebilmesi ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvuru, geçici nitelikte olan, Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbirlerdir”.⁷

Koruma tedbiri kavramının CMK’da düzenlenmesi ile birlikte koruma tedbiri olarak nitelendirilen çeşitli tedbirler bakımından kavram karışıklığı bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Koruma tedbirleri kavramı ve bu nitelikteki pek çok tedbir, özellikle de 5271 sayılı CMK öncesi dönemde farklı kavramlar ile ifade edilmişlerdir. CMK, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’ndaki (CMUK) koruma tedbirleri bakımından oldukça farklıdır ve CMK ile bu konuda önemli yenilikler getirilmiştir.⁸ CMK’da

⁶ Örneğin bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14.03.2017 tarih, 2016/10-579 Esas ve 2017/141 Karar sayılı ilamı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26.6.2018 tarih, 2016/20-761 Esas ve 2018/305 Karar sayılı ilamı.

⁷ KAYA GÖÇMEN, ÖZEN, “Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 1751-1752. Ayrıca bkz. SOYASLAN, 2018, s.284.

⁸ CMUK ile CMK’nın koruma tedbirleri açısından karşılaştırılması ve CMK’nın yenilikleri konusunda bkz. ŞAHİN, 2018, s. 270-274. Tasarı ve Komisyon raporları için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=22770, [Erişim Tarihi: 01.02.2020.] Bu konuda ayrıca bkz. EREM, 1978, s.461 vd; Tehlike tedbirleri genel teorisi, koruma tedbirleri, tehlike tedbiri, önleme tedbiri gibi kavramsal tartışmalar için ayrıca bkz. KUNTER Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s.468 vd; KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s.590vd ve ayrıca s.667vd.

“koruma tedbiri” kavramı kullanılmış ve öğretide de genel olarak bu terim tercih edilmiş ise de, CMUK’da bu şekilde üst bir kavram kullanılmamış olması ve sistematik bir sınıflandırma yapılmamış olması, o dönemlerde öğretide ve uygulamada terim farklılığı olmasına neden olmuştur.⁹ Bu kavram, farklı pek çok kavram ile ifade edilmiştir; örneğin söz konusu önlemlerin “usul tedbiri”, “tehlike tedbiri”, “ihtiyati tedbir”, “emniyet tedbiri”, “zorlayıcı tedbir” –zorlayıcı önlemler– ceza yargılaması önlemleri veya “temel hak müdahaleleri” –gizli soruşturma tedbiri– olarak adlandırıldığı da görülmektedir.¹⁰ CMK’da ise açıkça “koruma tedbirleri” kavramı tercih edilerek en azından bu başlık altında sistematik olarak yer alan tedbirler bakımından farklı terimlerin kullanılmasına ilişkin karışıklık sona erdirilmeye çalışılmıştır.¹¹ Koruma tedbirleri çeşitleri bakımından farklı sınıflandırmalara da tabii tutulmuşlardır.¹² Vurgulandığı üzere bu kavram

⁹ Koruma tedbirlerinin bu şekilde çeşitli isimlerle nitelendirilmesinin CMUK’nın sistemsizliği ile ilgili olduğu ve bu yöndeki eleştiriler için bkz. ŞAHİN, 2018, s. 269; Türk öğretisinde bir birlik olmadığı yönünde bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 281.

¹⁰ Bu konuda bkz. KUNTER, 1978, s.468 vd; EREM, 1978, s.461 vd; KUNTER – YENİSEY, 2000, s.590 vd. HAFIZOĞULLARI, 1996, s. 233-256; YÜCE Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi / 11, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, 1980, s. 67-96; CENTEL – ZAFER, 2020, s. 369; ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 281. Ayrıca bkz. YENİSEY– NUHOĞLU, 2019, s. 267 vd; GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s. 371-372.

¹¹ Ancak hem öğretide halen koruma tedbiri yerine farklı kavramların kullanıldığı görülmekte hem de bu başlık altında düzenlenmeyen ve mahiyeti gereği benzer niteliklere sahip olan birtakım düzenlemeler bakımından kanaatimizce bu karışıklık devam etmektedir. Krş. ŞAHİN, 2018, s. 269. Ayrıca krş. YURTCAN, 2018, s.315-316.

¹² Örneğin muhakeme hukuku ve muhakeme-dışı hukuk koruma tedbirleri olarak öncelikle ikili ayırım yapılır, ilki de muhakemenin çeşitlerine göre bölümlere ayrılır. Ceza Muhakemesi koruma tedbirleri gaye bakımından tutucu ve önleyici şekilde ikiye ayrılır ayrıca kişi hürriyetini kayıtlandıranlar ve kayıtlandırmayanlar olarak da ikiye ayrılır. Bkz. KUNTER – YENİSEY, 2000, s.598. Ayrıca koruma tedbirinin tutucu koruma tedbiri ve önceleyici koruma tedbiri şeklindeki iki çeşidi ile ilgili detaylı bilgi

karışıklığı, amaç noktasında koruma tedbirlerinin tanımının yapılması ile de bir ölçüde giderilebilecektir.

“Koruma tedbirlerinin genel-ortak amacı ele alındığında da, bu amacın en genel anlamda ceza muhakemesinin tam, sağlıklı ve gecikmeksizin yapılabilmesini ve bu itibarla da somut olaya uygun bir karar verilerek maddi gerçeğe ulaşılabilmesini ve yargılama sonucunda verilecek olan kararın uygulanmasını sağlamak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır”.¹³ Nitekim bir suç şüphesi durumunda bu suç ve suç faili hakkında soruşturma ya da kovuşturma yapılabilmesi için belirli bir zamana ihtiyaç duyulmaktadır, zaman ilerledikçe de suçun işlendiği andaki delillerin bulguların ortadan kaybolması yahut da failin bulunamaması, cezanın infaz edilememesi gibi durumlar söz konusu olabilir, bu itibarla da koruma tedbirleri kurumu ile bir bütün olarak hem doğru ve sağlıklı bir muhakeme yapılabilmesi için gerekli olan mevcut durumu muhafaza etmek hem de koruyucu bu önlemler ile yargılama sonucunda verilecek olan kararın uygulanabilmesini sağlamak amaçlanmaktadır. Bununla birlikte koruma tedbirlerinin bu sayılan amaçlarının her olayda birlikte gerçekleşmesi gerekli olmamakla birlikte, her zaman gerçekleştiğini söylemek de mümkün değildir. Bu amaçlara ulaşabilmek üzere koruma tedbirine başvurulmuş olsa da, koruma tedbirine ilişkin işlemler sonucunda bu amaç hasıl olmayabilir; örneğin başvuru işlemlerinde bir delil elde edilememiş veya kararın

için bkz. KUNTER, 1978, s.469. Bir diğer açıdan; yöneldikleri değere göre; amaçlarına göre; yöneldikleri kişilere göre; karar verme ve uygulama yetkisine göre önlemler şeklindeki sınıflandırma için bkz. YURTCAN, 2018, s.322-324. Koruma tedbiri ile önleme tedbiri arasındaki farklar ve koruma tedbirlerinin tutucu koruma tedbiri ve önceleyici koruma tedbiri şeklindeki (geçmişe yönelik ve geleceğe yönelik koruma tedbiri) ikili ayrım için bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.267 vd ve 306. Ayrıca geleneksel koruma tedbirleri modern koruma tedbirleri şeklindeki sınıflandırma için bkz. ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s.37 vd ve 213 vd.

¹³ KAYA GÖÇMEN, (2016), s. 1759.

uygulanması yine de sağlanamamış olabilir, ancak burada önemli olan, belirtilen bu amaçların bir veya birden fazlası ile koruma tedbirlerine başvurulmuş olmasıdır.

Koruma tedbirlerine başvurulma amacı, hem CMK hem de Anayasa ve AİHS açısından önem taşımaktadır. Nitekim koruma tedbirlerinin en belirleyici özelliği, anayasa ve uluslararası düzenlemeler ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturmalarıdır. Bu anlamda koruma tedbirlerine karar verilmesi veya bu tedbirlerin uygulanması aşamasında seçilecek koruma tedbirinin amacı mutlaka nazara alınarak ona göre bir koruma tedbiri kararı verilmeli ve uygulanmalıdır aksi takdirde koruma tedbiri nedeniyle sınırlandırılan hak ve özgürlükler bakımından ihlaller gündeme gelecektir.

Koruma tedbirleri bir veya birden çok hak ve özgürlük ile doğrudan veya dolaylı bağlantı içinde bulunduğundan koruma tedbirlerinin amacı konusunda da ilgili hak ve özgürlük incelenmelidir. Bu kapsamda amaç konusunda bir ihlal olup olmadığı özellikle değerlendirilmeli ve ilgili hak ve özgürlüğün niteliğine göre bir belirleme yapılmalıdır. Nitekim bu durum Anayasa ve AİHS kapsamında bir hak ihlali olup olmadığı değerlendirilirken de aynı şekilde ele alınmalıdır. AİHM tarafından da yine benzer şekilde ilgili bulunan hak ve özgürlüğün sınırlandırılma amacı kapsamında bir denetim yapılmaktadır.¹⁴

O halde her bir koruma tedbiri bakımından uygulanacak tedbirin amacı da nazara alınarak, koruma tedbirlerine bu amaçlar olmaksızın başka bir amaçla başvurulması yahut da bu belirtilen amacın aşılması halinde yapılan işlem ve eylemler CMK'ya aykırı olacak, aynı zamanda bu durum Anayasa'nın ve AİHS'nin de ihlalini gündeme getirecektir.

¹⁴ Örneğin bkz. Ostendorf v. Almanya, no. 15598/08, 7 Mart 2013, pr. 65-73.

B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri

“Koruma tedbiri olarak nitelendirilen birbirinden farklı pek çok tedbirin, hem diğer işlem ve kararlarda bulunan birtakım ortak özellikleri vardır hem de bu tedbirlere başvurulabilmesi için ayırt edici birtakım ortak özellikler gerekmektedir”.¹⁵ Koruma tedbirleri incelenirken de bir tedbirin koruma tedbiri niteliğini taşıyabilmesi için gerekli özellikler ile bu tedbire karar verilebilmesi için gereken şartları birbirinden ayırt etmek gerekir.

Öğretide de, koruma tedbirlerinin ortak özellikleri ve önşartları hemen hemen benzer kavramlar kullanılarak ifade edilmiş, ancak hangisinin önşart olduğu hangisinin ortak özellik niteliğinde olduğu ise farklı sınıflandırmalara tabi tutularak ele alınmış, ayrıca yine bu farklı sınıflandırmalarda zaman zaman bir özellik diğer bir özelliği kapsar biçimde ya da kavramlar birbirinin yerine geçer şekilde kullanılmıştır.¹⁶ Kanaatimizce koruma tedbirlerinin ortak özellikleri incelenirken öğretide koruma tedbirlerinin önşartları olarak da adlandırılan bir takım özelliklerin, koruma tedbirlerinin genel özellikleri ile birlikte ele alınması ve koruma tedbirlerine ilişkin bir karar verilebilmesi

¹⁵ KAYA GÖÇMEN, (2016), s. 1772.

¹⁶ Koruma tedbirlerinin özellikleri ve önşartları şeklindeki ayrımlar için bkz. KUNTER, 1978, s.470-473; KUNTER – YENİSEY, 2000, s.593-597. Vasıta oluş ve geçici oluşun koruma tedbirlerinin özellikleri ve gecikmede tehlike, haklı görünüş ve ölçülülüğün ise koruma tedbirlerinin ön şartları olduğu yönündeki ayrım için bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s. 306-310. Centel-Zafer’e göre koruma tedbirlerinin özellikleri; yasayla düzenlenmiş olma, geçici olma ve araç olmayken önşartlar; gecikmede tehlike bulunması, haklı görünüş ve orantı bulunmasıdır. Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 370-373. Yüce’ye göre ise gecikmede tehlike (veya gecikemezlik) ile uygun orantı ilkesi koruma tedbirlerinin (zorlayıcı önlemlerin) hepsinde bulunması gereken ön koşullardır. Bkz. YÜCE, (1980), s. 72. Ayrıca koruma tedbirlerinin ortak özellikleri ile ilgili genel olarak bkz. ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s.26-35. Ayrıca bkz. ŞAHİN Cumhur – GÖKTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I –*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.273-277.

için gereken koşulların da yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri özelinde bu koruma tedbirleri incelenirken özel olarak ele alınması mümkündür.

Bu kapsamda koruma tedbirlerinin ayırt edici özellikleri; “temel bir hak ve özgürlüğü sınırlandırma, yasal olma, ölçülü bir tedbir niteliğinde olma, bir suç şüphesinin varlığı halinde uygulanabilme, görünüşte haklı olma, geçici olma, araç olma, zorlayıcılık niteliğine sahip olma, gecikmede tehlike bulunması halinde uygulanma ile bir karara dayanma” özelliği olup bu özellikler sırasıyla ele alınacaktır.

a. Hak ve Özgürlükleri Sınırlama

Koruma tedbirlerinin en temel özelliği, anayasal güvence altında olan ve uluslararası sözleşmeler ile de korunan “temel hak ve özgürlüklerin” pek çoğunu sınırlandırmasıdır.¹⁷

Temel hak ve özgürlük kavramları, bunların kapsamı ve bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı konuları ile bu tür temel hakların “hiçbir koşulda kısıtlanamazlığı” ile “bazı koşullarda kısıtlanabilirliği” sürüp giden bir tartışma olsa da, koruma tedbirlerinin birtakım hak ve özgürlükleri belirli derecede kısıtladığı bir gerçektir.¹⁸ Koruma tedbirleri, çeşitlerine göre, tek bir hak ile bağlantılı olup bir hakka

¹⁷ Hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda değerlendirmeler için bkz. GÖZLER Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 220-248; GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 24.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.123-137; MUMCU Ahmet – KÜZECİ Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.242 vd. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.378-379.

¹⁸ Temel hakların kısıtlanabilirliği tartışmaları ve nedeni ile ilgili bir değerlendirme için bkz. KUÇURADI İoanna, “İnsan Haklarından Devlet Kavramına”, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 35. Yılı Armağanı*, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 9, Ankara, 1983, s. 47. Türk Anayasal belgelerinde kişi güvenliği ve özgürlüğü ile ilgili genel olarak bkz. DOĞAN İlyas – ÖZDEMİR Omca, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, Editör İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara 2019, s. 144 vd.

müdahale niteliğinde olabileceği gibi, aynı anda birden fazla hak ile bağlantılı olarak birden fazla hakka aynı anda müdahale niteliğinde de olabilir. Bu durumda bir koruma tedbiri ile bir veya birden fazla temel hakkın sınırlandırılması gündeme gelebilmektedir, ancak bu hakların hangileri olduğu, koruma tedbirlerinin ayırt edici ortak özellikleri bakımından bir önem arz etmez.¹⁹ Önemli olan koruma tedbirlerinin genel olarak bir hak ve özgürlüğü sınırlaması, ona bir müdahale niteliğinde olmasıdır.

Koruma tedbirlerinin hak ve özgürlükleri sınırlama özelliği; CMK, Anayasa ve AİHS’deki temel hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda sınırlandırılacağına ilişkin çeşitli düzenlemeler dikkate alınarak ele alınmalıdır. CMK’da her bir koruma tedbiri bakımından hangi hak ve özgürlüğün ne kadar sınırlandırılacağı ayrı ayrı düzenlenmiştir. Anayasa’da, temel hak ve hürriyetlerin hangi hallerde sınırlandırılacağı ve hangi hallerde bu hakların kullanımının durdurulacağı koşulları ve kapsamaları ile birlikte düzenlenmiştir.²⁰ Bu itibarla hem temel hakların sınırlandırılması ve kullanımının durdurulması ile ilgili bu genel hükümler hem de ilgili hakların düzenlenmiş olduğu maddelerde yer alan özel sebepler birlikte değerlendirilmelidir.²¹ AİHS’de de, hem genel

¹⁹ Örneğin bir tedbir aynı zamanda hem özel yaşama ve hem de aile yaşamına müdahale ediyor olabilir.

Bkz. Menteş ve Diğerleri v. Türkiye, no. 23186/94, 28 Kasım 1997, pr. 73.

²⁰ Örneğin bkz. 1982 Anayasası md. 13, 15 ve 16.

²¹ Olağan dönemlerde hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı ve hangi güvence ölçütlerinin geçerli olduğu konusunda Anayasa ve AİHS değerlendirmesi için bkz. İNCEOĞLU Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 23-52. Olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Anayasa ve AİHS değerlendirmesi için bkz. BOYAR Oya, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 97-111.

olarak hangi durumlarda Sözleşme’de yer alan yükümlülükler aykırı tedbirler alınabileceği düzenlenmiş hem de ilgili maddelerde hangi müdahalelerin Sözleşme’ye uygun olarak nitelendirilebileceği ilgili maddeler içerisinde sıralanmıştır.²²

CMK, Anayasa ve AİHS’deki düzenlemeler ve uygulama dikkate alındığında şu tespitler yapılabilir: Öncelikle CMK’daki hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümler, çoğu kez bu tedbire başvurulabilme koşulları ve süresi bakımından düzenlenmiştir ve her bir tedbir bakımından özel düzenlemelerdir. Anayasa ve AİHS değerlendirildiğinde, hakların sınırlandırılması konusunda buradaki düzenlemelerin paralellik arz ettiği görülmektedir.²³ Özellikle de olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumlarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması Anayasa’da ve AİHS’de benzer şekilde düzenlenmiştir²⁴; bu durum, AYM tarafından da benzer bir tespit ile dile getirilmiştir.²⁵ AİHM kararlarında da pek çok kez Sözleşme metninde yer alan kavramlar açıklanmaya çalışılmak suretiyle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması durumu titizlikle ele alınmıştır.²⁶

²² AİHS md. 15, “Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” başlığı ile düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. AİHS md. 16, 17 ve 18.

²³ Öğretide de benzer şekilde, AİHS ile Anayasa’daki sınırlama rejiminin bazı sorunlu yanları olmakla birlikte büyük ölçüde birbiriyle örtüşür bir biçimde yorumlanmaya müsait olduğu ve AYM’nin de bu uyumu sağlama gayreti içinde olduğu belirtilmiştir. Bkz. İNCEOĞLU, (2013), s. 52.

²⁴ Öğretide de bu durum, “1982 Anayasası’nda AİHS’nin 15. maddesinin içeriğinin aynı madde numarasıyla yansıtılmasında da bir tesadüf olmasa gerektir” şeklinde yorumlanmıştır. MEMİŞ Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:42, Ankara, 2000, s. 135.

²⁵ Örneğin bkz. AYM’nin 10.1.1991 tarihli, 1990/25 E. ve 1991/1 K. sayılı kararı.

²⁶ AİHM’nin “genel tehlikenin” ne olduğunun belirlenmesi konusunda devletlerin rolünün ne olması gerektiği ile ilgili vermiş olduğu bir karar için bkz. Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, pr. 68-70.

Bu çalışmanın yazım aşamasında da lkemizin 15 Temmuz 2016’da maruz kaldığı darbe teşebbüsü nedeniyle 21 Temmuz 2016 ila 20 Temmuz 2018 arası olağanüstü hal devam etmiştir.²⁷ Bu aşamada gerek AİHS’nin askıya alınması gerek temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konularında çeşitli vesilelerle konu AİHM tarafından da değerlendirilmiştir.²⁸ Benzer durum AYM bakımından da geçerlidir.²⁹

²⁷ 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsünün ardından, 20 Temmuz 2016 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından 90 gün süreyle ülke genelinde olağanüstü hal (OHAL) ilan edilmiş ve 21 Temmuz 2016 tarihli ve 29777 sayılı Resmi Gazete yayımlanmıştır. Daha sonra OHAL’in üç ay süre ile uzatılmasına karar verilmiş, bu karar 13 Ekim 2016 tarihli ve 29856 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Sonrasında da yayımlanmış olan çeşitli Kanun Hükmünde Kararnameler ile olağanüstü hal süresi uzatılmış; 20 Temmuz 2018 tarihinde de sona ermiştir.

²⁸ Olağanüstü halin ilanı sonrası Avrupa Konseyi nezdinde Türkiye Daimi Temsilcisi, 21 Temmuz 2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, 15. madde bağlamında Sözleşme’nin askıya alındığına dair bildirimde bulunmuştur. Bu süreç içerisinde konu çeşitli vesilelerle AİHM önüne de gelmiş ve AİHM, Türkiye’nin Sözleşme’yi askıya almasına ilişkin hususu öncelikli mesele olarak ele almıştır. (rneğın bkz. Şahin Alpay v. Türkiye, no.16538/17, 20 Mart 2018, pr.66 vd; Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.57.) Mahkeme Türkiye özelinde resmi koşula riayet edildiğini belirtmiş ve “Bu tedbirlerin kesinlikle durumun gerekleriyle orantılı olması ve uluslararası hukuktan doğan başka ykmllklrle çelişki içerisinde olmamaları gerektiğini” belirtmiştir. (Bkz. Şahin Alpay v. Türkiye, no.16538/17, 20 Mart 2018, pr.74; Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.65.) Ayrıca AİHM, “somut olayda alınan tedbirleri, durumun gerektirip gerektirmediğı ve bu tedbirlerin uluslararası hukuktan doğan başka ykmllklre uygun olup olmadığı hususuyla ilgili olarak, başvuranın şikyetlerinin esası hakkında –daha sonra yapacağı- bir incelemenin gerekli olduğu kanaatinde” olduğunu da ifade etmiştir. (Bkz. Şahin Alpay v. Türkiye, no.16538/17, 20 Mart 2018, pr.78; Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.69.)

²⁹ Olağanüstü Hl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi ile ilgili bkz. AYM’nin 25/7/2019 tarih, 2018/92 Esas, 2019/67 Karar sayılı ilamı. (Resmi Gazete Tarih: 31/10/2019, Sayı: 30934) Bireysel başvurular ile ilgili olarak da örneğın bkz. Sait Oran Başıvurusu, no. 2016/29085, 19/7/2017) Esas noktasında denetim ile ilgili olarak bkz. dn. 31 ve 32.

Temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarla sınırlanabileceği konusuna ilişkin bu yasal düzenlemeler, AİHS'nin ulusal hukukumuzda etkisi değerlendirilirken gerek olağan dönemler gerek olağanüstü dönemler bakımından her bir koruma tedbirinin somut olayın koşulları içinde müdahale ettiği hak ve özgürlük bakımından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmelidir. Koruma tedbirleri genel olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlamakta ise de, olağanüstü dönemlerde bu hakların daha çok sınırlanması veya tamamen kullanımlarının durdurulması söz konusu olabilmektedir. Bu itibarla koruma tedbirine ilişkin kararların belirli bir süre ya da belirli bir bölgede farklı usullere tabi olması söz konusu olabilmekte, CMK'da bu konularda yer alan koşullar değişmektedir.

Örneğin bir gözaltı süresi, bu durumda kanunda belirlenmiş olan süreden daha fazla olarak belirlenebilmekte ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı da bu şekilde doğrudan etkilenmektedir. Bu nedenlerle de Anayasa'nın AİHS ile paralellik arz ettiği gözetilerek bu konudaki AİHM içtihadı takip edilmelidir. Nitekim AİHM bu durumlarda, içtihat hukukunda geliştirdiği pek çok ilkeyi kullanarak somut olaylarda “durumun gerektirdiği bir uygulama” olup olmadığını kendisi takdir etmektedir.³⁰

AYM tarafından da bu konuda yapılan değerlendirmeler incelendiğinde genel olarak benzer mahiyette olduğu görülmektedir. AYM tarafından; “olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel

³⁰ Örneğin AİHM, Türkiye'nin güneydoğusunda ciddi boyutlara ulaşan terör sorununu ve teröre karşı etkili tedbirler alınmasında devletin karşı karşıya olduğu güçlükleri dikkate almış, ancak somut olayda başvuruçunun on dört gün ve daha uzun bir süre gözaltında tutulmasının bu durumun gerektirdiği bir uygulama olmadığına karar vermiştir. Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, pr. 77-84. Krş. Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, no. 14533/89 ve 14554/89, 26 Mayıs 1993, pr. 49, 51-54 ve 66. Olağanüstü hal dönemlerinde yer itibarıyla uygulama ile ilgili olarak Türkiye hakkında verilen ihlal kararı için bkz. Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997.

hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejiminin dikkate alınacağı” belirtilmekte ve “olağanüstü bir durumun bulunması ve bunun ilan edilmesinin yanı sıra bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirin olağanüstü durumla bağlantılı olması halinde incelemenin Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca yapılacağı” vurgulanmaktadır.³¹

Ayrıca AYM tarafından bu konudaki güncel kararlarda temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan tedbirin “hukuki olup olmadığının incelenmesinin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında” yapılırken “bu inceleme sırasında öncelikle başvuruların tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği” ve şayet aykırılık saptanırsa “Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığının değerlendirilmesi gerektiği” belirtilmiştir.³² O halde AİHS'nin bu konudaki etkisi, somut olaylarda koruma tedbirlerinin temel bir hak ve özgürlüğü sınırlama özelliği ve bu sınırlamanın sınırları ile birlikte bu yasal düzenlemeler arasındaki paralellik ilişkisi de dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

b. Yasallık

Koruma tedbirlerinin yasallık özelliği bulunmaktadır ve bu özellik, aynı zamanda koruma tedbirlerinin yasayla düzenlenmesini zorunlu kılan temel bir ilkedir. Nitekim bu temel ilke, yasal düzenlemeler ile de doğrudan karşılık bulmuştur.

Koruma tedbirlerinin yasallık özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS'deki düzenlemeler ele alındığında, öncelikle koruma tedbirlerinin temel bir hak ve özgürlüğü

³¹ Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2016/22169, 20/6/2017, pr. 187; Selçuk Özdemir Başvurusu, no. 2016/49158, 26/7/2017, pr.58.

³² Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2016/22169, 20/6/2017, pr.192 vd, 242; Selçuk Özdemir Başvurusu, no. 2016/49158, 26/7/2017, pr.58; İhsan Yalçın Başvurusu, no. 2017/8171, 9/1/2020, pr. 42.

sınırlaması ile bağlantılı olarak ve bu sınırlamanın da ancak “yasayla” yapılabileceği gözetilerek koruma tedbirlerinin yasayla düzenlenmesinin bir zorunluluk olduğu sonucuna varılmaktadır. Anayasa’da “temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla sınırlandırılabilmesi” düzenlenmiştir.³³ Yine Anayasa’daki özellikle hukuk devleti ve temel ilkelerin, ceza muhakemesinde de dikkate alınması gerektiğine şüphe yoktur. Bu nedenle koruma tedbirlerinde öncelikle bu tedbirlerin “kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hallerde ise, kanunun hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiligi önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığı” denetlenmelidir.³⁴ Ayrıca Anayasa’da “mahkemelerin görev ve yetkilerinin ve yargılama usullerinin de kanunla” düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁵ Benzer hükümler bir kez de CMK’da tekrarlanmıştır.³⁶

AİHS’de, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükler bakımından genel olarak hangi durumlarda Sözleşme’de yer alan yükümlülükler aykırı tedbirler alınabileceği düzenlenmiş olduğu gibi, her bir hak ve özgürlük bakımından da ilgili maddelerde bu konudaki istisnalara ya da çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

O halde koruma tedbirlerinin yasallık özelliği gereği, koruma tedbirlerinin anayasal güvencede olan temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması nedeniyle, bunlar hakkında özel düzenlemeler yapılması gerekmekte, Anayasa ve yasalarda bunlar açıkça

³³ Yine bu sınırlama yapılırken sınırlama sebebinin Anayasa’nın ilgili maddesinde yer alan sebeplere bağlı olarak yapılması ve Anayasa’da belirtilen birtakım ilkelere dikkat edilmesi zorunludur. Bkz. 1982 Anayasası md. 13.

³⁴ Bu denetim, AYM tarafından bireysel başvuru yoluyla yapılan başvurularla ilgili kararlarda da yapılmakta ve ihlal kararlarının verildiği görülmektedir. Örneğin bkz. Ramazan Aras Başvurusu, no. 2012/239, 2/7/2013, pr. 45.

³⁵ 1982 Anayasası md. 142.

³⁶ CMK md. 3. Ayrıca bkz. CMK md. 289/1-d ve 280/1-e ve 90-140.

belirtmek zorundadır. Bu kapsamda yasa ile bir düzenleme olmadan bu tedbirlere başvurulabilmesi mümkün değildir.³⁷

Yasallık konusunda AİHS'nin etkisi de, özellikle de hem hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Sözleşme'nin genel yaklaşımı dikkate alınarak hem de her bir koruma tedbiri bakımından ayrı ayrı müdahale oluşturan hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili madde dikkate alınarak belirlenmelidir.³⁸ Ayrıca uygulamada da AİHM kararları tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ve hangi durumlarda alınan tedbirlerin hukuka uygun olarak kabul edileceğine ilişkin çerçeve büyük ölçüde belirlenmiş olduğundan bu kararlar dikkate alınmalıdır.³⁹ AİHM kararlarına geçmeden önce, kısaca, yasallık ilkesi ile ilgili olarak koruma tedbirlerine ilişkin “tüm düzenlemelerin” “kanunla” yapılması gerekip gerekmediği hususları üzerinde durulmalı ve sonra da AİHM kararları kapsamında ulusal hukukumuz değerlendirilmelidir.

Koruma tedbirlerinin yasallık özelliğinin, bunlara ilişkin “tüm düzenlemelerin” “kanunla” yapılmasını zorunlu kılıp kılmadığı ele alındığında bu konuda öğretide farklı görüşlerin dile getirilmiş olduğu görülmekte⁴⁰ ancak yapılan düzenlemeler bakımından

³⁷ Bu konuda ayrıca bkz. YURTCAN, 2018, s.316.

³⁸ Bkz. “3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Koruma Tedbirlerine Etkisi”, s. 113.

³⁹ Koruma tedbirlerinden yakalama ve gözaltı incelenirken bağlantılı olan AİHM kararları da ilgili bölümlerde incelenecek ve bu şekilde AİHM'nin konuya ilişkin çizdiği çerçeve her bir bölümde kararlar ve insan hakları yaklaşımı üzerinden ile ortaya konacaktır.

⁴⁰ Örneğin ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan yasallık ilkesinin hak ve özgürlüklere ilişkin işlemlerle sınırlı olduğu dile getirilmiş olduğu gibi (Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 22.) ceza muhakemesinin kanuniliği zorunlu kıldığı, örneğin CMK md. 99'dan da bahisle bu şekilde düzenlemeler ile kuvvetler ayrımının ihlal edildiği de belirtilmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI Zeki / AYGÜN EŞİTLİ Ezgi / KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı: 1, 2015, s.505-519.

bir ayrıma gidilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Kanaatimizce yasallık ilkesi gereği koruma tedbirlerinin yasa ile düzenlemesi zorunludur, ancak koruma tedbirlerine ilişkin uygulama işlemleri gibi “ikincil konuların” kanun dışında “diğer düzenleyici işlemlerle” yapılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte bu yapılırken de titiz bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu düzenlemeler ile örneğin yeni bir koruma tedbiri getirilemeyeceği ve bir koruma tedbiri ile bağlantılı olan hak ve özgürlüğün de daha fazla sınırlandırılmasına yol açabilecek düzenlemeler yapılamayacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Bu değerlendirmeler ışığında da “yasa” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunun ve koruma tedbirlerinin yasallık özelliği ile ilgili AİHM’nin genel uygulamasının biraz daha detaylı bir şekilde incelenmesi faydalı olacaktır. Yasallık konusunun AİHM kararlarına yansımaları ele alındığında, koruma tedbirleri ile bağlantılı olan hak ve özgürlüğün Sözleşme’nin hangi maddesine müdahale teşkil ettiği ele alınarak Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediğinin de, her bir hak ve özgürlük ile ilgili AİHS düzenlemeleri ve AİHM içtihadı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği öncelikle vurgulanmalıdır. Bununla birlikte çalışmanın kapsamı itibarıyla burada genel olarak koruma tedbirleriyle ilgili hak ve özgürlüklerden bir kısmı bakımından bazı örnekler verilmek suretiyle konu ele alınacaktır. Bu kapsamda örneğin Sözleşme’nin 5. maddesindeki özgürlük ve güvenlik hakkında ya da 8. maddesindeki özel ve aile hayatına saygı hakkında genel olarak “müdahalenin yasayla öngörülmüş olması” temel prensibinin mevcut olduğu görülmektedir.⁴¹ Her ne kadar bu gereklilik ilk bakışta oldukça basit

⁴¹ Koruma tedbirlerinden bazılarının doğrudan bağlantılı olduğu bu iki madde AİHM değerlendirmesi konusunda bir fikir vermesi amacıyla yalnızca örnek olarak seçilmiştir. Bu inceleme elbette ki bu maddeler ile sınırlı değildir. Örneğin AİHM, yasallık konusunda Sözleşme’nin 8. maddesini 10. maddesi ile paralel değerlendirmektedir. AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiği kararında yasallık ile ilgili değerlendirme yapmış ve belirlediği prensiplerin

görünse de, bu kavram AİHM içtihat hukukunda daha karmaşık bir yapıya bürünmektedir.⁴² Bu nedenle de koruma tedbirlerinin yasallık özelliği konusu bakımından AİHS'nin etkisi ele alınırken AİHM içtihadı ulusal hukukumuzla kıyaslanmalı ve ulusal hukukumuzun bu konuda daha fazla bir koruma mı getirdiği, yoksa bu konudaki AİHM içtihadının iç hukumuzda genel olarak uygulanması mı gerektiği soruları cevaplanmalıdır.

AİHM'nin bu konudaki genel yaklaşımı incelendiğinde, bahsedilen ilgili maddelerde yer alan yasallık ilkesini, diğer bir deyişle “yasayla öngörülmüş olma” kavramını genel olarak geniş anlamıyla kabul ettiği söylenmelidir.⁴³ İlk olarak “yasa” kelimesinin yalnızca yazılı yasaları değil, yazılı olmayan yasaları da içerdiğini belirtmektedir.⁴⁴ İkinci olarak, bir koruma tedbiri ile temel hakka müdahalenin öncelikle ulusal hukukta yer alan hükümlere uygun olması gerektiği ve ulusal hukukta hukuki bir dayanağı olması gerektiği, AİHM tarafından pek çok kez vurgulanmıştır.⁴⁵

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında da uygulanacağını söylemiştir. Bkz. *Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 Mart 1983, pr. 85.

⁴² TRECHSEL Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, New York, 2006, s. 537.

⁴³ Bu kavramın koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamındaki değerlendirilmesi ve AİHM'nin yorumu konusunda bkz. TRECHSEL, 2006, s. 537-539. Ayrıca bkz. *Kruslin v. Fransa*, no. 11801/85, 24 Nisan 1990, pr. 29. Nitekim bu görüş Türk hukukunda da geçerlidir. “AİHM, yasayla öngörülmüş olma kavramına türk hukukunda yasallık ilkesine verilen anlamdan daha geniş bir anlam vermektedir.” Bkz. İNCEOĞLU, (2013), s. 26. Ayrıca bu konuda ayrıntılı tespit ve değerlendirmeler için bkz. ŞİRİN Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1)*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s.61 vd.

⁴⁴ Bkz. *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, no. 6538/74, 26 Nisan 1979, pr. 47.

⁴⁵ Örneğin bkz. *Michaud v. Fransa*, no. 12323/11, 6 Aralık 2012, pr. 94.

AIHM tarafından özgürlük ve güvenlik hakkı değerlendirilirken bir tutukluluğun, hem Sözleşme md. 5/1 anlamında “yasanın öngördüğü usule uygunluğu” hem de ilgili alt bentlerde yer alan düzenleme gereğince “yasaya uygunluğu” konusunda Sözleşme’nin esasen ulusal mevzuata atıfta bulunduğu belirtilmiştir.⁴⁶ Bu sebeple de öncelikle AIHS’nin ikincillik özelliğinin de bir gereği olarak ulusal hukukun yasalarında yer alan esasa ve usule ilişkin hükümlere riayet edilmelidir.⁴⁷ Ayrıca AIHM, “yasayla öngörülmüş ifadesinin sadece ulusal yasalara yönelik olmadığını, aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de yönelik olduğunu” ve AIHS’nin giriş bölümünde de açıkça ifade edildiği üzere, hukukun üstünlüğü ile uyumlu olmasını da gerektirdiğini ifade etmiştir.⁴⁸

Ayrıca AIHM tarafından denetim yapılırken “yasayla öngörülmüş olma” kavramında yer alan yasanın belirli birtakım özellikleri olması gerektiği sonucuna varıldığı da görülmektedir. AIHM’ye göre burada yer alan “yasa” kavramı, yeterince erişilebilir ve öngörülebilir olmalı, bir diğer deyişle kişilerin gerekirse uygun bir danışmayla davranışını düzenleyebileceği yeterli açıklık ile hazırlanmış olmalıdır.⁴⁹ Yine AIHM’ye göre koruma tedbirlerine ilişkin yasalar –örneğin somut olayda iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması gibi– gizli ve potansiyel olarak tehlikeli bir müdahale niteliğinde olduğundan “kamu otoriteleri tarafından hangi durumlarda ve şartlarda yapılabileceği konusunda vatandaşlara yeterli bilgi verecek düzeyde açık ifadeler içermelidir”.⁵⁰

⁴⁶ Bkz. Jėčius v. Litvanya, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000, pr. 56. Bu konularda Mahkemenin yerleşik tespitleri için bkz. Alparslan Altan v. Türkiye, no. 12778/17, 16 Nisan 2019, pr. 101-103.

⁴⁷ AIHM, iç hukuk kurallarına riayet edilip edilmediğini denetleyebilir ya da denetlemelidir. Bkz. Baranowski v. Polonya, no. 28358/95, 28 Mart 2000, pr. 50.

⁴⁸ Bkz. Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 Mart 1983, pr. 90.

⁴⁹ Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, pr. 76.

⁵⁰ Bkz. Malone v. Birleşik Krallık, no. 8691/79, 2 Ağustos 1984, pr. 67.

Benzer şekilde arama ve elkoyma tedbirleri bakımından da Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirme yapılırken AİHM, bu tedbirlerin özel hayata, konuta ve yazışmaya saygı gösterilmesi hakkına ciddi müdahale niteliğinde olduğu için özellikle belirgin olan bir “yasaya” dayanması gerektiğini ve bu konu hakkında açık ve ayrıntılı hükümler olmasının gerekli olduğunu belirtmektedir.⁵¹ Ayrıca “yasa, yetkili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamını ve bu yetkinin kullanım koşullarını da yeterli bir açıklıkla göstermelidir”.⁵² İlave olarak yasa keyfilğe karşı koruma sağlamalıdır.⁵³

Bu kapsamda örneğin arama koruma tedbiri ile bağlantılı olarak hak ihlali olduğu konusundaki bir davada AİHM, yasallık kapsamında yaptığı değerlendirmede, ilgili makamlara geniş bir takdir yetkisi verilmesinin ciddi bir keyfilik riski yaratabileceğini ve geniş kapsamlı bir yetkinin Sözleşme'nin ilgili maddelerini⁵⁴ ihlal edecek biçimde yanlış kullanılması riskini de taşıyacağını belirtmiş, somut olayda da yaptığı incelemelerde bu kötüye kullanıma karşı yeterli yasal güvence olmadığı durumlarda bu yetkilerin “yasaya uygun” olmadığına ve Sözleşme'nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.⁵⁵

Yasallık konusunda AİHS'nin ulusal hukuka etkisi değerlendirilirken de AİHM kararlarında yer alan; koruma tedbirleri açısından geniş bir yaklaşımın benimsenmesi yerine, ulusal hukukun yasalarında yer alan esas ve usule ilişkin hükümlere riayet edilmesi temel prensipleri kapsamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu yapılırken de

⁵¹ Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya, no. 50882/99, 27 Eylül 2005, pr. 90.

⁵² Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, pr. 76.

⁵³ Taylor-Sabori v. Birleşik Krallık, no. 47114/99, 22 Ekim 2002, pr. 18.

⁵⁴ Bu kapsamda özellikle 10 ve/veya 11. maddelere değinilmektedir.

⁵⁵ AİHM somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM'nin kamuya açık bir alanda ilgili özel kanun gereğince polisin kişileri durdurması ve arama yapması ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirme için bkz. Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, pr. 85.

AİHM'nin yasanın özelliklerine ilişkin olarak erişilebilir ve öngörülebilir olma, açıklık ve keyfiliğe karşı koruma sağlama gibi belirtmiş olduğu temel kriterler dikkate alınmalıdır.

Nitekim tüm bu hususlar AYM tarafından da dikkate alınmaktadır. AYM de “başvurucuların tutukluluk durumunun *kanuni* dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise, kanunun hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının [AYM’ce] incelenmesi gerektiğini” belirtmektedir.⁵⁶

Ayrıca AYM tarafından temel prensipler; “Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe izin vermeyen, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa’ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımali ve idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir. (Bkz. AYM, E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13/6/1985).” şeklinde vurgulanmıştır.⁵⁷

Bu itibarla da bu temel ilkelerin dikkate alınması bununla birlikte ulusal hukukumuzda açıkça yasallık ilkesinin belirtilmiş olması nedeniyle de bu konuya ilişkin olarak temel hak ve özgürlükleri daha koruyucu bir düzenleme yapılmış olması dikkate alınarak Türkiye açısından gerek koruma tedbirlerine karar verme gerek uygulama koşulları bakımından ulusal hukukta yer alan yasallık ilkesi geçerli olmalıdır.

⁵⁶ Örneğin bkz. Burak Döner Başvurusu, no. 2012/521, 2/7/2013, pr. 43.

⁵⁷ Mehmet Koray Eryaşa Başvurusu, no. 2013/6693, 16/4/2015, pr. 62-63.

Koruma tedbirlerinin yasallık özelliği üzerinde genel olarak bu değerlendirmeler yapıldıktan sonra, koruma tedbirleri bakımından özellik arz eden yasallık ilkesi ile ceza muhakemesinde genişletici yorum ve kıyas konularının koruma tedbirleri bakımından geçerliliği konusu üzerinde de kısaca durulması gerekmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda kanunilik ilkesi kural olarak çok sıkı değildir, genişletici yorum ve kıyas mümkündür. Ancak koruma tedbirleri bu genel kuralın “istisnası” niteliğindedir.⁵⁸

Koruma tedbirlerinin tamamı temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkilidir ve bu tedbir kararlarının uygulanması bunlara müdahale teşkil ettiğinden dolayı yine anayasa gereği kanunilik ilkesine tabidir. O halde ceza muhakemesinin bu genel kuralından koruma tedbirleri açısından ayrılmak gerektiği ve koruma tedbirleri bakımından yasallık ilkesinin Türk hukukunda mutlak geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır. Koruma tedbirlerinde geçerli olan bu yasallık ilkesi gereğince de “kanunda öngörülmemiş bulunan bir koruma tedbirini kıyas yoluyla uygulamak mümkün olmadığı gibi, belirli bir koruma tedbiri için kanunun aradığı şartları eksilterek veya değiştirerek de o koruma tedbirinin kapsamını genişletmek mümkün değildir.”⁵⁹ Aksi durumda yapılan işlem, hukuka aykırı olur ve pek çok sonuçla birlikte temel hak ve özgürlüklerin ihlali gündeme gelir.

Bu konudaki AİHM kararları incelendiğinde ise farklı değerlendirmelerin yapılmış olduğu görülmektedir. AİHM’nin ulusal hukukta boşluk olması durumunda kıyas yapılarak bu boşluğun doldurulup doldurulamayacağı ve mahkemelerce nasıl yorumlanacağı konusunda sınırlı şekilde yoruma izin vermiş olduğu sonucuna varılmaktadır. AİHM, bu görüşü, ulusal hukukta birtakım dayanaklar olmadığı sürece, bir müdahalenin “hukuka uygun” olduğunun kabul edilemeyeceği ve yazılı hukukun kapsadığı bir alanda “yasanın” yetkili mahkemelerin onu yorumladığı şekliyle yürürlükte

⁵⁸ Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 110 vd.; ŞAHİN, 2018, s. 44-45.

⁵⁹ ŞAHİN, 2018, s. 45 ve ayrıca bkz. s.274.

uygulanması olduğu” şeklinde belirtmiştir.⁶⁰ AİHM tarafından bu kararda oldukça geniş bir değerlendirme yapılmış ve uygulamanın da aslında bu “yasa” kapsamında olduğu belirtilmiştir.⁶¹

Bu yaklaşıma genel olarak iştirak etmekle birlikte koruma tedbirleri bakımından bir ayırım yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Burada öncelikle uygulamanın AİHM içtihadı ile uyumlu olmasının aranması nedeniyle genel olarak ulusal hukuklarda yer alan uygulamanın da belirli bir standartı sağlamasının zorunlu olduğu dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte ulusal hukukumuzda yer alan yasallık ilkesinin koruma tedbirleri bakımından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunun Anayasa tarafından da güvence altına alınmış olması nedeniyle AİHM’ye nazaran bu konuda daha yüksek bir koruma sağladığı da dikkate alınmalıdır.

O halde her iki açıdan da ulusal hukukumuz bakımından iç hukukta yer alan yasal düzenlemelerin somut olaylarda uygulanması ve koruma tedbirleri açısından yasallığın bu şekilde değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Kaldı ki, AİHM tarafından gözaltı ve tutuklama ile ilgili verilmiş olan pek çok yerleşik kararda da açık bir biçimde yasal dayanak olmadan kişinin tutuklanması ya da kanunda yer alan sıkı yasal koşulların tam olarak uygulanmaması halinde Sözleşme’nin ihlaline karar verildiği vurgulanmalıdır.⁶² O halde Türk hukuku açısından koruma tedbirleri bakımından genel

⁶⁰ Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya, no. 2293/03, 22 Şubat 2007, pr. 52.

⁶¹ Öğretide de bu karar, AİHM tarafından, ulusal hukuka göre bir düzenlemenin AİHM içtihadına uygun ve belirli koşullar altında benzer kurallar bakımından da uygulanabileceğine karar verilmiş olması ve koruma tedbirlerinde kıyas yasağı gereğince eleştirilmiştir. Bkz. ÜNVER Yener – HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 350. Bkz. Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya, no. 2293/03, 22 Şubat 2007, pr. 54.

⁶² Jėcius v. Litvanya, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000. Örneğin sınır dışı etmek amacıyla gözaltına alınma usulünü belirleyen açık yasal hükümlerin yokluğunda başvuruların gözaltına alınmaları, AİHS’nin 5.

olarak AİHM'nin sıkı yasal koşulların uygulanmasını işaret eden kararlarının dikkate alınması gerektiği kanatindeyiz.

Ulusal hukukta açıkça yasallık ilkesinin belirtilmiş olması ve yukarıda açıklanan nedenlerle ayrıca AİHS'nin asgari güvence sağlama amacıyla olduğu ve taraf devletlerin daha üst koruma güvenceleri getirebilecekleri de dikkate alınarak Türkiye açısından gerek koruma tedbirlerine karar verme gerek uygulama koşulları bakımından kıyasın ve boşluk doldurmanın mümkün olmadığı ve yasallık ilkesinin mutlak geçerli olduğu sonucuna varmaktayız.

c. Ölçülülük

Koruma tedbirlerinin ölçülü olması gerekmektedir. Bir koruma tedbiri, gerek “araç ve amaç” ya da “yöntem ve hedef” gerek tedbirden beklenen “fayda” ile tedbirin “sonuçları” arasında denge varsa “ölçülü” sayılır.⁶³ Bu kavram, koruma tedbirleri açısından özellikle de daha “hafif” bir tedbire başvurulmak suretiyle amaca ulaşılabilirse daha “ağır” bir tedbirin uygulanmaması şeklinde de ifade edilebilir. Yargılama sonucu muhtemel ceza veya güvenlik tedbiriyle alınması düşünülen tedbir arasındaki “oran” da bu kapsamdadır. Koruma tedbirlerinin ölçülülük özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’de doğrudan bazı düzenlemeler yapılmış olduğu görülmektedir.

CMK’da, koruma tedbirlerinin pek çok ortak özelliğinde olduğu gibi, tüm koruma tedbirlerinde bu ilkeye açıkça yer verilmemiştir. Bu özellik de, niteliği gereği koruma

maddesindeki amaçlar kapsamında “hukuki” değildir. Bkz. Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye, no. 30471/08, 22 Eylül 2009, pr. 29-43.

⁶³ Öğretide de ölçülülük kavramı, hem farklı kavramlarla örneğin orantılılık, oranlılık, eşitlik, dengelilik gibi hem de farklı açılardan ele alınmıştır. Örneğin bkz. YÜCE, (1980), s. 73; ŞAHİN, 2018, s. 276; KUNTER – YENİSEY, 2000, s. 595-597. Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin tarihsel gelişim süreci için bkz. GÖZLER, 2017, s. 235-241.

tedbirlerinin tamamı için gereklidir, ancak koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerden yalnızca tutuklamada ve kısmen arama koruma tedbirinde ve kaçaklarla ilgili elkoyma konusunda bu ilkeye ayrıca ve açıkça yer verilmiştir.

Tutuklama bakımından tutuklama ile ilgili maddelerde bu husus doğrudan yer almış, buna göre “işin öneminin verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemeyeceği” düzenlenmiştir.⁶⁴ Ayrıca CMK md. 100/4’te yer alan düzenleme de “tedbirle muhtemel yaptırım arasındaki orantının” gözetilmesinin bir ifadesi olarak yorumlanabilir.⁶⁵ Benzer şekilde tutuklama kararında “tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin de somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi” gerekmektedir.⁶⁶

Arama koruma tedbiri bakımından da arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi koruma tedbirleri nedeniyle tazminat maddesinde ayrıca ve açıkça yer almıştır.⁶⁷ Kaçakların yargılanması ile ilgili olarak zorlama amaçlı elkoyma ve teminat belgesinin düzenlendiği maddede; kaçağın maddede sayılan amaçlarla “Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak elkonulabileceği ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanabileceği” düzenlenmiş bulunmaktadır.⁶⁸

Anayasa’da ölçülülük ilkesi, doğrudan ve açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının “ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı” düzenlenmiştir.⁶⁹

⁶⁴ CMK md. 100/1.

⁶⁵ CENTEL – ZAFER, 2020, s. 373. Benzer örnekler ve Çocuk Koruma Kanunu md. 21 için bkz. ŞAHİN, 2018, s. 276. Benzer şekilde bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s.284.

⁶⁶ CMK md.101/2-c.

⁶⁷ CMK md.141/1-j.

⁶⁸ CMK md.248.

⁶⁹ 1982 Anayasası md. 13.

AIHS’de de, aslında ölçülülük kavramı açıkça kullanılmamakla birlikte Sözleşme’nin çeşitli maddelerindeki bazı ifadeler, örneğin Sözleşme’nin 15. maddesi gibi, bu ölçütü ima etmektedir.⁷⁰ Ayrıca ölçülülük konusuna vurgu yapan pek çok ifade, AIHS’nin çeşitli maddelerinde ayrı ayrı yer almaktadır, örneğin çalışmanın konusu itibariyle özellikle de özgürlükten yoksun kalmaya sebebiyet veren koruma tedbirleri bakımından AIHS md. 5’teki “salıverilmenin, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilmesine” ilişkin ifade bu şekilde değerlendirilebilir.⁷¹ Hatta Anayasa’da ölçülülük ilkesinin yer almasının nedeni AIHS’dir, zira bu durum, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğinin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.⁷²

O halde her üç düzenlemenin birbiriyle uyumlu olarak değerlendirilebileceği ve koruma tedbirlerinde ölçülülük özelliğine dikkat edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Koruma tedbirlerinde ölçülülük özelliğine dikkat edilirken somut olayın her aşamasında ve olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Koruma tedbirlerinin ölçülü olması konusunda her bir tedbir bakımından mutlak bir ölçü verilmesi mümkün değildir, bu kapsamda her somut olayın koşulları içinde o tedbirin ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca gerek koruma tedbirine karar verilmesi aşamasında gerek koruma tedbirine karar verildikten sonra uygulanma aşamasında ve uygulanma

⁷⁰ İNCEOĞLU, (2013), s. 40.

⁷¹ AIHS md. 5/3. Ancak öğretilerde bu cümleye gerek olmadığı ve bir tutulmanın “*maiore minus*” kuralı gereğince de yerine başka bir şeyle dengelenebileceği ifade edilmiştir. Bkz. TRECHSEL, 2006, s. 532.

⁷² Buna göre: “Anayasa’nın 13 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir.” Bkz.

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, [Erişim Tarihi: 18.03.2020.]

süresi boyunca bu durumun devam edip etmediği takdiren incelenmelidir. Çünkü ölçülülük tüm bu aşamalarda sağlanmak zorundadır.

Koruma tedbirlerinin ölçülülük özelliği, uygulamada da, gerek AİHM içtihadında gerek iç hukukumuzdaki mahkeme kararlarında ve AYM kararlarında sıkça yer bulmaktadır. AİHM tarafından pek çok kararda “başvurulan yöntemlerle gözetilen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi” aranmış ve ölçülük ilkesinin aşılması halinde Sözleşme’nin ihlal edildiğine ilişkin kararlar verilmiştir.⁷³ Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından da “ölçülülük değerlendirmesi somut olayın koşulları ve tutulma amacı ile beraber yorumlanması gereken” bir konu olup “tedbir” ile “neden” arasındaki ilişki üzerinden yapılır.⁷⁴ Yine AİHM, benzer şekilde yerleşmiş pek çok kararında ulusal mahkemelerin daha “hafif” bir tedbire başvurma imkanı varken daha “ağır” bir tedbiri uygulamaması gerektiğini belirtmiş, “son çare prensibini” de gözeterek örneğin “serbest bırakmayı mümkün kılacak kefalet ve polis gözetimi gibi unsurların” dikkate alınması gerektiğini ölçülülüğe atıfla vurgulamıştır.⁷⁵

Bir diğer açıdan AİHM tarafından koruma tedbirlerinde bu ilkeye çocuklar bakımından özel bir önem verilmesi gerektiği de belirtilmekte, özellikle de yakalama, gözaltına alma ve tutuklama konularında yerleşik şekilde; çocukların özgürlük ve güvenlik hakları ile ilgili uluslararası metinelere ayrıntılı şekilde yer verilerek çocukların yargılama öncesinde tutulu bulundurulmalarının ancak “son çare” tedbiri olarak kullanılması, tutulmanın kesinlikle “gerekli olduğu hallerde” ve olabildiğince “kısa

⁷³ Örneğin bkz. Smirnov v. Rusya, no. 71362/01, 7 Haziran 2007, pr. 43.

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, 2018, s.146 vd.

⁷⁵ Örneğin bkz. Jablonski v. Polonya, no. 33492/96, 21 Aralık 2000, pr. 84.

sürelî” olması ve çocukların yetişkinlerden “ayrı tutulması” hususuna vurgu yapılmaktadır.⁷⁶

Ulusal hukukumuzda da, çalışmanın konusu itibarıyla özellikle de AYM nezdinde yapılan bireysel başvuru yöntemine ilişkin kararlar ele alındığında, AYM’nin pek çok kararında ölçülülük kavramını ve kapsamını açıklamış olduğu anlaşılmaktadır. AYM tarafından “ölçülülük ilkesinin *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu” belirtilmiş ve “*elverişlilik* kavramının öngörülen müdahalenin ulaşmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* kavramının ulaşmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* kavramının ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini” ifade ettiği vurgulanmıştır.⁷⁷

Ayrıca AYM, koruma tedbirlerine ilişkin pek çok bireysel başvuruya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarda Anayasa’nın “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi ile “Anayasa’nın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarına ve yasallık ilkelerine” birlikte vurgu yapmıştır.⁷⁸ Ayrıca çocukların özgürlük ve

⁷⁶ Bkz. Nart v. Türkiye, no. 20817/04, 6 Mayıs 2008, pr.31; Selçuk v. Türkiye, no. 21768/02, 10 Ocak 2006, pr.35-36; Korneykova v. Ukrayna, no. 39884/05, 19 Ocak 2012, pr.44; Gülcü v. Türkiye, no. 17526/10, 19 Ocak 2016, pr.115; Rupa ve Tompi v. Romanya, no. 60272/09, 2 Mayıs 2017, pr. 29; Arak ve Depe v. Türkiye, no. 70472/12, 9 Nisan 2019, pr.61-62.

⁷⁷ Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/817, 19/12/2013. Ayrıca bu konudaki AYM’nin çeşitli kararlarının tekrarı ile birlikte bkz. Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.55.

⁷⁸ Örneğin bkz. Burak Döner Başvurusu, no. 2012/521, 2/7/2013, pr. 43; Halas Aslan Başvurusu, no. 2014/4994, 16/12/2017, pr. 79. Murat Narman Başvurusu, no. 2012/1137, 2/7/2013, pr.44.

güvenlik hakları ile ilgili olarak ölçülülük kapsamında AYM tarafından da AİHM yaklaşımına paralel bir yaklaşım benimsenmiş ve benzer ifadeler tekrarlanmıştır.⁷⁹

O halde ölçülülük konusunda AİHS'nin etkisi, hem ulusal hukukumuzda düzenlenmiş ve birtakım yargı kararlarına da yansımış olan ölçülülük ilkesi kapsamında ele alınmalı hem de CMK, Anayasa ve AİHS arasında bu konuda özünde çatışma olmadığı gözetilerek bu düzenlemeler, AİHM içtihadı ile de birlikte dikkate alınmalıdır. Bu yapılırken de insan hakları perspektifinden, her somut olayda ve her aşamada, koruma tedbirlerine karar verilmesi ve bu tedbirlerin uygulanması koşullarının ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir.

ç. Suç Şüphesinin Varlığı

“Kuşku” olarak da nitelendirilen⁸⁰ şüphe kavramı koruma tedbirlerinde bir suç şüphesinin varlığını gerektirir. Suç şüphesinin varlığı gerekliliği, inceleme konusu yapılan CMK kapsamındaki koruma tedbirlerinin, “adli nitelikte” ve “bir suç şüphesi ile ilgili olarak uygulanacak tedbirler” niteliğinde olmalarının bir sonucudur.⁸¹

Koruma tedbirlerinin bir suç şüphesinin varlığını gerekli kılma özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’de aynı ifadelerle doğrudan düzenleme yapılmamış olduğu

⁷⁹ AYM tarafından bu konuda şu hususlar vurgulanmıştır: “[AİHM] çocukların korunmasına ilişkin uluslararası metinleri dikkate alarak çocukların tutuklanması tedbirinin son çare olarak düşünülmesi ve tutukluluk süresinin mümkün olduğunca kısa tutulması gerektiğini belirtmiştir (Nart/Türkiye, B. No: 20817/04, 6/5/2008, §§ 28-35; Selçuk/Türkiye, B. No: 21768/02, 10/1/2006, §§ 26-37; Güveç/Türkiye, B. No: 70337/01, 29/1/2009, §§ 106-110).” Ayrıca çocukların özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili uluslararası hukuk metinlerine de yer verilmiştir. Bkz. Furkan Omurtag Başvurusu, no. 2014/18179, 25/10/2017, pr.29-40 ve pr.82.

⁸⁰ Sözlük anlamda şüphe ve kuşku terimleri için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, [Erişim Tarihi: 18.03.2020.]

⁸¹ Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 349.

görülmekte, ancak uygulama konusunda bir çatışmadan da bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

CMK’da, koruma tedbirlerinin düzenlenmiş olduğu ilgili maddelerde bu konuya ilişkin çeşitli farklı ifadeler yer almaktadır, ancak bunlar bizi, özünde, koruma tedbirlerinin suç şüphesinin varlığını gerektirdiği sonucuna götürmektedir. Bu kapsamda, örneğin suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiil, soruşturmanın tamamlanabilmesi, suç şüphesi, bir suç sebebiyle yürütülen soruşturma, soruşturma konusu suçun işlendiği hususu, suç delillerinin elde edilebilmesi gibi ifadeler koruma tedbirlerine “bir suç şüphesinin varlığı halinde ve ancak bir suç soruşturma ve/veya kovuşturması sırasında” başvurulabileceğini göstermektedir.

Anayasa’da ve AİHS’de de, ilgili hak ve özgürlükler altında çoğu kez suç şüphesinin varlığına işaret eden örneğin “suç”, “yakalama”, “tutuklama”, “suç soruşturması”, “suç işlendiğinden şüphelenme” gibi çeşitli kavramlar kullanılmıştır. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki bu çalışma kapsamında yalnızca CMK’da yer alan koruma tedbirleri üzerinde AİHS’nin etkisi ele alındığından; Anayasa, AİHS ve AİHM içtihadındaki suç şüphesinin varlığını zorunlu kılan koruma tedbirleri ile ilgili düzenleme ve değerlendirmeler üzerinde durulacaktır. O halde bu şekildeki değerlendirmelerimizde suç şüphesinin varlığının her üç metin; CMK, Anayasa ve AİHS bakımından koruma tedbirlerinin bir ortak özelliği olduğu sonucuna varılmaktadır.

Koruma tedbirlerinin ortak özelliği bir suç soruşturmasının ya da kovuşturmasının varlığı halinde uygulanabilme olsa da, bu suçun “hangi suç tipi” olacağı ve “suç şüphesinin derecesi” konusu ise uygulanan koruma tedbirine göre farklılık arz etmektedir. Suç tipi ile ilgili olarak, koruma tedbirlerinin ilgili madde düzenlemelerinde farklı “suç kategorilerinin” belirtilmiş olduğu görülmektedir. Koruma tedbirlerine başvurulabilmesinin bir koşulu olarak belirli bir suç tipi öngörülen durumlarda farklı

koruma tedbirleri bakımından ortak pek çok suç tipi olmakla birlikte, hepsi için geçerli “tek bir katalog suç tipi” listesinin olduğundan bahsedilemez.

Suç şüphesinin derecesinin genel olarak ceza muhakemesinin başlatmakta ve koruma tedbirlerine başvurmakta aynı olduğu söylenebilir.⁸² Bununla birlikte pek çok koruma tedbirinde “kuvvetli şüpheden” bashedildiği görülmekte ve her bir koruma tedbiri bakımından o koruma tedbirine başvurulabilmesi için gerekli olan suç şüphesinin derecesi de farklılık arz edebilmektedir.⁸³ AİHS açısından da her bir hak ve özgürlük bakımından bu durum değişebilmektedir. AİHS kapsamında suç kavramı özerk bir anlam taşır.⁸⁴

Ayrıca vurgulamak gerekir ki yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin doğrudan bağlantılı olduğu AİHS 5. maddede yer alan suç şüphesi altında bulunma kavramı bakımından da bu kriterler geçerlidir. O halde burada önemli olan, temel hak ve özgürlükleri daha fazla koruyucu olan düzenlemelerin veya aynı şekilde AİHM içtihadının mümkün olduğu ölçüde hem suç kavramı ve suç tipi hem de suç şüphesinin derecesi konusunda dikkate alınmasının gerekmesidir.

⁸² CMK’da yer alan şüphe kavramı ile ilgili eleştiri ve bilgi için bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 293vd.

⁸³ Öğretide de şüphe dereceleri konusunda benzer ifadeler kullanılarak bir derecelendirme yapıldığı söylenebilir ve suç şüphesinin belirli bir yoğunlukta olması gerektiği düşüncesi ile ayrıntılı şekilde şüphe ayrımları da yapılmıştır. Örneğin basit şüphe/başlangıç şüphesi, makul şüphe, yeterli şüphe, kuvvetli şüphe, yoğun şüphe gibi. Bkz. ÖZEN, 2019, s.592-593. Ayrıca bu konuda bkz. ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s.275. Bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 281-283. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 293-294; YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.310-313; GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.374-378.

⁸⁴ Bu konudaki AİHM kriterleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, 2018, s.101 vd.

d. Görünüşte Haklılık

Koruma tedbirlerine başvurulurken bu tedbire başvurmanın “görünüşte haklı” olması gerekmektedir. Bu tedbirlere başvurulması sırasında suçu işlemiş olma “ihtimali” üzerinden hareket edilecek⁸⁵ ve bu ihtimalden hareketle “görünüşte haklılık” bir diğer deyişle “haklı görünüş” ile yetinilecektir.⁸⁶ Görünüşte haklılık, koruma tedbirinin uygulandığı sıradaki koşullarda o tedbirin yasal mevzuatta yer alan koşulları taşıdığı konusunda bir “kanaatin” olmasıdır, bu durum nihai ya da mutlak bir değerlendirme değildir. Önemli olan tedbir kararının verilmesi ve uygulanmasının o an için haklı görünmesi, görünüşte haklı olması durumudur. Bunun nedeni, koruma tedbirlerinde mutlak bir haklılık durumundan söz edilememesidir. Çünkü bir koruma tedbirine başvurma hakkının haklı olup olmadığı, ancak yargılama sonucunda anlaşılabilecektir.

Koruma tedbirlerinin görünüşte haklılık özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’de doğrudan bir düzenleme olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte CMK’da koruma tedbirlerinin görünüşte haklı olması özelliği, her bir koruma tedbiri açısından ayrı ayrı ele alınmış ve çoğunlukla da bu özellik, şüphe kavramı ile de bağlantı kurularak ifade edilmiştir.⁸⁷ Ayrıca CMK kapsamında koruma tedbirlerinin niteliği gereği de bu özelliğe ulaşılabilmektedir. Anayasa ve AİHS’de de, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hususlar düzenlenirken kullanılan ifadelerden genel olarak bu özelliğin varlığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Görünüşte haklılık özelliği gereği koruma tedbirlerine bir ihtimalden hareketle başvurulabilmesi, bu konunun hassasiyetle üzerinde durulmasını gerektirmektedir. İlk

⁸⁵ CENTEL – ZAFER, 2020, s. 372.

⁸⁶ ŞAHİN, 2018, s. 275; KUNTER – YENİSEY, 2000, s. 595.

⁸⁷ ŞAHİN, 2018, s. 275. Aşağıda yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinde konu ayrıca ele alınacaktır. Bkz.

Yakalama bakımından “C. Koşulları”, s. 148vd ve gözaltı bakımından da “C. Koşulları”, s.184vd.

olarak, bir koruma tedbirinin görünüşte haklı olması yalnızca bu tedbire başvurulurken değil, tedbirin uygulanması süresince de devam etmelidir. İkinci olarak, bu özellik, “görünüşte haklılık” aradığı için, takdir, yorum nedenleriyle de tedbirin değerlendirilmesine ve tartışılmasına da çeşitli itiraz mekanizmaları ile imkan tanınmasını gerektirmektedir. Üçüncü olarak, yargılama sonucunda bir koruma tedbirinin haksız olduğunun anlaşılması halinde tazminat ve sorumluluk konuları gündeme gelebilmelidir.⁸⁸

Tüm bu konularda da AİHS ile ulusal hukukumuzda yer alan düzenlemelerin uyumlu olduğu anlaşıldığından AİHS’nin bu konudaki etkisi de temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünde özellikle de bu üç konu bakımından somut şekilde uygulamaya yansıtılmalıdır.

e. Geçicilik

Koruma tedbirlerinin geçicilik özelliği bulunmakta olup koruma tedbirleri bu kapsamda nitelikleri itibarıyla “sürekli” değil, “geçici”dir.⁸⁹ Kalıcı, sürekli sonuç doğuran kararlar ya da uygulamalar tedbir olarak değerlendirilemez.

Koruma tedbirlerinin geçicilik özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’deki düzenlemeler ele alındığında, bu konuda genel kural olarak; hak ve özgürlüklerin kural, bunların kısıtlanmasının ise istisna olduğu temel prensibinin dikkate alınması yeterli olacaktır. Koruma tedbirleri, temel bir hak ve özgürlüğü sınırladıkları için bu temel prensibe istisna oluşturmaktadır ve nitelikleri gereği de belirli bir amaç çevresinde bu tedbirlere başvurulduğu da dikkate alındığında koruma tedbirlerinin sürekli olarak uygulanma ihtimalleri söz konusu değildir. CMK’da koruma tedbirlerinin geçicilik

⁸⁸ Koruma tedbirinin görünüşte haklılık özelliği kapsamında bunlara haksız olarak başvurulduğunda kararı verenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu ile ilgili bir değerlendirme için bkz. ŞAHİN, 2018, s. 275.

⁸⁹ Geçicilik özelliği için ayrıca bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 293; KUNTER – YENİSEY, 2000, s.593.

özelliği açıkça yer almasa da, kimi yerlerde ya doğrudan ya da dolaylı olarak bu özelliğe işaret edilmiştir.⁹⁰ Ayrıca gerek CMK’da gerek Anayasa’da ve AİHS’de koruma tedbirleri ile ilgili olan hükümlerde, hem belirli bir süre ya da makul bir süre öngörölmüş olması ile hem de genel olarak bahsedilen temel prensipler ve koruma tedbirlerinin amacı çerçevesinde koruma tedbirlerinin geçici olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Koruma tedbirlerinin ortak özelliğinin geçicilik olduğu net bir şekilde söylenebilirse de, bu geçiciliğın ne zaman sona ereceğı, diğeri bir deyişle koruma tedbirlerinin ne kadar süre ile uygulanabileceğı sorusunun cevabı bu kadar net değildir. Koruma tedbirlerinin geçici oluşu zaman sınırlamasını ifade etmekle birlikte bununla sınırlı değildir ve “geçicilik sürenin açıkça gösterilmesini gerektirmez, zira geçicilik bir tedbir haklı gösteren sebebin kalmaması halinde o tedbirin nihayet bulmasını ifade eder.”⁹¹ Koruma tedbirlerinin geçicilik özelliğinin genel kural olarak ulaşılmak istenen amaç gerçekleşikten sonra veya hükmün verilmesiyle/kesinleşmesiyle sona erdiği söylenebilirse de, aslında bu geçiciliğın ne zamana kadar devam ettiğı ve ne zaman son bulduğı, uygulanan koruma tedbirinin hangisi olduğuna göre farklılık arz etmektedir.

Gerek Anayasa’da gerek CMK’da, genellikle birtakım süreler öngörölerek koruma tedbiri ile ulaşılmak istenen amacın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı, bir diğeri deyişle geçicilik durumunun ne zaman son bulduğı hususları açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte sürenin açıkça gösterilmesine de gerek yoktur. Örneğın gözüaltı, tutuklama, iletişimin denetlenmesi gibi koruma tedbirlerinde açıkça belirli ve birbirinden farklı sürelerle yer verilmiştir.⁹² Bu süreler dolduğunda koruma tedbiri kararı artık

⁹⁰ Örneğın yakalama koruma tedbiri bakımından bu özelliğie doğrudan yer verilmiştir. Bkz. CMK md. 90/1.

⁹¹ KUNTER – YENİSEY, 2000, s.593.

⁹² CMK md. 91/1 gereğı gözüaltı süresi yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren çok yirmi dört saat ve yol süresi de en çok on iki saattir. Yakalama ve gözüaltı tedbirlerinde konu aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Bkz. yakalama

uygulanamayacaktır. Amaç gerçekleşikten sonra ya da öngörülen süreler sona erdikten sonra hala koruma tedbirine devam ediliyor olması, bu tedbiri hukuka aykırı duruma getirir. Bu durum, AİHS açısından da geçerli olup Sözleşme’de düzenlenmiş olan hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine sebebiyet verecektir.⁹³

Tüm bu değerlendirmeler ışığında AİHS’nin etkisinin ve bu konudaki AİHM içtihadının her bir koruma tedbiri ve somut olay bakımından ayrı ayrı hak ve özgürlükler lehine değerlendirilmesi gerekmektedir.

f. Araç Olma

Koruma tedbirlerinin “araç olma” özelliği bulunmaktadır. Koruma tedbirleri, bu kapsamda ceza muhakemesinin temel amacı olan “maddi gerçeği bulma” için birer “araç” niteliğindedir. Bu nitelik, “tedbire başvurma amaç değil, başka bir işlemin gerçekleşmesine yarayacak olmasını, onun aracı olmasını” ifade eder.⁹⁴ Bu kapsamda da koruma tedbirlerinin birbirlerine araçlık etme özelliği de bulunmaktadır.⁹⁵

Koruma tedbirlerinin araç olma özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’deki düzenlemeler ele alındığında, bu özelliğe bu metinlerde doğrudan ve tüm koruma tedbirlerine ilişkin olarak açıkça yer verilmemiş olduğu görülmekte ise de, koruma tedbirlerinin pek çok ortak özelliğinde olduğu gibi, bu özellik de niteliği gereği özellikle

bakımından “D. Süre”, s.168vd; gözetim bakımından “D. Süre”, s.199vd. Tutuklama bakımından ise bu süre bir yıl ve iki yıl sınırlar şeklinde olup zorunlu hallerde uzatılmasına ilişkin farklı düzenlemeler yapılmıştır. Bkz. CMK md. 102/1-2. İletişim tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması bakımından da tedbirin en çok iki aylık bir süre için verilebileceği ve bir ay ya da kanunda yer alan koşulları taşıması halinde en çok üç ay uzatılabileceği düzenlenmiştir. Bkz. CMK md.135.

⁹³ Örneğin bkz. Kharchenko v. Ukrayna, no. 40107/02, 10 Şubat 2011, pr.98.

⁹⁴ CENTEL – ZAFER, 2020, s.371; ÖZEN, 2019, s.591; KUNTER – YENİSEY, 2000, s.593.

⁹⁵ Örneğin yakalama gözetiminin, yakalama ve gözetim tutuklamanın, arama ise elkoymanın bir aracıdır. Bkz. ŞAHİN, 2018, s.274.

de koruma tedbirlerinin amacından hareketle bu tedbirlerin tamamı için gerekli olup her üç metin bakımından da benzer şekilde uygulamaya tabidir. Bu özellik de, tıpkı diğerleri gibi, koruma tedbirleri bakımından ayrı ayrı ve somut olay özelinde hak ve özgürlükler lehine değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır.

g. Zorlayıcılık

Koruma tedbirlerinin “zorlayıcılık” özelliği bulunmakta olup koruma tedbirleri, bu kapsamda genel olarak “zorlama niteliğindeki” tedbirlerdir. Esasında zorlama niteliğinde olduklarından, bunların uygulanabilmesi için “ilgilinin rızası” aranmaz.⁹⁶ Kural olarak, kişiler bu tedbire maruz kaldıklarını bilseler de, bu tedbire uyma konusunda bir zorlama hissedebilir. Ancak koruma tedbirlerinin bazılarında ise, tedbirlere gizli olarak başvurulması nedeniyle, ilgisinin haberi olmaksızın işlem yapıldığından kişilerin bu tedbire uyma konusunda bir zorlama hissetmesi söz konusu değildir.⁹⁷ Ancak haklarında tedbir kararına başvurulduğunu daha sonra öğrenmeleri halinde dahi, ilgililer bu zorlayıcı etkiyi değiştiremez.

Koruma tedbirlerinin zorlayıcılık özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’deki düzenlemeler ele alındığında, bu özelliğin koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan niteliğinin bir sonucu olduğu görülmektedir. Bu konuda doğrudan ve genel bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, koruma tedbirleri mahiyetleri gereği bu özelliği taşımaktadır.

Uygulamada yargısal kararlarda da zaman zaman bu özellik vurgulanmaktadır. Örneğin AİHM, yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak özgürlük ve

⁹⁶ TOROSLU – FEYZİOĞLU, 2019, s.251.

⁹⁷ Örneğin iletişimin denetlenmesi veya teknik araçlarla izleme gibi gizli koruma tedbirlerinde gizlice uygulanma nedeniyle zor kullanılmasının söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s.292.

güvenlik hakkı ile ilgili değerlendirme yaparken zorlayıcılığın önemli bir unsur olduğunu vurgulamaktadır. Bu zorlayıcılık, koruma tedbirlerinin niteliğinde mevcut olmakla birlikte bu unsorda belirli bir ölçünün aşılmaması gerektiği de kuşkusuzdur. AİHM’ye göre kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığına ilişkin incelemede “cebir” önemli bir unsurdur.⁹⁸ Örneğin Mahkeme, başvuranın kendi isteğiyle değil, bir polis memuru tarafından zorla –sürüklenerek– isteği dışında polis odasına götürüldüğünü tespit ettiği olayda, başvuranın, Sözleşme’nin 5/1 maddesi anlamında özgürlüğünden yoksun bırakıldığını belirtmiştir.⁹⁹

Koruma tedbirlerinin zorlayıcılık özelliği ile bağlantılı olarak rıza konusuna da değinilmelidir. Koruma tedbirlerine başvurulması için kişinin “rızasının olmasına” gerek yoktur ve kişinin bu tedbirlere rıza göstermesi halinde de tedbirin zorlayıcılık özelliği ortadan kalkmaz. Bununla birlikte kişinin koruma tedbiri ile ilgili yapılan işleme rıza göstermesi konusu, koruma tedbirleri bakımından önemli bir sorundur. Bu kapsamda rızanın varlığı halinde AİHS’de korunan hakların ihlal edilmediğinden bahsedilmesinin mümkün olup olmadığı çalışmanın konusu bakımından önem arz etmektedir. Bu konuda her bir koruma tedbiri bakımından ayrıntılı değerlendirme yapılabilmesi mümkün ise de; kısaca AYM ve AİHM kararlarında zaman zaman rıza konusuna değinildiği, AİHM kararlarında bunun istikrarlı olmadığı, AYM tarafından rızanın önemli bir unsur olarak vurgulandığı ve öğretide de farklı görüşlerin dile getirildiği belirtilmelidir.¹⁰⁰

⁹⁸ Bkz. Foka v. Türkiye, no. 28940/95, 24 Haziran 2008, pr. 74-79.

⁹⁹ Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013, pr. 35-36.

¹⁰⁰ Bkz. De Wilde, Ooms ve Versyp ("Vagrancy") v. Belçika, nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18 Haziran 1971, pr. 65. Krş. TRECHSEL, 2006, s. 414. Krş. Storck v. Almanya, no. 61603/00, 16 Haziran 2005, pr. 74-78. Kučera v. Slovakya, no. 48666/99, 17 Temmuz 2007, pr.119 vd; Tuş ve Diğerleri v. Türkiye, no. 7144/02 ve 39865/02, 19 Temmuz 2007, pr. 24 vd.

AYM çeşitli kararlarında 19. madde kapsamında “hürriyetten yoksun bırakma” kavramını tanımlamakta ve bu tanımda rıza unsuruna da değinmektedir. AYM’ye göre hürriyetten yoksun bırakma; “bir kimsenin

O halde koruma tedbirlerinde zorlayıcılık ve bu kapsamda da rıza konusunda koruma tedbirlerinin genel olarak mahiyetleri gereği zorlayıcılık özelliğine sahip olduklarının gözetilmesi ancak bu zorlayıcılık özelliğinin ölçülü olması, zor kulanma şeklinde uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Rıza konusunun, işlemin hukuka uygunluk denetimi ya da AİHS açısından ilgili hak ve özgürlükler kapsamında denetimi konusunda da AİHS'nin ulusal hukukumuzda etkisi ele alınırken AYM ile AİHM kararlarının her bir koruma tedbiri ve müdahale ettiği hak ve özgürlük kapsamında verdiği somut olay özelinde bu konuları ele alan kararları kapsamında ayrı ayrı değerlendirme yapılmalı ve neticeten de yukarıda değinilen koşullar kapsamında mahiyetleri gereği zorlayıcılık özelliğine sahip oldukları değerlendirilmelidir.

h. Gecikmede Tehlike Bulunması

Koruma tedbirlerinin gecikmede tehlike bulunan hallerde uygulanma özelliği bulunmakta olup koruma tedbirleri, bu kapsamda “gecikmede tehlike” bulunması halinde başvurulabilecek yöntemlerdir. Gecikme ile ifade edilmek istenen, “o koruma tedbirine başvurulmadığında meydana gelecek zaman kaybının muhakemeyi güçleştirmesi, hatta olanaksız kılması”, “telafisi güç hatta imkansız sonuçların” doğabilecek olmasıdır.¹⁰¹ “Tehlike” ise, “tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek, ceza muhakemesinin

kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsur içermektedir.” Bkz. Cüneyt Kartal Başvurusu, no: 2013/6572, 20/3/2014, pr.17; Hidayet Karaca Başvurusu, no. 2015/144, 14/7/2015, pr. 36; Mehmet Baydan Başvurusu, no. 2014/16308, 12/4/2018, pr.64. Ayrıca bu konu hakkında bkz. ŞİRİN, 2018, s. 46 vd.

¹⁰¹ Örneğin delil ortadan kaldırılabilir veya sanık kaçabilir. Bu da; muhakemeyi yapılamaz, hükmü infaz edilemez veya muhakeme masraflarını tahsil edilemez hale getirecektir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 294. Ayrıca bkz. ÖZEN, 2019, s.595.

gerektiği gibi ve amacına uygun biçimde yapılamayacak” olmasıdır.¹⁰² Gecikmede tehlike ifadesi geniş yorumlanmalıdır ve “hem tehlikenin yakın olması gerekmektedir hem de hangi koruma tedbiri için söz konusu ise gecikme ve tehlikesi ona göre” değerlendirilmelidir.¹⁰³

CMK’da koruma tedbirlerinin bu özelliği ile ilgili bir tanımlama olmamakla birlikte, bu özellik, gerek ilgili yönetmeliklerde gerek öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Örneğin Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nde iki koruma tedbirine ilişkin olarak bu özelliğin nasıl değerlendirilmesi gerektiği “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramının tanımlanmasıyla açıklanmıştır.¹⁰⁴ Buna göre “derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli”, “gecikmesinde sakınca bulunan hal”dir.¹⁰⁵

Öğretide de koruma tedbirlerinin gecikmede tehlike bulunması özelliği ile ilgili olarak farklı kavramlar kullanılarak çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır. Bu özellik, “gecikemezlik” olarak nitelendirildiği gibi¹⁰⁶, koruma tedbirlerine başvurulmasında “zorunluluk” bulunması ile aynı anlamda da görülmüştür.¹⁰⁷ Kanatımızca koruma tedbirlerine başvurmada gereklilik, zorunluluk konusu ve son çare olma prensibi olarak

¹⁰² CENTEL – ZAFER, 2020, s. 371.

¹⁰³ KUNTER – YENİSEY, 2000, s.594-595.

¹⁰⁴ Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005, Resmi Gazete Sayısı: 25832.

¹⁰⁵ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 4. Ayrıca bkz. SOYASLAN Doğan, “Yakalama”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, Cilt:1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.663.

¹⁰⁶ YÜCE, (1980), s. 72. Yakalama koruma tedbiri bakımından gecikmede tehlike, gecikemezlik ile ilgili olarak bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s. 308.

¹⁰⁷ Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 371; ŞAHİN, 2018, s.274-275.

adlandırılan özellikler de, koruma tedbirlerine ancak gecikmede tehlike bulunması halinde başvurulabilme özelliği kapsamında olup AİHS'nin etkisi bu şekilde bütüncül olarak değerlendirilecektir.

Koruma tedbirlerinin gecikmede tehlike bulunan hallerde uygulanma özelliği konusunda CMK, Anayasa ve AİHS'deki düzenlemeler ele alındığında, koruma tedbirlerinin pek çok ortak özelliğinde olduğu gibi, bu özelliğin de koruma tedbirlerinin içkin bir özelliği niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Koruma tedbirlerinin bu özelliği her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir konu olsa da, her üç metinde zaman zaman çeşitli yollarla koruma tedbirlerinin bu özelliğine vurgu yapılmış olduğu söylenebilir. Örneğin CMK'da gözaltına alma koruma tedbirine başvurulabilmesi için bu tedbirin “soruşturma yönünden zorunlu olması” gerektiği hususu madde metninde belirtilmiştir.¹⁰⁸ CMK'nın bazı maddelerinde ise dolaylı olarak gecikmede tehlike bulunması halinin ne zaman var olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁹ Anayasa ve AİHS'de de ilgili hak ve özgürlükler altında bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin olarak bu tedbirlerin “uygulanmasını zorunlu kılan gerekçelerden” bahsedilmiştir.¹¹⁰

Bu kapsamda da bu özelliğin, özellikle de koruma tedbirlerinin amacından hareketle, bu tedbirlerin tamamı için gerekli olan bir özellik niteliğinde olduğu her üç metin bakımından da benzer şekilde uygulamaya tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Koruma tedbirlerinin bu özelliği nedeniyle tedbir istenen somut olay incelenmeli ve tedbire başvurulmaması halinde ulaşılmak istenen amaç gerçekleşemeyecekse, ancak o durumda, bu tedbire başvurulmalıdır. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin daha etkili güvence altına alınmasında da önemli bir araçtır. Örneğin koruma tedbirine

¹⁰⁸ CMK md. 91/2.

¹⁰⁹ Bkz. CMK md. 100/3.

¹¹⁰ Örneğin bkz. 1982 Anayasası md. 19; AİHS md. 5.

başvurulmadığında veya geç başvurulduğunda “maddi gerçeğe” ulaşamayacak, “deliller elde edilemeyecek” ya da muhakeme “hiç veya gereği gibi yapılamayacak”, hüküm “infaz edilemeyecek” hale gelecekse bu durumda tedbire başvurulması için gecikmede tehlike bulunduğu kabul edilmelidir.¹¹¹

Koruma tedbirlerinin gecikmede tehlike bulunan hallerde uygulanma özelliği, konusunda AİHS’nin etkisi incelenirken AİHM içtihadına biraz daha detaylı değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Öncelikle AİHM kararlarında koruma tedbirleri bakımından bu özelliğin farklı yansımaları olduğu söylenebilir. Genel olarak bir koruma tedbirinin müdahale oluşturduğu hak ve özgürlük bakımından vaka bazında Sözleşme’nin birbirinden farklı pek çok maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, sıklıkla gündeme gelen özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 5), adil yargılanma hakkı (md. 6) ya da özel ve aile hayatına saygı hakkı (md. 8) ile ilgili kararlar örnek olması açısından ele alındığında, AİHM yaklaşımı konusunda genel olarak bir fikir sahibi olunabilmesi mümkündür.

Bu kapsamda gecikmede tehlike bulunması koşulu, ilgili hak ve özgürlükler çerçevesinde gereklilik unsuru ile birlikte AİHM’nin çeşitli farklı değerlendirmeleri üzerinden ele alınabilir. AİHM, belirli durumlarda koruma tedbirleri ile birtakım hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının ilgili maddede yer alan istisnai koşulları sağlamak için “gerekli” olması hususunun şart olduğunu belirtmektedir.¹¹²

¹¹¹ Bkz. ŞAHİN, 2018, s.275. Kolluk görevlileri tarafından yapılan yakalamada gecikmede sakınca bulunması hali için bkz. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.390.

¹¹² Örneğin Mahkeme, istisnai şartlarda mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli olarak denetlenmesine izin veren bazı kanunların varlığını ulusal güvenlik ve/veya suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Klass ve Diğerleri v. Almanya, no. 5029/71, 6 Eylül 1978, pr. 48, 60.

İlk olarak, Mahkemeye göre bu gereklilik kavramı, “bir müdahalenin AİHS ile uyumlu olabilmesi için müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamasını ve özellikle izlenen meşru amaç ile ölçülü olma şartlarının varlığını” ifade etmektedir.¹¹³

İkinci olarak, Mahkeme, “demokratik bir toplumda gerekli” olma ifadesinin kapsamını yerleşmiş kararlarında birçok ilkedan hareketle ifade etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, “gereklilik” kavramını Sözleşme’de yer alan bu anlama yakın olarak kullanılan pek çok kavram ile kıyaslayarak açıklamaya çalışmıştır. Mahkemeye göre bu kavram, örneğin Sözleşme’nin 2/2. maddesinde yer alan “zorunlu” kavramı ve 6/1. maddede yer alan “mutlak gerekli” ya da “kesin gerekli” kavramları ve “Sözleşme’nin 15/1. maddesinde yer alan durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” kavramı ile eş anlamlı değildir. Ayrıca bu kavram, Sözleşme’nin 4/3. maddesinde yer alan “kabul edilebilir”, “olağan”, Sözleşme’nin 1. nolu ek protokolünün 1. maddesinin Fransızca metninde yer alan “yararlı”, Sözleşme’nin 5/3 ve 6/1. maddelerinde yer alan “makul” veya “makbul” gibi ifadelerdeki esnekliğe de sahip değildir.¹¹⁴

Üçüncü olarak, Sözleşme’ye taraf devletlerin “toplumda gerekli olma” konusunda belirli bir takdir hakkı vardır, ancak bu hak sınırsız değildir. Bu kapsamda Mahkeme, toplumda gerekli olma kavramının ilk değerlendirmesinin ulusal makamlarda olduğunu vurgulamaktadır.¹¹⁵ Bununla birlikte Mahkeme, koruma tedbirleri ile getirilen müdahalelerin gerekliliği konusunda (örneğin arama bakımından Sözleşme’nin 8. maddesinin uygulanması ele alındığında) ulusal makamların takdir hakkı ile birlikte bu durumun bir Avrupa denetim sistemi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve bu

¹¹³ Smirnov v. Rusya, no. 71362/01, 7 Haziran 2007, pr. 43 ve Aydemir v. Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011, pr. 94.

¹¹⁴ Handyside v. Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976, pr. 48.

¹¹⁵ Bkz. Handyside v. Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976, pr. 48.

müdahalelerin AİHS ile uyumlu olup olmadığı konusundaki son kararı vermeye kendisinin yetkili olduğunu belirtmektedir.¹¹⁶

Son olarak da, Sözleşme’de güvence altına alınan haklara istisna getirilebilecek olan maddelerde yer alan paragrafların dar şekilde yorumlanması gereklidir ve somut olaylarda bu tedbirlere başvurulması ikna edici biçimde ortaya konmuş olmak zorundadır.¹¹⁷

AYM tarafından da yakalama koruma tedbiri ile ilgili dile getirilen hak ihlali iddialarında gecikmede sakınca bulunması hali ele alınmış ve öncelikle “soruşturma makamlarının gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi konusunda [AYM’ye] göre daha iyi bir konumda oldukları” belirtilmiştir. Bununla birlikte AYM tarafından soruşturma makamlarının bu değerlendirmelerinin AYM’nin denetimine tabi olduğu ve somut olay özelinde “soruşturma makamlarının gecikmesinde sakınca bulunduğu yolunda ulaştığı kanaate müdahale edilmesini gerektirecek bir durum olup olmadığı” değerlendirilerek varılacak sonuca göre “Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde yer alan güvencenin sağlanıp sağlanmadığı” irdelenmektedir.¹¹⁸

O halde tüm bu değerlendirmeler ışığında koruma tedbirlerinin gecikmede tehlike bulunan hallerde uygulanması konusunda AİHS’nin etkisi belirlenirken gecikmede tehlike bulunan hallerde uygulanma özelliği temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği haklara bir istisna teşkil ettiğinden AİHM’nin bu husustaki yorum kurallarının ve gerekli olma konusunu değerlendirme şeklinin somut olayın koşullarına uygun düştüğü ölçüde

¹¹⁶ Aydemir v. Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011, pr. 94.

¹¹⁷ Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 Mart 1983, pr. 97.

¹¹⁸ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.56-62; Suzın Yalçın Başvurusu, no. 2016/9532, 28/11/2019, pr. 32.

ulusal hukukumuz bakımından da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte somut olaylarda bu konudaki değerlendirme konusunda AİHM'nin nihai olarak kendisini yetkili gördüğü de unutulmamalıdır.

1. Bir Karara Dayanma

Koruma tedbirleri kural olarak “bir karara” dayanmak zorundadır, ancak bu kararı hangi mercinin vereceği, koruma tedbirlerinin çeşitlerine göre ve durumun özelliğine göre farklılık arz etmektedir.¹¹⁹

Koruma tedbirlerinin bir karara dayanma ortak özelliği bulunmakla birlikte, bu özellik açısından CMK, Anayasa ve AİHS'deki düzenlemeler ele alındığında, gerek kararı verecek merci gerek koruma tedbiri ile ilgili bazı özel durumlar bakımından farklılık olduğundan ortak bir değerlendirme yapabilmek hayli güçtür.

Bu kapsamda örneğin CMK'da yer alan bazı koruma tedbirlerine¹²⁰ ancak “hakim” veya “mahkeme” tarafından karar verilir.¹²¹ Bazı koruma tedbirlerinde kural olarak “hakim”, ancak “gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı” karar vermeye yetkilidir.¹²² Bazı koruma tedbirlerinde ise yalnızca “Cumhuriyet savcısının”

¹¹⁹ Bir karara dayanma özelliği ile ilgili genel olarak bkz. ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s. 276-277.

¹²⁰ Tutuklama (CMK md.101/1), adli kontrol (CMK md.110/1), taşınmaz hak ve alacaklara el koyma (CMK md.128/9), avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma (CMK md.130/1), şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK md.133/1) Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK md.139/1) örnek olarak gösterilebilir. Yakalama ve gözaltı koruma tedbirindeki ayrım aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Yakalama bakımından Bkz. “C. Koşulları”, s.148vd; gözaltı bakımından bkz. “C. Koşulları”, s.184vd.

¹²¹ Hakim, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde davaya bakmakta olan mahkeme hakimi veya mahkeme heyeti ya da itiraz merci hakimi olabilir. Bkz. CMK md.162 ve 271/4.

¹²² Örneğin Postada elkoyma (CMK md.129/1); Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK md.134/1); İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK md.135/1); Teknik araçlarla izleme (CMK md. 140/2.)

kararı yeterlidir.¹²³ Bazı koruma tedbirlerinde de Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde sınırlı birtakım şartlarla “kolluk amiri” de karar vermeye yetkilidir.¹²⁴

Bu ayırım ve özellikle de temel hak ve özgürlükleri daha kısıtlayıcı olduğu düşünülen koruma tedbirleri bakımından “hakim” kararının aranmasının nedeni hakimlik makamının, bağımsız ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin bir anlamda “teminatı” olarak kabul edilmeleridir.¹²⁵ Bununla birlikte koruma tedbirlerinden bir kısmında yer alan “hakim” ibaresi ile ilgili olarak bu tezin yazım aşamasında çeşitli defalar değişiklik yapıldığı ve daha önce bazı koruma tedbirlerinde karar merci olarak yer alan “hakim” ibaresinin “sulh ceza hakimini” değil “ağır ceza hakimini” ifade edecek şekilde değiştiği ve merciinin karar vermesi konusunda birtakım koşullar da eklendiği ancak daha sonra yapılan yasa değişikliği ile tekrar “ağır ceza hakimi” ve “mahkeme” ile ilgili getirilen koşulların kaldırıldığı, mevcut halde bu merciinin “hakim” olarak yeniden düzenlendiği vurgulanmalıdır.¹²⁶

¹²³ Gözaltı (CMK md. 91/1). Ancak Suçüstü hâllerıyla sınırlı olmak kaydıyla; belirli şartlar altında mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından da gözaltı işlemi yapılabilir. Gözaltı konusu aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Bkz. “C. Koşulları”, s.184vd. Geçici olarak yapılan yakalama ile ilgili durum da yakalama konusu incelenirken ayrıca ele alınacaktır. Bkz. “C. Koşulları”, s.148vd.

Öğretide; kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayan koruma tedbirlerini savcının kendiliğinden uygulayamayacağı, bunun için kural olarak sulh ceza hakiminin kararına ihtiyaç duyduğu belirtilmiştir. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, 2015, s. 58-59.

¹²⁴ Örneğin arama ve elkoyma (CMK md.119/1 ve 127/1) ayrıca bkz. yukarıdaki dn. 123.

¹²⁵ Öğretide de bu durum; “Hakimlerin bağımsız yargı gücünü oluşturmaları ve özgürlüklerin teminatı sayılmalarıdır.” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, 2018, s.285.

¹²⁶ Örneğin CMK’nın 128/9. maddesinde yer alan taşınmazlara hak ve alacaklara el koyma koruma tedbirinde 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış; karar merci ağır ceza mahkemesi olmuş ve oybirliği koşulu getirilmiştir. (İlgili Resmi Gazete Tarih 6.03.2014, Sayı: 28933 (Mükerrer). Ancak 2016 yılında maddenin bu kısmında yeniden değişiklik yapılmıştır. 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile karar merci değişmiş bu madde hükümlerine

Koruma tedbirleri ile ilgili bu konuda yapılan değişiklikler öğretilerinde de bu konuda farklı yorumların yapılmasına neden olmuştur. Burada öncelikle koruma tedbirlerinde hakim kararının aranması bir yandan eleştirilmiş¹²⁷ bir yandan ise hakim kararı aranmasının daha sürekli hale getirilmesi şeklinde farklı görüşler belirtilmiştir.¹²⁸

Bir diğer tartışılmalı konu ise soruşturma evresinde koruma tedbirleri ile ilgili kararların sulh ceza hakimlikleri tarafından verilmesidir. Nitekim bu tezin yazım aşamasında kurulan sulh ceza hakimliklerinin gerek “mahkeme” niteliği taşıyıp taşımadığı gerek “tabii hakim ilkesi”ne uygun olup olmadığı gerek de “bağımsız” ve “tarafsız” olup olmadığı konularında çeşitli görüşler dile getirilmiştir.¹²⁹ Ayrıca hem

göre elkoymaya ve onuncu fıkra uyarınca kayyım atanmasına ancak hâkim karar verebilir düzenlemesi yapılmıştır. (İlgili Resmi Gazete Tarih 2.12.2016, Sayı: 29906) Benzer durum CMK’nın 135. maddesinde düzenlenen İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, CMK’nın 139. maddesinde düzenlenen Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi ve CMK’nın 140. maddesinde düzenlenen Teknik Araçlarla İzleme koruma tedbirleri bakımından da geçerlidir. 6526 sayılı Kanun’un 10,12, 13, 14. maddeleri ile hakim yerine ağır ceza mahkemesinin oybirliği koşulu getirilmiş daha sonra 6763 sayılı Kanun’un 25, 26,27 ve 28. maddeleri ile de “ağır ceza mahkemesi” ibaresi “hâkim” şeklinde, “mahkemenin” ibaresi “hâkimin” şeklinde, “mahkeme” ibareleri “hâkim” şeklinde değiştirilmiştir.

¹²⁷ Nitekim bu görüşte, soruşturmada asıl yetkili olanın Cumhuriyet savcısı olduğu ve delil toplamada hakimnin karar vermesinin birtakım sakıncaları olabileceği belirtilerek Anayasa’dan ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan zorunluluklar dışındaki ceza muhakemesi işlemleri bakımından hakim kararı aranmasından vazgeçilmesi gerektiği ve Cumhuriyet Savcısının bu konuda yetkili kılınması düşüncesi dile getirilmiştir. Bu görüş ve gerekçeler için bkz. ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku – I –, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 203. Karş. OKUYUCU ERGÜN Güneş, *Ceza Muhakemesi İşlemleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 58-59

¹²⁸ Bu görüşte; hakim kararıyla gözetli uygulamasının uzun ömürlü olması gerektiği görüşü belirtilmiştir. Bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.337.

¹²⁹ Bu kapsamda hakimlerin bağımsızlığı, tabii hakim ilkesi, toplu hakimli-tek hakimli mahkeme, hakimnin tarafsızlığı ile ilgili olarak öncelikle bkz. EREM, 1978, s.90-125. Ayrıca hakimlik makamı ile ilgili çeşitli değerlendirmeler için bkz. TANER Fahri Gökçen, “Terörle Mücadele Kanunundan 6545 Sayılı Kanun

düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı dile getirilmiş hem de çeşitli bireysel başvuru kararlarında konu, ihlal iddialarıyla birlikte gündeme gelmiştir.

AYM, “Sulh Ceza Hakimliklerini ihdas eden kanun hükmünün iptali istemini, sulh ceza hâkimlerinin de diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atandıklarını ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunduklarını, diğer tüm mahkemelerde olduğu gibi Anayasa'nın öngördüğü biçimde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırıldıklarını, bunların yapılanması ve işleyişinde tarafsız davranamayacakları sonucuna ulaşılmasını gerektiren herhangi bir unsur bulunmadığını ayrıca somut, nesnel ve inandırıcı delillerle hâkimin tarafsızlığını yitirdiğinin ortaya konulması durumunda davaya bakmasını engelleyen usul hükümlerinin de bulunduğunu gerekçe göstererek” reddetmiştir.¹³⁰

Konu, AYM nezdinde bireysel başvurularda da ele alınmış ve AYM; “Suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı göreceк yargı yerinin belirlenmiş olması şeklinde tanımlanan doğal yargıç kavramı, adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan *kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma* hakkının temelini oluşturduğunu” belirterek konuyu ele almış ve bu konudaki içtihadını temel ilkeleri belirtmek suretiyle oluşturmuştur.¹³¹

Sonrası Sulh Ceza Hakimliğine Soruşturma Evresine Özgülenmiş Hakimlik Makamı, *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan*, Cilt: II, Ankara, 2015, s. 1071-1092. Sulh Ceza Hakimliklerinin görev, yetki ve işleyişleri hakkında Avrupa Konseyi Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) 13 Mart 2017 tarihli görüşü ve tavsiyeleri için bkz. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)004-tur](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur).

[Erişim Tarihi: 07.10.2017.]

¹³⁰ Bkz. AYM'nin 14 Ocak 2015 tarih, 2014/164 E. ve 2015/12 K. sayılı kararı.

¹³¹ Bu kapsamda AYM; doğal hâkim, tarafsız ve bağımsız hâkim ilkelerinin ihlali iddiasının “*açıkça dayanaktan yoksun olması*” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. Hidayet Karaca Başvurusu, no. 2015/144, 14/7/2015, pr. 67-81.

Anayasa’da ve AİHS’de de, benzer şekilde koruma tedbirlerinin bağlantılı olduğu hak ve özgürlükler bakımından çeşitli düzenlemeler yapılmış, zaman zaman ilgili hak ve özgürlüğün ancak hakim kararıyla ya da yetkili adli merci veya mahkeme tarafından sınırlanabileceği belirtilmişken zaman zamansa yalnızca hangi amaçlarla sınırlanabileceği belirtilmiştir.¹³² Koruma tedbirlerinin bir karara dayanma özelliğinin bu kararın hangi mercinin kararı olacağı konusunda ortak tek bir belirleme yapmak mümkün olmasa da, koruma tedbirine ilişkin kararların kural olarak incelemeye tabi olması gerektiği söylenebilir. Bu kapsamda koruma tedbirlerine ilişkin karar, bir hakim tarafından gerek karar verilme aşamasına ilişkin gerek itiraz şeklinde denetime tabi tutulmalıdır.¹³³

Koruma tedbirlerinin bir karara dayanma özelliği konusunda AİHS’nin etkisi incelenirken AİHM içtihadına bakıldığında da, koruma tedbirlerine ilişkin kararı verecek olan merci ile ilgili bu kararın doğrudan ve mutlaka bir hakim ya da mahkeme tarafından verilmesi gerektiği şeklinde bir yoruma varılmamaktadır. Bununla birlikte AİHS’ye uygunluk denetimi yapılırken öncelikle bu konuda ulusal hukukta nasıl bir düzenleme olduğu ele alınmalı, sonra da koruma tedbirinin bağlantılı olduğu hak ve özgürlük ile ilgili AİHS ve ek protokollerinde bu konuda bir düzenleme olup olmadığına ve genel olarak da hakların korunması konusundaki temel yaklaşımına bakılmalıdır. Bu kapsamda her bir koruma tedbiri ve ilgili olduğu hak ve özgürlük bakımından gerek yetkili merci gerek itiraz yolu ile inceleme konuları hangi yasal düzenlemenin hak ve özgürlükleri daha koruyucu bir sistem getirdiği gözetilerek ayrı ayrı ele alınmalı ve koruyucu olan uygulanmalıdır.¹³⁴

¹³² Örneğin bkz. 1982 Anayasası md. 19, 20, 21, 22, 26, 28 ve AİHS md. 5, 8.

¹³³ İtiraz yolu için bkz. CMK md. 268.

¹³⁴ Yakalama ve gözetli koruma tedbirleri bakımından bu konular aşağıda ilgili bölümlerde gerek karar verme gerek itiraz /denetim süreci bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Genel Özellikleri

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Temel Yapısı

Koruma tedbirlerinin AİHS ile ilişkisini ortaya koyabilmek için öncelikle AİHS ile CMK arasındaki ilişkiyi ele almak ve daha sonra da AİHS'de yer alan hak ve özgürlükler ile CMK'da yer alan koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemeleri ve yaklaşımı ele almak gereklidir. Bunun yapılabilmesi için de öncelikle AİHS'nin tarihsel gelişim süreci kapsamında bu zamana kadar oluşturulan temel yapısının ana hatlarıyla ortaya konulması gerekmektedir.

Bu kapsamda AİHS'nin tarihsel gelişim sürecine bakıldığında, bu Sözleşme'nin öncelikle insan haklarına ilişkin bir sözleşme olması dolayısıyla insan hakları düşüncesinin gelişmesine, bu hakların korunmasına yönelik çeşitli girişimler yapılmasına ve insan haklarının hukuki metinlerde yer bulmasına dayandığı ve bu itibarla da oldukça uzun bir geçmişe sahip olduğu söylenebilir de, doğrudan sözleşmenin hazırlanması fikrinin oluşmasının İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan trajik süreç ile başladığını söylemek mümkündür. İkinci Dünya Savaşı sürecinde insan haklarının korunmasına yönelik çeşitli girişimler yapılması ve Birleşmiş Milletler'in ("BM") oluşturulması¹³⁵ ile gerek BM Şartı'nın Dibacesinde insan haklarının korunmasının önemine yer verilmesi¹³⁶ gerek kısa bir süre içinde insan haklarının korunmasında temel çerçeve olan ve AİHS'nin

¹³⁵ Aslında savaş hala Asya'da devam ederken BM Şartı/Antlaşması, 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanmış ve 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Şartı Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü ile birlikte 15 Ağustos 1945 tarihinde onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu, 24 Ağustos 1945 gün ve 6902 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹³⁶ BM Şartı'nın Dibacesi uyarınca: "... temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye..." karar verilmiştir.

de temelini oluşturan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (“İHEB”) metninin ortaya çıkması çok önemlidir.

İHEB’in, Avrupa’da insan haklarının korunması sürecinin başlatılmasında göze çarpan bir rol oynadığı vurgulanmalıdır.¹³⁷ BM çatısı altında İHEB’in yanı sıra taraf devletleri bağlayıcı sözleşmeler yapılması ve koruma mekanizması getirilmesi gibi birçok çalışma yapılmıştır,¹³⁸ ancak çalışmamızın konusu ile doğrudan bağlantılı olması nedeniyle yalnızca İHEB’in önemine kısaca değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

İHEB’in öneminin, AIHS’nin de dahil olduğu, insan hakları belgelerinin temelini bu bildiride yer alan ilkelere dayanmasından kaynaklandığı söylenebilir. İHEB’in, özellikle de 3. maddesinde yer alan ana ilkesi; “yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır” şeklinde net bir biçimde ifade edilmiştir. Her ne kadar hukuki niteliği gereği bağlayıcı olmasa da¹³⁹ bildiride yer alan hakların çeşitliliği¹⁴⁰, bildirinin dayandığı değerler¹⁴¹, uluslararası alanda pek çok devlet tarafından benimsenmiş olması sembolik değeri olan bu bildirinin bugün de uluslararası örf ve adet hukukunun – gelenek hukukunun bir parçası olma niteliğini korumasını sağlamıştır.

¹³⁷ POPOVIĆ Dragoljub, *European Human Rights Law – A Manual: An Introduction to the Strasbourg Court and Its Jurisprudence*, Eleven International Publishing, the Hague, 2013, s. 5.

¹³⁸ Örneğin bkz. 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.

¹³⁹ Bu belge uluslararası hukuk bakımından bir andlaşma statüsünde değildir ve BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş bir öneri niteliğindedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK Şeref – GÖLCÜKLÜ Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s. 5-6.

¹⁴⁰ Bu bildirgede hem medeni ve siyasi haklar hem de ekonomik ve sosyal haklar sıralanmıştır.

¹⁴¹ Bu konuda bkz. TALAS Cahit, “Evrensel Bildirgenin 35. Yılına Girerken İnsan Hakları Üzerine Düşünceler”, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 35. Yılı Armağanı*, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 9, Ankara, 1983, s. 7-10.

AIHS'nin hazırlık süreci de, İHEB'in bahsedilen bu önemine binaen, İHEB'in referans alınması ile başlamış ve bu bildirgeden yaklaşık iki yıl sonra açıkça İHEB'e atıf da yapılarak AIHS ortaya çıkmıştır. AIHS'nin, referans aldığı İHEB'in oluşturulduğu BM Teşkilatı'nın değil, bölgesel nitelikteki Avrupa Konseyi'nin bir parçası olduğu belirtilmelidir.¹⁴² Avrupa Konseyi Statüsü'nün taraf devletlere “hukukun üstünlüğü prensibine uyma” ve “yasal yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma” konusunda korunmasına ilişkin yükümlük getirmesi nedeniyle¹⁴³ bu konuda bir sözleşmenin hazırlık çalışmalarının başlatılması zorunluluğu doğmuştur. Avrupa Konseyi Statüsü'nün bu maddesi, 4 Kasım 1950 tarihinde kabul edilen Sözleşme'nin temeli olan ve bugün bildiğimiz insan haklarının korunması sisteminin bütününe temel dayanağını ortaya koymuştur.¹⁴⁴

¹⁴² Avrupa Konseyi'nin oluşumu; içinde yaşanan konjonktürün bir sonucu olmuş ve Türkiye de, fazla vakit geçirmeksizin Konsey'e taraf olmuştur. Avrupa Konseyi, BM Teşkilatı'nın bölgesel kuruluşlara ağırlık verilmesini desteklemesi, Avrupa kıtasındaki siyasal bloklaşma ve adalet ve güvenlik temelinde koruyucu ve düzenleyici kurumların kurulması gibi çeşitli düşünce ve etkenlere bağlı olarak Avrupa'da hükümetlerarası bir birliğin kurulmasını amaçlayan “Avrupa Hareketi”nin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bkz. <<http://europeanmovement.eu/who-we-are/history/>>, [Erişim Tarihi: 01.03.2020.]

Avrupa Konseyi'nin amacı, “üyelerinin, ortak mirasları olan idealleri ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve sosyal ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere, üyeleri arasında daha fazla bir birliğe ulaşmaktır. (Bkz. Avrupa Konseyi Statüsü md. 1/a.) On Batı Avrupa devleti, 5 Mayıs 1949 tarihinde Avrupa Konseyi Statüsü'nü imzalamış ve 3 Ağustos 1949 tarihinde bu statü yürürlüğe girmiştir. (Statü metni için bkz. <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/001>>, [Erişim Tarihi: 01.03.2020.]) Türkiye bakımından da 13 Nisan 1950 tarihinde Konsey Statüsü yürürlüğe girmiştir. (5456 sayılı “Avrupa Konseyinin Kurulması Hakkında İmzalanmış Olan Statünün Onanmasına Dair Kanun”, 17.12.1949 tarih ve 7382 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

¹⁴³ Avrupa Konseyi Statüsü md. 3.

¹⁴⁴ POPOVIĆ, 2013, s. 6.

Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları ve Sözleşme metni, oldukça uzun ve karmaşık diplomatik ilişkiler ve müzakereler sonucu tamamlanmıştır. Bu aşamada hem hukukçular hem de siyasetçiler yer almış, bu kapsamda Sözleşme, hukuki ve siyasi etkileşim ile oluşturulmaya çalışılmıştır. Sözleşmenin hazırlık aşamasında uluslararası hukuk kuralları dikkate alınmış, seçilen dilin yalın olması ve totaliter rejimlere karşı olmayı simgeleyen bir antlaşma hazırlanması hedeflenmiştir.¹⁴⁵

Sözleşme'nin imza, onay ve yürürlük aşamaları yaklaşık üç yıl içinde tamamlanmıştır. Bu Sözleşme Roma'da, Barberini Sarayı'nda, 4 Kasım 1950 tarihinde, öğleden sonra saat dörtte imzalanmıştır.¹⁴⁶ Sözleşme, on devletin onaylamasının ardından 3 Eylül 1953'te yürürlük kazanmıştır.¹⁴⁷

Türkiye'nin Sözleşmeyi imzalaması, onaylaması ve yürürlüğe koyması da yaklaşık üç buçuk yıl içinde tamamlanmıştır. AİHS, Türkiye açısından 4 Kasım 1950'de imzalanarak 18 Mayıs 1954'te yürürlük kazanmıştır.¹⁴⁸ Türkiye tarafından, Sözleşmede ihtiyari olarak öngörülmüş olan AİHM'ye kişisel başvuru hakkı 22 Ocak 1987'te tanınmış¹⁴⁹ ve 28 Ocak 1987'de beyan edilmiştir.¹⁵⁰ AİHM'nin zorunlu yargı yetkisi de 25 Eylül 1989 tarihinde kabul edilmiştir.¹⁵¹

AİHS'nin imzaya açılmasından sonra çeşitli tarihlerde Sözleşme'ye ek mahiyette zaman zaman Sözleşme'nin mevcut maddelerinde değişiklik getiren zaman zamansa

¹⁴⁵ Bu konuda bkz. POPOVIĆ, 2013, s. 6.

¹⁴⁶ POPOVIĆ, 2013, s.3.

¹⁴⁷ AİHS md. 59.

¹⁴⁸ 6366 sayılı “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokol Tasdiki Hakkında Kanun”, 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁴⁹ 87/11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

¹⁵⁰ Dışişleri Bakanlığı Tebliği, 21.04.1987 tarih ve 19438 sayılı Resmi Gazete, s. 2.

¹⁵¹ 27.09.1989 tarih ve 20295 sayılı Resmi Gazete, s. 6.

Sözleşme’ye yeni hak ve özgürlükler getiren ek protokoller hazırlanmıştır. Sözleşmeye ek bu protokollerin de imza ve yürürlüğe girme aşamaları farklılık arz etmekte olup Türkiye tarafından da ek protokollerden bir kısmı çeşitli tarihlerde imzalanmış ve bazıları yürürlüğe koyulmuş, bir kısmı ise henüz imzalanmamış ve/veya onaylanmamıştır.¹⁵² Bu şekilde oluşturulan ve ülkemizde de yürürlüğe giren AİHS¹⁵³, uygulamada birtakım temel ilkeleri ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını da düzenlemeye çalışmıştır.

AİHS, hukuki niteliği bakımından uluslararası bir antlaşma olsa da, birçok açıdan pek çok uluslararası antlaşmadan ayrılır ve AİHS’yi diğer antlaşmalardan ayrı kılan çok önemli özellikleri vardır. Bu kapsamda öncelikle Sözleşme’yi diğer antlaşmalardan ayıran ve onu önemli kılan ve çalışmanın konusu bakımından önem arz eden, özellikle de AİHS’nin ulusal hukuktaki etkisi konusunda bir saptama yapılmadan önce üzerinde durulması gereken üç temel özellik olarak bağlayıcılık, ikincillik ve tamamlayıcılık özelliklerine değinilmelidir. Son olarak da Sözleşme’nin taraf devletlere getirdiği yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin sınıflandırılması ile konumuz açısından AİHM kararlarına yansısı ele alınmalıdır.

AİHS’yi insan haklarının korunması konusunda önemli kılan pek çok özellik vardır, ancak genel olarak şu tespitlerin yapılması mümkündür. Her şeyden önce

¹⁵² Ek protokoller ile imza ve yürürlük konularında her bir protokol bakımından ayrı ayrı bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/en_GB/7435985, [Erişim Tarihi: 01.03.2020.]

¹⁵³ AİHS metni, mevcut haliyle, toplamda 59 maddeden ibarettir. Sözleşme, başlangıç kısmı, giriş maddesi ve üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde “hak ve özgürlükler”, ikinci bölümde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” ve üçüncü bölümde “çeşitli hükümler” yer almaktadır. AİHS’nin kapsamı belirlenirken, AİHS’yi yenileyen ve genişleten, 16 ek protokol de dikkate alınmalıdır.

Bkz. <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>>, [Erişim Tarihi: 01.03.2020.]

Sözleşme'nin en önemli özelliği, bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapması¹⁵⁴ ve bu kapsamda bireylere bir yargı organına başvuru hakkı vermesidir. Sözleşme'nin diğer sözleşmelerde olmayan en önemli özelliklerinden birisi, kişilere doğrudan haklar tanınmasının yanında denetim mekanizması yani, ilk kez uluslararası nitelikte yargısal bir denetim ve güvence sistemi oluşturmıştır.

Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihsel süreç de göz önüne alındığında, uluslararası hukukta sadece devletlerin ve sınırlı şekilde kuruluşların özne olarak kabul edildikleri, bireylerin ise uluslararası hukukta bir özne olarak kendilerine yer bulamadıkları bir süreç olduğu görülmektedir. Bu anlamda Sözleşme, hem uluslararası bir yargılama sistemi getirilmiş olması hem de bu mahkemede bireylerin şikayetçi olabilmesi açısından bir ilki gerçekleştirerek dünya hukuk tarihinde bir dönüm noktası oluşturmıştır.

Sözleşme'nin en önemli özelliklerinden biri, aynı zamanda, taraf devletlerin birbirlerine karşı insan haklarının ihlal edildiği iddasını ileri sürebilmelerinin yanı sıra daha çok “taraf devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkes”in yararlanabileceği ortak bir “kamu düzeni” alanı yaratmasıdır. “İnsan Hakları Anayasası”¹⁵⁵ ya da “Avrupa kamu düzenini oluşturan anayasal belge” olarak nitelenen¹⁵⁶ “AİHS'nin getirdiği koruma hukuku, Avrupa liberal demokrasilerinde ortak kamu düzeninin kurulmasında etkili bir cihazdır”.¹⁵⁷ “AİHS ve onun öngördüğü koruma hukuku ile oluşan Avrupa insan hakları hukuku, taraf devletler için uluslar arası insan hakları hukuku olmanın ötesinde

¹⁵⁴ Bkz. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 13.

¹⁵⁵ ÇELİK Edip, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi: Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı*, Cilt: 9, Sayı:1-3, 1988, s. 52.

¹⁵⁶ Bu konudaki AİHM kararlarından örnekler ve bu nitelendirme hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 15.

¹⁵⁷ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri”, *AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt: II, Sayı: 1, Mayıs 1994, s. 28.

uluslarüstü insan hakları hukuku boyut ve niteliği kazanmıştır.”¹⁵⁸ Bu itibarla da Sözleşme’nin önemi, insan haklarının korunmasını güvence altına alarak insan haklarını koruma altına alan bir düzenin yaratılmasının amaçlanmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Sözleşme’nin özelliklerinden burada değinilecek olan bir diğeri Sözleşme’nin bağlayıcılık özelliğidir.¹⁵⁹ AİHS’nin bağlayıcılık özelliği, Sözleşme’nin ulusal hukuktaki yerini ve etkisini belirleme bakımından büyük önem arz etmektedir. Bir ön tespit olarak AİHS’nin bağlayıcılığı konusundaki temel ilkeler ele alınırken hem Sözleşme’nin özellikle 1. ve 46. maddeleri hem de Andlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin bir anlaşmanın bağlayıcılığı konusundaki genel ilkeleri dikkate alınmalıdır.

AİHS, Sözleşme’ye taraf olan devletler bakımından “bağlayıcıdır”.¹⁶⁰ AİHS, bağlayıcılığının temelini öncelikle birinci maddesinden almaktadır.¹⁶¹ Bu madde,

¹⁵⁸ YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 28.

¹⁵⁹ “Bağlayıcılık”, “*binding force*” yerine kullanılmıştır.

¹⁶⁰ Bununla birlikte, devlet niteliği taşımayan Avrupa Birliği’nin (“AB”) de Sözleşme’ye taraf olma ihtimali mevcuttur. AİHS, devletler arasında akdedilmiş bir sözleşme olsa da uzun süreden beri AB’nin AİHS’ye taraf olması gündemdedir. Örneğin, bkz. Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1996, ECR I-1759. Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması md. 6/2. Ayrıca Sözleşme’ye ek 14 numaralı Protokol ile bu konuda önemli bir düzenleme yapılmış ve açıkça AB’nin Sözleşme’ye katılabileceği hüküm altına alınmıştır. (Bkz. AİHS md. 59/2 ve 14. Protokol md. 17.) Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. GÖÇMEN İlke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 165-170. 14 numaralı Protokol ile ilgili olarak ayrıca bkz. AYBAY Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, 2010.

¹⁶¹ İrlanda v. Birleşik Krallık, no. 5310/71, 1 Ekim 1972, pr. 238.

“Yüksek Sözleşmeci Taraflara kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme’de açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü” getirmektedir.¹⁶² Bu madde ile birlikte yorumlanması gereken bir diğer önemli düzenleme de Sözleşme md. 46/1’dir. Buna göre de “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmiştir”. Sözleşme’de yer alan bu düzenlemeler ile birlikte “Sözleşme’nin devletler arasındaki diğer antlaşmaların tabi olduğu genel kurallara ve özellikle de Viyana Sözleşmesi’nde yer alan kurallara uymaya devam eden bir uluslararası antlaşma niteliğinde olduğu” dikkate alınmalıdır.¹⁶³

AİHS’nin bağlayıcılık konusundaki bu temel ilkeler sonucu taraf devletler bakımından bağlayıcı olduğu konusunda bir tereddüt olmasa da, gerçek veya tüzel kişiler ile kişi grupları bakımından bağlayıcılığı konusu da ele alınmalıdır. Sözleşme’nin gerçek veya tüzel kişileri veya kişi gruplarını bağlaması konusunda bu kişiler tarafından yapılan işlem ve eylemin niteliğine göre bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Gerçek veya tüzel kişiler ile kişi gruplarının insan haklarını ihlal etmeleri durumunda genel kural olarak AİHS bağlamında bir sorumlulukları olmayacaktır, ancak devlet erkinin kullanılması ile arada bir bağlantının –yetki devri gibi– kurulabildiği durumlarda devlet adına yetki kullanmak durumunda olan kişilerin davranışlarından devletin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür ve bu gibi durumlarda da Sözleşme’nin bağlayıcılığı geçerlidir.

AİHS’nin bağlayıcılığı, bu çalışmanın konusu bakımından da çok önemlidir, çünkü Sözleşme’nin etkisi, bağlayıcılık özelliği ile birlikte Sözleşme’ye taraf devletlerin iç hukuklarındaki uygulamalar ile şekillenmektedir. AİHS’nin bağlayıcılık özelliğinin

¹⁶² İrlanda v. Birleşik Krallık, no. 5310/71, 1 Ekim 1972, pr. 238-240.

¹⁶³ Demir ve Baykara v. Türkiye, no. 34503/97, 12 Kasım 1998, pr. 65. Ayrıca bu konuda çeşitli değerlendirmeler için bkz. ÇELİK, (1988), s. 54-55.

sonucu olarak birtakım yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir.¹⁶⁴ AİHS’de yer alan yükümlülüklerle uygun davranılmaması halinde, AİHS hükümleri gereğince ve Avrupa Konseyi çerçevesinde, birtakım yaptırımlara başvurulur. Bu yaptırımların en ağırı üyeliğin askıya alınması, hatta üyelikten çıkarılmasıdır.¹⁶⁵

Kesinleşen bir ihlal kararının icra edilmemesine yönelik prosedür yakın zamanda işletilmiştir.¹⁶⁶ Nitekim AİHM kararlarının icra edilmesi yükümlülüğüne uyulmadığının tespiti ile ilgili süreç AİHS md. 46/4 kapsamında ele alınmış ve AİHM bu konudaki temel ilkelere dikkat çekmiştir. Bu kapsamda özellikle de tüm ihlal kararlarının “iyi niyetle” yerine getirilmesi gerektiği, ulusal hukuk sisteminde AİHM’nin ihlal kararının “etkilerini ortadan kaldırmaya yol açan unsurlar” varsa, bunları “önlemenin” ilgili devletin görevi olduğu, ilgili devletin kararın, “sonucuna ve ruhuna uygun olduğu sürece”, bu kararı hangi yol ve yöntemle yerine getireceğini belirleyebileceği ancak yalnızca AİHM tarafından hükmedilen “tazminat miktarının ödenmesinin yeterli olmadığı”, aynı zamanda “ihlalden önceki duruma dönülmesi için gerekli işlemlerin yapılması gerektiği”, ihlalin olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması için “gerekenin yapılması” gerektiği gibi hususlar önemle vurgulanmıştır.¹⁶⁷

Sözleşme hükümlerinin bağlayıcı etkisinin, üye devletlerde ulusal düzeyde onların uygulanabilirliği ile yansıtıldığına dikkat edilmelidir.¹⁶⁸ Bağlayıcı etkinin

¹⁶⁴ Bu bakımdan AİHM’ye bireysel başvurunun işleminin önüne geçilebildiği 11. Protokol öncesi dönem ile sonrasındaki dönem arasında fark bulunmaktadır. Önceki ihtimalde, yalnızca siyasi yaptırım, sonraki ihtimalde hem siyasi hem hukuki yaptırım söz konusu olabilmektedir.

¹⁶⁵ Avrupa Konseyi Statüsü md. 8.

¹⁶⁶ Bkz. Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, no. 15172/13, 29 Mayıs 2019.

¹⁶⁷ Bkz. Ilgar Mammadov v. Azerbaycan, no. 15172/13, 29 Mayıs 2019, özellikle de pr.147-156; pr. 190-195.

¹⁶⁸ POPOVIĆ, 2013, s. 21.

doğrudan yansması, gerek yasama gerek yargı organları aracılığıyla gerçekleşir. Bu kapsamda Sözleşme'nin bağlayıcılığı, genel olarak AİHM'nin içtihat hukukuna uygun şekilde yasal mevzuat değişiklikleri yapılması veya yargı organı tarafından ulusal mahkemelerde AİHM'nin içtihat hukukuna uygun karar verilmesi yoluyla sağlanır.¹⁶⁹

Sözleşme'nin özelliklerinden burada değinilecek olan bir diğer özellik, Sözleşme'nin ikincillik özelliğidir.¹⁷⁰ İkincillik, Sözleşme'nin en temel prensiplerinden biridir¹⁷¹ ve ulusal hukuklar bakımından iki temel yansması vardır.

İkincillik özelliği, ilk olarak, Sözleşme kapsamında korunan haklarının ihlal edildiğini öne süren kişinin öncelikle “iç hukuk yollarını tüketmesini” gerektirmektedir.¹⁷² Sözleşme’de öngörülen koruma sistemi, iç hukuk yolları tüketildikten sonra gündeme gelmektedir.¹⁷³

İkincillik özelliği, ikinci olarak, AİHM'nin yaptığı incelemede bu mahkemenin “görev sınırını” çizmektedir. Bu özellik, AİHM'nin görevinin, ulusal makamların olayla ya da hukuk kurallarıyla ilgili “hatalarını değerlendirmek” olmadığını belirtmekte ve “keyfi uygulamaya ilişkin çok açık bir delil olmadığı sürece ulusal mahkemenin değerlendirmesini sorgulayamayacağını” vurgulamaktadır.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Bu konuya çalışmanın “C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ulusal Hukuka Etkisi” başlıklı bölümünün “b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Etkisi” alt başlığı altında değinilecektir. Bkz. s.79vd.

¹⁷⁰ “İkincillik”, “*subsidiarity*” yerine kullanılmıştır.

¹⁷¹ POPOVIĆ, 2013, s.22.

¹⁷² AİHS md. 35.

¹⁷³ Bu konuda pek çok istisna da söz konusudur. Örneğin bkz. Manole ve Diğerleri v. Moldova, no. 13936/02, 17 Eylül 2009, pr. 112.

¹⁷⁴ Sisojeva ve Diğerleri v. Letonya, no. 60654/00, 15 Ocak 2007, pr. 89-90. AİHM tarafından güncel kararlarda da bu yetkisinin sınırları belirtilmektedir. AİHM, ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanması konusunda esas sorumlu olanın ulusal mahkemeler olduğunu ve iddia edilen olgusal veya

Sözleşme'nin özelliklerinden burada değinilecek olan bir başka özellik, Sözleşme'nin tamamlayıcılık özelliğidir. Sözleşme hükümleri, taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerini tamamlayıcı nitelikte bir sistem öngörmüştür.¹⁷⁵ İç hukuktaki mekanizmaların yerini alma değil bu sistemi tamamlama amaçlanmaktadır. Bu kapsamda hak ve özgürlüklerin korunması öncelikle Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal hukukları tarafından sağlanacak ve iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra da Sözleşme organları devreye girecektir.

Sözleşme'nin özelliklerinden burada değinilecek olan son özellik de Sözleşme'nin sözleşmeci taraf devletlere birtakım yükümlülükler getirmesidir. Bu yükümlülüklerin ne olduğu ve nasıl sınıflandırılacağı konusunda öğretide çeşitli tasnifler yapılmışsa da¹⁷⁶, tarafımızdan bu çalışmada genel olarak AİHM tarafından da kabul edilmiş olan ikili ayırım dikkate alınarak açıklamalar yapılacaktır.

AİHS'ye taraf olan bir devletin hem hak ve özgürlükleri ihlal etmeme “negatif yükümlülüğü” hem de hak ve özgürlükleri güvence altına alma “pozitif yükümlülüğü” altında olduğu vurgulanmalıdır.¹⁷⁷ Ayrıca “Sözleşme, karşılıklılık ilkesine dayanmamaktadır” ve “taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülükleri nesnel bir

hukuki hataları değerlendirirken sınırlı yetkisi bulunduğunu dile getirmekte ayrıca Mahkemenin rolünün, “keyfi veya açıkça gayrimakul” olmadıkça bu yorumun AİHS ile uyumlu olup olmadığını saptamakla sınırlı olduğunu belirtmektedir. *Alparslan Altan v. Türkiye*, no. 12778/17, 16 Nisan 2019, pr.110.

¹⁷⁵ *Handyside v. Birleşik Krallık*, no. 5493/72, 7 Aralık 1976.

¹⁷⁶ Örneğin yükümlülüklerin saygı duyma, koruma ve yerine getirme şeklindeki (*respect-protect-fulfil*) üçlü ayrımı ile ilgili olarak bkz. HARRIS David J. – O'BOYLE Michael – BATES Ed – BUCKLEY Carla, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2014, s. 22.

¹⁷⁷ Örneğin bkz. *Z ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, no. 29392/95, 10 Mayıs 2001, pr. 73.

yükümlülüktür”¹⁷⁸ Sözleşme’nin 1. Maddesi, belirli haklarla ilgili Sözleşme’nin devam eden maddelerindeki metin ile birlikte, devletler üzerine pozitif ve negatif yükümlülükleri birlikte yüklediği şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁷⁹

Negatif ve pozitif yükümlülükler ile ilgili kısaca şu tespitler yapılabilir. Negatif yükümlülük konusu ele alındığında, genel olarak Sözleşme’de yer alan hakların taraf devletlere yüklediği yükümlülüklerin negatif yükümlülükler olduğu ve bu kapsamda devletlerin de bu hakları ihlal etmeme, diğer bir deyişle de bu hakların ihlalinden kaçınma yükümlülüğü olduğu söylenebilir. Sözleşme’ye taraf bir devlet, insan haklarına müdahale oluşturan ve Sözleşme hükümleri ile garanti altına alınmış olan bir hakkın ihlaline yönelik bir davranıştan kaçınmalıdır ve bu kaçınma, başlangıçta bütün insan haklarına ilişkin felsefenin temel yaklaşımıdır.¹⁸⁰

Pozitif yükümlülük ise, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını ve bunun için de devletin aktif bir davranışının varlığını gerekli kılan yükümlülüklerdir.¹⁸¹ Pozitif yükümlülükler, Sözleşme’nin etkililiğini sağlamaya yardımcı olur ve aynı zamanda hakların korunmasını ve yaşayan belge prensibi ile gelişmesini sağlar.¹⁸² AİHM içtihadında da Sözleşme’nin taraf devletlere Sözleşme’nin ihlalini önlemek için pozitif adımlar atmaları konusunda getirdiği yükümlülükler vurgu yapılmaktadır.¹⁸³

Sözleşme’nin taraf devletlere yüklediği yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin sınırlarının AİHM tarafından somut olaylarda yorumlanması, Sözleşme’nin ulusal

¹⁷⁸ Örneğin bkz. Soering v. Birleşik Krallık, no. 14038/88, 7 Temmuz 1989, pr. 87.

¹⁷⁹ HARRIS ve diğerleri, 2014, s. 21.

¹⁸⁰ POPOVIĆ, 2013, s. 44.

¹⁸¹ Pozitif yükümlülükler ile ilgili öğretide çeşitli ayrımlar da yapılmıştır. Bkz. POPOVIĆ, 2013, s. 44-47.

¹⁸² RAINEY Bernadette, *Human Rights Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 30.

¹⁸³ Örneğin bkz. Osman v. Birleşik Krallık, no. 23452/94, 28 Ekim 1998.

hukukta etkisi ve koruma tedbirleri bakımından getirilen yükümlülüğün çerçevesinin belirlenmesi açısından büyük önem taşır.

AİHM, yerleşik içtihadında pek çok koruma tedbiriyle doğrudan bağlantılı hak ve özgürlükler bakımından hem negatif yükümlülüklerle vurgu yapmış hem de özellikle devletin yükümlülüklerinin pozitif yükümlülük kriterleri ile genişletilmesi yoluna gitmiştir.

Örneğin bu durum, özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 5) ile işkence yasağı (md. 3) kapsamında gözetiminde bulunan ya da tutuklu olan kişilerle ilgili söz konusu olmuştur.¹⁸⁴

Benzer şekilde koruma tedbirleri ile ilgili olarak sıkça gündeme gelen Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından da AİHM, bu maddenin esas amacının kişileri resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğunu, bununla birlikte bu maddenin temelde negatif yükümlülük getirmiş olmasına rağmen aynı zamanda güvence altına aldığı haklara saygı gösterilmesini sağlayabilmek amacıyla pozitif yükümlülüklerin alınmasını da kapsadığını belirtmektedir.¹⁸⁵ AİHM, bu haklara saygı gösterilmesini sağlamak konusunda taraf devletlerin takdir hakkı bulunduğunu, ancak Sözleşme'nin 8. maddesi gereğince de taraf devletlerin pozitif yükümlülüğünün, ulusal düzeyde etkili bir soruşturma yürütülmesini ve bu nedenle usule ilişkin yükümlülüklerle saygı gösterilmesi ile ilgili konuları da kapsayacağını vurgulamaktadır.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Bkz. RAINEY, 2013, s. 30. Ayrıca bkz. Osman v. Birleşik Krallık, no. 23452/94, 28 Ekim 1998.

¹⁸⁵ Örneğin bkz. Moreno Gomez v. İspanya, no. 4143/02, 16 Kasım 2004.

¹⁸⁶ Bkz. Aydemir v. Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011, pr. 101.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Temel İlkeleri ve Yorum

Yöntemleri

a. Koruma Tedbirleri Açısından AİHS'nin Temel İlkeleri

Çalışmanın konusu kapsamında koruma tedbirleri bakımından da özellik arz eden ve Sözleşmenin insan hakları ve temel özgürlükler ile ilgili nihai yorumun, verdiği kararlar aracılığıyla, AİHM tarafından gerçekleştirildiği de nazara alınarak bu kararlar ile ilgili koruma tedbirleri özelinde ve sıkça kullanılan birtakım tespitleri yapmak gerekmektedir. Bu kapsamda, AİHM'nin içtihat hukukunun alt yazısı olarak okunabilecek olan, AİHM'nin AİHS'ye yönelik olarak kullandığı temel ilkeler yalnızca çalışmanın konusu bakımından incelendiğinde, ulusal takdir yetkisi, özerk kavramlar, dördüncü derece kuralı ve ölçülülük ilkesi önem arz etmektedir.¹⁸⁷

AİHM, AİHS ile ilgili karar verirken ve koruma tedbirleri ile ilgili içtihadında da sıkça yer verdiği şekilde ilk olarak ulusal takdir yetkisi ilkesini kullanmaktadır.¹⁸⁸ Mahkeme, Sözleşme'nin uygulanmasını sağlarken taraf devletlere “belirli bir ölçüde” takdir yetkisi vererek Sözleşme'nin kapsamını belirlemektedir. Sözleşme metninde yer verilmemiş olan bu kavrama uygulamada sıkça başvurulmaktadır.¹⁸⁹ Taraf devletlere ulusal takdir yetkisinin verilmesinin başlıca iki gerekçesi vardır¹⁹⁰: Birincisi basit bir

¹⁸⁷ AİHM ve AİHM sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖÇMEN, 2015, s. 195-218; HARRIS ve diğerleri, 2014, s. 43-202; TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SANCAKDAR Oğuz, ÖNOK Rıfat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 794-799.

¹⁸⁸ “Ulusal takdir yetkisi ilkesi”, “*margin of appreciation*” yerine kullanılmıştır.

¹⁸⁹ Örneğin bkz. A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 3455/05, 19 Şubat 2009, pr. 173-174.

¹⁹⁰ Gerekçeler öğretide farklı farklı ifade edilmiştir. Örneğin, bir görüşe göre bu yaklaşımın benimsenmesinin iki nedeni vardır, bu nedenlerden “İlkesel nedenler demokrasiye saygı ve Sözleşmenin uygulanmasında Mahkemenin ikincil (*subsidiary*) nitelikte bir yetkiye sahip olmasıdır. Pragmatik neden olarak ise Mahkemenin kendi otoritesini kabul ettirme ve taraf devletleri Sözleşme

şekilde, taraf devlet organlarının Sözleşme’yi uygularken birtakım “değerlendirme yetkilerinin” olması gerektiğidir. İkinci gerekçe de birincisine yakın olup burada devlet organlarının, davanın içindeki olayları değerlendirirken ulusal yetkili merciler olarak uluslararası bir kurumdan daha iyi konumda oldukları, sosyal çevre hakkında bilgi sahibi oldukları, insanların düşünce yapısını daha iyi anlayabilecekleri ve bilgiyi düzenli şekilde alabilmelerinin mümkün olması nedenleriyle taraf devletlerin insan haklarının korunmasına ilişkin mekanizmayı uygulamasının başlangıçtan beri var olan bir önemde olduğu şeklinde ifade edilebilir.¹⁹¹

AIHM tarafından da içtihat hukukunda oluşturulan takdir yetkisinin özü, pek çok defa ifade edilmeye çalışılmıştır.¹⁹² AIHM tarafından pek çok defa açıklanmaya çalışılsa da bu konsept karmaşıktır ve Mahkeme’nin bunu nasıl kullanacağını tahmin etmek her zaman kolay değildir.¹⁹³ Mahkeme, bazı durumlarda geniş bir ulusal takdir yetkisi tanırken bazı durumlarda ise dar bir ulusal takdir yetkisi tanımaktadır. Geniş takdir yetkisi durumunda Mahkeme, ihlal olmadığını bulmaya daha yakınken dar takdir yetkisi durumu ise ihlalin daha yakın olduğu anlamına gelmektedir, ancak bu durum, her zaman böyle olmamakla birlikte, takdir yetkisinin geniş mi dar mı olduğunu etkileyen çeşitli faktörler

sistemi içinde tutma kaygısı gösterilebilir.” ÇOBAN Ali Rıza, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, s. 192.

¹⁹¹ Bkz. POPOVIĆ, 2013, s. 49.

¹⁹² Örneğin bkz. Handyside v. Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976; Sunday Times v. Birleşik Krallık, no. 6538/74, 26 Nisan 1979; Ashingdane v. Birleşik Krallık, no. 8225/78, 28 Mayıs 1985; Leyla Şahin v. Türkiye, no. 44774/98, 10 Kasım 2005.

¹⁹³ RAINEY, 2013, s. 34.

vardır.¹⁹⁴ Koruma tedbirleri söz konusu olduğunda, bunun bir faktör olarak takdir yetkisini daralttığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Mahkeme, AİHS ile ilgili karar verirken ikinci olarak özerk kavramlar ilkesini kullanmaktadır.¹⁹⁵ Özerk kavramlar olarak nitelendirilen kavramlar, “Sözleşme’ye taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde oluşan ve Mahkeme tarafından uygulanan, ancak Mahkemenin içtihat hukukunda farklı anlamlar verilen kavramlardır”.¹⁹⁶ Gerek Sözleşme’de pek çok kavramın tanımlanmasından kaçınılmış olması gerek Sözleşme’ye taraf devletlerin tümü açısından kullanılan kavramların ortak ve tek bir anlamı içerecek şekilde anlaşılmasının zor olması nedenleriyle AİHM tarafından “özerk kavramlar” ilkesi içtihat hukuku ile geliştirilmiştir. Mahkeme tarafından hem bu kavramlarla ilgili olarak ulusal hukuklarda olduğu gibi net bir tanım yapılamayacağı hem de bu kavramların zaman içinde kapsam itibarıyla de değişebileceği hususları kabul edilmiştir.¹⁹⁷

¹⁹⁴ RAINEY, 2013, s. 34. Örneğin olaydaki hakkın ya da olayın doğası ya da önemi ile ilgili olarak bkz. *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, no. 7525/76, 23 Eylül 1981. (cinsel mahremiyet, dar takdir yetkisi ve ihlal bulgusu.) Örneğin genel yararın ya da amacın doğası ya da önemi ile ilgili olarak bkz. *Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık*, nos. 21627/93; 21826/93 ve 21974/93, 19 Şubat 1997. (geniş takdir yetkisi ve ihlal yok bulgusu.) Örneğin Avrupa konsensusunun olmaması ile ilgili olarak bkz. *Goodwin v. Birleşik Krallık*, no. 28957/95, 11 Temmuz 2002. (dar takdir yetkisi ve ihlal bulgusu.) Örneğin karar verme ya da kaynaklardan dolayı karar vermenin zorluğu ile ilgili olarak bkz. *Buckley v. Birleşik Krallık*, no. 20348/92, 25 Eylül 1996. (geniş takdir yetkisi ve ihlal yok bulgusu.)

¹⁹⁵ “Özerk kavramlar”, “*autonomous concepts*” yerine kullanılmıştır. Kişi özgürlüğünün özerk kavram olarak yorumu ve unsurları için bkz. ŞİRİN, 2018, s.22 vd.

¹⁹⁶ KAYA GÖÇMEN, (2016), s. 1758, dn. 17. Bilgi için bkz. POPOVIĆ, 2013, s. 52.

¹⁹⁷ Örneğin 1. Protokol md. 1’de yer alan mal-mülk-mülkiyet kavramları ve AİHS md. 6’da yer alan “medeni hak ve yükümlükler” kavramı özerk kavramlara örnek olarak verilebilir. Bu konuda ayrıca bkz. POPOVIĆ, 2013, s. 53-54.

Çalışmanın konusu itibariyle “koruma tedbirleri ile doğrudan bağlantılı olan hak ve özgürlüklerde yer alan pek çok kavram bu şekilde özerk yorumlanan kavramlardandır; örneğin özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlendiği 5. maddede yer alan kavramların tanımları Sözleşme’de yoktur”.¹⁹⁸ “Mahkeme de, özgürlükten yoksun kılınma kavramını¹⁹⁹ diğer alanlarda olduğu gibi, özerk yorumlama konusunda ısrar etmektedir”.²⁰⁰ Ayrıca AİHS md. 5/1-c’deki “suç” kavramı da özerk bir kavramdır.²⁰¹

Benzer şekilde AİHS md. 8’deki özel yaşam, aile hayatı, haberleşme ve konut kavramları da özerk şekilde yorumlanan kavramlardır. Örneğin arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin söz konusu olduğu pek çok olayda AİHM, konut kavramının yalnızca özel kişilerin evini kapsamadığını ve bu kavramın örneğin meslek sahibi kişinin işyerini, avukatlık bürolarını, kapsayacak şekilde genişletilebileceğini belirtmiştir.²⁰² Mahkemeye göre buradaki konut kavramı bir tüzel kişinin kayıtlı ofisi, şubeleri ve diğer işyerlerinin yanı sıra aynı zamanda özel bir kişi tarafından işletilen bir şirketin kayıtlı ofisini de kapsamaktadır. Bu nedenle de bu yerlerin arama işlemine konu olmasının kişinin “konutuna” saygı gösterilmesi hakkına müdahale anlamına gelebileceği belirtilmektedir.²⁰³

Özel yaşam kavramı da, Mahkeme tarafından “tüketici tanımlara elverişli olmayan geniş bir kavram” olarak yorumlanmış ve bu kavramın “kişinin fiziksel ve

¹⁹⁸ KAYA GÖÇMEN, (2016), s. 1758, dn. 18.

¹⁹⁹ “Özgürlükten yoksun kılınma”, “*deprivation of liberty*” yerine kullanılmıştır.

²⁰⁰ TRECHSEL, 2006, s. 412. Ayrıca bu konudaki kararlar için örneğin bkz. Creangă v. Romanya, no. 29226/03, 23 Şubat 2012, pr.92; H.L. v. Birleşik Krallık, no. 45508/99, 5 Ekim 2004, pr.90.

²⁰¹ Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 24838/94, 23 Eylül 1998, pr. 48-49.

²⁰² Niemietz v. Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992.

²⁰³ Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya, no. 50882/99, 27 Eylül 2005, pr. 71.

psikolojik bütünlüğünü kapsadığı”, “kişisel özerklik kavramının onun güvencelerinin yorumlanmasının temelinde yatan önemli bir prensip olduğu” ifade edilmiştir.²⁰⁴

Mahkeme, AİHS ile ilgili karar verirken üçüncü olarak dördüncü derece kuralı ilkesini kullanmaktadır.²⁰⁵ Dördüncü derece kuralı, özünde Mahkemenin, taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerindeki bir üst mahkeme niteliğinde olmadığını ifade etmektedir. Bu kapsamda Mahkeme iç hukuktaki bir üst mahkeme değildir ve ulusal mahkemeler tarafından delillerin doğru bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediği konusu da Sözleşme organlarının görevi değildir.²⁰⁶ Bu sebeple de Mahkeme, yerel mahkeme tarafından verilen bir kararı bozma, hükümsüz kılma, yeniden tesis etme, değiştirme gibi bir rol üstlenemez.

Mahkeme, AİHS ile ilgili karar verirken dördüncü olarak ölçülülük ilkesini kullanmaktadır.²⁰⁷ Ölçülülük ilkesi, Sözleşmede açıkça yer almamakta ise de, Sözleşme’nin çeşitli maddelerinde yer alan ifadelerin bütününden çıkarılmakta, ayrıca AİHM içtihadı ile de netlik kazanmaktadır. Ölçülülük ilkesi, AİHM tarafından bireyin hakları ile toplumun hakları arasında bir denge arayışında araç olarak kullanılmaktadır.²⁰⁸ Koruma tedbirleri ile bağlantılı olan hak ve özgürlüklerin bir kısmı bakımından da AİHM tarafından bu ilkenin sıklıkla uygulandığı görülmektedir.²⁰⁹

²⁰⁴ Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, pr. 61.

²⁰⁵ “Dördüncü derece kuralı”, “*fourth instance rule*” yerine kullanılmıştır.

²⁰⁶ Garcia Ruiz v. İspanya, no. 30544/96, 21 Ocak 1999, pr. 58.

²⁰⁷ “Ölçülülük”, “*proportionality*” yerine kullanılmıştır.

²⁰⁸ RAINEY, 2013, s. 32.

²⁰⁹ Koruma tedbirlerinde bulunması gereken bir özellik olan ölçülülük için ayrıca bkz. “B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri” üst başlığının “c. Ölçülülük” alt başlığı, s.29vd.

b. Koruma Tedbirleri Açısından AİHS'nin Yorum Yöntemleri

AİHM, AİHS ile ilgili olarak yukarıda ana hatlarıyla belirtilen temel ilkelerle birlikte yorum yöntemleri de geliştirmiş ve koruma tedbirleri ile ilgili verilen kararlarda bu yorum yöntemleri de sıkça kullanılmıştır. Ayrıca yorum yöntemleri AİHS'nin iç hukukumuzda koruma tedbirleri üzerindeki etkisi bakımından da çok önemli hale gelmiştir.

Bilindiği üzere, Sözleşme ve ek protokollerin yorumlanması gerekmektedir ve bu yorumu yapmak AİHM'nin yetkisindedir.²¹⁰ AİHM, yargılama ve bu kapsamda özellikle karar verme usulü konusunda Sözleşme'yi yorumlarken birtakım kendine özgü yöntemler geliştirmiştir. AİHS'nin tarihsel gelişim süreci, amacı ve kapsamı dikkate alınarak Sözleşme'nin gereği gibi yorumlanması konusunda da birtakım özel yöntemlerin benimsenmesi gerekmiştir.

AİHM'nin AİHS'yi yorum yöntemi, Sözleşme'ye üye devletler tarafından da takip edilmelidir.²¹¹ O halde, AİHM'nin içtihat hukukunun anlaşılabilmesi ve Sözleşme'nin iç hukuka etkisinin saptanabilmesi için Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumlarken hangi teknikleri kullandığının ve nasıl bir yol izlediğinin belirlenmesinin önemli olduğu kanaatindeyiz. Burada da öncelikle Sözleşme, uluslararası bir anlaşma olduğu için uluslararası antlaşmaların yorumuna ilişkin temel kurallara değinilecek, daha sonra AİHM'nin baskın olarak kullandığı amaçsal ve evrimsel yorum yöntemleri ele alınacaktır.

Öncelikle uluslararası antlaşmaların yorumuna ilişkin temel kurallar AİHS ile bağlantılı olarak incelendiğinde Andlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne değinilmelidir. Viyana Sözleşmesi, her ne kadar Sözleşme'nin imzalandığı ve yürürlüğe

²¹⁰ AİHS md. 32/1.

²¹¹ RAINEY, 2013, s. 27.

girdiği tarihlerde henüz mevcut olmasa da, yürürlüğe girmesinin ardından AİHM kararlarında AİHS'nin yorumu konusunda referans olarak kendisine yer bulmuştur.²¹²

AİHM'ye göre Viyana Sözleşmesi'nin hükümleri²¹³ uluslararası örf ve adet hukukunu simgelemektedir ve AİHS'nin yorumunda da uygulanmalıdır.²¹⁴ Nitekim AİHM; Sözleşme'deki terimlerin alelade anlamında ve iyiniyetle yorumlanması,²¹⁵ ulusal hukukta kullanılan anlamdan bağımsız şekilde “özerk bir anlam” taşıyabilmesi,²¹⁶ Sözleşme'nin “bütünsel olarak, girişini ve eklerini içine alacak şekilde” kavramsal bütünlük içinde, yorumlanması, hazırlık çalışmalarına²¹⁷ başvurulabilmesi²¹⁸ ve Sözleşme hem Fransızca hem İngilizce muteber olduğundan “Sözleşme'nin konu ve amacı ile en iyi uyum gösteren anlamın göz önünde tutulması”²¹⁹ kurallarına başvurulabilmektedir.²²⁰

Bununla birlikte Mahkeme, sıklıkla Sözleşme'nin yorumunda uluslararası hukukun ilkelerinin göz önüne alınması gerektiğini belirtse de²²¹ AİHS'nin insan haklarının korunması açısından özel bir yapısı olduğunu da vurgulamaktadır.²²²

²¹² Golder v. Birleşik Krallık, no. 4451/70, 21 Şubat 1975, pr. 29.

²¹³ Özellikle Andlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi md. 31-33.

²¹⁴ Örneğin bkz. Golder v. Birleşik Krallık, no. 4451/70, 21 Şubat 1975, pr. 29.

²¹⁵ Örneğin bkz. Johnston ve Diğerleri v. İrlanda, no. 9697/82, 18 Aralık 1986, pr. 52.

²¹⁶ Örneğin bkz. Engel ve Diğerleri v. Hollanda, nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 ve 5370/72, 23 Kasım 1976, pr. 80 vd.

²¹⁷ “Hazırlık çalışmaları”, “*travaux préparatoires*” yerine kullanılmıştır.

²¹⁸ Örneğin bkz. Banković ve Diğerleri v. Belçika, no. 52207/99, 19 Aralık 2001, pr. 63.

²¹⁹ Örneğin bkz. Sunday Times v. Birleşik Krallık, no. 6538/74, 26 Nisan 1979, pr. 48.

²²⁰ Örneğin bkz. Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. Birleşik Krallık, nos. 9214/80; 9473/81 ve 9474/81, 28 Mayıs 1985, pr. 59-60.

²²¹ Örneğin bkz. Loizidou v. Türkiye, no. 15318/89, 23 Mart 1995, pr. 43.

²²² Örneğin bkz. Kıbrıs v. Türkiye, no. 25781/94, 30 Ağustos 1999, pr. 78.

AIHM'nin AIHS'yi yorumlamasında kendine özgü birtakım teknikleri ve ayırıcı özellikleri de bulunmakta olup²²³ bunlar arasından amaçsal ve evrimsel yorum yöntemleri öne çıkmaktadır. Amaçsal yorum yönteminde AIHM, katı ve lafzi yorumdan uzaklaşarak Sözleşme'nin amacı çerçevesinde yorum yapmaya çalışır. Bu kapsamda, AIHS'nin amacının gerçekleştirilmesi ve hedefine ulaşılması konusunda ideal olan yorum yöntemini aramaktadır.²²⁴ Mahkeme, bu konuda Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda değerlendirme yapmış ve 6. maddenin lafzi şekilde ele alındığında mahkemelere başvurmayı içermemekte ise de mahkemelere erişim hakkının adil yargılanma hakkının bir boyutunu oluşturduğunu ifade etmiş ve bunu belirlemenin de Mahkeme'nin görevi olduğu şeklinde yorum yapmıştır.²²⁵

Evrimsel yorum yönteminde AIHM, Sözleşme'nin dinamik olarak yorumlanması konsuna vurgu ile Sözleşme'nin, “mevcut günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge” olduğunu belirtmiş ve Sözleşme'yi günün koşulları altında bir diğer deyişle hüküm tarihindeki koşulları dikkate alarak değerlendirmek gerektiğini ifade etmiştir.²²⁶ AIHM, önceki kararları ile bağlı değildir ve toplumdaki değişikliklerin arka planına ve sosyal davranışlara karşı insan haklarının korunmasının geliştirmesine izin

²²³ Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. POPOVIĆ, 2013, s. 55 ve WHITE Robin C. A. – OVEY Clare, *The European Convention On Human Rights*, 5. Baskı, Oxford University Press, New York, 2010, s. 64.

²²⁴ Wemhoff v. Germany, no. 2122/64, 25 Nisan 1968, pr. 8.

²²⁵ Örneğin bkz. Golder v. Birleşik Krallık, no. 4451/70, 21 Şubat 1975. Burada bir hükümlü koruma memuru ile ilgili bir dava açmak istemektedir, ancak avukatı ile iletişim kurmasına izin verilmez. 6. madde kapsamında hak ihlali iddiasında bulunulur. 6. madde, “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” ile ilgili olarak kaleme alınmıştır. Madde metinde somut olaya uygun bir ifade açıkça yer almamaktadır. Başvurucu suç ithamı altında da değildir. Ancak 6. maddenin bu hakkı vermemesi durumunda da 6. maddenin koruması kalmayacaktır. Bu sebeplerle de Mahkeme bu şekilde bir yaklaşım benimsemiştir.

²²⁶ Örneğin bkz. Tyrer v. Birleşik Krallık, no. 5856/72, 25 Nisan 1978, pr. 31.

veren dinamik yoruma açıktır.²²⁷ Mahkeme, bu yorum yöntemi ile sosyal ve siyasi davranışlardaki gelişmeler ışığında yorum yapmakta,²²⁸ böylece Sözleşme’de net olmayan bazı konular üzerinde de değerlendirme imkanı olmaktadır. AİHM, koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak da pek çok defa, özellikle de Sözleşme’nin 8. maddesinde, geliştirici ve ileri götürücü bir şekilde²²⁹ evrimsel yorum yöntemini kullanmaktadır.²³⁰

Bu ilke ve yorum yöntemleri kısaca yer verilmeye çalışıldığı üzere AİHS’nin iç hukukumuzda koruma tedbirleri üzerindeki etkisi bakımından da oldukça önemli olup içtihat hukukunun bu yöntemlerle birlikte takip edilmesi gerekmektedir.

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ulusal Hukuka Etkisi

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ulusal Hukuklardaki Etkisi

AİHS’nin ulusal hukuka etkisinin belirlenmesi, öncelikle Sözleşmenin yapısı ve düzenlemelerinin incelenmesi ile mümkündür.²³¹ Bu kapsamda öncelikle AİHS ele alınarak Sözleşme metni ve ek protokollerde Sözleşme’nin ulusal hukuklardaki konumu

²²⁷ RAINEY, 2013, s. 27.

²²⁸ WHITE – OVEY, 2010, s. 72.

²²⁹ Bu yönden bkz. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 330-331 ve ARSLAN ÖNCÜ Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Hakkı”, Ed. İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 301.

²³⁰ Örneğin AİHM, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında garanti altına alınan hakları özellikle de buradaki “konut” kavramını, arama ve elkoyma koruma tedbiri bakımından değerlendirirken, Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğuna ve günün koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiğine değinerek Sözleşmenin evrimsel yorumuna vurgu yapmaktadır. Bkz. Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya, no. 50882/99, 27 Eylül 2005.

²³¹ Örneğin AİHS’nin etkisi ile ilgili olarak ulusal mahkemelerin rolüne odaklı bir çalışma için bkz. BJORGE Eirik, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

konusunda özel bir düzenleme olup olmadığı ve bu Sözleşme'nin niteliği değerlendirilmelidir. Daha sonra da bu konuya ilişkin olarak Sözleşme'ye taraf devletlerdeki hukuk sistemleri genel olarak ele alınarak Sözleşme'nin iç hukuka nasıl aktarıldığı, iç hukukta ne şekilde uygulandığı, Sözleşme'ye taraf olan bir devletin bu Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini iç hukukta nasıl ve ne ölçüde yerine getirdiği sorularının AİHM'nin bu konudaki genel değerlendirmeleri ile birlikte cevaplanması ile sağlanabilir.

İlk olarak, Sözleşme metni ve ek protokoller ele alındığında, Sözleşme'nin bir uluslararası antlaşma olduğu, ancak Sözleşme'nin özellikleri dikkate alındığında diğer pek çok uluslararası antlaşmadan farklı ve özel bir niteliği olduğu²³² ancak Sözleşme'nin kendine özgü birtakım özelliklerinin klasik yaklaşımlarla Sözleşme'nin iç hukuktaki yerini kavramaya yetmediği görülmektedir.²³³ Bununla birlikte Sözleşme'nin özelliklerinden öncelikle bağlayıcılık özelliği, Sözleşme'nin iç hukuktaki yerini belirleme açısından önem arz etmektedir. Taraf devletler, Sözleşme'de yer alan düzenlemeler ile Sözleşme'de açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmayı sağlama yükümlülüğü üstlenmiş, ayrıca AİHM'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmiştir.²³⁴ Bu bağlayıcılık özelliğinin en önemli sonucu da taraf devletlerin iç hukuk sistemlerinde Sözleşme'nin etkisinin somut şekilde yansımasıdır. Sözleşme'nin bağlayıcılık özelliğinin yanı sıra ikincillik ve tamamlayıcılık özellikleri ve Sözleşme'nin taraf devletlere yüklemiş olduğu birtakım yükümlülükler de, taraf devletlerin hukuk düzenlerinin Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesini gerekli kılmaktadır.

²³² Bkz. "A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Temel Yapısı", s.54vd.

²³³ Benzer görüş için bkz. MEMİŞ, (2000), s. 143 vd. ve AKILLIOĞLU Tekin, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", *Tarık Zafer Tuna'ya Armağan*, İstanbul, 1992, s. 49.

²³⁴ Bkz. AİHS md 1 ve 46.

Tüm bu tespit ve değerlendirmeler ışığında varılan sonuç, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde Sözleşme'yi ulusal hukuka aktarmaları ya da ulusal hukuklarında aynı konumda bulundurma zorunluluğu konusunda açık ve doğrudan bir düzenleme bulunmadığı sonucudur. Bu nedenle de, AİHS'ye taraf olan ve birbirinden farklı hukuki sisteme sahip olan pek çok devlet için AİHS'nin ulusal hukuka aktarılması ve ulusal hukuktaki yeri farklılık arz etmektedir.²³⁵

İkinci olarak, Sözleşme'ye taraf devletlerdeki hukuk sistemleri genel olarak ele alındığında, AİHS'ye taraf devletlerin hukuk sistemlerinde AİHS'nin “konumu” ve Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin “korunmasına ilişkin sistemin” birbirinden farklı olduğu ve bu konunun AİHM tarafından da ele alındığı görülmektedir. Sözleşme'ye üye olan 47 devletin her birinin hukuk sistemleri içinde gerek Sözleşme'nin iç hukuka aktarılması konusunda gerek bu devletlerin anayasalarında temel hak ve özgürlükler ile ilgili kavram, tanımlar ve sınırlandırılma gibi konularda pek çok farklı düzenlemeler söz konusudur.²³⁶

AİHS'ye taraf devletlerin Sözleşme'yi iç hukuklarına aktarmaları ve iç hukuklardaki yeri konusunda Sözleşme'ye taraf devletlerin farklı sistemleri olduğu görülmekte ve öğretide bu farklı sistemler çeşitli sınıflandırmalarla ele alınmaktadır.

²³⁵ Konuyla ilgili olarak bkz. KELLER Helen and STONE SWEET Alec, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008; TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, 2019, s.530 vd.; DOĞAN İlyas, “Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Hakları Koruma Sistemi”, Editör İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara, 2019, s.58 vd.; ŞAHBAZ İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 54, Ankara, 2004, s. 179-181. Ceza muhakemesi bakımından değerlendirmeler için ayrıca bkz. EREM, 1978, s. 25-26.

²³⁶ Bkz. JANIS Mark W. – KAY Richard S. – BRADLEY Anthony W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2010, s. 830.

Örneğin Sözleşme'nin ulusal hukuka aktarılması ve yürürlüğe girmesi konularına ilişkin sınıflandırmalar arasında Grabenwarter'in sınıflandırmasına göre iki grup devlet ve iki istisna şeklinde ayırım yapmak mümkündür; buna göre birinci grup devletler Sözleşme'yi alalede bir yasama işlemi olarak görmektedir ve bu ülkelerde Sözleşme kanun düzeyindedir; ikinci grup devletler ise Sözleşme'yi olağan yasama işlemlerinin ve Anayasa'nın üzerinde görmektedir.²³⁷

İki istisna ise Avusturya ve Birleşik Krallık'tır. Avusturya'da yasal düzenleme ile Sözleşme anayasaya eşit olarak kabul edilmiştir. Birleşik Krallık ise özel bir sisteme sahiptir. 1998 yılında çıkarılan İnsan Hakları Kanunu ile Sözleşme'nin 2 ila 12. maddeleri ile 14. maddesi ve ek protokollerin bir kısım maddeleri iç hukuka aktarılmıştır.

Her ne kadar Sözleşme'ye taraf devletlerin kendi ulusal hukuklarında çeşitli sistemler mevcut olup Sözleşme'nin normlar hiyerarşisinde yer itibarıyla konumlandırılması farklı olsa da, netice olarak, Sözleşme'nin ulusal hukuklarda benzer etkiler gösterdiği söylenmelidir. Hem Sözleşme hem de Mahkemenin içtihat hukuku ulusal mahkemelerde insan hak ihlalleri ile nasıl başa çıkılabileceği konusunda yol göstericidir.

AİHM'nin bu konudaki değerlendirmeleri incelendiğinde, öncelikle Sözleşme'nin ilk zamanlarında, en azından 1980'lere kadar, pek çok taraf devlette Sözleşme'nin etkisinin çok az hissedilmesi nedeniyle AİHM tarafından da 1980'lerden sonra Sözleşme'nin ulusal hukuklardaki statüsüne ilişkin olarak pek çok soru hakkında görüş

²³⁷ GRABENWARTER Ch., *Europäische Menschenrechtskonvention*, München – Wien, 2003, s. 18-24'ten

Aktaran POPOVIĆ, 2013, s. 23. Birinci grup: Almanya, İtalya; İkinci grup Fransa, İsviçre, İspanya. Ayrıca İngiltere, İrlanda, İzlanda, Norveç, İsveç gibi ülkelerin iç hukukta AİHS etkisine mesafeli olduklarına ilişkin tespit ve değerlendirmeler için bkz. DOĞAN, 2019, s.60. Ayrıca bu konuda devletlerin farklı uygulamaları ile ilgili olarak bkz. TÜRMEEN Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 17, 2000.

verilmeye başlanmış olduğu görülmektedir.²³⁸ Konunun esasına ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmelerde de AİHM'nin, istikrarlı bir şekilde, bir devletin Sözleşme'de yer alan hakları güvence altına almak için belirli bir yöntemi benimsemesinin zorunlu olmadığını, bilhassa bir devletin Sözleşme'nin hükümlerini ulusal hukukunda birleştirmesinin gerekmediğini belirtmiş olduğu görülmektedir.²³⁹ AİHM, ayrıca Sözleşme'nin taraf devletlerin iç hukukunun bir parçası olmaması halinde bile²⁴⁰ önemli olanın Sözleşme'de güvence altına alınan hakların içeriklerinin – özlerinin devlet eylemlerinden etkilenen insanlar tarafından kullanılabilmesi olduğunu vurgulamıştır.²⁴¹

Bu itibarla da Sözleşme'ye taraf devletlerin Sözleşme'yi iç hukuklarına aktarmaları ve Sözleşme'nin iç hukuklardaki yeri de farklı düzenlemelere tabii olmaya devam etmektedir.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Etkisi

aa. AİHS'nin İç Hukukumuzdaki Yeri

AİHS'nin Türk hukukunda etkisinin tespit edilebilmesi ve bu kapsamda da öncelikle AİHS'nin iç hukukumuzdaki yerinin belirlenmesi, AİHS'de yer alan hak ve özgürlükler ile CMK'da yer alan koruma tedbirleri arasındaki ilişkinin ve etkinin değerlendirilebilmesi için büyük önem arz etmektedir.

²³⁸ JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 850.

²³⁹ JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 834.

²⁴⁰ Örnek olarak Birleşik Krallık ile ilgili bkz. Lithgow ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81 ve 9405/81, 8 Temmuz 1986, pr. 206.

²⁴¹ JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 834.

Bir uluslararası antlaşma niteliğinde olan AİHS, herşeyden önce ceza muhakemesi hukukunun kaynaklarından ve ayrı bir öneme sahiptir.²⁴² AİHS, bir uluslararası antlaşma niteliğinde olduğundan, imzalanması ve onaylanması aşamaları ile birlikte türk hukuku bakımından iç hukuka nasıl aktarılacağı konusunda Anayasa’ımızda yer alan düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Kural olarak, bir “uluslararası antlaşmanın onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin (TBMM) onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır”.²⁴³ TBMM, onaylamayı bir kanunla uygun bulunca bir uluslararası antlaşma onaylanmış sayılır ve Anayasa’da belirtilen usule göre yürürlüğe girer.²⁴⁴

AİHS’nin ulusal hukukumuzda yerinin ne olduğu konusunda da yine Anayasa’da yer alan düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Bir uluslararası andlaşmanın Türk hukukundaki yerinin ne olduğu, Anayasa tarafından belirlenmiştir. Bu kapsamda öncelikle Anayasa’nın temel yapısı ile genel esasları hatırd tutulmalı²⁴⁵ ve kural olarak da “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu” belirtilmelidir.²⁴⁶ Gerek AİHS’nin imzalandığı dönemde yürürlükte olan 1924 Anayasası uyarınca bir kanunla onaylanarak iç hukunun bir parçası olduğu²⁴⁷ gerek AİHS dikkate alınarak hazırlanan 1961 ve 1982 Anayasaları kapsamında AİHS’nin “iç hukukumuzun bir parçası” olduğu konusunda tartışma yoktur.²⁴⁸ Ancak Anayasalarımızın uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisini açıklamaya çalışan teorilerden

²⁴² ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s.44. Ceza muhakemesi bakış açısıyla AİHS’nin iç hukukumuzdaki yeri ile ilgili tespitler için bkz. EREM, 1978, s. 26-31.

²⁴³ 1982 Anayasası md. 90.

²⁴⁴ Bkz. 1982 Anayasası md. 90 ve 104.

²⁴⁵ 1982 Anayasası Başlangıç kısmı ve özellikle de md.2, md.4, md.5 ve md.11.

²⁴⁶ 1982 Anayasası md. 90.

²⁴⁷ 1924 Anayasası md. 26.

²⁴⁸ Bkz. KATOĞLU Tuğrul. “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 157, 158.

hangisini benimsediği ve uygulamada kurallar kademelendirmesinde uluslararası antlaşmaların, özellikle de AİHS'nin yerinin ne olduğu, çatışma halinde nasıl bir uygulama yapılması gerektiği ve etkisi konuları bakımından hayli tartışmalıdır. Sorunun AİHS bakımından ele alınmasında da hem temel hak ve özgürlüklerin konusu ve kapsamı hem de getirdiği koruma mekanizması dikkate alındığında, genel değerlendirmeler yeterli olamamıştır.²⁴⁹ Bu nedenle de öncelikle bu konuda öğretilerde yer alan teorik görüşler ele alınmalı, sonra da günümüzdeki mevcut durum analiz edilmelidir.

Öncelikle Anayasa gereği (1924, 1961 ve 1982 Anayasaları) iç hukukun bir parçası olan AİHS'nin, uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkisini açıklamaya çalışan teoriler kapsamında bir değerlendirmesi yapılmalıdır. Öğretilerde Anayasalarda yer alan düzenlemelerin düalizmi mi, yoksa monizmi mi benimsediği konusunda bazı tartışmalı görüşler dile getirilmiştir.²⁵⁰ 1982 Anayasası'nın mevcut halinde yer alan düzenlemeler gereği, özellikle de 90. madde, dikkate alındığında Anayasa'da, uluslararası antlaşmaların statüsü ile ilgili olarak baskın olarak, “monist” yaklaşıma işaret edilmiş olduğu sonuca varılmaktadır.²⁵¹ Anayasa'da monist yaklaşım benimsenmiş olmasına rağmen

²⁴⁹ Bkz. AKILLIOĞLU, (1992), s. 49 ve PAZARCI Hüseyin, “Türk Hukukunda Antlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 24, Sayı:1-2, 2004, s. 654. Anayasa yargısının faaliyetleri, anayasaya uygunluk denetimdeki evreler, anayasallık bloku ve yaklaşımlar için bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s.523 vd.

²⁵⁰ Tekçi görüşün benimsendiğine kuşkuyla yaklaşanlar için bkz. PAZARCI, (2004), s. 657. İkici görüşün benimsendiğine kuşkuyla yaklaşanlar için bkz. ÇELİK, (1988), s. 49.

²⁵¹ Bu görüşe göre Türk hukuk düzeni uluslararası ya da uluslararası hukuk – ulusal hukuk ilişkilerinde tekçi görüşü benimsemiştir ve Anayasa'nın başlangıç kısmının dördüncü paragrafı, 2 ve 15. maddeleri ile Anayasa'nın uluslararası hukuka açıklık ilkesini esas alan bir Anayasa olduğu belirtilerek bu doğrultuda uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü ilkesinin öngörüldüğü de kabul edilmiştir. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 30-34. Ayrıca “önceki gibi “tekçi” bir yaklaşıma sahip sayılabilecek olan 1982 anayasası” için bkz. AKILLIOĞLU, (1992), s. 48. Ayrıca (90. madde) birinci cümleinin amacı ve

uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü ilkesinin öngörülüp öngörülmediği ve uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki hiyerarşik konumu yine çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiş olduğundan bu konuda tarihsel süreçte, özellikle de 2004 yılı öncesi ve sonrası şeklinde, Anayasalarda yer alan düzenlemeler konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır.

AIHS'nin imzalanarak yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen süreç dikkate alındığında 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında bu konuda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. AIHS'nin yürürlüğe girdiği 1924 Anayasası döneminde, uluslararası antlaşmaların yapılması TBMM'nin görevleri arasındadır, ancak uluslararası antlaşmaların hiyerarşik konumu konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.²⁵² 1961 Anayasası döneminde, 65. madde ile milletlerarası andlaşmaların uygun bulunma usulüne yer verildikten sonra yalnızca “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu” ve bunlar hakkında AYM'ye başvurulamayacağı şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

işlevi, uluslararası hukukun parçası olan bir antlaşmayı ulusal hukukun parçasına dönüştürmek, ulusal yargı yerlerinin ve kamu yetkililerinin ulusal hukuka katılan bu antlaşmaları uygulamasını sağlamaktır. Bu da, “monist” (tekçi, birci) yaklaşımın benimsenmesi anlamına gelir. Bkz. GÜLMEZ Mesut, “Mesut Gülmez’in Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 47. Ayrıca özellikle de “kanun hükmündedir” kuralı ile asıl amacın Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk – ulusal hukuk ilişkilerinde tekçi görüşün benimsendiğini vurgulamak olduğu ifade edilmiş ve Anayasa'nın 90. maddesine göre Sözleşmelerin monist teoriye uygun olarak Türk iç hukukunun bir parçası oldukları dile getirilmiştir. Bkz. ÜNAL Şeref, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 150-151. Ayrıca bkz. TÜRMEK, (2000), s. 33.

²⁵² 1924 Anayasası md. 26.

1982 Anayasası dönemi ise; 2004 öncesi ve sonrası olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir. 1982 Anayasası'nın 90. maddesi ilk halinde 1961 Anayasası'nın 65. maddesi ile paralel biçimde kaleme alınmıştır. Her iki Anayasa'da da, uluslararası antlaşmaların kanun gücünde kabul edilmesi, ancak bunlar hakkında "AYM'ye başvurulamaması" öğretide uluslararası anlaşma – kanun çatışması durumunda nasıl bir yol izleneceği konusunda yoğun tartışmalar yaşanmasına sebebiyet vermiştir.²⁵³ Bu konuda 1982 Anayasası'nda 2004 yılında yapılan değişiklikler çok önem arz etmektedir. 1982 Anayasası'nda yer alan düzenlemeye 2004 yılında eklenen cümle ile, artık, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır."²⁵⁴

Kanaatimizce 2004 yılı öncesi ve sonrasında yer alan bu düzenleme farklılıkları uluslararası antlaşmaların ulusal hukuktaki konumu bakımından dile getirilen tartışmaları, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar" bakımından büyük ölçüde çözmüşse de, bu tartışmaların halen güncel olduğunu ve gerek öğretide gerek uygulamada tam bir netliğe kavuşmadığını ve bu kez de yeni pek çok sorunun ortaya çıktığını söylemek de yanlış olmayacaktır. Nitekim 2004 yılında Anayasa'da yapılan değişikliğin olumlu etkisi olmakla birlikte öğretide bu konuda farklı görüşler dile getirilmiş ve 2004 yılından sonra tartışmalar bu kez farklı konular üzerinde yoğunlaşmıştır. Nitekim öğretide bir görüşe göre bu düzenleme "daha önceki tartışmaları

²⁵³ AKKUTAY Ali İbrahim, "Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1-2, 2007, s. 415-427; ARIKOĞLU Enver, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt:24, Sayı:1-2, 2004, s. 98-103; PAZARCI, (2004), s. 652-660.

²⁵⁴ 1982 Anayasası md.90/5. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.)

ortadan kaldıracak nitelikte ve oldukça net” iken bir diğer bakış açısıyla ise pek çok açılardan “sorunlu” bir düzenlemedir.²⁵⁵

Bu sorunların detayına girmeden, yıllardır süre gelen bu tartışmalar da dikkate alınarak, uluslararası antlaşmaların ulusal hukumuzda hiyerarşik olarak konumu ve bir uluslararası antlaşma ile ulusal mevzuatın çatışması sorununun ne şekilde çözümleneceği konuları ele alınmalıdır. Bu çerçevede bu sorunların çözümüne yönelik olarak öğretide ve uygulamada öteden beri dile getirilen görüşleri temelde iki kategori altında toplamak

²⁵⁵ Birinci görüşe göre bu düzenleme ile “yasalar ile andlaşmaların eş değerde olduğu temel hükmünün üstü kapalı teyid edildiği, bundan böyle çok açık bir biçimde andlaşmaların yasalar ile eşitliğinin temel ilke ve insan haklarına ilişkin andlaşmaların yasalara üstünlüğünün ise kuraldışılığı oluşturduğunun ortaya çıktığı” belirtilmiştir. Örneğin Bkz. PAZARCI, (2004), s. 660. Bir diğer grup görüşe göre ise 2004 değişikliğinin gerek kaleme alınış şekli gerek genel olarak 2004 değişikliğinin özellikle Anayasa ve andlaşma çatışmasında ne olacağı konusunda bir çözüm üretmemesi önemli bir sorun olarak değerlendirilmiş ve eleştirilmiştir. Bkz. bkz. ŞAHBAZ, (2004), s. 215. Bu konunun “büyük bir eksiklik” olarak nitelendirildiği görüş için bkz. YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Necmi Yüzbaşıoğlu’nun Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 85; Değişikliğin Türk Hukuk düzeni bakımından yenilik olmadığı ve içtihadi hukukun pozitifleştirilmesinden ibaret olduğu; uygulamaya sınırlı katkı sağlayacağı yönündeki eleştiriler için bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s.535; Antlaşma ile Anayasa kuralı ya da yönetsel düzenleyici işlemler arasında bir çatışma olması durumu ile ilgili olarak da bkz. ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Yılmaz Aliefendioğlu’nun Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 139-140. Ayrıca karşı. AKKUTAY, (2007), s. 427-440; BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni – Sevin Toluner’e Armağan*, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, s. 295-323. Bu konuda ayrıca bkz. SARIGÜL Ali Tanju, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.23.

mümkündür. Birinci grup, antlaşmaların kanunlara eşit olduğunu²⁵⁶ ve ikinci grup, ya antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu belirtmişler²⁵⁷ ya da net bir biçimde anayasa üstü bir konumda olduğunu ifade etmişlerdir.²⁵⁸

²⁵⁶ İlk grupta uluslararası antlaşmaların kanunlara eşit olduğu görüşü dile getirilmektedir. Bu görüşe göre kural olarak milletlerarası andlaşmaların kanunlara eşit şekilde düzenlendiği, bir kanun ile bir andlaşma hükmü arasında çatışma çıkması halinde kanunlar arasındaki öncelik sonralık kuralından hareketle sonraki düzenlemenin uygulanacağı (*lex posterior* kuralına göre uyumsuzluğun çözülebileceği), 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanmasıyla Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'un gerekçesinin de bunu desteklediği, antlaşmanın uygulanmaması veya antlaşma yerine antlaşmaya aykırı kanunun uygulanmasının ise yalnızca ülkenin uluslararası sorumluluğunu gerektireceği savunulmaktadır. Antlaşmanın Anayasa tarafından kanun gücünde kabul edilmesi nedeniyle Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesinin antlaşmanın kanundan üstün olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ifade edilmektedir, aksi durumda Anayasa'da andlaşmaların “kanun hükmünde olmalarının değil, ama kanunların üstünde olmalarının açıkça öngörülmesinin mantık gereği” olduğu ifade edilmektedir. Bkz. MERAY L. Seha, Devletler Hukukuna Giriş, C. I, Ankara, 1968, s. 132; BALTA Tahsin Bekir, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, 1970, s. 278; PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Ankara, 1989, s. 31. Ayrıca ceza muhakemesi açısından bkz. EREM, 1978, s.28.

²⁵⁷ İkinci grupta uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu görüşü dile getirilmektedir. Bu görüşe göre 1961 ve 1982 Anayasalarına göre; antlaşmaların kanunlardan farklı ve daha üstün bir konumda olduğu ifade edilmiş, Anayasa'da yer alan “kanun hükmündedir” ifadesinin kanunlarla eş değerde tutma anlamında olmadığı belirtilmiş ve Anayasa'nın 15. maddesinden yola çıkarak temel hak ve hürriyetlerin kullanılması, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde bile, ancak milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla sınırlanabileceğine göre, olağan zamanlarda evleviyetle bu hususun geçerli olması gerektiği hususuna dikkat çekilerek antlaşmaların iç hukukta kanunlardan üstün bir konumda olduğu konusuna pozitif dayanak sağlandığı hususları dile getirilmiştir. Bkz. ÇELİK, (1988), s. 50 vd; YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 30; AKILLIOĞLU Tekin, “İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Değeri ve Yeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2-3, Mayıs-Eylül

Bu farklı görüşler ve özellikle de 2004 yılı değişiklikleri öncesinde yoğunlaşan tartışmaların iki açıdan önemli olduğu kanaatindeyiz. Birincisi, 90. maddenin son fıkrasının son cümlesi haricindeki diğer düzenlemeler, halen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan sözleşmeler için geçerli olduğundan, ikincisi, 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinden sonra da, bu tartışmalar bütünüyle sonuçlanmamış hatta bu kez farklı açılardan tartışma konuları ortaya çıkmış olduğundan önemlidir.

Öğretide yer alan bu farklı değerlendirmeler ışığında çalışmanın konusu bakımından AİHS üzerinde yoğunlaşıldığında, AİHS'nin ulusal hukuktaki konumu bakımından 2004 yılından sonra nasıl bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği ortaya konmalıdır. AİHS'nin ulusal hukukumuzdaki konumu incelenirken 2004 yılında yapılan değişiklikler kapsamında kanun – uluslararası antlaşma çatışmasının yanı sıra Anayasa – uluslararası antlaşma çatışması konusu da ele alınmalıdır. AİHS'nin ulusal hukukumuzdaki konumu ve çıkabilecek uyum sorunları incelenirken konuyu yalnızca

1991, s. 41 vd; BİLİR Faruk, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 118-119.

²⁵⁸ Uluslararası antlaşmaların Anayasa üstü bir konumda oldukları da dile getirilmiştir. Nitekim uluslararası antlaşmaların kanunun üstünde olduğu belirtilmiş olduğu gibi, 2004 yılındaki değişiklik öncesinde dahi, insan haklarına ilişkin hükümler içeren antlaşmaların özel bir yeri olduğunu ve bu temel haklara ilişkin sözleşmelerin –özellikle de AİHS'nin– niteliği gereği Anayasa üstü değer taşıdığı ve Sözleşmenin Anayasa dahil bütün iç hukuk normlarının üstünde olduğu, Sözleşme'nin Anayasa'ya aykırı olsa dahi uygulanacağı ve Sözleşme'den sonra yürürlüğe giren Anayasa'nın da Sözleşme'yi değiştiremeyeceği görüşü dile getirilmiştir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 20-21; ÇELİK, (1988), s.52; YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 34; AKILLIOĞLU, (1992), s. 51; FENDOĞLU H. Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000, s. 371; Ayrıca bu konudaki tespit ve değerlendirmeler için bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 530.

kanun – uluslararası antlaşma çatışması olarak görmemek gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir konuda Anayasa ve AİHS farklı hükümler içeriyorsa bu durum nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de, yine AİHS’nin ulusal hukukumuz bakımından konumu ve uluslararası hukuk kuralları ile belirlenebilecektir.

Anayasa’nın 90. maddesi, çatışma halinde yapılması gerekene işaret etmektedir. O halde uluslararası sözleşme ile yasal düzenlemelerin, özellikle de Kanun’un ya da Anayasa’nın bir maddesinin, aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi, diğer bir deyişle “çatışması” halinde çeşitli ihtimaller üzerinden nasıl bir çözüme ulaşılabileceği konusu ele alınmalıdır.

Öncelikle Anayasa’nın 90. maddesinde çözümlenmeyi bekleyen birtakım kavramsal sorunlar olduğu belirtilmelidir. İlk olarak; “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmalar” ifadesinden kavramsal olarak ne anlaşılması gerektiği önemli bir sorundur. Temel hak ve özgürlük kavramının ne olduğu, insan hakları ile aynı anlamı ifade edip etmediği, Anayasa’da “milletlerarası andlaşma” kavramı kullanıldığı için çeşitli uluslararası belgelerin bu kapsamda olup olmadığı gibi genel olarak bu kavramın kapsamının belirlenmesi sorunu ile²⁵⁹ bu belirlemeyi yaparken antlaşmada yer alan düzenlemenin ne şekilde dikkate alınacağı, örneğin antlaşmanın “başlığının” mı, yoksa

²⁵⁹ Anayasa değişikliğine ilişkin Genel Gerekçede “temel hak ve özgürlükler” kavramı kullanılmış, ancak değişiklik madde gerekçesinde insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmalar kavramı kullanılmıştır. Temel hak ve özgürlükler ile insan hakları kavramlarının aynı olup olmadığı ve anlaşma-sözleşme ve uluslararası diğer belgeler kavramları ile ilgili olarak terimsel tartışmalar ve bu kavramların nasıl yorumlanması gerektiği konuları için bkz. PAZARCI Hüseyin, “Hüseyin Pazarıcı’nın Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 160. Krş. GÜLMEZ, 2005, s. 66 vd;

“içeriğinin” mi dikkate alınacağı, belirli “maddelerinin” mi, yoksa “bütününün” mü dikkate alınacağı sorun teşkil etmektedir.²⁶⁰ Bunun dışında diğer kavramsal sorunlar da bulunmaktadır; örneğin “kanun ve kanun hükmündedir” kavramı²⁶¹, uyuşmazlık²⁶², çatışma gibi kavramlardan ne anlaşılması gerektiği²⁶³, esas alma kavramının ne olduğu, ihmal mi ilga mı, üstün tutma mı öncelik mi olduğu gibi konular temel tereddüt konularının başında gelmektedir.

Bu kavramsal sorunlar AİHS açısından ele alındığında şu tespitler yapılabilir. Öncelikle AİHS’nin Anayasa’da belirtilen şekilde bir “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşma” niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. AİHS’nin gerek başlığı gerek ilgili maddeleri ya da bütünü dikkate alındığında, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma” niteliğinde olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte bahsi geçen kanun, uyuşmazlık, esas alma gibi diğer kavramsal sorunlar bakımından dile getirilen tereddütlerin AİHS açısından da çözülmesi bu kadar kolay değildir.

²⁶⁰ Örneğin “Anayasa’da yer almayan, ancak yasalarla düzenlenebilecek kimi haklar bakımından (Anayasa’da temel hak sayılmamaları nedeniyle) sözleşmelere böyle bir üstünlük tanınmasının mümkün olmayacağı” endişesi gündeme gelmiştir. Bkz. ŞAHBAZ, (2004), s. 209. Ayrıca bu tespitin antlaşmanın adına mı, içeriğine mi yoksa yapıldığı ya da kaynaklandığı kuruma göre mi yapılacağının belirlenemediği; uygulamada karmaşalara yol açtığı ifade edilmiştir. Bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s.539.

²⁶¹ Kanun kavramından ne anlaşılması gerektiği, Kanun Hükmünde Kararnamelerin de bu kapsamda olup olmadığı hakkında değerlendirmeler için bkz. KARAGÜLMEZ Ali, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 54, Ankara, 2004, s. 170. Ayrıca normlar hiyerarşisi bağlamında, kanunlar, Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Eski dönemden kalan kanun hükmünde kararnameler konularında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 16.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.216-220.

²⁶² Uyuşmazlık kavramının yargı organları için mi kullanıldığı, idari birimleri de kapsayıp kapsamadığı konusu ile ilgili olarak bkz. GÜLMEZ, 2005, s. 73-74.

²⁶³ Bkz. ŞAHBAZ, (2004), s. 207 vd.

Kavramsal sorunlarla bağlantılı ve Sözleşme'nin esasına ilişkin bir incelemeyi gerektiren “farklı hükümler” konusu da birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Burada değinilmesi gereken önemli bir sorun, antlaşmanın iç hukukta yer alan düzenlemelere göre temel hak ve özgürlükleri daha kısıtlayıcı düzenlemeler içermesi halinde yine de antlaşmanın mı üstün tutulacağı, bu konuda nasıl bir uygulama yapılacağı sorunudur. Bu konuda öğretilerde farklı görüşler dile getirilmişse de²⁶⁴ bir Kanun ile bir uluslararası antlaşma aynı konuda farklı hükümler içeriyor, ancak Kanun, antlaşmaya göre temel hak ve özgürlükleri daha az kısıtlayıcı ve temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından daha lehe düzenlemeler içeriyorsa bu durumda uluslararası antlaşmanın değil, Kanun'un uygulama alanı bulması gerekmektedir.

²⁶⁴ Öğretilerde, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından anayasa değişikliği hükmünün yalnızca antlaşmanın kişilerin lehinde hüküm içermesi durumunda uygulanması gerektiği ve kanun hükmünün, antlaşma hükmüne göre, temel hak ve özgürlükler açısından daha genişletici (lehe) hüküm taşıması halinde bir çelişmeden söz edilemeyeceği şeklindeki görüşler için bkz. KARAGÜLMEZ, (2004), s. 173 ve PAZARCI, 2005, s. 161. Ancak öğretilerde, “Ancak, Anayasa'nın 90. maddesine yeni eklenen kuralın ihmali yoluyla antlaşma yerine daha ileri düzenleme getiren yasa hükmünün uygulanması yolundaki görüşün, Anayasa'nın üstünlüğü (m. 119 ve yargıçların, maddedeki sıralamaya göre, önce Anayasa'ya uygun karar vermeleri gerektiğine ilişkin Anayasa kuralı (m. 138/1) karşısında tartışılması gerektiği kanısındayım.” görüşü için bkz. ALİEFENDİOĞLU, 2005, s. 131. Bizim de katıldığımız şekilde bu anlaşmaların uyumsuzluk halinde, Türkiye açısından kanunun (özelde de CMK'nın) üzerinde olduğu o halde yargılama usulü veya usullerinin insan hakları sözleşmesine uygun olarak değiştirilmesi veya uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. SOYASLAN, 2018, s. 69-71. Karş. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s. 54. Ayrıca “somut sözleşme hükümleri sözleşme usulüne uygun olarak yürürlüğe girdiğinde Sözleşme yasa hükmünde olduğundan ceza hukukun doğrudan kaynakları; soyut sözleşme hükümleri ise dolaylı kaynakları arsında yer aldığı” ve yasa ile sözleşme hükümleri arsında çelişki olması halinde hakim, Anayasa hükmü uyarınca, sözleşme hükümlerini dikkate alması ve hükmüne dayanak yapması gerektiği görüşü için bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 38. Ayrıca “AİHS, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun asli kaynağıdır.” Bkz. HAFIZOĞULLARI – AYGÜN EŞİTLİ – KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 512.

Bu konuda öğretide dile getirilen farklı düşünceler AİHS'yi kapsamakta ise de tarafımızdan varılan sonuç AİHS açısından da geçerlidir. Bu kapsamda aynı konuda AİHS ve ulusal Kanun'un farklı hükümler içermesi halinde, şayet ulusal hukukta yer alan kanun temel hak ve özgürlükler bakımından daha koruyucu hükümler içeriyorsa, ulusal hukukun dikkate alınması gerekmektedir, nitekim bu durum AİHS'nin temel özelliklerinin de bir gereği olup²⁶⁵ aslında AİHM tarafından da vurgulanmaktadır.²⁶⁶

Konu hakkında Anayasa – uluslararası antlaşma ya da özel olarak Anayasa – AİHS çatışması durumunda nasıl bir yol izleneceği konusu ele alındığında da aslında benzer bir sonuca varılmaktadır. Bu konuda da gerek uygulamada gerek öğretide genel olarak Anayasa – uluslararası antlaşma ya da özel olarak Anayasa – AİHS çatışması durumunda yukarıda izah edilen yaklaşımlar kapsamında çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Bir grup görüşe göre AİHS'nin “Anayasa’ya aykırılığı” ileri sürülemeyeceği gibi bu durumun doğal sonucu olarak Sözleşme’nin Anayasa’ya “aykırı bile olsa” uygulanacağı ve Sözleşme’den sonra yürürlüğe giren “Anayasa’nın da Sözleşme’yi değiştiremeyeceği” ifade edilmektedir.²⁶⁷ Bir diğer grup görüşe göre ise “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşma” ile Anayasa’nın açıkça çatıştığı durumlarda antlaşmanın “ihmal edilerek” Anayasa’nın uygulanması, nihai çözümün “uluslararası denetim organına” bırakılması gerekmektedir.²⁶⁸

²⁶⁵ Özellikle de tamamlayıcılık özelliğinin bir gereğidir. Bkz. “A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Temel Yapısı”, s.54vd.

²⁶⁶ Örneğin bkz. Okyay ve Diğerleri v. Türkiye, no. 36220/97, 12 Temmuz 2005, pr. 68.

²⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 21. Ayrıca bkz. TÜRMEK, (2000). Öğretide bu konuda yer alan görüşler ve Sözleşme’nin anayasa üstü değer taşıdığı konusundaki görüşlerle ilgili olarak bkz. SARIGÜL, 2013, s. 20-30.

²⁶⁸ Bkz. ALİFENDİOĞLU, 2005, s. 138; Bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 536 vd. Ayrıca bu konudaki tespitler ile eleştiriler için bkz. GÖZLER, 2019(a), s.214-216.

Uluslararası antlaşmaların ulusal hukukumuzdaki konumu konusundaki tüm bu sorunların ve çeşitli değerlendirmelerin nasıl çözüleceği sorunu, uygulamada yargı erki aracılığıyla mahkemeler tarafından verilen kararlarla farklı şekillerde “çözümlemekte”²⁶⁹ ve öğretide de bu sorunların çözümüne yönelik olarak farklı öneriler sunulmaktadır. Öğretide, baskın olarak bir “anayasa değişikliği” yapılarak bu konuların netliğe kavuşturulmasının dile getirildiği görülmektedir.²⁷⁰ Öneriler arasında, “son cümlelerin kaldırılması” veya madde metninde yer alan “uluslararası andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması koşulunun” kaldırılması²⁷¹ ve konunun “kurumsal yönünün tamamlanması” gerektiği²⁷², egemenliğin paylaşımı bakımından da Anayasa’nın 6, 7. maddelerinde değişiklikler yapılması gerektiği, uluslararası anlaşmaların TBMM’de kabulü ve yürürlüğe girmesi bakımından Anayasa değişikliğiyle “paralellik kurulması” ve AYM’de “ön denetim yolu” açılması²⁷³, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşma” hükmünün, anayasa üstü konuma gelecek nitelikte ve iç hukukun daha ileri düzenleme getirmiş olması halinin de saklı tutulmasını sağlayacak bir anayasa değişikliği yapılması²⁷⁴, “Anayasayı ulusalüstü insan hakları

²⁶⁹ Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Bkz. “b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Etkisi” başlıklı kısım altında “bb. AİHS’nin Yargı Erki Aracılığı ile Etkileri”, s.93vd.

²⁷⁰ Bu değişiklik talepleri uzun yıllardır dile getirilmekte olup ceza muhakemesi açısından da vurgulanmıştır. Bkz. EREM, 1978, s.30.

²⁷¹ YAKIŞ Yaşar, “Yaşar Yakış’ın Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 27.

²⁷² KABOĞLU Ömer, “Ömer Kaboğlu’nun Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 228.

²⁷³ YÜZBAŞIOĞLU, 2005, s. 88-91.

²⁷⁴ ALİEFENDİOĞLU, 2005, s. 140.

hukuku ile uyumlu hale getirmek”, bu antlaşmaların yürürlüğünü Anayasa değişiklikleri ile benzer düzenlemek, “şekil bakımından eşdeğer kılmak” ve çatışma konusunda AYM’nin anlaşma düzenlemelerinin uygulanacağına ilişkin “açık çatışma kuralı koymak”²⁷⁵ gibi görüşler yer almaktadır.

Bu konuda öğretilde dile getirilen Anayasa değişikliğine gidilmesi yönündeki görüşlere iştirak etmekteyiz ve özellikle de kavramsal tartışmaları sona erdirecek şekilde uluslararası antlaşmaların ulusal hukukumuzdaki konumunun net olarak belirlenmesinin hukukun ve bu şekilde de hayatın tüm alanlarını doğrudan etkilemesi nedeniyle önemli olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte ulusal hukukumuz bakımından AİHS’nin normlar hiyerarşisinde Anayasaya eşdeğer ve/veya Anayasa üstü olmadığı, AİHS’nin Anayasa’nın altında olduğu, Anayasa ile AİHS’nin çatışması halinde Anayasa’nın ihmal edilerek doğrudan uygulanma prensibi ile AİHS’nin geçerli olamayacağı, bu çatışma durumunun uluslararası hukuktaki sorumluluk ile ilgili olduğu, kanunlar ve diğer iç hukuk normları ile çatışma durumunda ise uygun yorum prensibi ile etki doğurması mümkün olamıyorsa ve açık bir çatışma varsa bu durumda Kanun’un ya da diğer iç hukuk normunun ihmal edilerek doğrudan uygulanma prensibi ile AİHS’nin temel hak ve özgürlükleri daha koruyucu hükümler içermesi kaydıyla AİHS’nin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu konu ile ilgili olarak vurgulamak gerekir ki AİHM, Anayasa dahil tüm hukuk normlarını incelemeye tabi tutmaktadır ve AİHM tarafından Sözleşme’de öngörülen yükümlülükler ve Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediği incelenirken kanun ile sınırlı kalınmamakta, AİHM tarafından ulusal hukuklarda yer alan Anayasa kuralları da

²⁷⁵ TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 539.

incelemeye tabi tutulmaktadır.²⁷⁶ Ancak bu durum normlar hiyerarşisi bakımından ulusal hukukumuzda bir fark yaratmayacak, kanaatimizce bu durum belirttiğimiz şekilde uluslararası sorumluluklar bakımından önemli olacaktır. Taraf devletlerin halihazırda AİHS ile çatışma içinde olmaması gerekir ve bu durumda çatışma halindeki normu bir Anayasa değişikliği ile AİHS'ye uygun duruma getirmek gereklidir.

bb. AİHS'nin Yargı Erki Aracılığı ile Etkileri

aaa. Genel Olarak

Mahkemelerce verilen kararlar, içtihadı birleştirme kararları hariç doğrudan bağlayıcı olmasa da mahkemeler tarafından verilen bu kararlar toplumdaki hukuk anlayışını, “hukuki değer ölçülerini göstermek bakımından” büyük önem taşımaktadır.²⁷⁷ Bu nedenle de AİHS'nin Türk hukukundaki yargı erki aracılığıyla etkileri çok önemli olup bu etki belirlenirken öncelikle AİHS, ek protokoller ve AİHM kararlarının, Türk mahkeme kararlarında ne şekilde yer bulduğu tarihsel gelişim süreci içinde incelenmelidir.

²⁷⁶ Nitekim AİHM tarafından “Bir kuralın ya da tedbirin türüne göre herhangi bir ayırım yapılmamakta ve Sözleşmeye taraf devletlerin yetki alanlarının hiçbir parçası Sözleşme kapsamında denetim dışında tutulmamaktadır.” görüşü dile getirilmiştir. Bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, no. 19392/92, 30 Ocak 1998, pr. 29. Diğer bir deyişle, “üye devletlerin siyasi ve kurumsal örgütlenmesi, Sözleşme’de öngörülen haklara ve ilkelere saygı göstermek zorundadır. Bu kapsamda, bahse konu düzenlemelerin anayasa ile ya da yalnızca yasama işlemi ile düzenlenmiş olması fazla önem taşımaz. Devlet yetkisinin bu düzenlemelere dayanılarak kullanıldığı andan itibaren bu düzenlemeler, Sözleşme kapsamında denetime tabi tutulurlar.” Bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, no. 19392/92, 30 Ocak 1998, pr. 30. Bu konudaki tespit ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. TÜRME, (2000).

²⁷⁷ KUNTER, 1978, s.397.

AIHS'nin Türk hukukunda yargı kararları üzerine etkisi, Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal hukuklarındaki etkiler ile genel olarak benzerlik arz etmektedir. Nitekim, yargı kararları insan hakları hukukunun önemli bir kaynağı olmakla birlikte²⁷⁸ Sözleşme'nin doğrudan bir sonucu olan ve AIHM kararlarıyla vücut bulan somut etkisi, Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukuklarını büyük ölçüde benzer şekilde yasama, yürütme ve yargı erki aracılığıyla etkilemektedir. Pek çok ülkede AIHS'nin benzer etkisi; yasal mevzuatı, yargısal kararları ve hukuk sisteminin bütününe etkileme şeklinde özetlenebilir.²⁷⁹

AIHS'nin bu genel ve benzer etkisinin, Türk hukuku bakımından yargısal sistem içerisinde nasıl olduğuna daha yakından bakıldığında, Sözleşme'nin Türkiye açısından yürürlüğe girdiği andan itibaren aradan geçen yaklaşık 70 yıllık süreçte Türkiye'de yargısal etkilerinin somut olarak görülmeye başlandığı söylenebilir. AIHS'nin Türk yargılama sistemi içinde somut etkilerinin görülmeye başlanması, Türkiye'nin Sözleşme'de öngörülen AIHM'ye kişisel başvuru hakkını kabul ettiği 1987 ve AIHM'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ettiği 1989 yıllarından sonrası ile başlamaktadır. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile bu süre arasında geçen otuz yılı aşkın bir süre bakımından, Türkiye aleyhine yapılan bazı “siyasi” nitelik taşıyan başvurular dışında, Sözleşme'nin Türk hukukunun gelişimine etkili bir katkı sağlamadığını söylemek mümkündür.

Bu yıllardan günümüze gelirken ise 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde uluslararası antlaşmalar ve iç hukuk arasında çıkan uyumsuzluklarla ilgili olarak yapılan

²⁷⁸ İnsan hakları hukukunun kaynaklarından yargı kararları ile ilgili olarak bkz. GÖZLER, 2017, s. 5-9; 485-486.

²⁷⁹ JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 104 vd. Ayrıca çeşitli örnekler için bkz. ÜNAL Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:17, 2000, s.63-85.

değişiklik önemli bir sınır oluşturmaktadır.²⁸⁰ Anayasa’da yapılan değişiklik öncesi, uluslararası antlaşma ve kanun çatışmasına ilişkin olarak öğretide dile getirilmiş olan farklı görüşler, yargı organlarının kararlarına çok da fazla yansımamış ise de, bu yıllardan sonra daha istikrarlı bir bakış açısı benimsendiğinden uluslararası antlaşmaların, özellikle de AİHS’nin, somut etkisi daha fazla görünür olmuştur.

AİHS’nin somut etkisinin görünürlüğü, Sözleşme’nin uygulama belgesi mahkeme kararları olduğundan, ulusal mahkemelerin de Sözleşme’nin birer uygulayıcısı niteliğine bürünmelerini gerektirir.²⁸¹ Bu gereklilik, mahkemeler tarafından AİHS’nin ve AİHM içtihadının özerk bir biçimde yorumlanması anlamına da gelmemelidir. Türk yargı makamlarında mahkemelerin ne şekilde uygulayıcı konumda bulundukları incelendiğinde, hem zamana göre hem de yargılama yoluna göre farklı değerlendirmeler yapılmış olduğu görülmektedir. O halde örnek olması açısından sırasıyla bazı ilk derece mahkemeleri kararları, Yargıtay, Danıştay ve AYM kararları incelenmelidir.

İlk derece aşamasındaki yargılamalar nezdinde bir inceleme yapıldığında, zaman zaman AİHS’nin ve AİHM kararlarının verilen kararlarda yer bulduğu gözlemlenmektedir. Bazı mahkemelerin doğrudan AİHS’yi uyguladığına, bazılarının da AİHM’nin test kriterlerini tek tek uyguladığına şahit olursa da bu konudaki kararlar incelendiğinde bu durumun oldukça sınırlı olduğu görülmektedir.²⁸² Bununla birlikte bu

²⁸⁰ Anayasa’nın 90. maddesine eklenen cümle, yargıç ile yasa-üstü ve ulusal-üstü normlar arasındaki ilişki bağlamında önemli bir açılım olarak nitelendirilmiştir. Bkz. KABOĞLU, 2005, s. 227.

²⁸¹ Benzer görüş için bkz. BİLİR, 2012, s. 134.

²⁸² Örneğin, Sivas Sulh Ceza Mahkemesi’nin 20.01.2004 tarih, 04/19 E ve 04/16 K. sayılı kararında; “AİHS’nin mahkemece, öncelikle uygulanması ve temel insan hak ve özgürlüklerini düzenlediği için diğer yasalara oranla üstün tutulması gerektiği düşünülen bir hukuk normu olduğu” ifadeleri yer almıştır. Aynı şekilde, Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 08.09.2004 tarih, 2003/1053 E ve 2004/491 K. sayılı kararı ile bu konudaki çeşitli örnekler için bkz. ARIKAN Ayşe Saadet, “Ayşe Saadet

konuda çok açık bir artış olduğu gözlemlenmekte, günümüzde ilk derece aşamasındaki yargılamalar nezdinde AİHS’de düzenlenen hak ve özgürlüklere ve AİHM’nin genel değerlendirmeleri ile yerleşik kararlarına doğrudan atıf da yapılarak çok daha fazla yer verildiği görülmektedir.²⁸³

Yargıtay’ın kararları incelendiğinde özellikle de 2000’li yıllara yaklaşırken Yargıtay daireleri tarafından uluslararası antlaşmaların ve AİHS’nin verilen kararlarda referans olarak alındığı; günümüzde ise AİHS ve AİHM içtihadına çok daha fazla değinildiği görülmektedir. Bu konudaki kararlarda Yargıtay tarafından AİHS’nin referans alınmasının çeşitli farklı uygulamalar ile olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, Yargıtay ilgili daireleri ya da Hukuk veya Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bazı kararlarda doğrudan açıkça AİHS’ye ve/veya maddesine ve AİHM içtihadına yer verilerek hükme varılmaktadır.²⁸⁴ Yargıtay tarafından zaman zaman da yorum yoluyla yalnızca genel olarak uluslararası antlaşmalardan veya buyurucu kurallardan bahsedilerek hüküm

Arıkan’ın Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 109-113. Bu konudaki bazı tespit ve eleştiriler için ayrıca bkz. ARIKAN, 2005, s. 100-125. Ayrıca ilk derece Mahkemelerinde AİHS’nin ne şekilde yer bulduğuna ilişkin örnek kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞLAR Kemal, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2007, s.174 vd.

²⁸³ Örneğin bkz. Bolu İnfaz Hakimliği’nin 31.10.2017 tarih, 2017/1667 E ve 2017/2356 K; 02.11.2017 tarih 2017/1726 E ve 2017/2373 K; 11.10.2017 tarih, 2017/1886 E ve 2017/2319 K; Bolu 4. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 15.06.2017 tarih, 2017/208 E ve 2017/353 K. sayılı kararları gibi.

²⁸⁴ Bu konuda örneğin bkz. SURLU Aydan Ömür, “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 87, Ankara, 2010, s. 150-194.

verilmektedir. Ayrıca Yargıtay ilgili dairelerinin normlar çatışması ile ilgili olarak da değerlendirme yaptığı görülmektedir.²⁸⁵

Günümüzde geline aşamada ise Yargıtay kararlarında²⁸⁶ AİHS'nin, gerek doğrudan verilen hükmün bozulma gerekçesi olarak gerek değerlendirme aşamasında yalnızca ilgili maddeye veya Sözleşme'ye yahut da AİHM içtihadına değinilmesi suretiyle eskiye nazaran daha fazla yer bulduğu söylenebilir.²⁸⁷

²⁸⁵ Örneğin bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.03.1996 tarih, 6-2/33 sayılı kararı. Ayrıca bkz ve krş.

“uluslararası antlaşmaların hükümleri ile iç hukukun çatışması ve antlaşma hükmünün lehe olması halinde iç hukuk kuralı uygulanamayacaktır” şeklindeki ifadeye yer verilen Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 29.2.2016 tarih, 2015/2851 E. ve 2016/3143 K. sayılı kararı; AİHS'nin iç hukukumuzun uyulması zorunlu bir parçası olduğu şeklindeki ifadeyi içeren Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 13.12.2016 tarih, 2016/1296 E. ve 2016/8356 K. sayılı kararı; “...Ayrıca, bir üst norm olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 90/4. maddesiyle de; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve uyumsuzluklarda gözetilmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir. Buna göre, [AİHS'ye] Ek 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinde;...” şeklinde devam eden Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 9.3.2017 tarih, 2016/16982 E. ve 2017/3196 K. sayılı kararı.

²⁸⁶ Yargıtay kararlarında hüküm verilirken bu konuya değinildiği gibi ayrıca itiraz kanun yolunun kullanılmasında; karşı oy yazılarında ya da direnme gibi kararlarda da sıklıkla AİHS maddeleri ile AİHM içtihadına yer verildiği gözlemlenmektedir. Örneğin bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 7.4.2016 tarih, 2016/4687 E. ve 2016/6618 K.; Yargıtay 20. Ceza Dairesi 31.5.2017 tarih, 2015/10884 E. ve 2017/3530 K.; Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 29.5.2014 tarih, 2014/2850 E. ve 2014/4235 K.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.6.2017 tarih, 2017/6-608 E. ve 2017/338 K. sayılı kararı gibi.

²⁸⁷ Nitekim bu çalışmanın yazım aşamasında dahi bu artış çok açık bir biçimde gözlemlenmiştir. Örneğin; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 5.6.2017 tarih, 2014/7692 E. ve 2017/3066 K. sayılı kararında doğrudan; “AİHS'nin temel hakka dair hüküm içeren 6. maddesinin iç hukukumuzda aynı konuda kanun ve yönetmeliklerle getirilen ve yukarda işaret edilen düzenlemelere nazaran öncelikle uygulanması gerektiği” ifade edilmiştir. Yargıtay tarafından hem Anayasa hem [AİHS] nazara alınarak bozma kararı verilmesi daha sorna yasa değişikliği yapılması şeklinde somut ilerlemeler de olmuştur. Nitekim

Bu konudaki Danıştay kararları incelendiğinde, Danıştay’ın daha önceki yıllarda diğer yargılama makamlarına nazaran daha net bir tavır sergilediği ve özellikle de ulusal hukukumuzdaki normlar çatışmasına ilişkin olarak AİHS’yi kanunların, hatta Anayasa’nın üzerinde gördüğü kararlar verdiği anlaşılmaktadır. Hatta Danıştay’ın aynı zamanda bağlayıcı da olan bu kararlarına, 2004 yılında Anayasa’da yapılan değişiklik öncesinde de rastlanmaktadır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 1989 yılında verdiği bir kararda kanun hükmü, İHEB ve AİHS ile birlikte yorumlanmış ve “kanunların anlamının amaçsal bir yorumla ve Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ilkeleri göz önünde bulundurularak tespit edilmesi gerektiği” belirtilmiş ve hatta “Anayasa’ya aykırı olsa bile, yasaların önce veya sonra oluşuna bakılmaksızın

Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 17.09.2012 tarih, 2012/20227 E. 2012/18818 Karar sayılı ilamıyla Anayasa md.19/son, AİHS md.5/3 ve CMK 141’e değinilerek karar verilmiş daha sonrasında yaşanan gelişmelerle de CMK md.94 değiştirilmiştir.

Yine Yargıtay ilgili ceza dairelerinin güncel kararlarında AİHS’ye aykırılık durumunun doğrudan bozma gerekçesi yapıldığı da görülmektedir. Örneğin; “Mahkemece 5271 Sayılı Yasa’nın 150/3. maddesi uyarınca, sanığın savunmasını yapmak üzere zorunlu savunman görevlendirilmesi nedeniyle, savunmana ödenen avukatlık ücretinin, sanığa yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi, [AİHS’nin] 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırı olması, bozmayı gerektirmiş” denilmiştir. (bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 1.6.2017 tarih, 2014/10710 E. ve 2017/1748 K. sayılı karar; benzer şekilde bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 13.9.2017 tarih, 2014/13964 E. 2017/3006 K.) Ayrıca Sözleşmeye ve AİHM içtihadına değinen çeşitli güncel Yargıtay kararları için örneğin bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 20.6.2017 tarih, 2017/6-608 E ve 2017/338 K.; Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin 19.6.2017 tarih, 2016/15188 E. ve 2017/5903 K.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 3.7.2017 tarih, 2016/22349 E. ve 2017/10911 K; Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 9.2.2017 tarih, 2017/414 E. ve 2017/3725 K. sayılı kararı.

uygulanacağı, sözleşmenin yasalara üstün olduğu ve dolayısıyla yasaların sözleşmeyi değiştiremeyeceği” görüşlerine yer verilmiştir.²⁸⁸

Yine Danıştay tarafından verilen çeşitli kararlarda, “uluslararası sözleşmelerin iç hukukta kanunların üstünde olup yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdıkları” belirtilmiştir.²⁸⁹ Ayrıca Danıştay ilgili daireleri tarafından, ulusal hukukun uluslararası antlaşma ile “birlikte yorumlanması” gerektiğini belirten kararlar da verilmektedir.²⁹⁰

Danıştay’ın güncel kararlarında da bu yaklaşımını sürdürmüş olduğu²⁹¹, güncel kararlarında da sıklıkla; “...bu andlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere dair olanlarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, uluslararası andlaşma kurallarının esas alınmasının anayasal gereklilik olduğunu” belirterek doğrudan AİHS’ye ve AİHM içtihadına yer verdiği görülmektedir.²⁹²

²⁸⁸ Bkz. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 7.12.1989 tarih, 1988/6 E ve 1989/4 K. sayılı kararı. Resmi Gazete Tarih: 9.2.1990, Sayı 20428, s. 74-76.

²⁸⁹ Örneğin bkz. Danıştay 5. Dairesi’nin 22.5.1991 tarihli, 1986/1723 E ve 1991/933 K. sayılı kararı. Danıştay’ın bu konuda vermiş olduğu kararların genel olarak yorumları ile ilgili olarak bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s.533-535.

²⁹⁰ Örneğin bkz. Danıştay 12. Dairesi’nin 15.6.1970 tarih ve 1968/1117 E ve 1970/1310 K. sayılı kararı.

²⁹¹ Danıştay kararlarında hüküm verilirken bu konuya değinildiği gibi Yargıtay nezdinde olduğu gibi ayrıca gerek tetkik hakimlerinin düşüncelerinde gerek ısrar ve karşı oy yazılarında AİHS’ye sıklıkla değinildiği de görülmektedir. Danıştay 4. Dairesi’nin 18.4.2016 tarih, 2016/516 E. ve 2016/1708 K.; Danıştay 15. Dairesi’nin 4.3.2016 tarih, 2015/8632 E. ve 2016/1382 K. sayılı kararı; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 10.2.2016 tarih, 2016/82 E. ve 2016/83 K. sayılı kararı gibi.

²⁹² Örneğin bkz. Danıştay 15. Dairesi’nin 8.6.2017 tarih, 2014/4216 E. ve 2017/3235 K.; Danıştay 12. Dairesi’nin 29.11.2016 tarih, 2016/5722 E, ve 2016/5443 K.; Danıştay 12. Dairesi’nin 23.3.2016 tarih, 2016/802 E. ve 2016/1607 K.; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 20.3.2014 tarih, 2013/4031 E. ve 2014/975 K.; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 10.2.2016 tarih, 2016/82 E. ve 2016/83 K. sayılı kararı; ayrıca Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun AİHM ve

Bu konudaki AYM kararları incelendiğinde, konuya ilişkin ayrıntılı ve önemli tespitlere ulaşılabilecektir. AYM'nin bu konuya yaklaşımı yargı makamları içerisindeki en önemli ayağı oluşturmaktadır ve bunun en önemli nedeni AYM'nin kararlarının herkes için bağlayıcı olmasıdır.²⁹³ Bu kapsamda AYM'nin vermiş olduğu bir karar, uluslararası antlaşmaların, özellikle de AİHS'nin, iç hukuktaki yeri ve etkisi konusunda hem aydınlatıcı hem de bağlayıcı olacaktır. Bir diğer önemi, AYM kararlarının AİHS'nin Türk iç hukukuna etkisi konusunda katkı sunmasından kaynaklanmaktadır. AYM tarafından verilen kararlarda, AİHS ve ek protokollerde yer alan hükümlere ve AİHM içtihadına daha çok yer verilmesiyle bu katkı da gittikçe artmaktadır.²⁹⁴

AYM'nin vermiş olduğu kararlar, gerek çeşitlerine göre gerek AYM tarafından yapılan incelemenin içeriğine göre çeşitli ayrımlar yapılarak ele alınmalıdır. Bu kapsamda öncelikle karar çeşitlerine göre yapılacak ayrım AYM'nin, 2010 yılında getirilen AYM'ye bireysel başvuru yönteminde vermiş olduğu kararlara değinilmeksizin,²⁹⁵ AYM'nin genel görev ve yetkileri kapsamında Anayasa'ya şekil ve esas bakımından yapılan uygunluk denetimi ile ilgili kararlarına bir göz atılmalıdır.²⁹⁶

AYM içtihatlarına yer verdiği güncel bir karar için bkz.03.07.2019 tarih, 2019/570 E. ve 2019/467 K. sayılı kararı

²⁹³ 1982 Anayasası md. 153/son.

²⁹⁴ AYM'nin AİHS'ye yer veren kararlarının gittikçe artması ile bu artışın nedenleri ve uluslararası bütünleşme arasındaki ilişki için bkz. ODYAKMAZ Zehra, "Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi ve İç Hukuka Yansıması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, 2008, s. 27 vd.

²⁹⁵ Bu konu aşağıda ikinci ve üçüncü bölümlerde yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri incelenirken her bir konu başlığı altında yeri geldikçe ele alınacaktır.

²⁹⁶ Bu konuda örneğin bkz. SARIGÜL, 2013, s. 26vd. Ayrıca bu konuya ilişkin olarak Anayasa – AİHS çatışmasının AYM'nin değil Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin önüne geldiği ve Anayasa üstü bir konumda olmadığı yönünde tespit ve değerlendirmelere yer verildiği de belirtilmelidir. Bkz. AYİM 1.

İlk olarak, Anayasa'ya uygunluk denetiminde nelerin “ölçü norm” olduğu değerlendirilmelidir.²⁹⁷ Bu konudaki AYM kararları incelendiğinde, kural olarak, uluslararası antlaşmaların AYM tarafından tek başına “bağımsız ölçü norm” olarak kullanılmadığı, “destek ölçü norm” olarak kullanıldığı görülmektedir.²⁹⁸ Nitekim bu kararlarda AYM, çoğu kez AİHS'ye kendi gerekçesini güçlendirmek için bir dayanak şeklinde başvurmaktadır.²⁹⁹

Bir diğer açıdan ise; AYM'nin uluslararası antlaşmalar ve bu kapsamda AİHS ile ilgili normlar çatışmasına ilişkin vermiş olduğu kararlarda tam bir istikrarın olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, AYM tarafından verilen bazı kararlarda uluslararası antlaşmalar “kanun gücünde” kabul edilmekte ve kanunların uygulanmasına ilişkin ilkeler dikkate alınmaktadır.³⁰⁰ Bazı kararlarda ise, uluslararası antlaşmaların

Dairesi, E.1997/147, K.1998/200, 22/1/1988 tarihli karar ile bu kararlar ve konu hakkındaki tespit ve değerlendirmeler için bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 538.

²⁹⁷ Bkz. YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993; TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 523 vd.

²⁹⁸ Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 31. “AYM'nin insan haklarına ilişkin ulusalüstü belgeleri ve bunlardan özellikle İHAS ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini, Anayasaya uygunluk denetiminde, bugüne kadar, tek başınai, bağımsız ölçü norm olarak kullanmaması, Anayasa'nın 2. maddesi ile genel olarak insan haklarına ve hukuk devleti ilkesine yollama yapmasından; diğer bir deyimle, bu ilkelerden hareketle bu belgeleri referans vermesinden kaynaklanmaktadır.” Bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 532.

²⁹⁹ Bkz. BUMİN Mustafa, “Mustafa Bumin'in Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 23. Örneğin bkz. AYM'nin 28.2.1991 tarih, 1990/15 E ve 1991/ K. sayılı kararı. Ayrıca bu konudaki bazı kararlar ve tespitler için bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 530 vd.

³⁰⁰ Örneğin bkz. AYM'nin 22.5.1997 tarih, 1996/3 E ve 1997/3 K. sayılı kararı.

“Anayasa üstü normlar” olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir.³⁰¹ Bunlara ilave olarak AYM’nin bazı kararlarında AİHM kararlarına uygun yorum yapılarak AİHM kararlarının referans alındığı ve Türk iç hukukunda birtakım haklarla ilgili yeni belirlemeler yapılmasının sağlandığı da görülmektedir.³⁰² Ayrıca AYM, somut normları AİHS ışığında Anayasa’ya uygunluk açısından da değerlendirmektedir.³⁰³

İkinci olarak, AYM tarafından yapılan incelemenin içeriğine göre verilen kararlar ele alındığında, AYM’nin, AİHS ile Anayasa’nın uyumu ve yapılacak denetimin aynı zamanda AİHS’ye uygunluk denetimini de kapsamı konusunda birtakım kararlar verdiği görülmektedir. AYM’nin AİHS ile Anayasa’nın uyumu konusundaki değerlendirmeleri, genel kural olarak, Anayasa ile AİHS arasında herhangi bir çelişki olmadığı yönündedir.³⁰⁴

³⁰¹ Örneğin bkz. AYM’nin 28.2.1991 tarih, 1990/15 E ve 1991/ K. sayılı kararı.

³⁰² Örneğin “AİHM’nin, Sözleşme’nin 11. maddesinde açıkça yer almamasına rağmen, siyasi partilerin de bu madde kapsamında olduğunu belirten kararları AYM tarafından da dikkate alınmış ve Anayasa’da açıkça yer almamasına rağmen “*direnme hakkı*”da bu kapsamda kabul edilmiştir. Bkz. AYM’nin 8.12.1988 tarih, kararı 1988/2 E ve 1988/1 K. sayılı kararı.

³⁰³ Örneğin bkz. AYM’nin 12.3.2009 tarih, 2007/43 E. ve 2009/51 K. sayılı kararı. Ayrıca bkz. AYM’nin 31.3.2004 tarih, 2002/101 E. ve 2004/44 K. sayılı kararı.

³⁰⁴ AYM’ye göre “insan haklarını ve ana hürriyetleri korumaya dair Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda da güvence altına alınmıştır.” Bkz. AYM’nin 16.1.1998 tarih, 1997/1 E ve 1998/1 K. sayılı parti kapatmaya ilişkin kararı. Ayrıca AYM tarafından, benzer şekilde Anayasa’nın 15. maddesine uygun olan bir düzenlemenin AİHS’ye de uygun olacağı (Bkz. 10.1.1991 tarih, 1990/25 E. ve 1991/1 K.) ve Anayasa’ya aykırı olan bir düzenlemenin AİHS’ye de aykırı olacağı şeklinde değerlendirmeler yapılmıştır. (Bkz. 10.7.1992 tarih, 1991/2 E. ve 1992/1 K.) AYM, zaman zaman da, AİHS maddeleri ile Anayasa maddeleri arasında tam bir benzerlik olmasa da öz yönünden koşutluk ya da paralellik olduğu yorumunu yapmaktadır. Bu konudaki karar ve değerlendirmeler için bkz. İNCEOĞLU Sibel, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”,

AYM'nin yaptığı denetimin AİHS'ye uygunluk denetimini de kapsamı konusunda da, AYM'nin bir normun Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken bunun AİHS'ye uygunluğunu da denetleyip denetleyemeyeceği ve AİHS'nin Anayasa'ya uygunluğu konusu gündeme gelmektedir. AYM, bu konuda Anayasa kurallarını yorumlarken Batı Demokrasilerinin benimsediği anlayışın anlaşılması ve Anayasa'yı o yönde yorumlamak gerektiğini vurgulamaktadır.³⁰⁵

AİHS'nin Anayasa'ya uygunluğu konusunda da uluslararası antlaşmaların AYM tarafından denetiminin yapılmasının Anayasa tarafından yasaklandığı ve bu denetimin yapılamamasının nedeninin genel olarak milletlerarası hukukta sorumluluk doğmaması olduğu hatırd tutulmalıdır.³⁰⁶ Burada vurgulanması gereken bir konu vardır, o da, öğretide farklı görüşler olmakla birlikte uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin onay yasalarının AYM ve onay kararnamelerinin de Danıştay tarafından denetlenmesinin mümkün olmasıdır.³⁰⁷ Konuya AİHM açısından yaklaşıldığında ise, AİHM tarafından Sözleşme'ye taraf devletlerde tüm organların ve yasal mevzuatın denetime tabi olduğu ve Anayasa'yı yorumlama konusunda da denetim yapıldığı anlaşılmaktadır.³⁰⁸

AYM'nin bu konuda vermiş olduğu kararlar genel olarak değerlendirildiğinde, AYM'nin AİHS'yi ve AİHM içtihadını kullanmasının çok önemli katkı sağlamakla birlikte, AYM'nin izlediği yaklaşımın çeşitli açılardan eleştirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Öncelikle Anayasa'ya uygunluk denetimine ilişkin kararlarda AİHS'nin

İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 14.

³⁰⁵ Bkz. AYM'nin 22.12.1988 tarih, 1988/5 E. ve 1988/55 K. sayılı kararı.

³⁰⁶ Bkz. BUMİN, 2005, s. 20.

³⁰⁷ Bkz. AYM'nin 3.8.1996 tarih ve 4163 sayılı kararı.

³⁰⁸ Bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, no. 19392/92, 30 Ocak 1998, pr. 29-30.

ve AİHM içtihadının kullanılması oldukça azdır. İkinci olarak kararlarda tam bir uyum, istikrarlı bir bakış açısı gelişmemiştir. Üçüncü olarak, AYM'nin AİHM kararlarını kullanırken “yanlış bilgiler üzerine argüman oluşturduğu”³⁰⁹ yahut da AİHS'yi, hak ve özgürlüklerin korunması ve genişletilmesi yolunda değil de, “kısıtlamalarını haklı kılacak bir gerekçe olarak kullandığı” da görülmekte³¹⁰ ayrıca anayasallık bloku ve normlar hiyerarşisi bağlamında AYM'nin Anayasa ve AİHS çatışmasına ilişkin sorunu çözen açık ve somut bir kararı da bulunmamaktadır.³¹¹

Tüm bu tespit ve değerlendirmeler ışığında yargı erki aracılığıyla AİHS, ek protokoller ve AİHM içtihadının etkisi konusunda genel olarak bir değerlendirme yapıldığında da, gerek ilk derece aşamasında gerek üst derece aşamasında ya da anayasa yargısında AİHS'nin bir bütün olarak ve sistematik şekilde benimsendiğini/özümsemiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Türk yargı makamları tarafından Sözleşme'nin yorumlanması ve AİHM kararlarına uygun bir biçimde yorum yapılması konusunda her zaman yeterli özenin gösterildiğini söylemek de güç olup³¹² bu etkinin yeterli olmadığı sonucuna varmaktayız.

³⁰⁹ Bkz. ARSLAN Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000, s. 281.

³¹⁰ Bkz. AYBAY Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku”, *İnsan Hakları Armağanı: XXX. Yıl*, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları, Ankara, 1978, s. 131.

³¹¹ Bu konudaki tespit ve değerlendirmeler için bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 532.

³¹² Benzer görüş için Bkz. İNCEOĞLU, (2013), s. 9. Nitekim günümüzde halen mahkemelerin AİHS ile teminat altın alınan hakların korunması ve AİHS ile AİHM içtihadına uygunluk ve bunlara aykırı karar verilmemesi teşvik edilmektedir. Örneğin son olarak hakim ve savcılarının derece yükselmesi esaslarına ilişkin ilke kararlarda değişiklik yapılmış ve “AİHM ve AYM tarafından yapılan incelemelerde ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri, neden oldukları ihlalin niteliği ve ağırlığı ile ilgililerin AİHS ve

O halde bu tespit ve değerlendirmeler de hatırdı tutularak AİHS'nin, ek protokollerin ve AİHM kararlarının Türk hukukunda yargısal makamlar tarafından nasıl yorumlandığı ve dahası nasıl yorumlanması gerektiği konuları bu kez belli başlı iki araç olan uygun yorum ve doğrudan uygulanma prensipleri açısından ayrıca ele alınmalıdır.

bbb. Etki Araçları

Uluslararası antlaşmaların ve özelde de AİHS'nin yargı erki aracılığıyla etkisini etkin şekilde sağlamada kullanılan önemli iki araçtan birisinin uygun yorum, diğerinin de doğrudan uygulanma prensipleri olduğu kanaatindeyiz. Bu çerçevede uygun yorum prensibi, AİHS'nin etkisinin yargı erki aracılığıyla somut bir şekilde görülebileceği bir araç olmakla birlikte, bunun yanı sıra AİHS'nin ulusal hukuklardaki etkisi, AİHS ve ek protokollerde yer alan hükümler ile AİHM içtihadının doğrudan uygulanması yöntemi ile de sağlanabilir.

i. Uygun Yorum Prensibi

Bütün hukuk kuralları uygulanırken az veya çok yoruma tabiidir. “bir hukuk normunun yorumlanması hukuki müşterek değerlerin sistematik bütününü olan Hukuki Düzenin bir parçasının bütünle karşılaştırılması demektir.”³¹³ AİHS ve AİHM kararlarının uygulanması konusunda da Sözleşme'ye taraf devletlerde nasıl bir yorum yapılacağı ve Sözleşme ile ulusal hukuk kuralları arasında bir çatışma olduğunda çözümün nasıl sağlanacağı sorusu, aslında genel olarak uluslararası antlaşmaların iç

Anayasa ile teminat altına alınan hakların korunması konusundaki gayretleri”nin göz önünde bulundurulacağı ve bu koşullarla yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verileceğinin düzenlenmiştir. Bkz. Hâkim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararında Değişiklik Yapılmasına Dair İlke Kararı bkz. Resmi Gazete Tarih: 15.01.2020, Sayı: 31009.

³¹³ KUNTER, 1978, s.412.

hukuktaki etkisini de somut bir biçimde yansıtır. Bu çözüme yönelik olarak da öncelikle “uygun yorum prensibi” olarak adlandırılan yorum tekniği ele alınmalıdır.

Uygun yorum prensibi olarak ifade edilen yöntemde, özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan uluslararası antlaşmalar bakımından iç hukuk kurallarının antlaşmaya uygun yorumlanarak bu antlaşmalarla ulusal mevzuattaki farklılığın/çatışmanın giderilebileceği düşüncesi gelişmiştir. İlk olarak “1978 tarihli İspanya Anayasası, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmeler konusunda, klasik formüllerin dışında “uygun yorum formülü” diye adlandırılacak yeni çözümler getirmiştir.”³¹⁴ Bu çözüm, zamanla Sözleşme’ye taraf devletlerin de çatışma konusundaki değerlendirmelerine yansımıştır.³¹⁵ Nitekim bu durum AİHS’nin temel özelliklerinden özellikle de bağlayıcılık özelliğinin de bir gereğidir.³¹⁶

Türk hukuku bakımından konuya yaklaşıldığında da, Sözleşme’nin özellikleri ve Türk hukuk sistemi dikkate alındığında, AİHS’nin normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda belirtilmiş olan teorik görüşlere göre farklı değerlendirmeler yapılabilmesi mümkün ise de, genel olarak iç hukukta yer alan kuralların Sözleşme’ye uygun bir biçimde yorumlanması gerekmektedir.³¹⁷

Sözleşme ile Anayasa ya da genel anlamda Sözleşme ile iç hukuk çatışmasında³¹⁸ yapılması gereken, iç hukuku Sözleşme’ye ve AİHM kararlarına uygun

³¹⁴ ÇAĞLAR Bakır, *Anayasa Bilimi*, Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1989, s. 49’dan Aktaran YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 28.

³¹⁵ Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 26-38.

³¹⁶ Bkz. AİHS md. 1, 19 ve 46.

³¹⁷ Krş. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 21

³¹⁸ Sözleşme’nin konu bakımından kapsamı ile Anayasa’nın genel itibarıyla uyumlu olduğu ve Anayasa’da oldukça geniş haklar kataloğu olduğu söylenebilirse de çatışma olasılığı da mevcuttur. Bkz. ARSLAN, (2000), s. 283-284.

yorumlamaktır.³¹⁹ O halde, ulusal hukuktaki etki bakımından Sözleşme'nin "Anayasa"nın altında, ancak "Kanun"un üstünde bir konuma yerleştirildiği görüşümüzle AIHS ile Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokollerin doğrudan Anayasa hükümleri karşısında yorumu söz konusu olduğunda anayasal kuralların da uygun yorum prensibi kapsamında Sözleşme'ye uygun olarak yorumlanması gerekmektedir, ancak ulusal hukukta Anayasa'nın üstünlüğü de gözetilmelidir.³²⁰

Bu yorum tekniği kullanılırken birtakım hususlara da dikkat edilmelidir. İlk olarak, Sözleşme ile iç hukuk kurallarının yorumu konusu değerlendirilirken yalnızca çatışma içinde oldukları düşünülen maddeler ile yetinilmesi eksik değerlendirme yapılmasına neden olabileceğinden bir bütün olarak ulusal hukuk ve AIHM'nin yorum teknikleri dikkate alınmalıdır.

İkinci olarak da, bu teknik, iç hukukta boşluk bulunması halinde de geçerli olduğundan yargılama makamı iç hukuktaki boşluğu, taraf olunan AIHS ile uygun yorum prensibi kapsamında da doldurabilir.³²¹ Bu boşluğun kanaatimizce Kanun'da ya da Anayasa'da olması fark etmez bir diğer deyişle bu yorum, AIHS ile düzenlenen bir konuda kanunlarda ya da Anaaysa'da açık bir düzenleme olmadığı hal bakımından da geçerlidir ancak bu durumda metin uygun yoruma elverişli değil ise ve açık bir boşluk

³¹⁹ Türk öğretisinde de Anayasa'nın Sözleşme'ye uygun yorumlanması gerektiği hakkındaki değerlendirme için bkz. YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 35. Türk hukuk sisteminde normlar çatışmasının çeşitli ihtimalleri bakımından değerlendirmeler için bkz. TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 536 vd.

³²⁰ Bu konuda yukarıda da kanaatimizi belirttiğimiz şekilde AIHS ile Anayasa hükmünün açık bir çelişki taşıması halinde ise antlaşmayı ihmal edip Anaaysayı uygulamak ve konuyu uluslararası hukuk ve sorumluluklar kapsamında ele almak gerekmektedir. Bu konulara ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz. ve krş. ÇİMEN Yılmaz, "Yılmaz Çimen'in Bildirisi", Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 97.

³²¹ Bkz. JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 866 ve GÜLMEZ, 2005, 78.

varsa doğrudan uygulanma prensibi daha etkili olacaktır. Bu çerçevede çalışmanın konusu itibariyle de “istisnai ve sınırlayıcı normlarda kıyasın caiz olmamasının yorumun prensiplerinden” olduğu da hatırla tutulmalıdır.³²²

Son olarak, uygun yorum prensibinin “Türk hukuk sisteminde yaygın ve istikrarlı bir şekilde benimsendiğini söyleme imkanının bulunmadığı” dile getirilse de³²³ yargısal makamlar tarafından “hak-eksenli” bir yaklaşım benimsenmesi ve uygun yorum yapılması önünde de hiçbir engel olmadığından kullanımından kaçınılmamalıdır.³²⁴ Çalışmanın konusu itibariyle de CMK’da yer alan koruma tedbirleri özellikle de yakalama ve gözaltı ile ilgili düzenlemeler, AİHS ile Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerdeki düzenlemeler ile birlikte değerlendirilmeli ve mümkün olduğunca CMK’da yer alan ilgili düzenlemeler AİHS’ye uygun yorum prensibi ile yorumlanmalı ve somut olaya bu şekilde uygulanmalıdır.

ii. Doğrudan Uygulanma / Yerine Geçme

AİHS’nin ulusal hukuklardaki etkisi, AİHS ve ek protokollerde yer alan hükümler ile AİHM içtihadının doğrudan uygulanması yöntemi ile de sağlanabilir ancak doğrudan uygulanma ya da yerine geçme olarak nitelendirebileceğimiz bu yöntemde öncelikli olarak çözüme kavuşturulması gereken birtakım konular vardır. Öncelikle Sözleşme’nin

³²² KUNTER, 1978, s. 413.

³²³ TUNÇ Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000, s. 187.

³²⁴ Öğretide de AYM ile ilgili olarak “[AYM] de bu uyumsuzluğu gidermede “hak-eksenli” bir yaklaşım benimseyerek Sözleşmeye “bağımsız ölçü norm” statüsü kazandırmalıdır.” denilmiş ve anayasa yargıçlarının “hak-eksenli” bir yaklaşımı benimseyip uygulayabilmek için gerekli yorum gücüne ve manevra kabiliyetine sahip oldukları vurgulanmıştır. Bkz. ARSLAN, (2000), s. 291-292.

niteliği ele alınmalı ve Sözleşme'nin taraf devletlere Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin ve AİHM kararlarının ulusal hukuklarda doğrudan etkili şekilde uygulanmasını gerekli kılıp kılmadığı sorununa değinilmelidir. Bu yapılırken de gerek AİHS ve ek protokollerde yer alan düzenlemeler gerek AİHM içtihadı ve taraf devletlerin Sözleşme ve AİHM içtihadını uygulama konusundaki yaklaşımları göz önünde tutularak bu durumun Türk hukuku bakımından nasıl yorumlandığı konularına değinilmelidir.

Bu kapsamda Sözleşme'de doğrudan uygulanma konusuna ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da, genel olarak Sözleşme hükümleri ve Sözleşme'nin niteliği, doğrudan uygulanma prensibinin AİHS açısından geçerli veya zorunlu olup olmadığı konularını gündeme getirmiştir. Sözleşme'nin amacı, kapsamı ve özellikle de bağlayıcılık ve tamamlayıcılık özellikleri gereği Sözleşme'de yer alan insan haklarının korunmasına ilişkin asgari güvencelerin iç hukukla çatışma halinde olması durumunda Sözleşme'nin etkililiğinden bahsedilemeyecektir. Sözleşme'nin bağlayıcı ve etkili olabilmesi ve amacını gerçekleştirebilmesi, Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukukuna ve uygulamasına yansıdığı ölçüde güvence altına alınacaktır.

Sözleşme'nin ve AİHM kararlarının Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal hukuklarında etkili olabilmesi ve güvencenin sağlanmasının önemli bir yolu da taraf devletlerin iç hukuklarında Sözleşme hükümlerine doğrudan etki tanınmasıdır. Bununla birlikte doğrudan uygulanma prensibi, Sözleşme'nin ulusal hukukta etkili olması konusundaki araçlardan biridir ve Sözleşme kapsamında bir yükümlülük değildir.

Bu konudaki AİHM kararları incelendiğinde, AİHM'nin bu konuda taraf devletlere açıkça bir yükümlülük yüklediği konusunda bir görüş bildirdiği söylenemezse de, bu kararların yol gösterici olduğundan bahsedilebilir. Aslında AİHM tarafından bu konu ile bağlantılı olan kararlar konusunda farklı yorumlar yapılmakta³²⁵ ve Mahkemenin

³²⁵ Bkz. İrlanda v. Birleşik Krallık, no. 5310/71, 18 Ocak 1978.

taraf devletlerde Sözleşme'nin doğrudan uygulanmasını gerekli bulmadığı belirtilmiş olduğu gibi³²⁶, Mahkemenin yaklaşımının “doğrudan uygulanırılık” amacına yönelik olduğuna ilişkin değerlendirmelerde de bulunulmuştur.³²⁷

O halde özünde AİHM tarafından Sözleşme'nin hazırlanma amacının Sözleşme'nin iç hukukla bütünleştirilmesi halinde daha iyi yansıtılacağı belirtilmişse de, Sözleşme'ye taraf devletlerin bu konuda doğrudan bir yükümlülükleri yoktur ve taraf devletlerin yükümlülükleri AİHS'de düzenlenen hak ve özgürlükleri korumak, güvence altına almak, bu hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde yaptırım öngörmek gibi yükümlülüklerdir.

AİHS'ye taraf olan devletlerdeki doğrudan uygulanma konusunun ne şekilde işlerlik bulduğuna bakıldığında da, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin bir kısmında AİHS, ulusal hukuk ile uyum içinde olup iç hukuklarda doğrudan etkili bir şekilde uygulanmakta, diğer bir kısmında ise yine uyum içinde olmakla birlikte Sözleşme'nin doğrudan etkisinin söz konusu olmadığı görülmektedir.³²⁸

Ulusal hukukumuz bakımından da ne şekilde bir yaklaşım benimsendiğine bakıldığında gerek öğretide gerek yargısal kararlarda birbirinden farklı değerlendirmelerin yapıldığı sonucuna ulaşmaktayız. Türk öğretisinde bir gruba göre Sözleşme'nin taraf devletlerin hukuk sistemlerinde tekçi veya ikici sistemden hangisini benimsediklerine bakılmaksızın doğrudan etkili olduğu, ayrıca bir ulusal düzenleme yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.³²⁹

³²⁶ Bkz. JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 849.

³²⁷ Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, (1994), s. 26.

³²⁸ JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 848 vd.

³²⁹ GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 21-22; KABOĞLU, 2005, s. 227; ARSLAN, (2000), s. 275; TUNÇ, (2000), s. 185, 188; ŞAHBAZ, (2004), s. 188, GÜLMEZ, 2005, s. 55-55, 80; ÇİMEN, 2005, s.

Bir başka görüşe göre ise Sözleşme'nin ulusal hukukta doğrudan uygulanan kurallar getirmediği, doğrudan etkili olmadığı dile getirilerek uluslararası antlaşmaların “iç hukukumuzun birer parçası olmasına rağmen doğrudan uygulanabilir nitelikte” olmadıkları, AİHM kararlarının içeriğinin de ne olursa olsun bunların taraf devletlerde doğrudan uygulanmasını sağlamaya olanak vermediği belirtilmiştir.³³⁰

Bir diğer açıdan da Anayasa bakımından ayırım yapılarak konuya yaklaşıldığı³³¹ ya da doğrudan uygulanma konusunda bir Anayasa değişikliği önerildiği de görülmektedir.³³² Yargısal kararlarda da benzer şekilde bu konuda farklı uygulamaların yapıldığı ve mahkemelerin de çıkan uyuşmazlıklarda zaman zaman AİHS'nin doğrudan uygulanmasına ilişkin prensibi kullandıkları görülmektedir.³³³

Tüm bu değerlendirmeler ışığında kanaatimizce ulusal hukukumuz bakımından Sözleşme'ye doğrudan etki verilerek bunların iç hukukta etkili olmalarının sağlanması mümkün olup bunun birçok faydası da olabilecektir. Ulusal hukuktaki etki bakımından Sözleşme'nin “Anayasa”nın altında, ancak “Kanun”un üstünde bir konuma yerleştirildiği görüşümüzle AİHS ile Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller, hak ve özgürlüklerin korunması açısından herhangi bir çatışma halinde ise, kanunlar ve daha alt düzeydeki

28; ÜNAL Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, Ankara, 1994, s. 73-74.

³³⁰ MEMİŞ, (2000), s. 168-169; DOĞRU Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi'nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000, s. 219.

³³¹ Bkz. BİLİR, 2012, s. 129.

³³² Bkz. BİLİR, 2012, s. 130.

³³³ Örneğin Danıştay 5. Dairesi'nin 22.5.1991 tarihli, 1986/1723 E ve 1991/933 K. sayılı kararı. Bu konuda ayrıca bkz. “bb. AİHS'nin Yargı Erki Aracılığı ile Etkileri”, “aaa. Genel Olarak”, s.93vd.

diğer düzenleyici işlemler bakımından bunların temel hak ve özgürlükleri daha koruyucu hükümler içermesi halinde öncelikle doğrudan uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Çalışmanın konusu itibarıyla de CMK’da yer alan koruma tedbirlerinden yakalama ve gözaltı ile ilgili düzenlemeler, AİHS ile Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerdeki düzenlemeler ile birlikte değerlendirilmeli, eğer yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili olan düzenlemeler ile AİHS arasında açık bir çatışma varsa, örneğin CMK düzenlemeleri AİHS’ye kıyasla temel hak ve özgürlükleri “kısıtlayıcı” düzenlemeler içeriyorsa, ilgili CMK hükümlerinin bir kenara bırakılması, diğer bir deyişle ihmal edilmesi ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın AİHS’nin bu konudaki ilgili hükümlerinin “doğrudan uygulanması” gerekmektedir. Bununla birlikte, CMK’da koruma tedbirleriyle ilgili hükümlerin AİHS’ye kıyasla temel hak ve özgürlükleri “korumaya yönelik daha yüksek bir standart” getirmesi halinde bu durumda CMK ve AİHS arasında esas bakımından “çatışma”dan bahsedilemeyecek; CMK, uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşme’ye doğrudan etki verilerek bunların iç hukukta etkili olmalarının sağlanmasının birçok faydası da vardır. Bu konu, öncelikle uluslararası sorumluluk bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi usulünün taraf devletlere bırakıldığı ve Sözleşme’nin ihlalinin iç hukuklarda yer alan yasal düzenlemelerden kaynaklandığı durumlarda ilgili devlet, bu konuda yapılacak benzer ihlallerde risk altında bulunmaktadır.³³⁴ Bu riskin Sözleşme’deki haklara doğrudan etki verilen devletlerde azaltılabilmesi ve böylece ulusal mahkemelerin bu hakların uygun şekilde korunmasını sağlayabilmesi de mümkündür.³³⁵

³³⁴ Bkz. JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 848

³³⁵ JANIS – KAY – BRADLEY, 2010, s. 848.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Koruma Tedbirlerine Etkisi

Koruma tedbirlerinin AİHS ile ilişkisi incelenirken koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak AİHS kapsamında yer alan hak ve özgürlüklerden hangilerine yönelik olarak bir müdahalenin sıklıkla gündeme gelebileceği konusunun ele alınması ve bazı örnek kararlar üzerinden koruma tedbirleri ile ilgili hak ve özgürlükler konusunda AİHS'nin hangi maddelerine müdahalenin gündeme gelebildiği, hangi müdahalenin AİHS'nin ihlaline sebebiyet verdiği, AİHM'nin hangi test kriterleri üzerinden somut olaylarda nasıl bir inceleme yaptığı konuları hakkında bazı örnek kararlar üzerinden genel bir çerçeve sunulmalıdır. Bu itibarla CMK kapsamındaki koruma tedbirleri incelendiğinde AİHS'nin farklı farklı pek çok maddesinin çeşitli şekillerde gündeme gelebileceği görülmektedir.

Koruma tedbirleri AİHS kapsamında ele alındığında, öncelikle koruma tedbirleriyle ilgili hak ve özgürlükler ve Sözleşme'deki güvenceler arasında bir "ilişki" kurulması gerektiği ancak bu ilişki kurulurken de hem koruma tedbirleri hem de AİHS açısından tek bir hak ve özgürlük ile konuyu sınırlamanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Koruma tedbirlerinin bağlantılı olduğu hakların çeşitleri konusunda bir sınıflandırma yapmak çok güçtür ancak bu sınıflandırmadan bağımsız olarak koruma tedbirlerinin gerek Anayasa'da gerek AİHS'de düzenlenmiş olan birçok hak ve özgürlük ile, bu kapsamda da Anayasa'nın ve AİHS'nin pek çok farklı maddesi ile, bağlantılı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Koruma tedbirleri, örneğin anayasal güvence altında olan "temel haklar ve ödevler" olarak nitelendirilen "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı", "kişi özgürlüğü ve güvenliği", "özel hayatın gizliliği ve korunması", "konut dokunulmazlığı", "haberleşme özgürlüğü", "yerleşme ve seyahat özgürlüğü", "mülkiyet hakkı" gibi pek çok temel hak ve özgürlük ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılıdır. AİHS bakımından da özellikle "özgürlük ve güvenlik hakkı", "adil yargılanma hakkı", "özel ve aile hayatına saygı hakkı" başta olmak üzere koruma tedbirlerinin AİHS'nin birbirinden

farklı hükümleriyle bağlantılı olduğu görülmektedir. Ayrıca bu bağlantı, gerek koruma tedbirlerine karar verilmesi gerek bu tedbirlerin uygulanması sırasında Anayasa ve AİHS ile korunan temel hak ve özgürlüklerin birine veya birden fazlasına aynı anda müdahale niteliğinde olabilir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında da çalışmanın ikinci bölümünün konusu olan yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine ilişkin detaylara geçmeden önce hem özelde bu düzenlemeler hem de genel olarak koruma tedbirlerinin AİHS’de düzenlenen hangi haklar ve özgürlükler ile bağlantısının somut olaylara nasıl yansıyabileceği madde madde bazı örnekler üzerinden ele alınmalıdır.

Koruma tedbirlerinin yaşam hakkı (AİHS md. 2) ile bağlantısı koruma tedbirlerine ilişkin kararlar uygulanırken pek çok kez gündeme gelmiş ve Türkiye aleyhine de Sözleşme’nin ihlal edildiğine yönelik olarak çeşitli kararlar verilmiştir. Özellikle gözaltı ve tutuklama gibi koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında yaşam hakkının korunması Sözleşme’ye taraf devletlerin yükümlülüklerine vurgu ile netleşmiştir.³³⁶

AİHM, gözaltında iken ölümlerin meydana gelmesi halinde (nedeni tespit edilemeyen ya da intihar olduğu tespit edilen ölümler gibi), “yetkili makamların gözaltında bulunan bir kişinin hayatını koruma pozitif yükümlülüğü” olduğunu belirtmiş ve gözaltında bulunan kişilerin çok hassas bir durumda olduğunu ve ilgili yetkili makamların da onları korumakla görevli olduğunu pek çok defa vurgulamıştır.³³⁷ Benzer şekilde “yetkili makamların bir kişinin gözaltında iken karşılaştığı muamele ile ilgili hesap verme zorunluluğunun olduğu” ve bu zorunluluğun özellikle de “şahsın hayatını

³³⁶ AİHS md. 2 ve taraf devletlerin yükümlülükleri ile ilgili olarak ayrıca bkz. HARRIS David, “The Right to Life under the European Convention on Human Rights”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1994, s. 122-138.

³³⁷ Örneğin bkz. *Salman v. Türkiye*, no. 21986/93, 27 Haziran 2000.

kaybettiği durumlarda daha da büyük önem kazandığını” ifade etmiş, ispat yükü bakımından da yükümlülüğün davalı devlet yetkililerinde olduğunu belirtmiştir.³³⁸

Benzer durum, gözaltında meydana gelen kaybolmalar bakımından da geçerli olup AİHM, gözaltına alınma sonrasında kendisinden haber alınamayan kişiler bakımından da Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamında dile getirilen bu hususları vurgulamaktadır.³³⁹ Ayrıca mağdurun ölümüne yol açmayan fiziksel şiddet kullanımında, her ne kadar Mahkeme sıklıkla Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamında değerlendirme yapsa da bunu 2. madde kapsamında değerlendirdiği de olmuştur.³⁴⁰

Koruma tedbirlerinin işkence yasağı (AİHS md. 3) ile bağlantısı daha çok yakalama, gözaltı, tutuklama veya arama koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında meydana gelen yaralanmalar, gözaltı ve tutuklama koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında kişilerin tutuldukları yer ve koşullar³⁴¹ ve psikolojik ya da fiziksel birtakım sorunları olan kişilerin özgürlüklerinden yoksun kalması halinde tabi oldukları koşullar gibi konularda gündeme gelmektedir.³⁴² Mahkeme, bu kararlarda çoğunlukla yetkili

³³⁸ Örneğin bkz. *Salman v. Türkiye*, no. 21986/93, 27 Haziran 2000 ve *Tanrıbilir v. Türkiye*, no. 21422/93, 16 Kasım 2000.

³³⁹ Örneğin bkz. *Kurt v. Türkiye*, no. 24276/94, 25 Mayıs 1998, pr. 99 ve 106-109.

³⁴⁰ Örneğin bkz. *İlhan v. Türkiye*, no. 22277/93, 27 Haziran 2000, pr. 75-78.

³⁴¹ Örneğin Romanya özelinde bir çalışma için bkz. VOICULESCU Nicolae ve BERNA Maria Beatrice, “Theoretical Difficulties and Limits of the Margin of Appreciation of States in European Court of Human Rights Case-Law”, *Law Annals Titu Maiorescu University*, Cilt: 11, 2018, s. 11-42.

³⁴² Koruma tedbirlerinde Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlalinin gündeme getirildiği kararlar için örneğin bkz. *Çiçek v. Türkiye*, no. 25704/94, 27 Şubat 2001, pr. 152, 154-156 ve 158; *Tomasi v. Fransa*, no. 12850/87, 27 Ağustos 1992, pr. 110 ve 115; *Berktaş v. Türkiye*, no. 22493/93, 1 Mart 2001, pr. 168-170; *Raninen v. Finlandiya*, no. 20972/92, 16 Aralık 1997, pr. 52-59; *Caloc v. Fransa*, no. 33951/96, 20 Temmuz 2000, pr. 97-101; *Kudla v. Polonya*, no. 30210/96, 26 Ekim 2000, pr. 92-94; *Akdeniz ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 23954/94, 31 Mayıs 2001, pr. 98; *Keenan v. Birleşik Krallık*, no. 27229/95, 3

mercilerin gözetimi altındaki kişilerle ilgili hesap verme yükümlülüğü olduğunu vurgulamakta ve davanın koşulları altında davalı devletin ilgili kurumlarındayken ya da polis memurlarının gözetimindeyken oluşan yaralanmalardan sorumlu olduğu görüşüne varmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, fiziksel birtakım yaralanmaların saptandığı her durumda AİHS md. 3'ün ihlaline karar vermemekte, genel olarak asgari bir şiddet düzeyine erişme ve ispat konularında katı yorum kurallarını dikkate almaktadır.³⁴³

AİHM'nin bu konudaki yerleşik kararlarında devletin kişileri “insan haysiyetine saygı bakımından uygun koşullarda tutmak”, “özgürlüğün kısıtlandığı tedbirlerin uygulanma şekli ve yönteminin kişi üzerinde yarattığı sıkıntı veya zorluk derecesinin, alıkonma nedeniyle kaçınılmaz olarak yaşanan eziyet düzeyini aşmamasını sağlamak” ve “bu koşullarda da kişilerin genel sağlık durumunun yeterince güvence altına alınmasını ve diğer konuların yanı sıra kişilere yeterli tıbbi bakımı sağlamak” zorunda olduğu ifade edilmiş, aksi durum Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali olarak görülmüştür.³⁴⁴

Koruma tedbirlerinin kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS md. 4) ile bağlantısı da koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında zaman zaman gündeme gelebilmektedir. Örneğin özgürlük ve güvenlik hakkına (md. 5) uygun olarak alıkonulan kişilerin çalışmaya mecbur edilmesi halinde bu durumun Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlaline yol

Nisan 2001, pr. 110-113 ve 115; İlhan v. Türkiye, no. 22277/93, 27 Haziran 2000, pr.87; Price v. Birleşik Krallık, no. 33394/96, 10 Temmuz 2001, pr. 21-30; Selçuk ve Asker v. Türkiye, nos. 23184/94 ve 23185/94, 24 Nisan 1998, pr. 77-80; Foka v. Türkiye, no. 28940/95, 24 Haziran 2008, pr.35 vd; Iliya Stefanov v. Bulgaristan, No. 65755/01, 22 Mayıs 2008, pr. 63 vd; Selvi v. Türkiye, no. 5047/02, 9 Aralık 2008, pr. 31 vd; Yöyler v. Türkiye, no. 26973/95, 24 Temmuz 2003, pr. 73; Hasan İlhan v. Türkiye, no. 22494/93, 9 Kasım 2004, pr. 106; Dulaş v. Türkiye, no. 25801/94, 30 Ocak 2001, pr. 53; Bilgin v. Türkiye, no. 23819/94, 16 Kasım 2000, pr. 103-104.

³⁴³ Örneğin bkz. Gorbulya v. Rusya, no. 31535/09, 6 Mart 2014, pr. 59-60.

³⁴⁴ Bkz. dn. 342.

açıp açmadığı, Mahkeme tarafından çeşitli defalar ele alınmıştır. Mahkemeye göre özgürlüğünden yoksun kalan kişilerin çalıştırılması gibi uygulamaların “kölelik ya da kulluk olarak kabul edilebilmesi için özellikle ağır bir özgürlükten yoksun bırakma” durumunun söz konusu olması gerekmektedir. AİHM, Sözleşme’nin 5. maddesine uyulmasının ve “salıverilme için tespit edilen meblağı temin etmek üzere çalışmaya mecbur kalan kişinin durumunun hukuka uygunluğu” konularına da kararlarında değinmiştir.³⁴⁵

Koruma tedbirlerinin özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS md. 5) ile adil yargılanma hakkı (md. 6) ile pek çok açılardan doğrudan bağlantısı bulunmaktadır.³⁴⁶ Özellikle de yakalama, gözaltı, tutuklama ve adli kontrol, özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale oluşturması nedeniyle 5. madde ile doğrudan bağlantılı olarak sıklıkla gündeme gelmektedir. Bununla birlikte bu sayılan koruma tedbirleri ile birlikte diğer koruma tedbirlerinin hakkında uygulandığı kişilerin adil yargılanma hakkı kapsamında düzenlenen asgari haklarının somut olaylarda sağlanmaması gibi nedenlerle de 6. madde koruma tedbirleri ile ilgili olarak pek çok olayda sıklıkla gündeme gelmektedir.³⁴⁷

³⁴⁵ Örneğin bkz. Van Droogenbroeck v. Belçika, no. 7906/77, 24 Haziran 1982, pr. 558-60; De Wilde, Ooms ve Versyp ("Vagrancy") v. Belçika, nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18 Haziran 1971, pr. 89-90.

³⁴⁶ Örneğin Romanya özelinde bir çalışma için bkz. BARSAN Maria Magdalena, “An Analysis of the Right to Freedom and the Security of a Person beyond the Jurisprudence of the Courts of Law”, *Jus et Civitas: A Journal of Social and Legal Studies*, Cilt: 2, No: 1, 2015, s. 63-68.

³⁴⁷ Örneğin ceza muhakemesinde koruma tedbirleri aracılığı ile hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan verilerin delil olarak kullanılması ile ilgili bkz. Dumitru Popescu v. Romanya (No 2), no 71525/01, 26 Nisan 2007, pr. 88; ayrıca bkz Funke v. Fransa, no.10828/84, 25 Şubat 1993, pr. 44; Raimondo v. İtalya, no. 12954/87, 22 Şubat 1994, pr. 43; Vanyan v. Rusya, no. 53203/99, 15 Aralık 2005.

Bu maddelerin ihlalinin söz konusu olduğu davalarda AİHM tarafından daha çok Sözleşme’de yer alan koşulların her somut olay bakımından sağlanıp sağlanmadığı ayrı ayrı ele alınmış olup tarafımızdan da bu kararlardan bir kısmına yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri özelinde yapılan incelemede ayrıntılı şekilde değinilecektir.³⁴⁸

Koruma tedbirlerinin AİHS’nin 7. maddesinde yer alan kanunsuz ceza olmaz düzenlemesi ile ilgili olarak uygulama alanı bulup bulamayacağı konusu ele alındığında, bu yönde ihlal iddialarının AİHM önüne geldiği, ancak Mahkemenin Sözleşme’nin 7. maddesinin “önleyici tedbirleri” belirleyen yasal düzenlemeler için geçerli olmadığını belirttiği görülmektedir. Mahkemeye göre önleyici tedbir olarak gözaltında tutulma, Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında “suçlu bulunmuş olma” anlamında değildir ve bu sebeple de bu tür tedbirlerde 7. maddenin ihlali gündeme gelmez.³⁴⁹

Mahkemenin bu yönde vermiş olduğu kararlarda mahkumiyet öncesi verilen bir tedbir ile ceza arasındaki farka değindiği ve Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında bir tedbir olarak mı, yoksa ceza olarak mı uygulandığını değerlendirmektedir. Mahkeme,

³⁴⁸ Yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ikinci bölümde ayrıntılı şekilde incelenecek olup tutuklama için örneğin bkz. Öner Aktaş v. Türkiye, no. 59860/10, 29 Ekim 2013; Labita v. İtalya, no. 26772/95, 6 Nisan 2000; Letellier v. Fransa, no. 12369/86, 26 Haziran 1991; Yağcı ve Sargın v. Türkiye, nos. 16419/90, 16426/90, 8 Haziran 1995; Mahmut Öz v. Türkiye, no. 6840/08, 3 Temmuz 2012; Istratii ve Diğerleri v. Moldova, no. 8721/05, 8705/05 ve 8742/05, 27 Mart 2007; Klamecki v. Polonya, no. 25415/94, 28 Mart 2002. Adli kontrol ile bağlantılı olarak bkz. Mangouras v. İspanya, no. 12050/04, 28 Eylül 2010; Mikalauskas v. Malta, no. 4458/10, 23 Temmuz 2013; Lavrechov v. Çek Cumhuriyeti, no. 57404/08, 20 Haziran 2013. Arama ve elkoyma ile bağlantılı olarak örneğin bkz. Foka v. Türkiye, no. 28940/95, 24 Haziran 2008; Funke v. Fransa, no. 10828/84, 25 Şubat 1993, pr. 44; İliya Stefanov v. Bulgaristan, no. 65755/01, 22 Mayıs 2008, pr. 82.

³⁴⁹ Örneğin bkz. Lawless v. İrlanda, no. 332/57, 1 Temmuz 1961, pr. 19.

hangi ölçütlerin dikkate alınacağına da bu yöndeki kararlarında değinmiştir.³⁵⁰ O halde bu madde ulusal hukukumuzdaki koruma tedbirleri açısından bu şekliyle uygulama alanı bulamayacaktır.

Koruma tedbirlerinin özel ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS md. 8) ile bağlantısı da, tıpkı Sözleşme'nin 5 ve 6. maddeleri gibi, doğrudan ve çok sıkı bir bağlantıdır.³⁵¹ Bu maddenin ihlali, daha çok “arama”, “elkoyma”, “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma”, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi”, “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” ve “teknik araçlarla izleme” koruma tedbirleri ile ilgili olarak sıklıkla gündeme gelmektedir.³⁵² Bununla birlikte özgürlüğü kısıtlayan yakalama, gözaltı ve tutuklama

³⁵⁰ Örneğin bkz. Welch v. Birleşik Krallık, no. 17440/90, 9 Şubat 1995, pr. 27-28; Van Droogenbroeck v. Belçika, no. 7906/77, 24 Haziran 1982, pr. 38; Duinhof ve Duijf v. Hollanda, nos. 9626/81 ve 9736/82, 22 Mayıs 1984, pr. 34.

³⁵¹ Örneğin İrlanda özelinde bir çalışma için bkz. MURPHY Maria, “The Criminal Justice (Forensic Evidence and DNA Database System) Bill 2010: Are the Proposals Compliant with the European Convention on Human Rights”, *University College Dublin Law Review*, Cilt: 10, s. 85-108.

³⁵² Arama ve elkoyma koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak örneğin bkz. Telegraaf Media Nederland Landelijke Media b.v. Diğerleri v. Hollanda, no. 39315/06, 22 Kasım 2012, pr.88; Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, pr. 65 vd.; Smirnov v. Rusya, no. 71362/01, 7 Haziran 2007, pr. 36 vd.; Taner Kılıç v. Türkiye, no. 70845/01, 24 Ekim 2006, pr. 46; H.M. v. Türkiye, no. 34494/97, 8 Ağustos 2006, pr. 25 vd. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri bakımından bkz. Niemietz v. Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992; Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH v. Avusturya, no. 74336/01, 16 Ekim 2007; Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya, no. 50882/99, 27 Eylül 2005; Alwin Tamosius v. Birleşik Krallık, no. 62002/00, 19 Eylül 2002; Iliya Stefanov v. Bulgaristan, No. 65755/01, 22 Mayıs 2008; Michaud v. Fransa, no 12323/11, 6 Aralık 2012, Smirnov v. Rusya, no. 71362/01, 7 Haziran 2007; Aydemir v. Türkiye, no: 17811/04, 24 Mayıs 2011. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi tedbiri bakımından örneğin bkz. Malone v. Birleşik Krallık, no. 8691/79, 2

koruma tedbirleri ile ilgili olarak da bu madde, gerek bu koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında özgürlüğünden mahrum kalan kişilerin aileleri ile haberleşmeleri ve görüşmeleri gerek, özellikle de Türkiye bakımından, durumun yakınlarla bildirilmesi hakkı çerçevesinde sıklıkla gündeme gelmektedir.³⁵³

Ayrıca AİHM, 8. madde ile bağlantılı kararlarında hem “özel hayat” kavramı konusunda detaylı açıklamalarda bulunmakta hem de koruma tedbirlerine karar verilmesi ya da uygulanması sırasında Sözleşme’nin 8. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında bu tedbirlerin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda belirtilen amaçları gerçekleştirmek için gerekli olup olmadığını ayrıntılı şekilde değerlendirmektedir. Bu kapsamda AİHM bu tedbirleri birlikte veya ayrı ayrı Sözleşme’nin 8. maddesinin kapsamı içinde her somut olaya göre değerlendirerek bu tedbirlerin uygulanmasında bir ihlal olup olmadığını belirlemektedir.³⁵⁴ O halde yapılması gereken, bu müdahalenin Sözleşmenin

Ağustos 1984; Kruslin v. Fransa, no. 11801/85, 24 Nisan 1990; Huvig v. Fransa, no. 11105/84, 24 Nisan 1990; Gizli Soruşturmacı ile ilgili olarak bkz; Teixeira De Castro v. Portekiz, no. 25829/94, 9 Haziran 1998; Vanyan v. Rusya, no. 53203/99, 15 Aralık 2005; Khudobin v. Rusya, no. 59696/00, 26 Ekim 2006. Teknik araçlarla izleme için bkz. Heglas v. Çek Cumhuriyeti, no. 5935/02, 1 Mart 2007; P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, no. 44787/98, 25 Eylül 2001; Khan v. Birleşik Krallık, no. 35394/97, 12 Mayıs 2000; Halford v. Birleşik Krallık, no. 20605/92, 25 Haziran 1997, Atlan v. Birleşik Krallık, no. 36533/97, 19 Haziran 2001; Govell v. Birleşik Krallık, no. 27237/95, 14 Ocak 1998; Armstrong v. Birleşik Krallık, no. 48521/99, 16 Temmuz 2002; Chalkley v. Birleşik Krallık, no. 63831/00, 12 Haziran 2003; Hewitson v. Birleşik Krallık, no. 50015/99, 27 Mayıs 2003.

³⁵³ Cezaevinde bulunan kişilerin yakınları veya avukatları ile haberleşmesinde yaşanan pek çok olay 8. madde açısından incelenmektedir ve bu konuda zengin ve çeşitli bir içtihat oluşmuştur. Örneğin bkz. GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2011, s. 342 ve Campbell v. Birleşik Krallık, no. 13590/88, 25 Mart 1992; Dikme v. Türkiye, no. 20869/92, 11 Temmuz 2000, Messina v. İtalya, no. 25498/94, 28 Eylül 2000.

³⁵⁴ Örneğin AİHM, somut olayın özelinde gizli soruşturmacının kullanılmasının, tek başına ya da telekomünikasyon yoluyla iletişim tespiti ile birlikte, 8. madde anlamında özel yaşamı etkilemediğini

8. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme gereğince, haklı olup olmadığı ve özellikle de “yasayla öngörülmüş” ve “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı konularının belirlenmesidir.³⁵⁵

Koruma tedbirlerinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS md. 9) ile bağlantısı, koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında zaman zaman gündeme gelebilmektedir. Örneğin gözetiminde olan ya da genel ifadeyle özgürlük ve güvenlik hakkına (md. 5) uygun olarak alıkonulan kişilerin tutuldukları yerlerde düşünce, vicdan ve din özgürlüklerinin kısıtlanması halinde bunun AİHS’yi ihlal edip etmediği konusu AİHM tarafından Sözleşme’nin 9. maddesinin 2. fıkrası kapsamında yapılacak bir denetim ile değerlendirilmektedir.³⁵⁶

Koruma tedbirlerinin ifade özgürlüğü (AİHS md. 10) ile bağlantısı da zaman zaman koruma tedbirleri uygulanırken bu tedbirlerin uygulanmasının dolaylı sonucu olarak gündeme gelebilmektedir. Örneğin arama, elkoyma, tutuklama gibi koruma tedbirlerinin ölçülü ve hukuka uygun şekilde uygulanmaması sonucunda kişilerin ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına sebebiyet verilebilmektedir. Ayrıca çeşitli koruma tedbirleri

belirtmiş ve Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Lüdi v. İsviçre, no. 12433/86, 15 Haziran 1992, pr. 40-41.

³⁵⁵ Örneğin, AİHM’ye göre telefon görüşmelerinin denetlenmesi, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamındaki “özel hayat” ve “yazışma/haberleşme” kavramlarının kapsamındadır ve iletişim vasıtaları ile gerçekleştirilen bu tedbir, Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki hakkın kullanılmasına “bir kamu otoritesinin müdahalesi” anlamına gelmektedir. Klass ve Diğerleri v. Almanya, no. 5029/71, 6 Eylül 1978, pr. 41; Malone v. Birleşik Krallık, no. 8691/79, 2 Ağustos 1984, pr. 64 vd; Kruslin v. Fransa, no. 11801/85, 24 Nisan 1990, pr. 26. Huvig v. Fransa, no. 11105/84, 24 Nisan 1990, pr. 25 vd; A. v. Fransa, no. 14838/89, 23 Kasım 1993, pr. 37; Kvasnica v. Slovakya no. 72094/01, 9 Haziran 2009, pr. 76-77; Valenzuela Contreras v. İspanya, no. 27671/95, 30 Temmuz 1998, pr. 42; Lambert v. Fransa, no. 23618/94, 24 Ağustos 1998, pr. 21.

³⁵⁶ Örneğin bkz. Vartic v. Romanya (No 2), no. 14150/08, 17 Aralık 2013, pr. 44-45.

uygulanırken ya da uygulanan kişiler hakkında yayın yasağı getirilmesi gibi durumlarda koruma tedbiri dolaylı olarak bu hakkın ihlaline sebebiyet verebilmektedir.³⁵⁷ AİHM, bu özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin denetimi Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamında yapmaktadır. Nitekim AİHM'nin bu denetim sonucu koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak Türkiye aleyhine de ihlal kararları vermiş olduğu gözlemlenmektedir.³⁵⁸

Koruma tedbirlerinin toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (AİHS md. 11) ile de bağlantısı nadiren hakkında koruma tedbiri uygulanan kişiler ile ilgili olarak gündeme gelebilmektedir. Bu kapsamda hakkında koruma tedbiri kararı verilmiş olan özgürlüğünden yoksun olan kişilerle ilgili olarak, bu kişilerin, toplantı ve dernek kurma haklarını hangi şartlarla kullanabileceği AİHM tarafından değerlendirilmektedir. Nitekim toplantı ve dernek kurma hakkını kullanan kişinin koruma tedbirlerine maruz kalması hali bunun tipik örneğidir.³⁵⁹ Bir diğer açıdan da Mahkeme, gözaltında tutulan ya da tutuklu veya hükümlülerin aynı koğuşı paylaşma ve bir araya gelme isteğinin reddedilmesinin Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen hakkın kapsamında olup olmadığını ele almaktadır.³⁶⁰ AİHM, bu konudaki denetimi de Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. fıkrası kapsamında belirlediği kriter testi kapsamında yapmaktadır.

Koruma tedbirlerinin evlenme hakkı (AİHS md. 12) ile bağlantısı da koruma tedbirlerinden özellikle de özgürlüğünden yoksun kalan kişiler bakımından gündeme gelebilmektedir. Hakkında yakalama, gözaltı, tutuklama ve adli kontrol koruma tedbiri

³⁵⁷ Örneğin bkz. Özgür Gündem v. Türkiye, no. 23144/93, 16 Mart 2000; Telegraaf Media Nederland Landelijke Media b.v. Diğerleri v. Hollanda, no. 39315/06, 22 Kasım 2012, pr.88 vd; Goodwin v. Birleşik Krallık, no. 28957/95, 11 Temmuz 2002; Nagla v. Litvanya, no. 73469/10, 16 Temmuz 2013, pr. 82-83.

³⁵⁸ Örneğin bkz. Özgür Gündem v. Türkiye, no. 23144/93, 16 Mart 2000.

³⁵⁹ Örneğin bkz. Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013, pr. 57-58.

³⁶⁰ Örneğin bkz. McFeeley v. Birleşik Krallık, no. 8317/78, 15 Mayıs 1980, pr. 114-115.

uygulanen kişilerin tutulu bulundukları zaman ile bağlantılı olarak ya da tutuldukları yer ve koşullarda bu haktan yararlanabilmeleri konusunun gündeme gelebilmesi mümkündür.³⁶¹

Koruma tedbirlerinin etkili başvuru hakkı (AİHS md. 13) ile bağlantısı gerek koruma tedbirlerine karar verilmesi gerek koruma tedbirlerinin uygulanması aşamalarında sıklıkla gündeme gelmektedir. Bu hak, diğer bir hak ile bağlantılı olarak ve özellikle de koruma tedbirlerine ilişkin kararlarla ilgili ulusal hukukta bir itiraz mercinin olup olmadığı ve bu kararlara karşı kanun yolu incelemesinin elverişsizliğinin ileri sürüldüğü durumlarda gündeme gelebilmektedir.³⁶² AİHM'nin de yerleşik içtihat hukukunda bu hakkın ulusal hukuk düzeninde bir hukuk yolunun varlığını güvence altına aldığı ve 13. maddenin getirmiş olduğu etkili başvuru yolunun hukuken olduğu kadar uygulamada da "etkili" bir yol olması gerektiği vurgulanmaktadır.³⁶³ Koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak AİHM'nin bu hakkı zaman zaman ayrıca ele aldığı zaman zamansa özellikle de Sözleşme'nin 5/4 ve 6/1. maddeleri kapsamında ayrıca incelemeye gerek görmediği vurgulanmalıdır.³⁶⁴

Koruma tedbirlerinin ayrımcılık yasağı (AİHS md. 14) ile olan bağlantısı da hakkında koruma tedbiri kararı verilen kişinin bu kararın uygulanması sırasında birtakım nedenlerle ayrımcılığa maruz kalmaları halinde gündeme gelebilmektedir. Bu durum özgürlükten yoksun bırakan koruma tedbirleri ile ilgili olabileceği gibi, arama veya elkoyma gibi diğer koruma tedbirleri ile bağlantılı da olabilmektedir. AİHM'nin bu

³⁶¹ Örneğin *Krş. O'Donoghue ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, no. 34848/07, 14 Aralık 2010, pr. 82-84.

³⁶² Örneğin *bkz. Aksoy v. Türkiye*, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, pr. 95; *Al Nashiri v. Polonya*, no. 28761/11, 24 Temmuz 2014, pr. 550-551; *Malone v. Birleşik Krallık*, no. 8691/79, 2 Ağustos 1984, pr. 90-91; *Lambert v. Fransa*, no. 88/1997/872/1084, 24 Ağustos 1998, pr. 43.

³⁶³ Örneğin *bkz. Kudla v. Polonya*, no. 30210/96, 26 Ekim 2000, pr. 157.

³⁶⁴ Örneğin *bkz. Dinç ve Çakır v. Türkiye*, no. 66066/09, 9 Temmuz 2013, pr. 70.

konudaki denetimi oldukça hassastır, nitekim AİHM, gözaltına alınan kişilere farklı muamele yapılmasının “ulusal köken ya da bir azınlığa mensup olmak” vb. gibi kişisel bir özellik nedeniyle mi, yoksa yasal mevzuat kapsamında birtakım nesnel ve makul nitelikteki özelliklerin dikkate alınması nedeniyle mi olduğu hususlarını Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamında ayrıntılı şekilde değerlendirmektedir.³⁶⁵

Koruma tedbirlerinin, AİHS’deki hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler dışında devlet yükümlülükleri ile hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konusundaki çeşitli maddeleri ile de bağlantısı vardır. Bu kapsamda da örneğin Sözleşme’nin 15. maddesinde yer alan olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma maddesi koruma tedbirleri bakımından pek çok kez gündeme gelmektedir.³⁶⁶ Olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınması ve koruma tedbirlerine ilişkin koşulların değiştirilmesi mümkündür. Örneğin gözetim ve tutukluluk sürelerinin değiştirilmesi, koruma tedbirleri ile ilgili olarak karar alınması usulünde farklılıklara gidilmesi bu tür dönemlerde sıkça yapılmaktadır. AİHM, bu konuda Sözleşme’nin 15. maddesi kapsamında değerlendirme yapmakta, aynı zamanda AİHS’nin niteliği ve hakların korunması yönündeki temel ilkelerini de kullanarak bir sonuca varmaktadır.³⁶⁷

Benzer şekilde AİHS’nin 17. maddesinde yer alan hakları kötüye kullanma yasağı ile 18. maddesinde yer alan haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlandırılması ile ilgili genel

³⁶⁵ Örneğin bkz. *Magee v. Birleşik Krallık*, no. 28135/95, 6 Haziran 2000, pr. 50; *Cha’are Shalom ve Tsedek v. Fransa*, No. 27417/95, 27 Haziran 2000, pr. 85-88; *Çiçek v. Türkiye*, no. 25704/94, 27 Şubat 2001, pr. 182-188.

³⁶⁶ AİHS md. 15 ile ilgili olarak ayrıca bkz. TOULLIER Marine, “The European Court of Human Rights’ Control over States’ Derogation in Time of Emergency: Example of Effectiveness of the Lessons Learned from WW2”, *International Comparative Jurisprudence*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017, s. 8-24.

³⁶⁷ Bkz. “1. Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri” başlığı altında “B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri”, “a. Hak ve Özgürlükleri Sınırlama” başlıklı kısım, s.14vd.

nitelikteki düzenlemeler de, halihazırda hak ve özgürlüğü sınırlayan koruma tedbirlerinin uygulandığı olaylarda hakların daha fazla sınırlandırılmaması ile ilgili olarak gündeme gelebilmektedir. Nitekim AİHM, Sözleşme'nin 17. maddesini bazı olaylarda Sözleşme'nin 5. ve 6. maddeleri ile birlikte ele almış ve bu maddenin kişileri "AİHS'nin 5. ve 6. maddelerinde teminat altına alınan temel bireysel haklardan yoksun bırakacak biçimde aksi yönde (*a contrario*) yorumlanamayacağını" belirtmiştir.³⁶⁸

Koruma tedbirlerinin AİHS'nin ek protokollerinde yer alan hak ve özgürlüklerden pek çoğu ile de doğrudan veya dolaylı bağlantısı vardır. Bu kapsamda, örneğin mülkiyetin korunması hakkı (1 nolu Protokol md. 1), koruma tedbirlerinden özellikle arama ve elkoyma tedbirleri ve adli kontrol ile bağlantılıdır ve bu maddenin ihlali koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında sıklıkla gündeme gelmekte³⁶⁹ Mahkeme, el koymanın hangi durumlarda bu düzenlemenin kapsamına girdiğine ilişkin de sıklıkla değerlendirme yapmaktadır.³⁷⁰ AİHM'nin mülkiyet hakkı konusundaki yerleşmiş içtihadı adli kontrol ve elkoyma koruma tedbirleri başta olmak üzere somut olayın özelinde ilgili olan diğer tedbirler bakımından da geçerlidir.³⁷¹ Bu protokol Türkiye için bağlayıcı olduğundan

³⁶⁸ Lawless v. İrlanda, no. 332/57, 1 Temmuz 1961.

³⁶⁹ Bkz. Lavrechev v. Çek Cumhuriyeti, no. 57404/08, 20 Haziran 2013, pr. 43 ve krş. bu kararda yer alan kararlar. Ayrıca bkz. Smirnov v. Rusya, no. 71362/01, 7 Haziran 2007, pr. 54; Tendam v. İspanya, no. 25720/05, 13 Temmuz 2010, pr. 47 vd; Selçuk ve Asker v. Türkiye, nos. 23184/94 ve 23185/94, 24 Nisan 1998; Dulaş v. Türkiye, no. 25801/94, 30 Ocak 2001; Bilgin v. Türkiye, no. 23819/94, 16 Kasım 2000; Handyside v. Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976, pr. 63.

³⁷⁰ Örneğin bkz. Raimondo v. İtalya, no. 12954/87, 22 Şubat 1994, pr. 27-29; Handyside v. Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976, pr. 63; AGOSI v. Birleşik Krallık, no. 9118/80, 24 Ekim 1986, pr. 51.

³⁷¹ AİHM'nin yerleşmiş içtihadına göre; mülkiyet hakkını güvence altına alan Sözleşmeye ek 1 nolu protokolün 1. maddesi; üç ayrı kuralı içermektedir Birincisi, birinci fıkranın ilk cümlesinde ifade edilen ve genel nitelikte olan, mal ve mülkün dokunulmazlığı – serbestçe tasarruf edilmesi ilkesini ortaya koymaktadır. İkinci kural, aynı fıkranın ikinci cümlesinde, mülkiyetten mahrumiyeti kapsar ve bunu

koruma tedbirleri ile ilgili olarak mülkiyet hakkına “müdahale oluşturan durumlarda bu müdahalenin yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine ve kamu yararına uygun olması” ayrıca “ölçülü olması” gerektiği gözetilmelidir.

Eğitim hakkı (1 nolu Protokol md. 2), hakkında koruma tedbiri uygulanan ve bu nedenle özgürlüğünden yoksun kalan kişilerin eğitimlerinin aksaması ve eğitim hakkından yoksun kalmaları ile ilgili olarak gündeme gelmektedir.³⁷² Serbest seçim hakkı (1 nolu Protokol md. 3), eğitim hakkına benzer şekilde, koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında ve özellikle de özgürlüğünden yoksun kalan kişilerin oy kullanmaları ve bu haktan yoksun kalmaları ile ilgili olarak gündeme gelmektedir.³⁷³

Sözleşme’ye ek diğer protokollere bakıldığında, borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı (4 nolu Protokol md. 1), koruma tedbirleri ile dolaylı olarak bağlantılı şekilde gündeme gelebilmektedir. Bu düzenleme, koruma tedbirlerinin bir kısmı ile doğrudan bağlantılı olan Sözleşme’nin 5. maddesini tamamlar niteliktedir.³⁷⁴

Serbest dolaşım özgürlüğü (4 nolu Protokol md. 2), koruma tedbirlerinden bazıları dolaşım özgürlüğünü doğrudan engellediği için koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında gündeme gelebilmektedir. Bu düzenleme de, yine Sözleşme’nin 5. maddesi ile

belirli koşullara bağlı olarak yapar. Üçüncüsü, ikinci fıkrada yer alır ve Sözleşmeye taraf Devletlerin, diğerlerinin yanı sıra, kamu yararına uygun olarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme yetkisini tanımaktadır. Mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahalenin belirli örneklerini oluşturan ikinci ve üçüncü kurallar, birinci kuralda belirtilen genel ilke ışığında yorumlanmalıdır. Bu konuda bkz. Paulet v. Birleşik Krallık, no. 6219/08, 13 Mayıs 2014, pr. 63; Immobiliare Saffi v. İtalya, no. 22774/93, 28 Temmuz 1999, pr. 44 ve bu kararlarda yer verilen içtihat hukuku.

³⁷² Örneğin bkz. Olsson v. İsveç, no. 10465/83, 24 Mart 1988, pr. 95-96; Dinç ve Çakır v. Türkiye, no. 66066/09, 9 Temmuz 2013, pr. 70.

³⁷³ Örneğin bkz. Hirst v. Birleşik Krallık (No 2), no. 74025/01, 6 Ekim 2005.

³⁷⁴ Örneğin bkz. Gatt v. Malta, no. 28221/08, 27 Temmuz 2010.

yakın ilişki içindedir. Bu maddenin koruma tedbirleri ile ilişkisi, özellikle de gözetim ve tutuklama ile adli kontrol koruma tedbiri kapsamında öngörülen yükümlülüklerden bir kısmı, dolaşım özgürlüğünü doğrudan sınırlandırmakta olduğu için önemlidir. Adli kontrol ile bağlantılı hak ve özgürlüğün tespiti adli kontrolün çeşidine göre yapılmaktadır, ancak adli kontrolün mevcut yasal düzenlememizde birbirinden farklı pek çok yükümlülüğü içermesi nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkı ve serbest dolaşım özgürlüğü sıklıkla gündeme gelmektedir. Bu nedenle “adli kontrol olarak nitelendirilebilecek bir yükümlülüğün, AIHS’nin 5. maddesi ile Sözleşmeye ek 4 nolu protokolün 2. maddesi arasındaki ilişkisi ince bir ayrıma dayanmaktadır”.³⁷⁵

AIHM tarafından bu koruma tedbirleri ile getirilen yükümlülüklerin Sözleşme’ye ek 4 nolu Protokol’ün 2. maddesi kapsamında olup olmadığı ve ihlalin olup olmadığı, hassas bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.³⁷⁶ “AIHM yerleşmiş içtihadında da ulusal makamların bir kişinin hürriyetinden mahrum bırakılıp bırakılmadığını tespit etme konusunda vardığı hukuki sonuçlarla bağlı olmadığını belirtmektedir”.³⁷⁷ “AIHM tarafından ilgili yükümlülük, niteliğine göre özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün

³⁷⁵ KAYA GÖÇMEN, (2016), 1763.

³⁷⁶ Örneğin bkz. Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980, pr. 92; Raimondo v. İtalya, no. 12954/87, 22 Şubat 1994, pr. 39-40; Labita v. İtalya, no. 26772/95, 6 Nisan 2000, pr. 189-197.

³⁷⁷ KAYA GÖÇMEN, (2016), 1763. Örneğin bkz. Storck v. Almanya, no.61603/00, 16 Haziran 2005, pr. 72; Austin ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15 Mart 2012, pr.61.

sınırlanması olarak ayrılmakta³⁷⁸ ve serbest dolaşım özgürlüğünün, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında koruma altında olmadığı vurgulanmaktadır".³⁷⁹

Bu konuda ulusal hukukumuz açısından önemli bir hususun belirtilmesi gerekmektedir. Sözleşmeye ek 4 nolu protokol Türkiye tarafından imzalanmış, ancak henüz onaylanarak yürürlüğe konulmamıştır³⁸⁰, bu nedenle de AİHM'nin bu konudaki değerlendirmeleri Türkiye bakımından uygun düştüğü ölçüde Sözleşme'nin diğer maddeleri kapsamında ele alınmaktadır.³⁸¹ Benzer durum Sözleşmeye ek 12 nolu protokol³⁸² bakımından da geçerlidir.

O halde tüm bu örnekler kapsamında AİHS ve ek protokollerinde hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yer alan pek çok maddenin, bir veya birden fazlasının, koruma tedbirleri ile ilgili olarak çeşitli olaylarda gündeme gelebileceği görülmektedir. Koruma tedbirleri ile AİHS düzenlemeleri arasındaki bağlantı gerek koruma tedbirlerine karar

³⁷⁸ AİHM'nin bu konudaki yerleşmiş içtihadı büyük ölçüde Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980 tarihli karara dayanmaktadır. Bu konuda ayrıca krş. Giulia Manzoni v. İtalya, no. 19218/91, 1 Temmuz 1997, pr. 18-25; Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, pr. 56; Austin ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15 Mart 2012, pr. 57; Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa, no 3394/03, 29 Mart 2010, pr.73. Ayrıca bu konuda bilgi için bkz. VAN DIJK Pieter – VAN HOOFF Fried – VAN RIJN Arjen – ZWAAK Leo (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Intersentia Publications, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 458-460.

³⁷⁹ KAYA GÖÇMEN, (2016), 1763-1764. Bkz. S.F. v. İsviçre, no. 16360/90, 2 Mart 1994.

³⁸⁰ Türkiye tarafından 19.10.1992 tarihinde imzalanmıştır. Bkz.

https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/conventions/treaty/046/signatures?p_auth=Gt4DrN75, [Erişim Tarihi: 28.09.2019.]

³⁸¹ Örneğin bkz. İletmiş v. Türkiye, no. 29871/96, 6 Aralık 2005, pr. 50.

³⁸² Türkiye tarafından 18.4.2001 tarihinde imzalanmış, henüz onaylanmamış ve yürürlüğe girmemiştir. Bkz.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=Gt4DrN75>, [Erişim Tarihi: 28.09.2019.]

verilmesi gerek koruma tedbirlerinin uygulanması ile ilgili olabilmektedir. Bununla birlikte bu çalışmada koruma tedbirlerine genel olarak değinilerek özellikle de yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili CMK düzenlemeleri üzerindeki AIHS'nin etkisi incelenmekte olduğundan koruma tedbirlerine karar verilmesi ve bunların uygulanmasına ilişkin olarak da yalnızca CMK'da yer alan düzenlemeler kapsamında çalışmanın ikinci bölümünde bu koruma tedbirlerine örnek oluşturmak üzere ve bugüne kadar görece daha az incelemeye tabi tutulmuş olan yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri daha detaylı incelenecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

YAKALAMA VE GÖZALTI KORUMA TEDBİRLERİNİN GENEL ÇERÇEVESİ YÖNÜNDEN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN ETKİSİ

1. Yakalama

A. Kavram ve Amaç

Yakalama, suç işlediğinden şüpheli edilen kişinin, Cumhuriyet savcısının gözaltına alma veya serbest bırakma kararına kadar, geçici olarak ve bir hakim kararı olmaksızın kişi özgürlüğünün sınırlandırılması suretiyle kişinin denetim ve gözetim altına alınmasıdır.

Yakalama kavramı CMK’da yer almakta olup yakalama hakkında CMK’da oldukça ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte bir yakalama tanımına yer verilmemiştir. CMK’da bu konu, Dördüncü Kısım Birinci Bölümde “yakalama ve gözaltı” üst başlığı ile 90-99. maddeler arasında düzenlenmiştir.³⁸³ Bu ayrıntılı düzenlemelere rağmen CMK’da yakalama kavramı tanımlanmamıştır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nde yakalama kavramının bu yönetmelik kapsamındaki tanımına yer verilmiştir. Buna göre yakalama; “Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser,

³⁸³ CMK’da yakalama kavramının bu bölümde yer alan maddeler dışında doğrudan kullanıldığı çeşitli başka maddeler de vardır. Örneğin CMK md. 141,146, 199. Bu konulara çalışmanın ilgili bölümlerinde yer geldikçe değinilecektir.

emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını” ifade eder.³⁸⁴

Yakalama koruma tedbiri, gözaltına alma koruma tedbirinin de bir anlamda temelidir, bu iki tedbir arasında çok “yakın ilişki” vardır.³⁸⁵ Öğretide de yakalama, koruma tedbirlerinin amacından da hareketle, büyük ölçüde birbirine benzer ifadelerle tanımlanmıştır.³⁸⁶

Yakalama kavramı konusunda Anayasa ve AİHS’de yer alan düzenlemeler incelendiğinde, “yakalama” kavramının her iki metinde de doğrudan yer aldığı, bununla birlikte bir tanımının yapılmadığı görülmektedir.

³⁸⁴ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005, Resmi Gazete Sayısı: 25832. Bu yönetmeliğin Tanımlar başlıklı 4. maddesi.

³⁸⁵ Yakalama kavramı hakkında genel bilgi, yakalama olmadan gözaltı işleminin yapılamayacağı konularında bkz. ALDEMİR Hüsnü, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama ve Adli Kontrol*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.7vd. Bkz. YURTCAN, 2018, s.351-352.

³⁸⁶ Örneğin yakalama “suç işlediğinden şüphe edilen kimsenin güvenlik güçlerinin kontrolü altına alınması, kişinin fizik, hareket özgürlüğünün ortadan kaldırılması” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 323; Yakalama ayrıca kısaca; “bir kişinin hakim kararı alınmış olmamasına rağmen geçici bir süre için özgürlüğünün kısıtlanması” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. KUNTER – YENİSEY, 2000, s.631. Ayrıca bkz. TOROSLU – FEYZİOĞLU, 2019, s. 273-274. Ayrıca bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 285; SOYASLAN, (2008), s. 663 vd.; AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9: Özel Sayı Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU’na Armağan, 2007, s. 1215-1216; PARLAR Ali – ÖZTÜRK Mustafa, *Ceza Yargılamasında Tutuklama Yakalama Gözaltı ve Adli Kontrol*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019, s.25 vd. ÇULHA Rıfat – DEMİRAĞ Fahrettin – NUHOĞLU Ayşe – OKTAR Salih – TEZCAN Durmuş, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2018, s.155.

Anayasa’da yakalamanın kavramsal bir tanımı yer almamakta ise de, çeşitli maddelerde yakalama kavramına yer verilmiştir.³⁸⁷ Örneğin kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin 19. maddede yakalamanın koşulları ve yakalanan kişinin hakları üzerinde durulmuş olduğu görülmekte ayrıca yakalamanın, Anayasa’daki hak ve özgürlüklerin ilgili maddelerinde, o hak ve özgürlüğün bir sınırlama sebebi olarak da ayrıca yer almış olduğu anlaşılmaktadır.³⁸⁸

AIHS açısından yakalama, kavram olarak doğrudan 5. maddede (özgürlük ve güvenlik hakkı) yer almakta ve belirli koşullar altında özgürlük ve güvenlik hakkını sınırlandıran bir neden olarak kabul edilmektedir.³⁸⁹ Ayrıca AIHS’nin 18. maddesinde de

³⁸⁷ Cumhuriyet öncesi dönem, cumhuriyet sonrası dönem ve genel olarak türk anayasal belgelerinde yer alan yakalama kavramı ile ilgili genel olarak bkz. İBİCİOĞLU Gözde, *Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.33-90. Ayrıca Anayasa’nın 19. maddesi ile ilgili değerlendirmeler için bkz. MUMCU – KÜZECİ, 2019, s.243 vd.

³⁸⁸ Anayasa’da bu durum “yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi” şeklinde ifade edilmiş olduğu gibi, “yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa” şeklinde de ifade edilmiştir. Bkz. 1982 Anayasası md. 17, 33, 135.

³⁸⁹ AIHS 5. madde 1-b uyarınca; “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”; 5. madde 1-c uyarınca: “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” 5. madde 1-f uyarınca; “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;” şeklinde yakalama kavramına doğrudan yer verilerek bu kavram, özgürlük ve güvenlik hakkının istisnaları arasında düzenlenmiştir.

haklara getirilecek kısıtlamalar³⁹⁰ AİHS’de yakalama ya da bu kavramı tanımlamaya yardımcı olabilecek özgürlük ve güvenlik gibi kavramlar doğrudan tanımlanmamıştır, ancak Sözleşme’de genel bir kural belirtilmiş ve tanımlamalar da AİHM içtihat hukukunda yer almıştır. Yakalama kavramı da özgürlükten yoksun kılınma gibi “özerk” bir kavramdır. AİHS’nin 5. maddesine göre genel kural herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğudur, ancak istisnai hallerde kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesi Sözleşme’nin ihlaline sebebiyet vermeyecektir. Nitekim yakalama da bu kapsamdadır ve ancak Sözleşme’nin 5. maddesinde sıralanmış olan istisnai hallerde ve bu maddede yer alan koşulların varlığı halinde bir kişinin yakalanması Sözleşme’ye uygun olabilecektir.³⁹¹

Yakalama kavramının; CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri çerçevesinde incelendiğinde, CMK uyarınca koruma tedbiri olduğu ve Anayasa’da ve AİHS’de geçtiği, bununla birlikte her üç metinde de tanımlanmadığı görülmektedir. Buna karşın yakalamanın kavramsal olarak varlığı ve bu kavramın temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması nedeniyle gerek yer aldığı ilgili maddede gerek Anayasa’da ve AİHS’de sağlanan ve AİHM içtihadında şekillenen özgürlük ve güvenlik hakkı başta olmak üzere somut olayın koşullarına göre ilgili bulunduğu hak kapsamındaki güvenceleri sağlaması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

³⁹⁰ AİHS md. 18 uyarınca; “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörildükleri amaç dışında uygulanamaz.”

³⁹¹ Bu çalışmanın konusu insan hakları perspektifiyle CMK’da yer alan yakalama ve gözaltı koruma tedbirine ilişkin düzenlemeleri ele almak olduğundan özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili bütün problemler burada ele alınmayacak, yalnızca gerek duyulduğu ölçüde AİHS md. 5 kapsamında yer alan genel prensiplere değinilecektir.

AIHM kararları kapsamında yakalama kavramı ele alınırken ise, yakalama ve tutulma³⁹² kavramlarına değinmeden önce, özgürlük ve güvenlik hakkının kapsamı kısaca belirlenmelidir.³⁹³ “Özgürlük hakkı”, 5. maddenin 1. fıkrasında klasik anlamda, diğer bir deyişle bir kişinin fiziksel özgürlüğünü ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.³⁹⁴ AIHM kararlarında bu hakkın neyi koruduğu belirtilmek suretiyle de bu kavram ve bu kavramın kapsamı açıklanmaya çalışılmıştır.³⁹⁵ “Güvenlik hakkı” kavramının neyi ifade ettiği ve özel olarak da bu hakkın kendi başına korunabilmek adına maddi değer olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği belirsizdir.³⁹⁶

Öğretide bu kavramın, Sözleşme’de yer alan hakların korunmasına ayrıca bir katkısı ve bağımsız bir anlamı olmadığı belirtilmekte ise de³⁹⁷, Anayasa ve AIHS’de güvenlik hakkı tek başına ele alınmamakta ve bir bütün olarak anlaşılması gerektiği

³⁹² Buradaki yakalama ve tutulma ile AIHS’nin her iki metni de aynı derecede geçerli olan İngilizce metninde yer alan “*arrest and detention*” kavramları ve Fransızca metninde yer alan “*d’une arrestation ou d’une détention*” kavramları kastedilmektedir.

³⁹³ AIHM’nin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin kavramları ve bu kavramların tanımları koruma tedbirlerinden özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanmasına yol açan yakalama, gözaltı, tutuklama ve adli kontrol gibi koruma tedbirleri bakımından da büyük ölçüde geçerlidir. Bu nedenle de bu kavram ve açıklamalar yakalama ve gözaltı bakımından birlikte ele alınmalıdır.

³⁹⁴ Engel ve Diğerleri v. Hollanda, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 Haziran 1976, pr. 57-59.

³⁹⁵ Örneğin bkz. Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980, pr. 92-93.

³⁹⁶ Bkz. TRECHSEL, 2006, s. 409.

³⁹⁷ Öğretide Trechsel tarafından; Sözleşme’nin 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “kişi güvenliğine” ilişkin atfın, kişisel güvenliğin korunmasına ya da Sözleşme’de güvence altına alınan herhangi başka bir hakka herhangi bir şey eklediğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. TRECHSEL, 2006, s. 411. Ayrıca yine “AIHS md. 5’te kişi “özgürlüğü” ve “güvenliği” kavramlarına ayrı ayrı yer verilmişse de, “güvenlik” kavramının “özgürlük”ten bağımsız ve ayrı bir anlamı yoktur” şeklinde de görüş bildirilmiştir. Bkz. TEZCAN ve diğerleri, 2019, s.223-224.

belirtilmekte olup³⁹⁸ genel olarak güvenlik hakkının “yakalama ve tutulmanın keyfiliğine karşı bir güvence” olduğu söylenebilir.³⁹⁹ AİHM içtihadında da güvenlik kavramının ele alındığı⁴⁰⁰ ve bu kavram ile bireylerin “keyfiliğe karşı korunması” konusuna vurgu yapılmış olduğu görülmektedir.⁴⁰¹

Bu kapsamda gerek özgürlük gerek güvenlik kavramlarının AİHS’nin uygulanması sırasında bir “bütün” olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ikisinin de fiziksel bir özgürlük ve güvenliği ifade ettiği, bir kişinin özgürlüğünün, yakalanmama ve tutulmama özgürlüğü olduğu ve bir kişinin güvenliğinin de bu özgürlüğe keyfi müdahaleye karşı bir koruma olduğu⁴⁰² ve özgürlük ve güvenliğe ilişkin temel hakların “demokratik bir toplumda” asli bir öneme sahip olduğu, bu hak ve özgürlüğün bireylerin fiziksel güvenliğini koruyan temel hakların ilk sırasında olduğu ve bu itibarla öneminin büyük olduğu söylenmelidir.⁴⁰³ Ayrıca özgürlük ve güvenlik haklarının demokratik bir toplum için büyük öneme sahip olduğu, bu hak ve özgürlüğe getirilen istisnaların “sınırlı bir şekilde Sözleşmede sayıldığı” ve bu istisnaların da “dar yorumlanması gerekliliği” vurgulanmalıdır.⁴⁰⁴

Özgürlük ve güvenlik hakkı kavramlarına bu şekilde değinildikten sonra, şimdi AİHS bakımından yakalama kavramı daha detaylı ele alınabilir. Yakalama kavramı AİHS

³⁹⁸ ŞİRİN, 2018, s. 56. Ayrıca bkz. SARIGÜL, 2013, s.33.

³⁹⁹ A., B., C., D., E., F., G ., H . ve I . v. Almanya, nos. 5573/72 ve 5670/72, 16 Temmuz 1976, pr. 27; Bozano v. Fransa, no. 9990/82, 18 Aralık 1986, pr. 54.

⁴⁰⁰ AİHM tarafından “güvenlik” kavramının ele alındığı ilk karar Bozano kararıdır. Bozano v. Fransa, no. 9990/82, 18 Aralık 1986. Bu kararın değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. TRECHSEL, 2006, s. 410.

⁴⁰¹ Bozano v. Fransa, no. 9990/82, 18 Aralık 1986, pr. 54.

⁴⁰² A., B., C., D., E., F., G ., H . ve I . v. Almanya, nos. 5573/72 ve 5670/72, 16 Temmuz 1976, pr. 27.

⁴⁰³ Alparslan Altan v. Türkiye, no. 12778/17, 16 Nisan 2019, pr. 99-100.

⁴⁰⁴ Bkz. Şahin Alpay v. Türkiye, no.16538/17, 20 Mart 2018, pr.96-97.

açısından ele alındığında, Sözleşme’de doğrudan “yakalama” kavramının kullanılmış olduğu görülmektedir. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki, Sözleşme’nin 5. maddesinde yer alan “yakalama” ya da “tutulma” kavramının, Sözleşme’de ya da Mahkemenin içtihat hukukunda tüketici tek bir tanımı olduğundan bahsedilemez. Diğer bir deyişle Mahkeme, 5. maddede yer alan kavramları, genel olarak da “özgürlükten yoksun bırakılma” kavramını, özerk şekilde yorumlamaktadır.⁴⁰⁵ Bu nedenle de, 5. maddenin uygulanması ve özgürlükten yoksun bırakılma kavramı ile ilgili olarak AİHM’nin ortaya koyduğu birtakım kriterlere kısaca değinmek gerekmektedir.

AİHM, bir kişinin özgürlükten yoksun bırakılması konusunda durum bazında değerlendirme yapmaktadır. AİHM’ye göre “bir kimsenin 5. maddedeki anlamıyla özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirleyebilmek için başlangıç noktası onun somut durumu olmalı ve söz konusu tedbirin, çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma biçimi gibi bir dizi kriter dikkate alınmalıdır.”⁴⁰⁶ Bu kriterlerin belirlenmesi bazı davalarda güç olsa da, Mahkeme 5. maddenin uygulanabilir olup olmadığını takdir etmektedir.⁴⁰⁷

Bir diğer açıdan “yakalama” kavramının Sözleşme’ye taraf devletlerde neyi ifade ettiği de AİHM açısından bağlayıcı değildir. AİHM kararlarına göre kavram olarak “yakalama”nın kullanılması ya da kullanılmaması, Sözleşme’de yer alan hakların

⁴⁰⁵ Bkz. “2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Genel Özellikleri”, “A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Temel Yapısı”, s.54vd.

⁴⁰⁶ Engel ve Diğerleri v. Hollanda, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 Haziran 1976, pr. 58-59; Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980, pr. 92-93; Ashingdane v. Birleşik Krallık, no. 8225/78, 28 Mayıs 1985, pr. 41; Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, pr. 56; Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013, pr. 31.

⁴⁰⁷ Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980, pr. 92-93; Ashingdane v. Birleşik Krallık, no. 8225/78, 28 Mayıs 1985, pr. 41; H.L. v. Birleşik Krallık, no. 45508/99, 5 Ekim 2004, pr. 89-90.

korunmasına ilişkin değerlendirmede 6nem arz etmemekte, somut olayın koşulları içinde bir yakalamanın mevcut olup olmadığı ve bunun 6zg6rl6kten yoksun bırakılma kavramı ile ilişkisi AİHM tarafından takdir edilmektedir. 6rneğin AİHM, T6rkiye ile ilgili kararında açıkça gerek yerel makamların gerek davalı devletin başvuranın yakalanmadığını ve tutulmadığını belirtmiş olmasına rağmen, bunun başvuranın 6zg6rl6ęinden yoksun bırakılmadığı anlamına gelmediğini belirtmiştir.⁴⁰⁸

Yakalama kavramı AYM tarafından da ele alınmış ve AİHM'nin yorumu gibi, 6zerk bir kavram olarak nitelendirilmiştir. AYM tarafından çok yeni bir kararla “Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve 66nc6 fıkraları bir b6t6n olarak” değerlendirilmiş ve “suç isnadına bağlı olarak bir kimsenin kamu makamlarınca 6zg6rl6ęinden yoksun bırakılmasının tutuklama veya yakalama yolu ile gerçekleştirilebileceği” ifade edilmiştir.⁴⁰⁹

Bu kapsamda yakalama kavramının Anayasal anlamda 6zerk bir anlama sahip olduğu ve CMK'da d6zenlenen yakalama m6essesinden daha geniş bir içeriğe sahip olduğu AYM tarafından net bir biçimde belirtilmiştir. AYM'ye g6re; “Anayasal anlamda suç isnadına bağlı yakalama, kişinin fiziksel 6zg6rl6ęinden yoksun bırakıldığı andan tutuklandığı veya tutuklanmaksızın serbest bırakıldığı ana kadar devam eden t6m s6reci kapsamaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 19. maddesinde d6zenlenen yakalama kurumunun 5271 sayılı Kanun'daki g6zaltını da kapsadığı s6ylenebilir.”⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Fatma Akaltun Fırat v. T6rkiye, no. 34010/06, 10 Eyl6l 2013, pr. 32.

⁴⁰⁹ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.49.

⁴¹⁰ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.49. Yakalama ve g6zaltı kavramları ile Anayasa'daki karşılıkları ve AYM'nin bu yorumu konusundaki g6r6ř6m6z aşağıda g6zaltı koruma tedbiri ile ilgili açıklamalar kısmında ayrıntılı şekilde yer almıştır. Bkz. “2. G6zaltı”, “A. Kavram ve Amaç”, s.177vd.

Yakalama kavramı bu şekilde netleştirilmeye çalışıldıktan sonra bu kez yakalama koruma tedbirinin amacı üzerinde durulmalıdır. Yakalamanın amacının, en genel biçimiyle, bir koruma tedbiri olması nedeniyle koruma tedbirlerinin genel amaçlarını sağlamak olduğu söylenebilir. Bu kapsamda da, öncelikle yakalama ile ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmasını ve sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak amaçlanmaktadır.

Yakalamanın amacı öğretide de koruma tedbirlerinin genel özelliklerinden de hareketle⁴¹¹ gerçeğin bulunmasının yanı sıra kişinin “kontrol altında tutulması”, gerektiğinde diğer koruma tedbirlerinin “uygulanabilmesini” sağlaması, delillerin “yok edilmesini engellemesi”⁴¹² ya da Anayasa hükmü gereği hakim önüne çıkarılmayı sağlama şeklinde ifade edilmiştir.⁴¹³ Yakalama tedbiri cezalandırma amacıyla uygulanamaz.⁴¹⁴

Yakalamanın amacı konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’de doğrudan bir düzenleme yoktur, ancak bu amacın ne olduğuna düzenlemelerin genel mahiyetinden ulaşılmaktadır. Örneğin AİHS kapsamında yakalamanın bir amacının “yetkili adli merciler önüne çıkarılma” olduğu sonucuna varılmaktadır.⁴¹⁵ Bununla birlikte Sözleşme, yalnızca sorgulama yapılması amacıyla kişinin yakalanması ya da tutulmasına izin vermemektedir.⁴¹⁶ Diğer bir deyişle, 5. maddedeki koşullar oluşmadan ve yakalamanın amacı dışında yapılması, örneğin yalnızca kendisinden bilgi almak ya da bir kişiyi

⁴¹¹ Yakalama “tutuklamanın mümkün kılınması ve dolayısı ile ceza muhakemesinin selametle ve emniyetle yapılabilmesi gayesi ile” yapılır. Bkz. KUNTER, 1978, s.503.

⁴¹² Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 323.

⁴¹³ Bkz. ŞİRİN, 2018, s.100.

⁴¹⁴ Bu konudaki AİHM kararları ve bilgi için bkz. “2. Gözaltı”, “A. Kavram ve Amaç”, s.177vd.

⁴¹⁵ AİHS md. 5/1-c.

⁴¹⁶ Benzer görüş için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 428-429.

sorgulamak amacıyla kişinin yakalanması, Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet verebilecektir.

AIHM kararlarında da “yakalama ya da gözaltının amacının açık bir şekilde kişinin yetkili adli merci önüne çıkarılması olduğu”, “başka amaçlarla bu tedbirlere başvurulamayacağı” belirtilmiştir.⁴¹⁷ Bununla birlikte bu amacın sonradan gerçekleşmemesi hali, başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyecektir. Gerçekten, yetkili adli merci önüne çıkarmak “meşru amacı” ile yakalanan bir kişi, daha sonra hakim önüne çıkarılmazsa –örneğin ifadesi alındıktan sonra serbest bırakılırsa– bu durum 5. maddenin ihlaline sebebiyet vermez. Burada önemli olan “en başta” amacın yetkili adli merci önüne çıkarılma olmasıdır.

AYM kararlarında da yakalamanın amacına değinilmiş olup AYM'ye göre de “yakalamanın amacının soruşturma işlemlerinin yürütülmesini ve nihayetinde suç işlediğinden şüphelenilen kişinin yetkili hâkimin önüne çıkarılmasını sağlamak olduğunu” söylemek mümkündür.⁴¹⁸

Tüm bu değerlendirmeler ışığında yakalamanın belirtilen amaçlara aykırı olarak gerçekleştirilmesi halinde Anayasa ve AIHS kapsamında korunan haklarının ihlali gündeme gelecektir. Bu nedenle de “yakalamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığının ve ölçülü olup olmadığının” değerlendirilmesi hususları büyük önem arz etmektedir.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Murray v. Birleşik Krallık, no. 18731/91, 8 Şubat 1996, pr. 68; K.-F. v. Almanya, no. 25629/94, 27 Kasım 1997, pr. 59-60.

⁴¹⁸ Bkz. Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.53.

⁴¹⁹ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.56. AYM tarafından bu konudaki takdirin öncelikle anılan tedbiri uygulayan yargı mercilerine ait olduğu belirtilmiştir. Bkz. Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.56.

Yakalamanın amacı, bu koruma tedbirinin benzer işlemlerden ayrılmasını da sağlamaktadır. Yakalama belirli durumlarda bir hak, belirli durumlarda da bir yetkidir ve bu yetki sebebiyle özellikle de bazı kolluk işlemleri ile karıştırılmaktadır. Yakalama, bazı koşullar altında herkese tanınan bir hak olarak nitelendirilebilirken Cumhuriyet savcısı ve kolluk güçleri bakımından ise bir yetki olarak nitelendirilebilir.⁴²⁰ Bununla birlikte kişinin herhangi bir suç şüphesi bulunmaksızın yakalanması, kolluk güçlerinin örneğin bir kişiyi geçici olarak durdurması ya da belirli durumlarda muhafaza altına alma yetkisi, CMK kapsamında bir koruma tedbiri olan “yakalama” değildir.⁴²¹ Bu konu yakalama çeşitlerinin incelenmesiyle biraz daha netlik kazanabilir.

B. Çeşitleri

Yakalama, idari (önleyici) yakalama ya da adli yakalama şeklinde iki farklı şekilde yapılabilir. Nitekim Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin yakalama tanımında da her iki yakalama çeşidine değinilmiştir.⁴²² CMK kapsamındaki yakalama ise adli yakalamadır ve bu çalışmada da bu konu üzerinde durulacak olmakla birlikte, adli-idari yakalama ayrımının yapılabilmesi için ve AİHM kararlarında sıkça karşımıza çıkması nedeniyle de öncelikle idari yakalamanın tanımına kısaca yer verilecek ve çeşitli Kanunlarda yer alan yakalama çeşitlerine değinilecektir. Daha sonra CMK’da düzenlenmiş olan yakalamaya ilişkin çeşitli hükümler kapsamında yakalama çeşitleri ele alınacaktır.

⁴²⁰ AKSOY İPEKÇİOĞLU, (2007), s. 1217. Bu konuda ayrıca bkz. YILDIZ Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı:1, 2006, s. 138 vd.

⁴²¹ Örneğin bkz. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, “Durdurma ve kimlik sorma” başlıklı Madde 4/A. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği “Tanımlar” başlıklı md. 4 ve “Yakalama, gözaltına alma ve muhafaza altına alma yetkisi” başlıklı md. 5.

⁴²² Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 4.

a. Çeşitli Kanunlarda Yer Alan Yakalama Çeşitleri

Yakalama bir koruma tedbiridir ve CMK’da düzenlenmiştir, ancak herhangi bir suç şüphesi altında bulunmayan kişilerle ilgili olarak çeşitli kanunlar gereğince yapılan “yakalama” işlemi de söz konusudur.⁴²³

İdari yakalama olarak da nitelendirilen bu yakalama işlemi, “suç şüphesi altında bulunmayanların tehlikeye maruz kalmaları veya tehlike yaratmaları nedeniyle bu kişilerle ilgili ve geçici olarak başvurulmuş bir yakalamadır.”⁴²⁴ İdari yakalama kavramı yerine “önleme yakalaması” ya da “önleyici yakalama” kavramları da kullanılmaktadır.⁴²⁵ İdari yakalama, CMK’da değil, genel olarak Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda (“PVSK”)⁴²⁶ ve bazı kanunlarda⁴²⁷ ve CMK kapsamındaki yakalama ile aynı Yönetmelikte benzer hükümlerde düzenlenmiştir.⁴²⁸

⁴²³ Bu durum gözaltı koruma tedbiri için de benzerdir. Bu sebeple bu konu açıklanırken ilgili oldukça gözaltı ile ilgili olan durumlara da yer verilmeye çalışılacaktır.

⁴²⁴ CENTEL – ZAFER, 2020, s. 373. İdari-Önleme amaçlı yakalama ve çeşitleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SOYASLAN, (2008), s. 660-662; bkz. ALDEMİR, 2018, s.10 vd; GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.382-386.

⁴²⁵ Önleme yakalaması, proaktif yakalama, reaktif veya adli yakalama şeklindeki sınıflandırma için bkz. KUNTER – YENİSEY, 2000, s.632-636. Ayrıca bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.299 vd; Ayrıca yürütme gücü-devlet-polis ayrımı ve idari polis, adli polis, emniyet teşkilatı, jandarma teşkilatı kavramları için bkz. SOYASLAN, 2018, s. 153-160.

⁴²⁶ Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559, Kabul Tarihi: 04/7/1934, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 14/7/1934, Sayı: 2751, Yayımlandığı Düstur: Tertip:3, Cilt, 15.

⁴²⁷ Geri verme durumunda kişilere uygulanan koruma tedbirleri ile ilgili olarak örneğin bkz. Türk Ceza Kanunu md.18/6; Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu md.14. Ayrıca “Geri verme yakalaması” ile ilgili olarak bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 393.

⁴²⁸ PVSK madde 13. Ayrıca bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği.

İdari yakalamaya ilişkin hükümler büyük ölçüde PVSK’da yer almaktadır ancak PVSK kapsamında yapılan yakalama işleminin, bir koruma tedbiri olan yakalama olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği öğretide tartışmalıdır.⁴²⁹ Bu kapsamda bir suç soruşturması olmaksızın kişi özgürlüğünü belirli bir süre kısıtlayan bu işlemler ile ilgili olarak PVSK kapsamındaki hükümlerin, örneğin kimlik sorma sonucu yakalamanın, özel yakalama olup olmadığı gibi tartışmalar yapılmaktadır.⁴³⁰ Benzer durum Kabahatler Kanunu⁴³¹ çerçevesinde yakalamanın yapılıp yapılamayacağı, usul ve koşulları açısından da geçerli olup bu konular da tartışmalıdır.⁴³²

⁴²⁹ PVSK’nın 1 ve 2. maddeleri kapsamında genel olarak bir tehlikeyi önleme görevi; PVSK md. 4/A’da düzenlenen kimlik sorma sonucunda yakalama yapabilmesi; PVSK md. 13’te yer alan konular ile PVSK ek m. 6/6’da görevin yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri men etme ile ilgili hükümler gibi. Bu konuda öğretideki çeşitli değerlendirmeler için bkz. HAFIZOĞULLARI Zeki, “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1-4, 1995, s. 565-585; HAFIZOĞULLARI Zeki, “1.10.1998 Tarih ve 23480 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği” Hukuken Yok Hükümdedir”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, Ankara, 2004, s.15-34; ERDAĞ Ali İhsan, “Kolluğun “Durdurma ve Kimlik Sorma” Yetkisi (PVSK madde 4/A)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, Ankara, 2010, s. 37-60. Ayrıca bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 392.

⁴³⁰ Öğretide PVSK kapsamında kimlik sorma sonucu yakalama, özel yakalama olarak nitelendirildiği gibi aksi yönde görüşler de vardır. Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 392. Öğretide bir görüşe göre PVSK’nın md.13/1-e maddesinde yer alan düzenlemelerin yakalama veya gözaltı olanağı vermedikleri ve bu nedenle özel bir yakalama veya gözaltı hali olarak değerlendirilemeyecekleri ve bu şekilde nitelemenin de hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Ayrıca CMK md. 168’de yer alan düzenleme bakımından da aynı husus vurgulanmış ve pek çok eleştiri getirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 380, 383.

⁴³¹ Kabahatler Kanunu, Kanun Numarası: 5326, Kabul Tarihi: 30/03/2005, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 31/3/2005, Sayı: 25772 (M.), Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5, Cilt: 44.

⁴³² Öğretide koruma tedbirlerinin ölçülülük ilkesinden hareketle kabahatlerde yakalama yapılmasının hukuka aykırı olduğu dile getirilmiştir. bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 311. Benzer şekilde

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un ("CGİK")⁴³³ 92. maddesinde yer alan kapalı ceza infaz kurumu dışına çıkma hâllerine ilişkin düzenleme de, öğretide bir çeşit yakalama olarak ifade edilmiştir.⁴³⁴ Ayrıca md. 19 ve 20'de hükümlü hakkında çıkarılacak yakalama emri ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Öğretide "cezanın infazı için yakalama" başlığı ile ifade edilen⁴³⁵ ya da ele geçirme olarak nitelendirilen⁴³⁶ bu yakalama da hapis cezasına mahkum olan hükümlülüler için çıkarılan yakalamadır.

Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun⁴³⁷ uygulanması sırasında da yakalama konusu gündeme gelebilmektedir. Özellikle de 16. madde gereğince iade amacıyla koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi mümkün olduğundan bir koruma tedbiri olan yakalamaya da başvurulabilecektir.⁴³⁸ Vurgulamak gerekir ki bu

Kabahatler Kanunu'nun genel olarak "hukuksal koşul, kapsam, düzenleme ve sonuçları açısından hukuka uygun kabul edilemeyecek ve ölçülülük ilkesini ihlal eder biçimde bazı koruma tedbirlerine yer vermiş olması öğretide eleştirilmiş ve ölçülülük ilkesine vurgu ile bu konuda yeni bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 375-377. Ayrıca "Kanun suç işlenmesi veya suça teşebbüs edilmesinden söz ettiğine göre kabahatlerin işlenmesi halinde" yakalamanın gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.663. Ayrıca öğretide "kimliğinin bildirilmemesi kabahatinin suça dönüştürülmüş olduğu ve cezaların yasallığı ilkesini de ihlal etmiş olduğu da vurgulanmıştır. Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 368.

⁴³³ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun. Kanun Numarası: 5275, Kabul Tarihi: 13/12/2004, Yayımlandığı R. Gazete Tarihi: 29/12/2004, Sayı: 25685, Yayımlandığı Düstur: Tertip:5, Cilt: 44.

⁴³⁴ Bu konuda bir değerlendirme için bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 394-396.

⁴³⁵ Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 329.

⁴³⁶ YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s. 321-322.

⁴³⁷ Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu, Kanun Numarası: 6706, Kabul Tarihi: 23/4/2016, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 5/5/2016, Sayı: 29703, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5, Cilt: 57.

⁴³⁸ Bu tür yakalamaya iade yakalaması ya da geri verme yakalaması da denilmektedir ve bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce TCK'nın 18. maddesinde yer alan geri verme konusuna ilişkin düzenleme

konu, AİHS'nin 5. maddesinin f bendinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu husus değerlendirilirken de Sözleşme'nin 5/1. maddesine ilişkin genel prensipler uygulanacaktır.

Bunların yanı sıra Medeni Kanun⁴³⁹ gereğince koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanabildiği durumlarda yapılan işlemlerin yakalama niteliğinde olup olmadığı da gündeme gelebilmektedir. Medeni Kanun gereğince “akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik” sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan bireylerin kanunda belirtilen amaçlarla özgürlüklerin kısıtlanması hali⁴⁴⁰, AİHS tarafından Sözleşme'nin özellikle de 5/1-b, d ve e bentlerinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu husus değerlendirilirken de Sözleşme'nin 5/1. maddesine ilişkin genel prensipler uygulanacaktır.

Çeşitli kanunlarda yer alan yakalama çeşitleri ve yakalama olarak değerlendirilen çeşitli işlemler ve yakalamanın çeşitleri ile ilgili farklı değerlendirmeler elbette bunlarla sınırlı değildir, ancak yakalama çeşitlerinin bu çalışmanın konusu bakımından önemi, yakalamanın bu farklı çeşitlerinin CMK kapsamındaki yakalama ile AİHS'nin getirdiği hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin güvence sisteminde AİHM kararları ile ne şekilde kesiştiği noktasındadır.

öğretide pek çok açıdan eleştirilmiştir. Örneğin Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 393. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. ULUTAŞ Ahmet, “Türk Hukukunda Suçluların Geri Verilmesi Sürecinde Alınabilecek Koruma Tedbirlerinin AİHS'nin 5. maddesi Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, Ankara, 2012, s. 140-176; YILDIZ, (2006), s. 166.

⁴³⁹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 8/12/2001, Sayı: 24607, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5, Cilt, 41.

⁴⁴⁰ Türk Medeni Kanunu md. 432-437.

Bu konuda verilen örnekler de dikkate alınarak ortak ve özet şu tespitler yapılabilir: İdari yakalama ve adli yakalamanın gerek kavramsal olarak⁴⁴¹ gerek amaç ve koşulları ile sonuçları birbirinden farklıdır, ancak tüm bunlar her ikisinin de kişi özgürlük ve güvenlik hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. O halde kişi özgürlüğü kısıtlandığı için adli yakalamada olduğu gibi idari yakalama da, hem Anayasa'nın 19. maddesinin hem de AİHS (diğerlerinin yanında özellikle de 5. madde ile 4 nolu Protokol 2. madde) güvencesi altındadır.⁴⁴² Her bir somut olay, ilgili bulunduğu Kanun, Anayasa ve AİHS çerçevesinde ele alınmalı, müdahale oluşturan hakkın niteliğine göre sınırlamanın haklı olup olmadığı ve Kanun'un, Anayasa'nın ve AİHS'nin ihlali olup olmadığı ve AİHS'nin etkisi değerlendirilmelidir.

b. CMK Kapsamında Yakalama Çeşitleri

CMK gereğince bir suç dolayısıyla yapılan yakalama, “adli yakalama”dır. Adli yakalama,⁴⁴³ “herkes tarafından yapılan yakalama” ve “kolluk kuvvetleri tarafından yapılan yakalama” şeklinde ayırım yapılarak düzenlenmiş ve yakalamanın koşulları da büyük ölçüde yine bu ayırma göre kanun metninde yer almıştır. CMK’da ayrıca çeşitli maddelere dağılmış şekilde “yakalama” ile ilgili düzenlemelere de rastlamak mümkündür.

CMK kapsamında yapılan yakalama, koşullar da dikkate alınarak çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. Bu kapsamda herkes tarafından yapılan ve kolluk kuvvetleri tarafından

⁴⁴¹ Örneğin idari yakalamada yakalanan kişi muhafaza altına alınmıştır. Bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 4 ve 5/2.

⁴⁴² AİHM'nin bu konuda pek çok kararı vardır. AİHM, yalnızca bu bahsedilen iki madde kapsamında değil, somut olayın koşulları içinde başka pek çok madde ile de doğrudan ilgi kurabilmektedir. Örneğin bkz. Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010, özellikle de pr. 56-57.

⁴⁴³ CMK md. 90 vd.

yapılan yakalama şeklindeki ayırım dışında suçüstü halinde yakalama, suçüstü halleri dışında yakalama veya “müzekkere”den hareketle ikili bir ayırım yapılarak yakalama çeşitlerini ayırmak da mümkündür. Suçüstü haline bağlı olarak yapılan yakalama çeşitleri ayırımında suçüstü halleri dışındaki yakalama da, “tutuklama kararı verilmesini gerektiren yakalama”, “yakalama emri düzenlenmesini gerektiren yakalama” ve “kolluk amirinin emriyle yakalama” ve “nezarete alma ve cezanın infazı için yakalama” şeklinde dörtlü alt ayırımı tabi tutulabilir.⁴⁴⁴

Müzekkere’den hareketle yapılan ikili bir ayırımı ilk olarak; “müzekkeresiz yakalama” ya da “fiili duruma bağlı olarak yapılan yakalama” olarak da adlandırılan ve bir hakim kararı olmadan kişi özgürlüğünün kısıtlandığı bir yakalamadan bahsedilebilir. Bu yakalama çeşidinin, Anayasa’nın 19/3. ve CMK’nın 90. maddesi gereğince hem herkes tarafından, yani bir resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından, yapılması hem de Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından yapılması mümkündür.

İkinci olarak, bir “karara – müzekkereye dayanan yakalama” ya da “yakalama emrine dayanan yakalama”dan bahsedilebilir. Bu, CMK’nın 90. maddesi kapsamı dışında kalan hallerde kişinin bir yakalama emrine istinaden yakalanması durumu olup özellikle de 98. maddede düzenlenmiştir. Bu; “kaçak kişi”, “kaçan kişi” veya “kendisine ulaşılamayan kişi” hakkında çıkarılan yakalama emridir. Burada kişinin yakalanmasında sadece kolluk yetkilidir, herkesin yakalama yetkisi yoktur. Bu her iki yakalama çeşidine de yakalamanın koşulları ele alınırken ayrıntılı şekilde değinilecektir. Ayrıca öğretilerde yakalama çeşitleri farklı kavramlarla da ifade edilmiştir.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Bu konudaki ayırım ve detaylı bilgi için bkz. SOYASLAN, 2018, s. 325-329.

⁴⁴⁵ Örneğin adli yakalamanın suçüstünde yakalama ve kolluk gözaltısı, tutuklama yakalaması, tutuklama yasağı bulunan hallerdeki yakalama ve müzekereli yakalama şeklindeki ayrımları için bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.314-323; Ayrıca bkz. PARLAR – ÖZTÜRK, 2019, s. 27-30; GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s. 382-392.

CMK’da yer alan ve öğretide bir kısım yazar tarafından özel yakalama halleri olarak ifade edilen “yakalama” hallerine de kısaca değinmek gerekmektedir. Bunlardan ilki, olay yerinde alınan tedbirlere uyulmaması nedeniyle özgürlüğün kısıtlanması durumudur. CMK’nın 168. maddesinde kolluk görevlilerinin “men etme” yetkisinden bahsedilmiştir.⁴⁴⁶ Öğretide bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte, bu durumun teknik anlamda koruma tedbiri niteliğindeki bir yakalama ve gözaltı olarak nitelendirilemeyeceği ve bir tür disiplin tedbiri olduğu ifade edilmiştir.⁴⁴⁷ Kanaatimizce de buradaki yakalama, gerek ayrıntıları ile izah edilen koruma tedbirlerinin genel özellikleri gereği gerek kavram ve amaç gereği koruma tedbiri niteliğinde bir yakalama değildir.

CMK kapsamındaki bir diğer özel hal, duruşma düzenini sağlamak amacıyla yapılan yakalamadır. CMK’nın 203/2 ve 3. fıkralarında duruşmanın düzen ve disiplininin sağlanması konusunda hakim ve mahkeme başkanının yetkileri arasında yalnızca duruşma düzeninin sağlanması açısından bir yakalama yapılabileceğinden bahsedilmiştir. Buradaki yakalamanın amacı ve koşulları farklıdır ve ilgili maddede düzenlenmiştir.⁴⁴⁸ Buradaki yakalama da, bir koruma tedbiri olan yakalamanın sonuçlarını doğurmaz.

⁴⁴⁶ CMK’nın “Adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması halinde yetkisi” başlıklı 168. maddesi şu şekildedir: “Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder.”

⁴⁴⁷ ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 311-312; CENTEL – ZAFER, 2020, s. 392-393. Ayrıca bu konuyla ilgili çeşitli değerlendirmeler için bkz. YILDIZ, (2006), s. 163-165.

⁴⁴⁸ CMK md.203/3: “Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hâkim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhâl dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz.”

CMK kapsamında çeşitli yakalama halleri söz konusu ise de bu çalışmada bir koruma tedbiri olan ve 90 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan yakalama ele alınacak, onun dışında AİHM kararları kapsamında somut olaylarda ilgili bulunduğu ölçüde diğer durumlara da kısaca değinilecektir.

C. Koşulları

Yakalamanın koşullarının çeşitli açılardan ele alınarak incelenmesi mümkündür. CMK’da yakalamanın koşulları, yakalama işlemi yapan kişiye göre farklı düzenlenmiştir. Bununla birlikte yakalama işlemine muhatap olan kişiler bakımından yakalamanın koşullarının özellik arz edebileceği de vurgulanmalıdır; ceza yargılama hukuku kurallarının kişi bakımından uygulanma alanı, ulusal hukuktan ve uluslararası hukuktan doğan çeşitli istisnalar içermektedir⁴⁴⁹; bu itibarla örneğin çocuklarda⁴⁵⁰,

⁴⁴⁹ Ulusal hukuktan doğan istisnalar örneğin; cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanlar, parlamenterler; uluslararası hukuktan doğan istisnalar diplomat ve asker kişiler gibi. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. SOYASLAN, 2018, s. 128-151.

⁴⁵⁰ Bkz. Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 3/7/2005, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 15/7/2005, Sayı: 25876, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5, Cilt, 44. özellikle de md.15-16, 31 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği “Çocuklarla ilgili özel hüküm” başlıklı madde 19. AİHS açısından da Sözleşme’nin 5/1-d maddesinde çocukların özgürlükten yoksun bırakılması ile ilgili özel düzenlemelere yer verilmişse de, çalışmanın konusu kapsamında yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine maruz kalan çocuklar bakımından Sözleşme’nin 5/1-c maddesinde yer alan bir suç sebebiyle özgürlükten yoksun bırakılma hali mevcut olduğu için bu hüküm kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Bununla birlikte bu çalışmada, çocuklarla ilgili özellik arz eden durumlar AİHM değerlendirmesi ile birlikte, ilgili bölümlerde yeri geldikçe ele alınacaktır. Çocukların yakalanması ile ilgili olarak bkz. SOYASLAN, (2008), s.673. bkz. ALDEMİR, 2018, s. 75-76; Çocuklarla ilgili yakalama ve gözaltı için ayrıca bkz. PARLAR – ÖZTÜRK, 2019, s.73-75; YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.331.

diplomasi dokunulmazlığı ve yasama dokunulmazlığı durumlarında⁴⁵¹ asker kişilerin yakalanması durumlarında⁴⁵² basın yolu ile işlenen suçlarda, kamu görevlilerinin yakalanmasında, iade yakalamasında ve avukatların yakalanma koşullarında⁴⁵³ farklılıklar olmaktadır. Bu çalışmada yakalama koşulları incelenirken CMK sistematığı dikkate alınacak ve “herkes tarafından yapılan yakalama” ve “kolluk kuvvetleri tarafından yapılan yakalama” koşulları CMK’da yer aldığı şekliyle özel olarak ele alınacak, daha sonra da her iki yakalama çeşidi için de geçerli olan ortak koşullar incelenecektir.

a. Herkes Tarafından Yapılan Yakalama Koşulları

Yakalama herkes tarafından yapılabilir, ancak bunun belirli birtakım koşulları vardır. CMK’nın 90. maddesinde yer alan ve yalnızca fiili duruma ilişkin yakalama herkes tarafından yapılabilir. Diğer koruma tedbirlerinin hiçbirinde resmi bir görevi

⁴⁵¹ Dokunulmazlığa sahip kişilerin yakalanmasında da hem diplomasi temsilcilerinin hem de yasama dokunulmazlığına sahip kişilerin özel durumu söz konusudur. Bu konuda Anayasa ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenlemeler olduğu gibi çeşitli Kanunlarda da düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, diplomasi temsilcileri görevli oldukları ülkelerde kişi dokunulmazlığına sahiptir ve hiçbir nedenle gözaltına alınamaz, tutuklanamaz ve üzerleri aranamaz. Bkz. 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi md. 29. (Uygun bulma Kanun no:3042, Kabul Tarihi: 4/9/1984, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 12/9/1984, Sayı: 18513) Yasama dokunulmazlığı da Anayasal güvence altındadır. Bkz. 1982 Anayasası md. 83 Ayrıca bu konuda çeşitli özel düzenlemeler ile ilgili görüşler hakkında bkz. YILDIZ, (2006), s. 161 vd.

⁴⁵² 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu md.79 ve 80. Ayrıca bu konuda bkz. ALDEMİR, 2018, s.76-77.

⁴⁵³ Bu başlıkların öğretide “özellik taşıyan yakalanmalar” şeklinde ele alındığı da görülmektedir. Bilgi için bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.330-333.

olmayan herhangi bir kişiye bir işlemi yapması konusunda hak ve yetki verilmemişse de, yakalama için durum farklıdır.⁴⁵⁴

Herkes tarafından yakalama yapılabilmesi için genel olarak yakalama koruma tedbiri için gerekli olan birtakım ortak koşullardan ayrı olarak⁴⁵⁵, birincisi, “kişiye suçu işlerken rastlanması” ve ikincisi, “suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması” gerekmektedir.⁴⁵⁶

Herkes tarafından yapılan yakalamanın CMK’da belirtilmiş olan bu koşulları çeşitli açılardan sorunludur. Öğretide de, suçüstü halinin tanımı⁴⁵⁷ da dikkate alındığında buradaki yakalama koşulunun daha dar şekilde ifade edildiği⁴⁵⁸, izleme kavramından ne

⁴⁵⁴ Öğretide de bunun nedeninin “hukuk düzeninin kolluk güçlerinin veya devletin bulunmadığı zamanlarda kamu düzeninin korunmasına katkıda bulunmayı herkesin görevi olarak kabul etmesi” olduğu ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.666. Ayrıca belirtmek gerekir ki kanunda yakalama konusunda yetki verilmiş olan kamu görevlileri dışında diğer kişiler bakımından yakalama, bir yükümlülük değil haktır ve kanun hükmünü icra kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.599.

⁴⁵⁵ Bkz. “c. Ortak Koşullar”, s.157vd.

⁴⁵⁶ CMK md. 90/1.

⁴⁵⁷ Suçüstü bir fiilin ne anlama geldiği CMK’nın 2. maddesinde tanımlanmıştır. CMK’nın Tanımlar başlıklı 2. maddesi’nin 1. fıkrasının j bendine göre Suçüstü: “1. İşlenmekte olan suçu, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu, 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu” ifade eder. Ayrıca bkz. SOYASLAN, (2008), s.663; Bkz. ALDEMİR, 2018, s.27 vd.

⁴⁵⁸ CENTEL – ZAFER, 2020, s. 375. Öğretide CMK 90/1-a ve b bentlerinde suçüstü kavramının hatalı ifade edildiği belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 357. Suç üstü kavramı daha geniş kapsamlı olduğundan bunun tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca herkes tarafından yapılan yakalamanın amacı, öğretide bu konudaki görüşler ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz. YILDIZ, (2006), s. 138-140-142 vd.

anlaşılması gerektiği, failin kaçma olasılığının neye göre belirleneceği ve bu olasılıkta somut bulguların aranmayışı⁴⁵⁹ gibi konular çeşitli yönlerden eleştirilmiştir.⁴⁶⁰

Herkes tarafından yapılan yakalamanın sorunlu yönleri, özellikle de Kanunda hiçbir resmi görevi olmayan kişilere yakalama yetkisinin verilmesi konusu ile yakalamanın koruma tedbirlerinin bir karara dayanma özelliği gereğince bir karara dayanmak zorunda olup olmadığı konuları, AİHS'nin ulusal hukukumuza etkisinin ne olduğu ve bu düzenlemenin AİHM kararlarına ne şekilde yansıdığı değerlendirilerek birtakım tespitler yapılabilir.

Herkes tarafından yapılan yakalama, genel olarak hukuki dayanağını AİHS'nin 5. maddesinde bulmaktadır. Bu yakalama çeşidinin, özellikle de AİHS md. 5/1-c'deki yakalama veya tutulma işleminin yapılabilme koşulu olarak düzenlenmiş olan hususlardan “suç işlemesine engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçeler” ve “suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçeler” şeklindeki koşullar kapsamında ele alınabilmesi mümkündür. AİHS kapsamında burada “makul gerekçeler” konusunun vurgulanmış olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce gerek “suç işlerken rastlama” ve “suçüstü bir fiilden dolayı izleme” kavramlarının gerek AİHS kapsamında hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yol

⁴⁵⁹ Öğretide, failin kaçma olasılığı yoksa, kimliği ve adresi belirliyse kişinin yakalanmaması gerektiği, koruma tedbirlerinin genel özelliklerine de değinilerek ifade edilmektedir. Ayrıca kaçma şüphesinin tahmine dayanmaması ve bunu gösteren somut olgular bulunması gerektiği ile ilgili çeşitli değerlendirmeler de yapılmaktadır. Bu konuda bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 375-376. Ayrıca bkz. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.389-390.

⁴⁶⁰ Anayasa'nın 19. maddesi ile CMK'nın 91. maddesinin uzun ve ayrıntılı olması ile özellikle de suçüstü hallerinin fazla olması konusundaki tespit ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. MUMCU – KÜZECİ, 2019, s.242-244.

açan bu istisna hallerinin, dar yorumlanması gerekmektedir ve bu yorum şekliyle de herkes tarafından yapılan yakalamanın uygulanması sırasında CMK’da yer alan bu sıkı koşulların öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Bir kişiye tam olarak suçu işlerken rastlanmamışsa yahut da kişinin kaçma olasılığı yoksa veya başka yollarla kişinin kimliğini belirleme olasılığı varsa⁴⁶¹ yapılan yakalama işlemi kanuna aykırı olacak ve bu durum aynı zamanda AİHS’nin ihlalini gündeme getirecektir. Buna ilave olarak AİHM tarafından yapılan denetimde, her somut olayın özelliğine göre, bu yakalama işleminin “makul gerekçeler”e dayanıp dayanmadığı konusu da incelemeye alınacaktır.

Yakalamanın, koruma tedbirlerinin ortak özelliklerini genel olarak taşıdığı, ancak bir karara dayanma konusunda ise yakalama koruma tedbirinde belirli koşullar altında farklı düzenlenme yapılmış olması da bu konuyla bağlantılı olarak dikkate alınmalıdır. Yakalamada bu farklılık, Anayasa tarafından “hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir”, şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.⁴⁶² O halde, CMK gereğince suçüstü halinde bu şekilde bir ayrıma gidilmiş olması Anayasa’ya uygundur.

AİHM tarafından yapılacak denetimde de öncelikle yasaya uygunluk açısından bir değerlendirme yapılacağından genel olarak yukarıda belirtilmiş olduğu şekilde CMK’da daha sıkı koşulların arandığı gözetilmelidir. Bunun dışında, bir diğer açıdan bu koşulların denetiminin AİHM tarafından yapılacağı özellikle de yukarıdaki paragraflarda değinilen görüşümüz çerçevesinde hak ve özgürlükleri daha koruyucu kriterlerin ulusal hukukumuz tarafından da somut olaylarda AİHM içtihadının uygun yorum yoluyla dikkate alınması gerekmektedir.

⁴⁶¹ Örneğin olay yeri yakınında bulunan kameralar gibi.

⁴⁶² 1982 Anayasası md. 19/3.

b. Kolluk Kuvvetleri Tarafından Yapılan Yakalama Koşulları

Kolluk görevlilerinin herkes gibi yakalama yetkisi vardır, ancak bunun yanı sıra bazı koşullarda ise “sadece” kolluk görevlilerinin yakalama yetkisi vardır.⁴⁶³ Kolluk görevlilerinin yakalama yapabilmesi CMK kapsamında iki şekilde gruplanarak incelenebilir. İlki, yakalama emrine dayanmayan yakalama ve ikincisi, yakalama emrine dayanan yakalamadır.

Yakalama emrine dayanmayan yakalama bakımından kolluk görevlilerinin yakalama yapabilmesi için gerekli olan, birtakım ortak koşullardan ayrı olarak, özel koşullar şunlardır: birincisi, “tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hal” olmalıdır, ikincisi, “Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmamalıdır”.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Öğretide cumhuriyet savcısının yakalama yapıp yapamayacağı konusunda çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Suçüstü halinde yakalamayı herkes yapabileceğinden yakalama işleminin tüm vatandaşlar tarafından gerçekleştirilebileceği gibi cumhuriyet savcısı veya güvenlik güçleri tarafından da gerçekleştirilebileceği söylenmelidir. Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 323-324; Kolluk görevlileri tarafından yapılan yakalama bakımından ise CMK md.90’ın Cumhuriyet Savcısını bu konuda yetkilendirmediği, Cumhuriyet Savcısının bizzat yakalama yetkisinin bulunmadığı dile getirilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s. 49. Bir başka görüşe göre ise; “Cumhuriyet Savcısı kolluğun adli işlemlerde amiri olduğuna göre emri altında olan kişilerin yapabileceği koruma tedbirini Cumhuriyet savcısı da yapabilir. Bu durum, amaçsal yorum yoluyla ve işin doğası gereği (büyük küçüğü de kapsar/haydi haydi kuralı) çıkartılabilir.” Bkz. ÖZEN, 2019, s.604; ALDEMİR, 2018, s.32; Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu (2016-2017), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017, s.429. Öğretide ayrıca Savcının ceza muhakemesindeki işlemleri sayılırken savcının koruma tedbiri işlemleri olarak yakalama (CMK md. 90, md. 98) da sayılmıştır. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, 2015, s. 77.

⁴⁶⁴ CMK md. 90/2.

Birinci koşulda yer alan tutuklama kararı ve yakalama emri düzenlenebilmesi için gerekli olan hususların CMK'nın 98. ve 100. maddeleri gereğince gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu konuda kolluğa geniş takdir yetkisi ve değerlendirme yapma imkanı tanınmıştır.⁴⁶⁵ Gecikmesinde sakınca bulunan bir durum olması da, koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinde de belirtildiği şekilde, işlemin hemen o anda gerçekleşememesi halinde ulaşılmak istenen amacın gerçekleşemeyecek olmasıdır.⁴⁶⁶ “O anda yakalama yapılmayıp, hakimden yakalama emri çıkarması istendiğinde, suçun delilleri ortadan kalkacaksa veya şüpheli kaçacak ve/veya kimliğinin tespit edilmesine olanak bulunmayacaksa, gecikmede sakıncadan söz edilir.”⁴⁶⁷

İkinci koşul bakımından da, eğer savcıya yahut kolluk amirine derhal başvurabiliyorsa yakalama yapılmamalıdır.⁴⁶⁸ Bu koşullara ek olarak bir de herkes tarafından yapılan yakalama bakımından da gerekli olan ve ortak koşul niteliğindeki şikayet koşulunun ve diğer ortak koşulların da gerçekleşmiş olması gerekmektedir.⁴⁶⁹

Kolluk tarafından yapılabilen bir diğer çeşit yakalama ise yakalama emrine istinaden yapılan yakalamadır. CMK'da belirli durumlarda yakalama emri düzenlenmesi ve buna istinaden bir kişinin yakalanması düzenlenmiştir.⁴⁷⁰ Yakalama emrinin içeriği ve

⁴⁶⁵ CENTEL – ZAFER, 2020, s. 378; ŞAHİN, 2018, s. 279vd.

⁴⁶⁶ Bkz. “1. Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri” üst başlığı altında “B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri”, “e. Geçicilik” başlıklı kısım, s.38vd. Ayrıca bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği tanımlar başlıklı madde 4.

⁴⁶⁷ Kindhäuser, §8 no. 31 Aktaran: ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 455.

⁴⁶⁸ Kolluk amirine başvurma olanağının kolluk görevlilerinin yakalama yetkisini ortadan kaldırmasıyla ilgili eleştiriler için bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 455.

⁴⁶⁹ Bkz. “c. Ortak Koşullar”, s.157vd.

⁴⁷⁰ CMK md. 98.

koşulları CMK md. 98’de belirlenmiş olup bu şekilde yapılan yakalamanın koşulları üçe ayrılabilir.⁴⁷¹

Birincisi, soruşturma evresinde yakalama emri, “çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkimi tarafından düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde de itiraz mercii tarafından yakalama emri düzenlenmesi mümkündür”.⁴⁷² Buna göre ilk olarak, çağrı üzerine –kasten⁴⁷³– gelmeyen veya –gaip veya kaçak olduğundan⁴⁷⁴– çağrı yapılamayan bir şüpheli olmalı ve ikinci olarak, itiraz merci tarafından tutuklama isteminin reddi kararına itiraz hali mevcut olmalıdır.⁴⁷⁵

İkincisi, “kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri, re’sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim veya mahkeme tarafından” düzenlenir.⁴⁷⁶ Ayrıca “mahkeme, sanığın ... yakalama emriyle getirilmesine” de karar verebilir.⁴⁷⁷ Kaçak sanıklar hakkında yakalama emri düzenlenmesi mümkündür, ancak bu madde hayli sorunludur ve öğretide de bu madde haklı olarak eleştirilmiştir.⁴⁷⁸

⁴⁷¹ CMK md. 98 gereğince çıkarılan yakalama emri geçerli olması için yazılı şekil şartına bağlanmış işlemlerdendir. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, 2015, s.46.

⁴⁷² CMK md. 98/1. Yakalama emri üzerine yapılan yakalama işlemi ile ilgili öğretide dile getirilen değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. ÖZEN, 2019, s.605-606; YURTCAN Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.304-305; ALDEMİR, 2018, s.39 vd.

⁴⁷³ ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 289.

⁴⁷⁴ Gaip ve kaçak kavramları ile ilgili olarak bkz. CMK md. 244 ve 247.

⁴⁷⁵ Bkz. CMK md. 101/5 ve 271/4.

⁴⁷⁶ CMK md. 98/3 ve 247/1.

⁴⁷⁷ CMK md. 199.

⁴⁷⁸ Bu fıkranın da gaip sanık hakkında yakalama emri düzenlenebilecek biçimde değiştirilmesi gerektiği görüşü için bkz. YILDIZ, (2006), s. 156. Kaçaklarla ilgili CMK düzenlemelerinin eleştirisi için bkz.

Üçüncüsü, tüm bu koşulların yanı sıra, “soruşturma ve kovuşturma evresi ya da infaz aşamasında yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü” hakkında da “Cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvveti tarafından” yakalama emri düzenlenmesi mümkündür.⁴⁷⁹

Yakalama emri ile ilgili bu madde dışında bazı özel durumlar da mevcuttur. Örneğin CMK’nın gözaltı koruma tedbirinin düzenlendiği 91. maddesinde yer alan “gözaltı süresinin dolması” veya “sulh ceza hakiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi” hakkında “yeniden yakalama” yapılmasıyla ilgili olarak “yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil” elde edilmesinden sonra kişinin yakalanması⁴⁸⁰; tutuklama kararı üzerine yakalama yapılabilmesi⁴⁸¹ yahut da CGİK kapsamında “belirli hapis cezalarının infazı” bakımından doğrudan yakalama emri çıkarılması mümkündür.⁴⁸²

FEYZİOĞLU Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 62, 2006, s.29-31; 53-55.

⁴⁷⁹ CMK md. 98/2.

⁴⁸⁰ Bu durumda mutlaka Cumhuriyet savcısının kararı ile yakalama yapılması gerekir. Bkz. CMK md. 91/6 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 18.

⁴⁸¹ Örneğin CMK’nın 248/5 maddesinde kaçak hakkında yokluğunda tutuklama kararı verilmesi yahut da CMK’nın 112. maddesi gereğince adli kontrol tedbirlerine uymama halinde verilecek tutuklama kararı sonrası kişinin yakalanması gibi.

⁴⁸² Bkz. CGİK md.19. CGİK’de yer alan düzenlemeye göre, hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kâğıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaçır ya da kaçacağına dair şüphe uyandırırsa, Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emri çıkarılır. Ayrıca kasten işlenen suçlarda üç yıl, taksirle işlenen suçlarda ise beş yıldan fazla hapis cezasının infazı için ise, doğrudan yakalama emri çıkarılır. Adli para cezasından çevrilen hapsin infazında hükümlüye öncelikle çağrı kâğıdı gönderilir.

Yakalamanın çeşitleri konusunda yapılan bu değerlendirmeler ışığında, yakalamanın insan hakları perspektifinden ele alınmasında her bir yakalama işlemi bakımından mevzuatta düzenlenen koşullar gerçekleşmeksizin yapılan yakalama işleminin öncelikle hukuka aykırılık teşkil edeceği vurgulanmalıdır. Bununla birlikte yakalamanın hukuka uygun olması için bu koşullar dışında birtakım ortak koşulların da varlığı gerekmektedir.

c. Ortak Koşullar

aa. Genel Olarak Ortak Koşullar

Yakalamanın yapılabilmesi için gerekli olan ve yakalama çeşitlerinden bağımsız olarak bu tedbirde bulunması gereken ortak koşullar, iki grup altında incelenebilir. Birincisi, genel olarak yakalamanın koruma tedbiri olma özelliğinden kaynaklanan koşullardır ve ikincisi, yakalama tedbirinde Anayasa ve AİHS düzenlemeleri gereğince bulunması zorunlu olan ortak koşullardır.

Öncelikle genel olarak yakalamanın bir koruma tedbiri olması nedeniyle; koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden bir karara dayanma özelliği dışında; “hak ve özgürlüğü sınırlama, yasallık, ölçülülük, suç şüphesinin varlığı, görünüşte haklılık, geçicilik, araç olma, zorlayıcılık, gecikmede tehlike bulunması halinde uygulanma”⁴⁸³ özelliklerinin tamamını taşıması gerektiği vurgulanmalıdır.⁴⁸⁴ Bu anlamda yakalama işlemine somut

⁴⁸³ “B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri”, s. 13.

⁴⁸⁴ Yukarıda yakalamanın çeşitleri ve özellikle de kolluk kuvvetleri tarafından yapılan yakalamanın koşulları ele alınırken de değinildiği üzere bazı durumlarda yakalamanın da mutlak şekilde bir karara dayanması gerekmektedir, nitekim bu karar yakalamanın çeşidine göre savcı kararı olabileceği gibi hakim veya mahkeme kararı da olabilecektir. Burada kastedilen herkes tarafından ve kolluk kuvvetleri tarafından genel olarak yapılan yakalamadır. Nitekim yakalama kararının kural olarak bir karara

olayda bu özellikler dikkate alınmaksızın başvurulması, yakalama işlemini hukuka aykırı hale getirecektir.

Bu özelliklerin bir kısmı yakalama koruma tedbiri ile doğrudan bağlantılı olan AİHS md. 5'te de ayrıca vurgulanmıştır. Bunlara daha yakından bakıldığında, AİHS'ye göre öncelikle Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan açık düzenleme gereğince bir yakalamanın “yasal” olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca bu yasallık konusu, AİHS'de, yakalama ve tutulma bakımından iki defa tekrar edilmiştir: Hem Sözleşme'nin 5/1. maddesi gereğince “yasanın öngördüğü usule uygun olma” gerekmektedir hem de maddede yer alan alt fıkralarda “yasaya uygun olma” koşulu aranmaktadır.

AİHM kararlarında da pek çok defa yasallık kavramından ne anlaşılması gerektiği ele alınmıştır.⁴⁸⁵ Bir yakalamanın (ya da gözaltının-tutulmanın) “yasal” olup olmadığı konusu ele alınırken AİHM tarafından AİHS'nin ikincilik özelliğine de atıfta bulunularak öncelikle ulusal hukukun maddi ve usuli kurallarına uyulması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁸⁶ Ayrıca bu konuda AİHM, ulusal yasaların niteliğini de incelediğinden yakalama tedbiri ile ilgili ulusal yasaların yeterince “açık olması” ve uygulanmasında “öngörülebilir olması” gerektiğini belirtmektedir.⁴⁸⁷

dayanması gerektiği söylenmelidir. Bu durum AYM kararlarında da dile getirilmiştir. Bkz. Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.54.

⁴⁸⁵ Winterwerp v. Hollanda, no. 6301/73, 24 Ekim 1979, pr. 39; Ashingdane v. Birleşik Krallık, no. 8225/78, 28 Mayıs 1985, pr. 44; Bouamar v. Belçika, no. 9106/80, 29 Şubat 1988, pr. 50.

⁴⁸⁶ Bkz. “2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Genel Özellikleri”, başlığı altında “A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Temel Yapısı”, s.54vd. Ayrıca bu konudaki AİHM kararları için örneğin bkz. Winterwerp v. Hollanda, no. 6301/73, 24 Ekim 1979, pr. 40; Bozano v. Fransa, no. 9990/82, 18 Aralık 1986, pr. 58; Bouamar v. Belçika, no. 9106/80, 29 Şubat 1988, pr. 49; Benham v. Birleşik Krallık, no. 19380/92, 10 Haziran 1996, pr. 41.

⁴⁸⁷ Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 24838/94, 23 Eylül 1998, pr. 54; Jėčius v. Litvanya, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000, pr. 59.

AYM tarafından da somut olaylarda yakalama koruma tedbiri ile ilgili dile getirilen hak ihlali iddialarında birtakım ön tespitlerle konu ele alınmaktadır. AYM'ye göre; "yakalama suretiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale -temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe- Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir."⁴⁸⁸ Bu nedenlerle de yakalama koruma tedbirinde yasallık, "Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmama"⁴⁸⁹ şeklindeki ortak koşulların var olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim AYM tarafından çeşitli kararlarda öncelikle başvurucunun yakalanmasının kanuni dayanağının olup olmadığı irdelenmekte ve "Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak yakalamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunlu" olduğu belirtilerek yasallık denetimi yapılmaktadır.⁴⁹⁰

O halde ulusal hukukumuz bakımından bir yakalama koruma tedbiri, AİHS'nin 5. maddesi kapsamında ele alınırken bu tedbirin öncelikle yasal olması, bu yakalama için CMK ve ilgili mevzuatta gerekli olan maddi ve usuli kurallara uyulmuş olması ve hem ulusal hukuk hem de AİHS bakımından AYM ve AİHM tarafından aranan kriterlerin sağlanması gerekmektedir.

Yakalama koruma tedbiri ile doğrudan bağlantılı olan AİHS'nin 5/1-c maddesine göre yakalamanın koşullarının ne olduğu konusu da ayrıca ele alınmalıdır. Buna göre koşullar şunlardır: 1) "kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunması" veya 2) "suç işlemesine engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul

⁴⁸⁸ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.50.

⁴⁸⁹ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.50.

⁴⁹⁰ Bkz. Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.51; Suzın Yalçın Başvurusu, no. 2016/9532, 28/11/2019, pr. 28.

gerekçeler bulunması” veya 3) “suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçeler bulunması” gerekir.⁴⁹¹ Bu koşulların yanı sıra mutlaka, kişi, “yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanmış” olmalıdır ve bu durum yasanın öngördüğü usule uygun olmalıdır.

Bu koşullar kapsamında öncelikle gerekli olan koşul, bir ceza soruşturması veya kovuşturması olmasıdır. Suç kavramı, özerk bir kavramdır ve AİHM tarafından özerk şekilde yorumlanmaktadır.⁴⁹² Ulusal hukukta bir fiil, cezai anlamda suç olarak tanımlanmamış olsa dahi AİHM, bu fiili Sözleşme’nin 5/1-c içerisinde değerlendirebilmektedir.⁴⁹³ Diğer açıdan da isnad edilen fiil ve olaydaki bulgular bir suç teşkil etmiyorsa maddenin aradığı anlamda “inandırıcı sebepler”den de söz etmek mümkün olmayacaktır.⁴⁹⁴ Ayrıca yakalama yapılabilmesi için suçun teşebbüs aşamasına gelmiş olması gerekmekte olup cezalandırılmayan hazırlık hareketleri yakalama yetkisi kapsamında değildir ve en azından suçun icra hareketlerinin başlaması gerekir.⁴⁹⁵ Bu çerçevede yakalama yapılabilmesi için bir suçun “icra hareketlerinin başlaması” gerekmekte olup suçun “kast” veya “taksirle” işlenmiş olması da önemli değildir.⁴⁹⁶ Bu itibarla CMK bakımından da yakalama koruma tedbirine ancak bir suç soruşturmasında

⁴⁹¹ Bu koşullarla ilgili çeşitli eleştiriler için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 427-428.

⁴⁹² Bkz. “2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Genel Özellikleri” başlıklı kısım altında “B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Temel İlkeleri ve Yorum Yöntemleri”, “a. Koruma Tedbirleri Açısından AİHS’nin Temel İlkeleri”, s.67vd.

⁴⁹³ Örneğin İngiliz hukukunda barışı ihlal etme suç olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHM, somut olaydaki soruşturmanın usulünü ve yaptırımını dikkate alarak olayda Sözleşme’nin 5/1-c bendi anlamında bir “suç” olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 24838/94, 23 Eylül 1998, pr. 48-49.

⁴⁹⁴ Włoch v. Polonya, no. 27785/95, 19 Ekim 2000, pr. 109.

⁴⁹⁵ YILDIZ, (2006), s.142.

⁴⁹⁶ Ayrıca bkz. ÖZEN, 2019, s.600.

veya kovuşturmasında başvurulabileceği, ancak nihai olarak buradaki suç kavramının değerlendirilmesinin AİHM’ye ait olacağı vurgulanmalıdır.

Yakalama koruma tedbirinde suçun niteliğinin yakalama tedbirine başvurulabilmesi için gerekli bir ortak koşul olup olmadığı, diğer bir deyişle herhangi bir suç tipi ayrımı yapılmaksızın yakalama yapılıp yapılmayacağı konusu sorun teşkil etmektedir.⁴⁹⁷ CMK’da suç tipleri bakımından bir ayrım yapılmamış, yalnızca suçun şikayete bağlı olması ile ilgili olarak bir ayrıma gidilmiştir.⁴⁹⁸ AİHM tarafından ise zaman zaman özellikle de yakalama ve gözaltı işlemlerinde kişinin özgürlükten mahrum kalmasına sebebiyet verilen suçun niteliğinin incelemeye alındığı görülmektedir.⁴⁹⁹ Ayrıca AİHM’ye göre md. 5/1-c’deki “suç” kavramı, somut ve belirli bir suç anlamındadır.⁵⁰⁰ Kanaatimizce buradaki ifade, suçun yalnızca belirli nitelikteki suçlardan ibaret olacağı anlamında ya da suçun nitelik itibarıyla ağırlığından veya o suç için öngörülen ceza miktarından ibaret değildir. Bu anlamda yakalamaya konu suç, somut ve belirli bir suç olmalıdır, ancak bu suç ile ilgili olarak yakalama yapılabilmesi için o suçun karşılığında düzenlenen yaptırımın dikkate alınmasına gerek yoktur, örneğin suçun mutlaka belirli bir yılın üstündeki hapis cezasını gerektirmesi gerekmez ve benzer şekilde sadece belirli birtakım suç tiplerinde yakalama yapılabilmesi söylenemez.

⁴⁹⁷ Öğretide, bir görüşe göre sadece hapis cezasını gerektiren suçlar bu kapsamda olabilir, çünkü bu şekilde tutulmanın cezanın yerine getirilmesini mümkün kılma amacına hizmet etmektedir. Bkz. FROWEIN J. A. ve PEUKERT W., Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar, 2. Baskı, Engel, Kehl, 1996, Art. 5 N 9’dan Aktaran TRECHSEL, 2006, s. 426. Ancak bir diğer görüşe göre de Sözleşme’nin metni, bu şekilde bir sınırlandırma yapmamaktadır ve kamu yararının tutulmayı haklı kılması da mümkündür. TRECHSEL, 2006, s. 426.

⁴⁹⁸ Bkz. “bb. Ortak Bir Koşul Olarak Şikayet”, s.166vd.

⁴⁹⁹ Erdagöz v. Türkiye, no. 21890/93, 22 Ekim 1997, pr. 51-52.

⁵⁰⁰ Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980, pr. 38-39.

Bir diğ er açıdan da suçun niteliğ i veya ö ngörö len fiile karş ılık gelen yaptırım, suç olarak nitelendirme bakımından ya da ö zgürlükten yoksun bırakma iş leminin süresi bakımından AİHM tarafından dikkate alınmakta ise de, yakalama gibi niteliğ i gereğ i çok kısa olması gereken ö zgürlükten yoksun bırakma durumunda suçun niteliğ i tek baş ına bir kriter değ ildir ve bu nedenle de kanaatimizce ö nemli olan yakalama koruma tedbirinin amacından yola çıkılarak her somut olayın özelliğ i içinde yakalama iş lemi sırasında yakalama koş ullarının gerç ekleş ip gerç ekleş mediğ inin tespit edilmesidir, suçun ağı rlığ ından bağı msız olarak somut olayın koş ulları içinde kiş inin yakalanması bu ö zgürlükten yoksun bırakma iş lemini AİHS kapsamında haklı kılabılır.

Yakalama koruma tedbirine başvurulabilmesi için gerekli olan bir diğ er koş ul, ş üphe koş uludur. CMK’da da yakalama ile ilgili maddede doğ rudan ş üphe koş uluna yer verilmemiş se de, yakalamanın hangi hallerde yapılabileceğ i belirtilirken dolaylı olarak bir suç ş üphesi bulunmasının zorunlu olduğ u sonucuna ulaşı lmaktadır. Herkes tarafından yapılan yakalamada “suçüstü” ifadesi bu ş üphe koş ulunu zaten iç ermekte ve kolluk kuvvetleri tarafından yapılan yakalamada da, tutuklama kararı verilmesi için gereken kuvvetli ş üphenin veya yakalama emri verilmesini gerektiren bir ş üphenin bulunması gerektiğ i anlaşı lmaktadır.

Anayasa’nın 19. maddesinde de “hakim kararı olmadan yakalamanın, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceğ i ve bunun şartlarının Kanunda gösterileceğ i” belirtilmiş olduğ undan yakalamada “ş üphe” koş ulunun Anayasa’da doğ rudan yer almamakla birlikte Kanuna atfı gereğ i bu koş ulun Anayasa gereğ i de olması gerektiğ i sonucuna varılmaktadır. AİHS açısından ş üphe koş ulu, özellikle Sözleş me’nin 5. maddesinde ortak bir koş ul olarak ö ngörö lmüş olan “inandırıcı sebep” ya da “makul gerekçe” koş uludur ve bu kapsamda AİHS’ye göre yakalama yapılabilmesi için “makul ş üphe” bulunması gerektiğ i sonucuna varılmaktadır.

Bu konuda CMK düzenlemesinin Anayasa ve AİHS ile uyumlu olduğu sonucuna ulaşılmaktayız hatta kolluk görevlilerinin yakalama emri düzenlenmesini gerektiren yakalama hariç tutulursa, bir diğer deyişle suçüstü halindeki ve tutuklama nedeni bulunan hallerdeki yakalamada, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından CMK'nın AİHS'ye göre daha sıkı, hak ve özgürlükleri daha koruyucu bir düzenleme getirdiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Buradaki şüphe “derecesinin” ne olduğu veya “makul şüphenin” uygulamada nasıl belirleneceği ise sorun teşkil etmektedir.⁵⁰¹ Bu konudaki AİHM kararları incelendiğinde AİHM tarafından da makul şüphe konusunun detaylı şekilde ele alınmış olduğu ve AİHM'nin bu konudaki içtihadının yerleşmiş olduğu görülmektedir.⁵⁰² AİHM, bir yakalama işleminin dayanması gereken şüphenin makul olmasını, özgürlükten yoksun bırakılma halinin keyfiliğine karşı bir “koruma unsuru” olarak belirtmiştir. Bu kapsamda AİHM'ye göre “inandırıcı sebepler söz konusu kişinin üzerine atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek olaylar ya da bilgilerin varlığını” gerektirmektedir, ancak yine de “makul olarak kabul edilebilecek durumlar somut olayın bütün koşullarına bağlıdır”.⁵⁰³

AİHM'ye göre makul şüphe olmazsa olmaz bir koşuldur, ancak her zaman özgürlükten yoksun bırakma işlemini haklı kılmaya da yetmemektedir. “Yakalanan bir kişinin suç işlediğine ilişkin makul şüphenin sürmesi, tutulu bulunma halinin devamı için

⁵⁰¹ Örneğin Türk öğretisinde CMK açısından resmi sıfatı bulunanların basit suç şüphesi üzerine de ilgiliyi yakalayabilecekleri görüşü belirtilmiştir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 378. Ayrıca yakalama koruma tedbirinin arama ile kıyaslanmasıyla en azından makul şüphe aranması gerektiği ifade edilmiş, ancak yakalamanın ve gözaltının kendine has özelliklerinden dolayı bir şüphe derecesine yer verilmesinin yerinde olmayacağı da ifade edilmiştir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.593.

⁵⁰² Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991.

⁵⁰³ Çelik ve Yıldız v. Türkiye, no. 51479/99, 10 Kasım 2005, pr. 20.

olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir koşuldur, fakat belirli bir süre sonra artık bu yeterli değildir. Mahkeme, bu gibi durumlarda, özgürlükten yoksun bırakmanın haklı olup olmadığı konusunda yargısal makamlar tarafından başka gerekçeler gösterilip gösterilmediğini belirlemelidir. Bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu durumlarda Mahkeme, ayrıca yetkili ulusal makamların yasal prosedür sırasında özel bir özen gösterip göstermediğini tespit etmelidir.”⁵⁰⁴

AYM tarafından da yakalama koruma tedbiri ile ilgili olaylarda şüphe konusu ele alınmış ve yakalamanın mahiyeti gereği suç işlendiğine dair belirtinin varlığının zorunlu olduğu ancak yakalama yapılabilmesi için gerekli olan şüphenin derecesinin tutuklama koruma tedbirine göre “daha hafif” olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁰⁵ AYM tarafından, ilgili hak ihlallerinin dile getirildiği olaylarda “yakalama için gerekli olan suç şüphesini doğrulayan olguların” neler olduğunun tespiti ve bu kapsamda “kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan yakalama tedbirinin ön koşulu olan başvuruçunun suç işlediğine dair somut belirtilerin bulunup bulunmadığının irdelenmesi” gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁰⁶

Şüphenin derecesi konusunda gerek Anayasa’da gerek CMK’da bu konuda açık bir düzenleme söz konusu değildir bununla birlikte her iki düzenlemenin amacı ve bütününden hareketle ve AİHS 5. maddede yer alan düzenleme gereği kanaatimizce bu konuda yasal mevzuat ve koruma tedbirlerinin düzenleniş amacı AİHS ile büyük ölçüde paraleldir ve somut olaylarda şüphe konusunda öncelikle CMK’nın yukarıda da belirtilen daha sıkı koşulları dikkate alınmalıdır.

⁵⁰⁴ Bkz. Istratei ve Diğerleri v. Moldova, no. 8721/05, 8705/05 ve 8742/05, 27 Mart 2007, pr. 76.

⁵⁰⁵ Bkz. Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.52.

⁵⁰⁶ Suzin Yalçın Başvurusu, no. 2016/9532, 28/11/2019, pr. 29.

Ayrıca gerek bu durumlar gerek genel olarak yakalama konusunda AİHM içtihadında ve yeni yeni AYM tarafından verilen kararlarda yer alan kriterler gözetilmeli ve yakalama yapılabilmesi için gerekli olan şüphenin, örneğin toplanan delillerin kişi hakkında dava açılması ya da hüküm verilmesi için aranan derecede olmasının zorunlu olmadığı dikkate alınmalıdır. Bu durum, koruma tedbirlerinin görünüşte haklılık özelliğinin de bir gereğidir.

Bununla birlikte vurguladığımız üzere; suçüstü halinde şüphenin yoğun olduğu ve tutuklama kararı gerektiren hallerde yapılan yakalamada da zaten “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin”⁵⁰⁷ bulunması gerektiği gözetildiğinde bu durumlarda şüphenin makul olmanın da ötesinde olduğu sonucuna varılmaktadır. AİHM tarafından da AİHS md. 5/1-c gereği soruşturmayı yapan görevlilerin, bir kişinin yakalandığı zaman hemen bu kişiyi suçlamak için yeterli delilleri toplamış olmasının gerekmesini öngörmediği dile getirilmektedir. Bu kapsamda da “şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkumiyete gerekçe oluşturacak veya suç isnadına temel teşkil edecek olan olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekmektedir”⁵⁰⁸.

Bir diğer açıdan bu durum, kanaatimizce temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından dikkatlice değerlendirilmelidir. AİHM, bu konuda yapmış olduğu incelemelerde, bir kişinin yakalanmasıyla ilgili delilleri irdelemekte ve inandırıcı delilleri aramaktadır. İnandırıcı delillerin bulunmaması halinde, bir yakalama kararı olsa bile, AİHS.’nin 5/1-(c)’deki asgari koşullardan bahisle ihlal kararı verebilmektedir.⁵⁰⁹ O halde,

⁵⁰⁷ CMK md. 100-101.

⁵⁰⁸ Murray v. Birleşik Krallık, no. 18731/91, 8 Şubat 1996, pr. 55. Şüphe ile ilgili Mahkemenin yerleşik içtihadının tekrarı için bkz güncel kararlardan örneğin Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.124-125.

⁵⁰⁹ Bkz. Berktaş v. Türkiye, no. 22493/93, 1 Mart 2001, pr. 201.

kanaatimizce yakalama işlemini yapan gerek herhangi bir kişinin gerek kolluk kuvvetinin ulusal hukukumuz bakımından da yukarıda belirtilen makul sebepler kriterlerini dikkate alması gerekmekte bununla birlikte CMK’da yer alan ve daha sıkı bir güvence getiren “suçüstü” ve “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin” dikkate alınmasıyla her bir somut olay bakımından bu şüphenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyerek ona göre yakalama işlemi yapması gerekmektedir. Bu durumların masumiyet karinesi ile yakından ilişkili olması nedeniyle de ciddi ve iyi bir incelemenin yapılması zorunludur.

bb. Ortak Bir Koşul Olarak Şikayet

Şikayet koşulu, yakalamanın kim tarafından yapıldığına bakılmaksızın CMK’da ortak bir koşul olarak yer almaktadır. Bu kapsamda, bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı ise bu şart “gerçekleşmediği sürece” yakalama işlemi yapılamaz.⁵¹⁰ Şikayete bağlı suçun faili yakalandıktan sonra şikayet hakkına sahip olan mağdura veya kanuni temsilcisine yakalamanın “bildirilmesi” ve eğer mağdur birden fazla ise “tümüne”, bu mümkün değilse de “en azından içlerinden birine” yakalama işleminin bildirilmesi gerekir.⁵¹¹

Bu koşul, hem herkes tarafından yapılan yakalama için hem de kolluk tarafından yapılan yakalama için gerekli ortak bir koşul olarak CMK’da yer almakta, ancak bu durumun istisnası da yine kanunda düzenlenmektedir. Buna göre “çocuklara ve beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlüğü nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir”,⁵¹² yani bu şartın gerçekleşmesi bu durumlarda beklenemez. Bir diğer deyişle

⁵¹⁰ CMK md. 90/3 ve md.96; Şikayet ile ilgili olarak bkz. TCK md. 73.

⁵¹¹ SOYASLAN, (2008), s.665.

⁵¹² CMK md. 90/3.

mağdurun bu kişilerden olması durumunda şikayet şartı aranmayacak, fail yakalanacaktır.⁵¹³ Bir diğer yandan CMK’da açıkça bu koşula yer verilmiş ve diğer muhakeme koşullarına değinilmemiş ise de diğer “muhakame koşullarının gerçekleşmediği” durumlarda da yakalama yapılamayacaktır.⁵¹⁴

AİHS açısından bu şikayet koşulu konusu ele alındığında, hem ulusal hukukta yer alan “yasaya uygun olma” kriteri açısından hem de bu düzenlemenin özgürlükleri daha fazla kısıtlamaya neden olmaması açısından konuya yaklaşılabilir. Öncelikle bu şikayet koşulu belirsizliğe yol açmakta ve uygulamada bu madde çeşitli sorunlara neden olmaktadır.⁵¹⁵ Örneğin çoğu kişi bir suçun şikayete bağlı olduğunu bilemez, ayrıca kolluk görevlileri tarafından da olsa, yakalamadan önce veya yakalama anında şikayetin bulunup bulunmadığının araştırılması, özellikle de suçüstü halinde, yakalamanın gerçekleşmemesine neden olabilmektedir. Bu gibi nedenlerle maddenin bu

⁵¹³ SOYASLAN, 2018, s.324. Öğretide ayrıca söz konusu hükmü suçtan haberi olmadığı için şikayet hakkını kullanamayan tüm mağdurlar için de uygulamanın isabetli olacağı belirtilmiştir. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.665.

⁵¹⁴ Benzer değerlendirme için bkz. ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s.53.

⁵¹⁵ Uygulamada bu şikayet koşulunun yakalama bakımından uygulandığını söylebilmek güçtür, nitekim yakalamaya konu olan fiilin şikayete tabi suçlardan olup olmadığı çoğu zaman konunun uzmanı olan kişiler tarafından dahi o sırada tespit edilememektedir. Öğretide de şikayet koşulunun aranması çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Öğretide de şikayet şartının aranmasının yakalamanın niteliğine aykırı olduğu, şikayetin gerçekleşmiş olması şart koşulursa yakalamanın işlemez hale geleceği; özellikle de şikayetin aranmasının yakalamanın uygulanmasını işlevsiz hale getirdiği, hangi suçların takibinin şikayete bağlı olduğunu bilmenin beklenemeyeceği, TCK’da düzenlenmiş olan şikayetin, yakalama, yakalama durumunun devamı ve gözaltına alma koşulu olmadığı ve yakalama için istisna olarak yakalama koşulunun aranmamasının yerinde olmadığı, şikayet olmaksızın yakalama yapılabilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.330; ÖZEN, 2019, s.602; Ayrıca bkz. YILDIZ, (2006), s. 148.

konuda yasallık ölçütünü ve amacını sağlayacak bir düzenlemeye kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır.

Bir diğer açıdan ise mevcut durumda AİHS gereği ulusal mevzuat şayet özgürlükler lehine bir koşul öngörmüşse bunun uygulanması gerekmektedir. Bu şikayet koşulunun dikkate alınmaması/uygulanmaması halinde öncelikle AİHS md. 5/1'deki “yasayla öngörülme” koşulu karşılanmayacak ve yine Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet verilecektir.

O halde uygulamada bu koşul Kanunda düzenlenmiş olduğu için ve özgürlüklerin daha fazla kısıtlanmasına yol açmadığı için, CMK düzenlemesi göz önüne alınmalıdır, aksi durumda yalnızca bu gerekçe ile AİHS'nin ihlaline neden olunacağı kanaatindeyiz.

D. Süre

Yakalama işleminin uygulanmasının bir süreye bağlı olup olmadığı, diğer bir deyişle yakalama konusunda asgari veya azami bir sürenin belirlenmiş olup olmadığı ulusal mevzuatımız ve AİHS kapsamında ele alındığında, ulusal hukukumuzda ya da AİHS'de yakalamanın ne kadar süreceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte gözetim için olan azami süre yakalama anından itibaren başlamakta ve bu nedenle yakalama ve gözetim sürelerinin azami sınırı belirlenirken her ikisi bakımından toplu olarak bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu durum, CMK'da ve Anayasa'da yer alan düzenlemeler ile AİHM uygulamalarında benzerdir.⁵¹⁶

⁵¹⁶ Bkz. CMK md. 91, 1982 Anayasası md. 19 ve K.-F. v. Almanya, no. 25629/94, 27 Kasım 1997, pr. 71-

Yakalamanın süresi belirlenmeye çalışılırken öncelikle yakalamanın ne zaman başladığı ve bittiği tespit edilerek bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁵¹⁷ Yakalama, CMK’da belirtilen durumlarda kişinin “özgürlüğünün kısıtlandığı andan” itibaren başlar ve Cumhuriyet savcısının “gözüaltına alma” veya “serbest bırakma” kararına kadar devam eder.⁵¹⁸ Yakalanan kişinin “gözüaltına alınmasını gerektirecek bir nedenin tespit edilememesi veya yakalama sebebinin ortadan kalkması halinde Cumhuriyet savcısının emri ile kolluk kuvvetince derhal salıverilmesi” gerekir.⁵¹⁹ Yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi halinde de yakalama emrini çıkaran derhal “iadesini” ister ve yakalama son bulur.⁵²⁰

Yakalama emri üzerine yakalanan kişilerle ilgili olarak CMK’da ayrı bir düzenleme olduğu vurgulanmalıdır. CMK’da yakalama emri üzerine yakalanan kişilerin özgürlükten yoksun bırakılması süresi, yakalama ve gözüaltı koruma tedbirlerinde yer alan hükümlerden farklı şekilde düzenlemiştir.⁵²¹ Buna göre yakalama emri üzerine yakalanan kişi, “en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır şayet bu

⁵¹⁷ Bu konu pek çok ayrı hususun yanı sıra AYM nezdinde yapılacak bireysel başvurularda zaman itibariyle yetki bakımından da önemlidir. Nitekim AYM 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.

⁵¹⁸ CMK md. 91/1.

⁵¹⁹ Yakalama, Gözüaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md.17.

⁵²⁰ CMK md. 90/6. Öğretide de “Yakalama ile yakalama emrinin gereği yerine getirilmiş, böylece emir amacına ulaşmış olur. Bu durumda yakalama emrini çıkaran mahkeme, hakim veya Cumhuriyet Savcısı yakalama emrinin derhal iadesini isteyecektir.” hususları belirtilmiştir. bkz. SOYASLAN, 2018, s. 326. CMK md.90/6 ile ilgili özellikle de bu düzenlemenin dilbilgisi ve anlam bütünlüğü bakımından sorunlu olduğu, sistematik açıdan isabetli bir düzenleme olmadığı, bunun yakalama emri ile ilgili olduğu ve CMK md.98’de düzenlemesi gerektiği şeklindeki eleştiriler için bkz. ÖZEN, 2019, s.611-612. Hukukumuzda kural olarak tutuklama kararı üzerine yakalama halinin ortadan kalkmış olması ile ilgili olarak da bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 311.

⁵²¹ Bkz. “2. Gözüaltı” başlığı altında “D. Süre” başlıklı kısım, s.199vd.

mümkün olamıyorsa yine aynı süre içerisinde ilgili maddede belirtilen şekilde ve yerde kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır”.⁵²² Maddenin önceki halinde yer alan “... serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır.” ifadesi en kısa zamanda kavramının belirsizliği nedeniyle kişi özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından oldukça sorunluydu. Bu düzenleme ile kişinin yetkili hakim huzuruna çıkarılmamaktan kaynaklı tutukluluk durumunun, süredeki belirsizliğin ve bu tutuklama nedeniyle doğan pek çok hak ihlalinin önüne geçilmiştir.

Uygulamada özellikle toplu suçlar bakımından halen maddenin sorunlu olduğu anlaşılmakta ve öğretide de toplu olarak işlenen suçlar yönünden bu maddede değişiklik

⁵²² CMK md. 94. Bu madde, bu çalışmanın yazımı aşamasında 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile çok önemli bir değişikliğe uğramıştır. Resmi Gazete Tarih: 6 Mart 2014, Resmi Gazete Sayı: 28933 (Mükerrer). Ayrıca burada 31.07.2018 tarihinden itibaren 3 yıl süre ile geçerli olacak bu konu ile ilgili düzenlemelere değinmekte yarar vardır. Buna göre; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun geçici 19. maddesi gereğince Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren -31.07.2018 tarihinden itibaren (7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun; Kabul Tarihi: 25/7/2018; Resmi Gazete Tarihi: 31.07.2018; Sayı : 30495) - üç yıl süreyle; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından Geçici 19. maddesinin a bendinin son cümlesi gereğince yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında da bu bent hükümleri uygulanacak olup ilgili bent hükmü şöyledir: “a) Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren kırk sekiz saati, toplu olarak işlenen suçlarda dört günü geçemez. Delillerin toplanmasındaki güçlük veya dosyanın kapsamlı olması nedeniyle gözaltı süresi, birinci cümlede belirtilen sürelerle bağlı kalmak kaydıyla, en fazla iki defa uzatılabilir. Gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin karar, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine yakalanan kişi dinlenilmek suretiyle hâkim tarafından verilir. Yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında da bu bent hükümleri uygulanır.”

yapılması gerektiği ifade edilmektedir.⁵²³ Nitekim bu konuda AİHM tarafından pek çok defa, ulusal mevzuatımızda bu konuda yapılan değişiklik öncesi, gerek Sözleşme'nin 5/1. maddesi gereği ulusal hukukta yer alan yasal düzenlemenin gerek md. 5/3'teki "derhal" koşulunun yerine getirilmediğinden bahisle 5. maddenin ihlali nedeniyle Türkiye aleyhine ihlal kararları da verilmiştir.⁵²⁴

Bir diğer yandan yakalama emrinin söz konusu olması ancak "fiilen yakalamanın gerçekleşmemiş olması" halinde özgürlük ve güvenlik hakkının yine de ihlal edilip edilmediği sorun yaratabilecektir. Bu konuda AYM, yakalama emrinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiş olduğu gibi bu hakka müdahale oluşturmadığını da belirtmiştir.⁵²⁵ AYM tarafından 19. madde kapsamında

⁵²³ ALDEMİR, 2018, s.42.

⁵²⁴ Örneğin AİHM, Türkiye ile ilgili bir davada başvuranın tutuklanma gerekçelerinin yakalandıktan on bir gün sonra incelenmiş olduğunu tespit ettiği bir olayda Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamında "derhal" bir hâkim huzuruna çıkartılmadığı sonucuna vararak Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Bkz. Abdulsitar Akgül v. Türkiye, no. 31595/07, 25 Haziran 2013, pr. 21-22. Benzer şekilde Mahkeme, yine Türkiye ilgili bir başka kararda CMK md. 94'te yer alan en kısa sürede ibaresine rağmen 45 gün sonra yetkili mahkemeye sevk edilen başvuru hakkında özgürlükten yoksun bırakılmanın iç hukuka uygun olmadığı ve 5/1'de yer alan yasanın öngördüğü usule uygun olarak özgürlüğünden mahrum kalmadığını ifade etmiş, diğer hususlarla birlikte 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Salih Salman Kılıç v. Türkiye, no. 22077/10, 5 Mart 2013, pr. 21-22.

⁵²⁵ Nitekim AYM, Fetih Ahmet Özer başvurusunda; "Başvurucunun [AYM'ye] bireysel başvuruda bulunduğu sırada hakkında verilmiş bulunan yakalama emri nedeniyle yakalanarak özgürlüğünden mahrum bırakılma tehdidi altında bulunması nedeniyle onun geri çevrilemez bir zarardan korunması amacıyla mağdur olarak kabul edilmesi" gerektiğini belirtmiş, ancak daha sonra vermiş olduğu Galip Ögüt başvurusunda yine bu karara ve burada yer alan ifadelere doğrudan yer vermiş ancak bu kez yakalama emirlerinin henüz infaz edilmediği dönemde de kişiler üzerinde hürriyetten yoksun kalma bakımından bir tehdit oluşturabileceğini ancak bu konuların seyahat hürriyetiyle ilgili olabilecek

fiziksel özgürlük kavramına vurgu yapılmış ve güvencenin “fiziki olarak hürriyetinden yoksun bırakılmış kişiler bakımından getirildiği” ifade edilmiştir.⁵²⁶ Hatta AYM tarafından açıkça yakalama emirlerinin infaz edilmediği durumlarda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olmadığı da belirtilmiştir.⁵²⁷

Kanaatimizce kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında bir kişinin “yakalama emri nedeniyle yakalanarak özgürlüğünden mahrum bırakılma tehdidi altında bulunması”⁵²⁸ somut olaya göre değerlendirilebilecek bir durum olmakla birlikte, somut olayın özelinde seyahat özgürlüğü veya özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir. Nitekim burada önemli olan, yakalama emri de söz konusu olsa, yakalama nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılma halinin belirli bir süre ile sınırlanmış olmasıdır.

Gerek bir yakalama emrine dayanan yakalamada gerek doğrudan yapılan yakalamada belirlenmiş olan bu süreler sonunda yakalama işlemine son verilmesi gerekmektedir.⁵²⁹ Yakalama süresinin başlama ve bitme anı bu konuda tutulan tutanak ve

hususlar olduğunu ve konu bakımından bireysel başvurunun kapsamına girmediğini ifade etmiştir. Bkz. Fetih Ahmet Özer Başvurusu, no. 2013/6179, 20/03/2014, pr.30; karşı. Galip Ögüt Başvurusu, no. 2014/5863, 01/03/2017, pr. 39-40. Ayrıca konu ile ilgili değerlendirmeler için bkz. ŞİRİN, 2018, s.25 vd.

⁵²⁶ Galip Ögüt Başvurusu, no. 2014/5863, 01/03/2017, pr. 35. Ayrıca bkz. Hidayet Karaca Başvurusu, no. 2015/144, 14/7/2015, pr. 38; Mehmet Baydan Başvurusu, no. 2014/16308, 12/4/2018, pr.67.

⁵²⁷ Bkz. Galip Ögüt Başvurusu, no. 2014/5863, 1/3/2017, pr. 41; Hidayet Karaca Başvurusu, no. 2015/144, 14/7/2015, pr. 39.

⁵²⁸ Fetih Ahmet Özer Başvurusu, no. 2013/6179, 20/03/2014, pr.30.

⁵²⁹ Bu konuda ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm altında “7. Hakim Önüne Çıkma Hakkı”, s.291vd. Ayrıca öğretide de CMK md.94’de yer alan yirmidört saatlik sürenin gözetli süresi olup olmadığı ve hukuki niteliğinin tartışmaya açık olduğu belirtilmiştir. Bu konudaki tespit ve ayrıntılı değerlendirmeler için Bkz. ÖZEN, 2019, s.613, 622 vd.

yapılan işlemlerle ispatlanabilecektir.⁵³⁰ Ayrıca yakalamanın “gündüz” veya “gece” yapılması arasında bir fark da söz konusu değildir.⁵³¹

Yakalama anının başlaması ve bitmesi CMK kapsamında bu şekilde özetlenebilirse de, genel olarak yakalamada süre konusunun kanunda düzenlenmemiş olması sorunludur ve öğretide de eleştirilmektedir.⁵³² Bu kapsamda yakalama süresinin ne kadar olabileceği, özellikle de çok kısa süreli özgürlük kısıtlamalarının da yakalama sayılıp sayılamayacağı⁵³³ ve asgari hangi andan itibaren yakalamanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında korunacağı konusu da ele alınmalıdır. Yakalama kavramı aslında niteliği gereği çok kısadır, ancak durdurma gibi bazı işlemler ile yakalama arasında süre konusunda özellikle AİHS kapsamında ince bir çizgi bulunmaktadır.

Sözleşme’ye taraf olan pek çok devlette olduğu gibi Türkiye bakımından da kısa süreli olarak polis tarafından özgürlükten yoksun bırakma işleminin yapılmasının yasal bir düzenlemesi olduğu ve idari pratik olarak da bunun uygulandığı söylenebilir. Ancak bu işlemler ile yakalama koruma tedbirinde süre konusunda açık bir belirlemenin olmaması karmaşık sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilmekte, bu işlemler koruma

⁵³⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm altında “6. Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Denetimi”, s.278vd.

⁵³¹ Benzer görüş için bkz. ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s.41; GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.385. Bu konudaki ayrıntılı tespitler ve yakalamanın arama ile ilişkisi konusunda bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s.381.

⁵³² Örneğin öğretide herkesin yakalama yapabilmesi halinde, yakalananın ne zamana kadar kime teslim edileceğinin düzenlenmeyişi bir eksiklik olarak nitelendirilmiş ve yakalandıktan sonra gözaltına kadar geçecek süre açısından bir üst sınır konulması gerektiği, örneğin savcının önüne çıkmak için 3,5 veya 8 saat gibi azami bir süre konulması gerektiği ve bu sürenin de yine gözaltı süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 367-369.

⁵³³ Çok kısa süreli özgürlük kısıtlamalarının yakalama sayılamayacağı görüşü için bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.313.

tedbiri olan yakalama ile karışabilecek olan uygulamalara neden olabilmektedir.⁵³⁴ AİHM tarafından da bu hususta ince bir ayırım ortaya konmaktadır.

AİHM içtihadı uyarınca kural olarak çok kısa süreli özgürlük kısıtlamalarının da Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında değerdendirilebileceği ve somut olayın özelliğine göre Sözleşme'nin ihlaline de sebebiyet verilebileceği söylenmelidir. Bu kapsamda örneğin 55 dakika, bir saat, otuz dakika gibi sürelerle özgürlüğünden yoksun kalan kişilerin durumları md. 5 içerisinde değerdendirilmiştir.⁵³⁵ AİHM, kural olarak, somut olayın koşulları içinde durdurma, yakalama gibi çeşitli şekillerde adlandırılan işlemlerin AİHS'nin 5. maddesi kapsamında bir özgürlük kısıtlaması olup olmadığını incelemektedir.⁵³⁶ Daha sonra da vardığı sonuç kapsamında Sözleşme'de yer alan istisnai şartları bir ihlal olup olmadığı konusunda incelemeye almaktadır.⁵³⁷

⁵³⁴ Bu konuyu iki farklı açıdan ele alan ve öğretilerde yer alan görüşlere de değinen bir değerdendirme için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 416-417.

⁵³⁵ Örneğin kimliğin tespiti için bireyin karakola götürölmesi ve 55 dakika özgürlükten yoksun kalma durumu Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında ele alınmıştır. Bkz. Novotka v. Slovakya, no. 47244/99, 4 Kasım 2003. Ayrıca sırasıyla bir saat ve otuz dakika boyunca tutulan kişilerin durumları da Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında ele alınmıştır. Bkz. Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013; Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010.

⁵³⁶ “Eğer bir polis memuru, bir kimseye birkaç soruyu cevaplamak üzere kendisini emniyet amirliğine kadar takip etmesini isterse bu aşamada kişinin kaybettiği yarım saat, muhtemelen Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında bir yakalama olmayacaktır, ancak yine de bu durum eğer kişi kelepçelenirse farklı olabilecektir.” Bkz. TRECHSEL, 2006, s. 416. Bkz. X v. Almanya, no. 8819/79, 19 Mart 1981.

⁵³⁷ AİHM, bu konuda genel olarak Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin yaklaşımını sergilemekte ve örneğin öncelikle ulusal hukuklarda yasal düzenleme olup olmadığını ele almaktadır. Örneğin bkz. K.-F. v. Almanya, no. 25629/94, 27 Kasım 1997, pr. 72-73 ve Akalın v. Türkiye, no. 77097/01, 30 Ocak 2007, pr. 25.

Bu değerlendirmeler ışığında, ulusal hukukumuz bakımından kanaatimizce yakalamanın özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanmasına neden olduğu gözetilmeli ve süre çok kısa dahi olsa bu işlemin Sözleşme'nin 5. maddesinde ve Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan güvence kapsamında olduğu dikkate alınmalıdır. Bu konudaki AYM yaklaşımının da sayısı çok fazla olmamakla birlikte AİHM içtihadına paralel ilerlediğini söylemek mümkündür. Süre konusu AYM tarafından, belirli bir sınırlama yapılmamış işe de genel nitelikte somut olaya göre değişebilecek şekilde ve “en azından rahatsızlık verecek uzunlukta bir süre boyunca” belirli bir yerde “fiziki olarak tutulma” şeklinde ifade edilmiştir.⁵³⁸

Ayrıca özgürlükten yoksun bırakma işleminin, kavramsal olarak durdurma, yakalama gözaltı gibi anlamlarından da bağımsız olduğu vurgulanmalıdır. Örneğin kişinin yakalanmasından, gözaltına alınmasından veya tutuklanmasından bahsedilmesinin olanaklı bulunmadığı olaylarda dahi kısa bir süre için de olsa -örneğin Polis Merkezinde tutulma halinde- Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık söz konusu olabilir ayrıca sürenin kısalığına rağmen kişilerin rızaları dışında kamu görevlilerinin kontrolü altında olduğu hallerde Anayasa'nın 19. maddesi uygulanabilir niteliktedir.⁵³⁹

Bu itibarla AYM tarafından da AİHM içtihadına benzer yaklaşımın benimsendiği söylenmelidir. Benzer durum elbette sürenin uzamaması gerektiği konusunda da olmalı ve yine yakalamanın niteliği gereği zaten “kısa” bir süreyi gerektirmesi de nazara alınmalı ve AİHS'nin ihlaline sebebiyet verilmemesi açısından da AİHM'nin bu konudaki içtihadı dikkate alınmalıdır.

⁵³⁸ Bkz. Galip Öğüt Başvurusu, no. 2014/5863, 1/3/2017, pr. 34.

⁵³⁹ Mehmet Baydan Başvurusu, no. 2014/16308, 12/4/2018, pr.75-79.

Ulusal hukukumuzun AİHS kapsamında bu konuda sorun yaşamasının daha çok uygulama nedeniyle ortaya çıktığı kanaatindeyiz; örneğin herkes tarafından yakalama yapılabilen bir durumda kişinin yakalanması, daha sonra olay yerine kolluk kuvvetlerinin gelmesinin beklenmesi ve daha sonra da polis merkezine gidilerek işlemlerin yapılması uzun bir sürenin geçmesine neden olabilmektedir. Azami süre konusunda CMK’da birkaç saati geçmeyecek şekilde bir düzenleme yapılması ya da “en kısa sürede” gibi ifadelerle konuya vurgu yapılarak yakalamada süre konusunda uygulamada yaşanan sorunların giderilmesi konusunda en azından hasasiyet noktasında bir vurgu yapılması faydalı olmakla birlikte kanaatimizce AİHS gereğince bu konuda kanunda açık bir düzenleme yapılmasına, bir diğer deyişle yakalamanın asgari veya azami süresinin ne kadar olduğunun belirtilmesine gerek yoktur.

Bununla beraber, mevcut durumda da aslında AİHS’ye ya da AİHM içtihadına açık bir aykırılık durumu söz konusu değildir. Bu konuda AİHM içtihadının uygun yorum yöntemiyle dikkate alınması mümkündür. Yakalamada geçecek sürenin her somut olayın koşulları içinde makul olarak gözetilmesi ve kişinin derhal ilgili adli merci huzuruna çıkarılması ve hakkında gerekli işlemlere başlanması gerekmektedir. Bu sağlandığı takdirde özgürlük kısıtlaması süre bakımından AİHS’yi ihlal etmeyecektir.

Burada ayrıca bir hususun daha belirtilmesinde fayda bulunmaktadır: yakalama süresinin gözaltı süresi ile toplanarak değerlendirilmesi ve kişinin her halukarda bu azami süre kadar vakti olduğu gibi bir değerlendirme yapılması da yanlıştır. Her somut olayın koşulları içinde kişi hakkında gerekli işlemler derhal yapılmalı ve bu süre beklenmemelidir. Azami bir sürenin bulunması durumunda, geçen süre bu azami süre sınırının içinde kalsa dahi, somut olayın koşulları içinde işlem AİHS’yi ihlal edebilecektir.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ Bkz. “2. Gözaltı” başlığı altında “D. Süre”, s.199vd.

2. Gözaltı

A. Kavram ve Amaç

Gözaltı, koruma tedbirlerinde yer alan ortak özellikleri bünyesinde taşıyan, özellikle de “soruşturma yönünden zorunlu olma” ve “kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı” halinde,⁵⁴¹ yakalanmış olan kişinin yetkili merci kararıyla belirli bir süre özgürlüğünden yoksun kalmasıdır.

Gözaltı CMK’da yer alan bir kavram olup gözaltı hakkında CMK’da oldukça ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte gözaltının kavram olarak açık bir tanımı CMK’da yer almamaktadır. CMK’da bu konu, Dördüncü Kısım Birinci Bölümde “yakalama ve gözaltı” üst başlığı ile 91-99. maddeler arasında düzenlenmiştir.⁵⁴² Kişinin gözaltına alınması 91. maddede ayrı bir “koruma tedbiri” olarak yer almaktadır ve bu konuda CMK’da oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş ise de bir kavram tanımlaması yoktur.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nde bu yönetmelik kapsamında gözaltının anlamının ne olduğu bir tanımlama yapılarak ifade edilmiştir. Buna göre gözaltına alma; “Kanunun verdiği yetkiye göre, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hakim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasını” ifade eder.⁵⁴³

⁵⁴¹ CMK md. 91/2.

⁵⁴² CMK’da gözaltı kavramının bu bölümde yer alan maddeler dışında doğrudan kullanıldığı çeşitli başka maddeler de vardır. Örneğin CMK md. 118, 141, 143, 144, 154, 170, 232. Bu konulara çalışmanın ilgili bölümlerinde yeri geldikçe değinilecektir.

⁵⁴³ Bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin tanımlar başlıklı 4. maddesi.

Öğretide de özellikle CMK’da yer alan ifadelere ve gözaltı koruma tedbirinin koşullarına değinilerek benzer tanımlar yapılmış olduğu görülmektedir.⁵⁴⁴ Gözaltı kısaca yakalanan kimsenin durumu olarak⁵⁴⁵ ya da bir anlamda yakalamanın en önemli sonucu olarak da nitelendirilebilir.⁵⁴⁶

Gözaltı kavramı konusunda Anayasa ve AİHS düzenlemeleri incelendiğinde, Anayasa ve AİHS’nin bizzat kavram olarak olmasa da genel olarak bu konuda büyük ölçüde paralel düzenlemeler içerdikleri anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, her iki metinde CMK’da yer alan gözaltı koruma tedbirinin tam olarak tek bir kavrama karşılık geldiğini söylemek güçtür. Anayasa’nın özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen maddesinde ya da başka herhangi bir maddesinde “gözaltı” kavramı kullanılmamıştır. Bu durum, aslında Anayasa’nın ve AİHS’nin bu konuyu benzer şekilde düzenlemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Anayasa’da ve AİHS’de ceza hukuku anlamında teknik bir terim olan gözaltı kavramı kullanılmamış ise de, kullanılan birtakım kavramlar aslında gözaltı ile ilgili düzenlemeleri dolaylı olarak ifade etmektedir. Bu kapsamda, kanaatimizce Anayasa md. 19’daki “yakalama ve tutuklama” ile, esas olarak, AİHS md. 5’teki “yakalama ve tutulma” birbirini karşılamaktadır. AİHS md. 5’teki İngilizcesiyle “arrest and detention”

⁵⁴⁴ Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 329 vd; ŞAHİN, 2018, s. 285; ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 294 vd; TOROSLU – FEYZİOĞLU, 2019, s. 276 vd. Ayrıca CMK’nın gözaltı ile ilgili 91. maddesine eklenen 4. fıkra da her ne kadar gözaltı kavramı kullanılmış ise de öğretilerde bu durum eleştirilmiş ve kanun gözaltı ifadesini kullanmış ise de kolluk amirinin yaptığı bu işlem için “nezarete alma” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağı dile getirilmiştir. Bkz. SOYASLAN, 2018, s.327.

⁵⁴⁵ Öğretilerde “Yakalanan kimsenin durumuna “gözaltına alma” veya “nezaret altında bulundurma” denir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. KUNTER, 1978, s.508 ve KUNTER – YENİSEY, 2000, s.654.

⁵⁴⁶ ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 368. Gözaltına alma daima yakalama üzerine olur (Bkz. KUNTER – YENİSEY, 2000, s.655) Buna karşın yakalama işleminin zorunlu olarak kişinin gözaltına alınmasını gerektirmediği de hatırlanmalıdır. Bkz. PARLAR – ÖZTÜRK, 2019, s.67.

ve Fransızcayla “d’une arrestation ou d’une détention” kavramları geniş anlama sahip olan kavramlardır. İngilizcesiyle “detention” kavramı çok daha geniş bir şekilde gözaltı ve tutuklamayı da kapsayacak şekilde kullanılan bir terimdir”.⁵⁴⁷ Benzer durum Fransızcasıyla “d’une détention” kavramının Fransızcadaki karşılığı bakımından da geçerlidir.

Bu itibarla da Anayasa md. 19’daki “yakalama ve tutuklama” ile AİHS md. 5’teki “yakalama ve tutulma” esas olarak birbirini karşılarsa da gözaltının anayasal anlamda bu iki kavramdan hangisine gireceğinin belirlenmesi gerekir. Bu konuda teknik bir terim olan gözaltı anayasal anlamda Anayasa’nın 19. maddesinde yer alan ve AİHS md. 5 karşılığı olan “yakalama ve tutuklama” kavramlarından tutuklama içinde değerlendirilebilirdi. Özellikle de gözaltına alınan kişilerin hakları konusunda Anayasa’da kullanılan “yakalama ya da tutuklama” kavramlarının, AİHS’de kullanılan “yakalama ve tutulma” kavramının kapsamında değerlendirilebileceği ve gözaltının da anayasal anlamda “tutuklama” kavramının kapsamında ele alınabileceği kanaatindeyiz.⁵⁴⁸

AYM tarafından çok yakın tarihli bir kararda ise bu konu net bir şekilde çözümlenmiştir. Yakalama kavramı tanımlanırken değinildiği üzere AYM tarafından yakalama kavramının özerk bir anlama sahip olduğu ve anayasal anlamda yakalamanın 5271 sayılı CMK kapsamındaki yakalama müessesesinden daha geniş bir içeriğe sahip olduğu vurgulanmıştır.⁵⁴⁹ AYM tarafından; “Bu bağlamda Anayasa’nın 19. maddesinde

⁵⁴⁷ KAYA GÖÇMEN, (2016), s. 1757, dn. 16.

⁵⁴⁸ Örneğin gözaltı süresi ile ilgili olan 19. maddedeki “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 hâkim önüne çıkarılır” şeklindeki hükümde yer alan kavram içinde aslında gözaltı vardır.

⁵⁴⁹ Bu konuda bkz. “1. Yakalama” başlığı altında “A. Kavram ve Amaç”, s.130vd.

düzenlenen yakalama kurumunun 5271 sayılı Kanun'daki gözüaltını da kapsadığı söylenebilir.”⁵⁵⁰ şeklindeki ifade ile gözüaltının tutuklama/tutulma (detention/d'une détention) kavramlarının içerisinde değil yakalama kavramının içerisinde olduğu ifade edilmiştir.

Bununla beraber ister yukarıda zikrettiğimiz görüşümüz ister AYM'nin kararı dikkate alınsın aslında bu konu daha çok teorik bir tartışmadır, çünkü AİHM ve AYM tarafından da kabul edildiği üzere AİHS md. 5'teki bu kavramlar “özerk kavramlar” olduğundan ulusal hukuktan bağımsız şekilde anlam kazanacaktır.

Bu konudaki AİHM kararları incelendiğinde, özgürlükten yoksun bırakma durumunu devletin kavramsal olarak nasıl nitelendirdiğinin önemli olmadığı da net bir şekilde görülmektedir. Bir diğer deyişle ulusal makamlar ya da mevzuat bir fiili gözüaltı işlemi olarak nitelendirmese ya da tam tersi gözüaltı olarak nitelendirse, ancak tam olarak gerekli koşullar sağlanmasa bile AİHM, bu yöndeki ihlal iddialarında somut olaylarda bir kişinin durumunun özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması kapsamında olup olmadığını değerlendirmeye almaktadır. Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakma konusundaki değerlendirmesi için mutlak bir şekilde devletin bir somut durumu nitelendirmesi ya da nitelendirmemesi konusunun gerekli olmadığını vurgulamaktadır.⁵⁵¹

Dolayısıyla ulusal makamlar kişilerin yakalanmadığı veya gözüaltına alınmadığı şeklinde değerlendirme yapsalar dahi, bu durum kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmadığı anlamına gelmemekte ve somut durum, Sözleşme kapsamında yapılan incelemede özgürlükten yoksun bırakma hali olarak dikkate alınabilmektedir.⁵⁵²

⁵⁵⁰ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.49.

⁵⁵¹ Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013, pr. 32.

⁵⁵² Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013, pr. 32.

AYM, “olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder” demektedir⁵⁵³, yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili çeşitli şikayetlerde hatta kişinin yakalanmasından, gözaltına alınmasından veya tutuklanmasından bahsedilmesinin olanaklı bulunmadığı olaylarda dahi şikayetin özüne göre, Anayasa’nın 19. maddesinin ilgili fıkralarına göre inceleme yapılmakta ve kavramlar AİHM içtihadına paralel şekilde yorumlanmaktadır.⁵⁵⁴

Gözaltı kavramını Anayasa, AİHS, AİHM ve AYM açısından kavramsal olarak netleştirmek güç olsa da, gözaltına alma işleminin amacının dikkate alınmasıyla konu biraz daha açıklanabilir. Gözaltı koruma tedbirinin amacı, genel olarak koruma tedbirleri ile ulaşılmak istenen ortak amaçla aynıdır ve özel olarak da yakalanan kişinin soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi ve tamamlanabilmesi için kişinin resmi mercilerde tutularak bu işlemlerin gecikmeksizin yerine getirilebilmesinin sağlanmasıdır.

Madde metninde de kişinin “soruşturmanın tamamlanması için” gözaltına alınmasına karar verilebileceği düzenlenmiş ve bu amaca vurgu yapılmıştır.⁵⁵⁵ Nitekim kişi gözaltındayken hakkında pek çok soruşturma işlemi de yapılır, örneğin kişinin ifadesinin alınması, sorgusunun yapılması, kimlik tespiti, teşhis, yer gösterme gibi işlemler gözaltı koruma tedbirinin amacını gerçekleştirmeye yönelik yapılan işlemlerdendir.⁵⁵⁶ AİHS’ye göre de gözaltının (tutulmanın) amacının “yetkili adli

⁵⁵³ Tahir Canan Başvurusu, no. 2012/969, 18/9/2013, pr.16.

⁵⁵⁴ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.41; Mehmet Baydan Başvurusu, no. 2014/16308, 12/4/2018, pr.61-62; M.E. Başvurusu, no.2018/696, 9/5/2019 pr.42-43.

⁵⁵⁵ CMK md.91/1.

⁵⁵⁶ Bu konuda bkz. AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3: Bülent Yurt’un Anısına, 2008, s. 51-82; ÖZEN, 2019, s.617.

merciler önüne çıkarılma” olduğu sonucuna varılmakta ve bu durum AİHM’nin yerleşmiş kararlarında da tekrar edilmektedir.⁵⁵⁷

Bu amaçlar dışında gözetli işlemi uygulanması Sözleşme’nin ihlaline sebebiyet verecektir. Gözetli tedbirinin bu amaçlar dışında örneğin “cezalendirme amacıyla” uygulanamayacağı AİHM tarafından da son zamanlarda vurgulanmaktadır. Nitekim AİHM tarafından da keyfilik vurgusu ile cezalandırılma amacını taşıdığı saptanan gözetli işlemlerinde ihlal kararları verilmiştir.⁵⁵⁸

Burada vurgulanması gereken konu gözetli koruma tedbirine karar verilmesi ve uygulanma aşamasında bu amacın mevcut olmasıdır. Daha sonradan bu amaç gerçekleştirilmezse örneğin kişinin yetkili merci huzuruna çıkarılmasının gerekli olmadığı görülürse kişi, serbest bırakılır ve tek başına bu durum Sözleşme’nin ihlali anlamına gelmeyecektir.

B. Çeşitleri

Gözetli kavramının çeşitleri ve sınıflandırılması ile ilgili olarak çeşitli kanunlarda farklı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden bir kısmı teknik anlamda bir koruma tedbirini ifade etmemekle birlikte, bir kısmı ise CMK’da yer alan koruma tedbiri olan gözetlinin usul ve koşullarında birtakım farklılık öngörmektedir.

Gözetli ile ilgili düzenlemeler, CMK’nın yanı sıra çeşitli özel kanunlarda da yer almaktadır.⁵⁵⁹ Gözetli ile ilgili olarak, tıpkı yakalama koruma tedbirinde olduğu gibi,

⁵⁵⁷ AİHS md. 5/1-c, ayrıca AİHS md.18. Bu konuda bkz. Ostendorf v. Almanya, no. 15598/08, 7 Mart 2013, pr. 67.

⁵⁵⁸ Hüseyinli ve diğerleri v. Azerbaycan, no. 67360/11, 67964/11 ve 69379/11, 11 Şubat 2016, pr.147; İbrahimov ve diğerleri v. Azerbaycan, no. 69234/11, 69252/11 ve 69335/11, 11 Şubat 2016, pr. 127.

⁵⁵⁹ Bu koruma tedbiri ile ilgili olan CMK’nın 91. maddesi dışında yine CMK’da başka düzenlemelerin / işlemlerin gözetli olup olmadığı konusunda farklı görüşler dile getirilmiştir. Örneğin bkz. ŞAHİN,

PVSK ve Kabahatler Kanunu gibi çeşitli kanunlarda, CMK'daki koruma tedbiri olan gözaltıdan farklı şekilde düzenlemeler vardır.⁵⁶⁰ Ayrıca kişi bakımından da özellik arz eden durumlar söz konusu olup ilgili özel kanunlarda ayrı düzenlemeler mevcuttur, örneğin; dokunulmazlık sahibi olanlar⁵⁶¹, yüksek yargı mensupları, hakim ve savcılar, avukatlar noterler, üniversite öğretim üyeleri, askerler ile ilgili özellik arz eden durumlar söz konusudur.⁵⁶² Bunun yanı sıra Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) gibi kanunlarda yer alan gözaltına ilişkin hükümler ise, CMK kapsamındaki koruma tedbirinin belirli koşullarda farklı usul ve/veya sürelerle tabi olmasını düzenlemiştir.⁵⁶³

2018, s. 286. Özel kanunlar bakımından da PVSK md. 13-1/e ve 4a ile ilgili olarak bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 380, 383.

⁵⁶⁰ Örneğin burada, gözaltına alınma nedeni, amaç farklı olmakla birlikte gözaltı kararı verme konusundaki yetki ve usul hükümleri bakımından doğrudan CMK'ya atıf yapılmıştır. Bkz. PVSK'nın “Durdurma ve kimlik sorma” başlıklı 4/A maddesi, Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesi. Ayrıca aslında idari anlamda yapılan birtakım işlemlerin zaman zaman farklı olarak nitelendirilmeleri ve çalışmanın kapsamının CMK kapsamında bir koruma tedbiri olan gözaltı olması nedeniyle bu konuda yakalama ile ilgili dile getirmiş olduğumuz genel tespitleri tekrarlıyoruz. Bkz. “1. Yakalama” başlığı altında “a. Çeşitli Kanunlarda Yer Alan Yakalama Çeşitleri”, s.141vd. Ayrıca bu konuda bkz. ALDEMİR, 2018. Ayrıca önleyici gözaltı ile ilgili örneğin bkz. CEYHAN Murat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Önleyici Gözaltı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

⁵⁶¹ 1982 Anayasası md.105; md.83; Viyana Sözleşmesi ve ilgili Bakanlar Kurulu Kararnamesi, bu konuda bkz. “1. Yakalama” başlığı altında “C. Koşulları”, s.148vd.

⁵⁶² Bu konuda bkz. ALDEMİR, 2018, s.85-96.

⁵⁶³ Bkz. 5395 sayılı ÇKK'nın 16. maddesine göre gözaltına alınan çocukların, kolluğun çocuk biriminde tutulması gerekir ve kolluğun çocuk biriminin bulunmadığı yerlerde çocuklar, gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulmalıdır. Ayrıca ÇKK'da soruşturma usulü ile ilgili düzenlenmiş özel hükümlerin gözaltı koruma tedbirinin gerek karar verilme gerek uygulanma aşamasında geçerli olması/dikkate alınması gerekir. Örneğin md.15'de yer aldığı şekilde soruşturmanın özel şekilde yürütülmesi veya md.4 ve 5'de yer alan ilke ve tedbirlerin uygulanması gibi.

Gözaltı işleminin hangi kanuna yahut da hangi koşullara bağlı olduğundan bağımsız şekilde, bu işlem ile özgürlük ve güvenlik hakkına bir müdahale söz konusu olduğu için tüm bu durumlar Anayasa ve AİHS kapsamında güvence altındadır. Yasal mevzuatta bu işlemlerin nasıl nitelendirildiği de önemli değildir. Önemli olan, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu ve bunun ancak belirli şartlar dahilinde istisnai olarak sınırlanabileceğidir. Bu nedenle de bu tür gözaltı işlemleri de AYM ve AİHM kararlarında Anayasa ve Sözleşme kapsamında incelenmektedir.⁵⁶⁴

C. Koşulları

Gözaltı koruma tedbirinin koşulları incelenirken öncelikle gözaltı kararı verilebilmesi için gerekli olan ve CMK’da açıkça yer alan koşullar, Anayasa ve AİHS çerçevesinde incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle “bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması” koşulu⁵⁶⁵ ve “kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı” koşulu⁵⁶⁶ ele alınacak, ardından da toplu suçlarla ilgili olarak CMK’da yer alan iki ek koşula ve suçüstü haliyle sınırlı olmak üzere belirli suç tipleri bakımından “şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda”⁵⁶⁷ verilen gözaltı kararlarındaki ilave koşullara değinilecektir. Daha sonra da gözaltı kararı ile ilgili diğer usuli koşullara yer verilecektir.

⁵⁶⁴ Örneğin bkz. Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye, no. 30471/08, 22 Eylül 2009; İbrahimov ve diğerleri v. Azerbaycan, no. 69234/11, 69252/11 ve 69335/11, 11 Şubat 2016, pr. 127; M.E. Başvurusu, no.2018/696, 9/5/2019 pr.42vd; Ayrıca krş. Mehmet Baydan Başvurusu, no. 2014/16308, 12/4/2018, pr.61vd.

⁵⁶⁵ CMK md. 91/2.

⁵⁶⁶ CMK md. 91/2.

⁵⁶⁷ CMK md. 91/4.

CMK’da gözaltı koşullarının ne şekilde düzenlendiği incelendiğinde, öncelikle birtakım koşullara Kanun’da ayrıca yer verilmiş olduğu görülmekte ve gözaltı kararı verilmesi ve bunun uzatılmasına ilişkin koşullar bakımından da toplu suçlar ve suçüstü halleriyle ilgili olarak ek koşullara yer verildiği anlaşılmaktadır.⁵⁶⁸

CMK’ya göre gözaltına alınanın birarada bulunması gereken iki koşulu vardır. İlk olarak, “bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması” ve ikinci olarak da “kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı” gereklidir.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ Toplu suç; aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçu ifade eder. (CMK md.2/1-k) Suçüstü (CMK md.2/1-j) için ayrıca bkz. “1. Yakalama” başlığı altında “C. Koşulları”, “a. Herkes Tarafından Yapılan Yakalama Koşulları”, s.149vd. Ayrıca suçüstü kavramı, devlet memurları hakkında koruma tedbirlerinin uygulanması ve bu kişilerin yargılanmasında “suçüstü” hali ile ilgili Yargıtay kararları ve AYM’nin bu konudaki tespit ve değerlendirmeleri için bkz. Alparslan Altan Başvurusu, no. 2016/15586, 11/1/2018, pr. 68-71 ve 115vd. AİHM’nin bu konu hakkındaki tespit ve değerlendirmelerinde ise suçüstü kavramı mevzuat ve Türk Mahkemelerinin kararları ile birlikte yorumlanmış ve netice olarak AİHM tarafından ulusal mahkemelerin suçüstü kavramının kapsamını genişlettiği yorumu yapılmıştır. Bkz. Alparslan Altan v. Türkiye, no. 12778/17, 16 Nisan 2019, pr. 115. Ancak AİHM tarafından verilen bu karar, özellikle de ikincilik ilkesi ve ulusal mevzuatın yorumu konularında oldukça tartışmalıdır. Bu konuda bkz.”A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Temel Yapısı”, s. 54vd.

⁵⁶⁹ CMK md. 91/2. Bu çalışmanın yazım aşamasında gözaltı koruma tedbirinin bu ikinci koşulunda önemli bir değişiklik yapılmıştır. Maddenin bir önceki düzenlemesinde yer alan kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı koşulu, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile değişmiştir. Maddede yer alan “işlediğini düşündürebilecek emarelerin” ibaresi “işlediği şüphesini gösteren somut delillerin” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklik maddesi ile ilgili taslağın gerekçesinde de; “...Soruşturma için zorunlu olması halinde, sadece "kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin" varlığına dayanarak basit bir şüpheyile kişilerin gözaltına alınması, uygulamada pek çok mağduriyetlere ve hak ihlallerine yol açabilmektedir.” denilmiş, ayrıca “...sadece "kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin" varlığına dayanarak gözaltı kararı veremeyecek, gözaltı kararı verebilmek için "bir suçun işlendiğini gösteren somut delillere" dayanmak zorunda kalacaktır.” vurgusu

Ayrıca toplu suçlarda gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin karar verilirken alternatifli olarak iki ek koşul daha aranmaktadır, bunlar, “delillerin toplanmasında güçlük” veya “şüpheli sayısının çokluğu”dur.⁵⁷⁰

Bir diğer özel koşul düzenlemesi de; suçüstü hallerinde kanunda belirtilen belli suç tipleri ile ilgili olarak ve kanunda belirtilen amaca yönelik olarak mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yapılan gözaltı ile ilgilidir.⁵⁷¹ Buna göre öncelikle bir suçüstü hali olma koşulu vardır ayrıca ilgili maddede yer alan suçlar bakımından da bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre ilgili maddede yer alan bir kısım suç tipi ile⁵⁷² “şiddet

yapılmıştır. Komisyon tarafından değişiklik gerekçesinde de ilgili maddeye “açıklık getirilmesi amacıyla” maddenin değiştirilmiş olduğu belirtilmiştir. Bkz.

http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl

state=12sxkyca55_4&pkanunlarno=148569&pkanunnumarasi=6526>, [Erişim Tarihi: 31.08.2019.]

Nitekim gözaltı tedbirinde delil yerine emareden söz edilmesinin doğru olmadığı öğretilde eleştirilmekte idi.bkz. YURTCAN, 2018, s.353. Ayrıca bu değişikliğin Türk ceza yargılaması sistemi açısından ileri bir adım olduğu, yasama ile doktrinin ortak başarısı olduğu şeklindeki değerlendirmeler için bkz. YURTCAN, 2019, s.280.

⁵⁷⁰ Ancak öğretilde, CMK md. 91/3’te sadece şüpheli sayısının çokluğunun gözaltı süresinin uzatılması için bağımsız bir neden olarak kabul edilmesi eleştirilmiş ve delillerin toplanmasındaki güçlüğü yeterli olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 374.

⁵⁷¹ Bu düzenleme çalışmanın yazım aşamasında CMK’nın 91. maddesine 27 Mart 2015 tarih ve 6638 sayılı Kanun’un 13. maddesi ile eklenmiştir. (Bkz. İlgili Resmi Gazete Tarih 4.04.2015, Sayı: 29316.)

⁵⁷² Bu suçlar şunlardır; Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; Kasten öldürme (madde 81, 82), taksirle öldürme (madde 85), Kasten yaralama (madde 86, 87), Cinsel saldırı (madde 102), Çocukların cinsel istismarı (madde 103), Hırsızlık (madde 141, 142), Yağma (madde 148, 149), Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195), Fuhuş (madde 227), Kötü muamele (madde 232) suçları, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda yer alan suçlar, 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar, 10/6/1949 tarihli ve

olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda” gözaltı süresi bakımından ayrı koşullar düzenlenmiştir.⁵⁷³

Bu koşullar öğretide çeşitli açılardan eleştirilmekte olup tarafımızdan bu koşulların değerlendirilmesi AİHS’nin bu konudaki etkisi incelenirken yapılacaktır.⁵⁷⁴

Anayasa ve AİHS açısından ise, gözaltı koşullarının karşılıkları ya genel olarak çeşitli hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin nedenler arasında ya da yakalanan veya “tutulan” kişilerin hangi haklara sahip olduklarının düzenlendiği maddeler içinde karşımıza çıkmaktadır.⁵⁷⁵ AİHS düzenlemeleri ve gözaltı koruma tedbirinin koşulları konusunda AİHS’nin ne şekilde etkisi olduğu, bu koşullarla ilgili olarak tek tek, AİHM kararları ışığında biraz daha detaylı şekilde ele alınmalıdır.

Gözaltı koruma tedbirinin CMK’da yer alan ilk koşulu olan “bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması” koşulu⁵⁷⁶ AİHS açısından ele alındığında, bu koşulun koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden olduğu anlaşılmakta ve Sözleşme’nin çeşitli maddelerinde karşılık bulan bu koşulun AİHM tarafından da ayrıntılı şekilde

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’na dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme ve 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlardır.

⁵⁷³ CMK md. 91/4.

⁵⁷⁴ Öğretide gözültüne almanın koşulları 2015 tarihinde yapılan bu düzenlemeden önce de pek çok açıdan eleştirilmiştir. Bkz. YILDIZ, (2006), s. 190; TOROSLU – FEYZİOĞLU, 2019, s. 277. Ayrıca bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu (2016-2017), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017, s.434. Ayrıca bu konudaki tespit ve değerlendirmeler için bkz. YURTCAN, 2019, s.282-284.

⁵⁷⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, s.210vd.

⁵⁷⁶ CMK md. 91/2.

değerlendirmeye alındığı görülmektedir.⁵⁷⁷ AİHM tarafından bu koşul, örneğin koruma tedbirleri ile de bağlantılı olan Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde yer alan “demokratik toplumda belirli amaçlar için gerekli olma koşulu” kapsamında ele alınabilmektedir. Bu durumda, gözaltı koruma tedbiri ile ihlal edildiği iddia edilen hak ve özgürlük ile bağlantılı olarak doğrudan ve ayrı bir şekilde inceleme yapılmaktadır.

Bir diğer açıdan ise, bu zorunluluk koşulunun açıkça yer almadığı 5. maddenin ihlal edilmesinin gündeme geldiği durumlarda da AİHM tarafından zaman zaman bu gerekliliğe vurgu yapıldığı görülmektedir.⁵⁷⁸ AİHM, özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamındaki gereklilik konusuna Sözleşme'nin amacı ve bireylerin keyfilikten korunması noktalarından hareketle ulaşmaktadır.⁵⁷⁹

Bu değerlendirmeler ışığında kanaatimizce CMK'da gözaltı konusunda bu koşulun aranması ile CMK, AİHS'ye nazaran özgürlük ve güvenlik hakkına daha fazla güvence sağlamaktadır ve bu düzenlemenin daha koruyucu bir düzenlemeye sahip olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu düzenleme ile ulusal hukukumuz bakımından AİHM'nin dolaylı şekilde değerlendirme yapmasına gerek kalmamakta ve her olayda mutlaka bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin doğrudan saptanması sağlanmış olmaktadır. Bu itibarla da bu koşul gerçekleşmeden bir gözaltı kararı verilmesi veya bu kararın uygulanması ulusal hukukumuz bakımından AİHS'nin 5. maddesinin öncelikle “yasayla öngörülme” şartı bakımından ihlaline sebebiyet verecektir.

⁵⁷⁷ Bkz. “1. Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri” başlıklı kısım altında “B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri”, “h. Gecikmede Tehlike Bulunması”, s.43vd. Ayrıca Öğretide bu koşulun “oranlılık” olarak değerlendirildiği de görülmektedir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 313. Karş. “c. Ölçülülük”, s.29vd.

⁵⁷⁸ Bkz. N.C. v. İtalya, no. 24952/94, 11 Ocak 2001, pr. 41. Ayrıca bkz. TRECHSEL, 2006, s. 434-436.

⁵⁷⁹ N.C. v. İtalya, no. 24952/94, 11 Ocak 2001, pr. 41.

Gözaltı koruma tedbirinin CMK’da yer alan ikinci koşulu olan “kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı” koşulu⁵⁸⁰ AİHS kapsamında değerlendirildiğinde, AİHM’nin 5. madde ile ilgili olarak vurguladığı makul şüphe kriterlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.⁵⁸¹ Bu kapsamda AİHS md. 5/1-c’deki gerek “inandırıcı sebepler” gerek “makul gerekçeler” konusundaki içtihat bu koşul bakımından dikkate alınmalıdır.⁵⁸²

Hatta CMK’nın AİHS’ye göre bu konuda da özgürlük ve güvenlik hakkını daha koruyucu ve bu hususu pekiştici bir düzenleme yaptığı sonucuna vardığımızdan bu konuda CMK’da yer alan bu düzenleme nedeniyle yalnızca inandırıcı sebepler ve makul gerekçeler ile yetinilmemesi, dahası bizzat somut delillerin varlığına dayanılması, CMK’nın AİHS’ye nazaran öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Aksi durum Kanuna uygun olmayacak ve bu gerekçeyle AİHS’nin ihlaline sebebiyet verecektir.

Toplu suçlarda gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin karar verilirken aranan iki ek koşul, delillerin toplanmasında güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu koşulları ile suçüstü haliyle sınırlı olmak üzere belirli suç tipleri bakımından “şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda”⁵⁸³ verilen gözaltı kararlarındaki ilave koşullar AİHS açısından ele alındığında, AİHM’nin bu konuyu daha çok gözaltı süresi ve verilen gözaltı ya da tutuklama kararının uzatılması konuları ile bağlantılı olarak yaptığı değerlendirmelerde ele aldığı görülmektedir.

⁵⁸⁰ CMK md. 91/2.

⁵⁸¹ Bkz. Yakalama başlıklı kısım altında “C. Koşulları”, “c. Ortak Koşullar”, “aa. Genel Olarak Ortak Koşullar”, s.157vd.

⁵⁸² Örneğin bkz. Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991.

⁵⁸³ CMK md. 91/4.

AIHM, AIHS md. 5'teki özgürlükten yoksun bırakılma halinde “tutulma”nın makul bir süre içinde yargılanma veya bu süre içinde serbest bırakılmayı isteme hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirirken birtakım kriterleri dikkate almaktadır. AIHM’ye göre davanın karmaşıklığı uzun süreli bir tutulmayı haklı gösterebilir⁵⁸⁴ ya da bir diğer deyişle eğer dava karmaşık değilse devam eden tutma işlemi Sözleşme’nin 5/3. maddesinde yer alan hakkın da ihlaline sebebiyet verebilir.⁵⁸⁵ AIHM, burada pek çok kriteri dikkate almakta ve bir kısmının da tutma işlemini haklı gösterme konusunda tek başına yeterli olmadığını vurgulamaktadır. İşte bu kriterler arasında CMK’da ayrıca düzenlenmiş olan delillerin toplanmasında güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu koşulları da yer almaktadır.

Suçüstü hali ile belirli suçlar bakımından ayırım yapılması ise kanaatimizce özellikle de, AIHS md. 5/1-c’deki “suç işlenmesine ... engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı” hali, gecikmede tehlike bulunması hali ile ölçülülük ile bağlantılıdır.⁵⁸⁶ AIHM, özellikle suçlamanın ciddiyetini ve isnad edilen suçun karşılığı

⁵⁸⁴ Van Der Tang v. İspanya, no. 19382/92, 13 Temmuz 1995, pr. 75.

⁵⁸⁵ Scott v. İspanya, no. 21335/93, 18 Aralık 1996.

⁵⁸⁶ CMK’da yapılan bu değişikliğin gerekçesi ise eleştiriye açıktır. Nitekim değişiklik madde gerekçesinde mevcut düzenlemenin kolluğa suç soruşturmasında hiçbir inisiyatif vermediği, acele işlemlerin dahi yapılmasına engel teşkil ettiği belirtilmiş devamında da “özellikle suçüstü hallerinde, faillerin sadece ifadelerinin alınarak serbest bırakılması ve evrakın savcılığa gönderilmesi toplumda infial yaratabilmekte, bazen kasten yaralama gibi basit suçlardan büyük toplumsal olaylar meydana gelmektedir” denilmiştir. Bkz. <http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=vi52uppu5_4&pkanunlarno=169862&pkanunnumarasi=6638>, [Erişim Tarihi: 31.08.2019.] Kanaatimize göre ise, yetkili merci konusunda inisiyatifin verilmesi- verilmemesi konusundan ziyade ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve bu aşamada gecikmede tehlike bulunması hali ile gözetli koruma tedbiri ile ulaşılmak istenen amaç olan soruşturmanın tamamlanmasının sağlanması hususları dikkate alınmalıdır. Bir diğer yandan vurgulamak gerekir ki,

olan cezanın ağırlığını, özgürlükten yoksun bırakılmanın haklılığı konusunda etkenlerden yalnızca biri olarak görmektedir.⁵⁸⁷

Bu nedenlerle de AİHS'nin bu konudaki etkisi konusunda şu sonuçlara varmaktayız; CMK'da yer alan bu düzenlemenin bir bütün olarak tüm koşullarla birlikte AİHM içtihadı ışığında dikkate alınması gerekmektedir. Bu koşullar her bir somut olay bakımından titizlikle ele alınmalı ve her olayda öncelikle bu koşulların uygulanmasına niçin ihtiyaç duyulduğu ikna edici bir şekilde açıklanmalıdır. Bu koşullar AİHM kararları ışığında uygun yorum prensibi ile yorumlanmalıdır ve bu yapılırken de özellikle bunların tek başına gözaltı kararının kolluk amirince verilmesine veya gözaltı süresinin uzatılmasına haklı bir gerekçe olamayacağının gözetilmesi ve bu koşullarla birlikte genel olarak gözaltı tedbirine başvurulabilme koşullarının ve sürenin uzatılması için gerekli olan kriterlerin nazara alınması gerekmektedir.⁵⁸⁸ Bir diğer yandan burada Anayasa ile de vurgulanmış olan hakim kararının ve denetim imkanının mutlak surette uygulanması gerektiği de gözetilmelidir.⁵⁸⁹

CMK'da yer alan gözaltı tedbirine karar verilebilmesi için gerekli olan bu koşulların yanı sıra bir de gözaltı koruma tedbirininin, hem koruma tedbiri olmasından dolayı sahip olması gereken birtakım koşulları hem de usule ilişkin çeşitli koşulları bulunmaktadır. Bu itibarla da, öncelikle CMK'da açıkça yer almış olan gözaltı koşullarının yanı sıra gözaltına almanın koruma tedbiri olma özelliğinden kaynaklanan

buradaki durum istisnaidir ve ancak maddede belirtilen hallerle sınırlı olarak ve bu düzenleme ile ilgili varmış olduğumuz sonuç gereği AİHS'nin uygun yorum prensibi ile uygulama yapılmalıdır.

⁵⁸⁷ Bkz. Mamedova v. Rusya, no.7064/05, 1 Haziran 2006, pr.74; Getiren v. Türkiye, no.10301/03, 22 Temmuz 2008, pr.106; Mansur v. Türkiye, no.16026/90, 8 Haziran 1995, pr.52; Yağcı ve Sargın v. Türkiye, nos.16419/90, 16426/90, 8 Haziran 1995, pr.50-53.

⁵⁸⁸ Bkz. "D. Süre", s.199vd.

⁵⁸⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm altında "7. Hakim Önüne Çıkma Hakkı", s.291vd.

ve koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinde bahsi geçen koşulların da gözaltı koruma tedbirinde bulunması gerektiği hatırd tutulmalıdır.⁵⁹⁰ Daha sonra da usule ilişkin olarak hangi yetkili merci tarafından bu kararın verilmesi gerektiği ve bu gözaltı kararının nasıl verileceği konusundaki gereklilikler dikkate alınmalıdır.

Gözaltı koruma tedbiri, diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi ve AİHM içtihadı gereğince kural olarak bir karara dayanmak zorundadır⁵⁹¹ ancak bu kararın hangi merci tarafından ve nasıl verileceği konusu ise gözaltı bakımından ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır.

İlk olarak, yetkili merci konusu ele alındığında, gözaltı kararını verecek makamın CMK’da ya da Yönetmelikte ayrı bir başlık ile açıkça yer almadığı; 91. maddenin birinci bendinde “gözaltına alınmasına karar verilebilir” şeklinde bir ifade kullanıldığı, maddenin dördüncü bendinde, belirli şartlar altında ve belirli suçlar bakımından yapılan ayırımda ise “mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından” bu kararın verileceğinin belirtilmiş olduğu görülmektedir.⁵⁹²

Gözaltına almaya karar verecek olan makamın madde metninde doğrudan belirtilmiş olmaması konusunda öğretide çeşitli eleştiriler yapılmış⁵⁹³ ise de, CMK’nın

⁵⁹⁰ Bkz. Birinci Bölüm altında “1. Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri”, “B. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri”, s.13vd.

⁵⁹¹ AİHM, birçok davada kişilerin yargısal müzekkere ya da açık yasal düzenleme olmadan tutulmalarında 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. Jėčius v. Litvanya, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000. AİHM, bir başka kararında gözaltının bir karara dayanması ulusal hukukta öngörölmüş ise de sürenin dolmasını ihlal olarak görmüştür. Boicenco v. Moldova, no. 41088/05, 11 Temmuz 2006, pr. 152-154.

⁵⁹² Bkz. CMK md. 91/1; 91/4 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 13/1.

⁵⁹³ Örneğın öğretide gözaltı kararının CMK md. 91/1’de savcılık tarafından verileceğinin de açıkça belirtilmesi gerektiği görüşü dile getirilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 369. Yine Cumhuriyet savcısının serbest bırakma yönünde bir talimatı yoksa yakalanan kişinin kolluk tarafından gözaltına alınacağı, bu durumda savcının sözlü emrinin gözaltına alma için yeterli olduğu ve ancak serbest

gözaltı ile ilgili maddeleri bir bütün olarak incelendiğinde, karar verme yetkisinin kural olarak Cumhuriyet savcısında olduğu⁵⁹⁴ ve gecikmesinde sakınca olan hallerden bahisle dahi, kolluk görevlilerin gözaltı kararı verme yetkisinin olmadığı ancak bunun istisnasının da dördüncü bentte belirtildiği, buna göre mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirlerinin⁵⁹⁵ de istisnai olarak belirli şartlar altında gözaltı konusunda yetkili merci olabilecekleri sonucuna varılmaktadır.⁵⁹⁶ Anayasa’da ve AİHS’de ise açık bir yetkili merciden bahsedilmediği görülmektedir.

O halde gözaltı koruma tedbirinde karar veren yetkili mercinin CMK hükümleri dikkate alınarak Cumhuriyet Savcısı olmaması yahut da kanunda yer alan istisnai hallerde mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri olmaması, somut olayın koşulları içinde

bırakma kararı verilmemesi bir tür gözaltı kararı olarak nitelenecek olursa bu durumda kararın savcı tarafından verildiği, uygulamanın ise kolluk tarafından yerine getirildiğinin söylenebileceği” dile getirilmiştir. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 312. Ayrıca bu konuda bkz. ÖZEN, 2019, s.618.

⁵⁹⁴ Ceza muhakamesinde iddia makamı işlemlerinden savcı işlemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. OKUYUCU ERGÜN, 2015, s. 70-78.

⁵⁹⁵ Burada yetkili kolluk amiri, mülki amir tarafından belirlenecek olup söz konusu amirler de valiler ve kaymakamlardır. Bu konuda değerlendirmeler için bkz. SOYASLAN, 2018, s. 327.

⁵⁹⁶ Öğretide gözaltı ile ilgili düzenlemeler ve eklenen hüküm eleştirilmiş ve gözaltını başlatanın da bitirenin de savcı olması gerektiği; yeni düzenleme ile savcının, madde kapsamında bir gözaltı olayını başlatan değil bitiren yetkili olduğu ifade edilmiştir. Nitekim gözaltı tedbirinde delil yerine emareden söz edilmesinin doğru olmadığı öğretide eleştirilmekte idi.bkz. YURTCAN, 2018, s.358. Yetkili mercinin Cumhuriyet savcı olması, gözaltı kararında savcının şüpheliyi bizzat görerek vermesi sonrasında savcının yazılı emri kuralı getirilmesi ve CMK md.91/4 değişikliği ile savcıya haber dahi vermeden gözaltı uygulamasının kabul edilmesi eleştirilmiş, hakim kararıyla gözaltı uygulamasının uzun ömürlü olması temennisi öğretide dile getirilmiştir. Bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.337.

öncelikle AİHS md. 5'teki “yasanın öngördüğü usule uygun olmama” nedeniyle Sözleşmenin ihlaline sebebiyet verecektir.⁵⁹⁷

AİHM'nin bu konudaki kriterleri kapsamında savcılık makamının ve mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirlerinin AİHS'de yer alan güvenceleri sağlayabilecek nitelikte olup olmadığı konusu da ele alınmalıdır. Burada gözaltı kararının AİHM içtihadında belirlenen kriterler uyarınca hakim tarafından verilmesinin gerekip gerekmediği konusunda Sözleşme'nin 5/3. maddesinde yer alan hakları sağlamak koşuluyla ilk aşamada ve makul bir süre için gözaltı işleminin savcılık tarafından ya da kolluk amiri tarafından verilmesinin başlı başına bu gerekçeyle AİHS'yi ihlal etmediği söylenmelidir. Bununla birlikte, AİHM'nin belirlediği süreler⁵⁹⁸ sonunda kişinin “derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu” olup bu kişi Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amiri değildir.⁵⁹⁹

İkinci olarak, bir karara dayanmak zorunda olan ve Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amiri tarafından verilen bu gözaltı kararının nasıl verileceği konusu ele alınmalıdır. Bu konuda da iki önemli sorun karşımıza çıkmaktadır: Birincisi, bu kararın yazılı olarak verilmesinin gerekli olup olmadığı ve ikincisi, bu kararın ilgilinin huzurunda verilmesinin gerekliliği konusudur.

Birinci sorun bakımından gözaltı kararının yazılı olarak verilmesinin zorunlu olup olmadığının sorun yarattığı ve bu konuda öğretide de farklı görüşler dile getirildiği

⁵⁹⁷ 5271 sayılı Kanun döneminde jandarma tarafından gerçekleştirilen gözaltına alma işlemlerinin Cumhuriyet savcılığına bildirildiğine ve onun yetkisi dâhilinde bu işlemlerin yapıldığında ilişkin herhangi bir kayıt olmaması, Sözleşme'nin 5/1. maddesinde öngörülen yasayla öngörülme düzenlemesinin ihlaline sebebiyet vermiştir. Bkz. Elçi ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23145/93 ve 25091/94, 13 Kasım 2003, pr. 682.

⁵⁹⁸ Bkz. “D. Süre”, s.199vd.

⁵⁹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm altında “7. Hakim Önüne Çıkma Hakkı”, s.291vd.

gözlemlenmektedir.⁶⁰⁰ Bir diğ er yandan kolluk amiri tarafından verilen kararın ve karar sonrası Cumhuriyet savcısına, yapılan iş lemler hakkında verilen bilgilerin ve Cumhuriyet savcısının bunun üzerine verdiğı talimatın da yazılılığı konusunda benzer sorunlar geçerlidir.⁶⁰¹

Kanaatimizce gözaltı koruma tedbiri ile ilgili kararların gerek Anayasa gerek CMK dikkate alındığında, yazılı olması gerekmektedir. Öncelikle  ğretide yer alan tartışmalardan ve uygulamada yaşanan sorunlardan bağımsız şekilde genel bir değıerlendirme yapıldığında ve metinler birlikte değıerlendirildiğinde, her durumda kişinin gözaltına alınmasına ilişkin kararın en kısa sürede yazılı olarak bildirilmesi gerektiğı sonucuna varılmaktadır. Nitekim Anayasa md. 19'daki "yakalama ve tutuklama" kavramlarının yorumu ile ilgili olarak varmış olduğumuz sonuç kapsamında⁶⁰² Anayasa'da doğrudan gözaltı kavramı kullanılmasa da, kişilerin "yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal" bildirileceğinin belirtilmiş olması,⁶⁰³ CMK'nın 91/3. maddesinde de "yazılı olarak" emir vermeden bahsedilmesi ve devamında da "gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir" düzenlemesi ile

⁶⁰⁰ örneğın bir g r ş e göre gözaltına alma emri yazılıdır ve kolluğun bu karar olmadan sözlü emirle gözaltına alması haksız gözaltı oluşturur. Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 382. Bir başka g r ş e göre gözaltına alınma Cumhuriyet savcılığınca yazılı veya sözlü emir ile mümkündür. Bkz. ÖZTÜRK ve diğ erleri, 2017, s. 294.

⁶⁰¹ öğretide; "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama kararında olduğu gibi gözaltına alma kararında da teknolojik imkan geliştirilerek sözlü emrin hemen elektronik imza ile yazılı çıktıya dönüştürülecek cihaz geliştirilmelidir." görüşü d le getirilmiştir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.619.

⁶⁰² Bkz. "A. Kavram ve Amaç", s.177vd.

⁶⁰³ 1982 Anayasası md.19/4.

CMK'nın 91/5. maddesinde yer alan "Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı" ifadesi ile CMK'nın 161/3. maddesinde yer alan genel kural⁶⁰⁴ bunun en önemli dayanaklarıdır.

Gözaltı ve gözaltının uzatılmasına ilişkin kararların yazılı olmasının gerekli bir koşul olup olmadığı AİHS açısından ele alındığında da şu değerlendirmeler yapılabilir: AİHS metninde doğrudan bu kararların yazılı olması gerektiği konusunda açık bir hüküm yoktur. Burada yapılacak olan değerlendirme öncelikle yasayla öngörülmüş olma bakımından yapılacak daha sonra da "en kısa sürede bildirme zorunluluğu" kapsamında ele alınacaktır. O halde hem yasallık bakımından bir inceleme yapılacak hem de gerek Anayasa'da yer alan "derhal" ve CMK'da yer alan "en kısa sürede" ifadeleri gerek AİHS kapsamındaki "en kısa sürede" kavramı somut olayın koşulları içinde AİHM tarafından incelemeye tabi tutulacak ve yazılı bir karar yoksa veya en kısa sürede yazılı bir bildirimin olmaması halinde AİHS'nin ihlali gündeme gelecektir.⁶⁰⁵

Bir diğer açıdan AİHM'nin kişilerin gözaltına alınmasına ilişkin resmi kayıtların tutulması konusuna da hassasiyet gösterdiği anlaşılmaktadır. AİHM, bu konuda vermiş olduğu kararlarda suçun gizlenmesi ve delillerin ortadan kaldırılması ile gözaltına alınan kişilerin akıbetleri konularında hesap verilebilirliğin gerekliliğine vurgu yapmaktadır.⁶⁰⁶ Kanaatimizce bu kararlardan da uygun yorum yöntemiyle faydalanılmalı yalnızca gözaltına alma işlemlerinin değil, gözaltı ile ilgili her türlü kararın da yine yazılı

⁶⁰⁴ CMK md. 161/3: "Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. (Ek cümle: 25/5/2005 - 5353/24 md.) Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir."

⁶⁰⁵ Örneğin AİHM, kişinin gözaltı kararının bir kopyasının kendisine yazılı olarak 24 saat içinde verilmediğinin ve bu nedenle de Sözleşme'nin 5/1. maddesinin ihlal edildiğinin iddia edildiği bir olayda, konuyu ayrıntılı incelemiş ve ulusal hukukta bu kararın "24 saat içinde yazılı olarak verilmesi gerektiği" şeklinde bir düzenleme bulunması nedeniyle somut olayda "yasanın öngördüğü usule uygun olma" gerçekleşmediği için ihlal bulmuştur. Voskuil v. Hollanda, no. 64752/01, 22 Kasım 2007, pr. 83.

⁶⁰⁶ Er ve Diğerleri v. Türkiye, no. 23016/04, 31 Temmuz 2012, pr. 104.

olmasının temel hak ve özgürlükleri daha fazla güvence altına alacağı ve bu şekilde AİHM tarafından gösterilen hassasiyetin karşılanacağı sonucuna varılmaktadır.

İkinci sorun bakımından gözaltı kararı verilmesi ya da bu kararın uzatılması sırasında kişinin bizzat fiziken Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkmasının gerekli bir koşul olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. CMK’da yakalanan kişinin gözaltına alınıp alınmayacağı konusunda Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkmasına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Benzer şekilde, gözaltı sürelerinin uzatılması kararı verilmesi sırasında da kişinin Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkarılmasına ilişkin bir düzenleme CMK’da yoktur.⁶⁰⁷ Gerek uygulamada gerek öğretide yer alan görüşlerde “Cumhuriyet savcısı[nın] gözaltı konusunda karar vermeden önce, yakalanmış bulunan şüphelinin huzuruna getirilmesini kolluktan isteyebileceği” kabul edilmekte⁶⁰⁸ ve genel olarak bu konuda bir zorunluluk olmadığı kabul edilmektedir.⁶⁰⁹ O halde CMK gereğince gerek gözaltı kararı verilmeden

⁶⁰⁷ CMK md. 90/5’in ilk şekli bu yönde hükümler içermekte idiye de, 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı yasa ile değişmiştir. Ancak öğretide bu durum eleştirilmiştir. Bu çok olumlu adımdan maalesef geriye gidildiği belirtilmiş ve bu görüşte şüphelinin huzura çıkarılmasının çok daha yararlı ve olması gereken hukuka uygun olacağı dile getirilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 368. Ayrıca öğretide “istisnai durumlar dışında, Cumhuriyet Savcısının gözaltına alma kararı verdiği kişiyi huzuruna çağırmasını zorunlu kılan bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği burada istisnanın da yirmidört saatin dolma tehlikesi bulunan durumlar olması gerektiği” ifade edilmiştir. Bu görüşte kişiyi hiç görmeden kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmemesi veya iddianame düzenlenmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.618-619.

⁶⁰⁸ ŞAHİN, 2018, s. 286.

⁶⁰⁹ Ancak öğretide yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılmaksızın yalnızca dosya üzerinden yapılacak bir inceleme ile gözaltı süresinin uzatılmasının Sözleşme’ye uygun düşmediğinin açık olduğu dile getirilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s.295-296.

önce gerek gözetli kararının uzatılmasına ilişkin karar verilirken şüphelinin Cumhuriyet savcısının huzuruna çıkması zorunlu bir koşul değildir.

Bununla birlikte kanaatimizce, uygulamada sorunlar çıkabileceği, savcıya her zaman ulaşmanın güçlüklerle neden olabileceği şeklindeki gerekçelerle⁶¹⁰ şüphelinin özgürlük ve güvenlik hakkından mahrum kaldığı bu süre içerisinde kendisini ifade edememesi haksızlığa yol açabilecek niteliktedir, bu konuda zorunluluk olması hak ve özgürlükler bakımından daha sıkı bir koruma sağlayabilecek ise de burada önemli olan “kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini” isteme ve “yetkili yargı merciine başvurma hakkına” sahip olmasıdır ki bu da yasal mevzuatımızda düzenlenmiş bulunmaktadır.⁶¹¹

Bu durum AİHS açısından değerlendirildiğinde de, AİHS’de bu konuda açık bir zorunluluk olmadığı görülmektedir. Bu itibarla da CMK düzenlemesinin bu konuda AİHS’ye aykırı olmadığı, bu konu ile ilgili olarak AİHS md 5/3 ile 5/1-c birlikte okunarak hakim önüne çıkma hakkı kapsamındaki AİHM içtihadının uygun yorum yöntemiyle dikkate alınmasıyla hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanabileceği kanaatine varmaktayız.⁶¹²

⁶¹⁰ 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanunla (ilgili Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005, Sayısı: 25832) yakalama ile ilgili 90. maddede yapılan değişiklikle yakalanan kişilerin Cumhuriyet savcısı huzuruna çıkarılmaksızın, onun talimatıyla gözetli alınabilmesi mümkün kılınmıştır. Nitekim bu durum değişiklik yapan 7. maddenin gerekçesinde de bu şekilde açıkça belirtilmiştir. (bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss903m.htm>>, [Erişim Tarihi: 31.08.2019.])

⁶¹¹ 1982 Anayasası md. 19/8.

⁶¹² Bkz. Üçüncü Bölüm altında “7. Hakim Önüne Çıkma Hakkı”, s.291vd.

D. Süre

Gözaltı tedbirinin uygulanmasının bir süreye bağlı olup olmadığı ve gözaltı koruma tedbirine ilişkin azami süre konusunda ulusal mevzuatımız ve AİHS kapsamındaki düzenlemelerin neler olduğu konusu incelendiğinde CMK, Anayasa ve AİHS’de bu konuya ilişkin çeşitli ayrımlar da yapılmak suretiyle düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır.

CMK’ya göre gözaltı süreleri, genel olarak bireysel suçlar, toplu suçlar⁶¹³ ve suç üstü halinde kanunda sayılan ilgili suçlarda bireysel ve toplu suçlar olmak üzere temelde üç farklı şekilde düzenlenmiştir.⁶¹⁴ Buna göre gözaltı süresi, bireysel suçlarda, “kişinin

⁶¹³ Toplu suç tanımı için bkz. CMK md. 2/1-k. Ayrıca bkz. dn.568.

⁶¹⁴ Gözaltı süresi ile ilgili olarak CMK’daki hükümler dikkate alınmıştır. Olağanüstü hal ve bazı suç tipleri bakımından özel düzenlemelerle gözaltı süresi ile ilgili olarak değişiklik yapılabilmektedir. Örneğin bu çalışmanın yazım aşamasında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda yer alan bu konudaki farklı düzenlemeler kaldırılmış, sonra çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. (Bkz. 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun) Çalışmanın tamamlanması sırasında yapılan 31.07.2018 tarihinden itibaren 3 yıl süre ile geçerli olacak bu konudaki düzenlemeleri ayrıca hatırlatmak faydalı olacaktır. Buna göre; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun geçici 19. maddesi gereğince; Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yani 31.07.2018 tarihinden itibaren (7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun; Kabul Tarihi: 25/7/2018; Resmi Gazete Tarihi: 31.07.2018; Sayı : 30495) üç yıl süreyle; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından: “ a) Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren kırk sekiz saati, toplu olarak işlenen suçlarda dört günü geçemez. Delillerin toplanmasındaki güçlük veya dosyanın kapsamlı olması nedeniyle gözaltı süresi, birinci cümlede belirtilen sürelerle bağlı kalmak kaydıyla, en fazla iki defa uzatılabilir. Gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin karar, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine yakalanan kişi dinlenilmek suretiyle hâkim tarafından verilir. Yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında da bu bent hükümleri uygulanır.”

yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yirmi dört saattir.”⁶¹⁵ “Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz.”⁶¹⁶ Bu durumda gözaltı süresi, yol süresinin eklenmesiyle birlikte “en fazla otuzaltı saattir”. Ancak burada gönderilme için yolda geçen sürenin yalnızca yol için hesaplanması gerekmektedir.

Toplu olarak işlenen suçlarda; “gözaltı süresinin her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatılması” mümkündür.⁶¹⁷ Bu uzatmaya ilişkin koşullar madde metninde yer almaktadır.⁶¹⁸ Süre uzatımı tek bir defada yapılmamak koşuluyla gözaltı süresi toplu suçlarda “en fazla dört gündür.”

Suçüstü halinde kanunda sayılan ilgili suçlar bakımından da yine bireysel suçlar ile “şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda” ayrım

Ayrıca bkz. dn. 522. Bu düzenleme ile bazı suç tipleri bakımından geçici olarak farklı gözaltı süreleri getirilmiş bulunmaktadır. Güvenlik gerekçeleriyle 3 yıl yürürlükte kalacak özel düzenleme de yapılmıştır. Bunun sistemsizliği, CMK yerine TMK’da düzenlenmesi ile ilgili eleştiriler için bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.336-337. Ayrıca gerek TMK’daki bu düzenleme gerek CMK 91. maddenin 4 fıkrasına eklenen hüküm ile ilgili gözaltı süreleri ve karar vericiler bakımından karmaşık düzenlemeler yapıldığı görüşü ve değerlendirmeler için bkz. ŞAHİN, 2018, s.289-290. Bir diğer yandan da bu çalışmanın yazım aşamasında olağanüstü hal ilan edilmiş 19 Temmuz 2018 tarihinde kaldırılmıştır ancak bu süreçte de kanun hükmünde kararnameler ile pek çok değişiklik yapılmış olduğu hatırd tutulmalıdır. Ayrıca bkz.dn. 28. Kanun hükmünde kararnameler ve farklı yasal düzenlemeler kapsamında gözaltı süresi ile ilgili olarak ayrıca bkz. ALDEMİR, 2018, s. 105-110; Ayrıca bkz. ÇULHA ve diğerleri, 2018, s.163-164.

⁶¹⁵ CMK md. 91/1.

⁶¹⁶ CMK md. 91/1.

⁶¹⁷ CMK md. 91/3.

⁶¹⁸ CMK md. 91/3.

yapılmıştır.⁶¹⁹ Buna göre gözaltı süresi, ilgili bentlerde belirtilen suçlarda “yirmi dört saate kadar” ve “kırk sekiz saate kadar”dır. Bu düzenlemenin “belirsizliğe” yol açtığı söylenmelidir⁶²⁰ ve bu hallerde de yine uzatma süreleri uygulanabilecektir ancak bu durumda dahi gözaltı süresi mahkeme huzuruna çıkma süresini geçemeyecek en fazla kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda da dört gün olabilecektir.⁶²¹

Gözaltı tedbiri, “gözaltı süresinin dolması”, “yetkili hakim önüne çıkarılma” veya “serbest bırakılma” ya da “tutuklanma” ile sona erer.⁶²² Ayrıca gözaltında geçen süre kişinin daha sonra “hürriyeti bağlayıcı bir ceza” alması halinde bu cezadan “mahsup” edilir.⁶²³ Gözaltı süresinin uzatılma emri gözaltına alınan kişilere “derhal” tebliğ edilmelidir.⁶²⁴

Anayasa’ya göre gözaltı süreleri, yine bireysel suçlar ve toplu suçlar ayrımı korunmakla birlikte, CMK’dan kısmen farklı düzenlenmiştir.⁶²⁵ Anayasa gereğince

⁶¹⁹ CMK md. 91/4.

⁶²⁰ Öğretide de benzer şekilde, bireysel suçlarda gözaltı süresinin kırksekiz saate çıkarılıp çıkarılmadığı, uzatma kararının verilir verilemeyeceği, kimin yetkili olduğu gibi konularda bu düzenlemenin belirsizliğe yol açtığı ifade edilmiştir. Ayrıntı için bkz. ŞAHİN, 2018, s.287.

⁶²¹ CMK’nın 91. maddesine eklenen 4. fıkranın Anayasa aykırılığı iddia edilmiş ve AYM tarafından 04.05.2017 tarih, 2015/41 Esas, 2017/98 Karar numaralı karar ile ilgili fıkranın; Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir. (bkz. AYM, 04.05.2017 tarih, 2015/41 Esas, 2017/98 Karar Resmi Gazete Tarih – Sayısı: 3.8.2017 – 30143).

⁶²² Öğretide polisin gözaltına aldığı kişiyi kendiliğinden serbest bırakma yetkisinin artık olmadığı ve hakim önüne tutuklama istemiyle çıkarılan bir kişinin serbest bırakılması ya da tutuklanması ile gözaltı durumunun sona erdiği görüşü için bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.343; Gözaltı tedbirinin süre itibarıyla başlaması ve sona ermesine ilişkin olarak bkz. ALDEMİR, 2018, s.79-80.

⁶²³ Bkz. TCK md. 63. Bu konuda ayrıca bkz. ALDEMİR, 2018, s.114-117.

⁶²⁴ ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s. 288; CENTEL – ZAFER, 2020, s.385.

⁶²⁵ Bkz. 1982 Anayasası md. 19. Anayasa’nın bu şekilde düzenlediği hakim önüne çıkma süreleri CMK’nın 91. maddesinin 4. fıkrasında 27.03.2015 tarihinde yapılan değişiklikle de yer almıştır. Anayasa ile ilgili

gözaltı süresi, “yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç”, “en fazla kırk sekiz saat”, toplu olarak işlenen suçlarda da “en fazla dört gündür.” Anayasa’da ayrıca “bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir” denmiş,⁶²⁶ ancak bu konuda bir üst sınır düzenlenmemiştir.

AİHS’ye göre gözaltı süresi konusunda da Sözleşme’nin bu konu ile doğrudan bağlantılı olan 5. maddesi dikkate alınabilir. Sözleşme’nin 5. maddesinde açık bir zaman dilimi belirtilmemişse de, 5/3. maddede yer alan “derhal” kelimesi bu konuda yol göstericidir. Burada yer alan “derhal” kavramından ne anlaşılması gerektiği de AİHM içtihadı ile şekillenmiştir.

Her üç metinde yer alan gözaltı süresine ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, aralarında farklılık olsa da bir çelişki olmadığı sonucuna varmaktayız. CMK’da kural olarak Anayasa’ya göre daha kısa sürelerin belirlenmiş olduğu ve bu durumun hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha lehe olduğu görülmektedir. Burada Anayasa’ya aykırı bir durum yoktur, Anayasa’da yer alan süreler zaten üst sınırdır. CMK ile kişi özgürlüğünü daha az kısıtlayan hükümlerin düzenlenmesi mümkündür. AİHS açısından da derhal kavramı her somut olayın koşulları içinde değerlendirilmekle birlikte, bu konudaki AİHM içtihadının genel olarak özellikle de toplu suçlarda en fazla CMK’da belirtilmiş olan dört günlük süreyi gözettiği söylenebilir.⁶²⁷

olarak bkz. KESKİN Serap, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 60, Sayı: 1-2, 2002, s. 49-61.

⁶²⁶ 1982 Anayasası md. 19/5.

⁶²⁷ Örneğin bkz. İpek ve Diğerleri v. Türkiye, no. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009, pr. 36. Öğretide gözaltında tutulmanın azami süresinin Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. paragrafında dolaylı olarak düzenlendiği ve AİHM içtihadı ile bu sürenin 4 gün olarak belirlendiği yorumu yapılmıştır. TURMANGİL Civan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 25. maddesi ve Türkiye Örneği: Bireysel

AİHM'nin bu konudaki içtihadına ve bunun etkisine geçmeden önce gözaltı süresinin ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği de ele alınmalıdır.⁶²⁸ Gözaltı süresinin başlangıç anı, kişinin özgürlüğünden mahrum kalmaya başladığı “ilk andır” ve bu da yakalama anıdır. Bir diğer açıdan da gözaltı süresi, kişinin gözaltına alınma kararının verildiği andan itibaren başlamaz, bu kararın verilmesinden daha önce kişi özgürlüğünden yoksun kaldığı için bu ilk andan itibaren süre başlar.

Gözaltı süresi; kişi salıverildiğinde⁶²⁹, kişi yetkili adli merci önüne çıkarıldığında⁶³⁰ ya da en geç bu süreler dolduğunda sona ermiş sayılır. Kanunda yer alan gözaltı süreleri azami süreler olduğu için kişi hakkında uygulanacak işlemlerin en kısa sürede tamamlanması gerekmektedir. Bu işlemler bittiğinde ayrıca gözaltı süresinin dolması beklenmez.⁶³¹ Gözaltı süresinin ne kadar olduğunun belirlenememesi durumunda da AİHM, şüphenin başvuru lehine yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.⁶³²

AİHM'nin bu konudaki genel yaklaşımı incelendiğinde, Mahkemenin mutlak bir zaman sınırı yüklemekten kaçındığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte AİHM, Sözleşme'nin 5/3. maddesinin süre konusunda sıkı zaman kısıtlaması olduğunu ve

Başvuru Hakkının Kullanılmasında 7. Yıla Doğru”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, Ekim 1994, s. 24. Ayrıca bu konuda bkz. ŞİRİN, 2018, s.171 vd.

⁶²⁸ Benzer şekilde bkz. dn.517.

⁶²⁹ Sulh ceza hakimi tarafından ya da Cumhuriyet Savcısı tarafından kişinin salıverilmesi mümkündür. Öğretide de; Cumhuriyet savcısının şüpheliyi serbest bırakma hak ve yetkisine sahip olup olmadığı tartışmasının ortaya çıkabileceği “amaçsal yorum açısından bakıldığında (aslanan özgürlüktür) gözaltına alınmanın sebebi/gerekçesinin kalmaması durumlarında, Cumhuriyet savcısı şüpheliyi serbest bırakabilmelidir.” denilmiştir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.615.

⁶³⁰ TRECHSEL, 2006, s. 512.

⁶³¹ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 17/3-4.

⁶³² Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013, pr. 34.

yorumda çok az esnekliğe yer bıraktığını belirtmiştir.⁶³³ AİHM'nin bu konudaki genel yaklaşımının genel olarak çok kısa süreleri de kapsadığı, ancak konunun terör suçları bakımından ayırım yapılarak ele alındığı da söylenmelidir.⁶³⁴

Bir diğer deyişle AİHM, genel olarak çok kısa özgürlükten yoksun bırakılma hallerini de Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında incelemekte⁶³⁵ ancak somut olayda terör suçunun söz konusu olması halinde süre konusunda biraz daha esnek davranmakta ve birtakım hususları ayrıca vurgulamaktadır. Bu konuda AİHM, “terör nitelikli suçlar konusunda yapılan soruşturmaların yetkilileri özel sorunlarla karşı karşıya getirdiğini birçok kez kabul etmiştir”.⁶³⁶ AİHM'ye göre “amaç toplumu bütünüyle terörizmden korumak olsa dahi, adli bir denetim olmadan dört gün altı saat süren bir gözaltının, 5/3 maddesinin öngördüğü süreyle ilgili katı sınırlamaların dışında”dır.⁶³⁷

AİHM'nin bu yorumundan beri de Mahkeme, maddeyi istikrarlı şekilde genel bir kural olarak en fazla dört günlük bir sınır getirdiği şeklinde yorumlamaktadır.⁶³⁸ AİHS md. 5/3 uyarınca serbest bırakmak ve hakim huzuruna çıkarmak için AİHM tarafından

⁶³³ İpek ve Diğerleri v. Türkiye, no. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009, pr. 34.

⁶³⁴ AİHS ve terörle mücadele ile ilgili ayrıca bkz. HEDIGAN John, “The European Convention on Human Rights and Counter-Terrorism”, *Fordham International Law Journal*, Cilt: 28, Sayı: 2, 2005, s. 392-431.

⁶³⁵ Bkz. “D. Süre”, s. 168. Örneğin bkz. Novotka v. Slovakya, no. 47244/99, 4 Kasım 2003.

⁶³⁶ Emrullah Karagöz v. Türkiye, no. 78027/01, 8 Kasım 2005, pr. 55. Örneğin bkz. Murray v. Birleşik Krallık, no. 18731/91, 8 Şubat 1996, pr. 58 ve İpek ve Diğerleri v. Türkiye, no. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009, pr. 34.

⁶³⁷ Öcalan v. Türkiye, no. 46221/99, 12 Mayıs 2005, pr. 108. Bkz. Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84 ve 11386/85, 29 Kasım 1988, pr. 62.

⁶³⁸ TRECHSEL, 2006, s. 513. Örneğin bkz. İpek ve Diğerleri v. Türkiye, no. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009, pr. 36.

genel olarak kabul edilen dört günlük süre sadece istisnai durumlarda aşılabilir.⁶³⁹ Nitekim AİHM, ulusal hukukumuz bakımından da bu konuyu pek çok kez değerlendirmeye almış ve terörizmle ilgili suç isnadları dahi söz konusu olsa, uzun belirlenmiş olan gözaltında geçen sürelerin AİHS md. 5/3 ile uyumlu olmadığına karar vermiştir.⁶⁴⁰ AİHM'nin bu değerlendirmelerinin somut etkileri yasal mevzuata da yansımış ve zaman zaman bu konularda kanun değişiklikleri de yapılmıştır.⁶⁴¹

Bu değerlendirmeler ışığında kanaatimizce; AİHM'nin bu konudaki yaklaşımlarından terörizm benzeri suç isnadları dışında kalan diğer davalarda bu sürenin dört günden daha az olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca gözaltı süresi bakımından çok kısa süreli özgürlükten yoksun kılınma hallerinin de AİHS md. 5 gereği güvence altına alınmış olduğu ve gözaltı süresinin asgari bir sınırı olmadığı da vurgulanmalıdır.⁶⁴² Bununla birlikte gerek asgari gerek azami gözaltı süresi konusunda AİHS'nin net bir belirlemesi de yoktur. Nitekim AİHS'ye taraf olan devletlerde de farklı süreler belirlenmiştir.⁶⁴³ Bu kapsamda aslında CMK'da bireysel suçlar için öngörülen süre hayli makul olup yalnızca süre açısından konu ele alındığında mevzuatın AİHM içtihadı ile uyumlu olduğu sonucuna varmaktayız.

⁶³⁹ Taş v. Türkiye, no. 24396/94, 14 Kasım 2000, pr. 86.

⁶⁴⁰ Konu Sözleşmenin 15. maddesi gereği askıya alma hükümlerinin uygulanması bakımından da pek çok kez gündeme gelmiş, AİHM'ye taşınan olaylarda örneğin uzun gözaltı süreleri, 15. maddenin bir uygulaması olarak Türk hükümeti tarafından savunma aşamasında dile getirilmişse de, AİHM, bu koşullarda dahi, somut olayın özellikleri içinde 12-14 günlük gözaltı sürelerinin, olağanüstü halin öngördüğü zorunlu bir uygulama olmadığı kanaatine varmıştır. Bkz. Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, pr.78; Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997 ve Gündoğan v. Türkiye, no. 31877/96, 10 Ekim 2002.

⁶⁴¹ Örneğin 1992 ve 1997 tarihlerinde CMUK'taki gözaltı süreleri kısaltılmıştır.

⁶⁴² Örneğin bkz. Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013, pr. 34.

⁶⁴³ Karşılaştırmalı bazı gözaltı süreleri örnekleri için bkz. ŞAHİN, 2007, s. 214.

Toplu suçlarla veya “şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlar”⁶⁴⁴ ile ilgili olarak da AİHM’nin terör suçları bakımından gözaltı süresinin dört güne kadar uzamasına ilişkin makul olarak kabul edilecek gerekçelerinin her somut olayın koşulları içinde gerçekleşip gerçekleşmediği ele alınmalıdır. Bir diğer açıdan da, bir toplu suç söz konusu olsa ve gözaltı süresi dört günü aşmasa bile, AİHM’nin sıraladığı kriterler somut olayda yoksa AİHS’nin ihlal edilmesine sebebiyet verilebileceği hatırd tutulmalıdır. Gözaltında belirlenen süreler “imkan varsa kanundakilerden de kısa olmalıdır, zira “lüzumsuz” veya “muhik olmıyan” gecikmeler” olmamalıdır.⁶⁴⁵

Burada önemli olan, somut olayın özelliğine göre bu sürenin nasıl kullanıldığıdır ve bu süre içinde yapılan ya da geciken işlemler süre sınırı aşılmassa dahi, AİHS’nin “derhal” koşulunu sağlamayabilir ve Sözleşme’nin ihlaline neden olabilir. Bu nedenle de bu konudaki AİHM kararlarının uygun yorum prensibi ile uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Konu, AYM önüne de yasal gözaltı süresinin aşıldığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda gelmiş, AYM yapmış olduğu değerlendirmede ihlal sonucunun kişisel duruma bir etkisi olmadığını belirterek CMK’nın 141. maddesinde düzenlenmiş bulunan tazminat davasına işaret etmiştir.⁶⁴⁶ Nitekim AYM bu yöndeki bir kararında “gözaltına alınan ve daha sonra tutuklanan kişinin ... gözaltı süresi aşılmış olsa dahi kişi hakim tarafından tutuklandığından gözaltı süresinin aşıldığı yönündeki bir tespit ve ihlal kararı tutuklu kişinin serbest kalmasına tek başına imkan vermeyecektir”, “dolayısıyla ... muhtemel bir ihlal kararı, ancak başvuru lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu

⁶⁴⁴ CMK md. 91/4.

⁶⁴⁵ KUNTER, 1978, s.509.

⁶⁴⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm altında “10. Tazminat Hakkı”, s.337vd.

doğurabilecektir”, demiştir.⁶⁴⁷ Devamla AYM; “[CMK’nın] 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvuru yollarının durumlarına uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yolu olduğu ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvuruların incelenmesinin *ikincillik* ilkesi gereği mümkün olmadığına” karar vermiştir.⁶⁴⁸ Bu itibarla AYM’nin; gözaltı süresi ile ilgili iddiaların CMK’da öngörülen tazminat davası kapsamında değerlendirmeye alınmasına işaret ettiği görülmektedir.⁶⁴⁹

Gözaltı süresi içinde dahi olsa, bu sürenin kötüye kullanılması da, Sözleşme ve Anayasa ile korunan hakların ihlaline sebebiyet vermektedir. Gözaltına alınan bir kişinin gerekli yasal işlemlerinin gecikme olmaksızın yapılması gerekir. İşlemler bittiğinde de sürenin dolması elbette beklenmeksizin salıverilme veya hakim huzuruna çıkarma gibi soruşturmanın gerektirdiği diğer işlemler yapılmalıdır. Aksi durum, henüz yasal süre dolmamış dahi olsa, Sözleşme’nin 5/3 maddesinin ihlaline sebebiyet verir. Ayrıca bu durumun ulusal hukukumuz bakımından suç oluşturması da mümkündür.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr. 69.

⁶⁴⁸ Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr. 71. Kararın bu kısmında çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler karşı oy yazılarında AIHM’nin gözaltı süresinin aşılması ile ilgili kararlarına da atıfla, bu uygulamanın Anayasa ve Kanun’a aykırı olup kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali niteliğinde olduğunu belirtmişlerdir.

⁶⁴⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm altında “10. Tazminat Hakkı”, s.337vd.

⁶⁵⁰ TCK md. 109. Öğretide de gözaltı işlemleri tamamlanmış olmasına rağmen kişi kasten serbest bırakılmıyorsa veya sulh ceza hakimi önüne sevk edilmiyorsa TCK md.109’daki suç da oluşur denilmiştir. Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 385. Benzer durum gözaltı koruma tedbirinde ilk başta bulunan şartların değişmesi, gözaltı işleminin yanlışlıkla yapılması, gözaltına alma sebeplerinin bulunmadığının sonradan öğrenilmesi gibi durumlar bakımından da geçerli olup bu gibi durumlarda durumun Cumhuriyet Savcısına bildirilmemesi yahut da cumhuriyet savcısınca serbest bırakılma kararı verilmesine rağmen kolluk güçleri tarafından kişinin serbest bırakılmaması halinde TCK’nın 109/3-c bendi gereğince kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşur. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ALDEMİR, 2018, s.129-131.

AİHM tarafından da sıklıkla yetkililerin başvuruları hakim önüne daha erken çıkarmalarını engelleyecek özel zorlukların veya istisnai koşulların mevcut olup olmadığı ele alınmaktadır.⁶⁵¹ AİHM’ye göre de kişi gözaltına alındıktan sonra bir-iki gün hiçbir işlem yapılmaması ve sürenin geçmesinin beklenmesi kabul edilemez. Bu kapsamda AİHM, gözaltı süresinin üç gün dokuz saat olarak tespit edildiği Türkiye ile ilgili bir davada, ilk bakışta bu sürenin Sözleşme’nin 5/3. maddesinin gerekleri ile uyumlu olduğunu belirtmiş, ancak yine de kişilerin hakim önüne geç çıkarılmış olmaları nedeniyle Sözleşme’nin 5/3. maddesinin gereklerinin karşılanmadığı kanaatine varmıştır.⁶⁵²

Ayrıca ulusal hukukumuz bakımından yol süresinin hesaplanması da sürenin kötüye kullanılması konusu bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. “Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre”⁶⁵³ yalnızca bu gönderme için ayrı bir şekilde hesaplanacak yol süresidir, çünkü bu ek süre sadece yolda kaybedilecek zaman ile ilgili olarak getirilmiştir.⁶⁵⁴ Bu iki süre toplanarak genel olarak 36 saatlik bir gözaltı süresinin olduğundan bahsetmek hukuka aykırı olacak⁶⁵⁵ ayrıca AİHM içtihadında yer alan “sürenin kötüye kullanılması” durumunu oluşturacaktır.

⁶⁵¹ Kandzhov v. Bulgaristan, no. 68294/01, 6 Kasım 2008.

⁶⁵² İpek ve Diğerleri v. Türkiye, no. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009.

⁶⁵³ CMK md. 91/1.

⁶⁵⁴ Öğretide de gözaltı süresi ile ilgili madde eleştirilmiş ve birinci fıkranın yeniden gözden geçirilmesinde isabet olacağı ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 330. Ayrıca yine gözaltı sürelerinde yol için geçen sürenin haksız suistimal iddalarını veya tazminat davalarının açılmasına sebebiyet verilmemesi ve işlemlerin hukuka uygunluğunu belgelemek nedeniyle yol için geçirilen sürenin suistimalleri önlemek için belgelenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 372.

⁶⁵⁵ Bkz. ve krş. Emrullah Karagöz v. Türkiye, no. 78027/01, 8 Kasım 2005, pr. 59.

Kanaatimizce AİHM'nin gözaltı süresi ile ilgili olarak içtihadının ulusal hukukumuz bakımından uygun yorum yöntemiyle uygulanması mümkündür, bu konuda ulusal hukuk ile AİHS büyük ölçüde paraleldir ve sorunlar daha çok uygulamaya ilişkin olarak ve somut olay özelinde yapılan işlemlerin keyfiliği noktasında yaşanmaktadır. Her somut olayda gözültüne alınan kişi ile ilgili işlemlerin derhal yapılması ve gözültü süresine ilişkin azami süre beklenmeksizin kişinin serbest bırakılması yahut hakim huzuruna çıkarılması gerekmektedir. Bu durumda AİHS'ye bir aykırılık da olmayacaktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAKALAMA VE GÖZALTI KARARLARININ UYGULANMASI VE KARARLARIN DENETİMİ YÖNÜNDEN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ETKİSİ

1. Kanuni Hakların Bildirilmesi

Yakalama ve gözaltı kararları ile ilgili olarak hem bu kararların uygulanması sırasında hem de bu kararların denetimi konusunda yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin CMK, Anayasa ve AİHS çerçevesinde güvence altında olan en önemli haklarından biri kanuni haklarının bildirilmesidir. Kanuni hakların bildirilmesi çeşitli açılardan önemli ve aynı zamanda sorunludur. Hakların bildirilmemesi yakalama ve gözaltı tedbirlerine ilişkin işlemi “yoklukla malul” kıldığı gibi⁶⁵⁶ gerek kapsam gerek usul bakımından yeterli güvenceleri sağlamaması açık bir hak ihlali oluşturur. Bu itibarla öncelikle bu bildirimin kapsamının ne olduğu ve bildirim usulü konusunda bu bildirimin kime, ne zaman ve nasıl yapılacağı konuları CMK, Anayasa ve AİHS'nin düzenlemeleri ve AİHM ve AYM içtihadı çerçevesinde ele alınarak bu konudaki AİHS'nin etkisinin ne olduğu ortaya konmalıdır.

A. Kapsam

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine ilişkin kararların uygulanması sırasında bu tedbirlere maruz kalan kişilere yakalandıkları ve kanuni haklarının ne olduğu konusunda bir bilgilendirme yapılması gerekmektedir.⁶⁵⁷ Bu bilgilendirme konusunda

⁶⁵⁶ ÇULHA ve diğerleri, 2018, s.156.

⁶⁵⁷ Öğretide yakalama sebebinin bildirilmesi ile yakalanan kişiye haklarının bildirilmesi konularının ayrı başlıklar altında ele alındığı görülmekle birlikte (örneğin bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.326-

CMK, Anayasa ve AİHS bir arada ele alındığında, CMK’da yer alan yakalama ya da gözaltının çeşitleri bakımından özünde bir farklılık olmadığı anlaşılmaktadır.⁶⁵⁸

Kanuni hakların bildirilmesi konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’de yer alan düzenlemelerin nasıl olduğu ve bu bildirimin kapsamına hangi hakların girdiği konusu bu üç metin birlikte ele alınarak değerlendirilmelidir.⁶⁵⁹

CMK’da kanuni hakların bildirilmesi konusunun ne şekilde düzenlendiği incelendiğinde, birtakım tedbirlerin alınması sonrasında⁶⁶⁰ yakalanan kişiye kanuni hakların derhal bildirilmesi gerektiğinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir.⁶⁶¹ Ayrıca Yönetmelikte de bu konuya ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yer almaktadır.⁶⁶² Gözaltı koruma tedbiri bakımından da CMK’da gözaltı ile ilgili maddelerde ayrı bir düzenleme olmamakla birlikte bu hüküm, gözaltı bakımından da geçerlidir.⁶⁶³

328) yakalama sebeplerinin bildirilmesi kanuni hakların bir parçası olarak aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere kapsam içerisinde ele alınmıştır.

⁶⁵⁸ Öğretide ise örneğin yakalama emri üzerine yapılan yakalama işleminden sonra yakalanan kişiye haklarının hatırlatılacağına düzenlenmemiş olduğu belirtilmiş ve değerlendirmeler yapılmıştır. Bkz. ÖZEN, 2019, s.608-609.

⁶⁵⁹ Bu konuda genel olarak bkz. TRECHSEL, 2006, s. 192 vd; AKSOY İPEKÇİOĞLU, (2007), s. 1227. Çelişme ve silahların eşitliği kapsamında şüpheliye isnadın bildirilmesi ve hakların öğretilmesi konularında tespit ve değerlendirmeler için bkz. TANER Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.162-172.

⁶⁶⁰ Bkz. “4. Alınacak Tedbirler ve Zor Kullanılması”, s.262.

⁶⁶¹ CMK md. 90/4.

⁶⁶² Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6/2-3-4.

⁶⁶³ Gözaltında kanuni hakların bildirileceği ayrıca düzenlenmemiştir ancak gözaltı işlemi öncesinde yakalama işlemi yapıldığından bu sırada zaten kişiye haklarının bildirilmiş olması gerekmektedir.

Anayasa’da bu konunun ne şekilde düzenlendiği incelendiğinde, kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili maddede “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 hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar” bildirilmesi gerektiğinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir.⁶⁶⁴

AİHS’de de bu konunun açık bir şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Sözleşme’nin 5/2. maddesine göre, AİHS md. 5/1’deki özgürlükten yoksun kalan bütün kişiler bakımından geçerli olacak şekilde, “yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi” gerekmektedir. Ayrıca AİHS’nin adil yargılanma ile ilgili maddesinde de “bir suç ile itham edilen herkes ... [asgari hak olarak] kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek” hakkına sahiptir denilmiştir.⁶⁶⁵

Bu kapsamda, her üç metinde de yakalanan, gözaltına alınan, tutuklanan ya da daha genel bir ifade ile özgürlüğünden mahrum kalan kişilere birtakım hususların bildirilmesi gerektiğine ilişkin açık düzenlemeler olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bu düzenlemeler, çeşitli açılardan birtakım farklılıklar içermektedir.

Öncelikle kapsam konusu bu üç metin bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. CMK’ya göre kişilere yapılacak olan bildirimin kapsamı ile ilgili olarak “kanuni haklar” kavramının kullanılmış olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu kanuni hakların hangi

⁶⁶⁴ Bkz. 1982 Anayasası md. 19. Gözaltı bakımından benzer durum için bkz. dn.663.

⁶⁶⁵ AİHS md. 6/3-a. Bu düzenleme ile AİHS’nin 5. maddesinde yer alan düzenleme gerek amaç gerek uygulandıkları süreç bakımından farklıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 457-458.

haklar olduğu tek tek sıralanmamıştır.⁶⁶⁶ Anayasa’ya göre kişilere yapılacak olan bildirimin kapsamı, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁶⁷ AİHS’ye göre de kişilere yapılacak olan bildirimin kapsamı, yakalanma sebepleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamadır.

AİHM; özgürlükten yoksun kalan kişilere yapılacak olan bildirimin kapsamı konusunda her somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamakta ve bildirim yapılması konusunda Sözleşme’nin 5/2. maddesine ilişkin belirlemiş olduğu genel prensipleri de yerleşmiş şekilde içtihat hukukunda dikkate almaktadır.⁶⁶⁸ Buna göre md. 5/2 uyarınca yakalanan her kişi niçin özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmeye hakkı olduğu şeklindeki temel güvenceyi içerir.

Burada düzenlemenin amacı önem kazanmaktadır. Bu düzenleme, 5. maddede sağlanan güvencenin bütünleyici bir parçasıdır. Bu yönden, “yakalanan herhangi bir kişiye yakalaması ile ilgili esaslı hukuki ve maddi temeller anlayabileceği, yalın ve teknik olmayan bir dille anlatılmalıdır”, “böylece o kişi, uygun görürse, md. 5/4 uyarınca yakalamanın hukukiliğine itiraz etmek için mahkemeye başvurabilir”.⁶⁶⁹ Bununla birlikte AİHM’ye göre Sözleşme’nin 5/2. maddesi gereğince verilen bilgiler “yakalanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermeyebilir”.⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ Yönetmelikte ise, yakalanan kişiye, yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma hakkı, müdafiden yararlanma hakkı, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağını bildirileceği düzenlenmiştir. Bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6/4.

⁶⁶⁷ 1982 Anayasası md.19.

⁶⁶⁸ Bkz. Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991; Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye, no.30471/08, 22 Eylül 2009. Ayrıca bu konuda genel olarak bkz. VAN DIJK ve diğerleri, 2006, s. 484-486.

⁶⁶⁹ Nowak v. Ukrayna, no. 60846/10, 31 Mart 2011, pr. 63.

⁶⁷⁰ Nowak v. Ukrayna, no. 60846/10, 31 Mart 2011, pr. 63.

Ayrıca AİHM güncel tarihli ve içtihat hukukunda yol gösterici olarak nitelendirilebilecek önemli bir kararında kanuni hakların bildirilmesi konusundaki - özellikle de avukata erişim, susma hakkı, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, yasal yardım hakkından feragat ve Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında ceza yargılamalarının genel anlamda adilliğinin bu haklarla olan ilişkisi gibi konulardaki- genel ilkeleri vurgulamıştır.⁶⁷¹

AYM de, yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili olarak kişilerin “gözaltına alındıklarında yasal haklarının, yakalama nedenlerinin ve haklarındaki suçlamaların kendilerine bildirilmemesi” yönündeki şikayetleri “Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında” değerlendirmektedir.⁶⁷²

AYM; bu konudaki kararlarında AİHM'ye benzer ifadelerle bu hakkın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaki güvencelerin “bir nevi taşıyıcısı mahiyetinde” olduğunu ifade etmiş, bilginin içeriği ve derhal olup olmadığı konusunda da somut olayın özel koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁷³ Ayrıca AYM bu yöndeki kararlarında AİHM içtihat hukukuna da aynı şekilde yer vermiştir.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ Bkz. Simeonovi v. Bulgaristan, no. 21980/04, 12 Mayıs 2017, pr. 110-120.

⁶⁷² Abdulvahap Aydemir ve Yusuf Candemir Başvurusu, no. 2013/7349, 1/12/2015, pr. 32.

⁶⁷³ F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016, pr. 145.

⁶⁷⁴ AYM tarafından bu konu; “AİHM'ye göre yakalanan bir kimseye yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri, teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı ve böylece kişi eğer uygun görürse yakalanmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Sözleşme'nin 5. maddesinin (2) numaralı fıkrası, verilen bilgilerin yakalanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermeyi gerektirmemektedir (Bordovskiy/ Rusya, B. No: 49491/99, 8/2/2005, § 56; Nowak/ Ukrayna, B. No: 60846/10, 31/3/2011, § 63).” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Mustafa Başer ve Metin Özçelik Başvurusu, no. 2015/7908, 20/1/2016, pr.171.

AYM kapsam bakımından da örneğin; kişilerin tutulmalarının niçin zorunlu olduğu konusunda açıklayıcı bilgilere yer verilmediğini tespit ettiği olayda şu değerlendirmeleri yapmıştır: “...başvurucuların yakalanma ve tutulma nedenlerinin haklarında *devam eden işlemler* olduğu bilgisinin yer aldığı, bunun dışında devam eden bu işlemlerin ne olduğu ve başvurucuların GGM’de tutulmalarını niçin zorunlu kıldığı konusunda açıklayıcı bilgilere yer verilmediği görülmektedir. Bu çerçevede başvuruculara özgürlüklerinden yoksun bırakılma nedenlerinin, Anayasa’nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasına uygun bir şekilde bildirildiği sonucuna ulaşılamamıştır.”⁶⁷⁵

AYM, özellikle de dosyadaki gizlilik kararı nedeniyle soruşturma dosyasına erişim imkanı olmadığı ve suçlamaların tam olarak öğrenilemediğinin iddia edildiği bir başka olayda ise, “başvurucunun, Cumhuriyet savcılığı ve sorgu sürecinde alınan savunmaları incelendiğinde hakkındaki suç isnadına ilişkin temel bilgilere erişim hakkı olduğundan” bahisle iddiaları “dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez” bulmuştur.⁶⁷⁶

AYM’nin bu konuya değindiği kararlar incelendiğinde Mahkeme’nin, özgürlükten yoksun bırakılmaya temel teşkil eden bilgilere erişim konusuna önem verdiği anlaşılmaktadır.

Bu düzenlemeler ve AYM ve AİHM kararları birlikte ele alındığında da; bildirimin kapsamının Anayasa’da ve AİHS’de benzer şekilde kaleme alındığı, ancak CMK’da bu kapsamın “kanuni haklar” ifadesi ile bu iki metinden farklı şekilde

⁶⁷⁵ Bkz. F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016, pr. 149; Ayrıca bkz bkz. Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1631, 17/12/2015, pr. 175.

⁶⁷⁶ Hidayet Karaca Başvurusu, no. 2015/144, 14/7/2015, pr. 108. Bu konuda ayrıca bkz. “2. Yasal Yardım”, s.238vd.

düzenlenmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. Burada bir kişiye yakalanma nedeni ve hakkındaki iddiaların öncelikle Anayasa'nın ve AİHS'nin açık düzenlemeleri gereği mutlaka bildirilmesi gerektiği aşîkardır. Nitekim AİHM ve AYM yerleşik içtihatlarında paralel şekilde, yakalanma nedeni ve hakkındaki iddialar konusunda bilgilendirme yapılmadığını tespit ettiğı olaylarda ihlal kararı vermektedir, bu konuda tereddüt yoktur.

Ancak CMK'da kanuni haklar ifadesi kullanılmış olduğu için bu kavramın netleştirilmesi zorunludur. Bu durumda da CMK'daki bu düzenlemenin Anayasa'da ve AİHS'de yer alan bildirim konularını da kapsayıp kapsamadığı, bunlar dışında ilave hakları içerip içermediğı, içeriyor ise bunların neler olduğu ve temel hak ve özgürlükler açısından hangi düzenlemenin daha çok koruma sağladığı, bu konudaki AİHM'nin etkisinin ne şekilde olduğu sorularının, özellikle de AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahalelerde “yasayla öngörölmüş olma” kriterini incelemesi de dikkate alınarak, cevaplanması gerektiğı kanaatindeyiz.

Bu soruların cevabına ulaşabilmek için de öncelikle CMK'da yer alan kanuni haklar kavramından ne anlaşılması gerektiğı ortaya konmalıdır. Bu kavram, belirsizliğe yol açması nedeniyle oldukça sorunludur.⁶⁷⁷ Öncelikle CMK'da yakalama ve gözaltı ile

⁶⁷⁷ Öğretide de bu konudaki kanuni hakların ne olduğu farklı şekilde ifade edilmiştir. Öğretide; “yakalanan kişi için ifade alma ve sorguya çekmede olduğu gibi bir haklar listesi olmadığı, bu durumda sadece yakalanmasına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edebileceğı, durumun yakınlarına bildirilebileceğı, avukat yardımından yararlanma hakkının olduğunun kendisine söyleneceğı” belirtilmiştir. Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 326. Ayrıca bkz. SOYASLAN, (2008), s.668; Öğretide bildirilecek olan hakkın CMK'nın 147. maddesinde düzenlenmiş olan haklar olduğu da ifade edilmiştir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.607. Hakların kapsamı ile ilgili olarak ayrıca bkz. ALDEMİR, 2018, s.134 vd; Türkiye Barolar Birliğı İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu (2016-2017), Türkiye Barolar Birliğı Yayınları, Ankara, 2017, s.428-429. Ayrıca öğretide de bu durum eleştirilmiş ve kanuni hakların belirsizliğine dikkat çekilerek yakalanan kişiye hatırlatılacak hakların neyle ilgili olduğunun belirtilmesi gerektiğı ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 361. Bir diğ er yandan öğretide, CMK'nın 90/4.

ilgili kanuni hakların neler olduğu açıkça belirtilmediği için hem yakalama ve gözaltı ile ilgili maddelere hem de CMK'nın bir suç soruşturması nedeniyle şüpheliye tanınmış olduğu haklarla ilgili çeşitli maddelere bakılmalıdır.⁶⁷⁸ Ayrıca bu konudaki Yönetmelik düzenlemesine de bakılabilir.⁶⁷⁹

CMK'nın geneline hakim olan ve şüpheli veya sanık hakları olarak nitelendirdiğimiz pek çok hak, yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine karar verilmesi veya bu kararların uygulanması sırasında şüpheliler için de geçerli olan haklardır. Bu haklardan somut olaya uygun düşebilecek olanlar, genel olarak savunma hakkı üst başlığı altında olmak üzere kendisine yüklenen suçun anlatılması hakkı, durumunu yakınlarına ve ilgililere bildirme hakkı, müdafî seçme hakkı, tercümandan yararlanma hakkı, kendi kendini suçlamama hakkı/susma hakkı, soru sorma hakkı, delillerin toplanmasını isteme hakkı, delil toplama ve ibraz hakkı, gerekli zaman ve kolaylığa sahip olma hakkı, dosyayı inceleme hakkı şeklinde sıralanabilir.⁶⁸⁰ Ayrıca masumiyet karinesinden yararlanma hakkı, lekelenmeme hakkı, hazır bulunmadığında verilen kararların tebliğ edilmesini

maddesinde bu düzenlemenin yapılmış olması, çok önemli bir ilerleme olarak da nitelendirilmiş ve bunda AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği kararların etkili olmuş olabileceği görüşü dile getirilmiştir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 306.

⁶⁷⁸ Öğretide de eskiden beri yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin hakları çeşitli tasniflerle sayılmıştır. Örneğin bkz. KUNTER – YENİSEY, 2000, s.646-648.

⁶⁷⁹ Ancak yönetmelikte sıralanan birtakım haklardan sonra tekrar “diğer kanuni haklar” kavramının kullanılmış olması ayrı bir belirsizliğe daha neden olmaktadır. Öğretide de benzer görüşle yönetmelik düzenlemesi eleştirilmiş ve hem yönetmelikte “diğer kanuni hakları” tanımının belirsiz olması hem de yönetmelikte sayılmayan yakınlarına haber verme hakkının da bu diğer kanuni haklar içinde sayılabileceği gibi görüşler dile getirilmiştir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 306.

⁶⁸⁰ Genel olarak bkz. CMK md. 95, 96, 147, 202, 176/4, 177.

isteme hakkı⁶⁸¹, işkence ve onur kırıcı ceza ve muamelelere tabi olmama hakkı⁶⁸², işlemlerin tutanakla tespit edilmesini isteme hakkı⁶⁸³, kişisel bilgileri üzerinde serbestçe karar verme hakkı⁶⁸⁴, hakim veya adli makam önüne çıkma hakkı⁶⁸⁵, güvenceyle salıverilmesini isteme hakkı⁶⁸⁶, verilen karara itiraz hakkı ve bu itirazı nasıl kullanacağını bildirilmesini isteme hakkı, haksız yakalama ve tutulma halinde tazminat isteme hakkı⁶⁸⁷ gibi haklar yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin sahip olduğu ve kendilerine bildirilmesi gerekli önemli haklardır.

O halde kanaatimizce öncelikle bu güvencenin amacından yola çıkılarak⁶⁸⁸ AİHM içtihadı kapsamında bir bilgilendirmenin yeterli olabileceği söylenebilirse de, CMK'nın kanuni haklar ifadesi ile geniş bir haklar yelpazesini kapsadığı, ulusal hukukumuz bakımından Anayasa ve AİHS ile bu konuda sağlanan güvenceye ilave olarak CMK'da yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin yasal haklarını kullanabilmesi için gerekli olan tüm hakların bu kapsamda olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Öncelikle yaşanan sorunların giderilebilmesi ve temel hak ve özgürlükler bakımından güvence sağlanabilmesi için en uygun çözüm CMK'nın bu maddesinde ya da yönetmelikte bir değişiklik yapılarak konuya netlik kazandırılmasıdır; yasa değişikliğinde ilgili maddelere atıf yapılabileceği gibi hakların sayılması suretiyle de netlik kazandırılabilir.

⁶⁸¹ CMK md. 35.

⁶⁸² AİHS md 3. 1982 Anayasası md. 17/3.

⁶⁸³ CMK md. 169.

⁶⁸⁴ CMK md. 81.

⁶⁸⁵ AİHS md. 5/3. CMK md. 91/1 ve 94.

⁶⁸⁶ AİHS md. 5/3. 1982 Anayasası md. 19/3-4-6. CMK md. 113/1-a.

⁶⁸⁷ AİHS md. 5/5. 1982 Anayasası md. 36, 19/8. CMK md. 141/1-a-h;k; 141/2.

⁶⁸⁸ Bu güvencenin amacı, vurgulandığı üzere, 4. bentte yer alan *habeas corpus* usulünü güvence altına almaktır. Bkz. Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991, pr. 40.

Mevcut durumda ise sorunun çözümü, insan hakları perspektifinden yasal mevzuatımızın yorumu suretiyle zaten mümkündür. Bu itibarla da, CMK'daki kanuni haklar ifadesinin öncelikle Anayasa'da ve AİHS'de yer alan bilgilendirme konusunu kapsadığı mutlak şekilde kabul edilmeli, AİHM'nin bu bilgilendirmeye ilişkin içtihadı dikkate alınmalı, buna ilave olarak ise CMK öncelikle dikkate alınmalı ve bu kanuni haklar kavramının, temel hak ve özgürlükleri, Anayasa'daki ve AİHS'deki asgari standartlardan daha fazla koruduğu da gözetilerek düzenleme, bu süreçte kullanılacak hakların tümünün bilgilendirilmesini içerecek şekilde uygulanmalıdır.

B. Bildirim Usulü

a. Bildirimin Yapılacağı Kişi

Yakalama ve gözaltı kararlarının uygulanması sırasında kanuni hakların bildirim usulünde ilk olarak bildirimin “kime” yapılacağı konusu önem taşımaktadır.

Bildirimin yapılacağı kişi konusunda, kapsam kısmında yer verildiği şekilde CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri incelendiğinde, bildirimin yapılacağı kişinin kural olarak bizzat yakalanan ya da tutulan (özgürlüğünden mahrum kalan) kişi olduğu sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, bu konuda CMK, Anayasa ve AİHS'nin 5/2. maddesinde yer alan düzenlemeler farklıdır. Nitekim CMK'ya göre yakalanan kişiye, Anayasa'ya göre yakalanan ve tutuklanan kişiye ve AİHS'ye göre de yakalanan kişiye bu bildirim yapılacaktır.

Bu üç metin incelendiğinde, gerek CMK'da ve Anayasa'da gözaltı kavramının kullanılmamış olması gerek AİHS'de yalnızca yakalanan kişilerden bahsedilmiş olması, bildirim yapılacak olan kişiler bakımından çeşitli sorunları akla getirmektedir. İlk olarak, AİHS'nin 5. maddesinde yakalama kelimesinin yalnızca bazı bentlerde düzenlenmiş olması nedeniyle bunlar dışındaki diğer bentlerde bu bildirim hakkının kullanılıp kullanılmayacağı ele alınmalıdır.

Yakalama kavramı, AİHS'nin 5/1-b, c ve f bentlerinde kullanılmış; a, d ve e bentlerinde ise kullanılmamıştır. Sözleşme'nin 5/2. maddesinde de bildirimin yakalanan kişiye yapılacağı belirtilmiş olduğundan Sözleşme'nin lafzi yorumundan a, d ve e bentlerinde bu hakkın kullanılmayacağı gibi bir sonuç çıksa da bu yanıltıcı olur.⁶⁸⁹ Bu bildirim hakkı, yakalama kavramının doğrudan kullanılmadığı diğer bentlerde yer alan özgürlükten yoksun bırakılma halleri bakımından da geçerlidir.

AİHM tarafından da bu konu ele alınmış ve Sözleşme'nin 5/2. maddesinde kullanılan yakalama kavramının özerk bir kavram olduğu ve “yakalama” kelimesinin ceza hukuku tedbirleri alanının ötesine yorumlanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca bu bildirim hakkının Sözleşme'nin 5/4. maddesinde yer alan hakkın kullanılabilmesi amacıyla önem taşıdığı da gözetilerek AİHM tarafından bu konuda 5/2. madde, 5/4. madde ile birlikte yorumlanmış ve 5/4. maddenin yakalanan kişiler bakımından bir ayrım yapmadığı, bu sebeple 5/2. maddenin de ayrım yapılmadan yakalanan ya da herhangi bir şekilde yakalanan ya da tutulu bulunan, özgürlüğünden yoksun kalan kişilere uygulanabileceği belirtilmiştir.⁶⁹⁰

O halde her üç düzenlemede bu konuda özünde bir çatışma olmadığı ve AİHM'nin bu konudaki yorumunun ulusal hukukumuz bakımından da uygun yorum prensibiyle uygulanabilir nitelikte olduğu sonucuna varmaktayız. Ayrıca AYM tarafından da yakalamanın gözetimini da kapsadığı şeklindeki güncel kararından hareketle yine aynı sonuca varmaktayız.⁶⁹¹ Bu yönden CMK'da yalnızca yakalamadan, Anayasa'da da yalnızca yakalama ve tutuklamadan bahsedilmiş olması, ceza hukuku terminolojisinde doğrudan yakalama kavramı içinde olmasa bile, gözetiminin dahil olduğu ve herhangi bir

⁶⁸⁹ Benzer görüş için Bkz. TRECHSEL, 2006, s. 457.

⁶⁹⁰ Örneğin bkz. Van Der Leer v. Hollanda, no. 11509/85, 21 Şubat 1990, pr. 27-28.

⁶⁹¹ Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019, pr.49. Ayrıca bu konuda bkz. İkinci Bölüm altında “2. Gözetim”, “A. Kavram ve Amaç”, s.177vd.

şekilde özgürlüğünden mahrum kalan kişilerin de bu kapsamda yorumlanabileceği sonucuna ulaşmaktayız.

İkinci olarak, somut olayın koşulları içinde belirli durumlarda kanuni hakların doğrudan yakalanan ya da tutulu bulunan kişiye bildirilmesi, bu hakkın sağladığı güvencenin amacına ulaşmasını sağlamayabilir. Bu durumda yakalanan ya da tutulan kişiler dışında başka bir kişiye bildirimin yapılıp yapılamayacağı sorun teşkil etmektedir. Örneğin çocukların ya da akıl hastalığı olan bir kişinin yakalanması durumunda bu kişilerin kendilerine yapılacak olan bildirim anlamaları mümkün olmayabilir, bu durumlarda bu kişilerle ilgilenen yasal temsilciler, veli-vasi ya da avukat gibi kişilere bildirim yapılması gereklidir.⁶⁹²

Üçüncü olarak, bildirimin yine yakalanan ya da tutulu bulunan kişiler dışında başka bir kişiye yapılabilmesi konusu ile bağlantılı olarak bizzat ilgili kişi yerine bu kişilerin avukatına yapılan bildirimin yeterli olup olmadığı da ele alınmalıdır. Burada kanatımızca amaç, yakalanan veya tutulu bulunan kişinin bu haklarından derhal haberdar olmasıdır, bu derhal haberdar edilmenin de bir avukat vasıtasıyla somut olayın koşulları onu gerektiriyorsa sağlanması yeterlidir. Bu kapsamda yakalanan akıl hastası olmasa bile, onun avukatını bilgilendirmenin yeterli olabileceği, ancak bu durumda avukatın müvekkilini derhal bilgilendirme imkanının da olması gerektiği söylenmelidir.⁶⁹³

Son olarak da, bildirimin yapılacağı kişinin bu bildirimin yapılması ya da yapılmaması konusundaki rızasının geçerliliği ele alınmalıdır. Yakalanan ya da gözaltına alınan kişiye haklarının bildirilmesi konusunun ilgilinin rızasına bırakılmaması gerekir. Şüphelinin haklarını anladığını belirterek bunlardan feragat etmesi ve bunun

⁶⁹² Bu konuda bkz. Bkz. TRECHSEL, 2006, s. 459 ve ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 291.

⁶⁹³ TRECHSEL, 2006, s. 459.

belgelenmesi de temel hak ve özgürlükleri korumak açısından yetersizdir.⁶⁹⁴ Buna karşın AİHM tarafından yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin denetimi konusunda bu yöndeki tutanaklar bakımından somut olayın koşulları içinde farklı değerlendirmeler yapıldığı gözlemlenmektedir.⁶⁹⁵

Bu nedenle somut olaylarda CMK'nın bu konudaki geniş düzenlemesinin dikkate alınması ve bu itibarla da; amaç kapsamında yorum yapılması, hakların gerçekten bildirilmesi ve kişinin bu haklarını anlamasının ve kullanmasının sağlanması ulusal hukukumuz bakımından temel hak ve özgürlükleri daha koruyucu olacaktır.

b. Bildirimin Yapılma Zamanı

Yakalama ve gözaltı kararlarının uygulanması sırasında kanuni hakların bildirim usulü ile ilgili olarak bildirimin ne zaman yapılacağı konusu, belirsizliklere yol açabilecek niteliktedir.

CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri ele alındığında, bu konuda farklı şekillerde düzenleme yapılmış olduğu görülmektedir. CMK'ya göre bildirim; “kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirler alındıktan sonra”, “derhal” yapılmalıdır.⁶⁹⁶ Anayasa'ya göre bildirim “derhal”, toplu suçlarda ise “en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar” yapılmalıdır.⁶⁹⁷ AİHS'ye göre de bildirim “en kısa süre içinde” yapılmalıdır.⁶⁹⁸

AİHM ve AYM bilgilendirmenin zamanı konusunun; bir diğer deyişle en kısa sürede/derhal yapıp yapılmadığı konusunun vaka bazında ele alınması gerektiğini

⁶⁹⁴ Benzer görüş için bkz. TEZCAN ve diğerleri, 2019, s. 267.

⁶⁹⁵ Bkz. “6. Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Denetimi”, s.278vd.

⁶⁹⁶ CMK md. 90/4.

⁶⁹⁷ 1982 Anayasası md. 19/4.

⁶⁹⁸ AİHS md. 5/2.

belirtmektedir.⁶⁹⁹ Örneğin AİHM; yakalama nedenleri konusundaki bilgilendirmenin somut olaya göre “birkaç saat” içinde olmasını makul karşılarken⁷⁰⁰, “yetmişaltı saat” ya da “dört gün” gibi durumlarda bu sürelerin yakalama nedenlerinin en kısa sürede bildirilmesi zorunluluğuna aykırı olduğundan bahisle ihlal kararı vermiştir.⁷⁰¹

AYM de somut olayın özel koşulları içinde kişilerin özgürlükten yoksun kaldığı andan en az “on gün” sonra bilgilendirmenin yapıldığını tespit ettiği bir olayda bu bilgilendirmenin; “Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında emredilen sürede yapıldığının” kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.⁷⁰² AYM tarafından, bu sürenin derhal koşulunu sağlamadığı vurgulanmıştır.

Bu üç metin AİHM ve AYM kararları kapsamında incelendiğinde, gerek CMK'nın ve AİHS'nin gerek Anayasa'nın ve AİHS'nin uyumlu olmadıkları ve bu konuda sorun olduğu görülmektedir. İlk olarak, CMK'da bildirim yapılmadan önce birtakım önlemler alınmasının gerektiği konusuna yer verilmiş olması nedeniyle⁷⁰³ bu durumun AİHS'de yer alan düzenlemeye göre hak ve özgürlüklerin kullanımını geciktirdiği⁷⁰⁴ ve ayrıca herkes tarafından yapılan yakalama durumunda bildirimin

⁶⁹⁹ Bkz. F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016, pr. 145. Nitekim bu kararda benzer yöndeki AİHM kararı olarak da Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye, no.30471/08, 22 Eylül 2009 kararı gösterilmiştir. Ayrıca bkz. Vakhitov ve Diğerleri v. Rusya, no. 18232/11, 31 Ocak 2017, pr. 60; Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991.

⁷⁰⁰ Bu konuda bkz. Robert Kerr v. Birleşik Krallık, no. 40451/98, 7 Aralık 1999.

⁷⁰¹ Saadi v. Birleşik Krallık, no. 13229/03, 29 Ocak 2008; Shamayev ve Diğerleri v. Gürcistan ve Rusya, no. 36378/02, 12 Nisan 2005; Rusu v. Avusturya, no. 34082/02, 2 Ekim 2008.

⁷⁰² F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016, pr. 148.

⁷⁰³ Bkz. “4. Alınacak Tedbirler ve Zor Kullanılması”, s.262vd.

⁷⁰⁴ Öğretide de AİHM kararları dikkate alınarak bildirim için gerekli olan “en kısa süre”nin her halde 24 saati aşmaması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. TEZCAN ve diğerleri, 2019, s. 266 ve ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 291.

zamanının ne zaman yapılacağı konusunun sorun yarattığı söylenebilir.⁷⁰⁵ İkinci olarak, bu konudaki Anayasa ve AİHS hükümleri arasındaki sorun, Anayasa’da bildirimin “derhal” yapılacağı belirtildikten sonra toplu suçlar bakımından azami bir süre belirtilerek “toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılincaya kadar” bildirimin yapılacağının düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁰⁶

Bu sorunların çözümüne yönelik olarak CMK ve Anayasa bakımından, Anayasa’da toplu suçlar ile ilgili ifadenin azami bir süre olduğunun ve CMK’da bu konuda önleyici tedbirler alındıktan sonra derhal şeklinde düzenleme yapıldığı için özgürlüklerin korunması bakımından çok daha kısa bir süre gerektiren CMK’daki bu ifadenin dikkate alınması gerektiği sonucuna varmaktayız.

CMK ve AİHS arasındaki sorunun çözümü bakımından ise doğrudan bir çatışma olduğu söylenemese de AİHS’nin daha koruyucu bir ifade kullanmış olduğu ve bu nedenle de bu konudaki AİHM içtihadının uygun yorum yöntemiyle dikkate alınması gerektiği sonucuna varmaktayız. AİHM, yerleşik içtihat hukukunda ilgili kişinin Sözleşme’nin 5/2. maddesinde yer alan bilgileri “en kısa sürede” öğrenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte bir bilginin yeteri kadar ve yeterince kısa süre içerisinde olup olmadığı vaka bazında incelenmektedir. Bu anlamda gerek tedbirlerin alınması gerek herkes tarafından yapılan yakalamada hakların bildirilmesinin kolluk tarafından teslim alınma anına kadar ertelenmiş olması gibi durumlarda somut olayın

⁷⁰⁵ Öğretide de herkes tarafından yakalama yapılabilen durumlarda yakalama yapan kişilerin bu kanuni hakları bildirme yükümlülüğünden söz edilemeyeceği ve kolluk görevlilerine teslim edildiği anda bu hakların bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 292.

⁷⁰⁶ Öğretide, bu durumun Sözleşme’ye aykırılık oluşturduğu, ancak AYM’nin bunu yorum yoluyla aşmasının mümkün olmadığı da belirtilmiştir. KARAN Ulaş, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 199.

özellikleri içinde bildirimin en kısa sürede olup olmadığına bakılmalıdır. Gerçekten AİHM, aslında birkaç saati ya da somut olayın koşulları içinde aynı gün içinde yapılan bilgilendirmeleri ya da yakalamadan birkaç saat sonra sorgu sırasında bu bilgilendirmenin yapılmasını kabul edilebilir bulmaktadır.⁷⁰⁷

Ancak AİHM örneğin ifadeden önce yer gösterme işleminin yapıldığı bir olayda polis tarafından ifade alınmadan önce başvuranın, bir avukata erişimine izin verilmediği ve temel haklarının kendisine bildirilmediği şartlar altında kendisini suçlu durumuna düşüren beyanlarda bulunduğunu belirterek Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında adil bir yargılamanın amaçları doğrultusunda gerekli olan asgari güvencelerin sağlanamadığını vurgulamış, bu kapsamda AİHM karakola götürüldüğünde haklar bildirilmiş ise de önceden yapılmış olan, kendini suçlu durumuna düşüren beyanların haklarının bildirilmesinden önce olduğunu vurgulamış ve netice olarak da ihlal kararı vermiştir.⁷⁰⁸

O halde AİHM içtihadı ışığında konuya yaklaşıldığında da CMK kapsamında somut olayın koşulları içinde zorunlu tedbirler için vakit kaybedilmemeli, bu tedbirlerden hemen sonra derhal, en erken süre içinde ve ifade anlamına gelecek nitelikte herhangi bir beyan almadan bir bilgilendirme yapılması başlı başına AİHS'nin ihlali olmayacaktır. Bu anlamda kanaatimizce teknik anlamda bir uyuşmazlık yoktur ve AİHM içtihadı somut olayın koşulları içinde uygun yorum yöntemiyle uygulanabilir.

Anayasa ve AİHS arasındaki sorunun çözümü bakımından da şu sonuçlara varmaktayız: Kanaatimizce; toplu suçlarda bildirimin zamanı bakımından dört güne kadar süre tanınmış olması, öncelikle bu dört günün mutlaka beklenilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Bununla birlikte CMK'nın bu konudaki düzenlemesinin

⁷⁰⁷ Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991, pr. 42.

⁷⁰⁸ Bozkaya v. Türkiye, no. 46661/09, 5 Eylül 2017, pr.41-54.

dikkate alınmasıyla bir çatışma da olmayacaktır ancak bir varsayım olarak bu dört günlük süre içinde bildirimde bulunulmuş olması halinde, bu durum Anayasaya uygun olacak ancak AIHM tarafından AIHS'nin 5/2. maddesinin ihlaline karar verilebilecektir. Burada söz konusu Anayasa'nın açık metni olduğundan özellikle bu konuda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından daha lehe düzenlemelerin CMK'da da yer aldığı gözetilerek somut olayın koşulları içinde mevcut yasal düzenlemelerimiz ışığında ve AIHM içtihadının uygun yorum prensibi ve doğrudan uygulanma ilkeleri değerlendirilerek uygulama yapılması gerektiği; bununla birlikte sorunların çözümü bakımından toplu suçlar konusundaki bu düzenlemenin Anayasa metninden çıkarılmasının hak ve özgürlüklerin korunması bakımından güvence sağlayacağı kanaatindeyiz.

c. Bildirimin Yapılma Şekli

Yakalama ve gözaltı kararlarının uygulanması sırasında kanuni hakların bildirim usulü ile ilgili olarak bildirimin yapılma şekli bir diğer deyişle nasıl yapılacağı konusunun çeşitli açılardan sorunlu olduğu görülmektedir. Özellikle de bu bildirimin nasıl olacağı, bu konuda CMK, Anayasa ve AIHS'deki düzenlemelerin ne olduğu ve özellikle de yazılılık ve bildirimin kişinin anladığı bir dilde yapılması koşulları ile tesadüfen bilgi sahibi olmanın yeterli olup olmadığı ve bu bildirimin yapıldığına ilişkin bir tutanak tutulmasının gerekli olup olmadığı konularının üzerinde durulması gerekmektedir.

Kanuni hakların ya da Anayasa'da ve AIHS'de yer aldığı şekilde yakalanma sebepleri ve yöneltilen suçlamaların bildirilmesinin nasıl olacağı konusuna öncelikle bildirme kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu ile başlanmalıdır. CMK, Anayasa ve AIHS'de genel olarak aynı anlama gelecek şekilde “bildirme” kavramının kullanılmış olduğu görülmektedir.

Buna karşın, bu bildirmede; sözlük anlamında olduğu gibi hakların yalnızca haber verilmesi ile yetinilmemesi aynı zamanda bu hakların anlatılmasının da gerekli olduğu sonucuna varmaktayız. Bu sonuca ulaşılmasını sağlayan gerekçeler de hem CMK’da hem de AİHM içtihadında bulunmaktadır. CMK’nın yakalama işleminin tutanağa bağlanması ile ilgili olan maddesinde “haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır” ifadesi kullanılmıştır.⁷⁰⁹ AİHM içtihadında da yerleşik olarak; AİHS metninde yer aldığı şekilde, bu düzenlemenin amacından da yola çıkılarak yakalama nedenlerinin ve suçlamaların tam olarak kişinin anladığı bir dilde yapılması gerektiği ifade edilmiştir.⁷¹⁰ O halde bu bildirme her iki gerekçe ile de hakların tam olarak anlatılması şeklinde yorumlanmalıdır.

Bildirimin nasıl yapılacağı konusunda ikinci olarak; CMK, Anayasa ve AİHS’de düzenleme olup olmadığı konusu ele alınmalıdır. CMK’da bu konunun doğrudan düzenlendiği 90/4. maddesinde bir düzelemenin yer almadığı, ancak yukarıdaki paragrafta değinilen yakalama işleminin tutanağa bağlanması konusundaki düzenlemede “tam olarak anlatılma”dan bahsedildiği görülmektedir. Anayasa’da ise bu bildirimin yazılı olması usulüne yer verildiği görülmektedir.⁷¹¹ Anayasa’ya göre bildirimin “yazılı olması” kuraldır, “bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak” bildirim yapılması da mümkündür.⁷¹² AİHS’ye göre ise bildirimin kişinin anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak yapılması zorunludur.⁷¹³

⁷⁰⁹ CMK md. 97.

⁷¹⁰ Örneğin bkz. Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991, pr. 40.

⁷¹¹ Bkz. 1982 Anayasası md. 19. Ayrıca bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6.

⁷¹² 1982 Anayasası md. 19/4.

⁷¹³ AİHS md. 5/2 ve 6/3.

Her üç metinde yer alan bu düzenlemeler değerlendirildiğinde, birbirlerinden farklı oldukları görülmektedir. Özellikle de Anayasa ve AİHS, farklı iki konu üzerine vurgu yapmışlardır. Anayasa yazılılık konusuna, AİHS ise kişinin anladığı bir dilde bildirim yapılması konusuna vurgu yapmıştır. O halde bu iki özellik ayrı ayrı AİHM kararları ışığında incelenerek temel hak ve özgürlüklerin korunması bakış açısıyla CMK kapsamında bu bildirimin nasıl olması gerektiği sorusu cevaplanmaya çalışılmalıdır.

Bu kapsamda ele alınacak ilk konu yazılılık konusudur. Bildirimin kural olarak yazılı olması anayasal bir ilkedir, “bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak” bildirim yapılabilecek, ancak bu sözlü bildirim de yazılı hale getirilecektir.⁷¹⁴ AİHS’de ise bildirimin yazılı olarak yapılmasına ilişkin bir şart söz konusu olmayıp AİHM’nin bu konudaki değerlendirmelerinde de bunun bir zorunluluk olarak öngörüldüğü söylenemez. AİHM, içtihat hukukunda bildirimin yazılı veya sözlü olabileceğini kabul etmektedir.⁷¹⁵

Buna karşın AİHM’nin bu husustaki içtihadı bu yönüyle ulusal hukumuz bakımından dikkate alınmamalıdır, çünkü bu anayasal ilke, iç hukukumuzda kişi özgürlüğünü daha koruyucu niteliktedir ve bilgilendirmenin biçimi açısından Anayasa, AİHS’den daha ileridir.⁷¹⁶ Bir diğer açıdan da bu yazılılık şartına uyulmaması AİHS’nin ihlalini gündeme getirecektir çünkü AİHM tarafından özgürlük ve güvenlik hakkına müdahalelerin değerlendirilmesinde “yasayla öngörülmüş olma” koşulu nedeniyle ulusal hukukumuzda uygun olmayan bir usul işleminin yapılmış olması da AİHS’nin ihlaline sebebiyet verecektir.

Bir diğer yandan, ulusal hukukumuz bakımından Anayasa gereği özgürlükten mahrum kalan kişilerin yakalama sebepleri ve yüklenen suç ile ilgili olarak yazılı şekilde

⁷¹⁴ 1982 Anayasası md. 19/4.

⁷¹⁵ Bkz. Lamy v. Belçika, no. 10444/83, 30 Mart 1989, pr. 31.

⁷¹⁶ Aynı yönde bkz. KARAN, (2013), s. 199.

bildirilmeleri gerektiği sonucuna varıyoruz buna karşın, bu yazılılık şartı şekli bir husus olarak ele alınmamalıdır. Bir diğer deyişle kişiye bu hakkı yazılı olarak sunularak yetinilmemeli, düzenlemenin amacı da dikkate alınarak bildirim konusunu tam olarak anlaması sağlanmalıdır. Bu yapılmaksızın yazılı bir belge verilmesi, örneğin teknik ifadeler kullanılarak bildirim yapılması ve kişinin bunu anlayamaması halinde, bu yükümlülük yerine getirilmiş sayılamaz.

Benzer şekilde, bu yazılı metinde hakların içeriğinin veya nasıl kullanılacağına açıklanmamış olması ve kişinin bunları anlayamaması halinde yalnızca bu yazılılık şartının sağlanmış olması elbette ki yeterli olmayacaktır.⁷¹⁷ Bu nedenle de, Anayasa'daki bu şart kişi özgürlüğünü daha fazla korumayı amaçlayarak getirilmiş olduğu için kişi özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde şeklen değerlendirilmesinin hatalı olacağı kanaatindeyiz.

Bu itibarla da hem yazılı bir bildirim yapılması hem de kişinin bu bildirimi AİHM içtihadı kapsamında tam olarak anlamasının sağlanması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Burada tekrar vurgulamak gerekir ki; yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin denetimi konusunda bu yöndeki tutanaklar bakımından somut olayın koşulları içinde ayrıntılı bir değerlendirme yapılmalı ve amaç kapsamında gerçekten bu hakkın yerine getirilip getirilmediği tespit edilmeye çalışılmalıdır.⁷¹⁸

⁷¹⁷ Yönetmelikte yer alan bu ifadenin amaca uygun olmadığına ilişkin görüş için bkz. YILDIZ, (2006), s.

179. Öğretide ayrıca haklı şekilde “bildirilir” ifadesinin “anlatılarak bildirme” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiş ve bu konuda kanun değişikliği yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.607. Ayrıca bu konuda bkz. ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s. 281.

⁷¹⁸ Örneğin AİHM, Türkiye ile ilgili bir davada ilgililerin kendilerine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgilendirilmiş olduklarını, şüpheli ve/veya sanık sıfatıyla sahip oldukları hakların kendilerine bildirildiğini tespit ettiği bir olayda, diğer hususlarla birlikte, başvuranların Sözleşme'nin 5. maddesinin

Bu kapsamda ele alınacak ikinci konu olan bildirimin kişinin anladığı bir dilde yapılması konusu üzerinde durulmalıdır. Bu koşul, Anayasa’da ve CMK’da açıkça yer almamakla birlikte AİHS’de düzenlenmiştir. Kanaatimizce CMK’da açıkça yer almaması önemli bir eksiklik değildir ve ayrıca CMK’da hakların tam olarak anlatılması şeklindeki yakalama tutanağı ile ilgili olan maddeden de bu sonuca ulaşılabilmektedir.

Bu konuda AİHS’nin etkisini somut bir şekilde görmek de mümkün olup öncelikle CMK’nın AİHS’ye uygun yorum yoluyla bu şekilde yorumlanabilmesi mümkündür. Nitekim AİHM kararları gereğince de “yakalanan herhangi bir kişiye yakalaması ile ilgili esaslı hukuki ve maddi temeller anlayabileceği, yalın ve teknik olmayan bir dille” açıklanması⁷¹⁹, hakların tam olarak anlatılması, öğretilmesi ve karşı tarafın bu hakları anladığının tespit edilmesi gerekmektedir.⁷²⁰ AİHS md. 5/2 sayesinde 5/4 uyarınca bir mahkemeye başvurarak yakalanmasının yasallığına itiraz edebilmesi için anlatılmalıdır.⁷²¹

Bu durumda da mutlaka kişinin anlayacağı bir dilde bu bildirim yapılmalıdır. Bu durum ulusal hukukumuz bakımından da geçerlidir. Kişi eğer yabancıysa veya Türkçe’yi bilmiyor ya da tam olarak anlamıyorsa, sağır ve dilsizse veya buna benzer durumlar söz konusuysa mutlaka tercüman kullanılarak haklarının kişinin anlayacağı şekilde izah edilmesi gerekmektedir.⁷²²

1. ve 3. fıkralarına dayanan bu iddalarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bkz. Dinç ve Çakır v. Türkiye, no 66066/09, 9 Temmuz 2013, pr. 53-54.

⁷¹⁹ Nowak v. Ukrayna, no. 60846/10, 31 Mart 2011, pr. 63.

⁷²⁰ Örneğin bkz. Bordovskiy v. Rusya, no. 49491/99, 8 Şubat 2005.

⁷²¹ Bkz. Van Der Leer v. Hollanda, no. 11509/85, 21 Şubat 1990, pr. 28.

⁷²² Öğretide de belirtildiği üzere; tüm muhakeme işlemlerinin dili şekle ait koşullardan biri olup muhakeme işlemlerinde resmi dil olan Türkçe’nin kullanılması zorunludur. Buna karşın Türkçe’nin bilinmemesi

Son olarak da kişinin tercih ettiği bir dilde bu bilginin yapılmasının gerekip gerekmediği konusuna değinilmelidir.⁷²³ Örneğin kişi Türkçe biliyor ve anlıyorsa, ancak bilgilendirmenin bir başka dilde yapılmasını istiyorsa bu durumda kanaatimizce yalnızca bu gerekçe ile AİHS'ye bir aykırılık olmayacaktır. Öğretide de AİHS'nin bireylere etkili koruma sağladığı, ancak dil uyuşmazlıklarını çözmediği ve kişinin bu bilginin, azınlık dilinde olduğu gibi, belirli bir dilde verilmesini isteme hakkı olmadığı görüşleri dile getirilmiştir.⁷²⁴

Kanuni hakların bildirilmesinin yapılma şekli konusunda son olarak, detaylı olup olmayacağı, tesadüfen bilgi sahibi olmanın yeterli olup olmadığı ve bu bildirimin yapıldığına ilişkin bir tutanak tutulmasının gerekli olup olmadığı konuları ele alınmalıdır.

İlk olarak, detaylı olma konusu ele alındığında, AİHM'ye göre, bu bilgiler kişiye “en kısa sürede” verilirken bu bilginin yakalamayı yapan görevli tarafından yakalamanın gerçekleştirilme anında bütünüyle aktarılması gerekli değildir. Bilginin içeriğinin ve hızlıca aktarımının yeterli olup olmadığı, her olayda olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.⁷²⁵

AİHM, yakalanan kişilere verilecek bilginin aslında hem ayrıntılı olması gerektiğini belirtmiş hem de detaylı bir bilgilendirmenin gerekli olmadığını söylemiştir. Ancak burada bir çelişki yoktur, Mahkemenin yaptığı ayırım aslında maddenin amacından yola çıkıldığında kolaylıkla tespit edilebilir. Bilgilendirme, hem fiilî hem de hukukî

halinde soruşturma evresinde tercümandan faydanılması gerekir. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, 2015, s.

36-40. Benzer şekilde bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 307. Bkz. TANER, 2019, s.261-265.

⁷²³ Bu konuda bkz. SARIGÜL, 2013, s.89-90.

⁷²⁴ TRECHSEL, 2006, s. 460.

⁷²⁵ Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991, pr.

konularla ilgili olmalıdır⁷²⁶, bu kapsamda ayrıntılı bir bilgilendirme gerekir, ancak önemli olan yakalama kararına itirazı mümkün kılacak ölçüde bir bilgilendirme yapılmasının yeterli olmasıdır.

Yakalama nedenlerinin bildirilmesi konusu Sözleşme'nin 5/4. maddesi ile bağlantılı olduğundan bu hakkın kullanılabilmesini sağlayacak ölçüde bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Bu madde mahkemeye başvurma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlar.⁷²⁷

Bununla birlikte, “adil yargılanma hakkı kapsamında (AİHS md. 6/1 ve 6/3-a) kişinin savunmasını hazırlamasını mümkün kılmak amacıyla verilmesi gereken bilgi kadar detaylı bir bilgilendirme burada beklenmemektedir.”⁷²⁸

CMK bakımından ise “kanuni haklar” ifadesi kullanıldığı için vurgulandığı şekilde hak ve özgürlükler lehine AİHM içtihatlarına nazaran daha detaylı bir bilgilendirme yapılması gerektiği ancak bildirimin yapılma şekli bakımından bu hakların ya da olayların somut olayın koşulları içinde aktarımının detaylı olma zorunluluğu olmadığı sonucuna varmaktayız.⁷²⁹

İkinci olarak tesadüfen bilgi sahibi olma konusu ele alındığında; bu konunun AİHM tarafından somut olayın özellikleri içinde farklı açılardan değerlendirildiği görülmektedir. AİHM, bir yandan tesadüfen ya da farklı bir yolla kişinin özgürlükten

⁷²⁶ Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991, pr. 40.

⁷²⁷ Van Der Leer v. Hollanda, no. 11509/85, 21 Şubat 1990, pr. 27-28.

⁷²⁸ TEZCAN ve diğerleri, 2019, s. 265.

⁷²⁹ Bkz. “1. Kanuni Hakların Bildirilmesi”, “A. Kapsam”, s.210vd.

mahrum kaldığı konusunda halihazırda bilgi sahibi olmasını yeterli görmemektedir.⁷³⁰ Diğer yandan, AİHM'nin, olayın oluşuna göre ilgilinin suçlama sebeplerini öğrenmesi veya anlamasının zaten mümkün olduğu durumlarda ayrıca ve özel olarak bilgilendirmeye gerek olmadığını da belirtmiş olduğu görülmektedir.⁷³¹ Ulusal hukumuz bakımından kanaatimizce bu yöndeki AİHM içtihadının aksine özellikle de CMK'da AİHS'den daha sıkı şekilde “kanuni hakların tümü” konusunda bir bilgilendirme yapılması gerektiği öngörüldüğünden asgari standartların ötesinde tesadüfen veya genel bilgi sahibi olunmasının yeterli olmadığı ve kişi, suçlama sebeplerini anlasa dahi kanuni hakları bakımından ayrıca bir bilgilendirmenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Üçüncü olarak da, kanuni hakların bildirilmesinin yapılma şekli konusunda, bu bildirimin yapıldığına ilişkin bir tutanak tutulmasının gerekli olup olmadığı konusu ele alınmalıdır. Tutanak tutulması öncelikle bu konuya ilişkin bilgilendirmenin yapılmış olduğuna ilişkin bir dayanak noktası olabilmektedir. Bununla birlikte yazılı olarak bildirim yapılması ile hakların bildirildiğinin tutanağa yazılması konusunun birbirinden farklı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Ulusal hukukumuz gereğince kanuni hakların yazılı olarak bildirilmesi ayrıca bu şekildeki bir bildirimin tutanağa yazılması gerekmektedir. Nitekim CMK'da yakalama ve gözaltına alma işlemlerinin bir “tutanağa bağlanması” gerektiğinin düzenlenmiş

⁷³⁰ Mahkeme halihazırda psikiyatrik hastanede bulunan kişi ile ilgili değerlendirme yaptığı bir olayda, başvuranın bilgi sahibi olmasının 5/2'de yer alan gereklilikleri karşılamadığı kanaatine varmıştır. Van Der Leer v. Hollanda, no. 11509/85, 21 Şubat 1990, pr. 31.

⁷³¹ Örneğin AİHM, Türkiye ile ilgili bir davada, kişinin polis kontrolü sırasında sahte belgeler sunduğunu tespit etmiş ve bu durumda söz konusu fiilin cezai ve amaçsal niteliği gereği kişinin niçin yakalandığını ve polis merkezine götürüldüğünü bilebileceği kanaatini belirtmiştir. Bkz. Dikme v. Türkiye, no. 20869/92, 11 Temmuz 2000, pr. 54.

olduğu⁷³² ve bu tutanakta da diğer hususların yanı sıra “yakalananın hangi suç nedeniyle ... yakalandığı ... haklarının tam olarak anlatıldığı” hususlarının açıkça yazılması gerektiği anlaşılmaktadır.⁷³³

AİHM tarafından da hakların bildirilmesi konusunda resmi şekilde bir kaydın tutulmasına önem verildiği sonucuna varılmaktadır.⁷³⁴ Nitekim AİHM, bu konuyla ilgili çeşitli iddiaların dile getirildiği davalarda, bu konuya ilişkin olarak, öncelikle davalı hükümetlerden Sözleşme’nin 5/2. maddesinde de yer alan hakkın kullanıldığına ilişkin yazılı deliller sunmasını isteyebilmektedir.⁷³⁵ Yani bilgilendirmenin yapıldığını ve zamanını kanıtlamak taraf devletin yükümlülüğündedir.

Türkiye ile ilgili birçok davada da bu konu gündeme gelmekte ve AİHM somut olayın koşulları içinde zaman zaman hakların bildirildiğine ilişkin tutanağı yeterli bulmakta, zaman zamansa diğer hususlarla birlikte bu durumun Sözleşme’nin ihlaline sebebiyet verdiğini belirtmektedir. AİHM, yakalanma sebepleri ve yöneltilen suçlamalar konusunda oldukça geç bir tarihte bilgi verildiğinin iddia edildiği bir olayda⁷³⁶ konuyu Sözleşme’nin 5/2. maddesi kapsamında incelemiş ve “başvuranın yakalanma sebeplerine dair bilgilendirildiğini kabul ettiği, sanıkların ve şüphelilerin haklarına yönelik olan tutanağı imzaladığını” belirterek şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.⁷³⁷

⁷³² CMK md. 97. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6/6.

⁷³³ CMK md. 97. Ayrıca bkz. “6. Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Denetimi”, s.278vd.

⁷³⁴ Bu konunun özellikle Sözleşme’nin 2 ve 3. maddeleri ile de bağlantısı vardır. Ayrıca bu konuda bkz. “6.

Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Denetimi”, s.155vd.

⁷³⁵ Attı ve Tedik v. Türkiye, no. 32705/02, 20 Ekim 2009, pr. 23.

⁷³⁶ Başvurucu bu konuya ilişkin olarak Sözleşme’nin 5. maddesinin 2. fıkrası ve 6. maddesinin 3. fıkrasının a ve b bentlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

⁷³⁷ Abdulsitar Akgül v. Türkiye, no. 31595/07, 25 Haziran 2013, pr. 32-36.

Bir başka olayda ise AİHM, yakalama tutanağının olması ancak bu tutanakta yakalama nedenleri hakkında bilginin yer almaması nedeni ve başvuruların hangi gerekçeyle yakalandıklarını anlamış olduklarına dair herhangi bir belge olmadığı tespitiyle ihlal kararı vermiş⁷³⁸ benzer şekilde başka bir olayda da; her ne kadar yakalama tutanağı sunulmuşsa da, bu tutanakta yakalama nedenlerinden söz edilmediği, bir başvuran hakkında “durumundan şüphelenildiği”nden bahsedildiği, diğer başvuran ile ilgili olarak da “soruşturma kapsamında” yakalama işlemi yapıldığından bahsedildiği tespitini yapmış ve olayda sorgu aşamasına kadar başvuruların yakalanmalarına ilişkin nedenlerden haberdar edildiklerine ilişkin delillerin olmadığı kanaatine varmıştır.⁷³⁹

Yakalanan kişiler kendilerine bilgilendirme yapılmadığını iddia ettiklerinde hükümetin bu konuda herhangi bir savunma vermemesi, bilgi ve belgenin dosyada bulunmaması durumunda AİHM, Hükümet’ten bir yanıt alınamadığından tutulma nedenlerinin ulusal makamlar tarafından tebliğ edilmediği kanaatiyle ihlal kararı vermektedir.⁷⁴⁰

Buna karşın AİHM, arama ve yakalama tutanağında yakalanma nedenlerinin belirtilmemiş olduğunu tespit ettiği bir olayda yapılan arama bir müzekkere uyarınca gerçekleştirildiğinden ve müzekkerenin de hangi gerekçeyle çıkarıldığıının müzekkerede yer aldığından bahsetmiş, müzekkerenin içeriği hakkında bilgi sahibi olunmadığının ortaya konulmadığı gibi bir iddianın da dile getirilmediğine değinerek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.⁷⁴¹ AİHM kararlarında genel olarak kanun maddesinin ya

⁷³⁸ Sinan Tanrıkulu ve Diğerleri v. Türkiye, no. 50086/99, 3 Mayıs 2007, pr. 30-35.

⁷³⁹ Attı ve Tedik v. Türkiye, no. 32705/02, 20 Ekim 2009, pr. 23-25.

⁷⁴⁰ Bkz. Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye, no. 28127/09, 3 Aralık 2013, pr. 46.

⁷⁴¹ Bkz. Sinan Tanrıkulu ve Diğerleri v. Türkiye, no. 50086/99, 3 Mayıs 2007, pr. 22-25.

da suç tipinin yer almasının yeterli olmadığı, bununla birlikte tüm iddia ve kanıtların sayılmasına da gerek olmadığı, vurgulandığı görülmektedir.⁷⁴²

AYM de konu hakkında vermiş olduğu kararlarda AİHM içtihadını takip etmiştir. AYM, özellikle de “yakalanan bir kimseye yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı” ve “kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkanına sahip olabilmeli” konularına temel ilke olarak değinmiştir.⁷⁴³ Ayrıca AYM somut olayda; başvuruçuların “haklarındaki suç isnadına temel teşkil eden belge ve bilgilere sahip olarak müdafileriyle birlikte ayrıntılı şekilde savunma yaptıkları” hususuna değinerek⁷⁴⁴ “yakalama/gözetim gibi çoğu usuli işlemlere ait evrakın verilmemesinin, soruşturma dosyasına erişim imkanından yoksun kalma olarak değerlendirilmesinin” mümkün olmadığını belirtmiştir.⁷⁴⁵

AYM ayrıca bir kişinin “kolluk görevlilerince yakalandıktan sonra yakalama nedenlerinin kendisine bildirilmediğini ve kendisine yalnızca suç isminin yazılı olduğu bir tutanağın imzalatıldığını” ileri sürmüş olduğu bir bireysel başvuruda “yakalama tutanağına” ve “şüpheli ve sanık hakları formuna” dikkat çekmiştir.⁷⁴⁶ Bir diğer yandan AYM konuyu tazminat boyutuyla ele almakta ve bu durumun “Anayasa Mahkemesince yapılacak bir tespit ve ihlal kararının tazminat dışında bir sonucu olmayacağını”

⁷⁴² Öğretide de sadece kanun maddesinin ya da suç adının söylenmesinin yeterli olmadığı ifade edilmiştir.

Bkz. ÇULHA ve diğerleri, 2018, s.157.

⁷⁴³ Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr. 122.

⁷⁴⁴ Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr. 123.

⁷⁴⁵ Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr. 124. Ayrıca bkz. Fatih Yazar Başvurusu, no. 2013/6232, 18/11/2015, pr. 74; Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/16838, 09/09/2015, pr. 60.

⁷⁴⁶ Bkz. Deniz Özfiat Başvurusu, no. 2013/7929, 1/12/2015, pr. 40 ve pr. 51.

belirtmektedir.⁷⁴⁷ Bu itibarla da AYM'nin konu hakkında vermiş olduğu kararlarda temel ilkelerde AİHM içtihadına benzer tespitleri dile getirdiği, içtihatların paralel olduğu ve somut olayların özelinde ise tutanak ve tazminat davası açılması konularını işaret ettiği sonucuna varmaktayız.⁷⁴⁸

Bu kapsamda, CMK, Anayasa, AİHS ile AİHM ve AYM kararları birlikte değerlendirildiğinde öncelikle yazılı bildirim konusunda yukarıda dile getirmiş olduğumuz kanaatlerimizi vurguluyor, AİHM'nin bu husustaki içtihadının bu yönüyle ulusal hukumuz bakımından dikkate alınmaması gerektiğini; anayasal bir ilke olarak yazılılık şartının iç hukukumuzda kişi özgürlüğünü daha koruyucu nitelikte olduğunu belirtiyoruz.

Bununla birlikte bu bilgilendirmenin tutanağa bağlanması konusunda da CMK'da yer aldığı şekliyle bir tutanak tutulmasının kanuni hakların bildirilmesi konusunda gerekli olduğu ancak yeterli olmadığı ve Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan düzenlemenin amacını da sağlayacak şekilde kanun değişikliği yapılarak yalnızca suç nedeninin değil, yakalamayı gerektiren nedenlerin, hakların listesinin ve bildirimin yapıldığının yazılması ve bunun da gerekçeli olarak yapılması gerektiğinin düzenlenmesinde fayda bulunduğu kanaatindeyiz. Mevcut durumda ise sorunun, CMK'da yer alan düzenlemelerin bu konudaki Anayasa ve Yönetmelikte yer alan ayrıntılı düzenlemeler ile temel hak ve özgürükleri koruyucu bakış açısıyla ve ilgili AİHM içtihadının amaç noktasında, bu koşullarla, uygun yorumu suretiyle çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmaktayız.

⁷⁴⁷ Deniz Özfiat Başvurusu, no. 2013/7929, 1/12/2015, pr. 52.

⁷⁴⁸ Bkz. "10. Tazminat Hakkı", s.337vd.

2. Yasal Yardım

Yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine karar verilmesi veya bu kararların uygulanması sırasında yakalanan ve gözaltına alınan kişilere yasal yardım yapılmasının gerekli olup olmadığı konusunda öncelikle CMK, Anayasa ve AİHS’de yer alan düzenlemelerin nasıl olduğu ve yasal bildirim konusunda öne çıkan AİHM içtihadının ulusal hukukumuza yansımaları ele alınmalıdır.⁷⁴⁹

CMK’da yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinde yasal yardım konusunda ne şekilde düzenlemeler yer aldığı incelendiğinde, CMK’nın çeşitli maddelerinde bu konuya ilişkin hükümler yer aldığı ve bunlarda da özellikle ifade alma veya sorguya çekilme ile bağlantılı olarak yasal yardımdan bahsedildiği görülmektedir. Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin düzenlendiği maddelerde ise doğrudan ve ayrıntılı düzenleme bulunmamakta yalnızca CMK’da gözaltı tedbirinin düzenlendiği maddede, gözaltına alınan kişinin bırakılmadığı takdirde sulh ceza hakimi önünde yapılacak olan sorgusunda müdafinin de hazır bulunacağı özel olarak belirtilmektedir.⁷⁵⁰

CMK’nın ifade ve sorgu ile ilgili olan maddesinde de, “şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde ... müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği” konusunda kendisine bildirimde

⁷⁴⁹ Bu konuda öncelikle müdafinin hakları konusunda bkz. EREM, 1978, s.190-200. Ayrıca bkz. KARAOSMANOĞLU Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye ve İngiltere Örnekleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı: 3, 2003, s. 177-197 ve TRECHSEL, 2006, s. 242 vd. Çelişme ve silahların eşitliği kapsamında müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkı ile ilgili bkz. TANER, 2019, s.172vd.

⁷⁵⁰ CMK md. 91/7. “Burada zorunlu müdafiliğin özel bir uygulaması öngörülmüş olup, 150. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki zorunlu müdafilik şartlarının bulunması aranmayacaktır.” Bkz. ŞAHİN, 2018, s. 290.

bulunulacağı, ayrıca “müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirileceği” belirtilmiştir.⁷⁵¹

Ayrıca şüphelinin “soruşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabileceği”⁷⁵² ve yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin de bu kapsamda olduğu; soruşturmanın her aşamasında şüphelinin, avukatının yanında olması ve hukuki yardımdan faydalanma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı⁷⁵³ gibi hususlar ile genel olarak “müdafî seçimi”, “müdafîin görevlendirilmesi”, müdafînin görev ve yetkileri CMK’da detaylarıyla yer almaktadır.⁷⁵⁴

⁷⁵¹ CMK md. 147/1-c.

⁷⁵² CMK md. 149/1 ve 2.

⁷⁵³ CMK md. 149/3. Her ne kadar CMK’nın 149/3. maddesinde; “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.” düzenlemesi yer almakta ise de CMK’nın Müdafî ile görüşme başlıklı 154. maddesinin 2. fıkrasında gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkına bir kısıtlama getirilmiştir. Bu çalışmanın yazım aşamasında maddede değişiklik yapılmış ve maddeye eklenen fıkra ile belirtilmiş olan bir kısım suçlar bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkının Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme 03.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK’nın 3. maddesi ile getirilmiş daha sonra da 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 3. maddesi ile aynen kabul edilmiştir. Bkz. 08.03.2018 tarih, Resmi Gazete Sayı : 30354 (Mükerrer) Kanaatimizce bu düzenleme yasal yardımın etkililiği konusunda mevcut düzenlemeye göre bir sınırlama ve bu hakka daha fazla müdahale getirmiş ayrıca CMK 149. maddesini de sınırlandırmış ve sorun yaratmış devamında bu zaman zarfında ifade alınmayacağı belirtilmiş olması ise en azından şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesindeki yasal yardım hakkına müdahaleyi engellemiştir.

⁷⁵⁴ CMK md. 149-156.

Anayasa’da yakalama ve gözetli koruma tedbirlerinde yasal yardım konusunda doğrudan bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Anayasa’da kişi özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin düzenlemelerde, özgürlükten mahrum kalan kişilere yasal yardım verileceği konusunda açık ve doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, AİHM ve AYM içtihadı kapsamında konu ele alınırken izah edileceği gibi, hak arama hürriyeti kapsamında adil yargılanma hakkı altında durumun değerlendirilmesi mümkündür.⁷⁵⁵

AİHS’de de, Anayasa’ya benzer şekilde, Sözleşme’nin özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili maddesinde bu konuda doğrudan bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Buna karşın, Sözleşme’nin adil yargılanma hakkı ile ilgili maddesinden yakalama ve gözetli koruma tedbirlerinde de bir kişinin yasal yardım alma hakkı olduğu sonucuna varılmaktadır. Sözleşme’nin 6. maddesinde bir suç ile itham edilen herkesin hangi asgari haklara sahip olduğu sıralanırken bunlar arasında “savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma” ve “müdafi yardımından yararlanma” yahut da gerekli koşullar altında “ücretsiz olarak yasal yardım alma” hakkı da düzenlenmiş bulunmaktadır.⁷⁵⁶

Bu itibarla üç metin değerlendirildiğinde yasal yardım konusunda çeşitli düzenlemeler olduğu ancak doğrudan bu tedbirlere özgü ve açık bir düzenleme olmadığı sonucuna varmaktayız bununla birlikte haklarında yakalama ve gözetli koruma tedbirleri uygulanan kişilerin bir suç ile itham edilen kişi durumunda oldukları da nazara alınarak yasal yardım konusundaki düzenlemelerin hangi aşamada ve ne şekilde bu kişiler bakımından uygulama alanı bulacağı sorun oluşturmakta olduğundan bu yönler bakımından, AİHM ve AYM içtihadına daha yakından bakılmalıdır.

⁷⁵⁵ 1982 Anayasası md. 36.

⁷⁵⁶ AİHS md. 6/3-b ve c.

Bu konuda AİHM'nin Sözleşme'nin özgürlük ve güvenlik hakkına ve adil yargılanma hakkına ilişkin kararları birlikte değerlendirilmelidir; çünkü AİHM, konuyu zaman içinde farklı şekilde değerlendirmiştir. AİHM, başvurucunun avukatının sorguya alınmamasına ilişkin şikayetlerini sunduğu bir davada, bu durumun Sözleşme'nin 5/3. maddesi ile uyumlu olduğu ve bu maddenin bir avukatın hazır bulunmasını zorunlu hale getirmediğini belirtmiştir.⁷⁵⁷ Buna karşın daha sonraki kararlarda ise bu konuda Sözleşme'nin 5. maddesini 6. madde ile “köprü” kurarak ele almış ve Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan güvencelerin uygun düştüğü ölçüde özgürlükten yoksun bırakılma bakımından da geçerli olacağını belirtmiştir.⁷⁵⁸ AİHM, Sözleşme'nin 6/3-c maddesinin, soruşturmanın özelliği ve davanın koşulları içinde, soruşturma aşamasında da uygulanabilir bir düzenleme olduğu kanaatini dile getirmiştir.⁷⁵⁹

Nitekim AİHM'nin sonraki kararlarında da bu görüş pekişmiştir. Buna göre, “bir avukata ulaşma hakkının sadece duruşma sürecinde değil, aynı zamanda yargılamanın ilk aşamalarında da uygulanmasının gerekliliğine vurgu yapılarak cezai bir suçlama altında olan herkesin, gerektiğinde resmi olarak görevlendirilen bir avukat tarafından, etkili bir şekilde savunulma hakkının adil yargılamanın temel özelliklerinden biri olduğu” belirtilmiştir.⁷⁶⁰ AİHM tarafından Sözleşme'nin 5. maddesi ile 6. maddesi kapsamında yapılan yargılamalar arasındaki farka değinilerek örneğin ücretsiz yasal yardım konusunda genel kuralın taraf devletlerin, kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili yargılamalarda ücretsiz hukuki yardım sunma zorunluluğunun bulunmadığı belirtilmiş

⁷⁵⁷ Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76, 4 Aralık 1979, pr. 36.

⁷⁵⁸ Örneğin bkz. Reinprecht v. Avusturya, no. 67175/01, 15 Kasım 2005, pr. 31.

⁷⁵⁹ Murray v. Birleşik Krallık, no. 18731/91, 8 Şubat 1996, pr. 62.

⁷⁶⁰ Çeviri için bkz. KAYA GÖÇMEN, (2016), s. 1795. Bkz. Bkz. Dayanan v. Türkiye, no.7377/03, 13 Ekim 2009, pr.30 ve bu kararda yer verilen içtihat hukuku. Ayrıca bkz. Karadağ v. Türkiye, no.12976/05, 29 Nisan 2010, pr. 46; Bouamar v. Belçika, no.9106/80, 29 Şubat 1988, pr.60.

ise de somut olaydaki koşulların, iddiaların, imkan ve olayın bir bütün olarak değerlendirilmesiyle bu konuda bir sonuca varılması gerektiği de anlaşılmaktadır.⁷⁶¹

O halde AİHM, kural olarak, Sözleşme'nin 6. maddesinin bir şüphelinin soruşturma aşamasında özgürlüğünden mahrum kaldığı andan itibaren etkili bir yasal yardım almasını gerektirdiği görüşüne ulaşmıştır.⁷⁶² Bu kapsamda AİHM, güncel kararlarında bir avukatın yardımından faydalanma hakkının polis tarafından ifade alınmaya başlanmasından bitimine kadar olan sürecin tamamını kapsadığını, avukat yardımının ifade alma sürecinde de aynı şekilde önemli olduğunu ve polis tarafından ifade alındığı sırada avukatın hazır bulunması ve aktif olarak destek sağlamasının, belli amaçlara hizmet eden önemli bir usuli güvence olduğunu belirtmekte ve bu yaklaşımını Türkiye ile ilgili güncel kararlarında da vurgulamaktadır.⁷⁶³

AYM'nin bu konudaki kararları incelendiğinde de AYM'nin AİHM'ye benzer şekilde konuyu ele aldığı ve özellikle de gözetim koruma tedbiri bakımından adil yargılanma hakkı çerçevesinde konuyu sıklıkla değerlendirdiği görülmektedir. AYM, “savunma hakkını etkin bir şekilde kullanma imkanını sağlayan müdafî yardımından yararlanma hakkının, aynı zamanda adil yargılanma hakkının diğer bir unsuru olan *silahların eşitliği* ilkesinin de gereği” olduğuna değinerek “Sözleşme'nin anılan maddesi[nin] herhangi bir istisna gözetmeksizin suç isnadı altında bulunan herkesi

⁷⁶¹ Lebedev v. Rusya, no. 4493/04, 25 Ekim 2007, pr. 84-85. Öğretide bu konuda; genel kural olarak yalnızca “ücretsiz hukuki yardım” sunulmamasının Sözleşme'yi ihlal etmeyeceği ancak belirli koşullar altında örneğin küçükler, akıl hastaları ya da yapacakları başvurunun etkili olması, bir hukuksal yardım almalarına bağlı olan kişilere de ücretsiz avukat sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ŞİRİN, 2018, s.238.

⁷⁶² Bkz. Dayanan v. Türkiye, no. 7377/03, 13 Ekim 2009, pr. 31.

⁷⁶³ Bkz. Soytemiz v. Türkiye, no. 57837/09, 27 Kasım 2018, pr.48; Akdağ v. Türkiye, no. 75460/10, 17 Eylül 2019, pr.45.

kapsa[dığını] ve ceza yargılamasının her aşamasında uygulanmakta [olduğunu], dolayısıyla soruşturma aşamasında yapılan işlemler bakımından bu hakkın güvence altına alınmış” olduğunu belirtmiştir.⁷⁶⁴

AYM, “adil yargılanma hakkının yeterince uygulanabilir ve etkili olabilmesi için, kural olarak, şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması gerektiğini” belirtmiş⁷⁶⁵ ve savunma hakkına verilen zarardan da bahisle “gözetiminde avukata erişim imkanı sağlanmaması ve bu sırada elde edilen ifadelerin mahkumiyet kararına esas alınması müdafii yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali” olduğuna karar vermiştir.⁷⁶⁶

AİHM ayrıca yasal yardım konusunu hem hakim önüne çıkma hem de mahkemeye ve kanun yoluna başvuru hakkı bakımından da değerlendirmiştir. Nitekim AİHM tarafından Sözleşmenin 5/4. maddesi gereğince, özgürlüğünden mahrum kalan kişinin veya avukatının bizzat çağrılmasının başlı başına bir zorunluluk olmadığı; şüphelinin veya ihtiyaç olursa avukatının kişisel olarak çağrılmaması durumunun silahların eşitliği ilkesine zarar vermediği sürece⁷⁶⁷ Sözleşme’nin 5/4 maddesinin

⁷⁶⁴ Kazim Albayrak Başvurusu, no. 2014/3836, 17/9/2014, pr. 26-31; Burhanettin Yalçın Başvurusu, no. 2013/2578, 8/9/2015, pr. 51-52.

⁷⁶⁵ Bayram Siviş Başvurusu, no. 2014/5844, 5/11/2014, pr. 27.

⁷⁶⁶ Yusuf Karakuş ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/12002, 8/12/2016, pr. 83. Ayrıca bkz. Abdulselam Tural ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/2319, 8/4/2015; Sami Özbil Başvurusu, no. 2012/543, 15/10/2014.

⁷⁶⁷ Silahların eşitliğinin tarihi kökenleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, 2019, s.94-106. Ayrıca AYM’nin ilgili tanımlamaları için bkz. dn. 1007 ve 1008.

kendiliğinden ihlal edilmesine neden olmadığının belirtilmiş olduğu da vurgulanmalıdır.⁷⁶⁸

AYM'nin ve AİHM'nin halihazırda konuyu bu şekilde değerlendirmesi, bu hakkın mutlak olduğu ve yasal yardım alma hakkı bir şekilde kısıtlanan kişinin adil yargılanma hakkının otomatik olarak ihlal edildiği anlamına gelmez.⁷⁶⁹ Soruşturma aşamasında yasal yardım alma hakkının geçerli nedenlerle kısıtlanabilmesi mümkün olup, bu konu somut olayın özelliğine göre bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler ve ceza yargılaması sürecinin tamamı dikkate alınarak adil yargılama hakkından ilgilinin mahrum kalıp kalmadığının tespit edilmesiyle belirlenmektedir.⁷⁷⁰

Buna karşın, AİHM'nin bu konuda özellikle de Türkiye ile ilgili davalarda vermiş olduğu kararlar incelendiğinde; gözaltı aşamasında yasal yardımdan faydalanılamayan pek çok durumda bu kapsamda yapılan inceleme sonucu ihlal kararı verildiği gözlemlenmektedir.⁷⁷¹ AİHM, bu kararlarda ulusal hukukumuzda daha önceki yasal

⁷⁶⁸ Altınok v. Türkiye, no. 31610/08, 29 Kasım 2011, pr. 54.

⁷⁶⁹ Bu kısıtlama özellikle de CMK'nın 149. maddesinin 2. fıkrasında yer alan soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukatın hazır bulunabileceği şeklindeki kısıtlama ile 154. maddenin 2. fıkrasında yer alan gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkının Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hakim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilmesi bakımından önemlidir. Ayrıca bkz. dn. 752 ve 753. "Müdafinin adedi" ile ilgili ayrıca bkz. EREM, 1978, s.185-186.

⁷⁷⁰ Bkz. Brennan v. Birleşik Krallık, no. 39846/98, 16 Ekim 2001; Murray v. Birleşik Krallık, no. 18731/91, 8 Şubat 1996; Magee v. Birleşik Krallık, no. 28135/95, 6 Haziran 2000.

⁷⁷¹ Örneğin AİHM, Öcalan kararında Sözleşme'de soruşturmanın ilk aşamalarında yakalama ve gözaltı gibi durumlarda avukat yardımından yararlanma hakkının Sözleşmede açıkça öngörülmesi de bunun 6. madde kapsamında olduğunu belirtmiş ve işlemlerin bütününe kişiye adil yargılanma hakkından mahrum bırakıp bırakmadığı konusunu ele almıştır. Bkz. Öcalan v. Türkiye, no. 46221/99, 12 Mayıs 2005, pr. 131.

mevzuatta yer alan düzenlemeler nedeniyle bu durumun sistemsal bir sorun olduğunu belirtmiştir.⁷⁷²

Bir diğer açıdan da yasal yardım olmadan soruşturma aşamasında alınan ifadenin ilgili kişi tarafından reddedilmesine rağmen sanık hakkında verilen mahkumiyet kararında kullanılmasının sanığın savunma haklarına zarar vermiş sayılacağı kabul edilmiş ve ilgilinin küçük olması halinde yasal yardım hakkının çok sayıda uluslararası belge ile de ayrıca korunduğuna atıf yapılarak bu konunun önemine dikkat çekilmiştir.⁷⁷³

Konu, AYM kararlarına da benzer şekilde yansımıştır. AYM, gözaltı aşamasında avukata erişim hakkının “ancak, davanın kendine özgü koşulları bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler ortaya çıkarması halinde kısıtlanabileceği, avukata erişim hakkının kısıtlanmasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, bu kısıtlamanın savunma haklarına zarar vermemesi gerektiği” yönünde karar vermiştir.⁷⁷⁴

⁷⁷² AİHM, Türkiye’de avukat yardımı alma hakkına getirilen kısıtlamanın sistemsal olduğunu ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yargı yetkisi kapsamına giren bir suçla bağlantılı olarak gözaltında tutulan herkes için yasal yardım hakkının kısıtlanmasının uygulandığını tespit ederek Sözleşme’nin 6/1 maddesi ile bağlantılı olarak 6/3 (c) maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. İbrahim Güler v. Türkiye, no. 1942/08, 15 Ekim 2013, pr. 13-14.

⁷⁷³ Örneğin Salduz kararında, başvuranın poliste gözaltında bulunduğu sürede avukat desteği olmayışını, kişinin bu şekilde alınan ifadesini sonraki aşamalarda reddetmesi, ancak buna rağmen bu ifadenin hükme esas alınması konularını AİHM değerlendirmiş ve özellikle gözaltında bulunan kişinin çocuk olmasına da vurgu yapılarak gözaltında bulunduğu sırada avukat yardımından yararlanamamasının savunma hakkını telafi edilemeyecek şekilde zarara uğrattığı kanaatiyle ihlal kararı vermiştir. Salduz v. Türkiye, no. 36391/02, 27 Kasım 2008. Ayrıca çocuklarla ilgili olarak bkz. Bouamar v. Belçika, no. 9106/80, 29 Şubat 1988, pr. 60. Ayrıca bu konuda çeşitli tespit ve değerlendirmeler içeren Türkiye ile ilgili kararlar için bkz. dn.783-788.

⁷⁷⁴ Sami Özbil Başvurusu, no. 2012/543, 15/10/2014, pr. 64.

AYM yine AİHM içtihadını tekrarla “avukat erişimi sağlanmayan sanığın kolluk soruşturması sırasındaki ifadelerinin mahkumiyet kararında kullanılması durumunda savunma haklarına telafi edilmez biçimde zarar verilmiş sayılacağı”⁷⁷⁵ ve somut olayda “gözaltında iken alınan ifadelerin mahkumiyet için belirleyici biçimde kanıt olarak kullanıldığı, sonraki aşamalarda sağlanan müdafî yardımı ve yargılama usulünün diğer güvencelerinin soruşturmanın başında başvurucunun savunma hakkına verilen zararı gideremediği” değerlendirmesi ile adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir.⁷⁷⁶

Benzer durum avukatın dosyaya erişim hakkı bakımından da geçerlidir.⁷⁷⁷ AİHM ve AYM bu konuda paralel ifadelerle özgürlükten yoksun bırakılmaya temel teşkil eden belgelere erişimin olup olmadığına ve özgürlükten yoksun bırakılma gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkanının olup olmadığına vurgu yaparak, somut olaylara göre ihlal olup olmadığını tespit etmektedir.⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ Sami Özbil Başvurusu, no. 2012/543, 15/10/2014, pr. 64.

⁷⁷⁶ Sami Özbil Başvurusu, no. 2012/543, 15/10/2014.

⁷⁷⁷ CMK’nın 153. maddesinde müdafinin dosyayı inceleme yetkisi düzenlenmiş ancak madde metninde kısıtlanma ile ilgili istisnai duruma da yer verilmiştir.

⁷⁷⁸ AİHM somut olayda CMK’nın 153/2. maddesini incelediği ve bu madde uyarınca başvuranın ve avukatının dosyaya erişim hakkının, soruşturmanın amacına uygun yürütülmesini tehlikeye atmamak için kısıtlama kararı verildiğini belirttiği bir olayda başvuranın ve müdafinin tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişimlerinin olduğunu ifade etmiş ve başvuranın ve müdafinin söz konusu dokümanların içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduklarını ve tutukluluk halinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiklerini tespit ederek bu şikayeti açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bkz. Ceviz v. Türkiye, no. 8140/08, 17 Temmuz 2012, pr.42-43. Bu konuda ayrıca bkz. Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.100-101. AİHM ayrıca geçerli bir gerekçe olmaksızın dosyaya erişimi engellendiği ifade edilen başvuranın ve avukatlarının ilgilinin tutuklanmasını haklı kılmak için ileri sürülen gerekçelere tatmin edici şekilde itiraz etme imkanlarının bulunmadığını değerlendirdiği bir olayda da ihlal kararı vermiştir. Bkz. Şık v. Türkiye, no. 53413/11, 8 Temmuz 2014, pr.75.

AİHM'nin ve AYM'nin gözetilme aşamasına ilişkin olarak avukat yardımından yararlanma hakkı ile ilgili içtihat hukukunda yol gösteren prensiplerin ortaya konmuş olduğu söylenebilirse de, bunun yanı sıra yasal yardım hakkının “yalnızca avukatın hazır bulunması” ile sınırlı olmadığına dikkat çekilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Etkili bir savunma yapılabilmesi için avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin “tümü” bakımından da adil yargılanmanın sağlanıp sağlanmadığı her olayda ele alınmalıdır.⁷⁷⁹ Bu kapsamda da, silahların eşitliğinin sağlanması gerekmekte, örneğin avukatın vekalet olmadan dosyayı inceleme hakkı olması, dosyaya erişim hakkı olması, kararı öğrenmesi, görüşlerini sunması, etkili savunma yapabilmesi, müvekkili ile görüşme hakkı olması gibi konuların her bir somut olay bakımından sağlanması gerektiği unutulmamalıdır.⁷⁸⁰

Bu konuya ilişkin olarak bir de kişilerin yasal yardım hakkından vazgeçmesinin mümkün olup olmadığı ele alınmalıdır. AİHM, adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yerleşik içtihadında “Sözleşme’nin 6. maddesinin ne lafzı ne de ruhunun, başvuranın iradi olarak açık ya da örtülü biçimde adil yargılanma hakkının güvencelerinden

AYM tarafından da bu konuda AİHM tarafından özellikle Türkiye hakkında verilen farklı kararlara atıf yapılmakta ve somut olay özelinde konu incelemektedir. Bkz. Mustafa Başer ve Metin Özçelik Başvurusu, no. 2015/7908, 20/1/2016, pr.170-175. Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1631, 17/12/2015, pr.178.

⁷⁷⁹ Kişinin bir avukatının olduğu, ancak avukatı ile yeterince ve sağlıklı iletişim kuramadığı yönündeki iddialarla ilgili olarak AİHM tarafından etkili bir yasal yardım konusu ele alınarak yasal yardımın etkili olup olmadığı ve gerekliliklerin karşılanıp karşılanmadığı değerlendirilmiştir. Bu konudaki önemli tespitler için bkz. Istratii ve Diğerleri v. Moldova, no. 8721/05, 8705/05 ve 8742/05, 27 Mart 2007, pr. 88-101.

⁷⁸⁰ Örneğin bkz. Boicenco v. Moldova, no. 41088/05, 11 Temmuz 2006, pr. 158-159 ve Oferta Plus SRL v. Moldova, no. 14385/04, 19 Aralık 2006, pr. 156. Çelişme ve Silahların eşitliği kapsamında müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkı ile ilgili ayrıntılı tespit ve değerlendirmeler için bkz. TANER, 2019, s.172 vd ve 333 vd.

yararlanmaktan vazgeçmesinin önüne geçtiğini” belirtmektedir.⁷⁸¹ Ayrıca bu haktan “vazgeçme durumunun geçerli ve etkin olabilmesi için her türlü şüpheden uzak bir açıklıkta olması, ayrıca sonuçlarının ağırlığı itibariyle asgari garantileri içermesi”⁷⁸² ve “sonuçlarının makul biçimde öngörülebileceğinin” ortaya konulması da gereklidir.⁷⁸³

AİHM bu konuda herşeyden önce avukat yardımından feragatin gönüllü olarak yapıp yapılmadığını ikna edici bir şekilde tespit etmenin öncelikli olarak ulusal mercilerin görevi olduğunu ve Mahkemenin feragatin geçerli bir feragat olup olmadığını tespit etmek durumunda olmadığını belirtmektedir.⁷⁸⁴ Bununla birlikte AİHM ulusal mahkemeler tarafından başvuranın feragatini çevreleyen koşulların detaylı bir incelemesinin yapılmamasının ve söz konusu hatanın yargılamalar sırasında diğer usuli güvencelerle giderilmemesinin, yargılamayı bir bütün olarak haksız hale getirdiği, adaletsizliğe yol açtığı kanaatine ulaşmaktadır.⁷⁸⁵

AİHM ayrıca gözaltındayken imzalanan belgelerin ispat değeri hususunda duyarlı olduğunu ancak, Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamındaki diğer birçok güvencede olduğu gibi yasal yardımdan feragat ile ilgili imzalanan belgelerin de başlı başına bir nihayet teşkil etmediği ve davanın tüm koşulları ışığında konunun incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷⁸⁶ Bu kapsamda AİHM’ye göre örneğin “matbu feragat formülünün” kullanılması, metnin gerçekte sanığın “kendi hür iradesine ve bilgisine” dayanarak avukat

⁷⁸¹ Diriöz v. Türkiye, no. 38560/04, 31 Mayıs 2012, pr. 32. Ayrıca bkz. Ananyev v. Rusya, no. 20292/04, 30 Temmuz 2009, pr. 38; Aksin ve Diğerleri v. Türkiye, no. 4447/05, 1 Ekim 2013, pr. 48.

⁷⁸² Diriöz v. Türkiye, no. 38560/04, 31 Mayıs 2012, pr. 32.

⁷⁸³ Salduz v. Türkiye, no. 36391/02, 27 Kasım 2008, pr. 59; Ananyev v. Rusya, no. 20292/04, 30 Temmuz 2009, pr. 39; Aksin ve Diğerleri v. Türkiye, no. 4447/05, 1 Ekim 2013, pr. 48.

⁷⁸⁴ Bkz. Türk v. Türkiye, no. 22744/07, 5 Eylül 2017, pr.53.

⁷⁸⁵ Bkz. Bozkaya v. Türkiye, no. 46661/09, 5 Eylül 2017, pr.53.

⁷⁸⁶ Bkz. Ruşen Bayar v. Türkiye, no. 25253/08, 19 Şubat 2019, pr.121.

yardımlı hakkında feragat etme kararını ifade edip etmediğinin “netleştirilmesi” konusunda bir zorluk teşkil edebilir.⁷⁸⁷

AİHM bu konuda Türkiye ile ilgili vermiş olduğı güncel kararlarında da konuyu çeşitli açılardan ayrıntılı şekilde ve kıyaslamalı olarak ele almıştır. Bu kapsamda ilk olarak AİHM gözetli aşamasında ve ifade aşamasında yer alan tutanak ve formlardaki “Avukat istenmemiştir” matbu ibaresini ve yanında matbu “X” ile işaretlenen kutucuğı dikkat çekmiştir. Ancak başvuranın avukat yardımcı talep etmemenin sonuçları hakkında açıkça bilgilendirilmesinin elzem olduğunu da vurgulamış ve başvuran tarafından imzalanmış olan ve avukat istemediğı sonucuna varılan ifade tutanağının tartışmasız bir şekilde feragat olarak değerlendirilmemesi gerektiğı şeklindeki konuları Türkiye ile ilgili verdiği özellikle dört farklı kararı birlikte analiz ederek ayrıntılı şekilde ele almıştır.

AİHM bu kapsamda iki somut durum özelinde başvuru tarafından kendi el yazısıyla yazılmış bir not bulunması konusuna, polise verilen ifadelerin avukata erişimi olur olmaz derhal geri çektiğı konusuna, yargılamayı yürüten mahkeme önünde bu tutumun devamı konusuna ve yargılamayı yürüten mahkemenin başvuranın polise vermiş olduğı ifadeleri onu mahkûm etmek için kullanırken incelemeye tabi tutup tutmadığı gibi konulara dikkat ettiğini belirterek olayları ayırmış ve yasal yardımdan feragat konusundaki yaklaşımını netleştirmiştir.⁷⁸⁸

⁷⁸⁷ Akdağ v. Türkiye, no. 75460/10, 17 Eylül 2019, pr. 54.

⁷⁸⁸ Bu konuda AİHM’nin ayrıntılı tespitleri, kıyaslamalı ve gerekçeli analizi için bkz. Akdağ v. Türkiye, no. 75460/10, 17 Eylül 2019, pr-37-71. Ayrıca bu konuda bkz ve karşı. Salduz v. Türkiye, no. 36391/02, 27 Kasım 2008; Yoldaş v. Türkiye, no. 27503/04, 23 Şubat 2010, pr.53 vd; Hakan Duman v. Türkiye, no. 28439/03, 23 Mart 2010, pr.50 vd; Türk v. Türkiye, no. 22744/07, 5 Eylül 2017, pr.53; Bozkaya v. Türkiye, no. 46661/09, 5 Eylül 2017, pr.53; Ruşen Bayar v. Türkiye, no. 25253/08, 19 Şubat 2019, pr.121 vd.

AYM de matbu olarak bu haktan vazgeçildiğinin tespit edildiği bir olayda AİHM'nin bu konudaki önceki tarihli kararına değinerek konuyu ele almış ve benzer sonuca ulaşmıştır. AYM, “gözetiminde avukata erişim imkanından yararlanılmadığı sırada, baskı altında imzalanan ancak içeriği kabul edilmeyen tutanaklarda yer alan ifadelerle dayanılarak karar verildiği” iddiası karşısında; başvurunun “kolluk ifade tutanaklarında bir avukatın hukuki yardımından yararlanmak istemedikleri hususu matbu olarak yer almakta” diyerek “bu çerçevede suçlamanın niteliği ve cezanın ağırlığı ile gözetim sonrası savunma ve beyanları dikkate alındığında başvurunun, gözetim süresi boyunca bilinçli ve anlayışlı bir biçimde avukat yardımı istemeyerek ifade vermeyi kabul ettiği her türlü şüpheden uzak görünmemektedir”, tespitini yapmıştır.⁷⁸⁹ Bu kapsamda “başvurunun gözetiminde avukat yardımından yararlanamaması ve bu nedenle savunma haklarına verilen zarar, yargılamanın bir bütün olarak adil olmasını engellemiştir” sonucuna varmıştır.⁷⁹⁰

Bu konuya ilişkin ulusal mevzuatımız AİHS'nin düzenlemeleri ve özellikle de AYM kararları ile AİHM'nin içtihadı ışığında ele alındığında; yasal yardım konusundaki düzenlemelerin mevzuatımızda mevcut olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yeterli güvencenin sağlanamayabileceği sonucuna varılmaktadır.

Ulusal hukumuzda CMK'da geçmiş dönemlerde bu konuya ilişkin olarak yer alan pek çok kısıtlamanın kaldırılmış olması oldukça olumlu bir gelişmedir ve ulusal hukuk düzenlemelerimizin AİHS ile açık bir çatışma göstermediği sonucuna da varılmaktadır.

Buna karşın, özellikle bu yasal yardımın etkililiği konusundaki bir takım düzenlemelerin örneğin; müdafinin dosyayı inceleme veya dosyadan örnek alma hakkının kısıtlanması yahut da gözetimindeki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkının kısıtlanması

⁷⁸⁹ Burhanettin Yalçın Başvurusu, no. 2013/2578, 8/9/2015, pr.49, 58, 68.

⁷⁹⁰ Burhanettin Yalçın Başvurusu, no. 2013/2578, 8/9/2015, pr.71.

şeklindeki düzenlemelerin etkili savunma yapılabilmesini engeleyebilecek nitelikte olduğu, bu nedenle de bunların ancak çok sınırlı, istisnai ve zorunlu hallerde uygulanması ve bu konularda özellikle adil yargılanma hakkı çerçevesinde AYM'nin değinilen kararlarında olduğu gibi AİHM içtihadının uygun yorum yöntemi ile dikkate alınarak sorunların giderilmesi gerektiği sonucuna varmaktayız.

3. Durumun Yakınlara ve İlgililere Bildirilmesi

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin durumunun öncelikle Cumhuriyet savcısına bildirilmesi ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işlem yapılması⁷⁹¹ devamında da durumun yakınlarla ve ilgililere bildirilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla da ilk olarak yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin durumunun yakınlarına bildirilmesi konusu ele alınmalıdır. Bu yapılırken de CMK, Anayasa ve AİHS'de bu konuda ne gibi düzenlemelerin yer aldığına bakılmalı ve AİHS ile AİHM içtihadı kapsamında ulusal hukumuz bakımından tespit edilen sorunlara ve çözüm önerilerimize değinilmelidir.

Öncelikle CMK, Anayasa ve AİHS farklı düzenlemelere yer vermektedir. CMK'da yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin durumunun yakınlarına bildirilmesi konusu ile ilgili olarak CMK'nın çeşitli maddelerinde buna ilişkin hükümlerin olduğu ve

⁷⁹¹ CMK md.90/5. Yakalanan kişinin durumunun Cumhuriyet savcısına bildirilmesi sonrası onun emri doğrultusunda gerekli usuli işlemlere devam edilir. Bu madde ile ilgili 2005 yılından yapılan değişiklik ve Cumhuriyet savcısına bilgi verme konusunda bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s. 328-329; ayrıca bkz. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.394-395.

oldukça ayrıntılı şekilde hangi hallerde, hangi usulle ve kime bildirimde bulunulacağını düzenlenmiş olduğu görülmektedir.⁷⁹²

Buna göre bildirim, bir kişi yakalanmış, gözaltına alınmış veya gözaltı süresi uzatılmış ise yapılabilir ve bu bildirimin koşulları şunlardır: Cumhuriyet savcısının emri olmalıdır, haber verilecek kişi, hakkında işlem yapılan kişinin bir yakını veya onun belirlediği bir kişi olmalıdır, gecikmeksizin haber verilmelidir ve “yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna” bildirilmelidir.⁷⁹³

Ayrıca yakalanan ya da gözaltına alınan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesi konusunun yabancı olma hariç, ilgilinin rızasına bırakılmaması gerekmektedir, bir diğer deyişle “gözaltına alınan razı olsa da olmasa da bildirim yapılacaktır. Çünkü Kanun <gecikmeksizin haber verilir> demektedir.”⁷⁹⁴ CMK’da bu konuya ilişkin yer alan bir diğer düzenleme, ifade ve sorgu usulü başlıklı bölümde yer alan ve “95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından

⁷⁹² Bu konuda CMK’nın 95 ve 147. maddeleri öne çıkmaktadır. Ayrıca çocuklarla ilgili olarak özel düzenlemeler ilgili özel kanunda yer almaktadır. Bu konuda bkz. ÇKK md. 31/2.

CMK md.95/1’de bildirimin yapılacağı kişi ve kimin belirleyeceği konuları ile ilgili belirsizlik olduğu ve bu konuda açık ve net düzenleme yapılması gerektiği şeklindeki eleştiriler için bkz. ÖZEN, 2019, s.610. Ayrıca maddenin yazımının hatalı olduğu, maddede yakın ve belirlenen kişi olarak iki kategorinin yer almasının hatalı olduğu şeklindeki tespit ve eleştiriler için bkz. YURTCAN, 2019, s.287.

⁷⁹³ CMK md. 95/2. Bu konudaki eleştiriler için bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 365. Ayrıca kişi çifte vatandaş ise bu bildirimin yine yapılması gerekmektedir. Bkz. ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s. 56.

⁷⁹⁴ Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 330, 332. “Aile bireylerinden birisinin aleyhine yapılan bir işlem maddi ve manevi anlamda herkesi etkiler” bu nedenle de yakalanan bildirimini istemese dahi bildirmek gerekmektedir. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.669.

istediğine yakalandığı derhal bildirilir” şeklindeki düzenlemedir.⁷⁹⁵ Ayrıca Yönetmelikte de haber vermenin kapsamının nasıl olacağı ve usulü düzenlenmiştir.⁷⁹⁶

Anayasa’da bu konuda açık ve oldukça kısa bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Anayasa’nın kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili maddesinde, kişinin “yakalandığının veya tutuklandığının yakınlarına derhal bildirileceği” düzenlenmiştir.⁷⁹⁷ Ayrıca özel hayatın gizliliği ve korunması, haberleşme hürriyeti gibi pek çok hak ile de dolaylı olarak bağlantı bulunmaktadır.⁷⁹⁸

AİHS, yakınlara bildirim yapılması konusunda açık hüküm içermemektedir. Buna karşın, AİHM içtihadı incelendiğinde, bu hak ile ilgili pek çok sonuca ulaşılabilmektedir.⁷⁹⁹

AİHS’nin bu konudaki etkisine ve AİHM kararlarına geçmeden önce tüm bu tespitler ışığında bu konu hakkında CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemelerinin farklı olduğu ve bu farklılığın pek çok açıdan sorun yaratabilecek nitelikte olduğu sonucuna varmaktayız.

Bu konudaki birinci sorun, Anayasa’ya göre sadece yakalanan veya tutuklanan kişilerden bahsedilmiş olması nedeniyle gözetiminde olan kişilerin bu hakkının Anayasa güvencesi altında olup olmadığı konusudur.

İkinci sorun, Anayasa’da “yakınlarına” ifadesi kullanılmış olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Burada da iki farklı konu gündeme gelmektedir. Birincisi, CMK gereğince kişinin yalnızca bir yakınına haber verilmesinin yeterli olup olmadığı

⁷⁹⁵ CMK md. 147/1-d.

⁷⁹⁶ Yakalama, Gözetim Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 8.

⁷⁹⁷ 1982 Anayasası md. 19.

⁷⁹⁸ 1982 Anayasası md. 20 ve 22.

⁷⁹⁹ Örneğin bkz. Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, pr. 82.

konusudur. Nitekim; Anayasa’da “yakınlar” şeklinde çoğul bir ifade kullanılmışken CMK md. 95’te “bir yakın”dan ya da “belirlediği bir kişi”den bahsedilmektedir. Bu durumda CMK’da, Anayasa’ya göre daha kısıtlayıcı bir düzenleme mevcuttur. CMK’nın 147. maddesinde de; 95. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla “yakınlarından istediğine” ifadesi kullanılmış ve burada da hem belirsizliğe neden olunmuş hem de CMK’nın iki hükmü arasında uyumsuzluk yaratılmıştır.

İkincisi, “yakın” kelimesinin kişiler arasındaki kişisel ilişkinin tespiti bakımından sorun yaratabilecek nitelikte olması konusudur. Nitekim burada da hem kişiler arasındaki bu yakınlık ilişkisinin neye göre belirleneceği -örneğin bu konuda bir akrabalık, arkadaşlık bağı mı aranacağı⁸⁰⁰- ve üçüncü kişilerin bu kapsamda olup olmadığı konuları gündeme gelebilmektedir hem de CMK’da yer alan “kişinin istediği bir kişinin” onun Anayasal anlamda “yakını” olup olmadığının nasıl değerlendirileceği konusu gündeme gelebilecektir.

Üçüncü sorun, CMK’da Anayasa’ya göre birtakım ilave şartlar aranması nedeniyle CMK’daki ve Anayasa’daki uyumsuzluğun nasıl giderilebileceğine ilişkindir. Burada da farklı iki konu gündeme gelebilmektedir. Birincisi, CMK’da bildirim yapılması için Anayasa’ya göre daha ağır bir şart olan Cumhuriyet savcısının izninin istenmesi sorun yaratabilecek niteliktedir.⁸⁰¹ İkincisi, CMK’da “belirlenen bir kişi”den

⁸⁰⁰ Örneğin öğretide “yakını” ibaresinin yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin kanuni yakını yani akrabaları olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. PARLAR – ÖZTÜRK, 2019, s.82.

⁸⁰¹ Bildirim için Cumhuriyet savcısının emrinin aranması öğretide de eleştirilmektedir. Bu gerekliliğin işi uzatacağı ve yersiz olduğu yönündeki görüşler için bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 365. Bu düzenlemenin temelini aldığı “Miranda Kuralını” ihlal ettiği, hükümde yer alan, karar (emir) şartının madde metninden çıkarılmasının suç şüphesi altında olan kişinin haklarının iyileştirilmesi açısından önemli bir adım olacağı yönündeki görüşler için bkz. AKSOY İPEKÇİOĞLU, (2007), s. 1229.

bahsedilmiş olması konusudur. Bu düzenlemenin özellikle uygulamada soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmesi açısından ve yine yakınlık ilişkisi çerçevesinde sorun yaratabilecek nitelikte olduğu söylenebilir.⁸⁰²

Dördüncü sorun, CMK’da yakalama veya gözaltı koruma tedbirlerinin düzenlendiği maddeler dışında ifade ve sorgu usulü başlıklı bölümde tekrar bir düzenleme yapılması ve burada da yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığının derhal bildirileceğinin düzenlenmiş olması konusudur. CMK’nın 95.maddesinde bu yönde bir hüküm varken bu hüküm saklı kalmak üzere bir de ifade ve sorgu usulü başlığı altında bu düzenlemenin yer alması hem gereklilik noktasında hem de uygulama açısından sorunludur. Ayrıca hem hangi hallerin bu kapsamda olduğu hem de sadece yakalamadan bahsedilmesi ve farklı düzenleme yapılmış olması da belirsizliğe yol açmaktadır.

Beşinci sorun, CMK ve Anayasa arasında bildirimde bulunma zamanı bakımından farklı kavramların kullanılmış olmasıdır. Bu iki düzenlemede haber vermenin zamanı bakımından kullanılan kavramlar farklıdır. Anayasa “derhal”, CMK ise “gecikmeksizin” kavramını kullanmıştır. Kanaatimizce burada konunun esasına etkili olabilecek bir anlam farklılığı yoktur, kavramlar farklı da olsa anlamı aynıdır. Ancak uygulamada zaman

Kanaatimizce de bu konuda CMK’da, Anayasa’ya göre daha kısıtlayıcı bir düzenleme getirilmiş olup bu durum hak ve özgürlükler açısından sorunludur.

⁸⁰² CMK’da yer alan “belirlediği bir kişiye bildirim yapılması” konusu da çeşitli tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Örneğin bir açıdan bu düzenlemenin organize suçlulukla mücadelede suçların soruşturulmasını ve soruşturmadan beklenen amacı tehlikeye düşürme ihtimali gündeme gelebilmektedir. Bu konuda tutuklama koruma tedbirine ilişkin düzenlemelerde “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek” koşuluna yer verilmiştir. Bkz. CMK md. 107/2. Öğretide ayrıca bu madde ile ilgili olarak “veya” bağlacının kullanılması nedeniyle iki ihtimalin bulunduğu; ilk ihtimalde savcının emriyle bir yakınına bildirme yolunun seçilebileceği veya ikinci ihtimal olarak savcının emriyle şüphelinin belirlediği bir kişiye bildirim yolunun seçilebileceği belirtilmiştir. Bkz. ÖZEN, 2019, s.628-629.

itibariyle belirleme olmaması ve genel olarak da kavram farklılığı sorunlara yol açabilecek niteliktedir.⁸⁰³

Tüm bu sorunların çözümüne yönelik olarak hem CMK'nın bu konudaki iki hükmü ve ilgili yönetmelik maddesi arasında hem de CMK'nın ve Anayasa'nın hükümleri arasında uyumsuzluk olduğu sonucuna varılarak Anayasa'da ve CMK'da bu konuda yapılacak yasal düzenleme değişiklikleri ile sorunların giderilmesinin gerektiği, bu itibarla öncelikle metinler arasındaki anlam ve kavram kargaşası ile uyumsuzluğa da son verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yapılacak yasa değişikliğinde temel hak ve özgürlükler lehine olan ve aşağıda yer verilecek düzenlemelerin esas alınması, bu yapılırken kavramsal birliğin de sağlanarak buna göre hem Anayasa'da hem de CMK'da değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte mevcut yasal düzenlemelerimiz kapsamında bu sorunların çözümünün nasıl yapılacağı konusunda ise şu sonuçlara varmaktayız: İlk olarak, CMK'nın Anayasa'da yer alan bu hakkı sınırlandırdığı yukarıda da yer verilen hususlarda CMK'nın ihmal edilerek Anayasa'da yer alan hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Nitekim CMK özellikle de bildirim hakkını Cumhuriyet savcısının kararına bağlaması ve yakınlarına (yani çoğul şekilde birden fazla kişiye) değil, yalnızca bir kişiye durumun haber verilmesi nedeniyle Anayasa hükmünü daraltmaktadır. O halde bu durumlarda CMK'nın ihmal edilip Anayasa'nın doğrudan uygulanması gerekmekte ve Cumhuriyet savcısının izni aranmaksızın Anayasa hükmü gereği haber verilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu konuda CMK ile AİHS arasında da çatışma olduğundan bu kapsamda az sonra değinilecek olan AİHM içtihat hukukunun da CMK'ya göre doğrudan uygulanma suretiyle dikkate alınması gerekmektedir.

⁸⁰³ Bu konuda öğretide de, azami bir sürenin belirtilmesi gerektiği ve bu ifadenin uygulamada gerçekleşecek gecikmeleri önlemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 365.

İkinci olarak da Anayasa’da yer alan “yakın” ve “derhal” gibi kavramların temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Bu kapsamda, mevcut düzenlemelerde yakalanan ve gözaltına altına alınan kişilerin durumunun birden çok kişiye ve bu kişinin yakalanan veya gözaltına alınan kişinin yakını olup olmadığına bakılmaksızın istediği kişiye bildirilmesi gerekir. Kaldı ki, bu aşamada soruşturma organlarının bildirimde bulunulacak olan kişinin “yakın” olup olmadığını ve kişiler arasındaki ilişkiyi tespit edebilecek zamanı da yoktur.

Bir diğer açıdan da CMK’da yer alan düzenlemelerin hak ve özgürlükler lehine olanları ise uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda da CMK’da yer alan düzenleme, kanaatimizce, hem yakalamada hem gözaltında hem de gözaltı süresinin uzatılmasında kişinin yakınlarına ayrı ayrı haber verilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.⁸⁰⁴ Bu konudaki AİHM içtihadının etkisi de bu sorunlu konunun ulusal hukukumuzda nasıl çözümleneceğine ışık tutmaktadır.

Bu konu, AİHM içtihadında AİHS’de güvence altına alınan pek çok hak ve özgürlük ile bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. Yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkı bunların başlıcalarıdır. AİHM tarafından konu, özgürlük ve güvenlik hakkı ile bağlantılı olarak, başta keyfilik ve kimseyle görüştürülmeden tutulma kapsamında ele alınmaktadır.⁸⁰⁵

⁸⁰⁴ Öğretide ise, yakalama halinde bildirimde bulunulmasına gerek olmadığı, çünkü 90/5 kapsamında savcının emriyle hareket edildiğinden savcı kişiyi gözaltına almazsa zaten serbest kalacağı, dolayısıyla bu durumda bildirimin gereksiz, hatta imkansız olabileceği dile getirilmiş, bu nedenle de bildirimin ancak yakalama işleminin gözaltı ile sonuçlanması halinde bir anlam ifade edeceği belirtilmiştir. ŞAHİN, 2018, s. 293.

⁸⁰⁵ Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, no. 14553/89 ve 14554/89, 25 Mayıs 1993, pr. 62-63; Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, pr. 82-83.

AİHM'nin özgürlük ve güvenlik hakkının temel prensiplerini belirtirken vurguladığı “keyfi olmama” konusu, yakalanan ve gözaltında bulunan kişilerin birtakım haklara sahip olmasını sağlayacak yasal güvencelerin varlığını da gerektirmektedir. AİHM, ulusal hukukları incelerken kimseyle görüştürülmeden tutulmaya karşı da bir koruma mevcut olup olmadığını ele almakta ve somut olayın özelliği içinde etkili güvenceleri incelerken bir avukata ya da doktora erişme hakkının yanı sıra bir akraba ya da arkadaşla erişim imkanının reddedilmesinden de bahsetmektedir.⁸⁰⁶

Konu, AİHM tarafından özgürlük ve güvenlik hakkı ile bağlantılı olarak kamu makamlarının hesap verme sorumluluğu kapsamında da ele alınmaktadır. AİHM'nin Sözleşme'nin 5. maddesinde (özellikle de 5/3. madde kapsamında) yer alan temel güvencelere ek olarak durumun yakınlarla haber verilmesi ile de bağlantı kurulabilecek birtakım güvencelere değindiği gözlemlenmektedir.⁸⁰⁷ AİHM, bu güvencelerde, kamu makamlarının hesap verme sorumluluğuna da atıfla, 5. maddenin kaybolma riskini korumak için etkili tedbir alınmasını gerektirdiğini belirtmiş ve “Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerden tamamen yoksun bırakılarak yakınlarına haber verilmeden gözaltına alınan” kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁰⁸

AİHM tarafından konunun, özgürlük ve güvenlik hakkına ilave olarak, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri kapsamında da ele alındığı gözlemlenmektedir. AİHM, md. 5/3'te yer alan derhal yetkili bir hakim ya da görevli huzuruna çıkarılma zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin keyfi davranışlara, kimseyle görüştürülmeden

⁸⁰⁶ Örneğin bkz. Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, no. 14553/89 ve 14554/89, 25 Mayıs 1993, pr. 68.

⁸⁰⁷ Bir diğer güvence “yetkili makamların özgürlükten mahrum kalma ile ilgili olarak her fiili kaydetme yükümlülüğüdür. Bkz. “6. Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Denetimi”, s.278vd.

⁸⁰⁸ Çakıcı v. Türkiye, no. 23657/94, 8 Temmuz 1999, pr. 107.

tutulmaya ve kötü muameleye karşı da önemli bir koruma vasıtası olduğunu belirtmektedir.⁸⁰⁹ AİHM, kimseyle görüştürülmeden tutulma durumlarında işkence riskinin daha fazla arttığını vurgulamakta ve vermiş olduğu bazı kararlarda somut olayın özelliği içinde özgürlüğünden yoksun kılınan kişilerin akrabaları ile iletişim kuramaması durumunu da Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini tespit ederken gerekçeler arasında sıralamaktadır.⁸¹⁰

Konu, AİHM tarafından Sözleşme'deki özel ve aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde de ele alınmaktadır. Bu hak, yakalanan ve gözüaltına alınan kişilerin durumunun yakınlarına bildirilmesi konusu ile pek çok açılarından bağlantılıdır. Yakalama ve gözüaltına alınma sonrası, kişilerin özgürlük ve güvenlik hakları sınırlandırılmış olduğu için, bu kişilerin aileleri ile görüşme ve iletişim kurma imkanları da kısıtlı olmaktadır ve bu durum bu hakka bir müdahale oluşturur. AİHM tarafından da gözüaltında bulunan süre içerisinde iletişim kurulamaması yönündeki şikayetler, özel ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele alınmaktadır.⁸¹¹ AİHM, bu tip olaylarda öncelikle Sözleşme'nin 8. maddesinin genel kuralları ışığında devlete yüklenen pozitif ve negatif yükümlülüklerle değinmekte ve bireyler ile toplumun bütününe yarıyan menfaatleri arasındaki adil denge ile devletin sahip olduğu takdir hakkına dikkat çekmektedir.⁸¹²

AİHM, kişinin yakalama ve gözüaltı durumunun yakınlarına bildirilmesi konusunu iki farklı açıdan, hem “yakalanan ve gözüaltında bulunan kişiler” hem de “onların aile üyeleri” bakımından ele almaktadır. AİHM, bir yandan yakalanan bir kişinin ailesi ile gecikmeksizin iletişim kurabilmesinin onun için büyük önem taşıyabileceğini

⁸⁰⁹ Bkz. Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa, no. 3394/03, 29 Mart 2010, pr. 118.

⁸¹⁰ Bkz. Ermakov v. Rusya, no. 43165/10, 7 Kasım 2013, pr. 206-207 ve Savriddin Dzhurayev v. Rusya, no. 71386/10, 25 Nisan 2013, pr. 168.

⁸¹¹ Örneğin bkz. Sarı and Çolak v. Türkiye, no. 42596/98 ve 42603/98, 4 Nisan 2006, pr. 28.

⁸¹² Örneğin bkz. Nuutinen v. Finland, no. 32842/96, 27 Haziran 2000, pr. 127.

gözlemlemektedir. Bir diğer yandan da, aile üyesinin, kısa bir süreliğine de olsa, açıklanamayan ortadan kaybolmasının aile bireyleri bakımından derin bir endişeye de sebep olabileceğini belirtmektedir.⁸¹³

AİHM'nin bu konudaki yerleşik içtihadı ulusal hukukumuz bakımından ele alındığında, Türkiye bakımından bu yerleşmiş içtihat hukuku uygulama alanı bulacak, ayrıca bunların yanı sıra yasal mevzuatımızda bu konu açıkça düzenlenmiş olduğu için konu, ayrıca ulusal hukukta yer alan bir hakkın kullanılmasının engellenmesi şeklinde de değerlendirilecektir. Buna karşın vurgulamak gerekir ki AİHM, Türkiye ile ilgili vermiş olduğu bazı kararlarda, olay tarihinde bu konuda yasal düzenleme olmasa dahi, bu şekilde bir iletişim kuramama halinin, somut ve etkili koruma içeren bir yasal çerçevenin yokluğunda, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.⁸¹⁴

O halde, başta 5. madde, 3. madde ve 8. madde olmak üzere AİHS'nin çeşitli hükümleri ulusal mevzuatımızda da bir hak olarak düzenlenmiş olan bu konuda bir güvence sağlamaktadır. Bu konudaki AİHM yaklaşımı ile genel olarak yasal mevzuatımızda temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik olarak açıkça bildirim zorunluluğu getirilmiş olması büyük ölçüde paralel olup bu konudaki AİHM içtihadının, uygulamada uygun yorum yöntemiyle dikkate alınması ancak bu hakkı sınırlayan ve

⁸¹³ Bkz. Sarı and Çolak v. Türkiye, no. 42596/98 ve 42603/98, 4 Nisan 2006, pr. 36.

⁸¹⁴ AİHM, ayrıca bu kararlarda Türkiye'de bu düzenlemenin 2002 yılında yapıldığı hususunu da tespit etmektedir. Bu konuda 7 günden fazla süren kimseyle görüştürülmeden tutulma ile ilgili olarak bkz. Sarı and Çolak v. Türkiye, no. 42596/98 ve 42603/98, 4 Nisan 2006, pr. 37. Benzer şekilde 9 gün boyunca süren gözaltı ile ilgili olarak bkz. Uçar v. Türkiye, no. 52392/99, 11 Nisan 2006, pr. 141. Bir diğer açıdan AİHM'nin gözaltı süresi boyunca gözaltında bulunan kişilerin aileleri ile iletişim kurma talepleri konusunu açıkça dayanaktan yoksun bulduğu bir karar için bkz. Ahmet Mete v. Turkey, no. 77649/01, 25 Nisan 2006, pr. 31.

yukarıda ayrıntılı şekilde değindiğimiz görüşümüz kapsamındaki konularda ise doğrudan uygulanma yöntemiyle dikkate alınması gerekmektedir.

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında durumun yakınlarla bildirilmesi konusu bu şekilde ele alındıktan sonra şimdi de durumun “ilgililere” bildirilmesi konusu ele alınmalıdır. Buradaki “ilgili” ile kastedilen, yakalanan, gözaltına alınan kişi ya da onun yakınları değil yakalama veya gözaltına alma koruma tedbirine başvurulmasını gerektiren suç isnadı ile bağlantılı olarak şikayet etmeye yetkili olan kişidir.⁸¹⁵

Durumun ilgililere bildirilmesi konusu, durumun yakınlarla bildirimi konusundan çeşitli açılardan farklıdır. İlk olarak, yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin durumunun ilgililere bildirilmesi konusunda CMK, Anayasa ve AİHS incelendiğinde, bu konuda CMK’da düzenleme bulunduğu, ancak konunun Anayasa ve AİHS tarafından düzenlenmediği görülmektedir. CMK’da bu konu yakalama ile ilgili olarak düzenlenmiştir. Buna göre şayet yakalama durumunda suçun takibi şikayete bağlı ise, “şikayete yetkili olan kimseye ve bunlar birden fazla ise hiç olmazsa birine yakalama bildirilir”.⁸¹⁶

İkinci olarak, ulusal hukukumuz bakımından düzenlemenin hem olumlu hem de olumsuz yönleri bulunduğu görülmektedir. Düzenleme, özellikle mağdur hakları

⁸¹⁵ “Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse” bkz. TCK md.73; CMK md.233 vd. CMK md.96. Öğretide şikayet; “işlenmiş bir suçtan dolayı, soruşturmaya başlanmasının ve ceza davası açılmasının, suçtan zarar görenin şikayetine bağlı tutulması olarak” tanımlanmıştır. Bkz. GÜNGÖR Devrim, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.35vd. Şikayette bulunma hakkına sahip olanlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için de bkz. GÜNGÖR, 2009, s.43-56.

⁸¹⁶ CMK md. 96/1.

bakımından⁸¹⁷ ve uzlaşma bakımından son derece önemlidir. Buna karşın, özellikle de şikayete yetkili olan kişilerden birisine haber verilmesiyle yetinilmesi hatalıdır, çünkü maddenin amacından yola çıkıldığında bu durumun amaca aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır. Ayrıca bu durum gerek hangi şikayetçiye haber verileceği gerek ne zaman haber verileceği ve haber vermenin sonuçları dikkate alındığında da sorun yaratabilecek niteliktedir.⁸¹⁸

AİHS açısından konuya yaklaşıldığında da, bu düzenlemenin yakalanan ve tutulan kişilerin güvence altına alınmış olan haklarına doğrudan bir müdahale oluşturmadığı görülmektedir. Burada korunan haklar şikayet kurumu ile bağlantılı olarak daha çok suçtan zarar gören karşı taraf ile ilgilidir, bununla birlikte somut olayın koşulları içinde bu koşul yerine getirilmeden bir kişinin yakalanması ve tutulması CMK’da yer alan bir düzenlemenin uygulanmamış olması nedeniyle yakalama ve gözaltı işlemini de hukuka aykırı kılabilir ve kişi, yasanın öngörüldüğü şekilde tutulmamış olduğu için de yine AİHS’nin ihlalinin gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Bu konuda da AİHM’nin Sözleşme’nin 5/1. maddesi kapsamındaki içtihadı yol gösterici olacaktır.

4. Alınacak Tedbirler ve Zor Kullanılması

Yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında çeşitli tedbirlerin alınması gerekmekte ve kimi durumlarda yakalanan ve gözaltına alınan kişilere yönelik olarak “zor kullanılması” da mümkün olabilmektedir. Bu itibarla sırasıyla

⁸¹⁷ ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 308.

⁸¹⁸ Öğretide de bu düzenlemenin uygulamada suçla mücadeleyi azaltacağı, herkese haber verileceğinin belirtilmesi ve yakalamanın şikayet hakkı olan kimselere ne zamana kadar haber verileceği hususunda bir üst sınır konulması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 366. Öğretide yer alan şikayet şartının müessenin niteliğine aykırı olduğu yönündeki görüşler için de bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.330.

yakalanan ve gözaltına alınan kişiler hakkında hangi tedbirlerin, hangi usul ile alınacağı ve bu tedbirlerin ne şekilde uygulanacağı konuları ele alınmalı, daha sonra da hangi hallerde bu kişiler hakkında zor kullanılabileceği ve bu konudaki ölçünün ne olduğu konuları üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle yakalanan ve gözaltına alınan kişi ile ilgili alınacak tedbirler konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’de ne şekilde düzenlemeler olduğu ele alındığında, CMK’da bu konuya ilişkin ayrı bir düzenlemenin yer aldığı, ancak Anayasa ve AİHS açısından birden çok hak ve özgürlük ile bağlantılı olarak konunun ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. CMK’da yakalama durumunda kolluğun yakalanan kişinin yakalandığı sırada “kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri” alabileceği düzenlenmiştir.⁸¹⁹ Yönetmelik’te de Kanun’da sayılan bu amaçlarla “kaba üst aramasının” yapılarak kişinin “silah ve bunun gibi unsurlardan arındırılmasının” sağlanacağı düzenlenmiştir.⁸²⁰ Ayrıca bu konuda özel kanunlarda da çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.⁸²¹

Anayasa ve AİHS açısından ise bu konuda bir düzenleme olmamakla birlikte konu hakkında somut olayın özellikleri içinde, farklı maddelerde yer alan çeşitli hak ve özgürlüklerin kısıtlanıp kısıtlanmadığı ve bunlara müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı hususları gündeme gelmektedir.

CMK’da yer alan düzenleme gereğince hangi tedbirlerin niçin, kim tarafından alınacağı ve buradaki usulün ne olduğu çok önemli bir konudur. İlk olarak, tedbirler belirli birtakım amaçlara yönelik olmalıdır. Bu amaçlar yakalanan kişinin kaçmasını önlemek,

⁸¹⁹ CMK md. 90/4.

⁸²⁰ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6/2. Ayrıca bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 10.

⁸²¹ PVSK md. 13 gibi.

kendisine zarar vermesini önlemek veya başkalarına zarar vermesini önlemektir. O halde alınacak tedbirler yalnızca bu üç amaçtan birini veya birden fazlasını gerçekleştirebilecek düzeyde olmalıdır.

İkinci olarak, bu tedbirlerin kim tarafından alınabileceği konusu, özellikle de yakalamanın herkes tarafından da yapılabileceği dikkate alındığında, sorun yaratabilecek niteliktedir.⁸²² Burada herhangi bir kişinin, yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almaya yetkili olup olmadığı ve yetkili ise bunu ne ölçüde yapabileceği konusunda CMK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Son olarak da bu tedbirler alınacak asgari düzeydeki tedbir olmalı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunan başka bir sınırlamaya sebebiyet verilmemelidir. Burada ölçülülük ilkesinin özellikle ve hassasiyetle dikkate alınması gerekmektedir.

Alınacak tedbirler konusundaki bu düzenlemeler, Anayasa ve AİHS’de düzenlenen hak ve özgürlüklere haksız müdahale niteliğinde olmamalıdır.⁸²³ Bu konuda

⁸²² Öğretide de “ancak bu kişiler, yakaladıkları kişinin sadece kaçmasını engelleyecek ya da kaçarsa teşhisini sağlayacak eşyalarını alabilmeli, bunun dışında herhangi bir eşyasını almamalıdır” denilmiştir. PAWLIK Norbert, *Das Festnahmerecht Privater*, Diss.Würzburg, 1961, s. 215’ten Aktaran: CENTEL – ZAFER, 2020, s. 380. Yine öğretide meşru müdafaa halleri ayrık kalmak üzere, herkesin yakalama yapabildiği durumlarda makul oranda cebir kullanılabilir ise de silah kullanılamayacağını belirtilmiş olduğu görülmektedir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s.319.; ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s.46. Bu konuda ayrıca bkz. KUNTER – YENİSEY, 2000, s. 324-325. Öğretide ayrıca bu tedbirlerin koluna girme veya bileklerine kelepçe takma tarzında olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.666. bu konuda ayrıca bkz ve krş. ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s.280. Çocuklar bakımından da bkz. ÇKK md.18.

⁸²³ Örneğin öğretide de belirtildiği gibi yakalayan kişiler yakalanan kişi üstünde yaralama fiili gerçekleştiremezler, aksi durumda suç işlemiş olurlar ve bir kişinin haklı bir sebep yokken yakalanması da hürriyetten yoksun kılma suçunu oluşturur. (TCK md. 109) Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 324. Bir diğer açıdan da polisin aldığı tedbirler hukuka uygunsa buna karşı direnmek TCK’nın 265. maddesinin

özellikle “arama” konusu gündeme gelmektedir. Her ne kadar PVSK ve Yönetmelikte sırasıyla “her türlü tedbir” ve “kaba üst araması”⁸²⁴ gibi kavramlar kullanılmışsa da, alınacak tedbirler “arama” boyutuna varmamalıdır.⁸²⁵ Burada ölçülülük ilkesi gözetilerek

ihlalini oluşturabilecek ancak güç kullanımında ölçü aşılar ise de bu kez polisin fiili TCK 256. maddesinin ihlalini oluşturacaktır. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.666.

⁸²⁴ Kaba üst aramasının yönetmelik ile getirilmiş ve bilimsel ve hukuki olmayan uygulamadan doğan bir kavram olması ve çeşitli değerlendirmeler için bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 305. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.667 vd. Kaba üst araması konusu, aynı zamanda Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nde (md.8/1-b) de düzenlenmiştir. Öğretide yer alan eleştiriler için bkz. ŞAHİN, 2018, s. 281. Kaba üst araması aslında Anayasa’ya aykırıdır. Neticede aramadır ve Anayasa ve CMK’da arama için düzenlenmiş olan şartlar burada geçerli değildir. Öğretide de “Anayasa karşısında kolluğun kaba arama, sıvazlama veya yoklama gibi, amacı arama olan yöntemlere başvurabilmesi mümkün değildir. Bu durumda kolluk açısından TCK m. 120, 123 ve 257’nin ihlali kaçınılmaz şekilde gündeme gelecek ve bunlardan özel ceza normu niteliği taşıyan “*Haksız arama*” başlıklı TCK m.120’de öngörülen ceza kamu görevlisi fail hakkında tatbik edilecektir.” görüşü belirtilmiş ve devamında da “Anayasa’da değişiklik yapılması ve kolluğun da arama yetkisi olması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ŞEN Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2013, s. 338.

⁸²⁵ Adli aramanın bir çeşidi olarak yakalama araması şeklinde de nitelendirilmektedir. Bu konudaki detaylı bilgiler için bkz. KESKİN KIZIROĞLU Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’nun Anısına, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, s. 139-168. Ayrıca yakalama için arama yapmak gerekiyorsa yakalama arama yetkisini içermediğinden CMK’nın aramaya ilişkin kurallarının geçerli olması gerektiği görüşü ve bu konudaki tespitler için bkz. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.385; Bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s.381. Öğretide yer alan görüşlerden savcının gözaltına alınması yönündeki sözlü emrinin aynı zamanda üstünde silah vb. araştırılması amacıyla kontrol edilen kişide daha detaylı üst araması yapılması için de yeterli olduğu şeklindeki görüş için bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 316. Öğretide yakalamanın bir evin içinde gerçekleştirilmesi halinde bunun da bir anlamda arama yetkisini doğurması; zarar verilmesini önleyecek mahiyette tedbirler kapsamında bu yapılan yakalamanın bir arama yetkisini doğruracağı, bunun dar kapsamlı bir arama olduğu ve suç ile sınırlı bir arama olduğu şeklindeki görüş için bkz. ÇULHA ve diğerleri, 2018, s.156; YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.325.

kişinin üzerinde silah gibi zarar verici olduğu şüphesini uyandıran bir şey yoksa arama yapılmamalıdır, ayrıca bu arama silah benzeri aletler dışında “şüphelinin eşyalarının” ya da “bulunduğu yerin”, “evinin” ya da “vücudunun” detaylı bir şekilde aranması şeklinde olmamalıdır.⁸²⁶ Aksi durum, Anayasa’nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile özel hayatın gizliliğine haksız bir müdahale oluşturabilecek⁸²⁷ ve AİHS kapsamında korunan bu hakların da ihlali gündeme getirecektir.

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması zaman zaman bir zor kullanılmasını da gerektirebilmektedir.⁸²⁸ Bu zor kullanımı konusunda ulusal hukumuzda CMK’dan ziyade PVSK uygulama alanı bulmaktadır, çünkü PVSK’da kolluk kuvvetlerinin zor ve silah kullanma yetkisi ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.⁸²⁹

⁸²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26.6.2018 tarih, 2016/20-761 Esas ve 2018/305 Karar sayılı ilamında da kişinin yakalanmasından sonra tedbir olarak kaba üst araması yapılabileceği, bunun için ayrı bir karar alınmasına gerek olmadığı ancak bu arama işleminin en kısa zamanda ve dikkatli bir biçimde elle yoklama şeklinde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca kararda; “Yakalanan kişinin üstündeki kıyafetlerin tamamen çıkarılması ve beden çukurlarının aranması ise mümkün değildir.” denilerek bu hususa vurgu yapılmıştır.

⁸²⁷ Öğretide buna aksi bir görüşle bu konuda “Anayasa’daki bu katı kuralı değiştirip, gecikmesinde sakınca bulunan ve amirine veya Cumhuriyet Savcısına hemen ulaşmasının mümkün olmadığı hallerde kolluğa kendiliğinden arama yetkisinin tanınması” gerektiği belirtilmiştir. Bkz. YILDIZ, (2006), s. 175.

⁸²⁸ Öğretide de yakalamanın kaçmayı kaçanı engelleme yetkisi veren bir koruma tedbiri olduğu ve bunu sağlayacak ölçüde zor kullanma yetkisini içerdiği belirtilmektedir. Bkz. ŞAHİN, 2018, s. 278. Yine öğretide yakalanan kişinin kaçmasını engellemek için durumun gereği bir odaya kapatmak veya elini kolunu tutmak gibi zorlayıcı tedbirlerin alınabileceği belirtilmiştir. Bkz. SOYASLAN, 2018, s.324. Yakalamayı yapan kişiler makul oranda cebir kullanabilir ancak silah kullanmamalıdır ve kişinin yere yatırılması da makul oranda kabul edilebilecektir. Bkz. ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s. 46.

⁸²⁹ PVSK md. 16.

Anayasa’da da kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı düzenlenirken Anayasa’daki diğer kısıtlama sebepleri ile birlikte “yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi ... sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri” yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının dışında tutulmuştur.⁸³⁰

AIHS’nin yaşam hakkını düzenlediği 2. maddesi de Anayasa’ya benzer bir düzenleme içermektedir. Buna göre “bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme” hali Sözleşme’nin 2. maddesinde sayılan istisnalar arasındadır, ancak maddenin yorumunda esneklik yoktur.⁸³¹

AIHS’nin bu konuyla bağlantı kurulabilecek bir diğer maddesi olan işkence yasağı ile ilgili 3. maddesinde ise hiçbir istisnaya yer verilmediği, buna ilave olarak yine AIHS md. 15/2 gereğince de “ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde”⁸³² dahi 3. maddenin hiçbir istisna içermediği hatırlanmalıdır.⁸³³

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında alınacak tedbirler ve zor kullanılması konularında yakalanan ve gözaltına alınan kişilere “kelepçe takılması” konusu CMK’da ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olduğundan bu hususa da kısaca değinilmesinde fayda bulunmaktadır. CMK’da belirli koşulların varlığı halinde

⁸³⁰ Bkz. 1982 Anayasası md. 17/4.

⁸³¹ Örneğin bkz. Andronicou ve Constantinou v. Kıbrıs, no. 25052/94, 9 Ekim 1997, pr. 171, 181, 186, 192 ve 193.

⁸³² AIHS md. 15/1.

⁸³³ Örneğin bkz. Selmouni v. Fransa, no. 25803/94, 28 Temmuz 1999, pr. 95.

kişilere kelepçe takılabileceği düzenlenmiştir.⁸³⁴ Buna göre “kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiklerine ilişkin belirtilerin varlığı halinde” yakalanan kişilere kelepçe takılabilir.⁸³⁵ Yakalama işleminde ilgili kişiye kelepçe takılmaması kural olup CMK’da yer alan bu istisna hükmünün her somut olayda değerlendirilmesi ve kelepçenin ancak bu belirtilerin varlığının saptandığı durumlarda takılması gerekmektedir.⁸³⁶

Yasal mevzuatımızda yakalanan ve gözaltına alınan kişilerle ilgili alınacak tedbirler ve zor kullanılması konusunda yer alan düzenlemeler ile bunlara ilişkin genel değerlendirmelerimiz bu şekilde olup bu kez de bu konularda AİHS’nin etkisinin ne olduğu, AİHM ve AYM kararları kapsamında ele alınmalıdır. Bu konudaki AİHM kararlarından da özellikle gerek uygulamada alınacak tedbirler kapsamında sıkça gündeme gelen “arama” gerek silah kullanımı ve kelepçe takılması konularında verilen kararlara değinilmesi daha sonra da zor kullanma konusundaki AYM yaklaşımının ele alınması faydalı olacaktır.

AİHM kararları incelendiğinde, yakalanan ve tutuklanan kişiler hakkında alınacak tedbirlerin arama konusunda gündeme gelen pek çok hak ihlalinin yanı sıra AİHS md. 2 ve 3 ile bağlantılı olarak sıkça gündeme geldiği görülmektedir. Bu konunun Sözleşme’nin

⁸³⁴ CMK md. 93. Ayrıca çocuklar hakkında bkz. ÇKK md. 18. Öğretide bu konuya eleştiriler getirilmektedir. Örneğin Kanun metninde böyle bir düzenlemeye gerek olmadığı, bu konunun yönetmelikte düzenlenmesinin yeterli olduğu ve madde başlığı ve içerik uyumsuzluğu ile ilgili eleştiriler için bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 320.

⁸³⁵ Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 326.

⁸³⁶ Öğretide de kelepçe son çare olarak düşünülmesi gereken bir tedbir olarak nitelendirilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 293. Ayrıca öğretide bu konu; “elleri kelepçelenmiş bir şüphelinin basında görüntülerinin yayınlanması adil yargılanma ve suçsuzluk karinesini ihlal eder.” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. ÇULHA ve diğerleri, 2018, s.156.

2. ve 3. maddeleri kapsamında iki farklı boyutu vardır. İlki, yakalanan kişiler hakkında alınacak tedbirlerin Sözleşme'nin 3. maddesinin genel prensipleri ışığında kötü muameleye ulaşmaması gerekliliğidir. İkincisi, bu şekilde alınacak basit tedbirler ve önlem mahiyetinde bir aramanın yapılması devletin pozitif yükümlülüğünü gündeme getirmektedir ve yaşam hakkı ile bağlantılı olarak bir zorunluluk olarak da karşımıza çıkabilmektedir.

AIHM, eve gelen maskeli polis memurları tarafından yakalanan bir kişinin bu yakalama işlemi sırasında kendisi hakkında alınan tedbirler ve kişinin bu sırada aranmasına ilişkin konuyu Sözleşme'nin 3. maddesi altında değerlendirmiş ve ancak insan onuruna saygı ve meşru amaca uygun bir şekilde yapılan yakalama ve aramanın Sözleşme'nin 3. maddesi ile uyum içinde olabileceğini belirterek⁸³⁷ AIHM somut olay özelinde evde yapılan yakalamada polis tarafından yapılan işlemlerin, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında “aşağılayıcı” olarak nitelendirilmek için yeterli yoğunluktaki haksız muamele olduğuna karar vermiştir.⁸³⁸

AIHM, bir başka olayda da Türkiye ile ilgili olarak; yakalanan ve daha sonra da gözaltına alınarak polis merkezine götürülen başvurusunun burada kötü muamaleye maruz kaldığına yönelik iddialarını ele almış ve başvurusunun polis merkezinde üst aramasının yapılması sırasında buna karşı koyduğuna ve kaçma girişiminde bulunduğu yönelik dosyaya yansıyan savunmalarda AIHM, “kaba üst arama tutanağına” dikkat

⁸³⁷ Bkz. Yankov v. Bulgaria, no. 39084/97, 11 Aralık 2003, pr. 166-167.

⁸³⁸ Wieser v. Avusturya, no. 2293/03, 22 Şubat 2007, pr. 40-42.

çekerek⁸³⁹ sonuç olarak başvurucuda meydana gelen yaralanmaların Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁸⁴⁰

Konunun ikinci boyutu olan devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında bu düzenlemelerin gerekliliği konusu AİHM tarafından örneğin AİHS md. 2 çerçevesinde vurgulanmıştır. Mahkeme, bu konuda Sözleşme'nin 2. maddesinin yetkililere bireyleri “başkalarına karşı ya da bazı durumlarda da kendilerine karşı korumak için önleyici önlemler alma” konusunda “pozitif yükümlülük” getirdiğini belirtmiştir.⁸⁴¹ Bu itibarla da; yakalanan ya da gözaltına alınan kişinin üzerinde zarar verici aletler varsa bunların kişinin kendisine ya da başkalarına zarar vermemesi için alınması gerekmektedir.

AİHM açısından zor kullanımı ve bu kapsamda da kolluk kuvvetlerinin silah kullanımı konuları da alınacak tedbirler konusuna benzer şekilde özellikle de Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlali iddialarını gündeme getirmektedir. AİHM, silah kullanma yetkisinin çok dikkatli bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmekte ve kolluk kuvvetlerinin güç kullanımlarına ilişkin sınırlı durumların uluslararası standartların ışığında, yasal ve idari çerçevede belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁸⁴²

⁸³⁹ AİHM, somut olayda davalı devlet tarafından sunulan üst aramaya ilişkin tutanaklarda başvuranın imzasının ya da imzadan imtina ettiğine ilişkin bir hususun yer almadığını tespit etmiştir. Ayrıca yine tutanakta düzenlenme tarih ve saatinin ve başvuranın görevli memurlara karşı güç kullandığının – mukavemet ettiğinin de yer almadığını belirlemiştir. AİHM, somut olayda iddia edilen “arbedenin” niçin üst arama tutanağında yer almadığını anlamakta güçlük çektiğini de eklemiştir. Bkz. Demirbaş ve Diğerleri v. Türkiye, no. 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, 9 Aralık 2008.

⁸⁴⁰ Bkz. Demirbaş ve Diğerleri v. Türkiye, no. 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, 9 Aralık 2008, pr. 59.

⁸⁴¹ Tanrıbilir v. Türkiye, no. 21422/93, 16 Kasım 2000, pr. 70.

⁸⁴² Bkz. Makaratzis v. Yunanistan, no. 50385/99, 20 Aralık 2004, pr. 59. Ayrıca tutuklu bulunan kişinin elleri kelepçeli olarak tutulduğu sırada kaçması ve jandarma tarafından öldürülmesi olayı ile ilgili olarak bkz. Ülüler v. Türkiye, no. 23038/07, 5 Haziran 2012.

AIHM'nin yakalanan kişilere kelepçe takılması konusundaki yaklaşımı da, hem alınacak tedbirler hem de zor kullanımı konularındaki yaklaşımına benzerdir. Buna karşın AIHM tarafından kelepçe takılmasının AIHS'nin 3. maddesi kapsamında genel olarak bir sorun teşkil etmediği, ancak makul şekilde gerekli olanın ötesinde güç kullanımına neden olduğunda ise konunun farklı yorumlanacağı belirtilmektedir.⁸⁴³ AIHM, somut olayların koşulları içinde ölçülülük değerlendirmesi yapmakta ve kelepçe takılmasının insanlık dışı ve aşağılayıcı bir uygulama oluşturup oluşturmadığını ele almaktadır.⁸⁴⁴

Konu AYM'nin önüne de, çeşitli defalar - özellikle de yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanma sürecinde kolluk kuvvetlerinin zor kullanımı ile ilgili olarak meydana gelen yaralanma veya ölüm olayları ile ilgili olarak- gelmiştir. AYM yapmış olduğu değerlendirmelerde somut olaya özgü koşullar içinde öncelikle Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine değinmiş⁸⁴⁵ ve yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması sırasındaki

⁸⁴³ Bkz. Naoumenko v. Ukranya, no. 42023/98, 10 Şubat 2004, pr. 62.

⁸⁴⁴ AIHM, bu konuyu hem yakalama hem de herhangi bir şekilde tutulu bulunma ya da hükümlü bulunma bakımından ele almaktadır. Uyan v. Türkiye (No 2), no. 15750/02, 21 Ekim 2008, pr. 65-66. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Avcı (Cabat) ve Diğerleri v. Türkiye, no. 70417/01, 16 Ocak 2007; Raninen v. Finlandiya, no. 20972/92, 16 Aralık 1997, pr. 56-59; Saoud v. Fransa, no. 93757/02, 9 Ekim 2007.

⁸⁴⁵ Bkz. Şenol Gürkan Başvurusu, no. 2013/2438, 9/9/2015, pr.63. Ayrıca AYM; toplumsal olaylar sırasında gözaltına alınan ve sonrasında kaldırıldığı hastanede hayatını kaybeden kişinin yakınları tarafından yapılan başvuruda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında devletin negatif yükümlülüğünü ihlal edip etmediği ve pozitif yükümlülüğüne bağlı olarak etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmış ve yaşam hakkının esas ve usul boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. İpek Deniz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1595, 21/4/2016, pr. 84 vd. Ayrıca bkz. Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/293, 17/7/2014, pr.75 vd; Mehmet Baydan Başvurusu, no. 2014/16308, 12/4/2018, pr.45.

eylemleri somut olayların özelinde ilgili bulunan hak ve özgürlük kapsamında ayrıca da ele almıştır.⁸⁴⁶

Bu konudaki kararlarına genel olarak bakıldığında AYM'nin; Anayasa'nın 17. maddesini ve kamusal yetkiyle güç kullanılması sonucu gerçekleşen ölüm olayları ile ilgili değerlendirmesini, Genel Kurul Kararlarına, AİHM kararlarına ve konu hakkındaki bireysel başvuru kararlarına da değinerek oluşturmuş olduğu ve bu değerlendirmelerini daha sonra vermiş olduğu kararlarda da yerleşik şekilde tekrar etmiş olduğu görülmektedir.⁸⁴⁷ Ayrıca AYM'nin öncelikle zor kullanımın zamanına dikkat çekerek zamanın tespit edilmesi ile kötü muamele konusundaki ilkeler ve orantılılık kapsamında ikili ayrıma gittiği görülmektedir.⁸⁴⁸

⁸⁴⁶ Örneğin AYM; yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, adil yargılanma hakkı kapsamında çeşitli değerlendirmeler yapmıştır. Bkz. İpek Deniz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1595, 21/4/2016; Zeki Bingöl Başvurusu, no. 2013/6576, 18/11/2015; Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/293, 17/7/2014; Şenol Gürkan Başvurusu, no. 2013/2438, 9/9/2015.

⁸⁴⁷ Bu konuda bkz. Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, no. 2012/752, 17/9/2013, pr. 49 vd; Cemil Danışman Başvurusu, no. 2013/6319, 16/7/2014, pr. 41 vd.; Hamdiye Aslan Başvurusu, no. 2013/2015, 4/11/2015, 76 vd.

⁸⁴⁸ AYM, zor kullanımının zamanına dikkat çekerek şu ikili ayrımı yapmıştır: “Yakalama ve etkisiz hale getirme gibi kişinin kontrol altına alınmaya çalışılması sırasında meydana gelen yaralanmalarda öncelikle yaralanmaya sebebiyet vermiş olan gücün kullanım zamanının tespit edilmesi gerekmektedir. Kişinin kontrol altına alınması tamamlandıktan sonra uygulandığı tespit edilen kuvvet kullanımı için gözaltında ve ceza infaz kurumunda olduğu gibi kişinin devletin kontrolü altında bulunduğu sırada uğradığı ileri sürülen kötü muamele iddialarına ilişkin ilkeler uygulanabilecektir. Kuvvet kullanımının, kişinin tamamen kontrol altına girmesinden önce, bir başka ifade ile kişinin kontrol altına alınmaya çalışılması sırasında uygulandığının tespit edilmesi hâlinde ise yapılması gereken, kullanılan gücün orantılı olup olmadığı değerlendirilmesidir.” bkz. Zeki Bingöl Başvurusu, no. 2013/6576, 18/11/2015, pr. 88.

Bu konudaki kararlarda AYM'nin AİHS'nin hükümlerine ve AİHM içtihadına doğrudan yer vererek büyük ölçüde ve genel olarak Anayasa'ya uygun ve AİHM içtihadına paralel bir değerlendirme yaptığı sonucuna varmaktayız.

Bu itibarla da CMK'da yer alan düzenlemelerden ve bu konudaki uygulamadan kaynaklanan sorunların, yakalanan ve gözaltına alınan kişiler hakkında alınacak tedbirler ve zor kullanılması konularında AİHS'ye uygun yorum yapılmak suretiyle AİHM içtihadı kapsamında çözümlenmesinin mümkün olduğu; bu konuda özellikle de belirtilen amaçları gerçekleştirebilmek için ve ölçülü şekilde uygulama yapılması gerektiği sonucuna varmaktayız.

5. Sağlık Kontrolü Yapılması

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında kişilere “sağlık kontrolü” yapılması gerekmektedir. Bu konunun CMK, Anayasa ve AİHS'de nasıl karşılık bulduğu incelendiğinde, her üç metinde doğrudan ve açık bir düzenleme bulunmadığı bununla birlikte CMK'da dolaylı şekilde bu konudan bahsedilmiş olduğu, Anayasa'nın özellikle “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı maddesi ve AİHS'nin de özellikle “yaşam hakkı” ve “işkence yasağı” başlıklı maddeleri altında bu hakkın dolaylı olarak korunduğu anlaşılmaktadır.

CMK'da yakalanan ve gözaltına alınan kişiler hakkında sağlık kontrolü yapılmasına ilişkin açık hüküm bulunmamakla birlikte, birçok konunun yanı sıra “sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı”nın yönetmelikte gösterileceğine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır.⁸⁴⁹ Yakalanan ve gözaltına alınan ya da gözaltı süreleri uzatılan kişiler hakkındaki sağlık kontrolü yönetmelikte ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.⁸⁵⁰ Sağlık

⁸⁴⁹ CMK md. 99.

⁸⁵⁰ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 9. Yönetmelikteki bu düzenleme oldukça ayrıntılıdır; hem kimler hakkında sağlık kontrolü yapılacağı, hem de hekim raporunun usulü ile bir suç

kontrolünün amacı bir anlamda da yakalama ve gözaltı süresi içinde kişilerin işkenceye maruz kalma iddialarını bertaraf etmektedir.⁸⁵¹

Anayasa ve AİHS açısından da somut olayın koşulları içinde kişilere sağlık kontrolü yapılmaması, bu metinlerde güvence altına alınmış olan çeşitli haklarla bağlantılı olarak bu hakların ihlal edilmesini gündeme getirebilecektir.

Sağlık kontrolünün yapılması pek çok açıdan özgürlüğünden mahrum kalan kişi açısından önemlidir. Hem soruşturma işlemleri sırasında vücut bütünlüğüne zarar verilmesinin önlenmesi, işkence veya kötü muameleyle tabi olmama hem de kişinin genel olarak bu koşullarda herhangi bir sağlık sorunu yaşamaması, sağlık durumlarına uygun muamelelerin yapılması⁸⁵² ya da sağlık sorunu olan bir kişinin bu aşamada da tedavisinin devam etmesi gibi konular açısından önemlidir.⁸⁵³ Ayrıca gözaltı koruma tedbirlerinde

tespiti halinde yapılacılara değinilmiştir. Bununla birlikte buradaki sağlık kontrolü beden muayenesinden kesinlikle farklıdır. Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde beden muayenesi yapılmaması ya da şüpheli konumunda olan kişiden delil toplanmasına ilişkin benzer birtakım müdahaleler yapılmasına sebebiyet verilmemesi gerekmektedir. Bu konuda ayrıca Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 316; ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s.294; Kolluk görevlileri tarafından yapılan yakalamada gecikmede sakınca bulunması hali için bkz. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.401-403.

⁸⁵¹ SOYASLAN, (2008), s.671-672.

⁸⁵² Yakalanan ve gözaltına alınan kişilere bu tedbirlerin uygulanması sırasında sağlık durumlarına uygun muamelelerin yapılması da gerekmektedir. Bu gereklilik Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olup AYM tarafından da, cezaevi koşullarında özel yemek talebi ile ilgili olarak yapılan bir başvuruda benzer görüş, AİHM kararına da atıfla dile getirilmiştir. Bu kararın gözaltı işlemleri bakımından da gerekli değişiklikler yapılarak uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bkz. Şehmus Özsubaşı Başvurusu, no. 2013/2582, 3/3/2016, pr.47.

⁸⁵³ Bu konu, Türkiye bakımından özellikle de tutuklu ve hükümlülerin sağlık problemleri yaşamaları halinde cezaevi koşulları, tedavileri ve sağlık sebebiyle meydana gelen bazı şüpheli ölümlerin soruşturulması ve görevlilerin ihmali gibi konularda gündeme gelmektedir. Bu konuda örneğin bkz.

nezarethaneye giriş ve çıkışlarda doktor raporlarının alınmaması ya da bu raporların yeterli derece incelenmemesi/gereğinin yapılmaması da dahil olmak üzere cumhuriyet savcıları tarafından gerekli denetimin yapılmaması konuları hem AİHS md.3 hem de md.5 kapsamında ele alınabilecek bir hak ihlali sonucunu doğurması nedeniyle de önemlidir.⁸⁵⁴ AİHM tarafından da verilmiş olan kararlarda bu önem vurgulanmakta ve somut olayın koşullarına göre konu; özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi hakların ihlal edildiği iddialarına yönelik olarak değerlendirmeye alınmaktadır.⁸⁵⁵

AİHM tarafından konu, çoğu kez, özgürlüğünden yoksun kalan kişilerle ilgili olarak Sözleşme'ye taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerine atıf yapılmak suretiyle ele alınmaktadır. Bu kapsamda hem bu kişilerin yaşamlarını ve sağlıklarını koruma yükümlülüklerine ilişkin pozitif yükümlülükler hem de bu kişilerin “insan onuruna saygı çerçevesinde uygun koşullarda tutulu bulundurulmasını” sağlama ve “özgürlükten

Gülay Çetin v. Türkiye, no. 44084/10, 5 Mart 2013. Bkz. ve krş. Dinç ve Çakır v. Türkiye, no. 66066/09, 9 Temmuz 2013, pr. 53-54. Ayrıca AYM tarafından da özgürlüğünden yoksun olan kişilere uygun sağlık hizmetinin sağlanmayışı veya hasta olan bir kişinin uygun olmayan şartlarda tutulmasının Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kötü muamele teşkil edebileceği belirtilmiştir. Bkz. Şehmus Özsubaşı Başvurusu, no. 2013/2582, 3/3/2016, pr. 47.

⁸⁵⁴ Bu konuda bkz. Timurtaş v. Türkiye, no. 23531/94, 13 Haziran 2000, pr.95-105. Ayrıca bkz. ALDEMİR, 2018, s.122-125.

⁸⁵⁵ AİHM tarafından özellikle uzun tutukluluk süreleri ve hükümlülerle ilgili olarak da sağlık konusu gündeme getirilmektedir. Bu, infazla ilgili olduğu için konumuzun dışındadır, ancak bu kararlar konu hakkında AİHM'nin genel yaklaşımını ortaya koyması bakımından yol gösterici olabilir.

mahrum kalma dolayısıyla zorunlu olarak ortaya çıkan sıkıntı ve üzüntüden daha fazla bir acıya maruz bırakmama” pozitif yükümlülüğü gündeme gelmektedir.⁸⁵⁶

Bir diğer açıdan özgürlüğünden mahrum kalan kişilerin, sağlık durumunun gerektirmesi halinde, tıbbi bakımlarının sağlanması konusunda da AİHM, yakalanan ya da gözaltında bulunan kişilerin sağlıklarını koruma yükümlülüğünün devlete ait olduğunu ve bu koruma yükümlülüğünün kişinin sağlık durumu gerektirdiğinde ölümcül bir sonucu önlemek için tıbbi bakımı gecikmeksizin sağlamayı da içerdiğini belirtmektedir.⁸⁵⁷ Bu konudaki iddialar AİHM tarafından ele alınırken Mahkeme ayrıca alınan sağlık raporunda, başvuranın vücudunda kötü muameleye dair herhangi bir iz bulunup bulunmadığı, soruşturma ya da kovuşturma aşamasında başvuranın bu raporların “gerçekliğine ilişkin bir itirazda” bulunup bulunmadığı veya bu raporları hazırlayan doktorların “kendisini düzgün şekilde muayene etmedikleri” şeklinde iddialarının olup olmadığını da analiz etmekte ve sonuca göre bir ihlal olup olmadığına karar vermektedir.⁸⁵⁸

AİHM’nin genel olarak içtihat hukukunda yerleşen prensipler ışığında yakalanan ve gözaltına alınan kişilerle ilgili olarak sağlık kontrolü yapılmasının özellikle de Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında güvence altına alınan kötü muamele iddialarına

⁸⁵⁶ Hasta bir kişinin uygun olmayan fiziki ve tıbbi koşullarda tutulması kural olarak 3. maddeye aykırı bir muamele olarak kabul edilebilir. Örneğin bkz. Hüseyin Yıldırım v. Türkiye, no. 2778/02, 3 Mayıs 2007, pr. 73.

⁸⁵⁷ Bkz. Saoud v. Fransa, no. 93757/02, 9 Ekim 2007, pr. 98.

⁸⁵⁸ Bkz. Akdağ v. Türkiye, no. 75460/10, 17 Eylül 2019, pr. 35-36.

karşı etkili güvencelerden biri olduğu ve sağlık kontrolüne ilişkin sonuçların da bu madde kapsamındaki iddialar açısından çok önemli olduğu sonucuna varmaktayız.⁸⁵⁹

AIHM'nin konuyu doğrudan özgürlük ve güvenlik hakkı çerçevesinde ele aldığı da görülmekte olup bu husus da ayrıca önemlidir. Nitekim AIHM, yakalanan veya gözaltında bulunan kişilerin keyfi davranışlardan korunması ve kimseyle görüştürülmeden tutulma olmaması için (avukat, akraba veya arkadaş ile iletişim kurma, durumu yakınlarına bildirilmesi gibi) diğer haklarının yanı sıra bir doktora erişiminin de engellenmemesinin önemli olduğunu belirtmiştir.⁸⁶⁰

Ulusal hukukumuz bakımından da sağlık kontrolünün yapılması bir gereklilik olup aksi durumun AIHS'nin ilgili hükümlerinin öncelikle yasallık kapsamında ihlaline sebebiyet verebileceği kanaatindeyiz.

O halde tüm bu değerlendirmeler ışığında; yakalanan ve gözaltında bulunan kişilere sağlık kontrolü yapılmasının çeşitli açılardan önemli olduğu sonucuna varmakta, bu konunun CMK'da bir hak olarak ayrıca düzenlenmesi faydalı olabilecekse de bu konuya ilişkin düzenlemelerin mutlaka CMK'da ayrıntılı şekilde yer almasının gerekmediği, mevcut yasal düzenlemelerin de doğrudan AIHS'ye bir aykırılık taşımadığı ve bu kapsamda yaşanan sorunların AIHS'de güvence altına alınan çeşitli haklar ve devletin yükümlülükleri kapsamında AIHM içtihadı çerçevesinde uygun yorum yöntemiyle çözümlenebileceği kanaatine ulaşmaktayız.

⁸⁵⁹ Algür v. Türkiye, no. 32574/96, 22 Ekim 2002. Ayrıca gözaltında meydana gelen yaralanma iddiaları ile ilgili olarak etkili soruşturma yürütme zorunluluğu için bkz. Coşar v. Türkiye, no. 22568/05, 25 Mart 2013, p. 36-42.

⁸⁶⁰ Bkz. Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996, pr. 82-83.

6. Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Denetimi

Yakalama ve gözaltı işlemlerinin çeşitli açılardan denetlenmesi gerekmektedir. Bu denetim konusu özellikle üç açıdan sorunludur. Bu itibarla da öncelikle, yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi konusundaki düzenlemeler ile bu denetimin gerekliliği, denetimin kapsamı ve usulü konuları ele alınmalıdır. Daha sonra, denetiminin etkin bir biçimde sağlanabilmesi için bu konuda gerekli kayıtların tutulması konusuna değinilmeli ve son olarak da bu kararların uygulanması sırasında özgürlüğünden yoksun kalan kişilerin “tutuldukları yerin ve oradaki koşulların” da denetlenmesi gerektiği konusuna işaret edilmelidir.

Öncelikle, yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi konusundaki düzenlemeler, denetimin gerekli olup olmadığı ve bu denetimin gerek esas gerek usul açısından nasıl olması gerektiği konuları CMK, Anayasa ve AIHS düzenlemeleri kapsamında ele alındığında bu konular hakkında farklı düzenlemelerin olduğu göze çarpmaktadır.

CMK’da yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi konusunda yer alan düzenlemelerin yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından farklı şekilde düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Gözaltı bakımından konu “gözaltı işlemlerinin denetimi” başlıklı bir madde ile ayrıca düzenlenmiştir.⁸⁶¹ Buna göre; gözaltı koruma tedbiri ile ilgili olarak “gözültüne alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethanelerin, varsa ifade alma odalarının, bu kişilerin durumlarının, gözültüne alınma nedenlerinin ve sürelerinin, gözültüne alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemlerin” denetlenmesi gerekmektedir. Yakalama bakımından ise, gözültünde olduğu gibi, “denetim” şeklinde

⁸⁶¹ CMK md. 92. Yakalama, Gözültüne Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 11-12. Ayrıca bkz. ERZURUMLUOĞLU Bayram, “Gözültülerin İnsan Hakları ve Demokratik Şeffaflık Çerçevesinde Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2009, s. 43-53; SOYASLAN, 2018, s. 333-334; YURTCAN, 2019, s.285. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.343.

ayrı bir madde yoktur, bununla birlikte CMK’da yakalama konusundaki çeşitli maddelerden –özellikle de yakalama işleminin tutanağa bağlanması konusundaki düzenlemeden– ve yakalamanın süreç bakımından gözaltı işlemi ile yakın ilişkisinden bu işlemlerin de CMK gereğince yine denetime tabi olduğu sonucuna varmaktayız.

Anayasa’da ve AİHS’de yer alan düzenlemeler ele alındığında ise, yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi konusunda doğrudan açık bir düzenleme olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte konu, gerek Anayasa’da gerek AİHS’de düzenlenen başta kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olmak üzere çeşitli hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğu için AİHM kararlarında pek çok defa önemle ele alınmıştır.

AİHM içtihadında yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi, özellikle de Türkiye ile ilgili davalar sebebiyle gündeme gelmiş ve AİHM tarafından bu konu, AİHS kapsamında taraf devletlerin bir yükümlülüğü olarak nitelendirilmiştir. Bu kapsamda, “her ne kadar Sözleşme sadece 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan özel güvenceleri açıkça sağlasa da, Mahkeme, biraz şekli niteliği olmasına rağmen tartışmasız olarak nitelendirilebilecek başka bir gereklilik de getirmiştir.”⁸⁶² Buna göre “yetkili makamların özgürlükten mahrum kalma ile ilgili olarak her fiili kaydetme yükümlülüğü vardır.” AİHM tarafından Türkiye’de yaşanan gözaltı işlemleri sırasında kaybolmalar konusundaki iddialarda⁸⁶³ bu işlemlere ilişkin kayıtların bulunamaması durumuna da vurgu yapılarak, Sözleşme’nin 5. maddesi, 2 ve 3. maddelerle bağlantılı şekilde ele alınmaktadır. Bu kapsamda AİHM ayrıca örneğin, gözaltına alınan kişilerin kendilerinden bir daha haber alınamaması ve bu şekilde kayboldukları yönündeki iddaları

⁸⁶² TRECHSEL, 2006, s. 504.

⁸⁶³ AİHM’nin kişi özgürlüğü ve Türkiye (gözaltında kayıplar, hakim önüne çıkarma ve gözaltı süreleri) ile ilgili kararlarının listesi ve bilgi için bkz. TURHAN Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000.

bu işlemlerin denetimi konusu ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında ele almaktadır.⁸⁶⁴

AIHM, yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin bu süre içinde yaralandıkları yönündeki iddiaları da, yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi konusu ile bağlantılı olarak devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında ele almaktadır. AIHM, yakalanan ve gözaltında tutulan kişilerin “refahından” ulusal makamların sorumlu olduğunu, bir kimsenin sağlıklı şekilde gözaltına alınması, fakat salıverilmesi zamanında yaralanmış olması halinde, bu yaralarının nasıl oluştuğuna ilişkin olarak “makul bir açıklama yapmanın devletin yükümlülüğünde olduğunu” belirtmekte ve gözaltı sırasında meydana gelen yaralanma, ölüm ve kaybolma olaylarına ilişkin olarak “makul bir açıklama getirme görevinin” davalı devlette olduğunu vurgulamaktadır.⁸⁶⁵

AYM tarafından da konu AIHM içtihadına benzer şekilde farklı açılardan farklı hak ve özgürlükler kapsamında incelenmektedir.⁸⁶⁶ Örneğin, “başvurucunun, bir kısım koruma tedbirlerinin usule ilişkin güvencelere aykırı olarak uygulandığı iddiaları Anayasa'nın 19. maddesinde koruma altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında”⁸⁶⁷, “gözaltına alındıklarında yasal haklarının, yakalama nedenlerinin ve haklarındaki suçlamaların kendilerine bildirilmemesi [yönündeki iddialar] Anayasa'nın

⁸⁶⁴ Bkz. Meryem Çelik ve Diğerleri, v. Türkiye, no. 3598/03, 16 Nisan 2013, pr. 60.

⁸⁶⁵ Örneğin bkz. Timurtaş v. Türkiye, no. 23531/94, 13 Haziran 2000, pr. 82.

⁸⁶⁶ AYM, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Bkz. Tahir Canan Başvurusu, no. 2012/969, 18/9/2013, pr. 16; Zeki Bingöl Başvurusu (2), no. 2013/6576, 18/11/2015, pr. 51; M. Aydın Gürül Başvurusu, no. 2012/682, 2/10/2013, pr. 18.

⁸⁶⁷ Zeki Bingöl Başvurusu (2), no. 2013/6576, 18/11/2015, pr. 51.

19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı” kapsamında⁸⁶⁸, gözaltı işlemi sırasında emniyet güçleri ile arada yaşananlar ve polis tarafından darp edilme ve “etkili bir soruşturma yürütülmediğine ilişkin ihlal iddiaları Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında koruma altına alınan işkence ve kötü muamele yasağı” kapsamında⁸⁶⁹ değerlendirilmiştir.⁸⁷⁰

O halde AİHM ve AYM tarafından da çeşitli hak ve özgürlükler kapsamında vurgulanan yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi ile ilgili yükümlölüklerin yerine getirilebilmesi için yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetiminin etkin bir biçimde sağlanması ve bunun yapılabilmesi için de yazılı ve resmi şekilde bu konuda kayıt tutulması gerektiği sonucuna varılmaktadır. CMK'nın bu denetimin yapılması konusundaki düzenlemesi hak ve özgürlükleri koruma amacına yönelik olup AİHS ile uyumludur. Bununla birlikte bu denetimin etkililiği ve denetimin yapılabilmesi için gerekli olan “tutanak tutulması” konusunun ulusal hukukumuz bakımından ayrıca ele alınması faydalı olacaktır.

⁸⁶⁸ Bu iddiaların yanı sıra tutuklama nedeni bulunmaması, tutuklama ve tutuklamaya itiraz sonucu verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmaması, tutukluluğun devamına yönelik kararların duruşmasız olarak verilmesi, tutukluluğun devamı kararları verilirken savcı görüşlerinin tebliğ edilmemesi yönündeki iddialar da vardır. Bkz. Ersin Ekmekçi ve Sinan Ekmekçi Başvurusu, no. 2013/6068, 18/11/2015, pr. 31.

⁸⁶⁹ Zeki Bingöl Başvurusu (2), no. 2013/6576, 18/11/2015, pr.68-104.

⁸⁷⁰ Ayrıca somut olayda başvuruçular, emniyet görevlilerinin psikolojik baskısına maruz kaldıkları, gözaltı sırasında mutat kontroller dışında hekime erişim haklarının elinden alındığı şeklindeki iddialarla Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de AYM ileri sürülen ihlal iddialarının kanıtlanamamış olması ve ihlalin olmadığının açık olması nedenleriyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bkz. Ersin Ekmekçi ve Sinan Ekmekçi Başvurusu, no. 2013/6068, 18/11/2015, pr.114-117.

Tutanak düzenlenmesi konusunda CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri ele alındığında denetim konusuna benzer birtakım sonuçlara ulaşmaktayız. CMK’da tutanak konusunda yer alan düzenlemeler yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir.⁸⁷¹ Yakalama bakımından konu “yakalama tutanağı” başlıklı bir madde ile ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre “yakalama işleminin bir tutanağa bağlanması” gerekmektedir.⁸⁷² Bu tutanakta da yakalananın “hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yerde ve ne zaman yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği”⁸⁷³ ve “haklarının tam olarak anlatıldığı” açıkça yazılır.⁸⁷⁴

Gözaltı bakımından ise, yakalamada olduğu gibi, “gözaltı tutanağı” şeklinde ayrı bir madde yoktur, bununla birlikte CMK’da gözaltı konusundaki çeşitli maddelerden bu işlemlerin de CMK gereğince yine tutanağa bağlanması gerektiği sonucuna varmaktayız. Örneğin CMK’nın 92. maddesi gereği gözaltı işlemleri denetlenirken “gözültüne alınma neden ve sürelerinin” denetlenmesi ancak bu konuda bir kayıt tutulmuş olması halinde mümkün olabilecektir. Benzer şekilde, CMK’nın 99. maddesinde de yönetmelikte hangi konuların yer alacağı belirtilirken “gözaltı işlemlerine ilişkin kayıt ve defterlerin nasıl tutulacağı” ve “gözültüne alınmanın başlangıcında ve bu tedbire son verildiğinde hangi

⁸⁷¹ CMK’da genel olarak soruşturma evresinde yapılan işlemlerin – her soruşturma işleminin – tutanağa bağlanması gerektiğinin düzenlenmiş olduğu da ayrıca hatırlanmalıdır. Bkz. CMK md. 169. Öğretide de soruşturma evresinde yapılan işlemlerle ilgili tutulan tutanağın önemine değinilmiştir. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, 2015, s. 23-28.

⁸⁷² CMK md. 97. Yakalama, Gözültüne Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 6/7. Yönetmeliğe göre hem tutanak hem de form düzenlenmesi gerekmektedir.

⁸⁷³ Madde metninde yer alan “hangi kolluk mensubunca tespit edildiği” ifadesinin muğlak olduğu, kanunda tespit edilen şeyin ne olduğunun açıkça belirtilmesi gerektiği şeklindeki eleştiriler için bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 364.

⁸⁷⁴ Bkz. “1. Kanuni Hakların Bildirilmesi”, “B. Bildirim Usulü”, “c. Bildirimin Yapılma Şekli”, s. 226vd.

tutanakların tutulacağı”ndan bahsedilmiş olması, bu konuda bir kayıt tutulmasını gerekli kılmaktadır.⁸⁷⁵

Anayasa’da ve AİHS’de yer alan düzenlemeler ele alındığında ise, yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi konusunda bir tutanak tutulmasına ilişkin açık bir düzenleme olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte konu, gerek Anayasa’da gerek AİHS’de düzenlenen başta kişi özgürlüğü ve güvenliği ve yaşam hakkı olmak üzere çeşitli hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğu için AİHM kararlarında pek çok defa önemle ele alınmıştır.

AİHS’nin bu konuya ilişkin olarak ulusal hukukumuz etkisi ve ulusal hukukumuz bakımından CMK’da yer alan düzenlemelerin AİHM içtihadı kapsamında nasıl değerlendirileceği konularında öncelikle bu konuda AİHM’nin genel yaklaşımının bir kaydın tutulması yönünde olduğu söylenmelidir. AİHM, genel olarak, yakalama ya da gözaltı işlemlerine ilişkin tutanak olmaması halinde “şüpheyi başvuranın lehine” yorumlamaktadır. Örneğin AİHM, olayın zamanını belirten resmi bir tutanağın olmadığı olaylarda başvurucunun iddialarını kabul etmiştir.⁸⁷⁶

CMK’da da yakalama ve gözaltı işlemleri konusunda bir kayıt tutulacağının düzenlenmiş olmasının bu anlamda önemli olduğu kanaatindeyiz.⁸⁷⁷ Ayrıca soruşturma

⁸⁷⁵ Yönetmelikte yer alan düzenlemeye göre gözaltı işlemleri nezarete alınanların kaydına ait deftere yazılmak suretiyle tespit edilir ve bu tespit işlemi yapılırken ayrıntılı şekilde hangi hususların kaydedileceği de düzenlenmiştir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 12. Bu konuda ayrıca bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.340-341.

⁸⁷⁶ Bkz. Creangă v. Romanya, no. 29226/03, 23 Şubat 2012, pr. 90.

⁸⁷⁷ Örneğin AİHM, Türkiye ile ilgili bir davada, başvuruların yakalanma ve gözaltına alınma işlemlerinin tutanaklara kaydedildiğini tespit ettiği bir olayda, diğer hususlarla birlikte başvuruların Sözleşme’nin 5. maddesinin 1 ve 3. fıkralarına dayanan bu iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bkz. Dinç ve Çakır v. Türkiye, no 66066/09, 9 Temmuz 2013, pr. 53-54.

evresinde yapılan işlemler sırasında tutulan tutanakların aksi ispat edilene kadar geçerli resmi belge niteliğinde olduğu ve tutanağın aksinin ispatlanmasının mümkün olduğu da gözetilmelidir.⁸⁷⁸

Bununla birlikte bu kaydın tutulmasının nasıl olacağı, tutanağın içeriğinde hangi hususların yer alması gerektiği konuları ise, ulusal mevzuatımızın bu konuda yeterli olup olmadığı bakımından değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. AİHM tarafından kayıtlara, bir kişinin gözaltına alındığının yazılmaması ve salıverildiği iddiasına ilişkin olarak da bir resmi kayıt bulunmaması başlı başına “ciddi bir ihlal” olarak görülmüştür.⁸⁷⁹

O halde, ulusal hukukumuz bakımından da hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunabilmesi adına öncelikle gözaltına alma ve salıverme işleminin kaydedilmesi gerekmektedir. AİHM, bunun dışında bu kayıt işleminin kapsamını da kararlarında pek çok kez tekrarlamıştır.⁸⁸⁰ Bu kapsamda AİHM tarafından; gözaltının tarihi, zamanı ve yeri, gözaltına alınan kişinin kimlik bilgileri ile birlikte gözaltına alma nedenleri, bu işlemi yapan kişinin adı ve salıverilmenin zamanı ve tarihi gibi detayların kaydının olmamasının AİHS md. 5’in amacı ile çeliştiği belirtilmiştir.⁸⁸¹

Bu itibarla da, yakalama ve gözaltı işlemlerinde gerek denetimin yapılma usulü ve süresi⁸⁸² gerek hangi hususların tutanağa bağlanacağı konusunda CMK’da yer alan

⁸⁷⁸ Bkz. OKUYUCU ERGÜN, 2015, s. 28.

⁸⁷⁹ Akdeniz v. Türkiye, no. 25165/94, 31 Mayıs 2005, pr. 130 ve Er ve Diğerleri v. Türkiye, no. 23016/04, 31 Temmuz 2012, pr. 104.

⁸⁸⁰ Örneğin bkz. Kurt v. Türkiye, no. 24276/94, 25 Mayıs 1998, pr. 125.

⁸⁸¹ Akdeniz v. Türkiye, no. 25165/94, 31 Mayıs 2005, pr. 130; Er ve Diğerleri v. Türkiye, no. 23016/04, 31 Temmuz 2012, pr. 104; Meryem Çelik ve Diğerleri v. Türkiye, no. 3598/03, 16 Nisan 2013, pr. 84.

⁸⁸² Öğretide, bu denetimle ilgili özellikle denetimin süresi bakımından eleştiriler getirilmiştir. Öğretide, bu denetimin hangi sürelerle veya yılda kaç defa denetleneceği gibi konuların belli olmadığı, bunların açıkça düzenlenmesinin daha yerinde olacağı belirtilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 371.

düzenlemeler çeşitli açılardan eleştirilmesi gerektiği örneğin öncelikle CMK’da bu konuda yer alan düzenlemelerin net olmadığına söylenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bunun dışında, özellikle de kanuni hakların bildirilmesi hakkı bakımından yasal düzenlemenin yeterli olmadığı⁸⁸³ anlaşılmakta ayrıca yakalama bakımından yalnızca suç vasfının değil, yakalamayı gerektiren nedenlerin gerekçeli olarak yazılması ve yakalama zamanının da tarih ve saat olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Gözetim bakımından da kanaatimizce, benzer şekilde açık bir düzenleme yapılması ve bu tutanakların imzalı olması ve kişiye verilmesi de sağlanan güvenceleri arttırması açısından önemli olacaktır. Bu anlamda bu konuda net ve daha koruyucu bir yasal düzenleme getirilmesi ile uygulamada da bu denetimin etkin bir biçimde yapılması sağlanabilir. Bununla birlikte bu konudaki CMK ile AİHS’nin bir çatışma içinde olmadığı ve mevcut halde de CMK ve yönetmelik düzenlemesinin AİHM içtihadı dikkate alınarak sorunların çözümlenebilmesinin, hak ve özgürlükler bakımından daha sıkı bir güvence sağlanabilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. CMK’da ve bu konudaki Yönetmelikte yer alan ayrıntılı düzenlemelerin, başta AİHS’nin 5. maddesinin amacını sağlayacak şekilde AİHM kararlarına uygun yorumu suretiyle uygulanması ile bu konudaki sorunlar kolaylıkla çözülebilecektir.

Yakalama ve gözetim işlemlerinin denetimi konusunda son olarak bu kararların uygulanması sırasında özgürlüğünden yoksun kalan kişilerin “tutuldukları yerin ve oradaki koşulların” da denetlenmesi gerektiği konusuna değinilmelidir. Yakalanan ve gözetimine alınan kişilerin “tutuldukları yerin ve oradaki koşulların” denetlenmesi konusunda CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri ele alındığında; CMK’da, gözetimine

Ayrıca en geç bir haftalık ya da onbeş günlük periyotlarla bu denetimin yapılması ile ilgili öneri için de bkz. YILDIZ, (2006), s. 202.

⁸⁸³ Bkz. “1. Kanuni Hakların Bildirilmesi”, “B. Bildirim Usulü”, “c. Bildirimin Yapılma Şekli”, s.226vd.

alınan kişilerin tutulma koşullarının, bu konudaki çeşitli haklar ve diğer hususlarla birlikte yönetmeliğe atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiş olduğu⁸⁸⁴ ayrıca burada yer alan hususların pek çoğunun denetleneceğinin de gözaltı işlemlerinin denetimi başlıklı maddede ayrıca yer almış olduğu görülmektedir.⁸⁸⁵

Anayasa’da ve AİHS’de yer alan düzenlemeler ele alındığında ise, bu denetim konusunda açık bir düzenleme olmadığı bununla birlikte konunun, çeşitli hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınabileceği sonucuna varmaktayız. Nitekim bu durum, AİHS’nin 5. maddesi ile Sözleşme’nin örneğin 2, 3, 8, 9, 10, 11 ya da 12. maddelerinde düzenlenmiş olan pek çok hak ve özgürlüğün ihlali de gündeme getirebilmektedir.⁸⁸⁶

Burada öncelikle AİHS md. 5’teki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının güvencesi kapsamında olunabilmesi için kişinin özgürlükten mahrum bırakıldığı “yerin” bir önemi olmadığını da vurgulamalıyız. Bu kapsamda, kişinin tutulduğu yerin tipik bir gözaltı yeri olmasına gerek yoktur.⁸⁸⁷ Buna karşın, kişinin tutulduğu yerde yasal mevzuat ve AİHS ile sağlanan diğer tüm güvencelere de uyulması ve bu işlemlerin denetimlerinin de yapılması gerekmektedir.

Bu yorumumuz, ulusal hukumuz bakımından da geçerlidir. O halde, gerek AİHS md. 5 kapsamında herhangi bir yerde özgürlükten yoksun bırakma halinin söz konusu olması gerek ulusal hukukumuzda yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin nezarethane

⁸⁸⁴ CMK md. 99. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 11-12.

⁸⁸⁵ CMK md. 92.

⁸⁸⁶ Bu konuda çeşitli değerlendirmeler için bkz. TRECHSEL, 2007, s. 419.

⁸⁸⁷ Örneğin bir araba da bu kapsamdadır. Bozana v. Fransa, no. 9990/82, 14 Mart 1985. Ayrıca bu konudaki uçak, otel, gemi ve benzeri örnekler için bkz. ŞİRİN, 2018, s.28-29.

denilen yerlere konulması⁸⁸⁸ durumunda kendileri hakkında yapılan her türlü işlemin ulusal mevzuata ve AİHS'ye uygun olarak yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesi gerektiği sonucu açıktır.

Kişilerin tutuldukları yer ve koşullar ile ilgili konularda AİHM ve AYM'nin benzer görüşler ortaya koyduğu görülmektedir. Nitekim AİHM, özellikle de Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde yaptığı değerlendirmede “somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi” gerektiğini belirtmektedir.⁸⁸⁹ Gözaltı sırasında kişilerin tutulma koşullarını ağırlaştıran ilave tedbirlerin, örneğin hücre cezası gibi, ek bir özgürlükten yoksun bırakılma hali olmadığı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında olmadığı belirtilse de bu durum Sözleşme’de düzenlenen ilgili başka hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet verebilecektir.⁸⁹⁰

AYM de kişilerin tutulma koşullarını, bu yerlerin niteliği, fiziki koşulları, uygun ve yeterli alanlara sahip olması, yeme ve diğer aktivite imkanları gibi çeşitli boyutlarıyla AİHM içtihadına benzer şekilde ele almakta⁸⁹¹ konu sıklıkla AİHS'nin 3. ve 5. maddesi

⁸⁸⁸ Nezerathane tanımı için bkz. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 4. Öğretide bu kişilerin tutuldukları yerlerle ilgili çeşitli öneriler de getirilmiştir: “Bu bağlamda, gözlem altındaki suç zanlılarının hak ihlallerinin önlenmesi için ülkemiz şartlarına göre adapte edilmiş; farklı yerel ihtiyaçlara da uygun olabilecek şekilde esnek ve de tüm ülke çapında standartları belirlenmiş bir şekilde uygulanabilecek bir bağımsız gözaltı gözlemciliği sisteminin yürürlüğe konması hak ihlallerinin azaltılması açısından çok önemli katkılar sağlayacaktır.” Bu görüşler için bkz. ERZURUMLUOĞLU, (2009), s. 43-53. Ayrıca nezarethanelere kamera ile kapalı devre görüntüleme sistemi (gizli kamera) monte edilmesi konusunun değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. ALDEMİR, 2018, s.120-122.

⁸⁸⁹ Dougöz v. Yunanistan, no. 40907/98, 6 Mart 2001, pr. 46.

⁸⁹⁰ J.U. v. Fransa, no. 20978/92, 21 Ekim 1993. Štitić v. Hırvatistan, no. 29660/03, 8 Kasım 2007, pr.55-56.

⁸⁹¹ Örneğin bkz. Mader v. Hırvatistan, no. 56185/07, 21 Haziran 2011 ve Munjaz v. Birleşik Krallık, no. 2913/06, 17 Temmuz 2012.

ile Anayasa'nın 17 ve 19. maddeleri bakımından değerlendirilmektedir.⁸⁹² Ancak doğrudan ve yalnızca kişilerin tutuldukları mekan ile ilgili iddiaları 5. madde kapsamında bir müdahale değildir ve bu tür iddialar koşulları bulunuyorsa işkence ve kötü muamele yasağı veya özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında tartışılmalıdır.⁸⁹³

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından kişilerin tutuldukları yerin koşulları önemlidir bununla birlikte AİHM'nin veya AYM'nin özgürlükten yoksun bırakılan tüm kişiler için geçerli olacak şekilde bu koşulları veya sahip olunması gereken imkanları belirlediği de söylenemez. Bununla birlikte AİHM'nin ve AYM'nin ulusal hukukumuzu değerlendirdikleri tutulma koşulları ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda; özellikle de Anayasa md. 17 ve AİHS md. 3 çerçevesinde “kişi başına düşen

⁸⁹² AYM bu konuda; “Başvurucuların suç şüphesi ile gözaltı kapsamında adliyede tutuldukları yerin penceresinin bulunmadığı, havasız ve kalabalık olduğu, bekletildikleri yerde oturacak yer bulunmadığı yönündeki şikâyetlerine ilişkin” yaptığı değerlendirmelerde; “gözaltında tutuldukları süre” ve “tutma koşulları nedeniyle başvuru sahiplerinin ruhsal ve fiziksel yönden sağlıklarının bozulduğu yönünde bir tespitin ve hatta şikâyetin bulunmaması” hususlarını dikkate alarak “insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilmesi için gereken asgari ağırlık eşiğine ulaşmadığı” kanaatine varmıştır. Bkz. Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1631, 17/12/2015, pr. 110.

Sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulma ile ilgili olarak AYM; idari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişim ve tercüman yardımından yararlanmaya ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmaması gibi nedenlerle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. Rıda Boudraa Başvurusu, no. 2013/9673, 21/1/2015. Ayrıca bkz. K. A. Başvurusu, no. 2014/13044, 11/11/2015. (Gözetim altına alınan kişilerle ilgili olarak yapılan değerlendirmelere burada gözaltına alınan kişiler bakımından durumun gereklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen değinilmiştir.)

⁸⁹³ ŞİRİN, 2018, s.54. Burada ayrıca nezarethanelerin denetiminin uluslararası alanda bazı denetim organlarının görevini de gündeme getirdiği ve ilgili yer ve kurumlarda haberli ya da habersiz yapılacak ziyaret ve incelemelerde her türlü kolaylığın sağlanması gerektiği de belirtilmelidir. Bu konuda bkz. PARLAR – ÖZTÜRK, 2019, s.76-77.

alan hesabının yanı sıra, tutulu bulunan kişilerin günlük açık havadan yararlanmaları, kapalı mekanların gün ışığı alma ve havalandırılma durumları, kalınan mekanın temizliği ve tutulu bulunan kişilere sunulan sağlık hizmetleri gibi hususların da dikkate alınması” gerektiğini ayrıntılı şekilde belirttikleri görülmektedir.⁸⁹⁴

Tutulma koşullarından kaynaklı hak ihlali iddialarında hem AİHM hem de AYM bakımından bu koşulların düzeltilmesi ve iyileştirilmesi de tazminin yanı sıra büyük önem taşımaktadır. Bu konuda bir tazmin yolunun olması ve bunun yanı sıra yapılan başvurular sonucunda tutulma koşullarının düzeltilmesi ve iyileştirilmesi gerekmektedir.⁸⁹⁵

AYM’ye yapılan bireysel başvurularda kişilerin tutuldukları yer ve koşullar konusunun ulusal mevzuatımız açısından özellikle de uygulamada sorun oluşturduğu görülmektedir. Tutulma koşullarının Anayasa’ya ve AİHS’ye uygunluğunun değerlendirilmesinde özellikle de idari gözetim altında bulunan kişiler bakımından ayrıntılı şekilde dile getirilen kriterlerin, yakalama ve özellikle de gözaltına alınan kişiler bakımından da durumun gereklerine uygun düştüğü ölçüde geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

⁸⁹⁴ Bkz. Yarashonen v. Türkiye, no. 72710/11, 24 Haziran 2014, pr. 73; F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016, pr. 59. Krş. Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1631, 17/12/2015, pr.110.

Ayrıca bir muamelenin Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerektiği de hatırd tutulmalıdır. Bu asgari eşik göreceli olup her olayda asgari eşiğin aşılp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır. Bkz. Tahir Canan Başvurusu, no. 2012/969, 18/9/2013, pr. 23; Rıda Boudraa Başvurusu, no. 2013/9673, 21/1/2015, pr. 60.

⁸⁹⁵ Bkz. K. A. Başvurusu, no. 2014/13044, 11/11/2015, pr. 72; F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016, pr. 59.

Özellikle de gözaltı koruma tedbirinin süre itibariyle kısa olması, idari gözetim altında olan kişilerle tutuklu veya hükümlülerin haklarının sınırlandırılması bakımından aynı durumda olmadıkları ve farklı yasal mevzuata tabi oldukları dikkate alınmalı ancak bununla birlikte bu kararlarda yer verilen kriterler gözetilmelidir. Nitekim AİHM, idari gözetim bakımından Türkiye ile ilgili ayrıntılı tespitler yaptığı kararında; bu koşulların, “müebbet hapis cezaları infaz edilen mahkumlara yönelik Türk cezaevi rejiminden bile katı olduğunu” ifade etmiş⁸⁹⁶, AYM de “mahkumlar açısından kabul edilen bu standardın *gözetim altında tutulan göçmenler* açısından evleviyetle geçerli olduğunu” belirtmiştir.⁸⁹⁷

O halde yakalama ve gözaltı işlemlerinin denetimi konusunda; AYM’nin kararlarında AİHM’ye benzer bir yol izlediği görülmekte olup yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin amacı da dikkate alındığında kişinin bu tedbir kapsamında tutulmasının özellikle de AİHS md. 3 ve 5 ile Anayasa md. 17 ve 19’da güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin içtihat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmaktayız.

Bu itibarla da; uygulamada yaşanan sorunların çözümü bakımından bu işlemlerin ve denetimlerin, yasal mevzuata uygun bir biçimde ve somut olayın özelinde AİHM içtihadına uygun yorum suretiyle giderilemeyen durumlarda bu içtihadın doğrudan uygulanması suretiyle dikkate alınarak yapılması, kişilerin pek çok temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını sağlayabileceği kanaatindeyiz.

⁸⁹⁶ Yarashonen v. Türkiye, no. 72710/11, 24 Haziran 2014, pr. 78.

⁸⁹⁷ K. A. Başvurusu, no. 2014/13044, 11/11/2015, pr. 98; F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016, pr. 83.

7. Hakim Önüne Çıkma Hakkı

A. Genel Olarak Hakim Önüne Çıkma Hakkı

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinde yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin hakim önüne çıkması CMK, Anayasa ve AİHS gereğince koruma altına alınmış olan bir haktır.

Hakim önüne çıkma hakkı, yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin hem “amacını sağlamaya yöneliktir” hem de özgürlük ve güvenlik hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi haklı kılan ve yakalama ve gözaltı kararları bakımından gerekli olan bir “koşul” niteliğindedir. Yakalanan kimse “gecikmeden” hakim önüne çıkmalıdır.⁸⁹⁸

Bununla birlikte kişinin hakim önüne çıkma hakkı, hakkında derhal salıverme işlemi yapılmayan şüpheliler bakımından söz konusudur. Hakim önüne çıkma ya da daha genel bir deyimle, yetkili adli merci önüne çıkarılma, yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine maruz kalan kişiler bakımından özgürlükten yoksun bırakılmanın amacı ve koşulu çerçevesinde haklarında yapılan işlemler ve kanunda belirtilen süreler tamamlandığında derhal salıverilmedikleri takdirde sahip oldukları bir haktır. Nitekim bu hak, gerek CMK’da ve Anayasa’da gerek AİHS’de açıkça düzenlenmiştir.

CMK’nın çeşitli maddelerinde yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin belirli koşullarla hakim önüne çıkarılmasının bir zorunluluk olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu kapsamda CMK’da gözaltı işleminin belirli bir süre ile sınırlandırılmış olması ve bu süre sonunda kişinin yakalama yerine en yakın hakim veya Mahkemeye gönderileceğinin düzenlenmiş olması bu hakka işaret etmektedir.⁸⁹⁹ Ayrıca “gözaltına

⁸⁹⁸ Bkz. KUNTER, 1978, s.503-509.

⁸⁹⁹ CMK md. 91/1-4.

alınan kişi bırakılmazsa en geç bu süreler sonunda sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir” hükmü de, CMK’da açıkça düzenlenmiş bulunan hakim önüne çıkma hakkına ilişkindir.⁹⁰⁰ CMK’da “hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine ... yakalanan kişi”nin durumu da ayrıca düzenlenmiş ve bu kişilerin kanunda belirtilen süreler sonunda “yetkili hâkim veya mahkeme” önüne çıkarılacağı düzenlenmiştir.⁹⁰¹ CMK’da ayrıca yakalama ve gözaltına alma işlemleriyle ilgili olarak mahkemeye başvuru hakkı ve serbest bırakılmayı isteme hakkı da düzenlenmiş, buna ilişkin hususlar da ayrı bir bent halinde gözetilme ile ilgili maddede yer almıştır.⁹⁰²

Anayasa ve AİHS ele alındığında, Anayasa’nın özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili 19. maddesinde de yakalanan ve gözetilme altına alınan kişiler bakımından bir süre koşulu getirilmiş ve bu süre sonunda kişilerin hakim önüne çıkarılacağı düzenlenmiştir. Anayasa’da devamlı, kural olarak, hiç kimsenin “bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı” da açıkça düzenlenmiştir.⁹⁰³ Ayrıca Anayasa’da yer alan “tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanma” ve “serbest bırakılmayı isteme hakları”⁹⁰⁴ ve davaların mümkün olan suratlara sonuçlandırılmasına ilişkin düzenlemeler⁹⁰⁵ hakim önüne çıkma hakkı ve bu başlık altındaki makul sürede yargılanma ve salıverilmeyi isteme hakkı ile de ilgilidir. AİHS’nin de özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili maddesinde yakalanan ve tutulu bulunan kişilerin derhal bir hakim önüne çıkarılma hakkı ve makul sürede yargılanma ve salıverilme hakları açıkça

⁹⁰⁰ CMK md. 91/7.

⁹⁰¹ CMK md. 94.

⁹⁰² CMK md. 91/5. Bkz. “8. Mahkemeye ve Kanun yoluna Başvurma Hakkı”, s. 308vd ve “9. Salıverilme Hakkı”, s.332vd.

⁹⁰³ 1982 Anayasası md. 19/5. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

⁹⁰⁴ 1982 Anayasası md. 19/7.

⁹⁰⁵ 1982 Anayasası md. 141.

düzenlenmiş⁹⁰⁶ adil yargılanma hakkı başlıklı madde ile de konu çeşitli boyutlarıyla düzenlenmiştir.⁹⁰⁷

Her üç düzenleme birlikte incelendiğinde, belirli konularda bazı küçük farklılıklar olmakla birlikte bu düzenlemelerin büyük ölçüde uyumlu oldukları sonucuna ulaşmaktayız. Bu konudaki CMK düzenlemesinin ayrıntısına geçmeden öncelikle Anayasa ve AİHS ele alındığında genel olarak şu tespitleri yapılabiliriz: İlk olarak, Anayasa’da hakim önüne çıkarılma konusunda, olağanüstü haller hariç, azami bir süre belirlemesi yapılmışken AİHS’de “derhal” vurgusu yapılmış ve bu konu AİHM içtihadı ile şekillenmiştir.⁹⁰⁸

İkinci olarak, Anayasa ve AİHS’de makul sürede yargılanma konusunda benzer hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Üçüncü olarak, serbest bırakılmayı isteme hakkı konusunda Anayasa’da, AİHS’de yer almayan, “hükümün yerine getirilmesini sağlamak” ifadesi kullanılmıştır, ancak bu ifade Anayasa ve AİHS arasında bir uyumsuzluk yaratmamaktadır. Nitekim bu konu, koruma tedbirlerinin genel amaçları arasında da yer almakta ve AİHM içtihadında da benzer amaçlar dile getirilmektedir.⁹⁰⁹

CMK’da yer alan yakalama ve gözaltı açısından konuya yaklaşıldığında ise, Anayasa’da ve AİHS’de olduğu gibi, hakim önüne çıkarılmanın bir zorunluluk olarak düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte süre ve yargılama usulü konusunda ise çeşitli farklılıklar olduğu görülmektedir. CMK düzenlemeleri ayrıntılı şekilde AİHM içtihadı kapsamında ele alınmalıdır.

⁹⁰⁶ AİHS md. 5/3.

⁹⁰⁷ AİHS md.6.

⁹⁰⁸ Bkz. İkinci Bölüm altında “2. Gözaltı”, “D. Süre”, s.199vd.

⁹⁰⁹ Örneğin bkz. A ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 3455/05, 19 Şubat 2009, pr. 202-211.

CMK'nın yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin hakim önüne çıkma hakkı ile ilgili düzenlemeleri, AİHM içtihadı kapsamında ele alınırken öncelikle AİHM'nin bu konuda Sözleşme'de yer alan 5/3. maddesi konusundaki genel yaklaşımı ortaya konmalıdır. AİHS kapsamında bu hakkın herhangi bir şekilde özgürlüğünden mahrum olan kişilerin tümü için değil, yalnızca Sözleşme'nin 5/1-c maddesi kapsamında yakalanan ve tutulu bulunan kişiler bakımından düzenlenmiş olduğunu vurgulamalıyız. AİHM tarafından da konu pek çok kez ele alınarak Sözleşme'nin 5/3. maddesi ile ilgili olan sorunların 5/1-c paragrafı ile birlikte okunarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁹¹⁰ CMK açısından da bu çalışmanın konusu olan yakalama ve gözaltına alınma koruma tedbirleri AİHS'nin 5/1-c maddesi kapsamında olduğu için yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin bu güvenceden faydalanmaları gerektiği tartışmasız olup bu yöndeki değerlendirmelerde Sözleşme'nin 5/1-c ile 5/3 maddelerinin bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir.

AİHM'nin Sözleşme'nin 5/3. maddesi konusundaki genel yaklaşımı incelendiğinde, bu düzenlemede yer alan iki temel hakka vurgu yapıldığı ve bu hakların sağladıkları güvenceler ve bu güvencelerin önemi üzerinde durulduğu ve bunların yorumu konularına önem verildiği görülmektedir. Sözleşme'nin 5/3. maddesinde yer alan iki temel hak, hakim önüne çıkma ve makul sürede yargılanma veya salıverilme hakkıdır ve bu haklar öncelikle 5. maddede yer alan özgürlük ve güvenlik hakkı ile bütünüyle ilgilidir.⁹¹¹

Bu iki hakkın temeline, 5. maddenin bireyleri keyfiliğe (aynı zamanda kötü muamaleye) karşı korumada bir güvence oluşturmaları⁹¹² ve Sözleşme'nin 5/1. maddesinde

⁹¹⁰ Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980, pr. 102.

⁹¹¹ Bkz. "9. Salıverilme Hakkı", s.332vd.

⁹¹² Chahal v. Birleşik Krallık, no. 22414/93, 15 Kasım 1996, pr. 118.

de yer alan istisnaların dar yorum gerektirmesi⁹¹³ temel prensiplerinden yola çıkılarak ulaşılmaktadır.⁹¹⁴ “Sözleşme’nin 5. maddesi, keyfi gözaltına alınma riskini azaltmak amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını bağımsız adli bir incelemeye tabi tutmak konusunda asli bir hak sağlamakta ve yetkililerin sorumlu olmasını gerektirmektedir”.⁹¹⁵ Mahkeme, bir kişinin onaylanmamış tutulmasının bu güvencelerin tamamen yadsınması olduğunu (reddedildiğini) ve bu durumun 5. maddenin çok ciddi ihlali olduğunu vurgular.⁹¹⁶

AİHM’nin konuyu 5. madde kapsamında genel olarak bu şekilde ele aldığı söylenebilirse de, AİHM, diğer maddeler ile bağlantı kurarak da pek çok defa değerlendirmelerde bulunmuştur. Nitekim bu hak, Sözleşme’nin diğer maddeleri ile, özellikle de 2. ve 3. maddeler ile, yakın ilişki içindedir. AİHM, bu konuda taraf devletlerin yükümlülüklerine vurgu yapmaktadır. Sözleşme’nin 2 ve 3. maddeleri ile bağlantılı olarak hakim önüne çıkma hakkı, bu hakların korunmasını da sağlamaktadır. Yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin en kısa sürede hakim önüne çıkarılmaları, yetkililerin hesap verme sorumlulukları da gözetildiğinde, bu kişiler hakkında etkili tedbirler alınmasını da sağlayacaktır.⁹¹⁷

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, AİHM’nin genel yaklaşımının ulusal hukukumuz bakımından da somut olaylarda geçerli olduğu, hakim önüne çıkma hakkının, özellikle amaç noktasında, özgürlükten yoksun kalmayı yargısal denetimini sağlamak konusunda asli bir hak sağladığı sonucuna varmaktayız. Buna karşın hakim önüne çıkma

⁹¹³ Bkz. Quinn v. Fransa, no. 36887/97, 22 Mart 1995, pr. 42.

⁹¹⁴ Bu konudaki temel prensipler ve AİHS’nin md.5/3 kapsamındaki güvenceleri konusunda bkz. A ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 3455/05, 19 Şubat 2009, pr. 202-211.

⁹¹⁵ Çakıcı v. Türkiye, no. 23657/94, 8 Temmuz 1999, pr. 107.

⁹¹⁶ Bkz. Kurt v. Türkiye, no. 24276/94, 25 Mayıs 1998, pr. 124.

⁹¹⁷ Kurt v. Türkiye, no. 24276/94, 25 Mayıs 1998, pr. 122-125.

konusunda izlenecek usul bakımından CMK ve AİHS’de yer alan düzenlemeler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

B. Hakim Önüne Çıkma Konusunda İzlenecek Usul

CMK, Anayasa ve AİHS’de, hakim önüne çıkma hakkına ilişkin olarak büyük ölçüde uyumlu düzenlemelerin yer aldığı anlaşılmakta, buna karşın bu hakkın kullanılması konusunda izlenecek usulün ise çeşitli açılardan farklılık arz ettiği görülmektedir. İzlenecek usul konusunda öncelikle bu hakkın ne zaman kullanılacağı konusuna ilişkin olarak her üç metinde yer alan düzenlemeler ve AİHM içtihadı dikkate alınmalıdır.⁹¹⁸ Hakim önüne çıkma konusunda izlenecek usulde sürelerle riayet edilmek koşuluyla bu kez hangi merciye başvurulacağı ve bu mercide nasıl bir usul izleneceği önem taşımaktadır. Bu kapsamda hakim veya yetkili adli merci kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ve hakim huzurunda nasıl bir usul izlenerek karar verileceği konuları da ayrıca önem arz etmektedir.

Bu haktan bahsederken hakim önüne çıkma hakkı şeklinde bir nitelendirme yapılmakta ise de⁹¹⁹, bu hakkın kullanımında hangi mercinin yetkili olduğu konusu kavramsal olarak CMK, Anayasa ve AİHS kapsamında incelendiğinde farklı nitelendirmeler ile karşılaşılmaktadır. CMK’da bu hakkın kullanımındaki yetkili mercinin kural olarak “sulh ceza hakimi”; “yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi” bakımından “yetkili hâkim veya mahkeme” olarak

⁹¹⁸ Bu konu daha önce ele alınmıştır. Bkz. İkinci Bölüm altında “1. Yakalama”, “D. Süre”, s.168vd. ile Gözaltı bakımından bkz. “2. Gözaltı”, “D. Süre”, s.199vd.

⁹¹⁹ Ulusal hukukumuz bakımından bu yetki hakimlik makamında olduğu için tarafımızdan doğrudan hakim önüne çıkma olarak nitelendirilmiştir.

belirtilmiş olduğu görülmektedir.⁹²⁰ Anayasa’da yetkili merci “hakim” olarak belirtilmiştir.⁹²¹ AİHS’de ise Sözleşme’nin 5/1-c. maddesinde “yetkili adli merci” kavramının kullanılmış olduğu, Sözleşme’nin 5/3. maddesinde de “bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış diğer bir kamu görevlisi” kavramlarının kullanılmış olduğu anlaşılmaktadır.⁹²²

Her üç düzenleme incelendiğinde yetkili mercinin kavramsal olarak farklı şekilde ifade edildiği ancak bunlar arasında bir çatışma olduğundan bahsedilemeyeceği bununla birlikte ulusal hukukumuzun temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha güvence sağlayıcı olarak düzenlendiği sonucuna varmaktayız. Nitekim bu konudaki AİHM kararlarında da AİHS düzenlemesinde yer alan bu kavram çeşitli defalar yorumlanmıştır.

AİHM içtihadında pek çok defa AİHS md. 5/3’teki “yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış diğer bir kamu görevlisi” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu ele alınmıştır.⁹²³ AİHM’ye göre “adli görevli” “hakime” eşit değildir, ancak yakalanan kişiye tanınan güvenceleri sağlamak konusunda tatmin edici şekilde onun taşıması gereken nitelikleri de taşımalıdır.⁹²⁴ Örneğin bu kişiler, taraflardan ve

⁹²⁰ CMK md. 94. Serbest bırakılmayı sağlamak için de yine sulh ceza hakimine başvurulmaktadır. Bkz.

CMK md. 91/5. Hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan kişiler bakımından da yetkili merci, yetkili hakim veya mahkemedir. Bkz. CMK md. 94.

⁹²¹ 1982 Anayasası md. 19.

⁹²² Bu konuda bilgi için bkz. VAN DIJK ve diğerleri, 2006, s. 489-491.

⁹²³ AİHS kapsamında bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği, öğretide yer alan görüşler ve AİHM’nin bu konudaki yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 507-511.

⁹²⁴ Bu konudaki temel prensipler için bkz. Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76, 4 Aralık 1979, pr. 31 vd.

idareden “bağımsız ve tarafsız” olmalı⁹²⁵ ayrıca birtakım usulü ve maddi gereklilikleri de karşılamalıdır.⁹²⁶

Bu konuda değinilmesi gereken bir husus, Cumhuriyet savcısının yetkili adli merci kapsamında yer alıp almadığı konusudur. AİHM içtihadında savcının bu kapsamda olup olmadığı pek çok defa değerlendirmeye alınmıştır. AİHM’nin önceki kararlarında savcılık ofisindeki görevlilerin bu kapsamda olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılmışsa da, zaman içinde verilen kararlarda AİHM, savcılarının bağımsızlık sorununa değinmiş ve bağımsız olmadıkları gerekçesiyle bu madde kapsamındaki gereklilikleri karşılamadıkları kanaatine varmıştır.⁹²⁷

Ulusal hukukumuz bakımından da CMK kapsamında yakalanan kişi hakkında gözaltına alma kararı veren Cumhuriyet savcısının ya da genel olarak Cumhuriyet savcılığı makamının AİHS’de bahsi geçen “yetkili adli merci” olmadığı vurgulanmalıdır. Ulusal hukumuz bakımından bu sonuç, öncelikle ve aynı zamanda, ulusal hukukumuzda bu konudaki CMK sistematığı ve yaklaşımı ile açıkça ilgili maddede “hakimden” bahsedilmiş olması ve Anayasa metni nedenleriyle.

Buna karşın ulusal hukumuz bakımından istisnai olarak da olsa bu konunun sorun teşkil edebilmesi ve AİHM içtihadında yer alan ve adli merci ile ilgili olarak dile getirilmiş olan bu tarafsızlık ve bağımsızlık konusundaki içtihadın gündeme gelebilmesi mümkündür. Örneğin soruşturmanın Cumhuriyet savcısı tarafından değil de, sulh ceza hakimi tarafından yürütülmesi hali böyledir.⁹²⁸ Kanaatimizce, her ne kadar burada kişi

⁹²⁵ Bkz. Nikolova v. Bulgaristan, no. 31195/96, 25 Mart 1999, pr. 49.

⁹²⁶ Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76, 4 Aralık 1979, pr. 31

⁹²⁷ De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, no. 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22 Mayıs 1984, pr. 49.

⁹²⁸ CMK md. 163 gereği suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.

“hakim” statüsünde olsa da görevi gereği soruşturma işlemlerini yürütmektedir ve aslında Cumhuriyet savcısının işlemlerini yerine getirmektedir. Bu kapsamda hem gereken niteliklerin olmaması hem de bağımsızlık ve tarafsızlık konuları nedenleriyle, bu sulh ceza hakiminin hakim önüne çıkma hakkı bakımından AİHS’nin 5/3. maddesinde yer alan nitelikleri somut olay özelinde taşımadığı sonucuna varılmalı kişinin bu hakkı başka bir hakim huzurunda kullanılmalıdır.⁹²⁹

Bu konu, yakalama ve gözaltı kararlarını veren kişinin daha sonra bu kararlarla ilgili yapılacak denetimde görev alması durumunda da önem taşımaktadır. Örneğin kişinin gözaltına alınmasına karar veren bir Cumhuriyet savcısının, daha sonra bu karara yapılacak itirazda bu kez hakim olarak görev alması durumu sorun yaratabilecek niteliktedir.⁹³⁰ AİHM de, özgürlükten yoksun bırakma anındaki objektif koşulların önemli olduğunu, eğer görevlinin daha sonra ceza muhakemesi işlemlerine dahil olabileceği anlaşılmakta ise onun bağımsızlığının ve tarafsızlığının şüpheye açık hale geldiğini belirtmiştir.⁹³¹

Bu kapsamda ulusal hukukumuz bakımından bu yöndeki AİHM içtihadı uygun yorum yöntemiyle dikkate alınabileceği gibi, özellikle de CMK’da yer alan hakim

⁹²⁹ Bu konuda CMK md. 23/2’de aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamayacağı açık şekilde düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun sınırlama getirmiş ve bahse konu Kanun’un 11. maddesinde bu fıkranın, Kanun’un 163. maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna karşın, verilen örnekte ise hakim hala soruşturma evresinde görev yapmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce bu kez konu, CMK md. 22/1-g bendinde yer alan “aynı davada Cumhuriyet savcılığı” yapan hakim hakimlik görevi yapamayacağı şeklinde değerlendirilmelidir.

⁹³⁰ Bu konuda ayrıca bkz. “8. Mahkemeye ve Kanun yoluna Başvurma Hakkı” başlığı altında “B. Mahkemeye Başvurma Konusunda İzlenecek Usul”, s.313vd.

⁹³¹ Bkz. Nikolova v. Bulgaristan, no. 31195/96, 25 Mart 1999, pr. 49.

davaya bakamayacağı haller kapsamında konu ele alınarak hakim reddi istenmelidir.⁹³² Aksi durumda da yapılan işlemler, kanaatimizce ulusal hukuka aykırı olarak yapılmış olduğundan somut olayın koşulları içinde bu nedenle de AİHS'nin ihlali gündeme getirebilecektir.

Hakim önüne çıkma konusunda izlenecek usul konusunda öncelikle değinilen yetkili merci konusundan sonra şimdi de hakim huzurunda nasıl bir usul izlenerek karar verileceği konusu ele alınmalıdır.

Öncelikle, hakim önüne çıkmada izlenecek usul konusunda CMK, Anayasa ve AİHS'deki düzenlemeler incelendiğinde her üç metinde konunun çeşitli şekillerde yer aldığı söylenebilir. CMK'da yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemelerde ayrı bir usul başlığı altında bu konunun düzenlenmediği ancak CMK'nın çeşitli maddelerinde hakim önüne çıkma hakkının kullanımında genel olarak hangi usulün izleneceğinin belirtilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle de CMK'nın 91. maddesinde “sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir” ifadesi yer aldığından sorguda CMK'nın “İfade ve Sorgu Usulü” başlıklı bölümünde yer alan usul kurallarının uygulanması gerektiği açıktır.⁹³³ Ayrıca CMK'nın 94. maddesinde de “sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması”ndan bahsedilerek usule işaret edilmiş⁹³⁴, yine CMK'da

⁹³² CMK md. 22-23 vd.

⁹³³ CMK md.147-148.

⁹³⁴ Halen de bu usulün yaygınlaştırılması için çaba sarf edilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planının Özgürlük ve Güvenlik Hakkı ihlallerinin önlenmesi başlıklı kısımda bu konuda; “Yakalama kararına istinaden yargı alanı dışında yakalanan kişilerin davanın görüleceği yere naklinden önce SEGBIS aracılığıyla yetkili adli makam tarafından savunmasının alınması uygulamasının yaygınlaştırılması” hususlarına yer verilmiştir. Resmi Gazete Tarih: 1 Mart 2014, Sayı: 28928. Bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/eylemplan.pdf>, [Erişim Tarihi: 23.10.2019.] Ayrıca hakim önüne çıkma ve sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle

genel olarak duruşma evresinde izlenecek kuralları düzenleyen maddelerde soruşturma evresini de kapsayacak şekilde yapılan düzenlemeler ile usul konusundaki hükümlere yer verilmiştir.⁹³⁵

Anayasa ve AİHS’de benzer şekilde çeşitli düzenlemeler ile usul konusuna işaret edildiği ancak ayrıntıya yer verilmediği söylenebilir. Örneğin Anayasa’nın 19. maddesinde belirli süreler sonunda hakim önüne çıkarılma hakkına değinilmiş yine hakim önüne çıkarılmadan önce “yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar, herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal ... bildirilir” gibi çeşitli hükümlere de yer verilerek bu hakkın kullanılmasında süre ve hakkın kullanabilmesi için gerekli olan bilgileri edinme konularına vurgu yapılmıştır. AİHS’nin 5/3. maddesinde de benzer şekilde; derhal bir hakim ya da yetkili önüne çıkarılma⁹³⁶, “makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına” vurgu yapılmıştır. Bu konuda yapılacak inceleme konusunda da genel olarak hakimlik teminatı ve duruşma ile ilgili genel düzenlemelerin de dikkate alınabileceği söylenebilir. Bu kapsamda örneğin şayet hakime yeterli süre verilmemiş ise “tutuklama yönünde değil derhal salıverme ya da adli kontrol yönünde karar vermelidir.”⁹³⁷

Bu itibarla; bu üç metinde hakim önüne çıkma ile ilgili düzenlemeler genel olarak dikkate alındığında metinler arasında bir uyumsuzluk olmadığı ve bu konudaki AİHM içtihadının uygun yorum yöntemiyle, ortaya çıkacak uyumsuzluklarda, uygulanabileceği sonucuna varmaktayız. Düzenlemelerin hayli geniş ve genel olması nedeniyle bu konuda

yetkili hakim veya mahkeme tarafından kişinin sorgusunun yapılması veya ifadesinin alınması ile ilgili olarak bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 385; 390-391.

⁹³⁵ Örneğin bkz. CMK “Duruşma” başlıklı bölüm md. 182-202.

⁹³⁶ Bkz. İkinci Bölüm altında “2. Gözaltı”, “D. Süre”, s.199vd.

⁹³⁷ ŞAHİN – GÖKTÜRK, 2019, s.291.

önem arz eden ve usulün nasıl olacağını ortaya koyan bazı AİHM içtihadına değinmek faydalı olacaktır.

AİHM içtihadında bu konu oldukça ayrıntılı şekilde ele alınmış olup bu kararlar incelendiğinde, genel olarak Sözleşme'nin 5/3. maddesi kapsamında yapılacak incelemenin hukuki bir yargılama niteliğinde olduğu⁹³⁸ ve bu kapsamda Sözleşme'nin diğer maddelerinde de yer alan pek çok güvencenin olmazsa olmaz nitelikte bu yargılamada da bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.⁹³⁹

Bu güvencelerden biri, yargısal denetimin otomatik olması gerektiği ve kişinin bu haktan feragat edemeyeceği konusudur. AİHM'ye göre buradaki yargısal denetim ilgilinin talebine bağlı olarak değil, otomatik olarak uygulanır.⁹⁴⁰ Ayrıca kişinin bu haktan feragat edebilmesi mümkün değildir, burada kişinin özgürlükten yoksun bırakılma işlemine rızası olması da önem taşımaz. Yakalanan ve gözaltında bulunan kişilerin gerçekten bu hakkını kullanıp kullanmak istemediğini bu aşamada tespit edebilmek de mümkün değildir, buradaki feragatin gerçekten gönüllü olup olmadığı konusu da her zaman şüpheli olacaktır.⁹⁴¹

Ulusal hukukumuz bakımından da bu konudaki düzenlemelerin AİHM içtihadı ile uyumlu olduğu kanaatindeyiz, kişinin hakkındaki işlemler tamamlanınca ya da en geç kanunda belirtilen süreler sonunda serbest bırakılmadığı takdirde hakim önüne çıkması zorunludur. Bu süreler sonunda kişinin ayrıca talebinin olması gerekmediği gibi, kişinin rızasına bağlı olarak bu sürelerin uzatılması da mümkün değildir. Aksi durum gerek CMK'ya ve Anayasa'ya gerek AİHS'ye açık bir aykırılık oluşturacaktır.

⁹³⁸ Bkz. Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, no. 14553/89 ve 14554/89, 25 Mayıs 1993, pr. 58.

⁹³⁹ Bu yargılamada Sözleşme'nin 5/4. maddesinde yer alan güvencelerle bağlantı konusunda bkz. De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, no. 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22 Mayıs 1984, pr. 57.

⁹⁴⁰ De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, no. 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22 Mayıs 1984, pr. 51.

⁹⁴¹ Bu konuda benzer görüş için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 506.

Bir diğ er güvence, yakalanan ve gözaltına alınan kişinin fiziken hakim önüne çıkararak duruşmal  olarak yapılacak incelemede hakim önüne çıkma hakkını kullanması konusudur. Ayrıca duruşmal  yapılacak incelemenin de derinlemesine olması, yakalanan ve gözaltına alınan kişilere yasal yardım verilmesi ve verilen kararın da gerekçeli olarak verilmesi gerekmektedir. Yakalanan ve gözaltında tutulan kişilerin Sözleşme'nin 5/3 maddesi gereği derhal bir hakim önüne çıkarılması hakkı, bu kişilerin duruşmal  olarak yapılacak incelemede ve bizzat dinlenilmek suretiyle, huzurda bulunmaları ile sağlanmalıdır.⁹⁴² Kişinin fiziksel olarak hakim önüne çıkması somut olayın koşulları içinde, örneğin hastalık gibi sebeplerle, sağlanam yorsa istinabe ya da naip hakim görevlendirilmesi gibi alternatif çözüm yolları öngörülmelidir.⁹⁴³

Bu konuda vurgulandığı şekilde ayrıca pek çok güvencenin daha sağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin; yakalanan ve gözaltına alınan kişinin yapılacak duruşmada Cumhuriyet savcısının sunduğu görüşlere karşı kendi görüşlerini beyan etme fırsatı olması, AİHS md. 5/3'teki güvencelerin bir gereğidir.⁹⁴⁴ Sözleşme'nin 5/3. maddesinde yapılacak duruşmanın bir diğ er gereği de yakalanan ve gözaltına alınan kişilere etkili bir yasal yardım hakkı verilmesi gereğidir.⁹⁴⁵ Yapılacak duruşmada da kişinin lehine ve aleyhine olan tüm koşullar değerlendirilmeli, ayrıntılı ve dikkatli bir inceleme yapılmalıdır.⁹⁴⁶ Bu inceleme sonucu kişi hakkında özgürlükten yoksun

⁹⁴² Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76, 4 Aralık 1979, pr. 31; De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, no. 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22 Mayıs 1984, pr. 51.

⁹⁴³ Bkz. Eğmez v. Kıbrıs, no. 30873/96, 21 Aralık 2000, pr. 90. Ayrıca bkz. dn.948-950.

⁹⁴⁴ Mamedova v. Rusya, no. 7064/05, 1 Haziran 2006, pr. 81.

⁹⁴⁵ Bkz. "2. Yasal Yardım", s. 238vd.

⁹⁴⁶ Bkz. De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, no. 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22 Mayıs 1984, pr. 57.

bırakılma kararı verilmesi halinde, buna ilişkin kararın gerekçeli olarak verilmesi de gerekmektedir.⁹⁴⁷

Ulusal hukukumuz bakımından da bu konudaki düzenlemeler AİHM'nin içtihadını uygulama konusunda elverişlidir. Duruşma yapılmasının ve bu duruşmada kişinin bizzat dinlenilmesinin, silahların eşitliğinin sağlanmasının ve kişi gelemiyorsa alternatif yöntemlerin, örneğin naip hakim tayini ya da sesli ve görüntülü iletişim tekniklerinin kullanılması gibi yöntemlerin uygulanması da mümkündür. Bahse konu sesli ve görüntülü iletişim tekniklerinin kullanılması günümüzde oldukça yaygınlaştığından hem AİHM hem de AYM kararları kapsamında konuya daha yakından bakılmalı ve her iki Mahkemenin kararlarında bu konudaki genel prensipler somut olayda yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından da uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır.

AİHM tarafından bu konuda bu şekilde video konferans ya da bilişim sistemleri/sesli ve görüntülü iletişim teknikleri kullanılarak duruşmalara katılımın sağlanmasının tek başına Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığı, buna karşın “her bir davanın kendine özgü koşulları dikkate alınarak bu yöntemin uygulanmasının meşru bir amaç taşıması ve Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan savunma hakkına ilişkin gerekliliklerle uyumlu olması gerektiği” belirtilerek “savunmanın diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde dezavantajlı bir konuma düşürülüp düşürülmediğine” de bir kriter olarak vurgu yapıldığı görülmektedir.⁹⁴⁸

AYM tarafından ise bu konu iki farklı açıdan incelenmiştir. Nitekim AYM tarafından sesli ve görüntülü bilişim sisteminin kullanılması “kişi hürriyeti ve güvenliği

⁹⁴⁷ Bkz. TRECHSEL, 2006, s. 515.

⁹⁴⁸ Örneğin bkz. Asciutto v. İtalya, no. 35795/02, 27 Kasım 2007, pr.55-73; Hermi v. İtalya, no. 18114/02, 18 Ekim 2006, pr.58-60.

hakkı” kapsamında ele alınmış ve AYM bu kararında AİHM kararına da atıfla net bir şekilde “SEGBİS”⁹⁴⁹ vasıtasıyla yargılamada yüz yüzelik ilkesinin sağlanmış olduğu kanaatine varmıştır.⁹⁵⁰ Daha sonra AYM çok yeni tarihli iki kararında⁹⁵¹ “SEGBİS” aracılığı ile duruşmaya katılımın sağlanmasını “adil yargılanma hakkı kapsamında, duruşmada hazır bulunma hakkı yönünden kapsamlı bir şekilde” değerlendirmiştir.⁹⁵² AYM, her iki dosyada da “başvurucuların duruşma salonunda bizzat hazır bulunma talebinin Hakimlik tarafından reddedilmesi ve SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle başvurucunun duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu” tespitini yapmış devamında da konuyu; bu müdahalenin “kanunilik, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine” aykırı olmama koşulları bakımından ele almıştır. Netice olarak da “gereklilik” değerlendirmesinden hareketle somut olaylarda “adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine” karar vermiştir.⁹⁵³

⁹⁴⁹ SEGBİS; UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemini ifade eder. Bkz. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik md. 3/1-c.

⁹⁵⁰ Nitekim AYM tarafından bu konuda; “bir an önce hâkim önüne çıkarılma” ve “haklarında makul sürede karar verilebilmesi olanağı”na vurgu yapılmış, fayda ve zarara değinilmiş, “SEGBİS vasıtasıyla yargılamada yüz yüzelik ilkesi sağlanmış olmaktadır.” hususları dile getirilmiştir. Bkz. Erdal Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/2653, 18/11/2015, pr.101-103.

⁹⁵¹ Bu kararlar yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinde hakim önüne çıkma ya da mahkameye başvurma hakkı kapsamındaki iddialarla ilgili kararlar olmasa da konuyla ilgili bulunması ve SEGBİS konusunda verilen ilk kararlar olması ve bu konudaki genel prensiplerin somut olayda yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından da yol gösterici olması nedeniyle incelemeye alınmıştır.

⁹⁵² Emrah Yayla Başvurusu, no. 2017/38732, 6/2/2020; Şehrivan Çoban Başvurusu, no. 2017/22672, 6/2/2020.

⁹⁵³ Aynı tarihte verilen bu iki karar sesli ve görüntülü bilişim sistemlerinin “adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkı” kapsamında “ilk esaslı değerlendirmeleri” yapması

Kanaatimizce yakalanan ve gözaltına alınan kişinin yapılacak duruşmasında genel olarak AİHM içtihadı AYM kararları ile birlikte değerlendirilerek somut olay özelinde özellikle de silahların eşitliği ilkesi kapsamında ayrıntılı değerlendirme yapılmalıdır. Bununla birlikte çelişmeli yargılama usulü, duruşmaların kamuya açıklığı ve kararların gerekçeli olması da ulusal hukukumuz bakımından bir zorunluluktur.⁹⁵⁴ Bu kapsamda AİHS tarafından da güvence altında olan adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının ve pek tabii yukarıda da değinilen duruşmada hazır bulunma hakkının sağlanması gerekmektedir.

Bu konuda önemli bir sorun teşkil eden yakalama emri üzerine yakalanan kişilerin hakim önüne çıkması konusunda da, bu çalışmanın hazırlandığı dönemde değişiklik yapılmış ve büyük ölçüde kişinin bizzat dinlenilmesi hakkını da sağlamaya yönelik olarak kişinin kanunda belirtilen sürelerde “yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılamaması durumunda aynı süre içinde sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılması” düzenlenmiştir.⁹⁵⁵

bakımından oldukça önemlidir. Mahkemenin ayrıca kararlarda SEGBİS sisteminin adil yargılanma hakkı bağlamında sağladığı yararları ve dezavantajlarına değinmesi ve aynı zamanda adil yargılanmada ölçülülük ilkesi kapsamındaki değerlendirmeleri dikkate değerdir. (Ayrıca SEGBİS ile ilgili Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir. Şehrihan Çoban Başvurusu, no. 2017/22672, 6/2/2020. Bkz. pr. 46-52.) AYM tarafından; ölçülülük kavramının genel ilkeleri ayrıntılı şekilde kararlarda ortaya konmuştur. Bkz. Emrah Yayla Başvurusu, no. 2017/38732, 6/2/2020, pr.68-75; Şehrihan Çoban Başvurusu, no. 2017/22672, 6/2/2020, pr. 89-95. Ayrıca her iki kararda farklı gerekçe ve karşı oy gerekçelerine de dikkat edilmelidir.

⁹⁵⁴ CMK md. 182 vd ve 1982 Anayasası md. 141.

⁹⁵⁵ CMK md. 94. Bu konu için bkz. dn.934. Ayrıca CMK md. 94’ün yakalama emri üzerine yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılması durumunu düzenleyen özel bir madde olduğu ve yakalama emrinin devamı şeklinde md. 99 olarak düzenlemesi gerektiği yönündeki görüşler için de bkz. YENİSEY – NUHOĞLU, 2019, s.345.

Bir diğer güvence, hakimın işin esası hakkında karar verebilecek yetkide olması konusudur. Hakim önüne çıkma hakkının kullanılabilmesi için kişinin önüne çıktığı hakimın “işin esası hakkında karar verebilecek yetkisinin” olması gerekmektedir.⁹⁵⁶ Burada “işin esası” kastedilen yakalanan ve gözaltına alınan kişinin “salıverilmesi” konusunda hakimın yetkili olmasıdır. AİHM tarafından da Sözleşme’nin 5/3. maddesi gereğince yapılacak değerlendirmede yetkili mercinin kişiyi serbest bırakma yetkisine sahip olması gerektiği belirtilmiştir⁹⁵⁷ ve hakim tarafından özgürlükten yoksun bırakılma halinin haklılığına ilişkin gerekçelerin var olup olmadığının her somut olayda incelenmesi gerektiği, bu gerekçelerin olmaması durumunda da hakim tarafından kişinin salıverilme konusunda yetkisinin olması gerektiği vurgulanmıştır.⁹⁵⁸

Ulusal hukukumuz bakımından da yakalanan ve gözaltına alınan kişinin çıkarıldığı “sulh ceza hakiminin” ya da “yetkili hakim veya mahkemenin” kişinin salıverilmesi konusunda karar verme yetkisi vardır. Ayrıca verilen bu karar doğrudan uygulanabilir niteliktedir. AİHM nezdinde pek çok kez ulusal hukukumuz bakımından Sözleşme’nin ihlaline sebebiyet veren⁹⁵⁹, öğreti ve uygulamada da çeşitli sorunlara yol açan yakalama emri üzerine yakalanan kişilerin hakim önüne çıkma hakkı bakımından da bu güvencenin olması gerektiğine şüphe yoktur. Öğretide dile getirilen farklı görüşler⁹⁶⁰ ve uygulamada yaşanan sıkıntılar, bu konuda yapılan yasa değişikliği ile ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Bu konuda yaşanan sıkıntıların tam olarak giderildiğini

⁹⁵⁶ Lawless v. İrlanda, no. 332/57, 1 Temmuz 1961, pr. 14.

⁹⁵⁷ Bkz. Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76, 4 Aralık 1979, pr. 31.

⁹⁵⁸ Nikolova v. Bulgaristan, no. 31195/96, 25 Mart 1999, pr. 49.

⁹⁵⁹ Salih Salman Kılıç v. Türkiye, no. 22077/10, 5 Mart 2013, pr. 18-21.

⁹⁶⁰ Öğretide aksi görüşler olmakla birlikte hakimın sadece yakalananın yakalama emrinde gösterilmiş kişi olup olmadığını belirlemediği aynı zamanda serbest bırakılıp bırakılmayacağına da karar vereceği ifade edilmiştir. Bkz. ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 318.

söylemek güçse de, yakalama emri üzerine yakalanan kişilerin özgürlük kısıtlanması durumunda da bu güvencelerin sağlanması gerektiği şüphesiz olup gerek yasanın doğrudan gerek AİHS düzenlemesi ve yerleşmiş AİHM içtihadının uygun yorum yöntemiyle dikkate alınarak uygulanması suretiyle sorunun çözümlenebileceği kanaatindeyiz.

8. Mahkemeye ve Kanun yoluna Başvurma Hakkı

A. Genel Olarak Mahkemeye Başvurma Hakkı

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinde yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin kendileri hakkında verilen ve özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale oluşturan bu kararların kanuna uygunluğunun denetimi konusunda “mahkemeye başvurma hakkı” bulunmaktadır.

Mahkemeye başvuru hakkının ne anlama geldiği konusu genel olarak ele alındığında, bu hakkın *habeas corpus* güvencesi olarak da nitelendirildiği ve özgürlükten mahrum kılınan herkesin hakkında uygulanan işlemin yasaya uygunluğu hakkında denetim yapacak olan bir mahkemeye başvurma hakkı olarak ifade edilebileceği görülmektedir.⁹⁶¹ Anglo Sakson hukukunda kişi hürriyetini korumak amacıyla geliştirilen *Habeas Corpus* kurumu ve bu kurumun temelinde yer alan düşüncelerin Kıta Avrupası hukukunda da etkili olması ile gerek kişilerin gerek yürütme organının “keyfi alıkoymalarını yasaklamak suretiyle kişi hürriyetinin güvence altına alınması” öngörülmüştür.⁹⁶²

⁹⁶¹ *Habeas Corpus* yargılamasının önemi ile ilgili olarak bkz. TRECHSEL, 2006, s. 464. Ayrıca bu düzenleme, öğretide özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere yönelik bir itiraz hakkı olarak da ifade edilmiştir. Bkz. KARAN, (2013), s. 204.

⁹⁶² FEYZİOĞLU Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1-4, 1995, s. 665-688.

“Kıta Avrupası hukukunda *Habeas Corpus* kurumuyla mukayese edilebilecek bir kurum bulunmamakta” ise de,⁹⁶³ gerek AİHS gerek Anayasa ve CMK’da kişilerin özgürlüğünün keyfi olarak kısıtlanmasının önüne geçilebilmesi, özgürlükten yoksun bırakılmanın haklılığının ve bu kısıtlama konusundaki güvencelere uyulup uyulmadığının denetimi için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.⁹⁶⁴ Kişi özgürlüğünü kısıtlayan yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinde de yasal denetim konusunda mahkemeye başvurma hakkına ilişkin düzenlemeler çok önemlidir.

Konuyla ilgili CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri incelendiğinde, ilk olarak hakim önüne çıkma hakkı ile mahkemeye başvuru hakkının farklı olduğu vurgulanarak CMK’da; yakalama, gözaltı ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin kararlar üzerine serbest bırakılma için hakime/mahkemeye başvurma hakkının gözaltı ile ilgili 91. maddenin 5. fıkrasında düzenlenmiş olduğu vurgulanmalıdır.⁹⁶⁵ CMK’da bu konuya ilişkin olarak gerek başvuru usulü gerek incelemenin yapılması bakımından özel bir yol öngörülmüştür. Mahkemeye başvuru hakkı “yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımlarına” aittir.⁹⁶⁶ Mahkemeye başvuru hakkı, kişinin “hemen serbest bırakılmasını sağlamak” için olup CMK’da yer alan teknik anlamda bir itiraz yolu değildir.⁹⁶⁷

⁹⁶³ FEYZİOĞLU, (1995), s. 665-688.

⁹⁶⁴ Örneğin Macaristan özelinde bir çalışma için bkz. ELEK Balazs, “The Relationship between Habeas Corpus and Robot Technology in Criminal Proceedings”, *Journal of Eastern-European Criminal Law*, Sayı: 1, 2019, s. 189-199.

⁹⁶⁵ CMK md. 91/5 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 15.

⁹⁶⁶ “Birinci dereceden kan hısımları kişinin babası-anası veya evladlarıdır. İkinci dereceden kan hısımları kardeşleri ve büyük anne-babasıdır. Sıhri hısımlar için başvuru hakkı yoktur.” Bkz. SOYASLAN, (2008), s.670.

⁹⁶⁷ İtiraz yolu için bkz. CMK md. 267 vd.

Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliğinin düzenlendiği maddesinde, "her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi ... yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir" şeklinde düzenleme yapılmıştır.⁹⁶⁸ Anayasa'ya göre bu hakkın amacı, kişinin "kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak"tır.⁹⁶⁹ Ayrıca "hak arama hürriyeti" ve "temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı maddeler de konu ile çok yakın ilişki içinde olmakla birlikte nitelik olarak birbirlerinden farklıdır.⁹⁷⁰

AİHS'nin de özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili maddesinde bu hak açıkça yer almaktadır.⁹⁷¹ AİHS'ye göre "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".⁹⁷² Bunun dışında Sözleşme'nin adil yargılanma ile ilgili maddesi ile etkili başvuru hakkına ilişkin düzenlemeleri de konuyla yakın ilişki içindedir.⁹⁷³

⁹⁶⁸ 1982 Anayasası md. 19/8.

⁹⁶⁹ 1982 Anayasası md. 19/8.

⁹⁷⁰ 1982 Anayasası md. 36; 40. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİRİN, 2018, s.205 vd.

⁹⁷¹ AİHS md. 5/4.

⁹⁷² AİHS md. 5/4.

⁹⁷³ AİHS md. 6/1 ve md. 13. AİHM'nin içtihadına göre Sözleşme'nin 13. maddesi, öncelikle Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin ihlali konusunda ulusal hukuk düzeninde bir hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır. Bunun sonucu olarak da 13. madde, Sözleşme'ye dayalı "savunulabilir bir şikayetin" kapsamının incelenmesi ve uygun bir tazmin verilmesi hususunda bir iç hukuk yolunun varlığını gerektirmektedir. Mahkeme, kanun yolu ile ilgili olarak, genellikle Sözleşme'nin 5/4. maddesi ya da 6/1. maddesinin ihlalinin var olduğu durumlarda, bu iki hükmün Sözleşme'nin 13. maddesini de kapsadığından bahisle, ayrıca inceleme yapmamaktadır. Örneğin bkz. Vasilescu v. Romanya, no. 27053/95, 22 Mayıs 1998.

Her üç düzenleme birlikte incelendiğinde konunun CMK’da, Anayasa ve AİHS’den farklı şekilde ele alınmış olduğu, ancak belirli konularda farklılıklar olmakla birlikte bu konudaki düzenlemelerin Anayasa’daki ve AİHS’deki hak ve özgürlüklerin korunması açısından büyük ölçüde uyumlu oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Öncelikle Anayasa ve AİHS ele alındığında, genel olarak Anayasa ve AİHS arasında işin esasına etki edebilecek farklılıklar olmadığı sonucuna varmaktayız.

Anayasa’da yer alan düzenleme “*Habeas Corpus*” güvencesinin karşılığıdır ve gerçekten bu maddenin madde gerekçesinde de bu hakka atıf yapılmış olduğu görülmektedir. Bu itibarla Anayasa’nın bir anlamda bu güvenceyi sağlamak için AİHS ile uyumlu bir düzenleme yapmış olduğu ve “*Habeas Corpus*” güvencesinin ulusal hukukumuz bakımından anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş olduğu sonucuna varılmaktadır. Nitekim ulusal hukukumuz ile AİHS arasındaki bu benzerlik AİHM tarafından da çeşitli kararlarda dile getirilmiştir.⁹⁷⁴

CMK’nın yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili düzenlemeleri, AİHM içtihadı kapsamında ele alınırken öncelikle AİHM’nin bu konuda Sözleşme’de yer alan 5/4. maddesi konusundaki genel yaklaşımı ortaya konmalıdır. AİHS kapsamında bu hakkın Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamında herhangi bir şekilde özgürlüğünden mahrum olan kişilerin tümü için geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Bu anlamda mahkemeye başvurma hakkı, hakim önüne çıkma hakkından farklı olup yalnızca bir suç şüphesi altında bulunan kişilerle sınırlı değildir. CMK gereğince de çalışmanın konusu kapsamında bu hak, hakkında yakalama, gözaltına alma ya da gözaltı süresinin uzatılması işlemi yapılan kişiler bakımından kullanılabilir.⁹⁷⁵

⁹⁷⁴ Örneğin bkz. Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997, pr. 52.

⁹⁷⁵ Bu kişilerle bağlantılı olan diğer kişilerin bu başvuru hakkını kullanması usul konusunda ele alınacaktır. Bkz. “B. Mahkemeye Başvurma Konusunda İzlenecek Usul”, s. 313vd.

AİHM'nin mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili olarak verdiği kararlarda *Habeas Corpus* güvencesine ve bu hakkın bazı özelliklerine ayrıca vurgu yapılmış olduğu görülmektedir.⁹⁷⁶ Buna göre mahkemeye başvurma hakkı bağımsız bir haktır.⁹⁷⁷ Bu hak, etkili başvuru hakkına göre “özel nitelikte” (*lex specialis*) bir haktır.⁹⁷⁸ Sözleşme'nin 5/4. maddesi, 5. madde ile ilgili iddiaları denetlemeyi, bunlara ilişkin olarak uygun tatmin edici çözüm yollarını sunmaya yetkili bir iç hukuk yolunun bulunmasını garanti etmektedir. Bu yol “hem hukuki açıdan hem de uygulamada etkili” olmalıdır.⁹⁷⁹ Bir mahkeme tarafından makul aralıklarla kısa süre içinde hukukilik denetimi yapılmalıdır.⁹⁸⁰ Sonuç olarak *Habeas Corpus* güvenceleri 5. maddenin 1. fıkrasında öngörülen tüm özgürlükten yoksun kalma durumlarını içerir ve buradaki yükümlülüğün içeriği, her hal ve şartta ve her özgürlükten yoksun kalma kategorisinde mutlaka aynıdır denilemez.⁹⁸¹

Ulusal hukukumuz bakımından da yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile bağlantılı olarak bu hak, hakim önüne çıkma veya itiraz ve temyiz gibi kanun yoluna başvurma haklarından bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda AİHS'nin Anayasamız üzerindeki etkisi de somut bir şekilde görülmekte olduğundan genel olarak mahkemeye başvurma hakkı konusunda AİHM'nin genel yaklaşımı ile ulusal

⁹⁷⁶ Çağırıcı v. Türkiye, no. 74325/01, 27 Haziran 2006, pr. 26-29; Sarban v. Moldova, no. 3456/05, 4 Ekim 2005, pr. 118-124.

⁹⁷⁷ Winterwerp v. Hollanda, no. 6301/73, 24 Ekim 1979, pr. 53.

⁹⁷⁸ De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, no. 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22 Mayıs 1984, pr. 60.

⁹⁷⁹ Emrullah Karagöz v. Türkiye, no. 78027/01, 8 Kasım 2005, pr. 67; Mekiye Demirci v. Türkiye, no. 17722/02, 23 Nisan 2013, pr. 66.

⁹⁸⁰ Bu konuda bkz. SARIGÜL, 2013, s.110vd.

⁹⁸¹ VAN DIJK ve diğerleri, 2006, s. 499. Örneğin bkz. X v. Birleşik Krallık, no. 7215/75, 5 Kasım 1981, pr. 52.

hukukumuzun uyumlu olduğu sonucuna varmaktayız.⁹⁸² Bununla birlikte mahkemeye başvurma hakkının kullanımı konusunda izlenecek usul bakımından ulusal hukukumuz ile AİHS düzenlemeleri ve özellikle de bu konudaki AİHM kararları bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

B. Mahkemeye Başvurma Konusunda İzlenecek Usul

Mahkemeye başvurma konusunda CMK, Anayasa ve AİHS’de büyük ölçüde uyumlu düzenlemelerin yer aldığı anlaşılmakta, buna karşın bu hakkın kullanılması konusunda izlenecek usulün ise belirli konularda özellik arz ettiği görölmektedir. Bu itibarla izlenecek usul konusunda öncelikle bu hakkın kullanımında zaman konusu çeşitli açılardan ele alınmalı ve devamında bu hakkın kullanımında hangi mercinin yetkili olduğuna ve yetkili mercinin özelliklerine değinilmelidir. Daha sonra da mahkeme tarafından nasıl bir usul izlenmesi gerektiği ortaya konarak, AİHS’nin bu konudaki etkisi çerçevesinde, ulusal hukukumuzda yasal mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara değinilerek bu konulara yönelik çözüm önerileri sunulmalıdır.

Mahkemeye başvurma hakkının kullanımında zaman konusunda ulusal mevzuatımız ve AİHM kararlarında sorun oluşturan yönleriyle üç ayrı zaman dilimi esas alınarak inceleme yapılabilir. Birincisi, bu başvurunun yapılması için belirli süre olup

⁹⁸² AİHM Türkiye ile ilgili pek çok davada Sözleşme’nin 5/4. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Bunların bir kısmı CMK kapsamında yer alan düzenlemelerin yerine getirilmemiş olması olmakla birlikte, bir kısmı diğ er yasal mevzuata ilişkindir. Örneğin AİHM pek çok davada 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin, yargı yolunu kapatan, özellikle de 8. maddesinin, alınan kararların her türlü etkili yasal denetimini ortadan kaldırdığı gerekçesiyle AİHS’nin 5/4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. Emrullah Karagöz v. Türkiye, no. 78027/01, 8 Kasım 2005, pr. 68; Mekiye Demirci v. Türkiye, no. 17722/02, 23 Nisan 2013, pr. 67.

olmadığı, ikincisi, mahkeme tarafından bu başvurunun ne kadar zaman içinde sonuçlandırılacağı konusunda bir süre olup olmadığı ve üçüncüsü, karar verildikten sonra kişinin salıverilmesi konusunda maksimum bir süre olup olmadığı konularıdır.

Bu hakkın kullanımındaki bu üç zaman dilimi bakımından öncelikle bu hakka ilişkin CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri incelenmelidir. CMK’da, “hemen” serbest bırakılmayı sağlamak için başvuru yapılacağı ve hakim de başvuruyu “derhâl ve nihayet yirmidört saat dolmadan” sonuçlandıracağı düzenlenmiştir. Anayasa’da “kısa sürede” karar verilmesinden bahsedilmiş ve “hemen” serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla kişinin bu hakka sahip olduğu belirtilmiştir. AİHS’de de, Anayasa’ya benzer şekilde, “kısa bir süre içinde” – “hızlı bir şekilde” karar verilmesinden ve aynı şekilde serbest bırakılma amacından bahsedilmiştir.

O halde bu üç metni incelediğimizde zaman konusunda, birinci durum bakımından başvurunun yapılması için belirli bir süreden bahsedilmediği bu sürenin her üç metinde benzer şekilde yer aldığı ve mahkeme tarafından bu başvurunun ne kadar zaman içinde sonuçlandırılacağı konusunun CMK’da bir maksimum süre şeklinde belirlendiği, diğer iki metinde benzer ifadelerle düzenlendiği sonucuna varılmaktadır. Üçüncü durum olan karar verildikten sonra kişinin salıverilmesi konusunda ise her üç metinde açık maksimum bir düzenleme olmadığı, benzer ifadelerin yer aldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla da öncelikle mahkemeye başvurma hakkında hemen başvurunun ve mahkeme tarafından yapılacak incelemenin de hızlıca bitirilmesinin çok önemli bir koşul olduğu sonucuna varmaktayız.

Başvurunun sonuçlandırılması ile ilgili süre konusuna, sorun oluşturması nedeniyle AİHM içtihadı ışığında biraz daha yakından bakmakta fayda vardır: Anayasa ve AİHS’de yine benzer ifadelerle başvurunun kısa sürede ve hızlıca sonuçlandırılmasına vurgu yapılmış, bir üst sınır düzenlenmemiş olduğu anlaşılmaktadır. CMK’da ise, inceleme süresi ve başvurunun sonuçlanması bakımından “derhâl ve nihayet yirmidört

saat dolmadan” şeklinde bir üst süre de belirtilmiştir. Burada öncelikle bu sürenin kural olarak başvurunun ilgili merciye sunulmuş olduğu andan itibaren başladığı dikkate alınmalıdır.⁹⁸³ Bu süreç, kural olarak bir karar verildiğinde sona erer.⁹⁸⁴

AIHM tarafından da arada geçen bu sürenin AIHS’nin 5/4. maddesine öngörülen amacı karşılamaya yönelik olarak kısa sürede olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmektedir.⁹⁸⁵ Örneğin AIHM, gözaltında bulunma işlemi sırasında, bu işlemin hukuka uygunluğunun saptanması ya da kişinin salıverilmesi için 12 ya da 14 gün boyunca olaya bir hakim tarafından müdahale edilmemiş olması durumunda AIHS md. 5/4’teki “kısa bir süre” içinde koşulunun sağlanmamış olduğu tespitini yapmıştır.⁹⁸⁶

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından ulusal mevzuatımız ele alındığında, CMK’da yer alan 24 saatlik üst sınır konusundaki belirlemenin tereddütlere neden olabilecek nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır.⁹⁸⁷ Burada azami gözaltı süresinin dikkate alınması mutlak bir zorunluluktur. Bu kapsamda dosyanın hakim önüne gelmesinden itibaren yirmidört saat dolmadan değil, örneğin bireysel suçta verilen bir gözaltı kararında yakalama anından itibaren yirmidört saat dolmadan kararın verilmesi gerekmektedir, zaten aksi durumda kişinin derhal serbest bırakılması gerekir.

⁹⁸³ Van Der Leer v. Hollanda, no. 11509/85, 21 Şubat 1990, pr. 35.

⁹⁸⁴ TRECHSEL, 2006, s. 491. Sürenin başlama ve bitme anı konusunda ayrıca bkz. ŞİRİN, 2018, s.246-247.

⁹⁸⁵ AIHM’nin içtihat hukukunda 5/4. maddede yer alan “hızlılık” koşulunun somut olaylarda hangi süreler bakımından nasıl değerlendirildiği konusunda bir tablo için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 492-493.

⁹⁸⁶ Bkz. Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997, pr. 51.

⁹⁸⁷ Öğretideki benzer görüş ve “24 saat dolmadan” ifadesi ile ilgili eleştiriler için bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 378.

Bu itibarla da CMK’da yer alan bu hükümle ilgili olarak sürenin başlangıcını veya alternatif durumlara göre süreyi belirtecek net bir düzenleme yapılması faydalı olabilcekse de mevcut durumda bu hükmün gerek CMK’da gerek Anayasa’da açıkça düzenlenmiş olan gözaltı süresi ile ilgili hükme aykırı olmayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi durum, hem Anayasa’ya hem de AİHM’nin AİHS’nin 5/4. maddesi ile ilgili içtihadına aykırı olacaktır.

İkinci olarak, mahkemeye başvurma hakkının kullanımında hangi mercinin yetkili olduğu konusu ele alınmalıdır. Kavramsal olarak konuya CMK, Anayasa ve AİHS perspektifinden bakıldığında, CMK’da bu hakkın kullanımındaki yetkili mercinin, kural olarak, sulh ceza hakimi olarak belirtilmiş olduğu görülmektedir.⁹⁸⁸ Anayasa’da yetkili merci, “yetkili bir yargı merci” olarak belirtilmiştir.⁹⁸⁹ AİHS’de ise bu konudaki düzenlemeler incelendiğinde, Sözleşme’nin 5/4. maddesinde “bir mahkeme”den bahsedilmiş olduğu görülmektedir.

O halde bu üç metin incelendiğinde kavramsal olarak ifade farklı olsa da metinlerin birbiri ile uyumlu olduğu ve özü itibarıyla burada kast edilenin bir “mahkeme” olduğu sonucuna varmaktayız. Nitekim AİHM tarafından “mahkeme” kavramına verilen anlam ve mahkemenin özellikleri dikkate alındığında Cumhuriyet savcısının kural olarak bu koşulu sağlamadığı⁹⁹⁰ ve gerek ulusal hukukumuz gerek AİHS kapsamında bu kararlarla ilgili başvuruyu değerlendirecek olan makamın bağımsız ve tarafsız bir “mahkeme” olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.⁹⁹¹

⁹⁸⁸ CMK md. 91/5.

⁹⁸⁹ 1982 Anayasası md. 19.

⁹⁹⁰ Bu konuda ayrıca bkz. TRECHSEL, 2006, s. 480.

⁹⁹¹ AİHM, “bir mahkemeye başvurma hakkına” yer veren Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrasının, bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmasını açıkça gerektirmediğini ve dolayısıyla, “bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden” söz eden Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasından farklı olduğunu hatırlatmaktadır.

Bu itibarla bu aşamada bu hakkın kullanılmasında “mahkemenin” özellikleri ve mahkeme tarafından nasıl bir usul izlenmesi gerektiği ortaya konmalıdır. AİHM kararlarında buradaki mahkemenin özelliklerinin neler olduğu ve mahkemede izlenecek usul konusunun pek çok kez vurgulanmış olduğu görülmekte ve bu konularda Sözleşme’nin 5. maddesinin bir bütün olarak ele alınarak yorum yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca buna ilave olarak Sözleşme’nin 6. maddesinin de incelenmelidir.

AİHM, adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin AİHS md. 5’teki hükümlerle ilgili olarak uygulanmayacağını daha önceki kararlarında belirtmişse de⁹⁹² zamanla içtihad hukukunda özgürlükten yoksun kalan kişilerin hakları genişletilmiştir. AİHM tarafından pek çok kararda buradaki mahkeme kavramının klasik anlamda bir mahkemeyi zorunlu kılmadığı buna karşın mahkeme olan her merciinin de bu koşulu sağlamayabileceği ifade edilmektedir.⁹⁹³ Sözleşme’nin 5/4. maddesinde yer alan yargılamaların Sözleşme’nin 6. maddesi tarafından sağlanan haklarla birtakım benzerlikleri paylaşmakta olduğu görülmekte⁹⁹⁴ ve AİHM, gittikçe de Sözleşme’nin 5. maddesi ile 6. maddesi arasındaki “köprüyü” sağlamlaştırmaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme, bağımsızlığın, Sözleşme’nin birçok maddesinde karşılaştığımız “mahkeme” kavramının en önemli belirleyici unsurlarından birini temsil ettiğine karar vermiştir. Bkz. Ali Osman Özmen v. Türkiye, no. 42969/04, 5 Temmuz 2016, pr. 85. Öğretide de; “buradaki “yargı mercii” kavramının anlamı, ismine bakılarak değil, söz konusu organın tarafsızlık ve bağımsızlık özelliklerine, kararlarının niteliğine ve sunulan usûli güvencelere bakılarak kavranmalıdır.” şeklinde ifade edilmiştir. ŞİRİN, 2018, s. 211.

⁹⁹² Bkz. Neumeister v. Avusturya, no. 1936/63, 27 Haziran 1968.

⁹⁹³ Karş. X v. Birleşik Krallık, no. 7215/75, 5 Kasım 1981, pr.52-54; Hussam v. Birleşik Krallık, no. 21928/93, 21 Şubat 1996, pr.47 vd; Ali Osman Özmen v. Türkiye, no. 42969/04, 5 Temmuz 2016, pr. 83vd.

⁹⁹⁴ Bkz. TRECHSEL, 2006, s. 478-479.

Bu kapsamda, hem Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan hususların (ve özellikle de 5/3. maddesinde hakim önüne çıkma hakkı ile ilgili bölümde de değinilen) hem de Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan hakların, somut olayın koşullarına uygun düştüğü ölçüde, mahkemeye başvurma hakkında görevli olan mahkemelerin özellikleri ve bu mahkemelerde izlenecek usul bakımından da geçerli olması gerektiği sonucuna varmaktayız.

Bu itibarla da örneğin AİHM'nin söz konusu işlemin denetimini yaparken bunun Sözleşme'nin 5/1 maddesinde olduğu gibi sadece ulusal hukuka uygun olup olmadığını değil, aynı zamanda Sözleşme ile de uyumlu olup olmadığını inceleyerek bir yasallık denetimi yapması gerekir.⁹⁹⁵ AİHM, mahkemeye başvuru hakkına ilişkin yolun yeterli bir kesinlik derecesi içermesi gerektiğini ve bunun olmadığı durumlarda AİHS'nin 5/4 maddesinin gerektirdiği ulaşılabilirlik ve etkililik kavramlarının sağlanamayacağını belirtmiştir.⁹⁹⁶

AİHM bunun dışında ayrıca pek çok hususa da vurgu yapmıştır. Bu kapsamda hukuka uygunluğun saptanması ya da salıverilme konusunda karar verecek olan bu mahkemenin serbest bırakılma konusunda da karar verebilecek yetkisinin olması gerektiği de açıktır.⁹⁹⁷ Ayrıca mahkeme tarafından yapılacak olan bu denetim belirli aralıklarla yapılmalıdır.⁹⁹⁸ Bir diğer açıdan da “mahkeme” tarafından yapılacak hukuki

⁹⁹⁵ Bkz. Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84 ve 11386/85, 29 Kasım 1988, pr.65.

⁹⁹⁶ Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997, pr. 53.

⁹⁹⁷ Bkz. Van Droogenbroeck v. Belçika, no. 7906/77, 24 Haziran 1982.

⁹⁹⁸ Bkz. Bezicheri v. İtalya, no. 11400/85, 25 Ekim 1989, pr. 21.

yargılamada çekişmeli yargılama usulü uygulanmalı⁹⁹⁹ ve savcı ile şüpheli arasında silahların eşitliği sağlanmalıdır.¹⁰⁰⁰ Silahların eşitliğinin sağlanabilmesi için genel olarak delillerin ortaya konulmasında hak eşitliği¹⁰⁰¹, gerek deliller hakkında değerlendirmede bulunma¹⁰⁰² gerek avukatın soruşturma dosyasındaki belgelere erişim hakkı olmalıdır.¹⁰⁰³ Mahkeme tarafından bu konuda verilecek kararların gerekçeli olması da gerekmektedir ancak bu gerekçe adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçelilik kadar sıkı ve geniş değildir.¹⁰⁰⁴ Ayrıca Sözleşme’nin 5/4. maddesi kapsamında yapılan yargılamada da etkili bir yasal yardım hakkı tanınması çok önemli olup bu konudaki her türlü güvence de sağlanmalıdır.¹⁰⁰⁵

AYM tarafından da AİHM içtihadına paralel şekilde bu konular belirtilmiştir. AYM tarafından bu konuda yapılacak incelemenin yargısal niteliği bulunduğu belirtilmiş ve incelemede “adil yargılanma hakkının tutmanın niteliğine ve koşullarına uygun

⁹⁹⁹ AİHM, çekişmeli yargılama usulü ile ilgili olarak Sözleşme’nin 5/4. maddesi kapsamında ulusal hukumuzda itiraz kanun yolunu incelemeye almış ve itiraz ile ilgili düzenlemelerin bu koşulu sağlamadığı ve Türkiye tarafından da bunun aksini gösteren (çekişmeli yargılama ilkesine uyulduğunu gösteren) bir örnek sunulmadığından bahisle Sözleşme’nin 5/4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bkz. Sevim ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 7540/07, 7859/07 ve 11979/07, 5 Ocak 2010, pr. 31.

¹⁰⁰⁰ Nikolova v. Bulgaristan, no. 31195/96, 25 Mart 1999, pr. 58.

¹⁰⁰¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tespitler için bkz. TANER, 2019, s.351 vd.

¹⁰⁰² Sanchez-Reisse v. İsviçre, no. 9862/82, 21 Ekim 1986, pr. 51. Ayrıca bu konuda Türkiye ile ilgili genel tespitler ile ilgili olarak bkz. Agit Demir v. Türkiye, no. 36475/10, 27 Şubat 2018, pr.56.

¹⁰⁰³ Nikolova v. Bulgaristan, no. 31195/96, 25 Mart 1999, pr. 58. Ayrıca bkz. “2. Yasal Yardım”, s.238vd.

¹⁰⁰⁴ Nitekim öğretide de bu fıkranın yargıcı başvuranın sunduğu bütün gerekçeleri ayrıntılı bir şekilde yanıtlamakla yükümlü tutmadığı ve bu bakımdan adil yargılanma hakkı bünyesindeki gerekçeli karar alma hakkına nazaran daha dar bir güvence sunduğu ifade edilmiştir. Bkz. ŞİRİN, 2018, s.241.

¹⁰⁰⁵ Bkz. “2. Yasal Yardım”, s. 238vd.

güvencelerinin sağlanması” gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁰⁶ Bu konu bağlamında AYM tarafından silahların eşitliği¹⁰⁰⁷ ve çelişmeli yargılama ilkelerine de vurgu yapılmıştır.¹⁰⁰⁸ Bu itibarla AYM içtihadının AİHM içtihadı ile uyumlu olduğu anlaşılmaktadır.

AİHM’nin mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili olarak Sözleşme’nin 5/4. maddesi kapsamında, kişinin fiziken hakim önüne çıkması ve duruşmalı olarak yapılacak incelemede bu hakkın kullanılması konusunda ise bir ayrım yaptığı görülmektedir. AİHM’ye göre kişinin özgürlükten yoksun kalma hali, AİHS md. 5/1-c’deki nedenlerle ise bu durumda mahkemeye başvurma hakkında kişinin hazır bulunması ve duruşma yapılması gerekmektedir.¹⁰⁰⁹ Duruşmanın kamuya açık bir duruşma şeklinde yapılması gerekli olmasa da¹⁰¹⁰, *Habeas Corpus* yargılamalarında özgürlükten yoksun kalan kişilerle ilgili olarak kamuya açık duruşma gerekliliğinin eklenmesinin mümkün olabileceği de söylenebilir.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁶ Erdal Tercan Başvurusu, no. 2016/15637, 12/4/2018, pr. 224. Ayrıca bkz. Bkz. Hikmet Yaygın Başvurusu, no. 2013/1279, 30/12/2014, pr. 29-30.

¹⁰⁰⁷ AYM tarafından silahların eşitliği ilkesi; “davanın taraflarının usul hakları bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Devran Duran Başvurusu, no. 2014/10405, 25/5/2017, pr. 86.

¹⁰⁰⁸ AYM tarafından ayrıca çelişmeli yargılama ilkesinin silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olduğu ve bu iki ilkenin birbirini tamamlar nitelikte oldukları belirtilmiş, çelişme yargılama ilkesi de; “taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Devran Duran Başvurusu, no. 2014/10405, 25/5/2017, pr. 87.

¹⁰⁰⁹ Bkz. Włoch v. Polonya, no. 27785/95, 19 Ekim 2000, pr. 126.

¹⁰¹⁰ Bkz. Reinprecht v. Avusturya, no. 67175/01, 15 Kasım 2005, pr. 41.

¹⁰¹¹ TRECHSEL, 2006, s. 483.

Konumuz açısından yakalama ve gözaltına alma AİHS md. 5/1-c'deki bir özgürlükten yoksun bırakılma hali olduğundan yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından da, kural olarak, duruşma yapılması ve kişinin bizzat hazır bulunması ile gerekli güvencelerin sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte AİHM kararlarında özgürlükten yoksun bırakılmada makul aralıklarla huzurda bulunma konusuna vurgu yapıldığı görülmektedir.¹⁰¹²

AYM kararları da bu konuda AİHM içtihadına paraleldir. Nitekim AYM tarafından verilen kararlarda AİHM'nin bu konudaki içtihadı ortaya konmakta ve tekrar edilmektedir.¹⁰¹³

Mahkemeye başvurma hakkı konusunda AİHM'nin kararları kapsamında ulusal hukukumuzda AİHS'nin etkisi ele alındığında, öncelikle şu tespitin yapılması mümkündür: Yasal mevzuatta geçmiş dönemlerde pek çok kez yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin kendileri hakkında yapılan bu özgürlükten yoksun bırakılma işlemlerine karşı mahkemeye başvurma haklarının ulusal hukukta etkin bir şekilde sağlanamadığı sonucuna varılmaktadır.

AİHM, Türkiye ile ilgili vermiş olduğu pek çok kararında ulusal hukukta gözaltına alınan kişinin tutulmasının yasallığı veya serbest bırakılması konusunda hakim tarafından karar verilebilecek etkili bir kanun yolu olmadığı tespitini yapmakta ihlal kararı

¹⁰¹² AİHM, ulusal hukukumuzu değerlendirdiği kararlarında zaman zaman hakim önüne çıkma hakkını mahkemeye başvurma hakkı ile değerlendirmekte ve özellikle de gözaltı kararı sonrasında tutuklanarak özgürlük ve güvenlik hakkı kısıtlanan kişilerin duruşma yapılarak bizzat dinlenilmesinin makul aralıklarla olması gerektiğine karar vermektedir. Bkz. Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye, no. 4807/08, 17 Haziran 2014, pr. 53-80.

¹⁰¹³ Bkz. Devran Duran Başvurusu, no. 2014/10405, 25/5/2017, pr. 40-41.

vermektedir.¹⁰¹⁴ AİHM, bu konudaki kararlarında Türkiye’de öngörülen başvuru yolunun uygulamada makul bir başarı şansı sunmadığını belirtmekte ve “pratikte de etkili bir başvuru yolu sağladığını gösterir örneklerin hükümet tarafından sunulmadığını” da vurgulamaktadır.¹⁰¹⁵ Bir diğer açıdan da yargı makamlarının hukukilik, usule ilişkin teminatlar ve özellikle de çelişmeli yargılama ve taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanması gibi konulara uyulmaması nedeniyle bu başvuru yolunun etkisiz olduğunun vurgulandığı görülmektedir.

Bir diğer açıdan AİHM’nin ulusal hukukumuzla ilgili bu konudaki kararlarında soruşturma aşamasında makul ve düzenli aralıklarla duruşma yapılmasına dikkat çekildiği ve her durumda bu duruşmanın zorunlu olmadığını belirtildiği de söylenmelidir. Nitekim AİHM tarafından Türk hukuk sisteminin incelendiği başvurularda, hukuk sistemimizde hem belirli aralıklarla özgürlükten yoksun bırakılma halinin incelendiği, hem yargılama öncesinde hem de yargılama evresinde her zaman serbest bırakılma talebinde bulunabildiği ve bu talebin, belirli bir zaman beklemeye gerek duyulmadan tekrarlanabildiği, ayrıca itiraz hakkının da olduğu tespitleri yapılmış ve AİHM, böylesi bir sistemde, itirazda bulunulması halinde her zaman duruşma yapılmasının, cezai kovuşturmaları kesintiye uğratabileceğini kabul etmiştir.¹⁰¹⁶ Bu itibarla AİHM’ye göre Sözleşme’nin 5/4. maddesi uyarınca soruşturmaların özel niteliği

¹⁰¹⁴ Bu yöndeki kararlar çoğunlukla ya uzun gözaltı süresinin öngörüldüğü dönem ve yasa ile ilgili olarak verilmekte ya da kişi hakkında tutuklama kararı verilmesi sonrasında tutuklama koruma tedbirinde mahkemeye başvuru hakkı ile ilgili olarak verilmektedir. Örneğin Bkz. Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997, pr. 53-54; Sarıkaya v Turkey, no. 36115/97, 22 Nisan 2004, pr. 60; Çelepkolu v. Türkiye, no. 41975/98, 27 Kasım 2007.

¹⁰¹⁵ Bkz. Çelepkolu v. Türkiye, no. 41975/98, 27 Kasım 2007.

¹⁰¹⁶ Erişen ve Diğerleri v. Türkiye, no.7067/06, 3 Nisan 2012, pr. 52.

ve özellikle de ivedilik esası dikkate alınarak, istisnai durumların/özel koşulların olmaması halinde, her bir itiraz başvurusu için duruşma yapılması gerekli değildir.¹⁰¹⁷

AİHM'nin bu konudaki kararlarında yer alan pek çok tespit, kanaatimizce, mevcut düzenlemelerimiz açısından halen geçerliliğini korusa da, burada yasal mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar şeklinde bir ayırım yapılarak konu çözümlenmelidir.

İlk olarak, yasal mevzuat açısından konu ele alındığında, AİHM'nin özellikle de CMUK döneminde vermiş olduğu bu ihlal kararlarında CMUK'da bu konuda yer alan düzenleme ile ilgili önemli tespitler bulunduğu¹⁰¹⁸ ve bu düzenlemenin de CMK'da yer alan mevcut düzenleme ile büyük ölçüde paralel olduğu görülmektedir.¹⁰¹⁹ Bu anlamda yapılan değişikliklere rağmen bunların esaslı değişiklikler olmadığı, yaşanan sorunların uzun yıllardır çok da fazla değişmemiş olduğu, yapılan düzenlemenin net olmadığı da söylenebilir. O halde mevcut yasal düzenlemelerimiz kapsamında öncelikle AİHM kararlarında bu konuda dile getirilmiş olan sorunların çözümlenmesi için çaba sarf edilmesi ve bu yöndeki ulusal hukukumuzla ilgili açık tespitlerin Anayasa ile çelişmediği kanaatiyle doğrudan uygulanma yöntemiyle somut olaylara uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

İkinci olarak, yasal mevzuatımızın bu konuda AİHM içtihadı ile uyumsuzluk yaşamasının nedeni özellikle de bu kararların gerekçeli olarak bildirimi konusudur. İtiraz yolunun etkili bir şekilde kullanılabilmesi için öncelikle yakalama, gözaltı veya

¹⁰¹⁷ Ulusal hukukumuzla ilgili genel tespit ve değerlendirmeler için bkz. Altınok v. Türkiye, no: 31610/08, 29 Kasım 2011, pr. 50-56. Ayrıca bu konudaki AYM görüşü için bkz. Devran Duran Başvurusu, no. 2014/10405, 25/5/2017, pr. 40-41; 82 vd.

¹⁰¹⁸ CMUK md. 128/4. AİHM, CMUK'un 128/4. maddesini AİHS 5/4. maddesi kapsamında incelemiş ve 128. maddenin Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan güvenceleri karşılamadığı tespitini yapmıştır. Bkz. Öcalan v. Türkiye, no. 46221/99, 12 Mayıs 2005.

¹⁰¹⁹ Krş. CMUK md. 128/4 ve CMK md. 91/5.

gözetiminin uzatılmasına ilişkin kararların ve gerekçelerinin ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir. Burada kararların tebliği konusunda koruma tedbirleri bakımından yapılan ayırımın geçerli olmadığı¹⁰²⁰ ve CMK'nın 91/3. maddesinde de “gözetim süresinin uzatılması emrinin gözetimine alınana derhâl tebliğ edileceğinin” belirtilmiş olduğu vurgulanmalıdır. Buna karşın bu düzenleme yeterli değildir ve yakalama, gözetimine alma ve gözetiminin uzatılmasına ilişkin kararların “gerekçelerinin” de itiraz etmeye olanak verip şekilde bildirilmesi gerekmektedir.¹⁰²¹ Bir diğer açıdan da bu talepte bulunmaya hakkı olanlar bakımından geniş bir düzenleme yapıldığı görüldüğünden¹⁰²² bildirim konusunun netleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu konularda yasal düzenleme yapılarak konunun netleştirilmesi gerekmektedir bununla birlikte mevcut durumda CMK'da yer alan ve uygulamada sorunlara yol açan bu durumun, Anayasa'da ve AİHS'de mahkemeye başvurma hakkı düzenlenmiş olduğu için, yine doğrudan uygulanma yöntemiyle AİHM içtihadı kapsamında bu hususları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Üçüncü olarak, AİHM içtihadı ile çatışan husus, mahkemeye başvurma hakkını değerlendirecek olan sulh ceza hakiminin incelemeyi evrak üzerinden yapmasına ilişkin açık yasal düzenlemedir. AİHS gereği soruşturma aşamasında hakim önünde düzenli aralıklarla dinlenme hakkına sahip olması gereken şüphelinin ulusal hukukumuzda yakalama ve gözetim işlemlerinde düzenlenen azami sürenin de dikkate alınmasıyla, makul süre içinde hakim önüne çıkacağı ve bu hakim önüne çıkma hakkında zaten

¹⁰²⁰ CMK md. 35/2.

¹⁰²¹ Öğretide süre uzatılması yazılı emrinin gerekçesinin de ilgili kişiye yapılacak tebliğ kapsamında olması gerektiği görüşü için bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 374.

¹⁰²² Bu talepte bulunmaya hakkı olanlar CMK md.91/4 gereğince yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları olup bunun nedeni öğretide de yakalamanın herkesi sarsacağı ve olayın başlangıcında sağlıklı düşünemedikleri için yardıma muhtaç olmaları nedenleriyle açıklanmıştır. Bkz. SOYASLAN, (2008), s.670.

huzurda dinlenme hakkına ayrıca sahip olduğu sonucuna varmaktayız. Ancak bu durumda da bu hak mutlak şekilde sağlanamıyorsa AİHS'nin ihlali gündeme gelecektir. Bu nedenle CMK'daki bu düzenleme azami gözaltı süresi boyunca geçerli olmalı bunu aşan her durumda ise doğrudan AİHM içtihadı dikkate alınarak yorum yapılmalıdır.

Son olarak, sulh ceza hakimi tarafından yapılan incelemede yakalanan ve gözaltına alınan kişinin yasal yardım alması konusunun ve müdafisinin bulunmamasının da AİHS'nin bu konudaki güvenceleri ile uyumsuzluk yarattığı kanaatindeyiz. CMK'da, yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin sorgusunda ve tutuklama koruma tedbirinde zorunlu müdafilik konusu düzenlenmiş olduğundan¹⁰²³, CMK'da bu hususta da açık bir düzenleme yapılması temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yarar doğuracaktır. Buna karşın, yine de AİHM'nin özellikle Sözleşme'nin 5. maddesini ve 6. maddesini birlikte değerlendirdiği yasal yardım konusundaki genel yaklaşımı doğrudan uygulanmak suretiyle dikkate alınarak bu süreçte de yasal yardım sağlanması temel hak ve özgürlükler bakımından daha geniş bir koruma sağlayacak, bu durumda bu başvuru yolunun etkililiğı de artırılacaktır. Ancak burada bu durumun tek başına bir ihlali gündeme getirmediğı, AİHM kararlarında vurgulanan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliğı prensiplerinin dikkate alınması gerektiğı de hatırd tutulmalıdır.

AİHM'nin ulusal hukumuza etkisi bu kez uygulamadan kaynaklanan sorunlar bakımından ele alındığında da şu tespitlerin yapılması mümkündür: AİHM kararlarında ulusal hukukumuz bakımından mahkemeye başvuru hakkı ile ilgili başvuru yolunun etkili olmadığı tespiti yapılmış ve bu yapılırken de uygulamadan kaynaklanan birtakım hususlar sıralanmıştır.¹⁰²⁴ AİHM, bu yöndeki kararlarında ulusal hukukumuzda yer alan başvuru

¹⁰²³ CMK md. 101/3 ve 91/son

¹⁰²⁴ Türk öğretisinde de uygulamada, itiraz yolunun hemen hiçbir zaman sonuç vermediğı görüşü dile getirilmiş ve bu durumun başlı başına AİHS kapsamında başvuru konusu olabileceğı belirtilmiştir.

yollarının uygulamada makul bir başarı şansı vermediğini belirtmiştir.¹⁰²⁵ Buna ilave olarak, yetkili makamların usule ilişkin teminatları ve özellikle de çelişmeli yargılama ve taraflar arasında silahların eşitliği gibi güvenceleri sağlamadıkları kanaatine varmıştır.¹⁰²⁶ Bir diğer açıdan da AİHM, bu başvuru yolunun etkili olduğunu gösterir örnek kararların da somut olaylarda sunulamadığını pek çok kez dile getirmiştir.¹⁰²⁷

Kanaatimizce, uygulamada yaşanan sorunların giderilmesi öncelikle mahkemeye başvurma hakkı konusunda CMK'da yer alan hükümlerin bizzat yargılama makamları tarafından uygulanması ile basit bir şekilde giderilebilecektir, bu şekilde etkili bir uygulamanın sağlanabilmesi için de genel olarak yargı erki aracılığıyla AİHS'nin etkisi konusunda belirtilmiş olan çözümlerin dikkate alınması ve yukarıda belirtilen ve sorunlu olarak tespit ettiğimiz her bir konu bakımından AİHM kararlarının doğrudan; uygun düştüğü ölçüde de uygun yorum yoluyla uygulanması ayrıca buna ilave olarak da yürütme organının AİHM kararlarının uygulanması konusundaki çabaları ile çözümlenebilecektir.

TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SANCAKDAR Oğuz – ÖNOK Rıfat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 250.

¹⁰²⁵ AİHM, bu konulardaki iddiaları ele alırken, ulusal hukumuzda gözaltı ve tutuklama kararlarında mahkemeye başvuru hakkına da değinerek, özellikle çok az bir başarı şansı sunulduğu, çekişmeli yargılama ve kamuya açık duruşma yapılmadığı tespitlerini yapmıştır. Bkz. Koştı ve Diğerleri v. Türkiye, no. 74321/01, 3 Mayıs 2007, pr. 22. Ayrıca AİHM özellikle itirazlar hakkında mahkeme tarafından duruşma yapılmaksızın karar verildiği tespitini de yaparak özellikle de gözaltı sonrası sulh ceza mahkemesi tarafından tutuklama kararı verildikten sonra, Sözleşme'nin 5/4. maddesi ile öngörüldüğü şekilde soruşturma aşamasında hakim önünde düzenli aralıklarla dinlenme hakkına sahip olmayan başvuranların durumunun 5/4. madde ile uyumlu olmadığına karar vermiştir. Bkz. Erişen ve Diğerleri v. Türkiye, no.7067/06, 3 Nisan 2012, pr.53; Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye, no. 4807/08, 17 Haziran 2014, pr.63-65. Ayrıca bkz. Karatay ve Diğerleri v. Türkiye, no. 11468/02, 15 Şubat 2007, pr. 44-52.

¹⁰²⁶ Bkz. Bağrıyanık v. Türkiye, no. 43256/04, 5 Haziran 2007, pr. 51.

¹⁰²⁷ Öcalan v. Türkiye, no. 46221/99, 12 Mayıs 2005, pr. 68-69.

C. Kanun Yoluna Başvurma Hakkı

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinde yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin kendileri hakkında verilen ve özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale oluşturan bu kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu başvuru hakkı bakımından öncelikle bu konudaki düzenlemelerin neler olduğu ele alınmalı ve bu başvuru yollarında izlenecek usul ile bu konudaki çeşitli sorunlara değinilmeli daha sonra da bu konunun AİHM tarafından nasıl değerlendirildiği ve ulusal hukumuz bakımından etkileri ele alınmalıdır.

CMK’da yakalama, gözaltı ve süre uzatma işlemlerine karşı mahkemeye başvuru hakkı ile bağlantılı özel düzenleme kapsamında bir başvuru yapılabilmesi mümkün olup verilen bu karara karşı da genel kurallar gereğince itiraz kanun yolunun kullanılması mümkündür.¹⁰²⁸ CMK’nın 91/5. maddesinde bu kararlara ilgili olarak “hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvurabilme” düzenlenmiş olduğundan sulh ceza hakimi tarafından verilen bu karara karşı da CMK’da yer alan “itiraz olağan kanun yolu” ve “kanun yararına bozma olağanüstü kanun yollarının” kullanılması mümkündür.¹⁰²⁹

Anayasa’da bu konuya ilişkin doğrudan ve açık bir düzenleme yer almasa da, konuyla çeşitli açılardan bağlantılı pek çok düzenlemeyi Anayasa’da bulmak mümkündür. Kişi hürriyeti ve güvenliği bağlamında özgürlükten yoksun kalan kişilerin hakim önüne çıkma ve mahkemeye başvurma hakları¹⁰³⁰, hak arama hürriyeti¹⁰³¹, temel

¹⁰²⁸ Buna karşın, yakalama emri bakımından konu sorunlu olup bu başlığın son kısmında bu hususa ayrıca değinilecektir.

¹⁰²⁹ CMK md. 267 vd ve md. 309 vd.

¹⁰³⁰ 1982 Anayasası md. 19.

¹⁰³¹ 1982 Anayasası md. 36.

hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin madde¹⁰³², yargı yoluna ilişkin düzenleme¹⁰³³ ve yargı ve yüksek mahkemeler ile ilgili yer alan düzenlemeler gibi pek çok hüküm¹⁰³⁴ genel olarak ulusal hukuktaki yargı yoluna ilişkin temel yaklaşımı ortaya koymaktadır.

AİHS’de de bu konuya ilişkin doğrudan ve açık bir düzenleme yer almasa da, hakim önüne çıkma ve mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili düzenlemeler, özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili olarak yer almakta¹⁰³⁵ ve adil yargılanma hakkı ile etkili başvuru hakkı¹⁰³⁶ da bu konu ile bağlantılı olmaktadır.

Her üç metin incelendiğinde, ulusal hukukumuz bakımından yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili işlem ve eylemlerin kural olarak yargı denetimi içinde olduğu ve bunlara karşı gerek ilgili özel düzenleme gereği bir mahkemeye başvurma hakkı olduğu gerek kanun yoluna başvurma hakkı olduğu sonucuna varılmaktadır. AİHS açısından konuya yaklaşıldığında ise, yakalama ve gözaltı bakımından hakim önüne çıkma ve mahkemeye başvurma hakları ile etkili başvuru hakkının Sözleşme’de açıkça yer aldığı, ancak bu makamlar tarafından verilen kararların kanun yolunda iki dereceli şekilde incelenmesi ile ilgili bir düzenleme yer almadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu konudaki AİHM kararları incelendiğinde de; AİHM tarafından açık bir şekilde Sözleşme’nin bu hakkı vermediğinin belirtilmiş olduğu da görülmektedir. AİHM, “Sözleşme’nin 5/4. maddesinin Sözleşme’ye taraf devletlere özgürlükten yoksun bırakılma işleminin hukukiliğini değerlendirmek ve kişinin salıverilmesi için duruşma yapılması konularında bir dereceden fazla bir yargılama yapılması yükümlülüğü

¹⁰³² 1982 Anayasası md. 40.

¹⁰³³ 1982 Anayasası md. 125.

¹⁰³⁴ 1982 Anayasası md. 138 vd.

¹⁰³⁵ AİHS md. 5.

¹⁰³⁶ AİHS md. 6 ve md.13.

getirmediğini” belirtmiştir.¹⁰³⁷ Bununla birlikte, AİHM’ye göre kural olarak bir organın dahil olması ve Sözleşme’nin 5/4. maddesinde yer alan güvenceleri sağlaması yeterli olsa da, ulusal hukuk bu şekilde bir ikinci derece yargılama yolu öngörüyor ise bu durumda prensip olarak ilk derece aşamasında bahsedilen güvencelerin aynısı bu ikinci derece için de sağlanmalıdır.¹⁰³⁸

O halde, ulusal hukukumuz bakımından yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili verilen kararlara karşı itiraz yolunun kullanılması da mümkün olduğundan, bu başvuru yolunun kullanılması halinde de AİHS’de yer alan güvencelerin aynı şekilde sağlanması gerektiği sonucuna varmaktayız. CMK gereği “yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin” verilen karar ve yapılan işlemlere karşı “hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvuru” halinde,¹⁰³⁹ sulh ceza hakiminin bu kararına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi mümkündür.¹⁰⁴⁰ Bu durumda da hakim önüne çıkma ve mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili gerek özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, haklarındaki bu karara itiraz ederken yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olması gerektiği gerek başvurunun incelenme süresi ve hakim huzurunda nasıl bir usul izlenerek karar verileceği konularında dile getirmiş olduğumuz tüm açıklamalar itiraz yolunda yapılacak yargılamada da geçerlidir ve tüm bunların sağlanması gerekmektedir.

Bu kapsamda daha önce dile getirmiş olduğumuz sorunlar da, ulusal hukukumuzda itiraz aşamasındaki yargılama için benzerdir. Örneğin yapılacak itirazda ilgilinin bizzat huzurda dinlenmesi ve duruşma yapılması söz konusu olmamakta, kural

¹⁰³⁷ Ječius v. Litvanya, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000, pr. 100.

¹⁰³⁸ S.T.S. v. Hollanda, no. 277/05, 7 Haziran 2011, pr. 43. Bu konudaki Mahkemenin yerleşik tespit ve değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.114.

¹⁰³⁹ CMK md. 91/5.

¹⁰⁴⁰ CMK md. 267.

olarak duruşma yapılmaksızın karar verilmektedir.¹⁰⁴¹ Her ne kadar kanunda “gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir” denilmekteyse de,¹⁰⁴² hem bunun yakalama ve gözetine alma konusunda kişi özgürlüğünün söz konusu olması nedeniyle “gerekli görülme” şartına bağlı olması hem de yakalanan veya gözetinde bulunan kişinin bizzat yine de bu sayılanlar arasında yer almaması eksikliklerdir.

Kanaatimizce, yakalama ve gözetim koruma tedbirlerinde itiraz konusu, tutuklama koruma tedbirindeki itiraz durumundan farklıdır¹⁰⁴³ ve AİHM’nin ulusal hukukumuz bakımından tutuklama kararlarında itiraz usulünü değerlendirdiği kararlardan farklı olarak da uygulamada her zaman yakalanan ve gözetine alınan kişinin hakim önüne bizzat çıkması ve duruşmada çelişmeli yargılama usulü ile beyanda bulunabilmesi mümkün olmadığından AİHS’nin 5/4. maddesi anlamında itiraz usulünün etkili güvenceleri sağladığından bahsedebilmek de mümkün olamamaktadır.

Ayrıca Kanun yoluna başvurmada inceleme süresi konusunun da sorunlu olduğu söylenebilir. Burada inceleme süresinin ne kadar olduğuna ilişkin yasal mevzuatımızda ya da AİHM içtihadında somut bir süre belirlemesi söz konusu değildir.¹⁰⁴⁴ AİHM,

¹⁰⁴¹ Bkz. CMK md. 271. AYM tarafından da; “başvurucuların tutuklandıkları tarihlerden 11-12 gün sonra yapılan itiraz incelemesinin duruşmasız olmasının çelişmeli yargılama ilkesini ihlal ettiği söylenemez.” denilmiştir. Bkz. Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1631, 17/12/2015, pr.189.

¹⁰⁴² CMK md. 271/1.

¹⁰⁴³ Bu farklılık, teknik anlamda itiraz yolunun farklı olmasından değil, tam tersine aynı itiraz yolu olmasına rağmen tutuklamada kişinin bizzat hakim huzurunda tutuklanması ve yapılacak itirazın her aşamada yapılabilmesi mümkün olduğu için AİHM kararlarına göre de yalnızca makul aralıklarla bizzat huzurda bulunmanın yeterli olması konularındadır.

¹⁰⁴⁴ CMK’nın 268/2. maddesi gereğince incelemenin en çok üç gün içerisinde yapılması, itiraz yerinde görülmezse, dosyanın yetkili mercie göndermesi gerektiği düzenlenmiş ancak itiraz merciinin incelemesini ne kadar süre içerisinde tamamlaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. AİHM tarafından da Türkiye ile ilgili olarak başvurunun tutuklamaya itirazının 41 gün sonra karara

Sözleşmenin 5/4. maddesi anlamında sürenin “yerel makamlara başvurunun yapılması ile başladığını ve başvurana veya onun temsilcisine kararın bildirildiği tarihte sona erdiğini” vurgulamaktadır.¹⁰⁴⁵ Bu konuya ilişkin değerlendirmeler her somut olayın kendi koşulları içinde yapılır ve keyfilik kapsamında bir değerlendirme yapılabilir.¹⁰⁴⁶ Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, mahkemeye başvurma hakkı ve usulü konusunda yukarıda değindiğimiz sorunlar itiraz bakımından da geçerlidir ve bahsedilen çözüm yollarının bu konu bakımından da dikkate alınması gerekmektedir.

Kanun yoluna başvurma hakkına özgü olarak ortaya çıkan çeşitli sorunlar da vardır. Örneğin mahkeme tarafından verilmiş olan yakalama emrinin denetimi veya bu yakalama emrine itiraz konusu oldukça sorunludur. CMK gereğince bu yakalama emrinin “sulh ceza hakimi”, “tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde itiraz mercii”, Cumhuriyet savcıları, kolluk kuvvetleri, kovuşturma evresinde hakim veya mahkeme gibi¹⁰⁴⁷ farklı yetkili merciler tarafından düzenlemesi mümkün olduğundan bu kararın hukukilik denetimi ve itirazı konuları, kanunda ayrıca ve açıkça itiraz usulü düzenlenmemiş olduğundan, özellikle de mahkeme kararları bakımından belirsizliğe yol açmaktadır.

Bu konunun çözümüne yönelik olarak CMK’da açık bir düzenleme yapılması gerektiği ayrıca bu yolların etkililiğinin de AİHM içtihadı kapsamında sağlanması

bağlanmasının süratlilik koşulunu karşılamaması nedeniyle ihlal kararı verilmiştir. Bkz. Şevk v.

Türkiye, no. 4528/02, 11 Nisan 2006, pr.40-41.

¹⁰⁴⁵ Bkz. Şevk v. Türkiye, no. 4528/02, 11 Nisan 2006, pr. 38.

¹⁰⁴⁶ Bu konudaki güncel ve Türkiye ile ilgili kararlar konusundaki tespitler için bkz. ŞİRİN, 2018, s.248-252.

¹⁰⁴⁷ CMK md. 98.

gerektiği kanaatindeyiz.¹⁰⁴⁸ Bununla birlikte mevcut durumda ise kanaatimizce bu durumda da yakalama emrinin kim tarafından verilmiş olduğuna bakılmaksızın bu “işlem” hakkında serbest bırakılma için mutlaka AİHM içtihadının doğrudan uygulanması suretiyle hakime başvuru ve itiraz kanun yollarının kullanılması gerekmektedir.

9. Salıverilme Hakkı

Hakkında yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri uygulanan bir kişinin, yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine başvurulmasındaki amaç ve koşullar ortadan kalktığına, bu anlamda kişi hakkında gerekli olan işlemler yapıldığında ve tutuklanma kararı verilmediğinde ya da kanunda belirtilen sürelerin dolması gibi durumlarda, derhal salıverilmesi ve özgürlüğünden yoksun kalmasına son verilmesi gerekmektedir.

Herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olması genel kural olduğu için hem bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler CMK, Anayasa ve AİHS’de açıkça ve sınırlı şekilde yer almış hem de kişinin salıverilme hakkı pek çok defa ayrıca vurgulanmıştır.¹⁰⁴⁹ Özellikle de hakim önüne çıkma hakkı ve mahkemeye başvurma hakkı bakımından da serbest bırakılma hakkına vurgu yapılmış olduğu görülmektedir.

Serbest bırakılma hakkının, yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri nedeniyle özgürlüğünden yoksun kalmış kişiler bakımından hangi koşullarda ve nasıl sağlanması

¹⁰⁴⁸ Öğretide de kanunumuzda mahkeme tarafından verilen yakalama kararına (CMK 98) itiraz kanun yolunun düzenlenmemiş olmasının önemli ve oldukça sakıncalı bir eksiklik olduğu dile getirilmiştir. Bu görüşte sanık lehine kanun yolu için kıyas yapmak düşünülebilirse de, mahkemelerin kararlarına karşı itiraz istisnai bir yol olup ancak kanunda düzenlendiğinde mümkündür ve bu boşluğun mutlaka CMK’da yapılacak değişikliklerle kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 379. Ayrıca bkz. ÖZEN, 2019, s.616.

¹⁰⁴⁹ Örneğin bkz. CMK md. 90 ve 91; 1982 Anayasası md. 19 ve 13; AİHS md. 5.

gerektiği bu koruma tedbirlerine ilişkin olarak yapılan açıklamalarda da ayrıntılı şekilde yer aldığı üzere tedbirlerin bütününe ilişkindir. Bu anlamda tedbirlerin amacı, koşulları ve süresi gibi başlıklar altında değinilen durumlarda, bu koşullar sağlanmadığı takdirde kişinin salıverilme hakkı olduğu tartışmasızdır.

Kişinin serbest bırakılma hakkı konusunda yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından değinilen tüm bu koşullara ilave olarak, AİHS açısından sorun yaratması nedeniyle, iki konuya ayrıca değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, serbest bırakılan kişi hakkında yeniden yakalama yapılamayacağına ilişkin CMK’da yer alan düzenleme ve ikincisi, kişinin serbest bırakılmasında gecikme olması durumudur.

İlk olarak, serbest bırakılan kişi hakkında yeniden yakalama yapılamayacağına ilişkin CMK’da yer alan düzenleme ele alınmalıdır. CMK’ya göre belirli durumlarda yakalama yasağı olduğu açıkça düzenlenmiştir.¹⁰⁵⁰ Buna göre bir kişi, “gözaltı süresinin dolması nedeniyle veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest” bırakıldığında, bu kişi hakkında “bir daha aynı nedenle yakalama işlemi” yapılabilmesi için üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir.¹⁰⁵¹ Bu koşullar, “hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni delil elde edilmesi”, aynı konuda “yeterli delil elde edilmesi” ve “Cumhuriyet savcısının kararı” olmasıdır.¹⁰⁵²

Öncelikle bu düzenlemenin hem kişinin serbest bırakılması nedenlerinin tümünü kapsamaması nedeniyle¹⁰⁵³ hem de yakalamamanın genel koşullarının uygulanması

¹⁰⁵⁰ CMK md. 91/6. Bu konuda bkz. SOYASLAN, 2018, s. 333; ÖZEN, 2019, s.614-615.

¹⁰⁵¹ CMK md. 91/6.

¹⁰⁵² CMK md. 91/6. Yeni ve yeterli delil tanımları için bkz. CENTEL – ZAFER, 2020, s. 386. Konu hakkında ayrıca bkz. GÖKÇEN ve diğerleri, 2020, s.392.

¹⁰⁵³ Öğretide de benzer şekilde yakalama veya gözaltına almanın koşullarının bulunmaması nedeniyle serbest bırakılma halinin kanunda açıkça öngörülmesi ve aynı koşullara bağlanması gerektiği dile getirilmiştir. Bkz. YILDIZ, (2006), s. 201.

konusunda tereddüt yaratması nedeniyle sorunlu olduğu sonucuna varmaktayız. Ayrıca bu maddenin yakalama ifadesini kullanmış olması nedeniyle sınırlayıcı bir izlenim yarattığı ancak gözaltı bakımından da geçerli olduğu ve aynı suç nedeniyle ikinci kez gözaltına alınmama hakkı olduğu, aksi durumda ikinci gözaltı işlemine karşı itiraz edilebileceği vurgulanmalıdır.¹⁰⁵⁴

Bir diğer yandan konu itiraz mercinin kararı üzerine yapılan yakalama bakımından da sorun yaratabilmektedir. Nitekim AYM, de konuyu kısmen ele almış, “yeni delil olmaksızın yakalama kararı çıkartıldığı” iddiasına ilişkin bir başvuruda AYM, “itiraz merciinin emriyle gerçekleşen yakalama, gözaltına almayla başlamış olan yargısal sürecin bir parçasıdır” diyerek¹⁰⁵⁵ CMK’nın 98. maddesinde açıkça düzenlenmiş olan bu hükmün 91/5 ile bir ilgisi olmadığını belirtmiştir.¹⁰⁵⁶

Bu sorunlara karşın, bu düzenlemenin, hakkında yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri uygulanmış, ancak serbest bırakılma kararı verilmiş olan kişi bakımından özgürlük ve güvenlik hakkını daha fazla güvence altına almaya yönelik bir düzenleme olduğu da anlaşılmaktadır. Bu nedenle de kanaatimizce ulusal hukumuzla ilgili bir yakalama ve gözaltı koruma tedbirinin AİHM tarafından incelenmesinin söz konusu olduğu durumlarda, kişi hakkında aynı fiille ilgili bir serbest bırakılma mevcut ise somut olayda bu maddede yer alan koşulların da mevcut olup olmadığı AİHM tarafından kişinin yasaya uygun olarak tutulup tutulmadığının tespiti yapılırken değerlendirilecektir. Ayrıca bu düzenlemede yer alan şartlar da, AİHM’nin özgürlük ve güvenlik hakkı konusundaki

¹⁰⁵⁴ Bu konudaki bilgiler ve uygulamadan örnek için bkz. ALDEMİR, 2018, s.142-144. Ayrıca bkz. PARLAR – ÖZTÜRK, 2019, s.71-72.

¹⁰⁵⁵ Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr. 98.

¹⁰⁵⁶ Bkz. Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr. 98-99. Kararın karşı oylarında ise, bu tür bir uygulamanın Kanun’a aykırı ve keyfi olduğu görüşü dile getirilmiştir.

genel yaklaşımı doğrultusunda ve yakalamanın ortak koşulları ile birlikte AİHM tarafından ayrıca denetime tabi tutulacaktır.¹⁰⁵⁷

İkinci olarak, kişinin serbest bırakılmasında gecikme olması hali ele alınmalıdır. Kişinin serbest bırakılmasında süre konusuna ilişkin olarak gerek Anayasa’da gerek AİHS’de çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda örneğin hakim önüne çıkma ve mahkemeye başvurma haklarında, serbest bırakılma konusunda kısa sürede karar verilmesi, hemen serbest bırakılmayı isteme gibi ifadelerle sürecin hızliliğine değinilmiştir. Buna karşın, serbest bırakılma koşulları gerçekleştiğinde ya da doğrudan serbest bırakılma kararı verildiğinde bu kararların süre bakımından uygulanmasına ilişkin olarak açık düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu durum da, uygulamada temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından sorun yaratabilmektedir.

AİHM kararlarına göre kişinin serbest bırakılmasına ilişkin kararların verilmesinde ve uygulanmasında gecikme olmamalıdır. Bir yakalama veya tutulmadan sonra salıverilme kararı verildiği zaman bunun derhal/olabildiğince kısa süre içinde yerine getirilmesi gerekir. Gözaltında bulunan bir kişinin serbest bırakılmasına ilişkin gerekli usuli işlemlerin de gecikme olmaksızın yapılması gerekir. Buna karşın AİHM, bu konuda makul kabul edilebilecek bir gecikme yaşanabileceğini de kabul etmekte, bu gecikmenin örneğin idari formalitelerin yerine getirilmesi için zorunlu olan bir süre için olması halinde gecikmenin haklı kabul edilebileceğini, salıverme konusundaki idari işlemlerin tamamlanmasında birkaç saatten daha fazla bir gecikmenin haklı gösterilemeyeceğini, bu gecikmenin “asgariye indirilmesi gerektiğini” ve bu konudaki

¹⁰⁵⁷ Bkz. İkinci Bölüm altında “1. Yakalama”, “C. Koşulları”, s.148vd.

kararların uygulanmasında meydana gelen gecikmeleri “titizlikle” inceleyeceğini yerleşik içtihadında belirtmektedir.¹⁰⁵⁸

AİHM tarafından serbest bırakılma kararının uygulanmasına ilişkin bazı gecikmelerin haklı kabul edilebileceği belirtilmiş olmakla birlikte bu konunun her somut olayın özelliği bakımından ve dar şekilde yorumlanması gerektiği sonucuna varmaktayız. Örneğin AİHM, serbest bırakılma kararı verilmesinden 11 saat sonra kişinin serbest bırakıldığı bir olayda bu gecikmenin AİHS md. 5/1-c veya diğer fıkraların kapsamı içinde kalmadığını belirterek, ihlal kararı almıştır.¹⁰⁵⁹

Ulusal hukukumuz bakımından değerlendirme yapıldığında, AYM tarafından da salıverilme konusundaki temel ilkelerin AİHM içtihadına paralel şekilde ve benzer ifadelerle tekrar edildiği görülmektedir. AYM tarafından da genel olarak “kişilerin tahliyelerine karar verilmesi ile serbest bırakma işlemlerinin tamamlanması arasında belirli bir sürenin geçmesinin anlaşılabilir” olduğu, “kamu makamlarının tahliyesine karar verilen kişilerin bir an önce serbest bırakılmasını sağlamayacak tedbirleri alması ve salıverme işlemlerinin tamamlanmasındaki gecikmeyi asgari seviyede tutması” gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁶⁰ AYM burada gecikmenin niteliğinde bir ayrım yaparak gecikmenin araç veya personel yetersizliği gibi organizasyon yapısından kaynaklanması halinde bunun geçerli bir mazeret olamayacağını belirtmekte buna karşın örneğin somut olay özelinde başvurucunun “tahliyesine karar verildikten yaklaşık beş saat sonra serbest bırakılmasına” ilişkin bir olayda bu gecikmenin “işin doğasından ve tahliye için

¹⁰⁵⁸ Örneğin bkz. Labita v. İtalya, no. 26772/95, 6 Nisan 2000, pr. 172. Ayrıca bu konuda bkz. Değerli ve Diğerleri v. Türkiye, no: 18242/02, 5 Şubat 2008, pr.22-26; Nikolov v. Bulgaristan, no. 38884/97, 30 Ocak 2003, pr. 82.

¹⁰⁵⁹ Bkz. Quinn v. Fransa, no. 36887/97, 22 Mart 1995, pr. 42-43.

¹⁰⁶⁰ Emrah Ergün Başvurusu, no. 2014/4651, 21/02/2018. pr.46.

tamamlanması gereken usule ilişkin işlemlerin yerine getirilmesinden kaynaklandığını” değerlendirerek ihlal olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁶¹

Kanaatimizce serbest bırakılmanın gecikmeksizin olması gerekmektedir ancak salıverme konusunda yapılması gereken usuli işlemlerin yerine getirilmesi için belirlenmiş olan bir azami süre de yoktur. O halde bu sorun, AİHS’ye uygun yorum yöntemiyle çözümlenebilecektir. Bu anlamda da, AİHM içtihat hukukunun takip edilmesi gerektiği ve “somut olayın koşulları içinde zorunlu olan gecikmeler dışında saatler süren gecikmelerin öncelikle Sözleşme’nin 5. maddesinde güvence altına alınmış olan hakkın ihlaline sebebiyet verebileceğinin”¹⁰⁶² dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

10. Tazminat Hakkı

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hakkı pek çok açıdan önemli ve üzerinde durulması gereken bir konudur. Koruma tedbirlerine karar verilmesi ve bu tedbirlerin uygulanması nedeniyle kişilerin maddi ve manevi zarara uğramasının söz konusu olabilmesi, bu zararların devlet tarafından giderilmesini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmıştır.¹⁰⁶³ İnsan haklarına hukuka aykırı müdahaleler nedeniyle

¹⁰⁶¹ Bkz. Emrah Ergün Başvurusu, no. 2014/4651, 21/02/2018. pr.48-49.

¹⁰⁶² Adli kontrol ile ilgili olarak aynı tespitler için bkz. KAYA GÖÇMEN, (2016), s. 1808.

¹⁰⁶³ Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusunda genel olarak bkz. EREM, 1978, s.494-514; Tarihsel gelişim süreci ile ilgili olarak ayrıca bkz. KUNTER, 1978, s.500-503; 509-510; Bkz. SOYASLAN, 2018, s. 350 vd; TOROSLU – FEYZİOĞLU, 2019, s. 300-304; CENTEL – ZAFER, 2020, s. 529--539; ŞAHİN, 2018, s. 389-398; ÖZBEK ve diğerleri, 2017, s. 565-574; ÖZTÜRK ve diğerleri, 2017, s. 393-395; ÖZTÜRK – EKER KAZANCI – SOYER GÜLEÇ, 2019, s. 349 vd; FEYZİOĞLU Metin, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1993, s. 113-141; ALACAKAPTAN Uğur, “Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:18, Sayı:1-4, 1961, s. 185-221; BAYTAR Serdal, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, *Türkiye Barolar Birliği*

oluşan zararların tazmini genellikle bir bütün olarak ulusal mevzuatlara bırakılan bir konudur.¹⁰⁶⁴ Ulusal hukukumuzda bu konuda gerek Anayasa ve CMK gerek özel kanunlar ile çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. AİHS’de de konu hakkında özel düzenlemeler mevcuttur. Yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine ilişkin özel düzenlemelere geçmeden önce kısaca genel olarak koruma tedbirlerinde tazminat konusunda CMK, Anayasa ve AİHS düzenlemeleri ele alınmalıdır.

CMK, birtakım koruma tedbirleri açısından tazminat ile ilgili birtakım kurallar getirmektedir.¹⁰⁶⁵

Dergisi, Sayı 61, 2005, s. 359-373; CENTEL Nur, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol-Tutuklama- Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD) Armağan Özel Sayısı*, 2006, s. 863-877; EREM Faruk, “Haksız Tevkif Edilenlere Tazminat”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1956, s. 83-86; ÇATALKAYA Cevdet, “Kanun Dışı Yakalanan veya Tevkif Edilen Kimselere Devletçe Verilecek Tazminat Meselesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, 1965, s. 558-566; ERTEN Cengiz, “Haksız Tutuklamalarda Tazminat Talebi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1990, s. 90-101; GÜNEŞ Seyithan, “Haksız Yakalama ve Tutuklama İşlemine Karşı Tazminat Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 1995, s. 66-69; ÖZMEN Münci, “Haksız ve Kanunsuz Tutma Ayrımında Hukuk Devletin Tazminat Sorumluluğu ve Kişisel Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, 1977, s. 847-854. HAKERİ Hakan, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999. DÜZGÜN Nuri – ELMACI Şerafettin, *Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010. GÜNAY Erhan, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

¹⁰⁶⁴ TRECHSEL, 2006, s. 496.

¹⁰⁶⁵ CMK, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlıklı Yedinci Bölüm, md.141-144. CMK’da yer alan bu düzenlemeler 2005, 2013, 2014 ve 2017-2018 yıllarında çeşitli değişikliklere uğramıştır. CMK’daki bu konudaki düzenlemeler, büyük ölçüde 7.5.1964 tarih ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanmıştır. CMK’da md.141-144 arasında düzenlenmiş olan bu tazminata ilişkin hükümler,

Anayasa’da da bu konuda gerek kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili olarak gerek resmi görevliler ve idare tarafından uğranılan zararın tazminine ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Anayasa’nın 19. maddesinin son fıkrasına göre; kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin maddede yer alan “esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.” Ayrıca Anayasa’da “kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar”, “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları” ve “idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” gibi düzenlemeler mevcuttur.¹⁰⁶⁶ Bu kapsamda devlet tarafından ilgili işlem veya eylemi yapan görevliye “rücu hakkı saklı kalmak üzere” haksızlığa uğrayan kişilerin uğradığı zararın tazmini anayasal bir zorunluluktur.

AIHS açısından da konuya yaklaşıldığında öncelikle, bu konuda Sözleşme’de genel ve özel düzenlemelerin yer aldığı vurgulanmalıdır. AIHS, 5. maddede “bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat

ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yapılan işlem ve eylemler hakkında uygulanabileceğinden 466 sayılı Kanun, halen 1.06.2005 tarihinden önce meydana gelen işlem ve eylemler bakımından uygulanmaktadır. (Bkz. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, md. 6.)

¹⁰⁶⁶ Örneğin Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” Ayrıca yine Anayasa’nın 129. maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesi düzenlenmiş, Anayasa’nın 125. maddesinde de idarenin genel olarak kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

hakkına sahiptir” diyerek konuyu ayrıca ve açıkça düzenlemiştir.¹⁰⁶⁷ Bu düzenleme, Sözleşmenin diğer maddelerinde yer alan bu konudaki hükümlere göre özel bir düzenlemedir ve Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamındaki tüm özgürlükten yoksun bırakılma halleri bakımından bir güvence niteliğindedir.

Ayrıca Sözleşmenin 13. maddesi Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlüklerin tümü bakımından geçerli olacak şekilde bir etkili başvuru yolunun olması gerektiğine işaret etmektedir. Sözleşme’nin 5/5. maddesinde yer alan tazminat hakkının Sözleşme’nin 13. maddesinde yer alan düzenlemeye göre özel bir niteliği olduğu ve tazminat hakkı ile etkili başvuru hakkının farklı olduğu da vurgulanmalıdır.¹⁰⁶⁸ Ayrıca Sözleşmenin 41. maddesinde de Mahkeme’nin, “gerek görmesi halinde zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine” hükmedeceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Sözleşme’nin bu doğrudan hükümleri dışında Sözleşme’nin ve ek protokollerinin başka hükümleri ile bağlantılı olarak doğrudan veya dolaylı şekilde tazminat konusu da gündeme gelmektedir. Nitekim Sözleşme’ye ek 7. protokolün 3. maddesinde adli hata halinde tazminat hakkı doğrudan düzenlenmiş olup bu haklar da niteliği itibarıyla farklıdır.¹⁰⁶⁹ Ayrıca koruma tedbirlerinin çeşitli hak ve özgürlüklere müdahale ettiği göz

¹⁰⁶⁷ AİHS md. 5/5.

¹⁰⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. TRECHSEL, 2006, s. 497.

¹⁰⁶⁹ Türkiye tarafından 14/03/1985 tarihinde imzalanmış, 02/05/2016 tarihinde onaylanmış ve 01/08/2016 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur. Bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=cXWBzBwe, [Erişim Tarihi: 09.11.2019.]

AİHM’nin yerleşik içtihadına göre; “7 numaralı Protokol’ün 3. maddesi sadece bir adli hata nedeniyle verilen mahkumiyet dolayısıyla ceza çekmiş bir kişi için geçerlidir.” Bkz. Sekanina v. Avusturya, no. 13126/87, 25 Ağustos 1993, pr. 25; Tendam v. İspanya, no. 25720/05, 13 Temmuz 2010, pr. 31.

önüne alınırsa genel olarak pek çok farklı madde ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin ihlalinin ve tazminat hakkının gündeme gelebileceği de hatırd tutulmalıdır.¹⁰⁷⁰

Bir diğer açıdan da yalnızca tazminat istenmesinin düzenlenmesi konusunda değil, aynı zamanda tazminat istenmesine ilişkin yapılacak olan yargılamada da yine AİHS'de öngörülen güvencelerin sağlanması zorunludur. Tazminat konusunda yapılan yargılama aşamasında da Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükler ihlal edilmemeli ve Sözleşme'de yer alan tüm güvenceler sağlanmalıdır. Nitekim AYM tarafından da koruma tedbiri nedeniyle tazminat davası bu yönüye ele alınmış ve AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle; AYM de örneğin Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarına ilişkin yargılamalarda “gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dahil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vererek” ele almıştır.¹⁰⁷¹ Bu yüzden de somut olayın koşulları içinde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu, tıpkı koruma tedbirlerinde olduğu gibi AİHS ve ek protokollerinde yer alan hak ve özgürlüklerin pek çoğu ile dolaylı olarak bağlantılı olup, bu konu, AYM ve AİHM nezdinde Anayasa'nın ve AİHS'nin pek çok farklı maddesinin ihlali iddialarıyla ilgili olarak gündeme gelebilmektedir.

Özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin tazminat hakkının düzenlendiği AİHS'nin 5/5. maddesi bakımından AİHM kararları incelendiğinde öncelikle şu tespitler yapılabilir: AİHM, “Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasında ifade edilen tazminat hakkının, bu

¹⁰⁷⁰ Sözleşme ve ek protokollerde yer alan çeşitli haklarla bağlantılı olarak gündeme gelen tazminat konusu çalışmada ilgili yerlerde yeri geldikçe ele alınmıştır.

¹⁰⁷¹ Ömer Boğurcu Başvurusu, no. 2014/2238, 8/9/2014, pr. 14. AYM tarafından “söz konusu dört yıl dört ay yirmi altı gün devam yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu” sonucuna varılarak Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bkz. Haydar Kahraman Başvurusu, no. 2014/6787, 19/11/2014, pr. 32-33.

hükümün diğer fıkralarından birinin ihlal edilmiş olduğunun ulusal bir makam veya Sözleşme kurumları tarafından tespitini gerektirdiğini” belirtmektedir.¹⁰⁷² Bu tespitten sonra da bir ihlalin varlığı halinde bu kez uğranılan zararlar ilgili olarak tazminat isteminde bulunma olanağına sahip olup olmadığının tespiti yapılmaktadır.¹⁰⁷³

Bu nedenlerle de Sözleşme’nin 5. maddesinin 1 ila 4 fıkralarına ilişkin bir ihlalin yerel mahkemelerce ya da AİHM’nin kendisi tarafından doğrudan veya özü itibarıyla tespit edilmemiş olması halinde, bir başvuranın Sözleşme’nin yalnızca 5/5. maddesine dayanarak ileri sürdüğü iddia değerlendirilmemektedir. AİHS ve AİHM yaklaşımı açısından tazminat hakkının sınırlayıcı olduğu dile getirilebilirse de¹⁰⁷⁴ çalışmanın konusu itibarıyla yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri özelinde yasal mevzuat AİHS’nin açık düzenlemeleri ve AİHM içtihadı kapsamında insan hakları ışığında yorumlanmalıdır.

Mevzuatta yer alan düzenlemeler değerlendirildiğinde, CMK’da yer alan düzenleme ile Anayasa ve AİHS’de genel olarak yer alan tazminat hakkının güvence altına alınmaya çalışılmış olduğu sonucuna varmaktayız. Anayasa’nın 19. maddesinin son fıkrası AİHS’nin 5/5 maddesi ile, Anayasa’nın 40. maddesi de AİHS’nin 13. maddesi ile benzer/paralel düzenlemeler içermektedir. Bu genel düzenlemeler, CMK’da koruma tedbirleri bakımından oldukça ayrıntılı şekilde düzenlenmeye çalışılmıştır. O halde ulusal hukuk bakımından bu konuda bir yasal düzenleme mevcuttur ve bu oldukça önemlidir ancak CMK’da belirtilmiş olan tazminat nedenlerinin, tazminat isteme koşullarının ve bu

¹⁰⁷² N.C. v. İtalya, no. 24952/94, 11 Ocak 2001, pr. 49; Paşa Bayraktar ve Aydınkaya v. Türkiye, no. 38337/12, 16 Mayıs 2017, pr. 34-35.

¹⁰⁷³ Ergezen v. Türkiye, no. 73359/10, 8 Nisan 2014, pr.54.

¹⁰⁷⁴ Örneğin öğretide niçin yalnızca 5. maddede bu şekilde bir düzenleme yapıldığı – örneğin işkence mağdurlarının tazminat hakkına karşılık gelen bir düzenleme olmaması- ya da bu güvencenin etkililiği konusuna dikkat çekilmiş ve bazı tereddütler dile getirilmiştir. Bu konuda bkz. TRECHSEL, 2006, s. 496-497.

yolun etkili olup olmadığının ve bu düzenlemelerin genel anlamda AİHS kapsamında tüm güvenceleri sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle gerek Anayasa’da tazminat hakkının kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda Anayasa’da yer alan hususlarla sınırlı olduğu gerek CMK’da tazminat nedenleri ve kimlerin tazminat isteminde bulunabileceğinin tek tek ve sınırlı olarak belirtilmiş olması ve daha sonra yapılan değişiklik ile genişletilmeye çalışılması nazara alındığında¹⁰⁷⁵ maddenin bu haliyle temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından sorunlu olduğu sonucuna varmaktayız.

Her ne kadar CMK m.141 ve devam eden maddelerde yer alan hükümlerin AİHS md. 5/5 ile uyumlu olarak düzenlenmiş olduğu¹⁰⁷⁶ ve hatta CMK md.141-j nedeniyle AİHS’den de ileri bir koruma ya da daha geniş bir güvence sağladığı öğretide dile getirilmişse de¹⁰⁷⁷ kanaatimizce bu düzenleme bir bütün olarak AİHM içtihadı kapsamında değerlendirildiğinde hala gerek yasal düzenleme nedeniyle gerek bunun uygulanması konusunda çok ciddi sorunlar mevcuttur. Bu kapsamda; CMK’da

¹⁰⁷⁵ CMK md. 141/1. madde gerekçesinde; “Usul kurallarına uymama veya keyfî adlî işlemler nedeniyle, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişilerin uğrayabilecekleri maddî veya manevî zararlar”dan bahisle bu hallerin teker teker maddede gösterildiği ifade edilmiştir. Daha sonra bu tezin yazım aşamasında CMK’nın 141. maddesine yeni bir fıkra eklenerek; “Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir” düzenlenmesi getirilmiştir. Ancak değişiklik madde gerekçesinde değişikliğe ilişkin ayrıntılı bir açıklamaya ya da bir gerekçeye yer verilmemiştir. Bkz. 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun’un 70. maddesi.

¹⁰⁷⁶ Bkz. TEZCAN ve diğerleri, 2016, s.211.

¹⁰⁷⁷ ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 560. (Bu görüş, md.144/1-a ayrıntı tutularak dile getirilmiştir. Nitekim bu bent, 11/4/2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.)

düzenlenmiş olan bu tazminat nedenleri Anayasa ve AİHS kapsamında incelendiğinde bazı önemli tespitlerin yapılması gerekmektedir.

CMK’da tazminat nedenleri ve kimlerin tazminat isteminde bulunabileceği önce tek tek ve sınırlı olarak belirtilmiş devamında da bu “haller dışında suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dahil olmak üzere” tazminat davası açılabilceği belirtilmiştir;¹⁰⁷⁸ Anayasa’da tazminat nedenleri ise; kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin maddede yer alan “esaslar dışında bir işleme tabi tutulma” hali¹⁰⁷⁹ ve daha genel olarak da “resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler”¹⁰⁸⁰ ve “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar”¹⁰⁸¹ şeklinde sıralanabilir. AİHS gereğince de tazminat nedenleri, gerek özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlenmiş olduğu 5. madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işlemine maruz kalma gerek genel olarak Sözleşme ve ek protokollerinde yer alan hakların ihlali şeklinde sıralanabilir.

Bu itibarla CMK düzenlemesinin öncelikle; CMK’da düzenlenmiş olan koruma tedbirlerinin ya da bu koruma tedbirlerine maruz kalan kişilerin haklarının tamamını içermeyişi ve içerdigi koruma tedbirleri bakımından da kanunda yer alan tüm koşullara aykırılık durumunda tazminat istenebileceği hususunun düzenlenmediği görülmektedir. Bu nedenlerle de; kanaatimizce CMK’daki bu konudaki düzenlemeler, bu haliyle koruma tedbirlerinin ya da var olan hakların bütününi kapsayacak şekilde bir tazminat hakkı vermekten uzaktır. Nitekim maddede yapılan değişiklik ile 3. fıkrada yer alan “diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere” ifadesi her ne kadar maddenin

¹⁰⁷⁸ CMK md. 141/3.

¹⁰⁷⁹ 1982 Anayasası md. 19/son.

¹⁰⁸⁰ 1982 Anayasası md. 40.

¹⁰⁸¹ 1982 Anayasası md. 129/4.

uygulanabilirliğini genişletmiş ise de maddenin bu haliyle de tüm koşulları kapsayacak, açık bir düzenlemesi olmadığı ve karışıklığa da yol açtığı vurgulanmalıdır.

İlave olarak, CMK'daki koruma tedbirlerinin tamamına hukuka aykırı olarak başvurulması veya bunların hukuka aykırı olarak uygulanmasının, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilecek haller kapsamında açıkça düzenlenmemesi temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması konusunda çok önemli/ciddi bir eksikliktir. CMK'da ayrı bir madde altında “kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden” hangilerinin tazminat isteyemeyeceği de düzenlenmiştir.¹⁰⁸² CMK'da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu düzenlenirken, koruma tedbirlerinin tamamı değil yalnızca bazı koruma tedbirleri ile ilgili olarak ve bu koruma tedbirlerinden de yalnızca maddede sayılan durumlarda tazminat istenebileceği hususunun düzenlenmesi devamında 2013 ve 2014 yıllarında eklenen fıkralar ile genel bir düzenleme yapılmış olması, yasa tekniği ve uygulama bakımından başlı başına önemli bir sorundur.

Bu anlamda AİHS'de özgürlüğünden yoksun kalan kişiler bakımından tanınan hakların birçoğunun CMK md.141 kapsamında olmaması bu düzenlemenin bu açıdan da etkili bir tazminat mekanizması sağlayamadığını teyid etmektedir.¹⁰⁸³ Örneğin AIHM

¹⁰⁸² CMK md.144.

¹⁰⁸³ Bu maddenin etkililiği hususunun sağlanabilmesi için halen çaba sarf edilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planının Özgürlük ve Güvenlik Hakkı ihlallerinin önlenmesi başlıklı kısımda bu konuda; “Hukuka aykırılık içeren gözaltı ve tutuklama işlemlerinden dolayı kesinleşmiş bir karar bulunmaksızın tazminat davası açılabilmesinin temini için, bu konuda gelişen AIHM ve Yargıtay içtihatlarının uygulamadaki etkisinin ve [AYM'nin] bireysel başvuruya ilişkin uygulamalarının izlenerek gerekirse kanuni düzenleme yapılması.” ve “6459 sayılı Kanun ile getirilen yakalama veya tutuklama işlemine karşı CMK'da öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarının tazmin edilmesi hakkına ilişkin düzenlemenin uygulamadaki etki analizinin yapılması” hususlarına yer verilmiştir. Resmi Gazete Tarih: 1 Mart 2014, Sayı: 28928. Bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/eylemplan.pdf>, [Erişim Tarihi:

tarafından da Sözleşme'nin 5/4. maddesinde yer alan hakkın özellikle de serbest bırakılma için bir mahkemeye başvurma hakkının, bu kapsamda olmadığına değinilmiştir ve bu durum da tazminatın etkili bir yol olmadığını göstermekte Sözleşmenin özellikle de md.5/5'in ihlaline sebebiyet verebilmektedir.¹⁰⁸⁴

Bir diğer yandan madde bu haliyle, verilecek hükmün niteliği dikkate alınarak bir ayırım yapılmış olması nedeniyle de sorunludur. Bu konuda CMK'da bir ayırım yapılmış olduğu görülmektedir: CMK md.141/1-e'de; "kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen" kişilerden bahsedildiği için, bu iki hüküm dışında tazminat verilemeyecektir.¹⁰⁸⁵ Yani, "ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı" verilmesi durumunda¹⁰⁸⁶ tazminat verilemez.¹⁰⁸⁷

23.10.2019.] Ayrıca bu eylem planı referans alınarak yeni bir eylem planı çalışmaları da halen devam etmekte olup 2019 yılı boyunca çeşitli toplantılar gerçekleştirilmiştir. Bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/Home/Arama>, [Erişim Tarihi: 01.02.2020.] Bu konudaki son eylem planı için de bkz.

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/5122019134136EYLEM%20PLANI.pdf>, [Erişim Tarihi: 01.02.2020.]

¹⁰⁸⁴ Bkz. Ergezen v. Türkiye, no. 73359/10, 8 Nisan 2014, pr. 57. Bu konuda daha sonra 2013 yılında madde metninde değişiklik yapıldığı ve eklenen k bendi nazara alındığında dahi etkili bir yolun sağlanamadığı belirtilmelidir.

¹⁰⁸⁵ Hüküm konusunda bkz. CMK md. 223.

¹⁰⁸⁶ Bkz. CMK md. 223/1.

¹⁰⁸⁷ Benzer görüş için bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 568-569. GÜNAY Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.93-94. Ancak öğretilerde bu durum eleştirilmiş ve "CMK md.223/3 hükmü göz ardı edilerek derhal beraat kararı verilecek yerde durma, düşme ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiş ise, tazminata hükmedilebilmelidir" denilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 569.

Bu durum eksiklik ve önemli bir sorun olmakla birlikte öncelikle beraat konusunda CMK’da beraat kararının gerekçesine göre bir ayırım yapılmamış olmasının AİHM içtihadı ile uyumlu olduğu söylenmelidir. CMK gereğince beraat kararı çeşitli farklı durumlarda verilebilmekte ise de¹⁰⁸⁸ tazminat konusunda beraatin hangi gerekçe ile verilmiş olduğu önem taşımaz. AİHM’nin yerleşmiş içtihadında da; kesinleşen bir beraat kararından sonra bir sanığın masumiyeti hakkında şüpheler ifade edilmesinin artık kabul edilemeyeceği ve yargılama makamı tarafından “beraat kararı verilirken kabul edilen gerekçe ne olursa olsun”, tüm makamların bu karara uymaları gerektiği belirtilerek tazminat konusunda da benzer bir değerlendirmenin yapılması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁸⁹ Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar bakımından da benzer durum geçerli olup kararın içeriği önemli değildir.¹⁰⁹⁰

Tazminat konusunda ayrıca sorunlu olan pek çok konu daha vardır. Örneğin; CMK’da yer alan süre ile ilgili düzenleme, özellikle de tazminat nedenleri incelendiğinde sorun yaratmaktadır; herhangi bir kararın verilmesinin gerekmediği tazminat nedenlerinde kanunda yazan sürenin nasıl belirleneceği, kesinleşme ve tebliğ konuları, ilgili merci tarafından hakların bildirilmediği durumlar gibi hususlar tereddütlere neden olmaktadır. Ayrıca yargılama ve dava usulünde de; örneğin yetkili ve görevli mahkeme, duruşma yapılması, yasal yardım ve vekalet ücreti¹⁰⁹¹ ile tazminat miktarının hesaplanması hususları da sorun yaratabilmektedir.

¹⁰⁸⁸ Bkz. CMK md.223/2.

¹⁰⁸⁹ Tendam v. İspanya, no. 25720/05, 13 Temmuz 2010, pr. 36-39. Ayrıca krş. Sekanina v. Avusturya, no. 13126 /87, 25 Ağustos 1993, pr. 28-31.

¹⁰⁹⁰ CMK md.171/1; md. 172.

¹⁰⁹¹ Örneğin bu çalışmanın yazım aşamasında yapılan değişikliklerden biri de bu tip tazminat davalarında vekalet ücretine ilişkin husustur. CMK’nın 142/9 maddesinde yapılan bu değişiklik, mülkiyet hakkının ihlaline sebebiyet verdiği iddiasıyla AYM önünde de çok yakın zamanda gündeme gelmiş ancak AYM

Bir diğ er açıdan ulusal makamlar ya da ilk derece mahkemeleri tarafından belirli bir tazminatın ödenmesine karar verildiğ i durumlarda bu tazminat miktarının yeterli olmaması halinin kişi özgürlük ve güvenlik hakkını ihlal edip etmediğ i konusu önemli olup bu aşamada da miktarın belirlenmesi konuları sorunludur.¹⁰⁹² Bu konuda AİHM tarafından bir başvurucunun kendisine ödenen tazminat miktarının açıkça yetersiz olduğı kanaatine varması durumunda yine de ihlal iddiasında bulunabileceğ i bununla birlikte, hükmedilen miktarın, “Mahkeme’nin benzer durumlarda verilmesine hükmettiğ i tazminat miktarından düşük olmasının, tek başına Sözleşme’nin 5. maddesinin 5. fıkrasının ihlâl edilmesine neden olmayacağı” belirtilmektedir.¹⁰⁹³

Bu konudaki AİHM ve AYM yaklaşımı paraleldir ve mahkemelerin tazminat için “somut olayın koşullarına göre takdir yetkisi bulunmakla birlikte meydana gelen ihlalle orantılı olmayan önemsiz miktarda bir tazminat” belirlenmesi halinin ise ihlal olacağı vurgulanmalıdır.¹⁰⁹⁴ Yine AYM’nin önüne gelen bireysel başvurularda yerel mahkemenin “kişinin Anayasa’nın 19. maddesinin ilk sekiz fıkrasında belirtilen esaslara

meşru beklenti vurgusu yapmış ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 168. Maddesi gereğ i avukatlık ücretinin takdirinde hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiğ i tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı şeklindeki hüküm kapsamında “Hukuki bir temeli bulunmayan bu iddianın meşru bir beklenti oluşturmayacağı” görüşüyle mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmış ve bu iddiayı konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Bkz. M.Ş.T. Başvurusu, no. 2018/17073, 26/2/2020, pr.21-27.

¹⁰⁹² AİHM kararlarına göre; tazminat miktarı, olayın koşullarına; tutulma şartları, başvurucunun sağlığı, mesleğ i, sosyal ve aile yaşamı üzerindeki etkisi ile süresine bağlıdır. Bu konuda ayrıca bkz. TRECHSEL, 2006, s. 501. Ayrıca tazminat konusunda verilen yargı kararlarından örnekler için bkz. DÜZGÜN – ELMACI, 2010, s.147-230.

¹⁰⁹³ Bkz. Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.127-128. Ayrıca bkz. Vedat Doğru v. Türkiye, No. 2469/10, 5 Nisan 2016, pr. 42 ve 64.

¹⁰⁹⁴ Bkz. M.E. Başvurusu, no.2018/696, 9/5/2019 pr.48.

aykırı bir işleme tabi tutulduğu” konusunda bir tespitinin olması halinde kendi yapacağı incelemenin tazminat miktarı ile sınırlı olduğunu vurguladığı da belirtilmelidir.¹⁰⁹⁵ Tazminat miktarının ne olacağı konusunda ise somut bir ölçü söz konusu olmamakla birlikte AYM tarafından yeni yeni verilen kararlarda bir “ölçü” belirlemesi yapılmaya çalışıldığı söylenebilir.¹⁰⁹⁶

Tüm bu hususların yanı sıra CMK’da yer alan tazminat nedenlerinin ulusal makamlar tarafından değerlendirilmesinin AİHM’nin incelemesine de tabi olduğu¹⁰⁹⁷ ve Sözleşmede öngörülen hakların tazminat yargılaması bakımından da sağlanması

¹⁰⁹⁵ M.Ş.T. Başvurusu, no. 2018/17073, 26/2/2020, pr.35.

¹⁰⁹⁶ Nitekim AYM tarafından bu konuda gözetimin hukuka aykırı olması nedeniyle bugüne kadar bir ihlal kararı verilmediği belirtilmiş ve Baydan Başvurusunun ölçü alınabileceği şu şekilde ifade edilmiştir: “Mehmet Baydan (B. No: 2014/16308, 12/4/2018, § 84) kararında başvuru, herhangi bir suç isnadı olmaksızın polislerce karakolda kısa bir süre (36 dakika) tutulmuştur. [AYM] başvuru konusundaki şikâyeteye konu tutulma hâlinin Anayasa’nın 19. maddesi kapsamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale edilmesine imkân tanınan durumların hiçbirine girmediği sonucuna varmış ve başvurucuya 5.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Dolayısıyla bu kararın somut olay bakımından ölçü alınabileceği anlaşılmaktadır.” Bkz. M.E. Başvurusu, no.2018/696, 9/5/2019 pr.51. Ayrıca yine Mehmet Baydan kararının ölçü alındığı değerlendirmeler için bkz. Bkz. M.Ş.T. Başvurusu, no. 2018/17073, 26/2/2020, pr.39.

¹⁰⁹⁷ AİHM, somut olayın koşulları içinde yerel mahkeme tarafından tazminat konusunda yapılan yargılamayı da değerlendirmektedir. Örneğin, bir olayda, dava dosyasında aksini gösteren deliller olmasına rağmen ulusal makamlarda yapılan yargılamada aksine birçok delil olmasına rağmen, başvuranın “gerçekten göz altına alınmadığı” belirtilerek somut olayda keyfi tespitlerde bulunduğu belirtilmiştir. AİHM bu gerekçelerle de başvuranın, kanuna aykırı olarak yakalanması konusunda uygulanabilir bir haktan mahrum bırakıldığı ve AİHS’nin 5/5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. Fedotov v. Rusya, no. 5140/02, 25 Ekim 2005, pr. 86-87.

zorunluluğu¹⁰⁹⁸ gözetildiğinde tazminat konusundaki düzenlemelerin ve sorunların AİHS bakımından çeşili farklı açılardan değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Tazminat hakkı ile ilgili yasal mevzuatımız AİHM içtihadı ışığında ele alındığında pek çok ayrı açıdan bu konuda sorun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. AİHM'nin Türkiye hakkında vermiş olduğu pek çok kararda da hem 466 sayılı Kanun'da öngörülen düzenlemelerin hem de CMK md.141 ve devam eden maddelerin etkili bir tazminat hakkı sunmadığı görüşünün dile getirilmiş olduğu görülmektedir.¹⁰⁹⁹

Nitekim AİHM Türkiye ile ilgili kararlarında bu konudaki iç hukuku değerlendirmiş ve CMK maddde 141 ile ilgili genel olarak; bu maddenin bazı sınırlı durumlarda tazminat talebinde bulunma imkanı verdiğini, etkililik konusunda bu hakkın mirasçılar tarafından kullanılması konusuna da vurgu yaparak¹¹⁰⁰ özellikle de AİHS md. 5/4 anlamında çözüm üretecek bir başvuru yolu olmadığını ve Hükümet tarafından da bu

¹⁰⁹⁸ Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemli davalarda da örneğin, Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında yer alan hakların sağlanması gerekmekte olduğundan AİHM bu yargılama bakımından da genel kriterlerini-yerleşmiş kriter listesini- tekrarlamaktadır. Bkz. Ali Rıza Doğan v. Türkiye, no. 50165/99, 22 Aralık 2005, pr. 36.

¹⁰⁹⁹ Örneğin bkz. Sinan Tanrikulu ve Diğerleri v. Türkiye, no. 50086/99, 3 Mayıs 2007. Bu konuda ayrıca bkz. ŞİRİN, 2018, s.259. AİHM nezdinde Türkiye aleyhine bu konuda yapılan şikayetlerde, Türkiye hükümetinin savunmalarında sıklıkla CMK md. 141'e dayandığı, başvuruların hem Anayasa md. 19 hem de ayrıca buna ilave olarak da somut olayda söz konusu fiillerin tarihine göre, özel hüküm olması nedeniyle, kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kimselere tazminat verilmesi hakkında 466 sayılı Kanun'un 1. maddesine dayanabileceklerini belirtmekte olduğu görülmektedir. AİHM'nin ise bu savunmaya cevaben dava dosyasında hükümet tarafından dile getirilen bu hükümlere dayanarak Sözleşmenin 5/5. maddesinde yer alan tazminatı alan bir kişiye ilişkin örnek olmadığını belirttiği ve bu savunmayı kabul etmediği anlaşılmaktadır. Bkz. örneğin Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997, pr. 59-60.

¹¹⁰⁰ Ergezen v. Türkiye, no. 73359/10, 8 Nisan 2014, pr. 27 ve 58.

maddeye dayalı tazminat verilmesi ile ilgili yargı kararları sunulamadığını belirtmiş olduğu görülmektedir.¹¹⁰¹

Buna karşın AİHM tarafından bu konuda verilen son zamanlardaki kararlar incelendiğinde ise CMK'nın 141. maddesi ile ilgili farklı açılardan farklı yaklaşımla kararlar verildiği gözlemlenmektedir. Nitekim AİHM tarafından "CMK'nın 141. maddesinde öngörülen hukuk yolunun erişilebilir olduğu" sonucuna varılarak "söz konusu hukuk yolunun, başvuranın Sözleşme'nin 5/3 maddesi kapsamında şikayetini uygun şekilde düzeltmeye elverişli olmadığını ve makul ölçüde başarı imkanı sunmadığını kanıtlar herhangi bir unsura da vakıf olmadığı" belirtilmiş,¹¹⁰² bu karar tekrar eder şekilde son güncel kararlarda da yer bulmuş ve kabul edilemezlik kararları verilmiştir. Bu kapsamda AİHM'nin bu konuda farklı kararlar verdiği, güncel yaklaşımının uzun tutukluluk süresi ile ilgili ihlal iddiaları bakımından başvuruçuların CMK'nın 141. maddesinde düzenlenen hukuk yolunu tüketmeleri gerektiği şeklinde olduğu gözlemlenmektedir.

Bu konuda AYM kararları da AİHM içtihadı ile uyumludur. Nitekim AYM de AİHM gibi, "uzun süren tutukluluklarla ilgili ihlallere ilişkin olarak davanın sonucunun beklenmesinin gerekli olmadığı yönündeki Yargıtay kararları" ile birlikte¹¹⁰³ "5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi ile öngörülen hukuk yolunun, başvuruçuların şikayetleri açısından erişilebilir ve elverişli bir çözüm olanağı ve makul ölçüde bir başarı imkanı sunduğu görülmektedir[;] bu yol bir yandan başvuruçuların maruz kaldığı tutukluluk süresinin tespiti, diğer yandan da bu tutukluluk nedeniyle uğradıkları zararın tazmini

¹¹⁰¹ Bu konularda bkz. Çelik v. Türkiye, no. 6670/10, 17 Mart 2015, pr. 25; Ergezen v. Türkiye, no. 73359/10, 8 Nisan 2014, pr. 57.

¹¹⁰² Gürceğiz v. Türkiye, no. 11045/07, 15 Kasım 2012, pr. 32.

¹¹⁰³ ŞİRİN, 2018, s.262-263.

imkanını sağlamaktadır” denilerek¹¹⁰⁴ “başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı” vermiştir.¹¹⁰⁵

Bir diğer yandan AİHM sıklıkla; “CMK’nın 141. maddesinin, koruma tedbiri olarak tutuklamaya maruz kalan bir kişi için sınırlı bir şekilde belirtilen bazı durumlarda tazminat talep etme imkanını öngördüğünü tespit etmekte” ve “başvuranın tazminat elde etmek için bir hukuk yoluna sahip olduğunu” belirterek somut olay özelindeki ihlal iddiaları kapsamında değerlendirme yapmaktadır.¹¹⁰⁶ Ayrıca AİHM tarafından özellikle de yakalama emri üzerine tutuklanma hali ile de bağlantılı olarak iç hukukumuz ve Yargıtay uygulaması kapsamında yapılan tespitler de tekrar eder şekilde kararlara yansımıştır.¹¹⁰⁷

Buna karşın AİHM tarafından 2017 tarihli kararlarda dahi, eski kararlarını tekrarla özellikle de CMK’nın 141. maddesinin tutukluluğun hukuka uygunluğuna itiraz edilebilmesi için etkili bir hukuk yolu olmayışı nedeniyle tazminat talebinde bulunma olanağını kapsamadığını ve Hükümet’in, başvuranla aynı durumda bulunan bir davacının, başarılı bir şekilde tazminat talebinde bulunduğu benzer bir mahkeme kararı sunmadığını belirtmekte, 5271 sayılı Kanun’un, Sözleşme’nin 5/5 maddesinin gerektirdiği gibi, 5/4 maddesi uyarınca başvurana etkili bir hukuk yoluna başvurması kapsamında uygulanabilir bir tazminat talebi hakkı sağlamadığını gözlemlediğini belirterek ihlal kararları vermektedir.¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁴ Murat Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/2257, 26/10/2016, pr.55.

¹¹⁰⁵ Murat Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/2257, 26/10/2016, pr.57.

¹¹⁰⁶ Vedat Doğru v. Türkiye, no. 2469/10, 5 Nisan 2016, pr.63-64.

¹¹⁰⁷ Salih Salman Kılıç v. Türkiye, no. 22077/10, 5 Mart 2013, pr.11; Vedat Doğru v. Türkiye, no. 2469/10, 5 Nisan 2016, pr.17.

¹¹⁰⁸ Bkz. Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye, no. 4807/08, 17 Haziran 2014, pr. 84; Aydın v. Türkiye, no. 34170/07, 16 Mayıs 2017, pr.40-41.

AYM tarafından ise konunun çeşitli açılardan ele alınmış olduğu bununla birlikte özellikle de CMK'nın 141. maddesinde yer alan dava yolunun genel olarak “duruma uygun telafi kabiliyetini haiz tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu” olduğunun belirtilmiş olduğu görülmektedir.¹¹⁰⁹

Bu itibarla AİHM tarafından CMK 141. madde kapsamında ihlal iddialarının niteliğine göre farklı kararlar verildiği, AİHM yaklaşımının zaman içinde bazı konularda değiştiği, AİHM'nin tazminat hakkı ve CMK 141.madde konusunda yerleşmiş temel ilkelerinin de olmadığı, AYM içtihadının AİHM'nin son zamanlarda verdiği kabul edilemezlik kararlarına ve genel olarak da bu yolun etkili bir hukuk yolu olduğu şeklindeki yaklaşıma paralel olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte CMK'nın ilgili maddelerinde 2005-2013-2014 ve 2017-2018 yıllarında çeşitli değişikliklere gidilmiş ve birtakım eklemeler ve değişiklikler ile madde metni netleştirilmeye çalışılmış ise de genel olarak AİHM tarafından dile getirilen sorunların devam ettiği dahası AİHM tarafından CMK'nın 141. maddesinin tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olup olmadığının farklı şekillerde değerlendirildiği söylenmelidir.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁹ Bu konuda AİHM kararları ile AYM kararları ve çeşitli tespitler için ayrıca bkz. ŞİRİN, 2018, s.267-268.

¹¹¹⁰ Yukarıda belirtilen kararlara ilave olarak örneğin Mergen kararında AİHM konunun Demir davasından ayrı tutulması gerektiğini belirtmiş ve “ulusal mahkemelerin özgürlükten yoksun bırakmanın yasaya uygun olup olmadığını inceledikleri bir davada CMK'nın 141. maddesinin e) bendinin başarılı bir şekilde ileri sürüldüğü davalara ilişkin herhangi bir örnek sunmadığını kaydetmiş” ve kabul edilebilirlik kararı vermiştir. Bkz. Mergen ve diğerleri v. Türkiye, No. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09, 31 Mayıs 2016, pr. 33-38. Ancak 2017 tarihli bir başka kararda ise; “başvuranın, CMK'nın 91. maddesinin 5. fıkrasına ve aynı kanunun 141. maddesinin 1. fıkrası a) bendine dayalı bir talebi ulusal yargı makamlarına sunması gerektiği ancak bunu yapmadığı” kanaatine vararak “ilgilinin yakalanmasına ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bağlamındaki şikâyetini, iç hukuk yollarını

Yine, AİHM tarafından verilen son zamanlardaki kararlarda iç hukuk mekanizmasına atıf yapılarak başvuranın tazminat elde etmek için bir hukuk yoluna sahip olduğunun belirtildiği de hatırd tutulmalıdır.¹¹¹¹ Tüm bunların yanı sıra Anayasa ve özel hukuk hükümleri gereği sorumluluk ve tazminat davası açılma olanağı bulunması gerektiğine de şüphe yoktur.

Bir diğer yandan somut olaylarda yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından genel olarak yasal koşullara uygun olmadan yapılan bir işlem olduğu yönündeki iddialar bakımından AYM'nin ikincilik ilkesi kapsamında kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin somut olayda başvuru, “[CMK’da] belirtilen koşullara aykırı olarak yakalama ve gözaltı işlemlerinin yapıldığını, yakalamayı ve gözaltına almayı gerektirecek durumun ne olduğunun belirtilmediğini, tutanak tutulmadan üst araması yapıldığını” iddia ederek “kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür”.¹¹¹² AYM de konuyu “CMK’nın 141. Maddesi” ve “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 15/5/2012 tarihli ve 2011/20114 E, 2012/12183 K. sayılı kararına” atıfla ele almış ve “uygun giderim” ve “ikincilik ilkesi” gereği, “başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna” karar vermiştir.¹¹¹³

tüketmemiş olması nedeniyle” kabul edilemez bulmuştur. Bkz. Mustafa Avcı v. Türkiye, no.39322/12, 23 Mayıs 2017, pr.67. Ayrıca bu konuda bkz. Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018, pr.73-76.

¹¹¹¹ Örneğin bkz. Vedat Doğru v. Türkiye, no. 2469/10, 5 Nisan 2016, pr.63-64. Ayrıca bkz. Elçi ve Diğerleri v. Türkiye, no. 63129/15, 15 Aralık 2016, pr. 86.

¹¹¹² Zeki Bingöl Başvurusu, no. 2013/6576, 18/11/2015, pr. 52.

¹¹¹³ Zeki Bingöl Başvurusu, no. 2013/6576, 18/11/2015, pr. 52-62. Bu konularda ayrıca bkz. Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015, pr.68-72; Hidayet Karaca Başvurusu, no. 2015/144, 14/7/2015, pr. 53-64; İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya Başvurusu, no: 2013/3193, 15/10/2015, pr.44-47.

Benzer şekilde bir başka olayda AYM tarafından bu dava yoluna başvuru usulü ile ilgili olarak yakalama nedenlerinin bildirilmemesi ile ilgili olan dava bakımından “asıl davanın sonuçlanmasına gerek olmadığı” ve “[CMK md. 141] hükümlerine göre tazminat talep edilmesinin mümkün olduğu” belirtilmiş¹¹¹⁴ bu anlamda AYM, “bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun ikincil niteliği ile bağdaşmadığı” sonucuna vararak, “başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı” vermiştir.¹¹¹⁵

Bu itibarla öncelikle bu konudaki AYM kararlarının AİHM kararları ile paralel olduğu vurgulanmalıdır ayrıca AYM kararları incelendiğinde sıklıkla bu konuda CMK md.141 gereği tazminat haklarının kullanılmamasına değinildiği görülmekte bununla birlikte her ne kadar bu yolun etkili olduğu belirtilmiş ise de yukarıda yer verilen kararlar dışında henüz bu yolun kullanılması sonrasında yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından bu yolun etkililiği ve AİHM ile uyumu konusunda esasa ilişkin bir değerlendirme yapılamadığı anlaşılmaktadır.

AYM tarafından verilen bu konudaki güncel kararda da; “kanunda öngörülen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihadına atıf yapılarak-” 141. maddeye değinilmiş¹¹¹⁶ ve “tazminat davası açma imkanının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu” olduğu sonucuna varılmış, “başvurucu hakkında uygulanan yakalama ve gözaltı tedbirlerinin hukuka uygun olup olmadığı [141. madde] kapsamında açılacak davada

¹¹¹⁴ Bkz. Deniz Özfiat Başvurusu, no. 2013/7929, 1/12/2015, pr. 50.

¹¹¹⁵ Deniz Özfiat Başvurusu, no. 2013/7929, 1/12/2015, pr. 54-55. Ayrıca bkz. Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1631, 17/12/2015, pr. 150. Selma Irmak Başvurusu, no. 2016/32948, 7/3/2018, pr. 50.

¹¹¹⁶ Uğur Gürses Başvurusu, no. 2016/16201, 3/7/2019, pr. 47.

incelenebilir” denilerek¹¹¹⁷ bu yolun etkililiğine denilmiş neticeten de “başvurucu yönünden gözaltı tedbirinin hukuki olmadığına ilişkin iddia ile ilgili olarak” “başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı” verilmiştir.¹¹¹⁸ Bu konuda verilecek AYM kararları oldukça önemli olup AİHM içtihadı kapsamında ayrıntılı bir değerlendirme yapılması gerektiği de açıktır.

Tüm bu tespit ve değerlendirmelerimizin yanı sıra koruma tedbirlerinde tazminat hakkı yakalama koruma tedbiri bakımından ayrıca ele alındığında; her ne kadar CMK’nın 141. maddesinin 1. fıkrasında yakalama ile ilgili birtakım düzenlemeler bir tazminat nedeni olarak öngörülmüş olsa da yine de yakalama ile ilgili özellikle de yakalanan kişinin hakları ve hakkında yapılması gereken işlemler konusunda bazı eksiklikler bulunduğu sonucuna varmaktayız.¹¹¹⁹

Örneğin 141/1-g bendinde yakalanan kişiye yakalama nedenleri ve hakkındaki suçlamalar bildirilirken bunun “derhal” olması gerektiğine ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Benzer şekilde CMK md.141/1-h de durumun “yakınlara” bildiriminden bahsedilmiş, bizzat istediği kişiye bildirme konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.¹¹²⁰

Ayrıca 141/1-c bendinde yer alan kanuni hakların hatırlatılmasının ve yararlandırılmasının tutuklanma şartına bağlanması da yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin kanuni haklarının bildirilmesi hakkını tam olarak kapsamına almamaktadır.

¹¹¹⁷ Uğur Gürses Başvurusu, no. 2016/16201, 3/7/2019, pr. 48.

¹¹¹⁸ Uğur Gürses Başvurusu, no. 2016/16201, 3/7/2019, pr. 49-50.

¹¹¹⁹ CMK’nın 141. maddesinin 1. fıkrasına 11/4/2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile k bendi eklenerek “Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkanlarından yararlandırılmama” durumu da tazminat nedeni olmuş ise de maddenin halen tam bir güvence sağladığı söylenemez.

¹¹²⁰ Öğretide de bu konuda; belirtilen kişi yerine yakınına haber verilmesi durumunun tazminata yol açmayacağı belirtilmiştir. Bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 566-567.

Yasal yardım, yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında alınacak tedbirler ve zor kullanılması, sağlık kontrolü yapılması gibi konular da tazminat nedenlerinde ayrıca düzenlenmemiştir.

Yakalama koruma tedbirinin uygulanması aşamasında işlemi yapan kişi bakımından konuya yaklaşıldığında bir başka sorun daha çıkmaktadır. Herkesin yakalama yapabildiği durumlarda CMK md.141'in uygulama alanı bulup bulmayacağı konusu da sorunludur.¹¹²¹ Mevcut düzenlemede bu haliyle tek tek sayma yoluna gidildikten sonra ek fırka ile “birinci fıkrada yazan haller dışında” ifadesi ile bu sayılan hallerin de madde kapsamında olduğu söylenebilirse de hem maddenin sistematigi açısından bu düzenlemenin yerinde olmadığı hem de sorumluluk vurgusu yapılması ve ifade farklılığı nedeniyle madde içinde uyumsuzluk yaratıldığı kanaatindeyiz.

Tüm bu örnekler ışığında yakalama bakımından şu tespit ve çözümler sunulabilir. Anayasa ve AİHS tarafından da güvence altında olan özgürlüğünden yoksun kalmış kişilerin hakları yerine getirilmeden yapılan bir yakalama işleminin hukuka aykırı olacağına şüphe yoktur. O halde öncelikle CMK ilgili düzenlemesinde ya da detayları ayrı bir Kanun ile; Anayasa ve AİHS'ye uygun olarak tüm bu ihtimalleri kapsayacak bir yasa değişikliği yapılması gerekmektedir.

Mevcut düzenlemeler ışığında ise kanaatimizce; bu tip eksiklikler ve sorunlar bakımından ayırım yapıp uygun yorum yöntemiyle giderilebilenler bakımından örneğin,

¹¹²¹ Öğretide, bir görüşe göre, bu durumda devletin tazminat sorumluluğu yoktur. Bu görüşe göre; “kanunun lafzı bu takdirde de tazminat ödenmesine engel değilse de, devlet yetkisinin kullanılmasının söz konusu olmadığı bu halde CMK'nın tazminata ilişkin hükümleri uygulanamaz”. Bkz. ÜNVER – HAKERİ, 2012, s. 526. Benzer şekilde devlete izafe edilebilecek bir işlemin söz konusu olmadığı için olsa olsa yakalama yapan kişinin genel hükümlere göre kişisel sorumluluğuna gidilebileceğine ilişkin görüş için bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 561. Bu konuda ayrıca bkz. GÜNAY Erhan, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, 273 vd.

Kanunda yer alan yakınlarına ibaresi, CMK md.107’de yer alan “belirlediği bir kişiye” ibaresini de kapsayacak şekilde geniş düşünölmeli¹¹²² genel olarak da CMK md.141/1-a’da yer alan “kanunlarda belirtilen koşullar dışında yapılmış bir yakalama” olarak değeriendirilmeli yine somut olaylarda durumun 141. maddenin 3. fıkrası kapsamında olduğu ve kişinin tazminat hakkı isteyebilecek kişilerden olduğuna karar verilmelidir. AİHS’ye uygun yorum yöntemiyle giderilemeyecek olan düzenleme eksikliklerinde ve örneğın etkililik bakımından yaşanan sorunlarda ise bu sorunlar, bu konuda AİHS’nin özgürlük ve güvenlik hakkı başta olmak üzere ilgili hak ve özgürlükler ile ilgili AİHM içtihadının doğrudan uygulanması suretiyle çözümlenmelidir.

Gözaltı koruma tedbiri bakımından ayrıca değeriendirme yapıldığında da yakalama ile ilgili olarak dile getirmiş olduğumuz sorunlara benzer sorunların olduğu dahası yakalamaya nazaran gözaltı koruma tedbirinde çok daha önemli eksiklikler olduğu sonucuna varmaktayız.

İlk olarak; CMK’da tazminat nedenleri arasında gözaltıdan bahsedilmiştir ancak gözaltı ile ilgili olarak CMK 141 vd. maddeleri incelendiğinde bunun oldukça sınırlı olduğu görölmektedir. İkinci olarak, bir kişi koşulları oluşmaksızın gözaltına alındıysa bu, ayrı bir tazminat sebebi olarak düzenlenmemiştir ve önemli bir eksiklik oluşturur. Nitekim maddenin ilgili alt bendinde yakalama ve tutuklama bakımından bu husus; “Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen” şeklinde belirtilmiş bulunmaktadır. Maddede yer alan gözaltı ile ilgili düzenleme dikkate alındığında, gözaltı koşulları oluşmadan kişinin gözaltına

¹¹²² CMUK ve 466 sayılı Kanun dönemindeki benzer bir değeriendirme için bkz. FEYZİÖĞLU, (1993), s. 129-130.

alınması ancak süresi içinde hakim önüne çıkarılması durumunda tazminat istenenemesi gibi bir sonuca ulaşılabilecektir.¹¹²³ Bu durum da önemli bir sorundur.

Ayrıca benzer şekilde 141. maddenin 1. fıkrasının örneğin, c,e,g,h,k bentleri de doğrudan gözetli koruma tedbiri ile ilgili olduğu halde ilgili bentlerde gözetli koruma tedbirinden açıkça bahsedilmemiştir. Bu anlamda kanuni hakların bildirilmesi, kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilmesi, gözetli alma nedeni ve hakkındaki suçlamaların bildirilmesi, durumun yakınlarına bildirilmesi, kanunda öngörülen başvuru imkanlarından yararlanma gibi konuların gözetli bakımından ayrıca düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Bir diğer yandan gözetli açısından tazminat nedenleri arasında yalnızca hakim önüne çıkma ve gözetli geçiren sürelerle ilgili düzenleme yapılması yeterli değildir.

Bu itibarla da gözetli koruma tedbirinde tazminat konusunun hayli sorunlu olduğu ve CMK’da yer alan düzenlemenin hukuka aykırı olarak gözetli alınma işlemi bakımından etkili bir tazminat mekanizması sağlayamadığı sonucuna varmaktayız. Sorunların çözümüne yönelik olarak da şu değerlendirmeler yapılabilir; yakalama koruma tedbirinde olduğu gibi CMK’nın ilgili düzenlemelerinde ya da detayları ayrı bir Kanun ile; Anayasa ve AİHS’ye uygun olarak belirtilmek koşuluyla gözetli koruma tedbirine başvuru koşulları, usul ve korunan hak ve özgürlükler kapsamında tüm bu ihtimalleri kapsayacak bir değişiklik getirilmelidir.

Mevcut düzenlemeler ışığında gözetli koruma tedbirinde gözetli kavramı açıklanırken ortaya konulduğu üzere¹¹²⁴ tazminat ile ilgili madde metinlerinde yer alan

¹¹²³ Benzer görüş için bkz. ÖZTÜRK ve diğerleri, 2013, s. 562. Haksız olarak gözetli alınan kişilerin de 141/1-a hükmüne göre tazminat hakkına sahip olduğu görüşü için bkz. GÜNAY, 2018, s.64.

¹¹²⁴ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm altında “1. Yakalama”, “A. Kavram ve Amaç”, s.130vd. ve “2. 2. Gözetli”, “A. Kavram ve Amaç”, s.177vd.

“yakalama” ve “tutuklama” kavramlarının özerk yorumundan hareket edilmesi, burada yakalamanın gözaltıyı da kapsadığı şeklinde değerlendirme yapılması ve maddenin bu şekilde gözaltını da kapsayacak biçimde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca yakalamada olduğu gibi Kanunlarda belirtilen koşullar dışında gözaltına alma genel olarak tazminat nedeni olarak düzenlenmemiş olduğu için bu konuda yakalama bakımından yapmış olduğumuz genel yorum geçerli olamayacak gözaltı ile ilgili sorunlarda maddeye eklenen 3. fıkra kapsamında genel bir değerlendirme yapılabilecektir. Ancak bu değerlendirmenin de yeterli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu anlamda da gözaltı koruma tedbiri bakımından da AİHM kararlarının ulusal hukukumuz bakımından genel olarak tazminat hakkının etkililiği konusunda tatmin edici olmadığı, bununla birlikte AİHS’ye uygun yorum yöntemiyle giderilemeyecek olan düzenleme eksikliklerinde AİHS’nin doğrudan uygulanması suretiyle sorunların çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

CMK’da yer alan ve insan hakları ile doğrudan ve çok sıkı bir ilişki içinde olan koruma tedbirlerinin, yakalama ve gözaltına ilişkin hükümler özelinde insan hakları perspektifinden Anayasa ve AİHS kapsamında incelenmesi sonucu, insan haklarının korunmasına yönelik girişimlerin günümüzde ulaştığı noktada, AİHS ve ek protokolleri ile Anayasa ve CMK arasındaki ilişkinin ne olduğu ve bu iki koruma tedbirine ilişkin düzenlemeler özelinde bu ilişkinin yansımaları incelenmiş; bir başka ifadeyle, CMK’da yer alan koruma tedbirlerinin genel özellikleri ve yakalama ile gözaltı tedbirlerine ilişkin düzenlemelere Anayasa ve AİHS perspektifinden bakıldığında, bu düzenlemelerin ne ölçüde ortak olduğu ile ne ölçüde ortak olması gerektiği, bu itibarla da AİHS’nin etkisi, bu çalışma ile ortaya konmaya çalışılmıştır.

AİHS’nin yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine etkisinin ne olduğu ve ortaya nasıl bir sonuç çıktığı sorusu, her bir bölümde ayrı ayrı hak temelli olarak ilgili konular hakkında sırasıyla CMK’da, Anayasa’da ve AİHS’de yer alan düzenlemelerin ortaya konulması ve her üç metnin kıyaslaması yapılarak aralarındaki benzerliklere ve farklılıklara değinilmesi ve üç metnin insan hakları perspektifinden birbirleri ile uyumlu olup olmadıklarının incelenmesi suretiyle cevaplanmaya çalışılmıştır. Bu incelemede varılan sonuçların, yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin kavram, amaç, koşullar, süre gibi her bir konu başlığı bakımından farklı olduğu görülmüştür.

Bu normlar değerlendirmesinden sonra her bir konu hakkında ayrıca AİHM ile AYM’nin konuya ilişkin örnek kararları kapsamında bu iki Mahkemenin konu hakkındaki tespit ve belirlemeleri ortaya konmaya çalışılmış, sonuç olarak da yine her bir konu bakımından ayrı ayrı farklı sonuçlara ulaşılmış ve bunlar ilgili bölümlerde ayrıntılı şekilde yorumlanmıştır.

AİHS’nin etkisini belirlemeye yönelik olarak da öncelikle AİHS’nin hem uluslararası hukukta hem de ulusal hukukumuzda normlar hiyerarşisindeki yeri ve

yasama, yürütme ve yargı erki aracılığıyla etkilerinin uygulamaya ilişkin yansımaları değerlendirilmiştir. Bu kapsamda AİHS'ye taraf olan devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde Sözleşme'yi ulusal hukuka aktarmaları ya da ulusal hukuklarında aynı konumda bulundurma zorunluluğu konusunda açık ve doğrudan bir düzenleme olmadığından AİHS'ye taraf olan ve birbirinden farklı hukuki sisteme sahip olan pek çok devlet için AİHS'nin ulusal hukuka aktarılması ve ulusal hukuktaki yeri farklılık arz etmektedir. Ulusal hukukumuz bakımından da Anayasa'da 2004 yılında yapılan değişikliğe rağmen halen tartışmaların sonuçlanmadığı ve AİHS'nin gerek başlığı gerek ilgili maddeleri ya da bütünü dikkate alındığında, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma” niteliğinde olduğuna şüphe olmasa da normlar arasında bir çatışma olması halinde sorunların devam ettiği ve sorunların AİHS açısından dahi tereddütlere yol açtığı anlaşılmış, ilgili bölümlerde yer verildiği şekilde Anayasa-AİHS ya da CMK ile AİHS arasındaki çatışma halinde teori ve uygulamada farklı yaklaşımların sergilenebildiği gözlemlenmiştir.

Bu kapsamda genel olarak AİHS'nin ulusal hukukumuzdaki yeri/etkisi konularında Anayasa – AİHS ya da CMK – AİHS çatışması durumunda nasıl bir yol izleneceğinin kavramsal tartışmaları sona erdirecek şekilde net olarak belirlenmesinin; hukukun ve bu şekilde de hayatın tüm alanlarını doğrudan etkilemesi nedeniyle önemli olduğu sonucuna varmaktayız. Anayasa-AİHS çatışmasında AİHS'nin normlar hiyerarşisinde Anayasa'ya eşdeğer ve/veya Anayasa üstü olmadığı, açık çatışma durumunun uluslararası hukuktaki sorumluluk ile ilgili olduğu sonucuna varmaktayız.

Bu görüşümüz ile birlikte özellikle de yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri özelinde CMK – AİHS çatışması halinde de, AİHS ve ek protokollerinde yer alan hükümler ile bu konudaki AİHM kararlarının somut etkisinin Türk hukukunda yargısal makamlar tarafından bu düzenleme ve kararların nasıl yorumlandığı ve uygulandığı noktasında önem kazandığı görülmüş ve özellikle de AİHS'nin Türk hukukunda etkileri

konusunda ayrı bir yeri olması nedeniyle ulusal hukukumuzda hayli yeni olan AYM'ye bireysel başvuru yöntemi sonucu verilen kararlar ile her geçen gün şekillenen içtihat hukuku da değerlendirilerek; bu konuda belli başlı iki araç olan uygun yorum ve doğrudan uygulanma prensipleri açısından yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin her bir başlığı altında farklı sonuçlara ulaşılmıştır.

Gerçekten uluslararası antlaşmaların yargı erki aracılığıyla etkisini etkin şekilde sağlamada kullanılan önemli iki araçtan birisi uygun yorum, diğeri doğrudan uygulanma prensipleridir. Ulusal mevzuatımızda yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin niteliğine göre de varılan sonuçlar farklı olmuştur.

Bu kapsamda öncelikle yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından ilgili bölümlerde ayrıntılı şekilde belirtilen bazı yerlerde; mevzuat değişiklikleri yapılmasının faydalı olacağı sonucuna ulaşılmış ve yapılacak değişikliklerde temel hak ve özgürlükler lehine olan yaklaşımın esas alınması, bu yapılırken kavramsal birliğin de sağlanarak buna göre hem Anayasa'da hem de CMK'da değişikliğe gidilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

İkinci olarak, CMK'da yer alan yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemeler, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokol düzenlemeleriyle birlikte değerlendirilmeli ve mümkün olduğunca CMK'da yer alan düzenlemeler AİHS'ye uygun yorum prensibi ile yorumlanmalı ve somut olaya bu şekilde uygulanmalıdır.

Yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili olan düzenlemeler ile AİHS arasında açık bir çatışmanın olması halinde ise, örneğin CMK düzenlemeleri AİHS'ye kıyasla temel hak ve özgürlükleri daha kısıtlayıcı düzenlemeler içeriyorsa, CMK düzenlemelerinin bir kenara bırakılması, diğeri bir deyişle ihmal edilmesi ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın AİHS düzenlemelerinin o konuda doğrudan uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte, CMK'daki ilgili düzenlemeler, AİHS'ye kıyasla temel hak ve özgürlükleri korumak açısından daha üst standartlar içeriyorsa CMK ve AİHS esas

bakımından çatışmayacak ve CMK uygulama alanı bulacaktır. Her bir bölümde ve ilgili alt başlıklar altında vardığımız bu temel sonuçlar yasal düzenlemelere ve o konudaki AİHS'nin etkisine uyarlanmıştır.

Ulaştığımız bu sonuçlara; hem AİHS'nin hem de ülkemizin özel koşulları ve kendi iç dinamikleri gözetilerek varılmış olsa da gerek AİHS'nin kapsamı içinde bulunan hak ve özgürlükler ile Sözleşme'ye ek protokollerle yapılan değişiklikler gerek AİHM'nin yargılama usulleri, vermiş olduğu kararların nitelik ve içeriği temel araştırma probleminin altında incelenmiş, hazırlanmasının üzerinden yaklaşık 70 yıl geçen AİHS'nin güncelliği ve Sözleşme'nin ve AİHM yaklaşımının zamanın değişen ihtiyaçlarına ne kadar cevap verebildiği sorunu göz önüne alınmıştır. Bununla birlikte uzun yıllar önce AİHS'yi onaylayarak yürürlüğe koymuş ve Sözleşme'de yer alan AİHM'nin yargı yetkisini kabul etmiş ülkemizde, aradan geçen bu süreçte temel hak ve özgürlüklerin özellikle de kısıtlanmasına yol açan uygulamalarla Türkiye'de yaşanan hak ihlallerine ilişkin dosyaların, AİHM'nin iş yükünde dikkate değer bir yer oluşturduğu; benzer durumun AYM'nin bireysel başvuru dosya sayısı ve verilen kararlar ile de gözlemlenmiştir.

Tüm bunlara karşın AİHS'nin güncel kalmaya çalıştığı, ek protokollerle yapılan değişiklik ve eklemeler ve AİHM kararları ile iç hukukumuzda özellikle de AYM bireysel başvuru kararları ile AİHM'nin güncel yaklaşımının ve bakış açısının takip edilmeye çalışıldığı ve bu sayede hem Yerel Mahkemelerde hem de Üst Derece Mahkemelerinde bu ilke ve prensiplerin gün geçtikçe daha fazla uygulamaya geçtiği ve güncel kalabildiği de gözlemlenmiştir. Ayrıca bu çalışmanın yazım sürecinde, gerek AYM gerek AİHM tarafından yakalama ve gözetli koruma tedbirleri ile ilgili verilen kararlar günden güne umut verici olmuş, AİHM kararlarıyla uyumlu olarak yasal mevzuatta yapılması gereken birtakım değişikliklere ve eklemelere de aynı anda şahit olunmuş, hem bu konudaki kararlar hem ilgili yasal düzenlemeler hem de uluslararası hukuk kapsamında bu

kararların uygulanma yükümlülüğü bir arada düşünüldüğünde AİHS'nin CMK'da yer alan yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerine etkisi somut olarak ve olumlu ve umut verici şekilde gözlemlenmiştir.

Bu çalışmanın tamamlandığı sırada dahi; “hakim ve savcıların derece yükselmesi esaslarına ilişkin ilke kararları”nda değişiklik yapılarak “AİHM ve AYM tarafından yapılan incelemelerde ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri, neden oldukları ihlalin niteliği ve ağırlığı ile ilgililerin AİHS ve Anayasa ile teminat altına alınan hakların korunması konusundaki gayretleri”nin “göz önünde bulundurularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verileceği”nin düzenlendiği¹¹²⁵ bu itibarla da sonuç olarak herşeye rağmen bu konunun çok boyutlu ve güncel şekilde ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kaldı ki insan haklarının belirlenmesi, sınırlanması ve güvence altına alınması konuları ile yakalama ve gözaltı şeklindeki özgürlük ve güvenlik hakkını sınırlayan tedbirler yüzyıllardır gündemimizdedir. Yaklaşık 250 yıl önce Cesare Beccaria'nın suçlar ve cezalar hakkında söylediği ve deyim yerindeyse ceza yasalarının temel ilke sözlüğünde yer alan “Bir cezanın, bir ya da birden çok kişi tarafından bir yurttaşa karşı uygulanan kaba bir güç, şiddet olmaması ve sayılmaması için, herşeyden önce kesinlikle herkese açık, çabuk, kaçınılmaz, belli koşullarda olabilir yaptırımların en ılımlısı ve en azı, suçların ağırlığıyla orantılı ve yasalar tarafından belirlenmiş bulunması zorunludur.” şeklindeki ifadelerin, cezaların yanı sıra özellikle de koruma tedbirlerinin temel ortak özelliklerini çok net bir biçimde ifade ettiği kanaatindeyiz.

Nitekim, koruma tedbirlerinin nitelikleri ve en temel özelliği olan anayasal güvence altında olan ve uluslararası sözleşmeler ile de korunan temel hak ve

¹¹²⁵ Hâkim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararında Değişiklik Yapılmasına Dair

İlke Kararı bkz. Resmi Gazete Tarih: 15.01.2020, Sayı: 31009.

özgürlüklerin pek çoğunu sınırlandırması ancak cezaya da dönüşmemesi gerekliliği de nazara alındığında, hakkında koruma tedbiri uygulanan kişiler, hem maddi hem de manevi (fiziksel ve psikolojik olarak) bir yaptırıma / mahrumiyete / sınırlamaya / müdahaleye maruz kalmaktadırlar. Bu anlamda bu tedbirler de bir anlamda ceza niteliğine ulaşmamalı ve özellikle de yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri bakımından bu tedbirlerin amacından da hareketle her bir somut olay özelinde hem koruma tedbirlerinin bu genel ortak özelliklerine hem de somut olay özelinde tedbirin uygulanmasındaki amaç ve sonuca göre temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak şekilde işlem yapılmalıdır.

Geçmişten günümüze ülkemizde demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının tam olarak sağlanması amacıyla gerçekleştirilmekte olan reform sürecinin, insan hakları alanındaki istek ve beklentilerin karşılanabileceğine, bunların gecikmeli de olsa tamamlanacağına ve bu reformların uygulamaya tam olarak yansıtılacağına yönelik temenniye ve ümidi taşımaktayız.

Bu ümit ışığında; hak temelli yaklaşımlarla sorunların hem yasal düzenlemelerle hem de uygulamada çözülebileceği; Anayasa ve yasal mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılacağı temennisiyle, özellikle AIHM ve AYM tarafından verilen kararların ulusal hukuku etkileme gücü ile bu kararların yasal mevzuatı değiştirebilmesi ve insan hakları ihlallerinin önlenmesi sonucunu doğurması birlikte düşünüldüğünde AIHS'nin olumlu etkisinin somut bir biçimde görüldüğü ve mevcut yasal düzenlemeler ışığında dahi insan hakları bakış açısıyla sorunların çözümünün mümkün olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- ALDEMİR Hüsnü, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama ve Adli Kontrol*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BAŞLAR Kemal, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2007.
- BİLİR Faruk, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- BJORGE Eirik, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- CENTEL Nur – ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- CEYHAN Murat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Önleyici Gözaltı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÇULHA Rıfat – DEMİRAĞ Fahrettin – NUHOĞLU Ayşe – OKTAR Salih – TEZCAN Durmuş, *Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018.
- DÜZGÜN Nuri – ELMACI Şerafettin, *Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- EREM Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Genişletilmiş 5. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- GÖÇMEN İlke, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- GÖKÇEN Ahmet – BALCI Murat – ALŞAHİN M. Emin – ÇAKIR Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara,, 2020.

- GÖZLER Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 16.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019(a).
- GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 24.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019(b).
- GÖZÜBÜYÜK Şeref – GÖLCÜKLÜ Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
- GÜNAY Erhan, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- GÜNGÖR Devrim, *5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- HARRIS David J. – O’BOYLE Michael – BATES Ed – BUCKLEY Carla, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2014.
- HAKERİ Hakan, *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Us-a Yayıncılık, Ankara, 1996.
- İBİCİOĞLU Gözde, *Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- JANIS Mark W. – KAY Richard S. – BRADLEY Anthony W., *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3. Baskı, Oxford University Press, New York, 2010.

- KALABALIK Halil, *İnsan Hakları Hukuku: Kavram – Uygulama – Hak ve Ödevler*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- KELLER Helen and STONE SWEET Alec, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- KUNTER Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000.
- MERAY L. Seha, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, Ankara, 1968.
- MUMCU Ahmet – KÜZECİ Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri (Kavramlar, Evrensel ve Ulusal Gelişimleri, Bugünkü Durumları)*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- OKUYUCU ERGÜN Güneş, *Ceza Muhakemesi İşlemleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖZBEK Veli Özer – DOĞAN Koray – BACAKSIZ Pınar – TEPE İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Geliştirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÖZEN Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK Bahri – EKER KAZANCI Behiye – SOYER GÜLEÇ Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK Bahri – TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SIRMA Özge – SAYGILAR KIRIT Yasemin F. – ÖZAYDIN Özdem – ALAN AKCAN Esra – ERDEN Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

- ÖZTÜRK Bahri – TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SIRMA GEZER Özge
– SAYGILAR KIRIT Yasemin F.– ALAN AKCAN Esra – ERDEN TÜTÜNCÜ
Efser – ÖZAYDIN Özdem, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı,
Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- PARLAR Ali – ÖZTÜRK Mustafa, *Ceza Yargılamasında Tutuklama Yakalama Gözaltı
ve Adli Kontrol*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019.
- PAZARCI Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Ankara, 1989.
- POPOVIĆ Dragoljub, *European Human Rights Law – A Manual: An Introduction to the
Strasbourg Court and Its Jurisprudence*, Eleven International Publishing, the
Hague, 2013.
- RAINEY Bernadette, *Human Rights Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford,
2013.
- SARIGÜL Ali Tanju, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve
Güvenlik Hakkı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,
2018.
- ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I –*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I –*, Seçkin Yayınevi, 9. Bası, Ankara,
2018.
- ŞAHİN Cumhur – GÖKTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I –*, Seçkin
Yayınevi, Ankara, 2019.
- ŞİRİN Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El
Kitapları Serisi – 1)*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.

- TANER Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, Tıpkı 18. Bası, İstanbul, 2019.
- TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SANCAKDAR Oğuz – ÖNOK Rıfat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan – SANCAKDAR Oğuz – ÖNOK Rıfat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- TOROSLU Nevzat – FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- TRECHSEL Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, New York, 2006.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu (2016-2017), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2017.
- ÜNAL Şeref, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- ÜNVER Yener – HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- VAN DIJK Pieter – VAN HOOFF Fried – VAN RIJN Arjen – ZWAAK Leo (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Intersentia Publications, Antwerpen-Oxford, 2006.
- WHITE Robin C. A. – OVEY Clare, *The European Convention On Human Rights*, 5. Baskı, Oxford University Press, New York, 2010.

YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

YURTCAN Erdener, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993.

Makaleler

AKILLIOĞLU Tekin, “İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Değeri ve Yeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2-3, Mayıs-Eylül 1991.

AKKUTAY Ali İbrahim, “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1-2, 2007.

AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, “Gözetiminde Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3: Bülent Yurt’un Anısına, 2008.

AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, “Yakalama ve Gözetimine Alma Koruma Tedbirleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9: Özel Sayı Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU’na Armağan, 2007.

ALACAKAPTAN Uğur, “Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:18, Sayı:1-4, 1961.

ARIKOĞLU Enver, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt:24, Sayı:1-2, 2004.

- AYBAY Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, 2010.
- BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni – Sevin Toluner’e Armağan*, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004.
- BARSAN Maria Magdalena, “An Analysis of the Right to Freedom and the Security of a Person beyond the Jurisprudence of the Courts of Law”, *Jus et Civitas: A Journal of Social and Legal Studies*, Cilt: 2, Sayı: 1, 2015.
- BAYTAR Serdal, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşıllanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 61, 2005.
- CENTEL Nur, “Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol- Tutuklama- Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD) Armağan Özel Sayısı*, 2006.
- ÇATALKAYA Cevdet, “Kanun Dışı Yakalanan veya Tevkif Edilen Kimselere Devletçe Verilecek Tazminat Meselesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, 1965.
- ÇELİK Edip, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi: Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı*, Cilt: 9, Sayı:1-3, 1988.
- ÇOBAN Ali Rıza, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008.
- ELEK Balazs, “The Relationship between Habeas Corpus and Robot Technology in Criminal Proceedings”, *Journal of Eastern-European Criminal Law*, Sayı: 1, 2019.

ERDAĞ Ali İhsan, “Kolluğun “Durdurma ve Kimlik Sorma” Yetkisi (PVSİ madde 4/A)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2010.

EREM Faruk, “Haksız Tevkif Edilenlere Tazminat”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1956.

ERTEN Cengiz, “Haksız Tutuklamalarda Tazminat Talebi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1990.

ERZURUMLUOĞLU Bayram, “Gözaltıların İnsan Hakları ve Demokratik Şeffaflık Çerçevesinde Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 1, 2009.

FEYZİOĞLU Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 62, 2006.

FEYZİOĞLU Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1-4, 1995.

FEYZİOĞLU Metin, “Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1993.

GÜNEŞ Seyithan, “Haksız Yakalama ve Tutuklama İşlemine Karşı Tazminat Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, 1995.

HAFIZOĞULLARI Zeki, “1.10.1998 Tarih ve 23480 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği” Hukuken Yok Hükmündedir”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2004.

HAFIZOĞULLARI Zeki, “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 44, Sayı: 1-4, 1995.

HAFIZOĞULLARI Zeki / AYGÜN EŞİTLİ Ezgi / KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi

Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı: 1, 2015.

HARRIS David, “The Right to Life under the European Convention on Human Rights”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Cilt: 1, Sayı: 2, 1994.

HEDIGAN John, “The European Convention on Human Rights and Counter-Terrorism”, *Fordham International Law Journal*, Cilt: 28, Sayı: 2, 2005.

KARAGÜLMEZ Ali, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 54, 2004.

KARAOSMANOĞLU Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye ve İngiltere Örnekleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı: 3, 2003.

KATOĞLU Tuğrul. “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006.

KAYA GÖÇMEN, ÖZEN, “Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016.

KESKİN KIZIROĞLU Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’nun Anısına, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009.

KESKİN Serap, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 60, Sayı: 1-2, 2002.

- MURPHY Maria, “The Criminal Justice (Forensic Evidence and DNA Database System) Bill 2010: Are the Proposals Compliant with the European Convention on Human Rights”, *University College Dublin Law Review*, Cilt: 10.
- ODYAKMAZ Zehra, “Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi ve İç Hukuka Yansıması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, 2008.
- ÖZMEN Münci, “Haksız ve Kanunsuz Tutma Ayırımında Hukuk Devletin Tazminat Sorumluluğu ve Kişisel Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 5, 1977.
- PAZARCI Hüseyin, “Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004.
- SURLU Aydan Ömür, “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 87, 2010.
- ŞAHBAZ İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 54, 2004.
- ŞEN Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2013.
- TOULLIER Marine, “The European Court of Human Rights’ Control over States’ Derogation in Time of Emergency: Example of Effectiveness of the Lessons Learned from WW2”, *International Comparative Jurisprudence*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2017.
- TURHAN Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000.
- TURMANGİL Civan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 25. Maddesi ve Türkiye Örneği: Bireysel Başvuru Hakkının Kullanılmasında 7. Yıla Doğru”, *Ankara*

Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Ekim 1994.

TÜRMEN Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzda Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 17, 2000.

ULUTAŞ Ahmet, “Türk Hukukunda Suçluların Geri Verilmesi Sürecinde Alınabilecek Koruma Tedbirlerinin AİHS’nin 5. Maddesi Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 4, 2012.

ÜNAL Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 1994.

ÜNAL Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

VOICULESCU Nicolae ve BERNA Maria Beatrice, “Theoretical Difficulties and Limits of the Margin of Appreciation of States in European Court of Human Rights Case-Law”, *Law Annals Titu Maiorescu University*, Cilt: 11, 2018.

YILDIZ Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 14, Sayı:1, 2006.

YÜCE Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi / I1, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, 1980.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri”, *AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt: II, Sayı: 1, Mayıs 1994.

Kitap Bölümleri

AKILLIOĞLU Tekin, “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri”, *Tarık Zafer Tuna’ya Armağan*, İstanbul, 1992.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Yılmaz Aliefendioğlu’nun Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

ARIKAN Ayşe Saadet, “Ayşe Saadet Arıkan’ın Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

ARSLAN ÖNCÜ Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Hakkı”, Ed. İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

ARSLAN Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000.

AYBAY Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku”, *İnsan Hakları Armağanı: XXX.Yıl*, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları, Ankara, 1978.

BALTA Tahsin Bekir, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, 1970.

BOYAR Oya, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

BUMİN Mustafa, “Mustafa Bumin’in Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

ÇİMEN Yılmaz, “Yılmaz Çimen’in Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

DOĞAN İlyas, “Avrupa Konseyi Çerçevesinde İnsan Hakları Koruma Sistemi”, Editör İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara, 2019.

DOĞAN İlyas – ÖZDEMİR Omca, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, Editör İlyas Doğan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara, 2019.

DOĞRU Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000.

FENDOĞLU H. Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000.

GÜLMEZ Mesut, “Mesut Gülmez’in Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

İNCEOĞLU Sibel, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

İNCEOĞLU Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine*

Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KABOĞLU Ömer, “Ömer Kaboğlu’nun Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

KARAN Ulaş, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İNCEOĞLU Sibel (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KUÇURADI İoanna, “İnsan Haklarından Devlet Kavramına”, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 35. Yılı Armağanı*, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 9, Ankara, 1983.

MEMİŞ Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No:42, Ankara, 2000.

PAZARCI Hüseyin, “Hüseyin Pazarıcı’nın Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

SOYASLAN Doğan, “Yakalama”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, Cilt:1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

TALAS Cahit, “Evrensel Bildirgenin 35. Yılına Girerken İnsan Hakları Üzerine Düşünceler”, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 35. Yılı Armağanı*, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayınları: 9, Ankara, 1983.

TANER Fahri Gökçen, “Terörle Mücadele Kanunundan 6545 Sayılı Kanun Sonrası Sulh Ceza Hakimliğine Soruşturma Evresine Özgülenmiş Hakimlik Makamı, *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’ya Armağan*, Cilt: II, Ankara, 2015.

TUNÇ Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı 17: Anayasa Mahkemesi’nin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 25-26 Nisan 2000*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 42, Ankara, 2000.

YAKIŞ Yaşar, “Yaşar Yakış’ın Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Necmi Yüzbaşıoğlu’nun Bildirisi”, Türkiye Barolar Birliği, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Ulusal Toplantı / Ankara / 5 Kasım 2004*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005.

Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Başvuru Numarası Sırasıyla)

- X v. Almanya, no. 88/55, 29 Mayıs 1955.
- Lawless v. İrlanda, no. 332/57, 1 Temmuz 1961.
- De Becker v. Belçika, no. 214/56, 27 Mart 1962.
- Nielsen v. Danimarka, no. 343/57, 2 Eylül 1959.
- Neumeister v. Avusturya, no. 1936/63, 27 Haziran 1968.
- Wemhoff v. Germany, no. 2122/64, 25 Nisan 1968.

- De Wilde, Ooms ve Versyp ("Vagrancy") v. Belçika, nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18 Haziran 1971.
- Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, no. 3321/67; 3322/67; 3323/67 ve 3344/67, 31 Mayıs 1968.
- Golder v. Birleşik Krallık, no. 4451/70, 21 Şubat 1975.
- Klass ve Diğerleri v. Almanya, no. 5029/71, 6 Eylül 1978.
- Engel ve Diğerleri v. Hollanda, nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 ve 5370/72, 23 Kasım 1976.
- İrlanda v. Birleşik Krallık, no. 5310/71, 1 Ekim 1972.
- Handyside v. Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976.
- A., B., C., D., E., F., G ., H . ve I . v. Almanya, nos. 5573/72 ve 5670/72, 16 Temmuz 1976.
- Tyrer v. Birleşik Krallık, no. 5856/72, 25 Nisan 1978.
- Airey v. İrlanda, no. 6289/73, 9 Ekim 1979.
- Winterwerp v. Hollanda, no. 6301/73, 24 Ekim 1979.
- Sunday Times v. Birleşik Krallık, no. 6538/74, 26 Nisan 1979.
- Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 Mart 1983.
- X v. Birleşik Krallık, no. 7215/75, 5 Kasım 1981.
- Dudgeon v. Birleşik Krallık, no. 7525/76, 23 Eylül 1981.
- Guzzardi v. İtalya, no. 7367/76, 6 Kasım 1980.
- Schiesser v. İsviçre, no. 7710/76, 4 Aralık 1979.
- Van Droogenbroeck v. Belçika, no. 7906/77, 24 Haziran 1982.

- Ashingdane v. Birleşik Krallık, no. 8225/78, 28 Mayıs 1985.
- McFeeley v. Birleşik Krallık, no. 8317/78, 15 Mayıs 1980.
- Malone v. Birleşik Krallık, no. 8691/79, 2 Ağustos 1984.
- De Jong, Baljet ve Van Den Brink v. Hollanda, no. 8805/79; 8806/79; 9242/81, 22 Mayıs 1984.
- X v. Almanya, no. 8819/79, 19 Mart 1981.
- Bouamar v. Belçika, no. 9106/80, 29 Şubat 1988.
- Lithgow ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81 ve 9405/81, 8 Temmuz 1986.
- AGOSI v. Birleşik Krallık, no. 9118/80, 24 Ekim 1986.
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. Birleşik Krallık, nos. 9214/80; 9473/81 ve 9474/81, 28 Mayıs 1985.
- Duinhof ve Duijf v. Hollanda, nos. 9626/81 ve 9736/82, 22 Mayıs 1984.
- Johnston ve Diğerleri v. İrlanda, no. 9697/82, 18 Aralık 1986.
- Sanchez-Reisse v. İsviçre, no. 9862/82, 21 Ekim 1986.
- Bozano v. Fransa, no. 9990/82, 18 Aralık 1986.
- Belilos v. İsviçre, no. 10328/83, 29 Nisan 1988.
- Lamy v. Belçika, no. 10444/83, 30 Mart 1989.
- Olsson v. İsveç, no. 10465/83, 24 Mart 1988.
- Funke v. Fransa, no. 10828/84, 25 Şubat 1993.
- Huvig v. Fransa, no. 11105/84, 24 Nisan 1990.

- Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 11209/84; 11234/84; 11266/84 ve 11386/85, 29 Kasım 1988.
- Bezicheri v. İtalya, no. 11400/85, 25 Ekim 1989.
- Van Der Leer v. Hollanda, no. 11509/85, 21 Şubat 1990.
- Kruslin v. Fransa, no. 11801/85, 24 Nisan 1990.
- Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, nos. 12244/86; 12245/86 ve 12383/86, 27 Mart 1991.
- Letellier v. Fransa, no. 12369/86, 26 Haziran 1991.
- Lüdi v. İsviçre, no. 12433/86, 15 Haziran 1992.
- Tomasi v. Fransa, no. 12850/87, 27 Ağustos 1992.
- Raimondo v. İtalya, no. 12954/87, 22 Şubat 1994.
- Sekanina v. Avusturya, no. 13126/87, 25 Ağustos 1993.
- Costello-Roberts v. Birleşik Krallık, no. 13134/87, 25 Mart 1993.
- Holy Monasteries v. Yunanistan, no. 13092/87; 13984/88, 9 Aralık 1994.
- Campbell v. Birleşik Krallık, no. 13590/88, 25 Mart 1992.
- Niemietz v. Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992.
- Soering v. Birleşik Krallık, no. 14038/88, 7 Temmuz 1989.
- Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, no. 14533/89 ve 14554/89, 26 Mayıs 1993.
- Papamichalopoulos ve Diğerleri v. Yunanistan, no.14556/89, 24 Haziran 1993.
- v. Fransa, no. 14838/89, 23 Kasım 1993.
- Loizidou v. Türkiye, no. 15318/89, 23 Mart 1995.

- S.F. v. İsviçre, no. 16360/90, 2 Mart 1994.
- Yağcı ve Sargın v. Türkiye, nos. 16419/90, 16426/90, 8 Haziran 1995.
- Welch v. Birleşik Krallık, no. 17440/90, 9 Şubat 1995.
- Murray v. Birleşik Krallık, no. 18731/91, 8 Şubat 1996.
- Giulia Manzoni v. İtalya, no. 19218/91, 1 Temmuz 1997.
- Benham v. Birleşik Krallık, no. 19380/92, 10 Haziran 1996.
- Van Der Tang v. İspanya, no. 19382/92, 13 Temmuz 1995.
- Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, no. 19392/92, 30 Ocak 1998.
- Buckley v. Birleşik Krallık, no. 20348/92, 25 Eylül 1996.
- Halford v. Birleşik Krallık, no. 20605/92, 25 Haziran 1997.
- Dikme v. Türkiye, no. 20869/92, 11 Temmuz 2000.
- Raninen v. Finlandiya, no. 20972/92, 16 Aralık 1997.
- J.U. v. Fransa, no. 20978/92, 21 Ekim 1993.
- Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık, nos. 21627/93; 21826/93 ve 21974/93, 19 Şubat 1997.
- Scott v. İspanya, no. 21335/93, 18 Aralık 1996.
- Tanrıbilir v. Türkiye, no. 21422/93, 16 Kasım 2000.
- Erdagöz v. Türkiye, no. 21890/93, 22 Ekim 1997.
- Hussain v. Birleşik Krallık, no. 21928/93, 21 Şubat 1996.
- Salman v. Türkiye, no. 21986/93, 27 Haziran 2000.
- Aksoy v. Türkiye, no. 21987/93, 18 Aralık 1996.

- İlhan v. Türkiye, no. 22277/93, 27 Haziran 2000.
- Chahal v. Birleşik Krallık, no. 22414/93, 15 Kasım 1996.
- Berktaş v. Türkiye, no. 22493/93, 1 Mart 2001.
- Hasan İlhan v. Türkiye, no. 22494/93, 9 Kasım 2004.
- Immobiliare Saffi v. İtalya, no. 22774/93, 28 Temmuz 1999.
- Özgür Gündem v. Türkiye, no. 23144/93, 16 Mart 2000.
- Elçi ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23145/93 ve 25091/94, 13 Kasım 2003.
- Selçuk ve Asker v. Türkiye, nos. 23184/94 ve 23185/94, 24 Nisan 1998.
- Menteş ve Diğerleri v. Türkiye, no. 23186/94, 28 Kasım 1997.
- Osman v. Birleşik Krallık, no. 23452/94, 28 Ekim 1998.
- Timurtaş v. Türkiye, no. 23531/94, 13 Haziran 2000.
- Lambert v. Fransa, no. 23618/94, 24 Ağustos 1998.
- Çakıcı v. Türkiye, no. 23657/94, 8 Temmuz 1999.
- Bilgin v. Türkiye, no. 23819/94, 16 Kasım 2000.
- Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 23878/94; 23879/94; 23880/94; 23881/94; 23882/94; 23883/94, 26 Kasım 1997.
- Akdeniz ve Diğerleri v. Türkiye, no. 23954/94, 31 Mayıs 2001.
- Kurt v. Türkiye, no. 24276/94, 25 Mayıs 1998.
- Taş v. Türkiye, no. 24396/94, 14 Kasım 2000.
- Lehideux ve Isorni v. Fransa, no. 24662/94, 23 Eylül 1988.
- Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 24838/94, 23 Eylül 1998.
- N.C. v. İtalya, no. 24952/94, 11 Ocak 2001.

- Andronicou ve Constantinou v. Kıbrıs, no. 25052/94, 9 Ekim 1997.
- Akdeniz v. Türkiye, no. 25165/94, 31 Mayıs 2005.
- Klamecki v. Polonya, no. 25415/94, 28 Mart 2002.
- Messina v. İtalya, no. 25498/94, 28 Eylül 2000.
- K.-F. v. Almanya, no. 25629/94, 27 Kasım 1997.
- Çiçek v. Türkiye, no. 25704/94, 27 Şubat 2001.
- Kıbrıs v. Türkiye, no. 25781/94, 30 Ağustos 1999.
- Dulaş v. Türkiye, no. 25801/94, 30 Ocak 2001.
- Selmouni v. Fransa, no. 25803/94, 28 Temmuz 1999.
- Teixeira De Castro v. Portekiz, no. 25829/94, 9 Haziran 1998.
- Labita v. İtalya, no. 26772/95, 6 Nisan 2000.
- Yöyler v. Türkiye, no. 26973/95, 24 Temmuz 2003.
- Vasilescu v. Romanya, no. 27053/95, 22 Mayıs 1998.
- Keenan v. Birleşik Krallık, no. 27229/95, 3 Nisan 2001.
- Govell v. Birleşik Krallık, no. 27237/95, 14 Ocak 1998.
- Cha'are Shalom ve Tsedek v. Fransa, No. 27417/95, 27 Haziran 2000.
- Valenzuela Contreras v. İspanya, no. 27671/95, 30 Temmuz 1998.
- Włoch v. Polonya, no. 27785/95, 19 Ekim 2000.
- Magee v. Birleşik Krallık, no. 28135/95, 6 Haziran 2000.
- Baranowski v. Polonya, no. 28358/95, 28 Mart 2000.
- Foka v. Türkiye, no. 28940/95, 24 Haziran 2008.
- Goodwin v. Birleşik Krallık, no. 28957/95, 11 Temmuz 2002.

- Z ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 29392/95, 10 Mayıs 2001.
- İletmiş v. Türkiye, no. 29871/96, 6 Aralık 2005.
- Kudla v. Polonya, no. 30210/96, 26 Ekim 2000.
- Garcia Ruiz v. İspanya, no. 30544/96, 21 Ocak 1999.
- Eğmez v. Kıbrıs, no. 30873/96, 21 Aralık 2000.
- Nikolova v. Bulgaristan, no. 31195/96, 25 Mart 1999.
- İssa ve Diğerleri v. Türkiye, no. 31821/96, 16 Kasım 2004.
- Gündoğan v. Türkiye, no. 31877/96, 10 Ekim 2002.
- Yaman v. Türkiye, no. 32446/96, 2 Kasım 2004.
- Algür v. Türkiye, no. 32574/96, 22 Ekim 2002.
- Nuutinen v. Finland, no. 32842/96, 27 Haziran 2000.
- Malhous v. Çek Cumhuriyeti, no. 33071/96, 12 Temmuz 2001.
- Price v. Birleşik Krallık, no. 33394/96, 10 Temmuz 2001.
- Jablonski v. Polonya, no. 33492/96, 21 Aralık 2000.
- Caloc v. Fransa, no. 33951/96, 20 Temmuz 2000.
- Bilen v. Türkiye, no: 34482/97, 21 Şubat 2006.
- H.M. v. Türkiye, no. 34494/97, 8 Ağustos 2006.
- Demir ve Baykara v. Türkiye, no. 34503/97, 12 Kasım 1998.
- Jėčius v. Litvanya, no. 34578/97, 31 Temmuz 2000.
- Khan v. Birleşik Krallık, no. 35394/97, 12 Mayıs 2000.
- Sarıkaya v Turkey, no. 36115/97, 22 Nisan 2004.
- Okyay ve Diğerleri v. Türkiye, no. 36220/97, 12 Temmuz 2005.

- Atlan v. Birleşik Krallık, no. 36533/97, 19 Haziran 2001.
- Nikolov v. Bulgaristan, no. 38884/97, 30 Ocak 2003.
- Yankov v. Bulgaria, no. 39084/97, 11 Aralık 2003.
- Robert Kerr v. Birleşik Krallık, no. 40451/98, 7 Aralık 1999.
- Dougoz v. Yunanistan, no. 40907/98, 6 Mart 2001.
- Çelepkolu v. Türkiye, no. 41975/98, 27 Kasım 2007.
- Naoumenko v. Ukranya, no. 42023/98, 10 Şubat 2004.
- Sarı and Çolak v. Türkiye, no. 42596/98 ve 42603/98, 4 Nisan 2006.
- Leyla Şahin v. Türkiye, no. 44774/98, 10 Kasım 2005.
- P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, no. 44787/98, 25 Eylül 2001.
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, no. 45036/98, 30 Haziran 2005.
- H.L. v. Birleşik Krallık, no. 45508/99, 5 Ekim 2004.
- Klyakhin v. Rusya, no. 46082/99, 30 Kasım 2004.
- Öcalan v. Türkiye, no. 46221/99, 12 Mayıs 2005.
- Kalashnikov v. Rusya, no. 47095/99, 15 Temmuz 2002.
- Taylor-Sabori v. Birleşik Krallık, no. 47114/99, 22 Ekim 2002.
- Novotka v. Slovakya, no. 47244/99, 4 Kasım 2003.
- Gentilhomme, Schaff-Benhadi ve Zerouki v. Fransa, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, 14 Mayıs 2002.
- Armstrong v. Birleşik Krallık, no. 48521/99, 16 Temmuz 2002.
- Kučera v. Slovakya, no. 48666/99, 17 Temmuz 2007.

- Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya, no. 48787/99, 8 Temmuz 2004.
- Bordovskiy v. Rusya, no. 49491/99, 8 Şubat 2005.
- Hewitson v. Birleşik Krallık, no. 50015/99, 27 Mayıs 2003.
- Sinan Tanrıkulu ve Diğerleri v. Türkiye, no. 50086/99, 3 Mayıs 2007.
- Ali Rıza Doğan v. Türkiye, no. 50165/99, 22 Aralık 2005.
- Makaratzis v. Yunanistan, no. 50385/99, 20 Aralık 2004.
- Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya, no. 50882/99, 27 Eylül 2005.
- Çelik ve Yıldız v. Türkiye, no. 51479/99, 10 Kasım 2005.
- Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, no. 52207/99, 12 Aralık 2001.
- Uçar v. Türkiye, no. 52392/99, 11 Nisan 2006.
- Vanyan v. Rusya, no. 53203/99, 15 Aralık 2005.
- Blečić v. Hırvatistan, no. 59532/00, 8 Mart 2006.
- Khudobin v. Rusya, no. 59696/00, 26 Ekim 2006.
- Jalloh v. Almanya, no. 54810/00, 11 Temmuz 2006.
- Sisojeva ve Diğerleri v. Letonya, no. 60654/00, 15 Ocak 2007.
- Storck v. Almanya, no. 61603/00, 16 Haziran 2005.
- Alwin Tamosius v. Birleşik Krallık, no. 62002/00, 19 Eylül 2002.
- Chalkley v. Birleşik Krallık, no. 63831/00, 12 Haziran 2003.
- Voskuil v. Hollanda, no. 64752/01, 22 Kasım 2007.
- Iliya Stefanov v. Bulgaristan, No. 65755/01, 22 Mayıs 2008.
- Reinprecht v. Avusturya, no. 67175/01, 15 Kasım 2005.
- Korizno v. Letonya, no. 68163/01, 28 Eylül 2006.

- Kandzhov v. Bulgaristan, no. 68294/01, 6 Kasım 2008.
- Gusinskiy v. Rusya, no. 70276/01, 19 Mayıs 2004.
- Avcı (Cabat) ve Diğerleri v. Türkiye, no. 70417/01, 16 Ocak 2007.
- Taner Kılıç v. Türkiye, no. 70845/01, 24 Ekim 2006.
- Smirnov v. Rusya, no. 71362/01, 7 Haziran 2007.
- Dumitru Popescu v. Romanya (No 2), no 71525/01, 26 Nisan 2007.
- Kvasnica v. Slovakya no. 72094/01, 9 Haziran 2009.
- Hirst v. Birleşik Krallık (No 2), no. 74025/01, 6 Ekim 2005.
- Koştı ve Diğerleri v. Türkiye, no. 74321/01, 3 Mayıs 2007.
- Çağırıcı v. Türkiye, no. 74325/01, 27 Haziran 2006.
- Wieser ve Bicos Beteiligungen Gmbh v. Avusturya, no. 74336/01, 16 Ekim 2007.
- Akalın v. Türkiye, no. 77097/01, 30 Ocak 2007.
- Ahmet Mete v. Turkey, no. 77649/01, 25 Nisan 2006.
- Emrullah Karagöz v. Türkiye, no. 78027/01, 8 Kasım 2005.
- Hüseyin Yıldırım v. Türkiye, no. 2778/02, 3 Mayıs 2007.
- Moreno Gomez v. İspanya, no. 4143/02, 16 Kasım 2004.
- Şevk v. Türkiye, no. 4528/02, 11 Nisan 2006.
- Selvi v. Türkiye, no. 5047/02, 9 Aralık 2008.
- Fedotov v. Rusya, no. 5140/02, 25 Ekim 2005.
- Heglas v. Çek Cumhuriyeti, no. 5935/02, 1 Mart 2007.
- Tuş ve Diğerleri v. Türkiye, no. 7144/02 ve 39865/02, 19 Temmuz 2007.
- Karatay ve Diğerleri v. Türkiye, no. 11468/02, 15 Şubat 2007.

- Manole ve Diğerleri v. Moldova, no. 13936/02, 17 Eylül 2009.
- Uyan v. Türkiye (No 2), no. 15750/02, 21 Ekim 2008.
- İpek ve Diğerleri v. Türkiye, no. 17019/02 ve 30070/02, 3 Şubat 2009.
- Mekiye Demirci v. Türkiye, no. 17722/02, 23 Nisan 2013.
- Hermi v. İtalya, no. 18114/02, 18 Ekim 2006.
- Değerli ve Diğerleri v. Türkiye, no: 18242/02, 5 Şubat 2008.
- Matveyev v. Rusya, no. 26601/02, 3 Temmuz 2008.
- Attı ve Tedik v. Türkiye, no. 32705/02, 20 Ekim 2009.
- Rusu v. Avusturya, no. 34082/02, 2 Ekim 2008.
- Asciutto v. İtalya, no. 35795/02, 27 Kasım 2007.
- Shamayev ve Diğerleri v. Gürcistan ve Rusya, no. 36378/02, 12 Nisan 2005.
- Salduz v. Türkiye, no. 36391/02, 27 Kasım 2008.
- Kharchenko v. Ukrayna, no. 40107/02, 10 Şubat 2011.
- Saoud v. Fransa, no. 93757/02, 9 Ekim 2007.
- Wieser ve Bicos Beteiligungen Gmbh v. Avusturya, no. 2293/03, 22 Şubat 2007.
- Medvedyev ve Diğerleri v. Fransa, no 3394/03, 29 Mart 2010.
- Meryem Çelik ve Diğerleri v. Türkiye, no. 3598/03, 16 Nisan 2013.
- Dayanan v. Türkiye, no. 7377/03, 13 Ekim 2009.
- Saadi v. Birleşik Krallık, no. 13229/03, 29 Ocak 2008.
- Norwood v. Birleşik Krallık, no. 23131/03, 16 Kasım 2004.
- Hakan Duman v. Türkiye, no. 28439/03, 23 Mart 2010.
- Creangă v. Romanya, no. 29226/03, 23 Şubat 2012.

- Štitić v. Hırvatistan, no. 29660/03, 8 Kasım 2007, pr.55-56.
- Lebedev v. Rusya, no. 4493/04, 25 Ekim 2007.
- Mangouras v. İspanya, no. 12050/04, 28 Eylül 2010.
- Oferta Plus SRL v. Moldova, no. 14385/04, 19 Aralık 2006.
- Aydemir v. Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011.
- Ananyev v. Rusya, no. 20292/04, 30 Temmuz 2009.
- Nart v. Türkiye, no. 20817/04, 6 Mayıs 2008.
- Simeonovi v. Bulgaristan, no. 21980/04, 12 Mayıs 2017.
- Er ve Diğerleri v. Türkiye, no. 23016/04, 31 Temmuz 2012.
- Yoldaş v. Türkiye, no. 27503/04, 23 Şubat 2010.
- Diriöz v. Türkiye, no. 38560/04, 31 Mayıs 2012.
- Ali Osman Özmen v. Türkiye, no. 42969/04, 5 Temmuz 2016.
- Bağrıyanık v. Türkiye, no. 43256/04, 5 Haziran 2007.
- S.T.S. v. Hollanda, no. 277/05, 7 Haziran 2011.
- ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 3455/05, 19 Şubat 2009.
- Sarban v. Moldova, no. 3456/05, 4 Ekim 2005.
- Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010.
- Aksin ve Diğerleri v. Türkiye, no. 4447/05, 1 Ekim 2013.
- Evans v. Birleşik Krallık, no. 6339/05, 10 Nisan 2007.
- Mamedova v. Rusya, no. 7064/05, 1 Haziran 2006.
- Istratii ve Diğerleri v. Moldova, no. 8721/05, 8705/05 ve 8742/05, 27 Mart 2007.
- Coşar v. Türkiye, no. 22568/05, 25 Mart 2013.

- Tendam v. İspanya, no. 25720/05, 13 Temmuz 2010.
- Boicenco v. Moldova, no. 41088/05, 11 Temmuz 2006.
- Munjaz v. Birleşik Krallık, no. 2913/06, 17 Temmuz 2012.
- Erişen ve Diğerleri v. Türkiye, no.7067/06, 3 Nisan 2012.
- Sejdić ve Finci v. Bosna Hersek, nos. 27996/06 and 34836/06, 22 Aralık 2009.
- Fatma Akaltun Fırat v. Türkiye, no. 34010/06, 10 Eylül 2013.
- Telegraaf Media Nederland Landelijke Media b.v. Diğerleri v. Hollanda, no. 39315/06, 22 Kasım 2012.
- Demirbaş ve Diğerleri v. Türkiye, no. 50973/06, 8672/07 ve 8722/07, 9 Aralık 2008.
- Sevim ve Diğerleri v. Türkiye, nos. 7540/07, 7859/07 ve 11979/07, 5 Ocak 2010.
- Gürceğiz v. Türkiye, no. 11045/07, 15 Kasım 2012.
- Türk v. Türkiye, no. 22744/07, 5 Eylül 2017.
- Ülüler v. Türkiye, no. 23038/07, 5 Haziran 2012.
- Ümmühan Kaplan v. Türkiye, no. 24240/07, 20 Mart 2012.
- Abdulsitar Akgül v. Türkiye, no. 31595/07, 25 Haziran 2013.
- Aydın v. Türkiye, no. 34170/07, 16 Mayıs 2017.
- O'Donoghue ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no. 34848/07, 14 Aralık 2010.
- Şefik Demir v. Türkiye, no: 51770/07, 16 Ekim 2012.
- Mader v. Hırvatistan, no. 56185/07, 21 Haziran 2011.
- Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye, no. 4807/08, 17 Haziran 2014.
- Paulet v. Birleşik Krallık, no. 6219/08, 13 Mayıs 2014.

- Mahmut Öz v. Türkiye, no. 6840/08, 3 Temmuz 2012.
- Vartic v. Romanya (No 2), no. 14150/08, 17 Aralık 2013.
- Ostendorf v. Almanya, no. 15598/08, 7 Mart 2013.
- İbrahim Güler v. Türkiye, no. 1942/08, 15 Ekim 2013.
- Karaosmanoğlu ve Özden v. Türkiye, no. 4807/08, 17 Haziran 2014.
- Ceviz v. Türkiye, no. 8140/08, 17 Temmuz 2012.
- İsmail Yılmaz v. Türkiye, no. 21806/08, 14 Mart 2017.
- Ruşen Bayar v. Türkiye, no. 25253/08, 19 Şubat 2019.
- Gatt v. Malta, no. 28221/08, 27 Temmuz 2010.
- Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye, no. 30471/08, 22 Eylül 2009.
- Hizb Ut-Tahrir and Others v. Almanya, no. 31098/08, 12 Haziran 2012.
- Altınok v. Türkiye, no. 31610/08, 29 Kasım 2011.
- Lavrechov v. Çek Cumhuriyeti, no. 57404/08, 20 Haziran 2013.
- Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye, no. 28127/09, 3 Aralık 2013.
- Gorbulya v. Rusya, no. 31535/09, 6 Mart 2014.
- Austin ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, nos. 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15 Mart 2012.
- Mergen ve diğerleri v. Türkiye, No. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09, 31 Mayıs 2016.
- Bozkaya v. Türkiye, no. 46661/09, 5 Eylül 2017.
- Soytemiz v. Türkiye, no. 57837/09, 27 Kasım 2018.
- Dinç ve Çakır v. Türkiye, no. 66066/09, 9 Temmuz 2013.

- Vedat Doğru v. Türkiye, no. 2469/10, 5 Nisan 2016.
- Mikalauskas v. Malta, no. 4458/10, 23 Temmuz 2013.
- Çelik v. Türkiye, no. 6670/10, 17 Mart 2015.
- Salih Salman Kılıç v. Türkiye, no. 22077/10, 5 Mart 2013.
- Agit Demir v. Türkiye, no. 36475/10, 27 Şubat 2018.
- Ermakov v. Rusya, no. 43165/10, 7 Kasım 2013.
- Gülay Çetin v. Türkiye, no. 44084/10, 5 Mart 2013.
- Öner Aktaş v. Türkiye, no. 59860/10, 29 Ekim 2013.
- Nowak v. Ukrayna, no. 60846/10, 31 Mart 2011.
- Savriddin Dzhurayev v. Rusya, no. 71386/10, 25 Nisan 2013.
- Ergezen v. Türkiye, no. 73359/10, 8 Nisan 2014.
- Nagla v. Litvanya, no. 73469/10, 16 Temmuz 2013.
- Akdağ v. Türkiye, no. 75460/10, 17 Eylül 2019.
- Michaud v. Fransa, no. 12323/11, 6 Aralık 2012.
- Vakhitov ve Diğerleri v. Rusya, no. 18232/11, 31 Ocak 2017.
- Al Nashiri v. Polonya, no. 28761/11, 24 Temmuz 2014.
- Şık v. Türkiye, no. 53413/11, 8 Temmuz 2014.
- Hüseyinli ve diğerleri v. Azerbaycan, no. 67360/11, 67964/11 ve 69379/11, 11 Şubat 2016.
- İbrahimov ve diğerleri v. Azerbaycan, no. 69234/11, 69252/11 ve 69335/11, 11 Şubat 2016.
- Yarashonen v. Türkiye, no. 72710/11, 24 Haziran 2014.

- Beştaş ve Baran v. Türkiye, no. 16857/12, 17 Mayıs 2016.
- Paşa Bayraktar ve Aydınkaya v. Türkiye, no. 38337/12, 16 Mayıs 2017.
- Mustafa Avcı v. Türkiye, no.39322/12, 23 Mayıs 2017.
- Arak ve Depe v. Türkiye, no. 70472/12, 9 Nisan 2019.
- Hasan Uzun v. Türkiye, no. 10755/13, 30 Nisan 2013.
- İlgar Mammadov v. Azerbaycan, no. 15172/13, 29 Mayıs 2019.
- Elçi ve Diğerleri v. Türkiye, no. 63129/15, 15 Aralık 2016.
- Mercan v. Türkiye, no. 56511/16, 17 Kasım 2016.
- Zihni v. Türkiye, no. 59061/16, 8 Aralık 2016.
- Köksal v. Türkiye, no. 70478/16, 6 Haziran 2017.
- Çatal v. Türkiye, no. 2873/17, 3 Temmuz 2017.
- Alparslan Altan v. Türkiye, no. 12778/17, 16 Nisan 2019.
- Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018.
- Şahin Alpay v. Türkiye, no.16538/17, 20 Mart 2018.

Avrupa Birliği Adalet Divanı

- Opinion 2/94, *Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 1996, ECR I-1759.

Türk Mahkemeleri

Anayasa Mahkemesi

Bireysel Başvuru Kararları (Başvuru Numarası Sırasıyla)

- Ramazan Aras Başvurusu, no. 2012/239, 2/7/2013.
- Burak Döner Başvurusu, no. 2012/521, 2/7/2013.
- Sami Özbil Başvurusu, no. 2012/543, 15/10/2014.
- B.E. Başvurusu, no. 2012/625, 9/1/2014.
- Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, no. 2012/752, 17/9/2013.
- M. Aydın Güröl Başvurusu, no. 2012/682, 2/10/2013.
- G.S. Başvurusu, no. 2012/832, 12.2.2013.
- Tahir Canan Başvurusu, no. 2012/969, 18/9/2013.
- Onurhan Solmaz Başvurusu, no. 2012/1049, 26/3/2013.
- Murat Narman Başvurusu, no. 2012/1137, 2/7/2013.
- Mustafa Ali Balbay Başvurusu, no. 2012/1272, Karar Tarihi: 4/12/2013.
- Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/293, 17/7/2014.
- F.A. ve M.A. Başvurusu, no. 2013/655, 20/1/2016.
- Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/817, 19/12/2013.
- Hikmet Yaygın Başvurusu, no. 2013/1279, 30/12/2014.
- İpek Deniz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1595, 21/4/2016.
- Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/1631, 17/12/2015.
- Hamdiye Aslan Başvurusu, no. 2013/2015, 4/11/2015.
- Abdulselam Tatal ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/2319, 8/4/2015.
- Şenol Gürkan Başvurusu, no. 2013/2438, 9/9/2015.
- Burhanettin Yalçın Başvurusu, no. 2013/2578, 8/9/2015.
- Şehmus Özsubaşı Başvurusu, no. 2013/2582, 3/3/2016.

- Erdal Korkmaz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/2653, 18/11/2015.
- İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya Başvurusu, no: 2013/3193, 15/10/2015.
- Ersin Ekmekçi ve Sinan Ekmekçi Başvurusu, no. 2013/6068, 18/11/2015.
- Fetih Ahmet Özer Başvurusu, no. 2013/6179, 20/03/2014.
- Fatih Yazar Başvurusu, no. 2013/6232, 18/11/2015.
- Cemil Danışman Başvurusu, no. 2013/6319, 16/7/2014.
- Cüneyt Kartal Başvurusu, no. 2013/6572, 20/3/2014.
- Zeki Bingöl Başvurusu, no. 2013/6576, 18/11/2015.
- Mehmet Koray Eryaşa Başvurusu, no. 2013/6693, 16/4/2015.
- Abdulvahap Aydemir ve Yusuf Candemir Başvurusu, no. 2013/7349, 1/12/2015.
- Deniz Özfırat Başvurusu, no. 2013/7929, 1/12/2015.
- Rıda Boudraa Başvurusu, no. 2013/9673, 21/1/2015.
- Ömer Boğurcu Başvurusu, no. 2014/2238, 8/9/2014.
- Murat Çiftçi ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/2257, 26/10/2016.
- Kazim Albayrak Başvurusu, no. 2014/3836, 17/9/2014.
- Aziz Yıldırım Başvurusu (4), no. 2014/4476, 16.4.2015.
- Emrah Ergün Başvurusu, no. 2014/4651, 21/02/2018.
- Halas Aslan Başvurusu, no. 2014/4994, 16/12/2017.
- Bayram Siviş Başvurusu, no. 2014/5844, 5/11/2014.
- Galip Ögüt Başvurusu, no. 2014/5863, 01/03/2017.
- Haydar Kahraman Başvurusu, no. 2014/6787, 19/11/2014.
- Devran Duran Başvurusu, no. 2014/10405, 25/5/2017.

- Yusuf Karakuş ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/12002, 8/12/2016.
- K. A. Başvurusu, no. 2014/13044, 11/11/2015.
- Hikmet Kopar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/14061, 8/4/2015.
- Mehmet Baydan Başvurusu, no. 2014/16308, 12/4/2018.
- Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri Başvurusu, no. 2014/16838, 09/09/2015.
- Furkan Omurtag Başvurusu, no: 2014/18179, 25/10/2017.
- Hidayet Karaca Başvurusu, no. 2015/144, 14/7/2015.
- Mustafa Başer ve Metin Özçelik Basvurusu, no. 2015/7908, 20/1/2016.
- Suzın Yalçın Başvurusu, no. 2016/9532, 28/11/2019.
- Hasan Akboğa Başvurusu, no. 2016/10380, 27/3/2019.
- Alparslan Altan Başvurusu, no. 2016/15586, 11/1/2018.
- Erdal Tercan Başvurusu, no. 2016/15637, 12/4/2018.
- Uğur Gürses Başvurusu, no. 2016/16201, 3/7/2019.
- Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, no. 2016/22169, 20/6/2017.
- Selçuk Özdemir Başvurusu, no. 2016/49158, 26/7/2017.
- İhsan Yalçın Başvurusu, no. 2017/8171, 9/1/2020.
- Şehrivan Çoban Başvurusu, no. 2017/22672, 6/2/2020.
- Emrah Yayla Başvurusu, no. 2017/38732, 6/2/2020.
- M.E. Başvurusu, no.2018/696, 9/5/2019.
- M.Ş.T. Başvurusu, no. 2018/17073, 26/2/2020.

Bireysel Başvuru Dışındaki Kararları (Tarih Sırasına Göre)

- AYM'nin 8.12.1988 tarih, kararı 1988/2 E ve 1988/1 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 22.12.1988 tarih, 1988/5 E ve 1988/55 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 10.1.1991 tarih, 1990/25 E. ve 1991/1 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 28.2.1991 tarih, 1990/15 E ve 1991/ K. sayılı kararı.
- AYM'nin 10.7.1992 tarih, 1991/2 E. ve 1992/1 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 22.5.1997 tarih, 1996/3 E ve 1997/3 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 16.1.1998 tarih, 1997/1 E ve 1998/1 K. sayılı kararı. (Siyasi parti kapatma)
- AYM'nin 31.3.2004 tarih, 2002/101 E. ve 2004/44 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 12.3.2009 tarih, 2007/43 E. ve 2009/51 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 14.01.2015 tarih, 2014/164 E ve 2015/12 K. sayılı kararı.
- AYM'nin 04.05.2017 tarih, 2015/41 E ve 2017/98 K. sayılı kararı.

Yargıtay (Tarih Sırasına Göre)

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.03.1996 tarih, 6-2/33 sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 15.5.2012 tarih, 2011/20114 E. ve 2012/12183 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 29.5.2014 tarih, 2014/2850 E. ve 2014/4235 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 29.2.2016 tarih, 2015/2851 E. ve 2016/3143 K. sayılı kararı.

- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 7.4.2016 tarih, 2016/4687 E. ve 2016/6618 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 13.12.2016 tarih, 2016/1296 E. ve 2016/8356 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 9.2.2017 tarih, 2017/414 E. ve 2017/3725 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 9.3.2017 tarih, 2016/16982 E. ve 2017/3196 K. sayılı kararı.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.03.2017 tarih, 2016/10-579 Esas ve 2017/141 Karar sayılı kararı.
- Yargıtay 20. Ceza Dairesi'nin 31.5.2017 tarih, 2015/10884 E. ve 2017/3530 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 1.6.2017 tarih, 2014/10710 E. ve 2017/1748 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 5.6.2017 tarih, 2014/7692 E. ve 2017/3066 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 19.6.2017 tarih, 2016/15188 E. ve 2017/5903 K. sayılı kararı.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.6.2017 tarih, 2017/6-608 E. ve 2017/338 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 3.7.2017 tarih, 2016/22349 E. ve 2017/10911 K. sayılı kararı.
- Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 13.9.2017 tarih, 2014/13964 E. 2017/3006 K. sayılı kararı.

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun. 26.6.2018 tarih, 2016/20-761 Esas ve 2018/305 Karar sayılı kararı.

Danıştay (Tarih Sırasına Göre)

- Danıştay 12. Dairesi'nin 15.6.1970 tarih ve 1968/1117 E ve 1970/1310 K. sayılı kararı.
- Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 7.12.1989 tarih, 1988/6 E ve 1989/4 K. sayılı kararı
- Danıştay 5. Dairesi'nin 22.5.1991 tarihli, 1986/1723 E ve 1991/933 K. sayılı kararı.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 20.3.2014 tarih, 2013/4031 E. ve 2014/975 K. sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 10.2.2016 tarih, 2016/82 E. ve 2016/83 K. sayılı kararı.
- Danıştay 15. Dairesi'nin 4.3.2016 tarih, 2015/8632 E. ve 2016/1382 K. sayılı kararı.
- Danıştay 12. Dairesi'nin 23.3.2016 tarih, 2016/802 E. ve 2016/1607 K. sayılı kararı.
- Danıştay 4. Dairesi'nin 18.4.2016 tarih, 2016/516 E. ve 2016/1708 K. sayılı kararı.
- Danıştay 12.Dairesi'nin 29.11.2016 tarih, 2016/5722 E. ve 2016/5443 K. sayılı kararı.
- Danıştay 15. Dairesi'nin 8.6.2017 tarih, 2014/4216 E. ve 2017/3235 K. sayılı kararı.

İlk Derece Mahkemeleri (Tarih Sırasına Göre)

- Sivas Sulh Ceza Mahkemesi'nin 20.01.2004 tarih, 04/19 E ve 04/16 K. sayılı kararı.
- Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 08.09.2004 tarih, 2003/1053 E ve 2004/491 K. sayılı kararı.
- Bolu 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 15.06.2017 tarih, 2017/208 E ve 2017/353 K. sayılı kararı.
- Bolu İnfaz Hakimliği'nin 31.10.2017 tarih, 2017/1667 E ve 2017/2356 K. sayılı kararı.
- Bolu İnfaz Hakimliği'nin 11.10.2017 tarih, 2017/1886 E ve 2017/2319 K. sayılı kararı.
- Bolu İnfaz Hakimliği'nin 02.11.2017 tarih 2017/1726 E ve 2017/2373 K. sayılı kararı.

ÖZET

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (CMK) koruma tedbirleri, doğası gereği, insan hakları ile çok sıkı bir ilişki içindedir. Koruma tedbirlerine karar verilmesi ve bu tedbirlerin uygulanması sırasında, başta kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı olmak üzere, birden çok temel hakka ve özgürlüğe müdahale söz konusu olabilmektedir. Bu çalışmada CMK'da yer alan koruma tedbirleri, yakalama ve gözaltı özelinde, Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuru kararları dahil Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları dahil Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Ek Protokolleri ekseninde insan hakları perspektifinden incelemeye alınmıştır.

Her bir bölümde, hak temelli olarak, ilgili konular hakkında sırasıyla CMK'da, Anayasa'da ve AİHS'de yer alan düzenlemeler incelenmiştir. Her üç metin, özellikle de AİHM ve AYM kararları göz önünde tutularak, kıyaslamalı şekilde değerlendirilmiştir.

AİHS'nin etkisi, hukuk düzenimizdeki konumu ve yargı erki aracılığıyla uygulanması göz önünde tutularak başlıca iki araç olan uygun yorum ve doğrudan uygulanma prensipleri çerçevesinde ele alınmıştır. Bir taraftan bu iki prensip açısından, diğer taraftan bunlara ilişkin düzenlemelerin ayrıntılı incelenmesiyle yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri açısından farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Bazı konularda Anayasa'da ve CMK'da mevzuat değişiklikleri yapılması faydalı olacakken bazı konularda CMK düzenlemelerinin AİHS'ye uygun yorum prensibi ile yorumlanması gerekli ve yeterlidir. Yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri ile ilgili olan düzenlemeler AİHS ile çatışıyorsa / farklılık taşıyorsa ikili bir ayrım yapılmalıdır. Bir yandan, CMK düzenlemeleri AİHS'ye nazaran temel hak ve özgürlükleri daha kısıtlayıcı düzenlemeler içeriyorsa bu durumda CMK'da yer alan düzenlemelerin bir kenara bırakılması ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın AİHS'de yer alan düzenlemelerin somut olaya doğrudan uygulanması gerekmektedir. Diğer yandan, CMK düzenlemeleri AİHS'ye nazaran temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik daha yüksek bir standart getiriyorsa bu durumda CMK ile AİHS arasında esas bakımından bir çatışma olmayacaktır, dolayısıyla CMK düzenlemeleri uygulanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Koruma tedbirleri, İnsan Hakları, Yakalama, Gözaltı, Ceza Muhakemesi Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

SUMMARY

The protective measures in the Criminal Procedural Code (CMK), by their nature, have a close relationship with human rights. During the ruling for protective measures and the implementation of these measures, there may be interference with more than one fundamental right and freedom, including particularly the right to liberty and security. In this study, the protective measures included in the CMK, in particular arrest and detention, have been examined from the perspective of human rights in the axis of the Constitution, including the individual application decisions of the Constitutional Court (AYM) and European Convention on Human Rights (AİHS) and its Additional Protocols, including the decisions of the European Court of Human Rights (AİHM).

In each chapter, the rules included in the CMK, the Constitution and AİHS, respectively, about the related issues are examined on the basis of rights. All three texts have been evaluated in a comparative manner, especially taking into account the decisions of AİHM and AYM.

The effect of AİHS has been approached within the framework of the principles of consistent interpretation and direct application, which are the two main tools, taking into account its position in our legal order and its application through judicial power. Different results have been reached on the one hand in terms of these two principles, and on the other hand in terms of arrest and detention protective measures, by examining the rules regarding them in detail. While amendments in the Constitution and CMK will be useful in some matters, it is necessary and sufficient to interpret CMK rules in accordance with AİHS via the principle of consistent interpretation in other matters. A dual distinction should be made if the rules on arrest and detention protective measures conflict / differ with AİHS. On the one hand, if CMK rules contain more restrictive rules on fundamental rights and freedoms compared to the AİHS, in this case, the rules in the CMK should be put aside and the rules in AİHS should be applied directly to the concrete case without any need for a further act. On the other hand, if CMK rules set a higher standard for protecting fundamental rights and freedoms compared to AİHS, then there will be no conflict between CMK and AİHS, thus CMK rules should be applied.

Keywords: Protective measures, Human Rights, Arrest, Detention, Criminal Procedural Code, European Convention on Human Rights