

T.C.  
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ  
ANABİLİM DALI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE  
TÜRK HUKUKUNDA  
KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU  
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

Danışman  
Yrd. Doç. Dr. Faruk TURHAN

110689

T110689

Hazırlayan  
Tarkan SÖYLEMİŞ

Isparta - 2001

## ÖNSÖZ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, insanoğluna sıkı sıkıya bağlı haklardır. Bu nedenle de, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, uluslararası düzeyde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde önemle üzerinde durulan ve korunan bir hak olarak yerini almıştır.

Bu çalışmamızda; ülkemizin, özellikle gözetli süreleri, makul sürede yargılanma ve gözetiminde kayıp ihlalleri dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organlarınca milletlerarası düzeyde sabıkalı bir ülke durumuna düşmesi sonucunda, ulusal mevzuatımızın ne ölçüde Sözleşme ile uyum içerisinde olduğunu, eksiklerimizi ve yapılması gereken hukuki ve idari düzenlemeleri ortaya koymaya çalıştık.

Bu çalışmamızın ortaya çıkmasında, bilimsel çalışma yapma konusunda her zaman bizleri destekleyen ve olanaklar sağlayan İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dekanı Prof. Dr. İsmail AKTÜRK'e, bana sürekli yol gösteren ve kaynak bulmamda sonsuz yardımcı olan danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Faruk TURHAN'a ve Doç. Dr. Enver BOZKURT'a, bu konuda uygulamadan kaynaklanan mesleki bilgi ve tecrübelerini sürekli bana aktaran, derslere devam ederken çalışma saatlerimi derin bir hoşgörü ile karşılayan ve kendisini geliştirmek amacıyla öğrenim görmek isteyen tüm meslektaşlarımı olduğu gibi beni de destekleyen Şube Müdürüm Kemal FİDAN'a, bu çalışmamın yazımında üstün emeği geçen, çok değerli vaktinden çaldığım Dilek YİĞİT'e ve diğer mesai arkadaşlarıma bana yaptıkları fedakarca yardımları için en içten gelen samimiyetle teşekkür ederim.

Ayrıca, bu çalışmamın hazırlanması sırasında kendisine zaman ayıramadığım, ancak beni sürekli teşvik eden ve hoşgörüsünü esirgemeyen sevgili eşime, en içten sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Saygılarımla.

05.07.2001

Tarik SÖYLEMİŞ

## İÇİNDEKİLER

	<i>Sayfa</i>
ÖNSÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER.....	II
KISALTMALAR LİSTESİ.....	VI
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ KAVRAMI

I. GENEL OLARAK.....	5
II. SÖZLEŞMEYE GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ.....	7
A. Kişi Özgürlüğü, Özgürlükten Yoksunluk, Özgürlüğün Sınırlanması.....	8
B. Kişi Güvenliği.....	11
C. Kişi Özgürlüğünün Keyfî Sınırlamalara Karşı Korunabilmesi İçin Öngörülen Güvenceler.....	12
1. İşlemin Hukuka Uygunluğu.....	12
2. Sınırlı Sayım.....	13
3. Bireye Tanınan Haklar.....	14
III. TÜRK HUKUK SİSTEMİNE GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ.....	14
A. Kişi Güvenliği.....	14
B. Kişi Özgürlüğü ve Sınırlanabileceği Haller.....	16
1. Yakalama.....	18
a) Önleme Yakalaması.....	19
b) Adli Yakalama.....	20
2. Tutuklama.....	21

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNA GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANABİLECEĞİ HALLER

I. ADLİ YAKALAMA.....	26
A. Mahkumiyet Kararı Üzerine Kişinin Hapsedilmesi.....	26
1. Sözleşmeye Göre.....	26
2. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	28
B. Yetkili Makamlar Tarafından	
Alınan Yakalama ve Tutuklama Kararı.....	28
1. Sözleşmeye Göre.....	28
2. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	30
C. Suç İşlediği Şüphesi Üzerine Yakalama veya Tutuklama.....	30
1. Makul Şüphesiz.....	31
a) Sözleşmeye Göre.....	31
b) Türk Hukuk Sistemine Göre.....	36
2. Suç İşlemeye Engel Olmak.....	40
a) Sözleşmeye Göre.....	40
b) Türk Hukuk Sistemine Göre.....	41
3. Kaçma Şüphesi.....	43
a) Sözleşmeye Göre.....	43
b) Türk Hukuk Sistemine Göre.....	46
II. ÖNLEME AMAÇLI YAKALAMA.....	47
A. Küçükler Hakkında Yakalama ve Tutuklama.....	49
1. Sözleşmeye Göre.....	49
2. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	50
B. Kişinin Kendi Sağlığı ve Kamu Güvenliği Açısından Yakalanması.....	51
1. Sözleşmeye Göre.....	51
a) Akıl Hastaları.....	52
b) Serseriler.....	54
2. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	56

C. Sınır Dışı Etme ve İade Amacıyla Yakalama ve Tutuklama.....	57
1. Sözleşmeye Göre.....	57
2. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	59

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### YAKALANAN VE TUTUKLANAN KİŞİLERİN HAKLARI

I. SUÇ İSNADINDAN HABERDAR EDİLME HAKKI.....	61
A. Sözleşmeye Göre.....	61
B. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	63
II. HEMEN BİR HAKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI.....	66
A. Sözleşmeye Göre.....	66
1. Yetkili Adli Makamlar.....	66
2. Gözaltı Süreleri.....	69
B. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	74
1. Yetkili Adli Makamlar.....	74
2. Gözaltı Süreleri.....	78
III. MAKUL SÜRE İÇİNDE YARGILANMA HAKKI.....	85
A. Sözleşmeye Göre.....	85
B. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	88
IV. ADLİ SORUŞTURMA SIRASINDA SERBEST KALMA HAKKI.....	90
A. Sözleşmeye Göre.....	90
B. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	91
V. ÖZGÜRLÜK KISITLAMASININ HUKUKA UYGUNLUĞU.....	93
A. Sözleşmeye Göre.....	93
B. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	97
VI. SÖZLEŞMEYE AYKIRI YAKALAMA VE TUTUKLAMA HALİNDE TAZMİNAT HAKKI.....	99
A. Sözleşmeye Göre.....	99
B. Türk Hukuk Sistemine Göre.....	100
VII. MÜDAFİİ TALEP ETME, SUSMA VE TEKRAR YAKALANMAMA HAKKI.....	105
A. Müdafii Talep Etme Hakkı.....	105

<i>1. Sözleşmeye Göre</i> .....	105
<i>2. Türk Hukuk Sistemine Göre</i> .....	106
<b>B. Susma Hakkı</b> .....	107
<b>C. Aynı Suçtan Dolayı Tekrar Yakalanmama Hakkı</b> .....	109
<b>SONUÇ</b> .....	<b>110</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....	<b>116</b>



## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>AİHK</b>	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>Ay.</b>	: Anayasa
<b>AsCK</b>	: Askeri Ceza Kanunu
<b>AskMKYUK</b>	: Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
<b>A.Ü. SBF.</b>	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BM</b>	: Birleşmiş Milletler
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>DGM</b>	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
<b>DGMK</b>	: Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
<b>DisMK</b>	: Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun
<b>FF</b>	: Fransız Frankı
<b>HSYK</b>	: Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu
<b>IRA</b>	: İrlanda Kurtuluş Ordusu
<b>İHKAD</b>	: İnsan Hakları Kararlar Derlemesi
<b>İHEB</b>	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
<b>m.</b>	: Madde
<b>MSMUK</b>	: Meşhurat Suçların Muhakeme Usulü Kanunu
<b>OAS</b>	: Amerika Devletleri Teşkilatı
<b>PVSK</b>	: Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>SK</b>	: Sayılı Kanun
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>vd.</b>	: Ve Devamı
<b>par.</b>	: Paragraf

## GİRİŞ

İnsanların toplum hayatına geçmeden önce tabiat halinde yaşadıkları ve özgürlüklerinin mutlak ve tam olduğu kabul edilmektedir. Toplum hayatına geçiş ile birlikte kendi aralarında bir sözleşme imzalayarak devlet örgütünü meydana getirmişlerdir. Bu geçiş sırasında insanlar, bu topluluğun varlığını devam ettirebilmesi için o zamana kadar sahip oldukları bazı haklarını toplu yaşama uğruna devrederken, bazılarını da vazgeçilmez kabul ederek kendilerinde muhafaza etmişlerdir.

İşte, insanların kendilerinde muhafaza ettikleri bu hakların en önemlileri; başta kişi güvenliği, diğeri ise kişi özgürlüğüdür.

Bir kişi, bir hakkından yararlanmak istediğinde bedensel bütünlüğü ve hürriyetinden yoksun kalmakla tehdit ediliyorsa, o kişi için temel hak ve hürriyetleri kağıt üzerinde tanımanın bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle, bedensel güvenlik hakkı temel bir hak sayıldığı gibi, ayrıca diğerk hak ve hürriyetlerin kullanılması açısından da bir öncelik taşımakta, ayrı bir öneme haiz bulunmaktadır. Kişi güvenliği hakkı korunmadığı sürece, diğerk hiçbir hak ve hürriyetten tam olarak yararlanmak zordur. Şu halde hak ve özgürlüklerin temelini “güvenlik hakkı” oluşturmaktadır.

Tüm özgürlüklerin temelinde yer alan kişi özgürlüğü ise, bireyin fizik veya beden özgürlüğünü ifade eder. Yani, birey bir yere keyfi olarak kapatılmamalıdır. Ancak, birey bu özgürlüğünü, içinde yaşadığı toplum düzeninde kanunlarla belirlenen sınırlamalar haricinde dilediğince kullanabilecektir.

Aslında kişi özgürlüğü ve güvenliği birbirini tamamlayan iki önemli kavramdır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği genel olarak insan hakları kavramının içerisinde yer almakta, ancak en önemli unsurunu oluşturmaktadır.

Geçtiğimiz XX. yüzyılın ikinci yarısını, İnsan Hakları Çağı olarak nitelemek doğru bir yaklaşım olur. Özellikle, XX. yüzyılın başlarında dünya genelinde yaşanan sıcak savaşlar, savaş suçları, jenosit ve ağır insan ihlallerinin yaşanmasından sonra, uluslar, milletler arası düzeyde insan hakları sorununa uluslar arası sözleşmelerle çözüm yolları aramışlardır. Bu alanda öncelikle Milletler Cemiyeti ardından da Birleşmiş Milletler kurulmuştur. Bu alanda, yapılan ilk çalışmalar olması dolayısıyla Birleşmiş Milletler Anlaşması, insan haklarını ve temel hürriyetleri sadece anmakla yetiniyor, bunları teker teker belirleyip açıklamıyordu. Nihayet, Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan insan hakları komisyonu, bu ayrıntılı hükümleri içeren belgeyi hazırladı ve 10.12.1948 günü İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kabul edildi. İnsan Hakları



Evrensel Beyannamesi, uluslar arası statüde devletlere insan haklarının sağlanması alanında yol gösterici nitelikte olmuş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kaynağını oluşturmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 04.11.1950'de aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 devlet tarafından Roma'da imzalanmış, 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından da 18.05.1954 tarihinde onaylanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması açısından yargısal bir denetim mekanizması oluşturmuştur. Sözleşme böylece, insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden, uluslar arası düzeye geçmesini sağlamış ve bireyi özgürlüklerin korunması açısından uluslar arası hukukta hak sahibi yapmıştır.

Sözleşme'ye aykırı uygulamalar sonucu, taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak amacıyla, Sözleşme'nin birer organı olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oluşturulmuştur. Sözleşme'nin getirdiği mekanizmaya göre, güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğün Sözleşmecî devlet tarafından ihlal edilmesi durumunda mağdur olan birey, devleti Mahkeme'ye şikayet edebilecektir. Bu mekanizma, uluslar arası hukukta bir reform gerçekleştirmiş, bireyi ilk kez uluslar arası hukukta hak sahibi yapmıştır.

Avrupa Birliği'ne girme çalışmalarına son zamanlarda oldukça büyük bir hız veren Türkiye'nin, hukuk alanında da, ulusal mevzuatını milletlerarası alanda oluşan gelişmelere kapalı tutması beklenemezdi. Bu nedenle ülkemiz, bireylerine, uluslar arası düzeyde hak ve özgürlüklerini garanti altına almalarını sağlamak açısından, bireysel başvuru hakkını 28.01.1987'de tanımıştır. Böylece, Türkiye'nin yetki alanı içinde bulunan herkesin, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesi durumunda, Türkiye'yi Mahkeme'ye şikayet edebilmesi yolu açılmıştır. 22.01.1990 tarihinde de Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisi Türkiye tarafından kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi, Türkiye'ye insan haklarının tam olarak gelmesi, henüz oldukça yanidir. Bundan dolayı, ulusal mevzuatımızda son zamanlarda ve özellikle 1990'dan sonra, önemli değişiklikler yapılmaya başlanmıştır. Bu alanda en önemli düzenlemeler, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunumuzda, gözaltı sürelerinden başlanmak üzere yapılmıştır. 04.04.1929 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yıllardan beri yapılamayan düzenlemeler 3842 sayılı ve 18.11.1992 tarihli kanunla yapılmış; kamuoyunda çağdaştırma olarak nitelendirilmiş, demokratikleşme ve insan hakları alanında reform olarak değerlendirilmiştir. Bu kanunla gözaltı süreleri, tutuklulukta geçmesi gereken süre, susma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, yasak sorgu

yöntemleri ve bunlara aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmayacağı gibi alanlarda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Daha sonra 4229 sayılı ve 06.03.1997 tarihli değişiklikle, 3842 sayılı kanunla, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin görev alanına giren suçlarda uygulanmayacağı belirtilen bazı iyileştirmelerin o suçlar bakımından da uygulanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca olağanüstü haller açısından gözaltı süreleri düzenlenmiştir.

Biz de burada, ülkemiz açısından oldukça yeni bir hukuki kavram olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili 5. maddesini, ulusal mevzuatımızla karşılaştırmalı olarak ele alıp incelemeye çalıştık. Ulusal mevzuatımızda, her ne kadar 1992 tarihinden itibaren sürekli reformlar yapılmışsa da, kanunlarımız henüz Sözleşme ile tam uyum içerisinde değildir. Bu nedenle de, 5. maddenin konusunu oluşturan kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlali ile ilgili başvurulara -artık azalmakla birlikte- hala rastlıyoruz. Burada en başta, insan hakları kavramının ülkemiz için yeni olduğunu ve bunu öncelikle sadece kağıt üzerinde kabul etmek yerine, kanunlarımızı uygulayan kolluk ve adli birimlerimizce benimsenmesini sağlamalıyız. Ancak, bu şekilde teori ile pratiği uyum içerisinde işletebilir ve ihlallerin önüne geçmiş oluruz.

Bu çalışmamızda, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin konusunu oluşturan kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesi çerçevesinde ulusal hukukumuzu karşılaştırmalı olarak inceleyip, teori ve uygulamadaki eksiklerimizi ortaya çıkarmaya çalıştık.

Birinci bölümde; genel olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramına yer verdikten sonra, Sözleşme ve Türk hukukunda bu kavramın yeri ve anlamı konusunda bilgi vermeye çalıştık. Bu arada, kişi güvenliğinin en ağır ihlali olan gözaltında kayıplar konusuna da değindik.

İkinci bölümde; kişi özgürlüğünün sınırlanabileceği halleri Sözleşme'nin 5. maddesi çerçevesinde birer birer ele alıp, Türk hukuk sistemi ile karşılaştırmalı olarak inceledik ve uyum sorunu üzerinde durduk. Bu bölümde özellikle uygulamada sıklıkla kolluğun başını ağrıtan gözaltı sürelerine geniş yer verdik. Çünkü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde 5. madde ile ilgili davaların geneli gözaltı sürelerinin ihlali iddiası ile ilgilidir. Sözleşme'de ise gözaltı süresi ile ilgili kesin bir sınır belirtilmemektedir. Bu nedenle, özellikle bu bölümde, Mahkeme kararlarında gözaltı süresine ilişkin ortaya konan kriterlerin neler olduğunu belirlemeye çalıştık.

Üçüncü ve son bölümde ise; Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak yakalanan ve tutuklanan kişilere tanınan hakları inceledik.

Sözleşme ile Türk hukukunu karşılaştırma yaparak uyum sorununu incelerken, diğer ülkeler aleyhine Mahkeme'ye yapılmış başvuruları ele alıp değerlendirdik. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ele alınan kararlarda sadece Türkiye aleyhine olanlara değil, diğer ülkelerle ilgili kararlara da yer verdik ki, uygulamada kolluğun insan hakları ile ilgili olayları sadece ülkemiz açısından tek yönlü bakış açısıyla değerlendirmelerini önlemek istedik.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ KAVRAMI

#### I. GENEL OLARAK

İnsanların hak ve hürriyetlerini en iyi kullanabilecekleri alan, hiç şüphesiz hukuk devleti aracılığıyla sağlanabilir. Hukuk devleti ilkesi sayesinde, hem kişinin temel hak ve hürriyetlerinin keyfi olarak sınırlandırılması, hem de devletin bütünlüğünü ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir alanda ve anlamda kullanılabilmesi önlenmektedir.<sup>1</sup> Temel hak ve hürriyetlerin özünü ise, kişi özgürlüğü ve güvenliği oluşturmaktadır.

Bedensel güvenlik hakkı, kişinin diğer hak ve özgürlüklerini kullanması açısından sınırlanamayacak ve vazgeçilemeyecek temel bir haktır. Şu halde hak ve özgürlüklerin temelini “güvenlik hakkı” oluşturmaktadır.<sup>2</sup> Bu hak; kişinin güvenlik içinde olmasını, onun keyfi olarak yakalanmak, tutuklanmak, cezalandırılmak suretiyle hareket özgürlüğünün kısıtlanıp, istediği yere gidip gelebilme, dolaşabilme serbestliğinin ortadan kaldırılamamasını ve bunun güvencesi içinde yaşamını sürdürmesi ve geliştirmesini ifade eder.<sup>3</sup> Yani kişi güvenliği; kişinin, kanunlarda öngörülen organlar tarafından yapılan yakalama ve tutuklamaların dışında keyfi olarak yakalanmaması ve tutuklanmamasıdır. Denilebilir ki; kişi güvenliği kamu otoriteleri tarafından kişi özgürlüğüne karşı keyfi müdahaleleri önlemek için gereklidir.<sup>4</sup>

Özgürlük ise, kelime anlamı olarak; “herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir koşula bağlı olmama durumu; her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi istencine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu”dur. Diğer bir anlamda ise özgürlük; herkesin istediğini çekinmeden yapabilmesidir. Ayrıca, çağdaş uygarlığın gerektirdiği toplumsal şartlar içinde kişinin mutluluğunun sınırlandırılması da hürriyet olarak tanımlanmaktadır. Diğer yandan hürriyet; kişiye devletin karışmayacağı bir alan tanıyan bir kanunun varlığını ve uygulamasını gerektiren bir vasıta olarak tanımlayanlar da vardır. Dar manada kişi

<sup>1</sup> R. Cengiz DERDİMAN, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Yakalama ve Tutuklama Yoluyla Sınırlandırılması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1987, s.1.

<sup>2</sup> Burhan KUZU, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Basım-Yayım, İstanbul, 1999, s.1202.

<sup>3</sup> Serap KESKİN, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s.64.

<sup>4</sup> Şeref ÜNAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi/Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1995, s.131.

hürriyeti ise; kişinin, kamu düzenini gerektiren sınırlamalar dışında herhangi bir engelle karşılaşmadan gidip gelmesini, emniyet altında bulunmasını ifade eder. Hürriyet bir yaşantı şeklidir ve bireyin daha çok manevi dünyası ile ilgilidir. İşte hürriyet kelimesine felsefi ve politik değişik anlamların verilmesinin sebebi bundan dolayıdır.<sup>5</sup> Montesquieu “hiçbir kelime yoktur ki, özgürlük kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli biçimlerde yansımış olsun” diyerek, özgürlük kelimesinin ifade ettiği anlamların ne kadar geniş bir alanı kapsayabileceğini gözler önüne sermiş bulunuyor. 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde özgürlük şu şekilde tanımlanmaktadır: “Özgürlük, başkasına zarar vermeyen herşeyi yapabilme gücüdür; bundan ötürü her insanın doğal haklarının kullanılmasının sınırı; toplumun diğer üyelerine aynı haktan yararlanmayı sağlayan sınırdır; bu sınırlar ancak yasa ile belirtilebilir. Yasa (ise) yalnız toplum için zararlı olan hareketleri yasaklayabilir. ...”<sup>6</sup>

Görülüyor ki; kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramları birbirini tamamlayan kavramlardır. “Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının gerçekleştiği bir toplumda kişiler, hiç kimsenin keyfine göre yakalanmayacaklarını, zorla bir yere getirilmeyeceklerini, tutuklanmayacaklarını, cezalandırılmayacaklarını bilirler ve herhangi bir yöneticinin elinde oyuncak olup özgürlüklerinin gereksiz yere ihlal edilmeyeceğine inanırlar.” Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin gerçekleşebilmesi için keyfi yönetimin ortadan kalkması, hukuki temellere dayanan bir yönetimin yerleşmesi gerekir. “Bundan dolayı, toplumsal yaşamın gerekleri sonucu insanın, yalnızca yasayla belirlenmiş ve sınırlanmış durumlar dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaması kişi özgürlüğü ve güvenliğidir.”<sup>7</sup>

“İnsanlık tarihinde, kişinin keyfi olarak tutuklanıp özgürlüğünün ortadan kaldırılamayacağına dair ilk belge, 1215 tarihinde İngiltere’de kabul edilen “Magna Carta Libertatum”da<sup>8</sup> bulunmaktadır.” Ancak, kişi özgürlüğü ve güvenliğini kapsamlı olarak düzenleyen ilk belge, 1679 yılında İngiltere’de kabul edilen “Habeas Corpus Act”tir<sup>9</sup> Habeas Corpus Act ile getirilen yenilik ve büyük güvence, özgürlüğü kısıtlayıcı işleme karşı yargıç denetiminin getirilmiş olmasıdır. Amerika’nın keşfinden sonra İngilizler ile

<sup>5</sup> DİRDİMAN, *Temel Hak*, s. 5,7.

<sup>6</sup> Ahmet MUMCU, *İnsan Hakları Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992, s.10.

<sup>7</sup> KESKİN, s.64.

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları-I*, A.Ü. S.B.F. İnsan hakları Merkezi Yayınları No:17, Ankara, 1995, s. 122.

<sup>9</sup> Nur CENTEL, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1992, s.12; ayrıca bkz. Feridun YENİSEY, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Basım Yayım, 3. Baskı, İstanbul, 1993, s.133; AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları*, s. 89; ÜNAL, s. 150.

birlikte Habeas Corpus Güvencesi de yeni kıtaya göç etmiş ve 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda yerini almıştır. Kıta Avrupası'nda ise kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesi ilk olarak 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde yer alarak, evrensel bir niteliğe kavuşmuştur.<sup>10</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesinde; yaşama hakkı ile özgürlük ve kişi güvenliğinin her bireyin hakkı olduğu açıklandıktan sonra, 9. maddesinde ise hiç kimsenin keyfi olarak tutulamayacağı veya sürülemeyeceği belirtilmiştir. 1950 tarihinde Avrupa Konseyi'nce kabul edilen ve 1953 yılında yürürlüğe giren AİHS ise, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ayrıntılı olarak 5. maddesinde düzenlemiştir.

## II. SÖZLEŞMEYE GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ

### Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 5.

- “1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.
- a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usûlüne uygun olarak hapsedilmesi.
  - b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usûlüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması.
  - c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine yada suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması.
  - d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi altında eğitimi için usûlüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usûlüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması.

<sup>10</sup> AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları*, s.123; KESKİN, s.65

- e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usûlüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması.
- f) Bir kişinin usûlüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme yada geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usûlüne uygun olarak yakalanması yada tutulu durumda bulundurulması.
2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.
3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makûl bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.
4. Yakalama veya tutulu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.
5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama ve tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.”

Anlaşıldığı üzere, Sözleşme'nin 5. maddesi iki ayrı hükmü içermektedir. Bunlardan biri, “kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tanınması”, diğeri de “kişi özgürlüğünü ve güvenliğini korumak için alınan önlemler”dir.

#### **A. Kişi Özgürlüğü, Özgürlükten Yoksunluk, Özgürlüğün Sınırlanması**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinden de anlaşıldığı üzere; kişi özgürlüğü ve güvenliği tüm özgürlüklerin temelinde yer almakta ve ulusal anayasaların kaynağını oluşturmaktadır. İkinci cümlede ise, bu özgürlüğün sınırsız olmayıp, a-f bentlerinde belirtilen hallerde sınırlanabileceği belirtilmiştir. Ancak, kişi özgürlüğünün sınırlanabilmesi için öncelikle işlemin hukuka uygun olması gerekir. Böylece, kişi özgürlüğünün sınırlanmasına karşı keyfi müdahaleler önlenmiş olacaktır.

AİHS'nin diğer maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile bunların sınırlandırma nedenleri genellikle kısa bir şekilde tanımlanırken, kişi özgürlüğünün hangi

şartlar altında sınırlandırılarak kişinin bu özgürlükten yoksun bırakılabileceği ve özgürlüğü kısıtlanan kişinin sahip olduğu haklar 5. maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. AİHK ve AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacının, bireyin sahip olduğu kişi özgürlüğünü ve güvenliğini devletin keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğunu bu madde ile ilgili birçok kararında vurgulamıştır.<sup>11</sup> Yani, 1. fıkra da hürriyetin sınırlandırılmasına neden olan yakalama veya tutuklamanın hukuka uygun olması gerekmektedir.

Ancak, AİHS'deki "kanuni usûller" sadece devletin milli mevzuatındaki kanun ve diğer düzenlemeler şeklinde anlaşılmalıdır. Mahkeme, Winterwerp kararında açıkça, milli mevzuatın da Sözleşme'deki ilkelere uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. Korunan değer uluslar arası platformdaki önemine örnek olarak Mahkeme; De Wilde, Ooms et Versyp'in Belçika aleyhindeki başvurusunda olduğu gibi, tutukluluğun ilgili kişi tarafından istenmesi halinde (bir tedavi müessesesine girme gibi) bile söz konusu madde hükmüne aykırılığın gereğinde ileri sürülebileceğine karar vermiştir.<sup>12</sup>

AİHM kararlarına göre; kim olursa olsun herkes bu hakkın yararlanıcısıdır. Zaten, maddenin 1. fıkrası, "her ferdin" kelimesi ile başlayıp "hiç kimse" ile devam etmektedir. Ayrıca, 5. madde, kişi özgürlüğünün devlet organlarıncı kısıtlanması halinde uygulanır. Nielsen'in Danimarka aleyhindeki başvurusuna istinaden 28.11.1988 tarihli AİHM'nin vermiş olduğu kararda olduğu gibi; velayet hakkına dayanarak yetkili doktor ve ilgili servislerin tavsiyesi üzerine oğlunu tedavi amacıyla bir psikiyatri kliniğine kapatan annenin neden olduğu özgürlük kısıtlamasında bu madde hükmü uygulanmaz.<sup>13</sup> Bu olayda; evlilik dışında doğan bir çocuk olan başvurucunun velayeti, o dönemde yürürlükteki iç hukuka göre sadece annesine verildiğinden, babası ile annesi ayrı yaşamaya başladıktan sonra annesinin yanında kalmıştır. Ancak, başvuru babası ile sık sık ve yoğun bir biçimde birlikte olmuş, daha sonra annesi ile birlikte olmak istememiştir. Başvuru on yaşlarına geldiğinde velisi olan annesi, kendisinin Devlet Hastanesi Çocuk Psikiyatrisi Birimine yatırılmasını istemiştir. Başvuru tıbbi tedavinin

<sup>11</sup> Faruk TURHAN, "AİHM Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/Gözetiminde Kayıplar, Askeri Disiplin Cezaları, Hakim Örtüne Çıkarma ve Gözetim Süreleri", Ceza ve Kriminoloji Dergisi, Prof. Dr. Kayıhan İçel'e Armağan Özel Sayısı, Yayınlanacak Makale, s. 4: Yargı Mevzuatı Bülteni, T.C. Eğitim Dairesi Başkanlığı, 06.02.2001, sayı:136, s.44-79.

<sup>12</sup> Vural SAVAŞ-Sadık MOLLAMAHTOĞLU, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, cilt-1*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.708; A. Feyyaz GÖLCÜKLÜ-A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 1998, s.206.

<sup>13</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.207.



uygulanmadığı ve sadece çevre terapisinin yapıldığı bu kuruma yerleştirilmiştir. Başvurucunun buradan dışarıya kendi başına çıkmasına izin verilmemiş, ancak görevliler tarafından dışarıya çıkarılıp müzelere götürülmüş ve hafta sonları annesinin yanında kalmıştır. Başvurucu; İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvurusunda, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM bu olay ile ilgili olarak 28.11.1988 tarihli kararında; aile yaşamı ve özellikle anne-babaların çocuklar üzerinde ebeveyn olarak otoriteleri bu konudaki sorumluluklarına karşılık gelecek ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesinde tanınmış ve korunmuş olduğundan, annesinin isteği üzerine başvurucunun psikiyatri servisine kabul edilmesi ve kalması annesinin annelik haklarını kullanması bakımından olduğundan, kamu makamları tarafından bu konuda sınırlı ve tali nitelikte bir yardım verildiğinden, olayda devlet makamları tarafından uygulanan bir özgürlükten bırakma işlemi olmadığından 5. maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.<sup>14</sup> Mahkeme'nin bu karardan anlaşıldığı üzere; bireylerin birbirlerine uyguladıkları özgürlük kısıtlamalarında Sözleşme'nin 5. maddesi geçerli değildir.

5. maddede belirtilen “özgürlükten yoksun bırakma” deyimi, sadece gözaltına alma veya tutuklama olarak nitelendirilmemelidir. Kişi özgürlüğünden yoksunluğu, gidip-gelme serbestisinin kısmen sınırlanmasından ayırmak gerekir. “Örneğin, sağlığı korumak için salgın hastalık bölgesinden çıkma yasağı veya kamu güvenliği nedeniyle kişinin belli bir yerde oturma zorunluluğu gibi durumları 5. madde kapsamında değil, Sözleşme'ye ek 4 No'lu Protokol<sup>15</sup> çerçevesinde değerlendirmek gerekir.” Mahkeme, bu iki terimin arasında bir nitelik ve öz farkı değil, bir derece veya yoğunluk farkı olduğu hükmüne varmıştır.<sup>16</sup>

Ek 4 No'lu Protokolün 1. maddesine göre, hiç kimse bir sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmediği için kişi özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. Buradaki “sözleşme” kavramı özel hukuk sözleşmelerini içermektedir; kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülükler Protokolün 1. maddesinin dışında kalır.<sup>17</sup> Komisyon ve Divan Kararları'ndan; somut olayın özelliklerine göre kişinin normal yaşamını sürdürmesini imkansız hale getirecek şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması hallerinde 5. maddenin uygulama alanı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle,

<sup>14</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **Osman DOĞRU**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999, s.117.

<sup>15</sup> Protokolün metni için bkz. **GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK**, s.28-30.

<sup>16</sup> **GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK**, s.207.

<sup>17</sup> **KESKİN**, s.93.

örneğin, şartlı salıverilen bir hükümlünün belirli aralıklarla polise başvurmasının istenmesi veya bir yabancının seyahat özgürlüğünün ülke içinde belirli bir şehir sınırlarıyla kısıtlanması gibi durumlarda, 5. madde anlamında özgürlük kısıtlaması yoktur. Komisyon; Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nin Türkiye aleyhindeki başvurusuna istinaden 10.07.1976 tarihli raporunda, Kıbrıs'ta Türk askerlerinin halkı evlerinde ikamet etmeye zorlamasını özgürlük kısıtlaması olarak nitelendirmiş ve Türkiye'nin 5. maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir.<sup>18</sup> 5. maddedeki anlamında özgürlük kısıtlamasının varlığı, Amuur/Fransa aleyhindeki başvurusu üzerine Mahkeme'nin 25.06.1996 tarihli kararında olduğu gibi; her somut olayda mevcut özel koşulların incelenmesi suretiyle belirlenir.

## B. Kişi Güvenliği

“Kişi özgürlüğünün yanında güvenlik hakkı, kişinin özgürlüğüne yönelik keyfi işlemlere karşı korunmasını ifade eder.” Kişi özgürlüğü Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına istinaden kısıtlanabildiği halde güvenlik hakkı mutlaktır; hiçbir sınırlamayı kabul edemez.<sup>19</sup> Kişi güvenliği bu anlamda; kişinin, kanunlarda yazılı şekil ve şartlar altında yetkili kılınan organlar tarafından yapılan yakalama ve tutuklamaların dışında yakalanmaması, tutuklanmamasıdır.

Komisyon'a göre; “özgürlük ve güvenlik terimleri bir bütün olarak ele alınıp anlaşılmalıdır, güvenlik kelimesi özgürlüğe karşı yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder.” Bu nedenle kişi güvenliğinin sağlanabilmesi için, 5. madde kapsamında alınacak her kararın önceden varolan ulusal hukuka hem esas, hem de şekil yönünden uygun olması gerekir.<sup>20</sup>

Ancak, AİHS'nin 5. maddesi ile güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Sözleşme'nin 15. maddesinin 1. fıkrasına göre askıya alınabilir. “Söz konusu 15. madde, savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir olağanüstü durumda, sözleşmeciler tarafından her birinin, durumun zorunlu olarak gerektirdiği ölçüde Sözleşme'de öngörülen yükümlülükleri askıya alan önlemleri alabileceğini belirtmektedir. Aynı maddede, söz konusu önlemlerin uluslar arası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle çatışmaması koşulu da aranmaktadır.” Sözleşme'nin 15 maddesinin 3. fıkrası ise, belirtilen askıya alma hakkını kullanan her taraf devletin, almış olduğu tedbirler ve bunların gerekçeleri konusunda Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bilgi

<sup>18</sup> ÜNAL, s.131.

<sup>19</sup> KESKİN, s.93.

<sup>20</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.208.

vermesi zorunluluğunu getirmiştir. Aynı sözleşmeci taraf, ayrıca, bu tedbirlerin ne zaman yürürlükten kalkacağını ve Sözleşme hükümlerinin yeniden ne zaman tam olarak uygulanacağı konusunda Genel Sekreteri bilgilendirmek zorundadır.<sup>21</sup> Anlaşıldığı üzere, Sözleşme, kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının sözleşmeci devletler tarafından olağanüstü durumlar nedeniyle bile olsa kısa süreli olarak askıya alınmasını, tamamiyle devletlerin keyfi uygulamasına bırakmamıştır.

### **C. Kişi Özgürlüğünün Keyfi Sınırlamalara Karşı Korunabilmesi İçin Öngörülen Güvenceler**

#### **1. İşlemin Hukuka Uygunluğu**

Kişi hürriyetinin kaldırılması ve özellikle tutuklama; iktidar sahiplerinin çok defa keyfine ve çıkarına kullanıldığından, kişi hürriyetini kaldıran her tedbir ve bu arada tutuklama, insan hakları için yüzyıllar boyunca insanlığın yaptığı savaşta büyük bir önem taşımıştır. Kişi hürriyetinin bugün anayasalarla, milletlerarası sözleşmelerle teminat altına alınmasına çalışılmasının sebebi budur.

5. maddenin 1. fıkrasında “kanuni usûller dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez” denilerek, uygulanacak kısıtlama işlemlerinde ulusal mevzuatın öngördüğü usûlün izlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yani, bireyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlem ulusal mevzuatın yetkilendirdiği bir merci tarafından kararlaştırılmalı ve işlem keyfilik taşımamalıdır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi’nde “kimse keyfi olarak tutulamaz, alıkonamaz veya sürülemez” denilmekle yetinilmiştir (İHEB m. 9). Alıkonulma denilen tutuklama bakımından aranan kriter, sadece “keyfi olmamaklık”tır, bir diğer söyleyişle kanuniliktir.<sup>22</sup>

Van Der Leer’in Hollanda aleyhinde yaptığı başvuruda; başvuru bir psikiyatri hastanesinde kendi rızası ile tedavi gördüğü sırada, eşinin talebi üzerine bir doktor tarafından düzenlenen rapora dayanan Kanton Mahkemesi başvuruçunun altı ay süreyle hastanede tutulmasına karar vermiştir. Bu mahkeme karar verirken başvuruçuyu dinlememiş ve karar başvuruçuya tebliğ edilmemiştir. Başvuruçucu bu karardan on gün sonra tek başına kapatıldığını görünce zorunlu olarak tutulduğunu fark etmiştir. AİHM

<sup>21</sup> KESKİN, s.94.

<sup>22</sup> Nurullah KUNTER – Feridun YENİSEY, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası. Beta Basım, İstanbul, 1998, s.611.

bu olayla ilgili olarak 21.02.1990 tarihinde almış olduğu kararında; ulusal mercilerin başvuruçunun hastanede tutulmasına karar vermeden önce kendisini dinlemediğinden, duruşma yapmaktan vazgeçmeyi gerektiren şartlar yerine getirilmediğinden, hukukun öngördüğü bir usûle göre özgürlükten yoksun bırakma şartının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>23</sup>

## 2. Sınırlı Sayım

Bireyin özgürlüğünden mahrum edilebileceği haller 5. maddede sınırlı bir şekilde sayılmış olup, bu haller dışında kişinin özgürlüğünün kısıtlanması Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurur<sup>24</sup> ve bu sınırlama nedenleri yorum yoluyla genişletilemez.<sup>25</sup> 18.01.1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık davasında; İrlanda adasının her yanında görülen terör eylemlerine karşı Kuzey İrlanda'daki yetkililer, Ağustos 1971 tarihinden Aralık 1975 tarihine kadar bir dizi yargısız gözaltına alma, tutma ve enterne etme yetkileri kullanmışlardır. AİHM, bu olayda söz konusu olan özgürlükten yoksun bırakma biçimlerinin 5. maddenin 1. fıkrasında sayılan hallere girmediğini belirterek, bu fıkranın ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>26</sup>

Winterwerp'in Hollanda aleyhindeki başvurusunda; akıl hastası olan başvuruçunun periyodik olarak yinelenen mahkeme kararlarıyla tutulmaya devam etmiştir. Başvuruçunun, bu kararların verildiği sırada mahkeme önüne çıkarılmamış ve temsil edilmemiştir. Başvuruçunun salıverilme talepleri savcılık tarafından reddedilmiş, başvuruçunun ayrıca, otomatik olarak mallarını idare hakkını kaybetmiştir. AİHM'nin bu olayla ilgili olarak, 24.10.1979 tarihinde; 5. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde kastedilen akıl zayıflığı teriminin kesin bir tanımı olmayıp, araştırmalar ve tedavi şekilleri toplumun akıl hastalarına bakışı değiştiğinde kavramın içeriği de dönüştüğünden, bu bend bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle zorunlu kapatılmaya tabi tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamayacağından ve Hollanda mevzuatındaki akıl hastası tanımı Sözleşme'deki akıl zayıflığı kavramına aykırı düşmediğinden dolayı, hukuka uygun olarak tutma şartı bakımından akıl zayıflığı nedeniyle tutma şartının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> DOĞRU, *Rehber, Van Der Leer Kararı*, s.153.

<sup>24</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-1*, Engel ve Diğerleri/Hollanda kararı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998, s. 187-188, par.57.

<sup>25</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-2*, Lukanov/Bulgaristan kararı, s. 269, par.+1, **GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK**, s.211.

<sup>26</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-1*, İrlanda/Birleşik Krallık kararı, s. 267, par.195.

<sup>27</sup> DOĞRU, *Rehber, Winterwerp/Hollanda Kararı*, s.19-20.

Winterwerp/Hollanda başvurusu, fıkıradı sınırlı bir şekilde sayılan haller dışında 6zgürlük kısıtlamasına gidilemeyeceğine ve bu kısıtlamaların dar bir yoruma tabi olduğuna dair 6nemli bir 6rnek teşkil eder.

### **3. Bireye Tanınan Haklar**

5. maddenin 1. fıkrasına g6re usulüne uygun olarak 6zgürlüğünden yoksun kılınan bireye, maddenin diğer fıkralarında (2-5) belirtildiği şekilde bir takım haklar tanınmıştır. Bu haklar ř6yledir:

- Suç isnadından hemen haberdar edilme hakkı (5.maddenin 2. fıkrası).
- Hemen bir hakim 6nüne 6ıkarılma hakkı (5. maddenin 3. fıkrası).
- Makul süre içinde yargılanma hakkı (5. maddenin 3. fıkrası).
- Adli kovuşturma sırasında serbest kalma hakkı ( 5. maddenin 3. fıkrası).
- 6zgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğu denetimi (Habeas Corpus) (5.maddenin 4. fıkrası).
- S6zleşmeye aykırı yakalama ve tutuklama durumunda tazminat hakkı (5. maddenin 5. fıkrası).

## **III. TÜR K HUKUK SİSTEMİNE GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ**

### **A. Kişi Güvenliği**

Türk Hukuku'nda kişi 6zgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ilk düzenleme 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de yer almıştır. 1876 Anayasası'nın 10 maddesinde, kişi 6zgürlüğünün her türlü saldırıya karşı dokunulmaz olduğu; hiç kimsenin kanunun 6ngördüğu nedenler dışında bir nedenle cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, Habeas Corpus anlayışını tam anlamıyla ilk kez 1961 tarihli Anayasamızda güvence altına alınmıştır. 1961 Anayasası'nın 30. maddesinde "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini 6nlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla g6sterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir" denilerek, 6zgürlük kısıtlaması hakim güvencesine bağlanmıştır.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> KESKİN, s.66.

Habeas Corpus güvencesi, 1982 Anayasası'yla ilgili hükmün gerekçesinde de ifadesini bulmuş ve getirilen düzenlemenin bu doğrultuda olduğu belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nın 19. maddesinin gerekçesinde "sekizinci fıkra hukuk dilinde Habeas Corpus olarak adlandırılan güvenceyi getiriyor" denilmektedir. 1982 Anayasası, hürriyetler alanında bazı kısıtlamalar yapmakla birlikte kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda AİHS ile tam bir paralellik kurmuştur ve hatta bazı noktalarda AİHS'ne göre daha olumlu bile sayılabilir. 1982 Anayasası, "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" hakim kararı alınıncaya kadar idareye ve kolluk kuvvetlerine, kişi özgürlüğü ve güvenliğine dokunabilme imkanı verdiği için eleştirilmekte ise de, bu durum istisna olarak ve acil hallerde söz konusu olacaktır. Eğer hakim kararı alınabilecek bir durum varsa bu yola zaten gidilemeyecektir. Aslında bu durum, 1980 öncesi Türkiye'nin içinde bulunduğu olağanüstü terör ortamından da kaynaklanmaktadır. Daha sonraları özellikle Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku'nda yapılan düzenlemelerle bu olumsuzluklar büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.<sup>29</sup>

Hayat hakkı esasen AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenmekle birlikte, AİHK ve AİHM, güvenlik kuvvetleri tarafından gözaltına alındığı iddia edilip daha sonra bulunamayan veya öldüğü tespit edilen kişilerin yakınlarınca Türkiye aleyhine yapılan başvurular üzerine verdiği kararlarda, olayları kişi özgürlüğü açısından da değerlendirdiği görülmektedir. Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne giriş süreci içerisinde gözaltında kayıplar dolayısı ile AİHM'nce mahkum edilmesi kuşkusuz, ülkemizin uluslar arası düzeyde itibarı açısından oldukça zor bir durumdur. Türkiye İnsan Hakları Vakfı tarafından yapılan bir araştırmaya göre; 1980-1996 yılları arasında gözaltına alındıktan veya güvenlik güçleri tarafından götürüldükten sonra 177 kişinin gözaltında kaybolduğu ileri sürülmüştür. Bunun yanısıra, şüpheli bir şekilde ortadan kaybolduktan sonra ölü olarak pek çok kişinin de bulunduğu aynı araştırmada belirtilmektedir.<sup>30</sup>

Bireyin yaşam hakkına gösterilen bu derece artan ilgi nedeniyle kayıp kişiler ve faili meçhul olaylar nedeniyle gösterilen hassasiyet de artmaktadır. Bu doğrultuda AİHK ve AİHM içtihatları, gözaltına alınan bir kimsenin sağ olduğunu ispat etmenin, onu gözaltına alan devlete düştüğünü kabul etmekte ve bu kişilerin salıverildikten sonra kaybolmuş olduğu savunmasını kabul etmemektedir. Şu halde birinci ihtimal kayıp kişinin gözaltına alınmadan kaybolup kaybolmadığının belirlenmesidir. Şayet devlet

<sup>29</sup> KUZU, *Kişi Özgürlüğü*, s.1204-1205.

<sup>30</sup> 1997 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları (20), Ankara, 1999, s.225 vd.

makamları bir kimsenin gözaltına alınmadığını iddia ediyorlarsa, başvuru sahibinin böyle bir yakalama olayı olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Buna karşılık, bu kişinin gözaltına alındığı resmi makamlarca kabul ediliyorsa, bu durumda söz konusu kişinin ne zaman nerede salıverildiğinin inandırıcı bir şekilde resmi kayıtlarla açıklanması gerekmektedir. Bu yüzden gözaltı kayıtlarının çok titiz tutulması ve özellikle terör suçlarından gözaltına alınan kimseler salıverilirken ailesinden birisinin veya bir avukatın hazır bulunması sağlanmalıdır. Özellikle de salıverme tutanağında bu kişilerin isim ve imzalarına yer verilmelidir. Bu arada kayıp kişilerin terör örgütlerine katılıp katılmadığını veya gözaltından sonra “işbirlikçi” suçlamalarıyla terör örgütleri tarafından sorgulanıp öldürülebileceği ihtimallerinin de araştırılması gerekmektedir.<sup>31</sup> Nitekim, Konca KURİŞ’in 16.07.1998 tarihinde kaçırılması üzerine, basında ve kamuoyunda bu kişiyi güvenlik kuvvetlerinin kaçırıp öldürdüğü yönünde beyanatlarda bulunulmuştur. Ancak daha sonra bu kişinin cesedinin yasadışı terör örgütü Hizbullah’ın mezar evlerinden çıkmasının ardından konu açıklığa kavuşmuş ve güvenlik kuvvetlerimiz zan altında kalmaktan kurtulmuştur.

Gözaltında kayıplar konusu bu çalışmamızın doğrudan konusunu teşkil etmediği için, çalışmamızda bu konuya daha fazla değinmeyeceğiz.<sup>32</sup>

## B. Kişi Özgürlüğü ve Sınırlanabileceği Haller

Kişi beden özgürlüğüne sahip değilse, kişinin dokunulmazlığı istenildiği zaman yerli yersiz keyfi olarak ihlal edilebiliyorsa öteki özgürlüklerin kullanılması ciddi anlamda engelleniyor demektir. Ancak, birlikte yaşama zorunluluğu kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından da bazı sınırlamaları gerekli kılmaktadır. Çünkü, sınır tanımayan hürriyet, hürriyetsizliktir. Temel hak ve özgürlükler ancak, kanunla sınırlanabilir. 1982 Anayasası da temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken, bunların özüne dokunulmaması gerektiği ilkesinden hareketle; hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmamaları kistasını getirmiştir.<sup>33</sup>

1982 Anayasa’sı 13. maddede genel sınırlama şartlarını şöyle belirlemiştir:

- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne gelecek tehlikeler.

<sup>31</sup> Durmuş TEZCAN, “Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İrdelenmesi”, İnsan Hakları ve Yargı, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi, 1998, s. 67; 1998 Türkiye İnsan Hakları Raporu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları (21), Ankara, 2000, s.214.

<sup>32</sup> Gözaltında kayıplar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, s. 5-13.

<sup>33</sup> KUZU, *Kişi Özgürlüğü*, s. 1211; DİRDİMAN, *Temel Hak*, s.19.

- Cumhuriyetin, milli egemenliğin, milli güvenliğin, kamu düzeninin ve yararının, genel ahlakın, genel sağlığın korunması amacıyla yapılan sınırlamalar.

Yine Anayasa'nın 14. maddesine göre "Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri;

- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak.
- Türk Devleti'nin ve Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye düşürmek.
- Temel hak ve hürriyetleri yok etmek.
- Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya
- Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya
- Dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak yahut
- Sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz.<sup>34</sup>

Anayasamız, yukarıda belirtilen ve her hak ve özgürlük için geçerli olabilecek genel sınırlama sebeplerinden başka, her hak ve özgürlüğün kendi niteliğine uygun ayrı sınırlama sebepleri de öngörmüştür. Anayasa'nın 19. maddesine göre;

- Mahkemelerce verilmiş özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi
- Bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması
- Bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi
- Toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi
- Usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren yada hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması

durumları dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> MUMCU, s.242.

<sup>35</sup> MUMCU, s.245.



Ceza Muhakemesi Hukuku'nda, maddi gerçeğe ulaşabilmek temel amaçtır. Bu nedenle de ceza muhakemesinde hukuka uygun yollarla elde edilmiş olmak koşuluyla her şey delil olarak kullanılabilir. Ceza muhakemesinin bu temel amacından hareketle, ceza muhakemesini yürütebilmek ve sonuçta verilmesi muhtemel ise, mahkumiyet hükmünün yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla delil toplamak, delillerin karartılmasını engellemek ve şüpheli yada sanığı ele geçirebilmek veya onun kaçmasının önüne geçmek gibi nedenlerle başvurulabilen önlemlere koruma önlemleri denir. Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretisi'nde bu önlemlerin "ihtiyati tedbir", "usul tedbirleri", "zorlayıcı önlem", "ceza yargılaması önlemi", "zorlama tedbiri" isimleriyle de anılmış olduğu görülmektedir.<sup>36</sup>

Koruma önlemleri, önlem oldukları için geçicilik özelliğine sahiptirler. Önlemi gerekli kılan neden ortadan kalktığı zaman geri alınacakları gibi, önlemi haklı kılan neden çoğaldığı veya azaldığı takdirde yerini daha ağır veya daha hafif bir koruma önlemine de bırakacaklardır.<sup>37</sup>

Koruma önlemleri, genel olarak temel hak ve özgürlüklere müdahale edici nitelikte önlemlerdir. Bu müdahalenin çerçevesi hukuk devleti ilkesi göz önünde tutulmak suretiyle anayasada çizilir ve anayasaya aykırı olmamak kaydıyla ayrıntıları yasalarda düzenlenir; çünkü temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edici nitelikteki koruma önlemleri ise, yakalama, gözlem altına alma ve tutuklamadır.

Türk Askeri Ceza Hukuku'nda özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler disiplin cezaları adı altında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda (AsCK) yer almaktadır. Bu konu ile ilgili olarak 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun (DisMK) ayrıntılı bir düzenleme içermektedir. Askeri disiplin cezaları konumuzla doğrudan ilişkili olmadığı için, burada bu konu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgiye yer vermiyoruz.<sup>38</sup>

### **1. Yakalama**

Yakalama, yargıç tarafından verilmiş bir tutuklama kararı, bir tutuklama müzekkeresi bulunmamasına karşın, kişi özgürlüğünün yargıç kararı olmadan geçici bir süre için kısıtlanması demek olup, ya bir tehlikenin önlenmesi için veya suç işlendikten

<sup>36</sup> KESKİN, s.70.

<sup>37</sup> KUNTER-YENİSEY, No:360.

<sup>38</sup> Türk Askeri Ceza Hukukunda askeri disiplin cezaları ve kişi özgürlüğü konusunda bkz. TURHAN, s. 14-18.

sonra sanığın ele geçirilmesi amacıyla yapılır.<sup>39</sup> İlk halde önleme yakalamasından, ikinci halde ise adli yakalamadan söz edilir.

#### a) Önleme Yakalaması

“Kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde, bir suç işlenmiş olmasa bile, polis kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olabilir. Polisin idari görevi çerçevesinde kalmak üzere, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu çerçevesinde toplumu tehdit eden tehlikeden korumak amacı ile bireylerin özgürlüklerini kısıtlama yetkisi vardır. Ayrıca, kişinin vücudu veya hayatı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması için gerekli ise, o kişinin özgürlüğünün kısıtlanması mümkündür. Bu tür önleme yakalaması, suç ile ilgili değildir.”<sup>40</sup>

“Kanunun açıkça düzenlemediği ve bu şekilde müsaade etmediği hallerde polis, kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayamaz. Kişinin vücudu veya hayatı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması için gerekli ise, özellikle o kişinin iradesine sahip olmadığı veya yardıma muhtaç bir durumda bulunduğu anlaşılıyorsa veya tedbirin uygulanması, işlenmek üzere bulunan veya işlenmekte olan bir suçun doğduğu tehlikenin önlenmesi için kaçınılmaz bir tedbir olarak ortaya çıkıyorsa, polisin bu kişiyi muhafaza veya gözaltına alması kabul edilmelidir. Diğer yandan, bir küçük kendisi üzerinde gözetim yetkisine sahip bulunan kişiden kaçmış ise, o kişiye geri verilmek üzere polisin küçüğü muhafaza altına alma yetkisi vardır. Ayrıca, özel durumları itibariyle tedavileri gereken veya toplum için tehlike teşkil eden akıl hastaları, uyuşturucu madde tutkunları, küçükler, aşırı derecede sarhoş olup halkın huzurunu bozacak kişiler, polis tarafından yakalanarak kontrol altına alınabilirler (PVSK m. 13-14).”<sup>41</sup> Bu şekilde yakalanan kişinin içinde bulunduğu duruma gözlem altına alma denilir.<sup>42</sup>

Kolluğun önleme amaçlı gözaltına alma yetkisi, çok yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapıldığı için, genellikle hakimden karar almak için yeterli zaman yoktur. Bu yetki her memur tarafından kullanılabilir ve özel bir emre ihtiyaç olmayabilir.

<sup>39</sup> Burhan KUZU, yakalamamanın bir kimsenin tutuklanması amacı ile olacağını belirtse de biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, YENİSEY’in de belirttiği gibi; çok kısa süreli önleyici ve koruyucu nitelikteki özgürlük kısıtlamaları yakalama sayılamaz. Yolda hastalanıp bayılan bir kadın yağmur altında yolda yatmaktadır. Polis bu kadını karakola götürüp koruma altına alabilir. Bu konu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Feridun YENİSEY, *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma*, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:12, Ankara, 1995, s.83-85; KUZU, *Kişi Özgürlüğü*, s.1213; YENİSEY, *Hazırlık Soruşturması*, s.174.

<sup>40</sup> YENİSEY, *İnsan Hakları Açısından*, s.85.

<sup>41</sup> YENİSEY, *İnsan Hakları Açısından*, s.85-86.

<sup>42</sup> YENİSEY, *İnsan Hakları Açısından*, s.88.

Yakalanan kişinin bu durumunun kısa sürmeyeceğinin anlaşılması halinde, kolluğun gecikmeden özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğu ve devamı konusunda hakimden bir karar alması gerekir. Ancak, hakimden karar alınıncaya kadar kişinin serbest bırakılmasını gerektiren şartlar oluşursa kişi hemen serbest bırakılmalıdır.<sup>43</sup>

### **b) Adli Yakalama**

Adli yakalama; meşhut cürümde, tutuklama müzekkeresi kesilmesini gerektiren acele hallerde ve daha önce gıyapta verilmiş bir tutuklama kararının infazı amacı ile veya hapisten kaçanın yakalanması için verilen müzekkereye dayanılarak bir kimsenin yargılama makamı önüne götürülmek üzere özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır.<sup>44</sup> Yakalanan kişinin içinde bulunduğu hukuki duruma gözaltına alma denilir.

Yakalama işleminin sonunda kişi mutlaka yargılama makamı önüne çıkartılmalıdır. Yargıç karşısına çıkartılan kişi ya tutuklanacak yada tutuklama nedenleri bulunmuyorsa hemen salıverilecektir. Yakalama genellikle yargıç kararı olmadan yapılabilmektedir. Anayasa'ya göre; yargıç kararı olmadan yakalama ancak, suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunulan hallerde yapılabilir; bunun koşullarını kanun gösterir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 127. maddesi, yakalama koşullarını yakalayan kişiye göre farklı düzenlemiştir. Buna göre; herkesin yakalama işlemini yapabilme koşulları ile savcılık ve kolluk görevlilerinin ayrıca yakalama yapabilmelerinin koşulları farklıdır.

Herkesin yakalama işlemini gerçekleştirebilmesinin koşulları şunlardır:

- Suçüstü durumunda işlenen meşhut bir cürüm olmalıdır. Henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra kolluk veya suçtan zarar gören kişi yada başkaları tarafından kovalanarak yakalanan kişinin işlemiş olduğu suç gibi, suçun pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhut suç sayılır.
- Suçüstü durumunda görülen yada suçüstü nedeniyle kovalanan kişinin kaçacağından korkulmalı veya onun hüviyetini hemen belirlemek olanaksız olmalıdır.
- Suçüstü durumunda işlenen cürmün kovuşturulması şikayete bağlı olmamalıdır. Eğer şikayet koşulu aranıyorsa, yakalama işlemini yapabilmek

<sup>43</sup> YENİSEY, *Hazırlık Soruşturması*, s.175.

<sup>44</sup> YENİSEY, *Hazırlık Soruşturması*, s.175; KUZU, *Kişi Özgürlüğü*, s.1213.

için suçtan zarar görenin şikayet iradesini açıklaması gerekir. Ancak, kovuşturulması şikayete bağlı olmamalıdır. Eğer şikayet koşulu aranıyorsa, yakalama işlemi yapabilmek için suçtan zarar görenin şikayet iradesini açıklaması gerekir. Ancak, kovuşturulması şikayete bağlı olan suç, küçüklere, beden veya akıl hastalığı dolayısıyla kendisini idareden aciz bulunanlara karşı işlenmiş ise yakalama işlemi yapabilmek için şikayet aranmaz.

Savcılık ile kolluğun, suçüstü durumu dışında herkesten fazla olarak yakalama işlemi yapabilmesinin koşulları şunlardır:

- Şüpheli hakkında suçu işlediğine dair kuvvetli emareler, yani makul şüphe bulunmalıdır.
- Sanık hakkında düzenlenecek bir yakalama müzekkeresi bulunmalıdır.
- Yakalama işlemi yapmak bakımından gecikmede tehlike bulunması gerekmektedir.
- Kolluk memurları bakımından derhal amirlerine başvurma olanağının bulunması gerekmektedir.

## 2. Tutuklama

Tutuklamayı, “bir suç işlediği zannedilen kişinin hakkındaki soruşturmanın selamete yürütülebilmesi için hapsedilmesidir.” diye tanımlayan Yüce’nin<sup>45</sup> yanısıra, Serap Keskin “tutuklamayı, ceza muhakemesinde temel hak ve özgürlüklere müdahale açısından kabul edilmiş en ağır koruma önlemidir. Çünkü, tutuklama ile, kişi hakkında kesinleşmiş özgürlüğü kısıtlayıcı bir mahkumiyet hükmü verilmeden, yani daha cezaya çarptırılmadan, kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmaktadır.”<sup>46</sup> şeklinde nitelemiştir. Kunter ve Yenisey ise tutuklamayı, “muhakeme hukuku açısından zorunlu hallerde hakim tarafından verilen karara dayanılarak henüz bir yargı ile hürriyeti kaldırıcı cezaya mahkum olmadan bir sanığın kişi hürriyetinin kaldırılması, bir diğer söyleyişle tutuk durumuna sokulmasıdır.”<sup>47</sup> şeklinde tanımlamıştır. Centel’e göre tutuklama; “suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ama suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi yada muhtemel bir mahkumiyetin ileride yerine getirilebilmesi için, yazılı hukuktaki şartlarla ve hakim kararıyla geçici olarak kaldırılmasıdır.”<sup>48</sup>

<sup>45</sup> DİRDİMAN, *Temel Hak*, s.50.

<sup>46</sup> KESKİN, s.71-72.

<sup>47</sup> KUNTER-YENİSEY, s.611, No:363.

<sup>48</sup> CENTEL, s.4.

Anayasa'nın 19. maddesine göre; suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak, kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilirler. Tutuklanan kişi tutukevinde alıkonulur.

“Tutuklama, onu haklı gösteren Muhakeme Hukuku gayesinin çeşidine göre, ya tutucu ya önleyici bir koruma tedbiri niteliğini taşır. Sanığın ileride cezadan kaçmasını önlemek gayesi ile yapılmışsa, ileride verilmesi muhtemel mahkumiyet hükmünün tatbiki bir değeri olabilmesini sağladığından önleyici koruma tedbiridir. Delillerin karartılmasını, sanığın muhakemeden kaçmasını veya öldürülmesini önlemek gibi muhakemenin en isabetli bir sonuca varacak şekilde yapılmasını sağlayan gayelerle yapılan tutuklama ise tutucu bir koruma tedbiridir.” Muhakeme boyunca kişi hürriyetinin kaldırılmasında güdülemeyecek gaye, ceza verme gayesidir.<sup>49</sup>

Anayasalar ve uluslar arası belgeler, hem kişi özgürlüğü ve güvenliğini korumuşlar, hem de gerektiğinde belirtilen gerekçelerle, usulüne uygun başvurulduğu takdirde, tutuklamanın kişi güvenliğini ihlal etmediğini ve meşru olduğunu kabul etmişlerdir. Tutuklamanın meşruluğu hususunda şu görüşler ileri sürülmüştür:<sup>50</sup>

- Sanığın kamu davası devam ederken daima hazır bulundurulması.
- Sanığın, adalete teslim edilecek bir delil olması için, el altında bulundurulması.
- Sanığın delillere tesir etmemesini sağlamak.
- Kamu davasının neticesinin güvencesini sağlamak.
- Sanığın davaya önem vermesini sağlamak üzere tehdit altında bulundurmak.
- Toplumunu korumak.
- Kamuoyunun yatıştırılmasını sağlamak.
- Devletin hakimiyetini ispatlama.
- Mağdurun veya yakınlarının intikam almalarını önlemek.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda istisnai durumlar dışında, tutuklama kurumu genel olarak şekil ve şartları 104 ile 126. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Esas önemli ve genel kapsamı düzenleyen madde ise, 104. maddedir. Ceza yargılama hukuku açısından incelendiğinde tutuklamanın şartlarını “ön şartlar” ve “genel şartlar” olarak ikiye ayırabiliriz.

<sup>49</sup> KUNTER-YENİSEY, s.612, No:363.

<sup>50</sup> Seyithan GÜNEŞ, *Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, Kazancı Kitapları, İstanbul, 1998, s.105; DİRDİMAN, *Temel Hak*, s.58-59.

Ön şartlar olmadığı zaman tutuklamaya gidilmesi mümkün değildir. Bu şartlar:<sup>51</sup>

Öncelikle yargılama şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yargılama şartları konusunda CMUK'ta sistemli bir düzenleme yoktur. Ancak, çeşitli özel kanunlarda örneğin; Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Hakim ve Savcılar Kanunu gibi düzenlemeler mevcut olup, öncelikle bu kanunlarla belirtilen yargılanabilme engelinin ortadan kalkması gerekmektedir.

Sanığa tutuklanmaması konusunda teminat belgesi verilmemiş olması gerekmektedir. CMUK 288. maddesinde duruşmaya gelmeyen sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için tutuklanmayacağına dair teminat belgesi verilmesi öngörülmüştür. Bu teminat belgesi verilmiş ise, artık sanığın aynı suçtan tutuklanması mümkün değildir.

Kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması gerekmektedir. CMUK'ta kuvvetli belirti ile kastedilen, sanığın suçu işlediği konusunda kuvvetli şüphenin bulunmasıdır. "Buradaki kuvvetli şüphe, şüphelinin suçu işlediği kesin kanaatine henüz ulaşmayan, ancak kişi hakkında ceza davasının açılmasına yetecek orandaki şüpheyi de aşan bir şüphedir."<sup>52</sup> 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 71. maddesine göre "kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirt bulunması" tutuklamada aranan bir ön koşuldur.<sup>53</sup> DGM'lerde uygulanan CMUK'un eski 104. maddesinde kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe burada da aranmaktadır.<sup>54</sup> Kuvvetli şüphe, tutuklamanın istendiği ana kadar yapılmış olan ceza soruşturması sonunda gelinmiş olan noktada, şüphelinin fail yada suç ortağı olarak suçu işlediği hususunun kuvvetli olasılık içinde bulunduğunu gösterir.<sup>55</sup> Tutuklama, insan özgürlüğünü kısıtlayan en ağır koruma tedbiri olduğundan dolayı, kişinin suçlu olduğunu gösterir kuvvetli şüphenin bulunması gerekmektedir.<sup>56</sup>

İşlenen suç için kanunda özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın öngörülmüş olması gerekmektedir. Para cezasını gerektiren suçlarda tutuklama yapılması mümkün olmadığı için, işlenen suçun özgürlüğü bağlayıcı bir cezayı öngörmesi gerekmektedir.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> KUNTER-YENİSEY, s.618-619, No:365; GÜNEŞ, s.107-108; KESKİN, s.72-73.

<sup>52</sup> KESKİN, s.73.

<sup>53</sup> KESKİN, s.78.

<sup>54</sup> KESKİN, s.76.

<sup>55</sup> KESKİN, s.73.

<sup>56</sup> KUNTER-YENİSEY, s.619, dipnot:407.

<sup>57</sup> GÜNEŞ, s.109.

Tutuklama işleminin yapılabilmesi için ön şartların yanında genel tutuklama nedenleri de gereklidir. Bunlar:<sup>58</sup>

Kaçma şüphesini uyandıracak durumlar bulunmalıdır. Sanık hazır bulundurulmadan ceza muhakemesinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması yasal olarak olanaksızdır. Sanıksız duruşma yapılamaz. Kaçma şüphesinin temeli, tutuklama kararının istendiği anda bu şüpheyi haklı gösteren somut bulgulardır. Bu emarelerin neler olduğunu hakim kararında göstermek zorundadır. Bu durumlar şunlardır:<sup>59</sup>

- Soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi.
- Sanığın ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi.

DGM’lerde uygulanan CMUK eski 104/3. maddesine göre, sanığın kaçacağı varsayılan haller şöyledir:<sup>60</sup>

- Soruşturma konusu olan suçun ağır cezalı cürümlerden olması.
- Sanığın ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya serseri veya şüpheli takımından olması veya kim olduğunu ispat edememesi.
- Yabancı olup da hakim’in davetine veya verilecek hükmün infazı için geleceğinden şüphe uyandıracak ciddi sebeplerin bulunması.

353 sayılı AskMKYUK’nun 71. maddesine göre, “kaçma şüphesini uyandıracak kuvvetli belirtilerin varlığı” tutuklama sebebidir.<sup>61</sup>

Bir diğer tutuklama nedeni de; delilleri karartma şüphesinin bulunmasıdır. CMUK 104/2. maddesine göre; tutuklama işleminin yapılabilmesi için “delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması” gerekmektedir. Bu şüpheyi doğuran durumların neler olduğu da yargıcın tutuklama kararında gösterilmek zorundadır.

DGM’lerde uygulanan CMUK eski 104. maddesine göre “suçun izlerini yok etmeye veya şeriklerin uydurma beyanata yahut tanıkları yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçınmaya sevk edeceğini gösterir haller bulunursa” denilerek, tutuklamada aranacak delilleri karartma şüphesinden söz edilmiştir.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> KUNTER-YENİSEY, s.620-623. No:365; GÜNEŞ, s.109; KESKİN, s.73-74.

<sup>59</sup> KUNTER-YENİSEY, s.620. No:365.

<sup>60</sup> KESKİN, s.78.

<sup>61</sup> KESKİN, s.78.

<sup>62</sup> KESKİN, s.76.

353 sayılı AskMKYUK'nun 71. maddesine göre “delillerin yok edilmesi veya değiştirilmesini önlemek amacı” tutuklama nedenidir.

Bu tutuklama nedenlerinin yanısıra DGM'lerde uygulanan CMUK eski 104. maddesine ceza muhakemesine konu oluşturan suç “devlet veya hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veya genel adap aleyhine bir suç olursa, suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunan sanık hakkında, kaçma şüphesi veya delilleri karartma şüphesi bulunmasa bile tutuklama kararı verilebilecektir.” denilerek DGM Kanunu'na göre diğer tutuklama nedenleri de belirtilmiştir.<sup>63</sup>

353 sayılı AskMKYUK'nun 71. maddesine göre yukarıda sayılan hallerden başka diğer tutuklama nedenleri “askeri disiplinin korunmasını sağlamak amacı ve suçun devlet veya hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin emniyet veya asayişini bozan eylemlerden bulunması veya genel ahlak aleyhinde işlenmiş olmasıdır.”<sup>64</sup>



---

<sup>63</sup> KESKİN, s.76.

<sup>64</sup> KESKİN, s.78-79.



## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNA GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANABİLECEĞİ HALLER

#### I. ADLİ YAKALAMA

Bir görüşe göre adli yakalama; meşhut cürümde, tutuklama müzekkeresi kesilmesini gerektiren acele hallerde ve daha önce gıyapta verilmiş bir tutuklama kararının infazı amacı ile veya hapisten kaçanın yakalanması için verilen müzekkereye dayanılarak bir kimsenin yargılama makamı önüne götürülmek üzere özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır.<sup>65</sup> Bir başka yazarımızın görüşüne göre ise; hakkında suç işlediği yolunda kuvvetli şüphe bulunan, bir şahsın, yetkili adli makam önüne çıkarılmak üzere, herkes tarafından özgürlüğünün geçici bir süre için kısıtlanarak denetim ve gözetim altına alınmasına adli yakalama denilir.<sup>66</sup> Yakalanan kişinin içinde bulunduğu hukuki duruma gözaltına alma denilir. Adli yakalamada yakalanan kişi gecikmeden “yetkili bir hakim” önüne çıkarıldıktan sonra yargıç tarafından ya tutuklanacak veya da tutuklamanın koşulları bulunmuyorsa hemen salıverilecektir.

Şimdi burada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre adli yakalamanın yapılabileceği halleri, Türk Hukuku açısından da ele alarak inceleyeceğiz.

#### A. Mahkumiyet Kararı Üzerine Kişinin Hapsedilmesi

##### 1. Sözleşmeye Göre

1. fıkranın (a) bendine göre mahkumiyet kararının “yetkili mahkeme” tarafından verilmiş olması gerekmektedir. AİHM'ye göre; söz konusu merci taraflar ve yürütme organı önünde bağımsız ve tarafsız olmalı ayrıca, karar “güvenceli bir yargılama usulü” izlenerek verilmiş olmalıdır.<sup>67</sup> Mahkemenin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı her olayın

<sup>65</sup> YENİSEY, *Hazırlık Soruşturması*, s.175; Erol CİHAN-Feridun YENİSEY, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul, 1996, s.251-252; KUZU, *Kişi Özgürlüğü*, s.1213.

<sup>66</sup> M. Bedri ERYILMAZ, “Türk Hukukunda ve Uygulamasında Yakalama ve İfade Alma ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uyum Sorunu”, *Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu*, Polis Akademisi, Ankara, 06-08.05.1998, s.366; YENİSEY, *İnsan Hakları Açısından*, s. 90; Doğan SOYASLAN, “Yakalama ve İfade Almadaki İnsan Hakları”, *Modern Adli Soruşturma Yöntemleri ve İnsan Hakları Sempozyumu*, Polis Akademisi, 29-31.05.1996, Ankara, s.181.

<sup>67</sup> SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, s.119.

kendisine özgü şartları içinde değerlendirilmelidir. AİHM, Engel'in Hollanda aleyhindeki başvurusunda, şikayetçi hakkında karar veren askeri disiplin mahkemesinin de, taraflara ve özellikle de yürütme organına karşı bağımsızlığı güvence altına alındığı sürece, madde anlamında yetkili mahkeme sayıldığını belirtmiştir. Diğer yandan, hükmü veren mahkemenin, cezanın infaz edileceği ülke mahkemesi olması da zorunlu değildir. Komisyon'a göre, söz konusu hüküm, kararı veren mahkemenin bulunduğu yer konusunda herhangi bir ayırım yapmamakta ve dolayısıyla yabancı devlet mahkemelerince verilmiş ceza ilamlarının infazını engellememektedir.<sup>68</sup>

Van Drogenbroeck'in Belçika aleyhindeki başvurusunda; şikayetçi, bir çok suçtan dolayı hapis cezası yattıktan sonra suça itiyat nedeniyle Bakanlık kararıyla tutulmuştur. AİHM, Bakanlığın tutma kararı, yetkili mahkeme kararının ayrılmaz bir parçası olduğundan, yetkili mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararından sonra hapsedilme şartının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>69</sup>

Bahsedilen mahkumiyet üzerine terimi, ortada yasal yoldan saptanmış bir suç yoksa, 1. fıkradaki anlamında mahkumiyet de olmayacaktır. Mahkumiyet kelimesinin önleyici bir tedbir yada herhangi bir suç ile ilgili bulunmayan bir güvenlik tedbiri anlamında kullanılması ne yorum metoduyla ne de ilgili madde metniyle bağdaşır.<sup>70</sup> Sonuç olarak mahkumiyet deyimi, bir suçun varlığının yasal yoldan saptanması üzerine ilgilinin bu fiilden sorumluluğunun da tespiti ve kendisinin bu nedenle özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya veya ceza yerine geçen, bir emniyet tedbirine çarptırılmış olmasını, yani nedensellik bağımlılığını birlikte içermektedir.<sup>71</sup>

AİHM'ye göre; mahkumiyet kararı aleyhine kanun yoluna başvuran şikayetçinin tutukluluğunun devam etmesi Sözleşme'nin 5/1-a maddesine aykırı değildir.<sup>72</sup> Yani, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararı, temyiz yoluna başvurulmuş olursa bile hükümlünün hapsedilmesi için yeterlidir. Ayrıca, AİHM'ye göre; hakkında kuvvetli suçluluk belirtileri bulunan kişinin fıkranın (c) bendi uyarınca tutuklandıktan sonra hüküm giymesi ve ikinci derece yargılaması sırasında tutukluluk halinin devamı durumunda, (c) bendi yerine fıkranın (a) bendi uygulanır. Çünkü, fıkranın (a) bendinde usulü dairesinde mahkumiyetten değil, usulü dairesinde tutukluluktan söz edilmektedir.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> ÜNAL, s.133.

<sup>69</sup> DOĞRU, *Rehber*, Van Drogenbroeck/Belçika kararı, s. 35.

<sup>70</sup> DOĞRU, *İnsan Hakları*, Guzzardi/İtalya kararı, s. 47; GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 213.

<sup>71</sup> DOĞRU, *Rehber*, Van Drogenbroeck/Belçika kararı, s.35.

<sup>72</sup> SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 709.

<sup>73</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 213.

## 2. Türk Hukuk Sistemine Göre

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakacak her türlü önlem keyfi olarak değil, iç hukukun öngördüğü usuller çerçevesinde, yetkili organın kararı ile alınmalıdır. Ülkemizde de hakimden başkasına böyle bir yetki verilmemiştir. Nitekim, CMUK m. 106/1’de belirtildiği gibi; “sanığın tutuklanmasına ancak hakim karar verir”. Savcıların, polislin veya da jandarmanın tutuklama kararı alma yetkisi yoktur. CMUK m. 108/1’de ise, “...yetkili hakim önüne çıkarılarak sorguya çekilir ve tutmanın devam edip etmeyeceği hakkında bir karar verilir” denilerek, tutukluluğun devamına karar vermeye de ancak, hakimin yetkili olduğu belirtilmiştir. Hakim ve savcılarının görevlerinde bağımsız oldukları Anayasa m. 138 ve 140/2’de güvence altına alınmıştır.

### B. Yetkili Makamlar Tarafından Alınan Yakalama ve Tutuklama Kararı

Burada, iki farklı özgürlük kısıtlaması söz konusudur. Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak verilen bir karara uymama veya yasal bir yükümün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kişinin tutuklanmasıdır.

#### 1. Sözleşmeye Göre

Sözleşme’ye göre; yukarıda bahsedilen birinci haldeki özgürlük kısıtlamasından kasıt; bir mahkeme kararının uygulanmasından kaçınılması veya engellenmesi halinde tutuklama kararı verilebilmesidir. Ancak, verilen karar bir mahkeme tarafından verilmiş olsa bile, esas hakkındaki mahkumiyet hükmü dışında olmalıdır. Örneğin; bir babalık davasında mahkemenin kan örneği alınmasına karar vermesi, yeminli ifade alınması, kişinin akli melekelerinin belirlenmesi açısından bir psikiyatri kurumunda gözlem altında tutulması, mahkeme kararı ile alınan bir zorunlu ikamet tedbiri, duruşmaya gelmeyen veya gelip de konuşmayan tanığa yada duruşmada düzeni bozan sanığa verilen disiplin cezası niteliğindeki tutuklama yada hapis kararı gibi kararlar bu konuya örnek gösterilebilir.<sup>74</sup>

İkinci halde bahsedilen özgürlük kısıtlamasında kanunun öngördüğü ve yerine getirilmesini emretmesine rağmen yerine getirilmeyen yükümün; somut bir yüküm olması ve doğrudan doğruya kanundan kaynaklanması gerekir. Yani yerine getirilmeyen hükmün kamu hukukundan doğan bir yüküm olması gerekir. Örneğin polis, üzerinde

<sup>74</sup> ÜNAL, s.133; Burhan KUZU, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s.181.

kimlik taşımayan bir kişiyi, kimliğini belirlemek üzere karakola davet ederek orada birkaç saat alıkoyabilir. Bu olayda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ceza karakteri taşımayıp, amaç onu, yasal yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamaktır. Kanunda öngörülen yasal yükümlülük kavramı çok geniş olduğundan, bu hüküm uygulamada kötüye kullanılmaya elverişli niteliktedir. Örneğin kişi, bu hüküm çerçevesinde, belirsiz ve genel bir yükümlülük dolayısıyla özgürlüğünden yoksun bırakılabilir. Bu nedenle, kişinin üstlendiği yükümlülük belirli ve somut olmalıdır. AİHM, Lawless'in İrlanda aleyhindeki başvurusunda konuyu incelemiştir. İrlanda Anti-Terör Kanunu'nda, "devlet güvenliği aleyhine zararlı faaliyet gösterme" tehlikesi bulunan kişilerin tutuklanabilecekleri öngörülmüştür. Lawless, bu kanun çerçevesinde tutuklanmış ve 5 ay tutuklu kalmıştır. İrlanda Hükümeti, bireyin suç işlememe yükümlülüğü altında olduğuna işaretle başvurusunun, kamu düzeni ve devlet güvenliği açısından, suç işlemesinin önlenmesi amacıyla tutuklandığı görüşünü savunmuştur. Ancak AİHM, belirli bir siyasal yükümlülüğe dayanmayan bu tür bir tutuklamanın Sözleşme'nin 5/1-b maddesine aykırı olduğunu ve dolayısıyla İrlanda'nın söz konusu hükmü ihlal ettiğini karara bağlamıştır. AİHM'ye göre, İrlanda Hükümeti'nin yorumu, kişinin idari bir kararla sınırsız sürelerde gözaltında tutulmasına neden olabileceğinden dolayı Sözleşme'de güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını temelinden yok edecek nitelikte olduğu için, bu anlayışı Sözleşme'nin 5/1-b maddesinin amacı ve ruhuyla bağdaştırmak mümkün değildir.<sup>75</sup>

Guzzardi'nin İtalya aleyhindeki başvurusunda; mafya üyesi olduğundan kuşku edilen Guzzardi'nin özel bir kanun gereğince kendisinin üç yıl süreyle Asinara Adası'nda zorunlu ikamete tabi tutulmasına mahkeme tarafından karar verilmiştir. Bu mahkeme kararı, mafya üyesi olduğundan kuşku edilen tehlikeli kişilerin zorunlu ikamete tabi tutulmasına izin veren yasa hükmüne dayanmıştır. AİHM, 5/1-b maddesindeki "hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için tutma" şartı bir yasa hükmünün kişinin yerine getirmediği belirli ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlama ile ilgili durumları kapsadığından, olayda 1. fıkranın b bendinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>76</sup>

Ancak, Sözleşme'ye ek 4 No'lu Protokolün 1. maddesine göre, "hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden (borçtan) doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."

<sup>75</sup> ÜNAL, s.134.

<sup>76</sup> DOĞRU, *Rehberi*, Guzzardi/İtalya kararı, s. 28.

## 2. Türk Hukuk Sistemine Göre

Bahsedilen mahkeme kavramı, Ay. m.138/1'de de belirtilen bağımsız, tarafsız ve adil bir yargılama usulü güvencesine sahip yargı makamıdır. CMUK m. 46'da "usulü dairesinde çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklara uygulanacak para cezası", CMUK m. 378 ve 379'da "duruşmanın inzibatını bozan kişiye uygulanacak cezalar" ile ilgili konular düzenlenmiştir.

Polis idari görevi sırasında önleme ve toplumun huzurunu ve güvenliğini sağlama amacıyla yaptığı görevi sırasında özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikte davranabilir. Ancak, önleme amaçlı yakalama bölümünde de değindiğimiz gibi polis, özgürlüğü kısıtlamayı gerektirecek tehlike ortadan kalktığında kişiyi hemen serbest bırakmalı veya özgürlük kısıtlaması devam edecekse, kişiyi gecikmeksizin bir hakim önüne çıkaracaktır.

Bu konudaki hukuki düzenleme PVSK m. 13/B-C ve D fıkralarında düzenlenerek; uyuşturucu maddeleri alan, satan, bulunduran ve kullananların, halkın huzurunu bozan sarhoşların, akıl hastalarının, serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişilerin polis tarafından yakalanabileceği belirtilmiştir.

PVSK m. 13/A'ya göre ise; "haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama ve tutuklama kararı bulunanları veya kanunda istenilen bir mükellefiyeti yerine getirmeyenlerin" yakalanabileceği belirtilmiştir.

Örneğin, polis belirli periyotlarla umuma açık yerlerde huzur operasyonları düzenlemekte ve kimliği olmayan kişileri karakola davet ederek suç kaydı olup olmadığını bilgisayar aracılığıyla sorgulamakta, ayrıca kimliğini belgelemesini istemektedir. Bu uygulamayla şahsın, bir süre özgürlüğü kısıtlanabilmektedir. Bu özgürlüğü kısıtlama işlemi yasalıdır. Ancak, polis, kişi kimliğini ispat ettikten ve suç kaydı da temiz çıktıktan sonra şahsı serbest bırakmazsa, o zaman Sözleşme'ye aykırı davranmış olur. Ancak, uygulamada özellikle taşra illerindeki suç kaydının sorgulanmasıyla ilgili bilgisayar sisteminin alt yapısı yetersiz olduğundan, gecikmeler olabilmekte ve şahıs gereğinden daha uzun bir süre beklemektedir.

Görüldüğü gibi bu konu ile ilgili olarak ulusal hukukumuzda yapılan düzenlemeler Sözleşme ile uyum içerisindedir.

### C. Suç İşlediği Şüphesi Üzerine Yakalama veya Tutuklama

AİHS 5/1-c maddesinde; ceza muhakemesi içerisinde önemli bir yeri olan koruma tedbirlerinden yakalama ve tutuklama, yani sanığın yetkili adli makam önüne çıkarılmak amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması söz konusudur. Yakalama ve tutuklama doğrudan

bir suç ile ilgili olup, bunlara hangi hallerde başvurulabileceği de bentte sınırlı sayımla gösterilmiştir. Yani kişi bu nedenler dışında keyfi olarak yakalanamaz. Bunlar; kişinin “suç işlediği şüphesi”, “suç işlemini önlemek” ve “kaçmasını önlemek” inancını doğuran makul sebepler şeklinde belirtilmiştir. Örneğin kişinin bu hükme göre, suçluların iadesi sözleşmesi çerçevesinde yakalanarak tutuklanması mümkün değildir. Bu hüküm, Sözleşme’nin yakalanan kişinin makul bir sürede yargılanmak üzere hemen bir hakim önüne çıkarılmasını öngören 5/3. maddesiyle yakından ilgilidir ve onunla birlikte değerlendirilmelidir.

Kişi hangi nedenle yakalanmış olursa olsun, hemen bir adli makam önüne çıkarılmalıdır. Buradaki yetkili adli makam, 5/3. maddede belirtilen hakim veya yargı yetkisine sahip görevli memur anlamındadır. AİHM’ye göre, bu hükmün amacı; bireyi keyfi tutuklamaya karşı korumaktır. Somut bir olayda tutuklamanın yasal olup olmadığı ve mevcut hal ve şartlara göre gerekli olup olmadığı tamamen ulusal mahkemelerin takdirindedir. Aksi halde AİHM, 3. ve 4. derece mahkemesi rolünü üstlenmiş olur ki, buna yetkisi yoktur.<sup>77</sup>

## *1. Makul Şüphesiz*

### *a) Sözleşmeye Göre*

Burada işlenildiği düşünülen fiil bir suç olmalıdır. Makul şüphesiz kavramı, kişinin suçu işlemiş olması hakkında kuvvetli ihtimalleri ve bu hususta objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olay ve bilgileri kapsar.

AİHM’ne göre, terörün insan ölümüne ve acısına yol açma tehlikesi bulunduğu için, polis gizli kaynaklardan edindiği bilgiler de dahil bütün bilgileri toplarken çok çabuk davranmak zorundadır. Ayrıca, polis çoğunlukla, güvendiği fakat kaynağını tehlikeye sokmadan açıklayamayacağı, mahkemede bir suçlamayı desteklemek için de kullanamayacağı bilgilere dayanarak terör zanlılarını göz altına almak zorunda kalabilir.<sup>78</sup>

Bu konuda AİHM’nin vermiş olduğu kararlardan birisi de Murray’in Birleşik Krallık aleyhine yaptığı başvurudur. Bu davada altı başvuru aynı ailenin üyeleri olup Belfast’ta yaşamaktadırlar. Birinci başvuru Margaret ile ikinci başvuru Thomas karı ve koca olup diğer dört başvuru bu çiftin çocuklarıdır. Birinci başvuru iki erkek

<sup>77</sup> ÜNAL, s.135.

<sup>78</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere kararı, s. 30, par.32.

kardeşi yasadışı bir terör örgütü olan IRA'ya silah satın alınmasıyla bağlantılı olarak 22.06.1982'de ABD'de mahkum olmuşlardır. Kraliyet ordusunda onbaşı rütbesinde bir asker olan bayan D.'ye 26.07.1982 günü sabah saat:06.30'da katıldığı güvenlik toplantısında, birinci başvurucunun (Margaret) IRA'ya silah temin etmek için para toplama suçu işlediğinden kuşkulandığı söylenmiş ve başvurucunun evine gidip 1978 tarihli yasanın 14. maddesine göre kendisini gözaltına alması ve Belfast'taki askeri karakola getirmesi talimatı verilmiştir. Bunun üzerine onbaşı D. aynı gün saat:07.30 civarında bayan Margaret'i evinde gözaltına almış ve sorgulaması yapıldıktan sonra saat:09.45'te salıverilmiştir. Şüpheyeye ilişkin olarak neyin makul kabul edileceği, somut olayın özelliklerine bağlıdır. Kuzey İrlanda'daki terör eylemlerinin soruşturmasının gösterdiği güçlük karşısında, yakalamayı haklı kılacak şüphenin makullük derecesi, adi suçlarla mücadelede uygulanan aynı standartlarla belirlenemez. Bu nedenle, akit devletlerden, bir terörist hakkında yakalamayı haklı kılan, makul şüphenin dayanağı olan, gizli kaynaklardan edindiği bilgileri, başkalarının can güvenliğini tehlikeye atacak şekilde açıklaması istenemez. AİHM; 1987 tarihli kanunun yakalama yetkisi tanıyan 14. maddesinin, demokratik bir yöntemle seçilmiş parlamentonun, hukukun üstünlüğü çerçevesinde terörizmle mücadelede iyi niyetli bir girişimi olduğunu kabulle İngiliz Hükümeti'nin Bayan Murray hakkında güvenilir gizli bilgiler bulunduğuna ilişkin beyanına itibar etmiştir. Bununla beraber, AİHM'ye hiç değilse, yakalanan kişinin iddia edilen suçu işlediğine dair makul şüpheler bulunduğu konusunda bazı bilgiler verilmelidir. Bu, iç hukukun sadece makul şüphe gibi çok düşük düzeyde bir ölçü uyguladığı durumlarda özellikle gereklidir. AİHM'ye göre, başvurucu hakkındaki kuşkuyu haklı göstermek için varolan olgular ile terör suçlarının soruşturulmasındaki güçlükler gözönüne alındığında başvurucunun IRA'ya silah alımı için para topladığından kuşkulamak için "objektif bir gözlemciyi ikna edici yeterli bilgi ve belgeler" mevcuttur. Bu gerekçelerle AİHM, şikayetçinin başvurusunu reddetmiştir.<sup>79</sup>

Fox, Campbell ve Hartley'in İngiltere aleyhindeki başvurusunda<sup>80</sup> AİHM, makul şüphe konusunda karar vermiştir. Olayda; birinci başvurucu Bernard Fox ve ikinci başvurucu Maire Campbell boşanmış eşlerdir. 05.02.1986'da, ikisi Belfast'ta polis tarafından durdurulmuş ve RUC karakoluna getirilmişlerdir. Polis karakoluna getirildikten 25 dakika sonra 1978 tarihli Kuzey İrlanda Yasası'nın 11/1. maddesine

<sup>79</sup> DOĞRU, *Rehber, Murray/Birleşik Krallık Kararı*, s. 471-475; ÜNAL, s. 136.

<sup>80</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *İHKAD cilt-2, Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere kararı*, s.22-36.

dayanılarak resmen gözaltına alınmışlardır. Kendilerine yasanın bu maddesine göre gözaltına alındıkları, çünkü kendilerinin terörist olduğundan kuşkulandığı bildirilmiştir. Ayrıca bu örgüte üye oldukları kuşkusuyla sorguya çekilmişlerdir. Başvurucular hakkında herhangi bir suçlamada bulunulmamış ve birinci başvuru, 07.02.1986 günü 11.40'da, ikinci başvuru bundan 5 dakika sonra salıverilmiştir. Üçüncü başvuru Samuel Hartley, aynı yasanın aynı maddesine istinaden 18.08.1986 günü evinde yakalanarak gözaltına alınmıştır. Hartley'in bir ay önce meydana gelen, silahlı ve maskeli adamlar tarafından bir kadın ve bir genç adamın zorla alınıp götürüldüğü, adam kaldırma olayına karıştığından kuşkulandırmıştır. Adam kaldırma olayına karışanların IRA ile bağlantıları olduğu düşünülmüştür. AİHM'ye göre; Mahkeme bu olayda makul şüpheyi takdirde her ne kadar, bir denetim yetkisine sahip ise de, bu yetki yakalama veya tutuklama anındaki fiili durumun değerlendirilmesinde kendilerinin ulusal yetkili yerine geçmeleri şeklinde değil, ulusal makamların uygulamalarının makul ve geçerli olup olmadığını saptamakla sınırlı olabilecektir. Ayrıca makul bir kuşkuya sahip olmak, kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek olayların ve bilgilerin varlığına bağlıdır. Sözleşme'ye taraf devletlerden, bilgiyi destekleyen gizli kaynaklarını hatta bu tür kaynaklarını ima edecek olayları, bilgi verenlerin kimliğini açıklayarak terör zanlısının gözaltına alınmasını neden olan kuşkunun makullüğünü ortaya koyması istenemez. Mahkeme, Sözleşme'nin 5/1-c bendine getirilen güvencenin özünün korunup korunmadığını saptamak zorundadır.<sup>81</sup> Bu nedenle davalı Hükümet, gözaltına alınan kişinin suç işlemiş olduğundan makul kuşku duyulduğuna dair Mahkeme'yi en azından ikna edecek bilgi ve olayları göstermelidir.<sup>82</sup> Bu olayda, başvuruçuların IRA ile bağlantılı olarak terör eylemleri nedeniyle daha önce mahkum edilmiş olmaları, terör tipi suçlara karışabileceklerine dair bir kuşku güçlendirse bile, bu durum tek başına, olaydan yedi yıl sonra, yani 1986'da gözaltına alınmalarını haklı gösterecek bir kuşku nedeni oluşturamaz. Ayrıca, bütün başvuruçuların tutulmaları sırasında ayrı terör eylemlerinden sorguya çekilmiş olmaları, gözaltına alan görevlilerin samimi bir kuşku duyduklarını doğrular, ancak objektif bir gözlemciyi, başvuruçuların bu eylemleri işlemiş olabilecekleri konusunda ikna edemez.<sup>83</sup> Bu nedenle bu davada AİHM, Sözleşme'nin 5/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere kararı*, s. 30, par. 32.

<sup>82</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere kararı*, s. 31, par. 34.

<sup>83</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere kararı*, s. 31-32, par. 35.

<sup>84</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere kararı*, s. 32, par. 36, SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, s.710.



Şüphenin derecesinin ne olacağı sorusunu AİHM, Brogan ve diğerlerinin İngiltere aleyhindeki başvurusunda ele almıştır. Terörle Mücadele Yasası'nın ilgili hükümlerine göre, terör eylemlerine karıştıkları kuşkusuyla farklı tarihlerde gözaltına alınan başvurulardan Brogan 5 gün 11 saat, Coyle 6 gün 16,5 saat, McFadden 4 gün 6 saat ve Tracey 4 gün 11 saat gözaltında tutulmuşlardır. Başvurucular sorgulamaları sırasında hiçbir soruya cevap vermeyip tamamen susmuşlar, gözaltında tutuldukları sırada avukatları ile görüşmüşlerdir. Başvurucular hakkında herhangi bir suç isnadında bulunulmamış ve yargıç karşısına çıkarılmadan salıverilmişlerdir. Şikayetçiler, kendilerinin belirsiz bazı terör olaylarına katılmış olma şüphesi ile gözaltına alındıklarından yakınmışlardır. Ancak, AİHM, polisin kendilerini somut ve belirli bazı olaylar dolayısıyla gözaltına aldığını, bu olayların ve haklarındaki şüphelerin doğruluk derecesini belirlemek üzere soruşturma yapmanın polisin asli görevi olduğunu tespitle, şikayeti geri çevirmiştir. AİHM Sözleşme'nin 5/1-c maddesine göre suç isnadında bulunabilmek için polisin ne yakalama anında, ne de gözaltında iken yeterli delile sahip olmasının şart olmadığına işaret etmiştir.<sup>85</sup>

Mahkeme'nin Lukanov/Bulgaristan davasında<sup>86</sup> verdiği yeni kararı da “makul kuşku” konusunda önemli bir örnek teşkil eder.. Başvurucu Lukanov, bu davaya konu olan olayların geçtiği sırada Bulgaristan Milli Meclis üyesidir. Başvurucu Moskova'ya gitmek üzere 07.03.1992'de Sofya'dan ayrılırken hava alanı polisi kendisinin diplomatik pasaportunun iptal edildiğini bildirmiştir. Ancak iptal kararı kendisine gösterilemediği için Lukanov pasaportunu geri vermeyi reddetmiştir. Başsavcı, Lukanov'un Başbakan Yardımcısı bulunduğu 1986-1990 yılları arasında Bakanlar Kurulu'nun, 35,5 milyon doların Nikaragua, Küba, Laos, Kamboçya, Afganistan, Angola ve Yeme'e yardım ve kredi olarak verilmesi ile ilgili kararlarına katılmış olması nedeniyle suçlamıştır. Milli Meclis 07.07.1992 tarihinde Lukanov'un dokunulmazlığını kaldırmış, hakkında ceza davası açılmasına ve gözaltına alınıp tutuklanmasına karar vermiştir. Bunun üzerine 09.07.1992'de Lukanov gözaltına alınmış ve Sofya'daki Milli Soruşturma Servisi'nde tutulmuştur. AİHM'ye göre, aslında suç teşkil etmeyen bir hareketi nedeniyle başvurunun kovuşturulup tutuklanmasının Sözleşme'nin 5/1-c bendini ihlal ettiği kabul edilmiştir. Mahkeme, davalı hükümetin verdiği bilgiler arasında yer alan Bulgar Ceza Kanunu'nda bu tür kollektif kararlara katılan politikacıları doğrudan doğruya veya

<sup>85</sup> DOĞRU, *Rehber, Brogan ve diğerleri/İngiltere kararı*, s.118; ÜNAL, s.136; SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, s.710.

<sup>86</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD cilt-2. *Lukanov/Bulgaristan kararı*, s.263-271.

dolaylı olarak cezalandıran düzenlemelerin bulunmadığını tespit etmiştir. Ayrıca mahkemeye, başvuru konusunun söz konusu fonların tahsisinde kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlamış olabileceğinden makul kuşku duyulduğunu gösterebilecek herhangi bir bilgi veya belge sunulmamıştır. Bu nedenle mahkeme, incelenen dönemde başvuru konusunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının suç işlediğinden makul bir kuşku duyulması üzerine, hukuka uygun bir tutma olarak kabul edemez. Bu sonuca ulaşan Mahkeme bu tutmanın, bir kimsenin suç işlemesini engellemek veya suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için makul şüpheye dayanan bir tutma olup olmadığını incelemeyi gerekli görmemektedir.<sup>87</sup> Sonuç olarak AİHM, bu olayda Sözleşme'nin 5/1-c bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>88</sup>

Yine Mahkeme'nin Erdagöz/Türkiye davasında<sup>89</sup> vermiş olduğu kararı da "makul şüphe" açısından önemlidir. Bu olayda başvuru Erdagöz, Adana'da bir dükkan sahibidir. 03.06.1992 günü Erdagöz ve ailesi ile H.A. ve arkadaşları arasında bir kavga meydana gelir. Kavgadan sonra her iki taraf da birbirinden davacı olurlar ve savcılık 16.06.1992 tarihinde H.A. ve arkadaşları hakkında silahlı saldırı, adam öldürmeye teşebbüs ve ateşli silahlar hakkındaki kanuna muhalefetten dava açar. 16.09.1992 günü gece saat:02.00 sıralarında Bağlar polis karakoluna kimliği belirsiz bir kişi telefon açarak, Erdagöz'ün dükkanına taş atıldığını ve pencerelerinin kırıldığını ilbard eder Bunun üzerine polis, olay yerine daha Erdagöz intikal etmeden ulaşarak, pencerelerin kırıldığını görüp, zararı tutanakla tespit eder ve olay yerinden ayrılır. Erdagöz aynı gece saat:05.30 sıralarında polis karakoluna gelerek, dükkanı açmadan önce dükkan içerisinde arama yapılmasını istemiş ancak bu isteği reddedilmiştir. Başvuru aynı gün saat:10.45'de karakola tekrar gelerek dükkan içerisinde bulunduğunu iddia ettiği iki adet boş kovana göstermiş ve H.A. ve arkadaşlarından şüphelendiğini belirtmiştir. Bunun üzerine olay yerine tekrar giden ekip herhangi bir mermi izine rastlamamış ve saat:11.30 itibariyle bunu tutanağa geçirmiştir. Karakolda görevli Başkomiser, Erdagöz'ü delil uydurmaktan ve asılsız suç ihbarında bulunmaktan suçlayarak, gözaltında bulunan H.A. ve arkadaşları ile birlikte savcılığa sevk etmiştir. Bu olayda Mahkeme, Brogan ve Diğerleri/İngiltere, Murray/İngiltere ve Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere kararlarına atıfta bulunarak, bu davadaki şüphenin belirli olaylara dayandırıldığını ve gerekli

<sup>87</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Lukanov/Bulgaristan kararı*, s. 270, par. 45.

<sup>88</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Lukanov/Bulgaristan kararı*, s. 270, par. 46; ayrıca bkz. **Christian SCHROEDER/Feridun YENİSEY/Wolfgang PEUKERT**, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999, s.251-252.

<sup>89</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Erdagöz/Türkiye kararı*, s. 292-303.

makullük düzeyine ulaştığını belirtmiştir. Olayların gelişimine bakıldığında, özgürlüğünden yoksun bırakmadaki amaç; gerçeğe aykırı olarak suç ihbarında bulunan başvuruçunun delil uydurduğuna dair kuşkuyu doğrulamak veya çürütmektir. Nitekim Başkomiser, 16 ve 17 Eylül 1992 tarihli raporlarında, başvuruçunun suç işlediğinden şüphe duyulduğunu belirtmiştir. Tüm bu olayları değerlendiren Mahkeme, Erdagöz'ün olayla ilgili araştırmanın tamamlanması için 24 saat tutulmuş olduğuna dair savcının 06.12.1993 tarihli kararına katılarak,<sup>90</sup> "makul şüphe" konusunda Sözleşme'nin 5/1-c maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>91</sup>

Özetle belirtecek olursak, AİHK ve AİHM içtihatlarına bakıldığı zaman makul şüphenin varlığı için aranan kriterler şunlardır:<sup>92</sup>

- Bir olayın varlığı yada bir şahsın bir olayın faili olduğu yönündeki basit bilgi, belge, bulgu ve emarelerin olması gerekir.
- Bu bilgi, belge, bulgu ve emarelerin doğruluğunun ön yargıdan arınmış orta zekada bir insanın akli, mantık kuralları, gözlem ve tecrübeleri ile değerlendirilmesi gerekir.
- Bu özelliklere sahip bir şahıs tarafından değerlendirilen bilgi, bulgu ve emarelerin doğruluğu hususunda bir takım ön araştırmalar yapılması gerekir. Bu araştırmalar sonucu elde edilen bilgi, belge ve emarelerin doğruluğunu destekleyen objektif ve gözle görülür bazı somut sonuçlara ulaşılmış olması gerekir.
- Elde edilen somut sonuçların söz konusu şahsın, söz konusu suçu işlediği yolunda ortalama bir tahmini veya ihtimali ortaya koyacak kadar kuvvetli olması gerekir.

#### ***b) Türk Hukuk Sistemine Göre***

Kolluğun yakalamaya başvurabilmesi için, bir suçun işlendiği yönünde ve bu suçun yakalanacak olan şahıs tarafından işlendiği yolunda kuvvetli şüpheye sahip olması gerekir. Ay. ve CMUK'da da yakalama için basit şüphenin yeterli olmadığı, kuvvetli şüphenin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Burada cevaplanması gereken soru söz konusu olayda kolluk, kuvvetli şüphenin olduğunu nasıl anlayacaktır. Bu konuda net standartlar koymak oldukça zordur. Ancak, söz konusu olayda, kuvvetli şüphenin

<sup>90</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Erdagöz/Türkiye kararı, s. 303, par. 52.

<sup>91</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Erdagöz/Türkiye kararı, s. 303, par. 54.

<sup>92</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 962; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 367.

varlığının araştırılması sırasında yapılacak yorumda kolluğun işini kolaylaştırmak için bazı genel ip uçları verilebilir. Şüpheli yoğunluk derecelerine göre üçe ayırabiliriz:<sup>93</sup>

**Basit Şüphe:** Kolluğun hazırlı soruşturmasına başlatabilmesi için gerekli görülen şüphedir. Basit şüphenin varlığının kabulü için basit bir bilgi, duyum veya emare yeterlidir. Basit şüphenin varlığının kabulü ve dolayısıyla hazırlık soruşturmasının başlatılabilmesi için her hangi bir belgeye, net bir bilgiye veya delile ihtiyaç yoktur.

**Makul Şüphe:** Hukukumuzda yakalama yetkisinin kullanılması için varlığı aranan bir kriter değildir. Sadece Sözleşmenin 5/1-c maddesine göre yakalama ve gözaltı yetkilerinin kullanılabilmesi için aranan bir şarttır ve AİHM'ye göre makul şüphenin varlığı için aranan kriterler yukarıda belirtilmiştir.

**Kuvvetli Şüphe:** Kuvvetli şüphe hukukumuzda yakalama ve gözaltına alınmanın, CMUK m. 127/1-2. cümlelerin m. 104'e yaptığı atıf dolayısıyla ilk şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönüyle hukukumuzca kabul edilen bu kuvvetli şüphe standardı, AİHS 5/1-c'de ön görülen makul şüphe standardından daha yüksek bir standarttır.

CMUK m.127/1-cümle (1)'e göre yakalama, herkes veya kolluk tarafından yapılabilir. Herkes tarafından yapılan yakalama suçun meşhurat bir cürüm olması ve failin kaçma şüphesinin bulunması veya kimliğinin saptanamaması halinde mümkündür. Yani suç henüz işlenmiş olmalı ve fail cürümün işlenmesinden hemen sonra veya cürümün işlenmesinden sonra yapılan takip sonucu yakalanmalıdır. Bunun için demek ki, suç işleyen kişinin yurt dışına kaçma tehlikesi bulunması, ağır cezayı gerektiren bir suç işlemiş olması, belirli bir ikametinin olmaması gibi makul nedenler genelde o kişinin yakalanması ve tutuklanmasını gerektirecek sebepler olarak kabul edilmektedir. Anayasa m.19/2'de hakim kararı olmadan yakalamanın ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceği belirtilmiştir. CMUK m.104'e göre kişinin tutuklanabilmesi için suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmalıdır. Bu koşul bütün suçlar bakımından aranan bir ön koşuldur. CMUK m.104'de "kuvvetli belirti" ile kastedilen, sanığın suçu işlediği hususunda kuvvetli şüphenin bulunmasıdır. Buradaki kuvvetli şüphe, şüphelinin suçu işlediği kesin kanaatine henüz ulaşmayan, ancak kişi hakkında ceza davasının açılmasına yetecek orandaki şüpheli de aşan bir şüphedir.

Kuvvetli şüphe, tutuklamanın istendiği ana kadar yapılmış olan ceza soruşturması sonucunda gelinmiş olan noktada, şüphelinin fail yada suç ortağı olarak suçu işlediği

<sup>93</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 962; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 368.

hususunu kuvvetli olasılık içinde bulunduğunu gösterir.<sup>94</sup> Bu kuvvetli olasılığı haklı gösteren somut kuvvetli suçluluk şüphesi nedenlerinin bulunması gerektiği kuşkusuzdur.<sup>95</sup> Bu olasılığı değerlendirecek olan da tutuklama kararını verecek hakimdir. Hakim kararında somut kuvvetli suçluluk nedenlerinin neler olduğu gösterilmek zorundadır. Yani karar gerekçeli olmalıdır.

CMUK m.104'e göre, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler kaçma şüphesi veya delillerin karatılması nedeniyle tutuklanabileceklerdir. "AİHS'nin 5. maddesinde "kaçma şüphesi" tutuklama nedeni olarak belirtilmekle birlikte "sanığın bir suç işleme şüphesi altında olması"da, bir ön şart olarak değil, ayrı bir tutuklama nedeni olarak belirtilmiştir. Bu bakımdan tutuklamayı daha ağır şartlara bağlayan kanunumuzun sanık için daha güvenceli olduğu şüphesizdir."<sup>96</sup>

Anlaşıldığı üzere, hukukumuzda kolluğun yakalama işlemine başvurabilmesi için kendi mesleki tecrübesine ve bilgisine göre yaptığı ön araştırmalar sonucu yakalanan şahsın söz konusu suçu işlediğine dair kendinde %70-80'e varan bir kanaat oluşturacak bilgi ve belgelere ulaşması gerekir. "Bu da demektir ki, pratikte sıklıkla yapıldığının aksine kolluk, şüpheli olarak kabul ettiği her şahıs hakkında var olan basit suç şüphesini kuvvetlendirmek üzere söz konusu olay hakkında sadece ifadesini almak için yakalama yapamayacaktır. Şüphelenilen şahıs hakkında suç şüphesi kuvvetli değilse o şahsın hal ve hareketlerini takip etmeye ve gerekli bilgi ve belgeleri toplamaya devam edecek, şüphe basit olmaktan çıkıp kuvvetli olma aşamasına ulaştığı anda o şahsı yakalayabilecektir." Uygulamada sıklıkla rastladığımız gibi, "kolluk kendi his ve mantığı ile yakaladığı şahsın suçlu olduğu kanaatine ulaşır nasıl olsa ben onu karakolda konuşturup kuvvetli şüphe için gerekli bilgi ve belgeleri de toplar sonra savcılığa sevk ederim düşüncesiyle hareket edemez."<sup>97</sup>

"Makul şüphe kavramında polisin meslek bilgisi önemlidir. Bu meslek bilgisi de yılların tecrübesiyle kazanılmaktadır. En büyük eksiklik de, bu tecrübelerin emekli olan personelle birlikte gitmesidir. Makul şüphe konusunda bir Alman dergisinde yayınlanan ve Alman polisininin terör eylemi gerçekleştiren kişiler üzerindeki araştırması güzel bir örnektir. Bu araştırmaya göre, teröristler kendisini gizlemek için telefon faturasını dahi kendisi yatırmıyor. Hücre evlerinde arada bir toplantı yaptıklarından dolayı elektrik

<sup>94</sup> CENTEL, s. 39.

<sup>95</sup> KUNTER-YENİSEY, s. 619, dipnot: 407.

<sup>96</sup> KUZU, *Kişi Özgürlüğü*, s. 1219-1220.

<sup>97</sup> ERYILMAZ, *Yeni Türkiye*, s. 963; ayrıca bkz. ERYILMAZ, *Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu*, s. 368.

faturaları oldukça az geliyor ancak, evdeki telefonda sürekli olarak bir yerlerle konuştuklarından dolayı telefon faturaları kabarıyor geliyor. Alman polisi de, şehrin bilgisayarından bu şehirde oturanlardan telefon faturası yüksek gelen fakat elektrik faturası az gelen abonelerin listesini çıkartıyor. İlk etapta bir milyonluk şehirden 300.000 tane isme ulaşıyorlar. Daha sonra kendilerinde de olan bir takım bilgilerle bu sayıyı 100'e 200'e indiriyorlar. Şüpheli davranış özelliği gösteren kişilerin hayatlarını gizli bir şekilde izlemeye başlıyorlar. Buradan da 3 tane, 2 tane veya da 1 tane terör eylemcisine varabiliyorlar. Bir diğer örnek, köye giden patikalar ay ışığında parlıyorsa, bu köye geceleri bir takım insanların girip çıktığını gösterir ve bu köyde bir takım terör eylemcilerinin barındığını emaresidir. Aynı suçu işleyen failler dünyanın her yerinde aynı davranış özelliğini gösterirler. İşte polisin tecrübeleriyle bu davranış özelliklerini çok iyi bilmesi gerekmektedir.”<sup>98</sup>

Bir başka örnek olayda, polise bir ihbar gelse ve dense ki, bir bankanın önünde şüpheli bir şahsın dolaştığı ve bomba yerleştirmek üzere olduğu söylene ve polis olay yerine 200-300 metre yaklaşmışken patlayan bombanın sesini duysa ve bombayı koyan şahsı kırmızı kazaklı idi ve olay yerinden kaçarak karşı binaya girdi dense. Bunun üzerine polis binada kırmızı kazaklı olarak üç kişi bulsa bu üç şahsı birden yakalayamaz. Her şahsı ayrı ayrı bilgi almak amacıyla sorgulayabilir ve ancak suç şüphelilerin üçünden birisi üzerinde yoğunlaşması halinde o şahsı yakalayabilir.

Uygulamada sıkça rastlanan bir başka örnek durumda ise, şüphelinin ifadesinin alınması sırasında başka bir şahsın adını vermesi üzerine polis, sadece ifadesi alınan şüpheli tarafından verilen bu bilgi üzerine ilgili şahsı yakalamakta ve onu da soruşturma kapsamına dahil ederek ifadesini almaktadır. Burada da suç işlediği kesin olarak henüz karara bağlanmamış bir şahsın başka bir vatandaşın ismini vermesi, tek başına ismi verilen şahsın yakalanması için yeterli sebep teşkil etmez. Kuvvetli şüphenin soruşturma konusu her şüpheli için var olması, bu nedenle kolluğun o şahsı içinde yakalama işlemine başvurmadan önce ismi verilen şahsın gerçekten iddia edildiği gibi olayla ilgisinin olup olmadığı hususunda ön araştırma yapması ve kuvvetli şüphe şartını gerçekleştirecek yeterli bilgi ve belgeleri toplaması gerekir.

Burada akla gelebilecek bir soru; eğer polisin kafasında ismi verilen ve suç işlediğine inandığı şahsı hakkında kuvvetli şüphe oluşmamışsa ve olayın

---

<sup>98</sup> Feridun YENİSEY, “İnsan Hakları ve Adli Soruşturmanın Hukuki Çerçevesi”, Modern Adli Soruşturma Yöntemleri ve İnsan Hakları, Polis Akademisi, Ankara, 29-31.05.1996, s.151-152

aydınlatılabilmesi için o şahsın bilgisine de müracaat edilmesi gerekiyorsa ne yapması gerekir? Yapılması gereken, yakalamaya başvurmadan PVSK m.15'e dayanarak o şahsın bilgisine müracaat etmek amacıyla bu şahsın karakola davet edilmesi veya kendisinin kollukça ziyaret edilmesidir. Bu madde esasen hakkında her hangi bir suç şüphesi olmayan şahıslardan soruşturma ile ilgili bilgi alınmasını düzenlemektedir. Ancak, suç şüphesi altında olup da henüz yakalanması için hakkında kuvvetli şüphe seviyesinde şüphe oluşmayan şahısların bilgisine başvurulmasını da bu madde çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Kolluğun hakkında bir suça karıştığına dair basit şüphe olan şahısların bilgisine başvurusunun hukuki dayanağı PVSK m.15'dir.<sup>99</sup>

Ayrıca, 1472 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre; kaptan da gemide suç işlendiğinde geniş anlamda sanığı tutuklayabilir. 1966 tarih ve 772 sayılı kanunun 3. maddesine göre ise; çarşı ve mahalle bekçileri genel zabitanın müdahale edemeyeceği, gecikmede tehlike olan hallerde, yani meşhuk suçta sanıkları yakalayabilir. Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması Hakkındaki Kanun'un 9. maddesine göre; bankalardaki koruma görevlileri, genel zabita kuvvetleri gelinceye kadar sanıkları yakalamak, göz altına almak, delilleri muhafaza etmek ve genel zabita kuvvetleri işe el koyunca da onun emri altına girip yardımcı olmak mecburiyetindedir. 1961 tarih ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 80. maddesine göre; karakol hizmetinde bulunan subay ve erler adli takibat maksadıyla cürüm işlerken kovalanan her şahsı muhafaza, emniyet ve disiplin maksadı ile yakalama yetkisine sahiptirler.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 77. maddesine göre, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunması tutuklamada ön koşuldur.

## **2. Suç İşlemeye Engel Olmak**

### **a) Sözleşmeye Göre**

Sözleşme'nin 5/1-c bendinde ayrıca, yeniden suç işleme ihtimaline karşılık kişinin yakalanabileceği belirtilmiştir. AİHM, yeniden suç işleme tehlikesinin genel bir suç işleme politikası anlamında olmadığını, somut bir suçun yakın gelecekte işlenmesini önlemek amacı güden tedbir niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Ancak, önleme

<sup>99</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 965; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 370-371.

yakalaması, somut ve belirli bir suçun işlenmesi tehlikesi mevcut bulunduğu hallerde uygulanabilir. Süregelen suç işleme eğilimleri nedeniyle tehlikeli oldukları zannedilen kişi veya kişi topluluklarının genel önleme amacı çerçevesinde yakalanmaları hiçbir zaman Sözleşme'nin bu bendine uygun sayılamaz.<sup>100</sup>

Komisyon ve Mahkeme'ye bu hüküm çerçevesinde yapılan şikayetlerin geneli, kişinin idari bir makamın kararıyla yakalanması kararları üzerinedir. Yapılan incelemelerden Avrupa Konseyine üye ülkelerdeki idari makamların, özellikle örgütlü terör suçlarının soruşturulması açısından, kişinin yakalanmasına doğrudan izin verdiği anlaşılmaktadır. Ancak Mahkeme, bu fıkra hükmünün “çok geniş bir şekilde yorumlanarak suç işleme ihtimali bulunan herkesin gelişigüzel gözaltına alınmasına karşı çıkmakta ve bu önlemlerin ancak somut bir suç işleme tehlikesi dolayısıyla ve makul nedenlerle alınabileceğini kabul etmektedir.”<sup>101</sup> Burada amaç keyfiliği önlemektir.

İrlanda Cumhuriyeti'nin Birleşik Krallık Hükümeti aleyhine yaptığı başvuruya<sup>102</sup> göre; Kuzey İrlanda'daki yetkililer İrlanda adasının her yanında görülen terör eylemlerine karşı Ağustos 1971 tarihinden Aralık 1975 tarihine kadar bir dizi yargısız gözaltına alma tutma ve enterne etme yetkileri kullanmışlardır. AİHM bu olayda, İngiliz hukukuna göre kişinin hakkında suç işleme şüphesi olmaksızın, sadece barış ve düzenin korunması amacıyla yakalanarak gözaltına alınmasına izin vermesini Sözleşme'nin 5/1-c bendine aykırı bulmuştur.<sup>103</sup>

Guzzardi'nin İtalya aleyhindeki başvurusunda da AİHM, bir suç işlemesini engellemek için tutma şartı suçu itiyat haline getirmiş mafya üyesi gibi belirli bir kategoride bulunan kişilerin tutulmasına imkan vermek için getirilmiş bir hüküm olmadığından ve bu hüküm Sözleşmeciler devletlere somut ve belirli bir suçun işlenmesini engellemek için tutma yetkisi verdiği için dolayı, Sözleşme'nin 5/1-c maddesinin İtalya tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>104</sup>

### ***b) Türk Hukuk Sistemine Göre***

Kolluk başvuracağı polis tedbirleriyle kişilerin özgürlüğünü ve mülkiyet haklarını kısıtlayabilir. Bu tedbirler, ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde uygulanabilirler. Kanunun açıkça düzenlemediği hallerde, kolluk kişi hak ve

<sup>100</sup> SCHROEDER/YENİSEY/PEUKERT, s. 252.

<sup>101</sup> ÜNAL, s.137.

<sup>102</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *İHKAD cilt-1, İrlanda /Birleşik Krallık Kararı*, s.245-277

<sup>103</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-1, İrlanda /Birleşik Krallık Kararı*, s. 268, par. 196.

<sup>104</sup> DOĞRU, *Rehber, Guzzardi/İtalya Kararı*, s.27-28.



özgürlüklerini kısıtlayamaz. Örneğin; gece yüksek sesle şarkı söyleyerek sükunu bozmakta olan bir grup, polis tarafından susmaya davet edilip de daha yüksek sesle şarkıya devam ederlerse, sükunun sağlanması ve bundan rahatsız olan başka birilerinin olaya müdahale ederek olası bir kavga çıkması ihtimaline karşılık bu kişiler gözaltına alınabilir. Yeniden suç işleme tehlikesi bulunan kişiler ve bunların polis tarafından yakalanabileceği Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nun m.13/B-C-D-G fıkralarında belirtilmiştir. PVSK m.14'e göre ise "...saat 24.00 den sonra her ne suretle olursa olsun civar halkının rahat ve huzurunu bozacak suretle gürültü yapanlar polisçe men olunur." CMUK'da ise yeniden suç işleme tehlikesine istinaden herhangi bir düzenleme yoktur. Görüldüğü gibi; mevcut kanunlarımıza göre, kişinin yeniden suç işleme tehlikesine istinaden yakalanabileceği belirtilmiş ancak, tutuklama konusu düzenlenmemiştir.

Görüldüğü gibi suç işlenmesini engellemek polisin önleyici kolluk görevi ile ilgilidir. Önleyici kolluk faaliyeti sadece vatandaşların bir suçun kurbanı olmalarını engellemekle kalmaz, suçun işlenmesini önlemekle, muhtemel suçlunun toplumdan dışlanmasına da mani olur. Gerçekten kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde, bir suç işlenmiş olmasa bile polis, toplumu tehdit eden bir tehlikeden korumak veya kişinin kendi vücudu ve hayatı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla kişilerin özgürlüklerini kısıtlayabilir. Görüldüğü gibi, bu hallerde polisin kişiyi muhafaza veya gözaltına alması, kamu düzenini korumak veya kişilerin kendi emniyetlerini sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Bu amaçlarla gözaltına veya korumaya alınan kişi, sebep ortadan kalktığı anda, hemen serbest bırakılmalıdır. Ancak, gözaltına alınan kişinin bu durumunun kısa sürmeyeceği anlaşılırsa polis hakimden karar almalıdır.<sup>105</sup>

Önleme amaçlı polis faaliyetleri suça ve suçluya savaş şeklinde üç kademe uygulanır: Birinci kademe; suça karşı savaş, suç tehlikesini azaltmaya yönelik her türlü yasal faaliyetleri içerir. Eğitim, sosyal nitelikte önleyici tedbirler, lojman, çevre koruması gibi bilinen faaliyetler dışında, eski hükümlülerin gözlenmesi ve rehabilitasyonlarına özen gösterilmesi gibi faaliyetler buna örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca toplumdaki çeşitli gruplar arasında gerginliklerin bulunması halinde, önleyici polisin bu gerginliğin şiddete dönüşmesini önleyecek araç ve yöntemleri bulup uygulaması da bu çerçevede yorumlanabilir. İkinci kademe önleyici faaliyetler; genel olarak polisin bir yerde fiziksel varlığıdır. Örneğin devriye çıkarma, binalar önünde nöbet tutma vb. gibi. Bu görev

<sup>105</sup> KUZU, *Ülkemizde Kişi*, s. 186; YENİSEY, *Hazırlık Soruşturması*, s. 175.

polisye faaliyetler açısından pasif olmakla birlikte, gerektiği zaman aktif hale dönüşebilir. Üçüncü kademe önleyici faaliyetler ise, mükerrer suçluları yakalamayı, yetkili yargı mercileri önüne çıkarmayı ve cezalandırılmalarını, gözetim ve rehabilitasyonları ile ilgili hususları ve onları bir daha suç işlemekten vazgeçirici çalışmaları içerir. Önleyici polislin bu üç kademeli faaliyetlerinde insan hakları ilkelerinin göz önünde tutulması, Sözleşme'nin gerekleri açısından bir zorunluluktur.<sup>106</sup>

### 3. Kaçma Şüphesi

#### a) Sözleşmeye Göre

Sözleşme'nin 5/1-c maddesinde, suç işleyen bir kimsenin kaçmasına engel olunması için yakalanması ve tutuklanması konusu düzenlenmiştir. "Suç işleyen kişinin yurt dışına kaçma tehlikesi bulunması, ağır cezayı gerektiren bir suç işlemiş olması, belirli bir ikameti olmaması gibi makul nedenler genelde kendisinin yakalanmasını ve tutuklanmasını gerektirecek sebepler olarak kabul edilmektedir." AİHM'ye göre, sanığın kaçma tehlikesinin bulunup bulunmadığı, sadece işlediği suçun ve beklenen cezanın ağırlığıyla belirlenemez. Böyle bir tehlikenin var olup olmadığının belirlenmesinde bütün faktörler ve özellikle sanığın karakteri, evi, malları ve aile çevresine ilişkin bütün bilgiler ve yargılanacağı ülkeyle olan bağlarının derecesi de göz önüne alınmalıdır.<sup>107</sup>

Wemhoff'un Almanya aleyhindeki başvurusuna<sup>108</sup> konu olan olayda başvuru göz altına alındığı sırada komisyonculuk yapmaktadır. Emniyeti suistimal suçlarına karıştığından kuşku edilen başvuru 09.11.1961 tarihinde gözaltına alınmış ve ertesi günü tutuklanmasına karar verilmiştir. Ortada Wemhoff'un müşterisi olduğu August-Thyssen Bank'ın bazı görevlilerini çok büyük miktarda parayı zimmetlerine geçirmeleri için teşvik ettikleri öğrenilmiştir. Ayrıca, başvuru kişinin serbest bırakıldığı takdirde kaçacağı ve delilleri karartmaya teşebbüs edeceği belirtilmiştir. Çünkü, başvuru kişinin büyük bir ceza alması ihtimali vardır, suçlara karışmış olan fakat yetkililerce henüz bilinmeyen kişileri uyarabilir ve henüz ele geçmeyen çalışma dökümanlarını ortadan kaldıracaktır. Başvuru ayrıca Mayıs 1962'de miktarı belirsiz bir kefalet teklif etmiştir. Ancak bu kefalet teklifinin delilleri karartma ve kaçma tehlikesini gidermeyeceği ve azaltmayacağı gerekçesi ile 25.06.1962 de üst mahkemece reddedilmiştir. AİHM bu

<sup>106</sup> ÜNAL, s. 138.

<sup>107</sup> ÜNAL, s. 138-139.

<sup>108</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *İHKAD cilt-1, Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 47-66.

olayda, şöyle düşünmektedir. “Mahkumiyeti halinde alabileceği cezanın ağırlığı haklı olarak, sanığı kaçırmaya teşvik edici bir faktör biçiminde görülebilir. Ama bu kaygının etkileri tutukluluk sürdükçe zayıflar ve sonuç olarak sanığın almayı bekleyebileceği cezanın ağırlığı azalır. Öte yandan cezanın ağır olması ihtimali tutuklama için yeterli değildir. Bununla beraber Alman mahkemeleri kaçma tehlikesinin bulunduğu dair kararlarını gerekçelendirirken muhakemenin ilk aşamalarında, sanığın maddi durumu ile ilgili şartlara ve onun tutumuna dayanarak dikkatli davranmışlardır.”<sup>109</sup> Bu nedenle de Sözleşme’nin 5/1-c maddesine aykırılık yoktur.<sup>110</sup>

Neumeister/Avusturya olayında;<sup>111</sup> başvuru uluslararası bir taşıma firmasının sahibidir. Başvuru ve diğer beş kişi hakkında 1952 yılında 1958 yılına kadar usule aykırı olarak vergi iadesi olarak vergi sahtekarlığı suçu işledikleri gerekçesiyle 11.08.1959’da haklarında hazırlık soruşturması açılması istenmiş ve 23.02.1961’de başvuru tutuklanmasına karar verilmiştir. Daha sonra başvuru 12.05.1961’de geçici olarak salıverilmiştir. Başvuru salıverildikten sonra mesleki faaliyetlerini sona erdirmiş, sorgu yargıcının izniyle iki kez tatil amacıyla ailesiyle birlikte yurtdışına çıkmıştır. Bu arada kendi isteğiyle birçok kez sorgu yargıcını ziyaret etmiştir. Daha sonra Finlandiya’ya gitmek için izin istediğinde savcının onayı olmadığı için izin verilmemiş ve 13.07.1962’de tutuklanmıştır. Bu tutuklama kararına karşı 23.07.1962’de itiraz etmiş ve şirketinin, evinin ve ailesinin Viyana’da bulunduğunu, kaçma tehlikesinin bulunmadığını, eğer kaçmak isteseydi daha önce kolaylıkla kaçabileceğini belirtmiştir. Bu itiraz, 31.07.1962’de yargıçlar heyeti tarafından, alacağı cezanın ağır bir ceza olma ihtimaline karşı kaçma tehlikesinin bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu olayda AİHM, “kaçma tehlikesinin sadece, sanığın mahkumiyeti halinde alabileceği cezaya dayanılarak değerlendirilemeyeceğini; sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkeyle bağlantıları gibi kaçma tehlikesinin varlığını teyit eden veya tutuklu kalmasını haklı göstermeye yetmeyen diğer faktörlerin de dikkate alınması” gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca tutukluluk uzadıkça kaçma tehlikesinin azalacağı unutulmamalıdır. Çünkü, “tutukluluk süresinin verilebilecek olan cezadan düşürülmesi ihtimali, sanığın kendi mahkumiyetine daha az korkuyla bakmasına yol açar ve kaçma isteğini zayıflatır.”<sup>112</sup> Bu koşullar altında Mahkeme, Ekim 1962’ye

<sup>109</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 64, par.59.

<sup>110</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 66, par.65.

<sup>111</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Neumeister/Avusturya Kararı*, s. 67-76.

<sup>112</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Neumeister/Avusturya Kararı*, s. 73, par.10.

gelindiğinde kaçma tehlikesinin önerilen kefaletin yetersiz olduğu düşüncesiyle, salıverilme talebini reddetmeyi haklı kılacak kadar büyük olmadığına karar vermiştir.<sup>113</sup>

Stögmüller'in Avusturya aleyhine yapmış olduğu başvuru olayında<sup>114</sup> da AİHM, kaçma şüphesi ile ilgili önemli içtihatlarla bulunmuştur. Olayda; bir Avusturya vatandaşı olan Stögmüller, 1958 yılında diğer iki kişiyle birlikte taşınmaz mallar ile ilgili muameleler, taşınmazlar için kredi temini, taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü alanlarına faaliyet gösteren bir şirket kurmuştur. Daha sonra başvuru, Tefecilik Yasası'ndaki suçları işlediği kuşkusuyla Linz Bölge Mahkemesi kararıyla 03.03.1958 tarihinde gözaltına alınmış, kaçma tehlikesi ve delilleri karartma tehlikesi bulunduğu gerekçesi ile ertesi gün tutuklanmasına karar verilmiştir. Başvurucu, 21.04.1958 tarihinde yemin verdikten sonra geçici olarak salıverilmiş ve bir süre işlerine devam ettikten sonra mesleğini değiştirerek pilotluk yapmaya başlamış, ülke içine ve dışına uçuşlar yapmıştır. Savcı, sorgu yargıcından 21 Ağustos günü başvuru hakkındaki hazırlık soruşturmasının genişletilmesini, gözaltına alma müzekkeresi yazılmasını ve salıverilirken verdiği yemine uymayarak izinsiz olarak yurtdışına uçtuğu gerekçesiyle kaçma tehlikesi bulunduğunu ve 1960 ile 1961 yıllarında başka suçlar işlediği gerekçesiyle suçta tekerrür tehlikesi bulunduğunu belirterek tutuklanmasını istemiştir. sorgu yargıcı, 24.08.1961'de Stögmüller'in gözaltına alınmasına karar vermiştir. AİHM bu olaydaki kaçma tehlikesi ile ilgili verdiği içtihadında; "bir olayda sanığın kaçma tehlikesinin, sanığın sadece sınırı geçmesinin mümkün veya kolay olmasından dolayı meydana gelmeyeceğini, tutuklunun kalmaktansa kaçması halinde doğacak sonuçların ve kaçmasının yaratacağı tehlikelerin kendisine daha az zarar verebileceğine düşünmesi için sebeplerinin olması gerektiğine, özellikle ağır bir ceza alma beklentisi, sanığın tutukluluğa karşı gösterdiği uyumsuzluk ve ülke içinde kurulmuş bağlantılar bulunmaması gibi bir dizi koşulların varolması gerektiğine karar vermiştir."<sup>115</sup> Ayrıca "Stögmüller, ilk salıverilmesinden sonra birçok kez yurtdışına çıkmış ve sonra geri dönmüştür. Başvurucunun bu davranışı kaçma tehlikesinin bulunduğunu göstermemektedir. Mahkeme'ye göre, bu nedenlerle kaçma tehlikesi başvuru tutukluluğunun devamını haklı kılmak için yeterli bir sebep değildir ve bu nedenle Sözleşme'nin ilgili fıkrası ihlal edilmiştir."<sup>116</sup>

<sup>113</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Neumeister/Avusturya Kararı*, s. 73, par.12.

<sup>114</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Stögmüller/Avusturya Kararı*, s. 83-91

<sup>115</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Stögmüller/Avusturya Kararı*, s. 91, par. 15.

<sup>116</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Stögmüller/Avusturya Kararı*, s. 91, par. 15.

### ***b) Türk Hukuk Sistemine Göre***

CMUK'un 104. maddesine göre, suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişinin tutuklanabileceği durumlardan birisi de, hakkında kaçacağı şüphesinin bulunmasıdır. Yasaya göre kaçma şüphesini uyandıracak olguların bulunması, ön koşulun yanında aranacak bir tutuklama nedenidir. Sanık hazır bulundurulmadan ceza muhakemesinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması yasal olarak olanaklı değildir, çünkü sanıksız duruşma yapılamaz. Bu nedenle, muhakemenin yürütülmesi için sanığın el altında bulundurulması gerekmektedir. Bu amaçla da tutuklama kabul edilmiştir. Kaçma şüphesinin temeli, tutuklama kararının istendiği anda bu şüpheyi haklı gösteren somut bulgulardır. Kaçma şüphesini temellendiren bulguların neler olduğunu yargıç tutuklama kararında göstermek zorundadır.

Ceza Muhakemeleri Usul Hukukumuzda göre, bir başka tutuklama nedeni de delilleri karartma şüphesidir. Hiç şüphesiz ki, sanığın kaçma şüphesi ile delilleri karartma tehlikesi birbirini bütünleyen ve birlikte ele alınması gereken bir tutuklama nedenidir. Çünkü, eğer sanığın kaçma şüphesi varsa, delilleri karartma tehlikesi de vardır. CMUK'un 104. maddesine göre, delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçınmaya sevk edildiğini, bilirkişilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması diğer bir tutuklama nedenidir. Bu nedene genel olarak delilleri karartma şüphesi adı verilmektedir. Bu şüpheyi doğuran durumların neler olduğu da yargıcın tutuklama kararında gösterilmek zorundadır.

CMUK'un 104. maddesine, kaçma şüphesi yada delilleri karartma şüphesi için hakime başka somut bilgiler araştırmaksızın, bazı durumların varlığında bu şüpheleri varsayabilme yetkisi verilmiştir. Bu durumlar şunlardır:

- Soruşturma konusu olan suçun, kanunda ön görülen cezasının üst sınırının yedi yıldan az olmayan özgürlüğü kısıtlayıcı cezayı gerektirmesi.
- Sanığın ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi.

Yasa koyucu bu hususta hakime taktir yetkisi bırakmıştır. Bu durumların varlığında hakim kaçma yada delilleri karartma şüphesinin varlığını kabul etmek zorunda değildir, aksi yönde bir kaniya sahip olabilir. Hakim, her somut olayı ayrı değerlendirerek kaçmaya da delilleri karartma şüphesini doğuracak başka bulguları gerekli görebilecektir.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 71. maddesine göre; kaçma şüphesini uyandıracak kuvvetli belirtilerin varlığı ve delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacı ile tutuklama yapılabileceği belirtilmiştir.

DGM'lerde uygulanan 1992 değişikliğinden önceki CMUK eski 104. maddesine göre "suçun izlerini yok etmeye veya şeriklerini uydurma beyanata yahut tanıkları yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçınmaya sevk eyleyeceğini gösterir haller bulunursa" denilerek kaçma şüphesi ve delilleri karartma şüphesi birer tutuklama nedeni sayılmıştır.<sup>117</sup>

## II. ÖNLEME AMAÇLI YAKALAMA

Önleme amaçlı yakalama, kanunda sayılan belirli hallerde herhangi bir suç işlemiş olma şüphesi altında olmayan fakat, her an suç işleme veya kendisine karşı suç işleme ihtimali olan kimselerin, mahkeme önüne çıkarma amacı olmaksızın geçici bir süre için kamu düzeninin veya yakalanan kişinin güvenliğinin sağlanması amacıyla muhafaza veya gözetim ve denetim altına alınarak özgürlüğünün kısıtlanmasıdır.<sup>118</sup>

Kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde bir suç işlenmiş olmasa bile<sup>119</sup> polis, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olabilir. Ayrıca, kişinin vücudu veya hayatı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması için gerekli ise, o kişinin özgürlüğünün kısıtlanması mümkündür. Bu tür önleme yakalaması suç ile ilgili değildir. Bu ifadeye göre, kolluk, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde ve alkol tutkunlarını, serserileri ve bulaşıcı hastalık yayabilecek kişiler ile haklarında gözetim altında ıslah veya yetkili mercii önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri, yakalayabilir.

Burada bu şahısların herhangi bir suç işlemiş olmaları söz konusu değildir. Bu şahıslar suç şüphesi altında olmadıklarından dolayı da hukuk sistemimizin şüpheli ve

<sup>117</sup> KESKİN, s.76.

<sup>118</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 961; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 365.

<sup>119</sup> Polisin, suç işlendikten sonra, kişilerin mülkiyet hakları ile özgürlüklerini hangi şartlarla kısıtlayabileceği, Anayasa'daki ilkeler doğrultusunda CMUK ile düzenlenmiştir. Ancak bu tedbirler, polis tedbirleri olmayıp Ceza Muhakemesi Hukuku'nun koruma tedbirleridir. Koruma tedbirinin amacı, suçun delillerinin araştırılması ve neticede verilecek hükmün yerine getirilebilmesini sağlamaktır. Bu nedenle burada inceleyeceğimiz polis tedbirleri, Ceza Muhakemesi Hukuku dışında kalan tedbirlerdir.

sanıklara tanıdıkları bir avukatın hukuki yardımından faydalanma, susma hakları gibi hakları talep etme ve kullanma hakları yoktur.<sup>120</sup>

Örneğin, bir küçük kendisi üzerinde gözetim yetkisine sahip bulunan kişiden kaçmış ise o kişiye geri verilmek üzere polisin küçüğü muhafaza altına alma yetkisi vardır. Ayrıca, özel durumları itibariyle tedavileri gereken veya toplum için tehlike teşkil eden akıl hastaları, uyuşturucu madde tutkunları, küçükler, aşırı derecede sarhoş olup halkın huzurunu bozacak kişiler polis tarafından yakalanarak kontrol altına alınabilirler. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür; mesela, yoğun trafik olan bir yolda sendeleyerek yürümekte olan bir sarhoşa rastlayan polis, bu kişiyi karakola götürerek, başkalarına zarar vermesini önleyebilir. Yolda hastalanıp bayılan bir kadın yağmur altında yolda yatmaktadır. Polis bu kadını karakola götürüp koruma altına alabilir.

Önleme amacıyla polis tarafından veya korumaya alınan kişi, sebep ortadan kalktığı anda, geciktirilmeksizin serbest bırakılmalıdır. “Polisin önleme amaçlı olarak gözaltına alma yetkisi çok yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapıldığından yargıçtan karar almak için vakit yoktur. Bu nedenle, bu yetki her memur tarafından kullanılabilen, yani özel bir emre ihtiyaç göstermeyen bir yetkidir. Bununla birlikte, gözaltına alınan kişinin bu durumunun kısa sürmeyeceği anlaşılırsa, polis geciktirmeksizin özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğu ve devamı konusunda hakimden bir karar almak mecburiyetinde olmalıdır. Ancak, hakimden alınacak kararın serbest bırakma işleminden önce elde edilemeyeceği anlaşılırsa, yani hakimden karar alınıncaya kadar kişinin serbest bırakılmasını gerektiren şartlar oluşursa, kişi serbest bırakılmalıdır.”<sup>121</sup>

Polisin önleme görevi çerçevesinde başvurduğu tedbir olarak gözaltına alınan ve bu şekilde özgürlüğü kısıtlanan kişiye geciktirilmeksizin gözaltına alınmasının sebebi açıklanmalıdır. Gözaltına alınan kişiye, bir yakınına veya güvendiği bir kişiye haber vermesi için imkan sağlanmalıdır. Özgürlüğü kısıtlanan kişi, bu hakkı kullanabilecek durumda değilse veya küçük ise, veli veya vasisine haber verilmelidir. Gözaltına alınan kişi hakkında, sadece gözaltına alma amacının veya bulunduğu polis merkezinin düzeninin gerektirdiği kısıtlamalar uygulanabilir. Ayrıca, gözaltına alınan kişi tutuklu ve hükümlülerle bir arada muhafaza edilmemelidir.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> **ERYILMAZ**, Yeni Türkiye, s. 961; ayrıca bkz. **ERYILMAZ**, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 366.

<sup>121</sup> **YENİSEY**, *Hazırlık Soruşturması*, s.175; **CİHAN-YENİSEY**, No:411, s. 250.

<sup>122</sup> **YENİSEY**, *Hazırlık Soruşturması*, s.175; **CİHAN-YENİSEY**, No:412, s. 251.

## A. Küçükler Hakkında Yakalama ve Tutuklama

### 1. Sözleşmeye Göre

Sözleşmenin 5/1-d maddesi küçüklerin yakalanmaları ve ıslahı ile ilgilidir. Burada, suç işleme ihtimali bulunan küçüğün eğitimi için veya kendisi hakkında uygun kararın alınabilmesi için yetkili merci önüne götürülmek üzere tutulu durumda bulundurulması söz konusudur. Mahkeme bu konuda ulusal mevzuatın uygulanacağını belirtmiştir. Ancak Sözleşme ve Mahkeme, kimlerin küçük sayılacağı konusuna açıklık getirmemiş ve bir yaş sınırı koymamıştır. Kimlerin küçük sayılacağı Milli Hukuka göre belirlenecektir. Küçüklerin yaş konusu Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde ele alınarak genelde uygulanan 21 yaş yerine 18 yaşını tavsiye etmiştir. Ancak, Komisyon küçük kavramını “belli bir anlama yeteneği olmayan, otonomiye sahip kılınamayan, özgür kılınmaya çaba harcanan, risklere karşı korunması gereken kişiler” şeklinde açıklamıştır.<sup>123</sup> Komisyon ve Mahkeme'ye bu hüküm çerçevesinde yapılan başvurular, küçük ve ana-babanın hakları, küçüğün geleceği ve suçların soruşturulmasının gerekleri açısından değerlendirilmiş ve bunlar arasında hassas bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Komisyon ve Mahkeme bu hüküm uyarınca yakalanarak tutuklanan küçüklere özel itina gösterilmesi gerektiği konusunda görüş birliğindedir.<sup>124</sup>

Bouamar/Belçika davasında; başvuru, 1963 doğumlu Fas vatandaşıdır ve 1972'de Belçika'ya gelip halasının yanında kalmaya başlamıştır. Aile problemleri nedeniyle sorunlu bir kişiliği bulunan başvuru, 1978 yılında çeşitli suçları işlediği kuşkusuyla Çocuk Mahkemesi önüne çıkarılmıştır. Bu mahkeme 1965 tarihli yasanın “küçüğü hemen kabul edecek bir kişi veya kurum bulunmasında maddi imkansızlıklar bulunması halinde” on beş günü aşmayan sürelerle küçüğün tutukevinde tutulmasına dair hükmüne dayanarak, başvuru'nun tutukevinde tutulmasına karar vermiştir. Başvuru bu suretle verilen kararlarla on beş günü aşmayan sürelerle tam dokuz kez tutukevine giriş çıkış yapmıştır. Başvuru 1980 yılında toplam yüz yirmi dokuz gün tutukevinde kalmıştır. Tutukevinde kalmasına dair kararların verilmesi sırasında başvuru çocuk mahkemesi tarafından dinlenmiş, ancak avukatla temsil edilmemiş, sadece temyiz mahkemesi sırasında avukattan yararlanabilmiştir. Belçika Mevzuatına göre, bir küçüğün uygun bir gençlik ıslah evine yerleştirilmesi mümkün değilse, kendisi yetişkinler için yapılmış bir cezaevine konulabilir. Bu olayda şikayetçi, çeşitli nedenlerle dokuz kez

<sup>123</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s.190.

<sup>124</sup> ÜNAL, s.139; KUZU, *Ülkemizde*, s.189.



yetişkinler cezaevine konmuştur. Belçika hükümeti, adı geçenin gözetim altında eğitilmesi amacıyla haklı olarak tutulduğu görüşünü savunmuştur. Ancak Mahkeme, şikayetçinin yetişmiş uzman personeli bulunmayan bir cezaevinde diğerlerinden tecrit edilmiş bir şekilde ve hiçbir eğitim programı uygulanmadan tutulmasını Sözleşme'nin 5/1-d maddesine aykırı bulmuştur.<sup>125</sup>

## 2. Türk Hukuk Sistemine Göre

Anayasa m. 19/2; özgürlüğün ve güvenliğin geçici olarak yoksun bırakılacağı haller arasında "bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi"ni de saymıştır. Bu hükmün konuluş nedeni ilgili madde gerekçesinde şöyle açıklanmıştır; "...suç işleme eğilimi gösteren küçüklerin eğitimi konusunda karar almak yahut gözetim altında eğitim tedbiri olarak adlandırılan tedbirlerin uygulanmasını sağlamak amacıyla küçüğün hürriyetinin kısıtlanması söz konusudur. Toplum suçtan korumak için, kişinin suç işleme alışkanlığı içine yerleşmeden önce ele alınması gerektiği herkesçe bilinmektedir. Hukuk dilinde genellikle korunmaya muhtaç çocuklar olarak adlandırılan bu guruba yönelik tedbirlerin gereğini uzun uzun izaha ihtiyaç yoktur."<sup>126</sup>

2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu'nun 12. maddesine göre; 11 yaşını bitirip 15 yaşını bitirmemiş olanlar kanunumuzca küçük sayılmıştır. Bu kanun, uygulanacak tedbirler bakımından en geç 18 yaşının bitimini esas almıştır. 2828 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklarla İlgili Kanun ise, hangi çocukların korunmaya muhtaç olduklarının mahkeme kararı ile belirleneceğini, acele durumlarda mahkemeden karar gelinceye kadar bu yetkiyi en büyük mülki amire vermiştir (m.22). Bu kanunda belli bir alt yaş sınırı ön görülmemiştir. Ayrıca, 2253 sayılı kanunun 8. ve 14/2. maddelerinde küçükler hakkında uygulanacak tedbirleri almaya yetkili mercii, Çocuk Mahkemeleri olarak öngörülmüştür. Anayasa 61/4 ve 5. maddelerinde de "devlet korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat veya tesisleri kurar veya kurdurur" denilerek, küçükler Anayasamızca korunma altına alınmıştır. Ayrıca PVSK m.13/E'de haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçüklerin polis tarafından yakalanabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle Emniyet Genel

<sup>125</sup> DOĞRU, *Rehber, Bouamar/Belçika Kararı*, s. 96-97.

<sup>126</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 188.

Müdürlüğü ve İl Emniyet Müdürlükleri bünyesinde çocuk suçluluğu ile ilgili Küçükleri Koruma Büro Amirlikleri oluşturulmuştur. Bu bürolarda çocuk suçluluğu konusunda uzman personel istihdam edilmesine özen gösterilmektedir. Çünkü, başta Anayasamız olmak üzere diğer kanunlarımız da çocukların suçtan izole edilmesi ve suç işleyen çocukların korunmasına, eğitimi ve rehabilitasyonuna ayrı bir önem vermektedir. Tüm bu gelişmelerin karşısında Emniyet Müdürlüğü de konuya duyarlı davranarak, çocuk suçlularının diğer suçlularla aynı işleme tabi tutulmaması için bu tarz bir yapılanma içersine girmiştir.

Ancak “ülkemizde ceza kanununun uygulanması açısından küçük ve büyük suçlular arasında bir ayırım yapılmamakta, sadece küçüklerin cezalarında yaşları dolayısıyla indirim yapılmaktadır. Aynı suç işleyen küçükler için özel kurumlar mevcut olmadığından, tutuklandıkları taktirde onlar da büyüklerle birlikte cezaevine konulmaktadır. Keza, hükümlülerin tretmanı açısından da, uygulamada küçüklerle büyükler arasında önemli bir fark yoktur. Kesinleşmiş hükümle suç işlediği sabit olunmuş olan küçükler, büyüklerle aynı cezaevlerini paylaşmaktadır. Bunlardan bazıları Ankara, Edirne ve Eskişehir’de bulunan çocuk ıslah evlerine yerleştirilerek kendilerine özel eğitim programları uygulanmakla beraber, binlerce çocuk suçlu karşısında bunların sayısı ve kapasiteleri yetersiz olduğundan bu konuda gereken tedbirlerin alınması zorunludur. Türkiye, AİHS yanında 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarını Koruma Sözleşmesini de onaylamıştır. Bu nedenle Türk Mevzuatı bir an önce söz konusu sözleşmelerde öngörülen uluslar arası standartlara uyumlu hale getirilmeli ve özellikle cezaevleri ve rehabilitasyon kurumları üzerinde gerekli reform çalışmaları yapılmalıdır.”<sup>127</sup>

## **B. Kişinin Kendi Sağlığı ve Kamu Güvenliği Açısından Yakalanması**

### **1. Sözleşmeye Göre**

Bu fıkreda; bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu maddelere bağımlı bir kimsenin veya yersiz yurtsuz kişilerin kanuna uygun olarak gözaltına alınması öngörülmüştür.

Şüphesiz akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu, alkoliğin veya bir serserinin suç işleme ihtimali diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine

<sup>127</sup> ÜNAL, s.139-140.

bırakıldıkları takdirde toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edecektir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için önleyici güvenlik tedbirleri alınmalıdır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları v.b. hususlar ulusal mevzuatça düzenlenecektir. Bu amaçla bazıları kişi özgürlüğü ve güvenliğinden yoksun kalabileceklerdir. Ancak fıkrada söz konusu edilen “serseri”nin tanımı ve nelerin bulaşıcı hastalık olduğu Sözleşme’de açıkça belirtilmemiştir.<sup>128</sup>

“Komisyon ve Mahkeme’ye, bu ana kadar bulaşıcı hastalık taşıyanlarla, alkolik ve uyuşturucu tutkunlarına ilişkin herhangi bir başvuru yapılmamıştır. Yapılan şikayetler akıl hastaları ve serserilerle ilgilidir.”<sup>129</sup> Şimdi burada AİHM kararları ışığında akıl hastalığı ve serserilik terimlerine açıklık getirmeye çalışacağız.

#### *a) Akıl Hastaları*

Mahkeme, akıl hastalarını tanımlamaktan özenle kaçınmış ve akıl hastalığından dolayı kişi özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için davranış bozukluğunun “hastalık” niteliğinde olması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, akıl hastalığında bireye uygulanacak özgürlüğü kısıtlayıcı işlemin keyfilikten uzak, ulusal mevzuata hem esas hem de şekil bakımından uygun olması gerektiğini; ayrıca, bireyin rahatsızlığı aşağıda sayılan durumları taşıdığı anda akıl hastalığından bahsedilebileceğini belirtmiştir.<sup>130</sup>

- Rahatsızlık, objektif ve tıbbi bir ekspertizle saptanacak.
- Gerçek akıl hastalığı halinde birey bir kapalı kuruma (psikiyatri kliniği gibi) konulabilecek.
- Hastalığın niteliği ve ağırlığı böyle bir önlemin alınmasını gerekli kılmış olacaktır.

Bireyin durumu bu koşullara uyduğunda, akıl hastası sayılabilecek ve tedavisi için hastane, psikiyatri kliniği gibi yerlere konulabilecektir. Önlemin süresi hastalık halinin devamı ile sınırlıdır. Yani, hastalık hali sona erdiğinde bireye uygulanan özgürlük kısıtlaması da sona ermelidir. Hastalık halinin son bulması da yine bir hekim tetkikiyle saptanmalıdır.

AİHM, Winterwerp’in Hollanda aleyhindeki başvurusunda konuyu incelemiştir. Olayda başvuru, önce belediye başkanının emriyle, acele psikiyatri hastanesine yatırılmış ve daha sonra da kendisinin hastanedeki kalma süresi eşinin başvurusu üzerine

<sup>128</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 191.

<sup>129</sup> ÜNAL, s. 140.

<sup>130</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 219.

mahkeme tarafından bir yıl uzatılmıştır. Daha sonraları akıl hastası olan başvurucu, periyodik olarak yenilenen mahkeme kararlarıyla tutulmaya devam etmiştir. Mahkeme'ye göre kişi ancak akıl hastalığı tıbbi verilere göre objektif olarak belirlendiği takdirde ve çok zaruri durumlarda özgürlüğünden yoksun bırakılabilir. Sözleşme'nin 5/1-e bendindeki akıl zayıflığı teriminin kesin bir tanımı olmayıp, araştırmalar ve tedavi şekilleri toplumun akıl hastalarına bakışı değiştikçe kavramın içeriği de değişeceğinden, bu bend bir kimsenin, sadece görüş ve tutumunun belirli toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle zorunlu kapatılmaya tabii tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamayacaktır. Ayrıca, akıl hastalığının derecesi kendisinin tecrit edilmesini zorunlu kılmalı ve hastalığının devamı süresince tutulmalıdır. Bir kimsenin akıl hastalığı nedeniyle bir müesseseye kapatılabilmesi, ilke olarak bu müessesenin ancak, hastane v.b. bir müessese olması durumunda usulüne uygun sayılacaktır; aksi halde özgürlük kısıtlamasının neden ve gerekçesiyle güdülen amaç arasında zorunlu olan bağdan söz edilemez. Mahkeme, bu gerekçelerle bu olayda Belçika Hükümeti'nin Sözleşme'yi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır.<sup>131</sup>

X/Birleşik Krallık davasında; müessir fiil suçu işledikten sonra akıl hastanesine kapatılan başvurucu, üç yıl sonra şartlı olarak salıverilmiş, ancak salıverildikten üç yıl sonra tekrar tutulmuş ve Habeas Corpus talebi reddedilmiştir. Mahkeme, başvurunun salıverildikten sonra acil bir tedbir olarak tekrar yakalanması olayında, akıl zayıflığı nedeniyle tutma şartının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>132</sup>

Luberti/İtalya davasında; adam öldürmekten sanık başvurucuya akıl zayıflığı nedeniyle ceza verilmiş ancak, iki yıl süreyle bir akıl hastanesinde tutulmasına ve ayrıca kendisinin tehlikeli olduğu belirtilerek salıverilme zamanında bunun dikkate alınmasına karar verilmiştir. Başvurucu ancak beş yıl sonra tehlikeliliğinin geçtiğine kanaat getiren mahkeme kararıyla salıverilmiştir. AİHM, bu olayda akıl zayıflığı nedeniyle tutma şartının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>133</sup>

Nielsen'in Danimarka aleyhindeki başvuru olayında; evlilik dışında doğan bir çocuk olan başvurunun velayeti, o dönemde yürürlükteki iç hukuka göre sadece annesine verildiğinden babası ile annesi ayrı yaşamaya başladıktan sonra annesinin yanında kalmıştır. Ancak başvurucu, babası ile sık sık ve yoğun bir biçimde birlikte olmuş daha sonra annesi ile birlikte olmak istememiştir. Başvurucu on yaşlarına

<sup>131</sup> DOĞRU, *Rehber, Winterwerp/Hollanda kararı*, s.19-21; ÜNAL, s. 140.

<sup>132</sup> DOĞRU, *Rehber, X/Birleşik Krallık kararı*, s. 33.

<sup>133</sup> DOĞRU, *Rehber, Luberti/İtalya Kararı*, s. 46.

geldiğinde velisi olan annesi, kendisinin Devlet Hastanesi Çocuk Psikiyatrisi birimine yatırılmasını istemiştir. Başvurucu tıbbi tedavinin uygulanmadığı ve sadece çevre terapisinin yapıldığı bu kuruma yerleştirilmiştir. Başvurucunun buradan dışarıya kendi başına çıkmasına izin verilmemiş ancak, görevliler tarafından dışarıya çıkarılıp müzelere götürülmüş ve hafta sonları annesinin yanında kalmıştır. AİHM bu olayda, annenin çocuğunu hastaneye yatırırken, onun sağlığının korunmasını amaçladığını ve kötü niyetinin bulunmadığını, başvuru hastaneye yatırılması konusunda uzman doktor görüşüne dayanıldığını belirtmiştir. Burada annenin bu tutumu Sözleşme'nin 5/1-e maddesi anlamında özgürlük sınırlaması olmayıp, velayet hakkının çocuk lehine kullanılmasıdır.<sup>134</sup>

### *b) Serseriler*

Sözleşme'de, AİHK ve AİHM kararlarında serseri teriminin tanımı yapılmamıştır. Bu konu ulusal hukuka bırakılmıştır. Belçika Ceza Yasası'nın 347. maddesine göre "derbeder; sabit bir ikametgahı bulunmayan, hiçbir geçim kaynağına ve düzenli bir iş ile mesleğe sahip olmayan kimsedir".<sup>135</sup>

AİHM bu konu ile ilgili en önemli kararını De Wilde, Ooms ve Versyp'in Belçika aleyhindeki davasında<sup>136</sup> vermiştir. Bu olayda başvuru Belçika vatandaşıdır. De Wilde, 18.04.1966 günü saat:11.00'de polis karakoluna giderek bir iş bulamadığını, yatacak bir yeri ve parası olmadığını, daha önce kendisinin derbeder durumuna düşmediğini anlatmıştır. Komiser yardımcısı, De Wilde'nin bu haliyle bir derbeder olduğunu düşünmüş ve savcılığın gözetimine almıştır. Kendisi hakkındaki 19 Nisan tarihli notta, 1951'den 1965 yılına kadar on üç kez kısa kararlarla mahkumiyet aldığı ve ifadesinin aksine beş kez derbederlikten dolayı hükümet gözetimine alındığı anlaşılmaktadır. Yargıç, 27.11.1891 tarihli Derbederliğin ve Dilenciliğin Önlenmesi Hakkındaki Yasa'nın 13.maddesine göre De Wilde'in iki yıl süreyle bir derbeder kampında hükümet gözetimine alınmasına karar vermiştir. Daha sonra De Wilde 16.11.1966'da özgürlüğüne kavuşmuştur. Franz Ooms, 21.12.1965 günü saat:06.15'de bir karakola gelerek kendisinin derbeder olarak kabul edilmesini istemiştir. Yargıç, aynı gün yasanın 16. maddesine göre yardım evinde tutulması için hükümet gözetimine alınmasına karar vermiştir. Ooms, 12.04.1966'da Adalet Bakanlığı'na başvurarak

<sup>134</sup> DOĞRU, *Rehber, Nielsen/Danimarka Kararı*, s.117-118.

<sup>135</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-1, De Wilde, Ooms ve Versyp Kararı*, s.109, par.33-36.

<sup>136</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *İHKAD cilt-1, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika kararı*, s. 107-123

tüberküloz olduğunu belirtmiş ve salıverilmesini istemiştir. İlk başvurusu kabul edilmemiş olup, tam bir yıl geçtikten sonra Bakanlık tarafından salıverilmiştir. Edgard Versyp, 03.11.1965 günü saat:09.00'da karakola gelerek geçim kaynağı bulunmadığı için bir sosyal koruma kurumuna yerleştirilmek istediğini belirtmiştir. Yargıç, yasanın 13. maddesine göre iki yıl süreyle derbederlik kampında tutulmak üzere hükümet gözetimine alınmasına karar vermiştir. Versyp, 10.08.1967'de Bakanlık kararıyla salıverilmiştir. AİHM'ye göre "başvurucular derbeder özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle, iç hukuka uygun olarak yetkili makamlar tarafından tutulmalarını ön gören Sözleşme'nin 5/1-e bendine göre tutulabilirler."<sup>137</sup> "Başvurucular, Belçika makamları tarafından usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından hükümet gözetimine alınıp tutulduklarından, bu işlemde Sözleşme'ye herhangi bir aykırılık ve keyfilik bulunmamaktadır. Mahkeme sonuç olarak, başvurularda uygulanan tasarrufların Sözleşme'nin 5/1-e bendine uygun olduğuna karar vermiştir."<sup>138</sup> Ayrıca Mahkeme, "başvurucuların Sözleşme'nin 5/1-c bendine veya (a) bendine göre değil, 5/1-e bendine göre gözaltına alınıp tutulduğundan dolayı bu olayda 5/3. maddenin başvurularda uygulanamayacağını" da karara bağlamıştır.<sup>139</sup>

AİHM, serseri kelimesinin dikkatli ve dar yorumlanmasını istemiştir. Bu nedenle Guzzardi olayında İtalyan hükümetinin Sözleşme'yi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Olayda başvuru, güvenlik ve kamu ahlakı açısından tehlike arz ettiği gerekçesiyle tutuklanarak küçük bir adada tecrit edilmiştir. Mahkeme, gerçek anlamda bir serseri olmayan şikayetçi hakkındaki İtalyan hükümetince alınan önlemin, Sözleşme'nin 5/1-e maddesi hükmünü amacından saptırdığını belirlemiştir. Çünkü, suç öncesi tehlikeli halin başka türlü ortaya çıkış şekillerini, geniş yorum veya kıyas yoluyla, serseri kavramı içine sokarak bu hükmü, örneğin bir mafya üyesi gibi, diğer tehlikeli kişilere uygulamak mümkün değildir.<sup>140</sup>

<sup>137</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *De Wilde, Ooms ve Versyp Kararı*, s.113, par. 69.

<sup>138</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *De Wilde, Ooms ve Versyp Kararı*, s.113, par. 70.

<sup>139</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *De Wilde, Ooms ve Versyp Kararı*, s.114, par. 71.

<sup>140</sup> ÜNAL, s. 140; KUZU, *Ülkemizde*, s. 194.

## 2. Türk Hukuk Sistemine Göre

Anayasamızın 19. maddesi toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak yakalanıp gözetimine alınabileceğini belirtmiştir. Anlaşıldığı gibi, bu düzenleme AIHS'nin 5/1-e maddesiyle uyum içindedir.

Anayasamızda yer alan bu hüküm ile ilgili olarak madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir; "... iki ayrı durum söz konusudur. Birinci halde, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önleme amacı güdülmüştür. Bu tür bir hastalık yayabilecek kimselerin serbestçe dolaşmalarının önlenmesi, mesela kendisinin evden çıkmasına izin verilmemesi buna örnek gösterilebilir. İkinci halde ise, "suç öncesi tehlikeli hal" olarak adlandırılan durumda bulunan kişileri ve bunlar konusunda alınması gereken tedbirleri içermektedir. Bilindiği gibi suçla savaşta etkili olunabilmesi için suçun işlenmesini beklememek, suç işlemeye fevkalade müsait bir düzey üstünde bulunan kişiler hakkında, zamanında uygun tedbirler alarak zararı daha kaynağında önlemek gerekir. "Suç öncesi safha" denilen bu safhada bulunan kişiler, özellikle uyuşturucu madde tutkunları, alkolikler, akıl hastaları yahut serserilerdir. "Serseri" terimi "muntazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan" kimseleri ifade eder. Kolayca anlaşılacağı gibi akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu, yahut alkoliğin veya yukarıda ifade edildiği anlamda bir serserinin suç işleme ihtimali, diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine bırakıldıkları takdirde toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edecektir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için "önleyici güvenlik tedbirleri" yahut diğer bir deyimle "toplumsal savunma tedbirleri" alınmaktadır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları ve benzeri hususlar; bugün pek çok ülkede kabul edilmiş bulunan "toplumsal savunma kanunları" tarafından düzenlenecektir. Bu tedbirlerin bazıları bu kişilere bir müessesede eğitim uygulanmasını ve "tehlikeli hal" gösteren kişinin şu veya bu şekilde kısıtlanmasını zorunlu kılar. İzahına çalışılan hüküm bu ihtiyacı karşılamaktadır". Yukarıda da ifade edildiği gibi birinci durumda bulaşıcı hastalıkların yayılması önlenmek istenmektedir. Ancak bulaşıcı hastalıkların neler olduğu konusunda Anayasa'da herhangi bir tanım yapılmamıştır. Görülüyor ki, nelerin bulaşıcı hastalık olabileceği konusu uzmanlara bırakılmıştır. İkinci hal, suç öncesi tehlike halidir. Bu durumda olanları Anayasamız, "... bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu ve bir serseri" olarak belirlemiştir. Danışma Meclisinde bu hüküm tartışılırken "suç öncesi tehlikeli

halde bulunan kişiler hakkında tedbir alınmadığı takdirde, bu kişilerin suç işleme ihtimali büyüktür. Suçla savaşa amaç, suçun işlenmesinden önce önlenmesidir. Bu sebeple pek çok batı ülkesinde toplumsal savunma kanunu olarak adlandırılan kanunlarla suç öncesi tehlikeli halde bulunan kişiler için tedbirler öngörülmektedir” görüşü ileri sürülmüştür. Ayrıca bu görüşler ilgili madde gerekçesine yansımıştır. Anayasa'nın bu gerekçesinde ve Danışma Meclisi'ndeki tartışmalarda dile getirilen toplumsal savunma kanunu artık bir realitedir. Bu kanuna göre, her suça bir ceza yerine her kişiye uygun bir tedbir savunulmaya başlanmıştır. Bu yasanın temel ilkeleri şu şekilde özetlenebilir: Devlet, toplum içinde yaşamak durumunda olan bireyin sıkıntılarını ve tedirginliklerini ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Yasaca öngörülen düzeni korumak için devletin cezalandırma hakkı değil, toplumsallaştırma görevi vardır. Toplumsallaştırma görevi ceza aracılığıyla değil, bilakis önleyici, eğitici, iyileştirici nitelikteki toplumsal savunma tedbirleri ile yerine getirilmelidir. Alınacak tedbir her bireye uygun olmalıdır. Toplumsal savunma yargılaması, öznenin toplumsal yaşama karşıtlığının nitelik ve derecesinin değerlendirilmesiyle başlar ve uygulanma zorunluluğunun bitmesi ile son bulur.<sup>141</sup>

### **C. Sınır Dışı Etme ve İade Amacıyla Yakalama ve Tutuklama**

#### **1. Sözleşmeye Göre**

Sözleşme'nin 5/1-f maddesinde öngörülen son özgürlükten yoksun bırakma nedeni; kişinin yasal olmayan yollardan girişinin engellenmesi ve sınır dışı veya iade edilmesi amacıyla tutuklanmasıdır. Bu hükme göre, kişi ancak bu amaçlardan birisini gerçekleştirmesi halinde tutuklanabilir. AİHS organları bu hükmü, özellikle sığınma talepleri ve suçluların geri verilmesi sorunları çerçevesinde geri almıştır.

Ayrıca AİHS organları, Sözleşme'nin kişilere siyasi iltica hakkı tanıyan herhangi bir hüküm içermediğini kabul etmekle birlikte, sınır dışı edilme veya geri verilme dolayısıyla kişinin uğrayacağı hürriyeti bağlayıcı tedbirlerin iç hukuktaki yakalama ve tutuklama hükümleri ile devletler arası hukuk hükümlerine uygun olması şartlarını aramaktadır. Suçluların iadesi Türkiye'nin de onayladığı “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi” çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Sözleşme, onaylayan devletlere, ülkelerindeki suçluyu iade yükümlülüğü getirmektedir.

<sup>141</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 191-192.



Bozano'nun Fransa aleyhindeki şikayetinde,<sup>142</sup> İtalyan vatandaşı olan başvuru, İtalya'da işlediği çeşitli suçlar nedeniyle gıyabında yargılanarak mahkum edilmiştir. İtalyan hükümeti Fransa'da bulunan başvuruçunun iadesini istemiştir. Fransız Mahkemesi İtalya'da yapılan yargılamanın Fransız kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir. Bu karar Fransız hükümeti bakımından kesin ve bağlayıcı duruma geldiği halde, Fransız hükümeti başvuruçuyu İsviçre'ye sınır dışı etme kararı vermiştir. Başvuru İsviçre'den cezasını çekmek üzere İtalya'ya iade edilmiştir. Fransız Mahkemeleri bu kararı, Fransız hükümetinin başvuruçuyu İsviçre'ye sınır dışı etme kararında yetki suistimali bulunduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. AIHM, bu başvuruda kişinin tutuklanmasını bu bend hükmüne aykırı bulmuştur. Mahkeme bu olay hakkında şu görüşü bildirmiştir: "...burada çözümü gereken asıl mesele davaya konu teşkil eden tutuklama olayının kanunun öngördüğü usule riayet de dahil olmak üzere normlara uygun bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu konuda esas itibari ile ulusal mevzuata atıfta bulunmakta ve ulusal mevzuatın koyduğu kuralların uygulama gereğini emretmekte ise de, bunun yanında fazla olarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin 5. madde ile güdülen amaca uygun olmasını da istemektedir. Bu amaç da; bireyi keyfiliğe karşı korumaktır."<sup>143</sup>

Quinne'in Fransa aleyhindeki başvurusunda AIHM, (f) bendinin imkan verdiği tutukluluğun, ancak bu bendde yer alan amaçlara yönelik gerekli kıldığı zaman dilimi için meşru olduğunu, bu nedenle isteyen devlete geri verilmek üzere tutuklanmış bulunan kişinin işlemler gereği ile izah edilemeyecek surette uzun süre tutuklu kalmasının fıkra hükmüne aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>144</sup>

Amuur'un Fransa aleyhindeki şikayetinde ise AIHM, devletlerin yabancıların ülkeye giriş ve ülkede oturma koşullarını serbestçe saptamak hakkına sahip olduğunu ancak, bu hakkın kullanım şeklinin Sözleşme'ye aykırı olmaması gerektiğini karara bağlamıştır.<sup>145</sup>

Ülkeye girişin engellenmesi ve sınır dışı etme tedbirlerine, Sözleşme'nin 4 No'lu ek protokolü ile bazı güvenceler getirilmiştir. Bu protokolün 1. maddesine göre "hiç kimse, yalnızca Sözleşme'den doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle hürriyetinden mahrum edilemez." Burada kastedilen yükümlülük, bir sözleşmeden yani özel hukuk ilişkisinden doğan bir mükellefiyet olduğundan, kamu hukukundan

<sup>142</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *Rehber, Bozano/Fransa kararı*, s.72.

<sup>143</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 208; ayrıca bkz. ÜNAL, s. 132.

<sup>144</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 221.

<sup>145</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 221.

kaynaklanan yükümlülükler (askerlik ve vergi gibi) ile kanundan ya da bir mahkeme kararından doğan (nafaka veya tazmin) yükümlülükler bu hükmün dışındadır. Ayrıca, bu protokolde herkese kendi ülkesi dahil herhangi bir ülkeyi terk etme serbestliği verilmiştir (m.2). Bu hakkın kullanılmasına, hukuka uygun olandan ve demokratik bir toplumdan milli güvenlik veya kamu yararı bakımından, kamu düzeninin korunması, suçların önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması veya başkalarının haklarının ve hürriyetlerin korunması için zaruri olanlardan başka hiçbir sınırlama getirilemeyecektir (m.3). Serbestçe dolaşma özgürlüğüne özel gözetim altında bulundurma tedbiri sonucu bazı kısıtlamalar getirilmesi halinde 4 No'lu protokolün 2. maddesi uygulanır. Mafyanın demokratik toplum için oluşturduğu tehdit göz önüne alındığı zaman, mafya üyesi konusunda alınan bu tedbir kamu düzeninin muhafazası ve suçların önlenmesi için gerekli tedbir niteliğindedir ve dava konusu somut olayda güdülen amaç ile orantılıdır. Bilindiği gibi “Sözleşme'nin hükümleri gereğince mezkur hak ve hürriyetlere yapılan sınırlamalar ancak konuluş gayeleri için uygulanabilirler” (m.18). Genelde bu ölçüt dikkate alınmaktadır.

Diğer yandan, 7 No'lu ek protokol<sup>146</sup> de benzer iyileştirmeler getirmiştir. Buna göre, bir devletin ülkesinde kanuna uygun olarak oturan bir yabancı hukuka uygun olarak alınmış bir kararın icra edilmesi hali dışında, başka herhangi bir nedenle sınır dışı edilemez (m.1). Böyle bir durumla karşılaşan kişiye bu protokol şu hakları tanımıştır: Sınır dışı edilme gerekçelerinin bildirilmesini, durumun yeniden gözden geçirilmesini ve bu amaçla yetkili merciler önünde temsil hakkının verilmesini talep etme hakkı. Ayrıca, AİHS'nin m.5/1-d gereğince bu kimsenin ülkeye izinsiz girmesinin önlenmesi veya hakkında sınır dışı edilme ya da geri verilmesi işlemine maruz kalması nedeniyle yakalanması ve tutuklanması, Sözleşme'nin m.5/4 gereğince yargıca başvurma hakkını doğurur.

## ***2. Türk Hukuk Sistemine Göre***

Anayasamız m.19/3'de hürriyetten yoksun kılınabilecek haller arasında “usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması” durumunu da saymıştır. Bu kişiler gerekli işlemler yapıncaya kadar özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceklerdir. Ayrıca Anayasa m.23/5-6'da vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyetinin sınırlanabileceği

<sup>146</sup> Protokolün metni için bkz. **GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK**, s. 34-38.

haller belirtilmiş ve “...vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz” denilerek bu konudaki haklar güvence altına alınmıştır.

Usulüne aykırı bir şekilde ülkeye girmek isteyen yada haklarında sınır dışı etme veya yabancı ülkeye iade edilme kararı verilen kişileri, polis yakalayabilir. 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun, polise bu yetkiyi vermektedir. Örneğin, memleketi terke davet edildiği süre içinde terk etmeyenlerin sınır dışı edilinceye kadar hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları, keza terke davet edilip de pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye’yi terk edemeyenlerin bakanlıkça gösterilen yerde ikamete mecbur tutulmaları (Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hak. K. 50-5683, m.19, 21, 23).



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKUNA GÖRE YAKALANAN VE TUTUKLANAN KİŞİLERİN HAKLARI

#### I. SUÇ İSNADINDAN HABERDAR EDİLME HAKKI

##### A. Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 5/2. maddesi, yakalanan veya tutuklanan herkese derhal ve anlayacağı bir dille hangi suçla itham edildiği konusunda bilgi verilmesini düzenlemektedir. Bu hükmün amacı Mahkeme'ye göre, muhtemel bir maddi hatayı önlemekten öte, özellikle aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan itiraz hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamaktır. Kişiye tanınan ve kişi güvenliğinin vazgeçilmez unsurunu oluşturan bu güvencenin önemi özellikle suç kovuşturmasında ve polis tarafından gerçekleştirilen gözaltına alma sırasında kendini gösterecektir. Komisyon'a göre yapılacak bildirim içeriği amaçla sınırlıdır; bu nedenle kapsamı da Sözleşme'nin 6/3. maddesinde yer alan savunmanın hazırlanması amaçlı bildirimden farklı ve daha dardır. Ayrıca bu bildirim hiçbir şekle tabii değildir, yani yazılı olarak verilmesi gerekmez. Hükmün uygulanmasında rastlanan bu yumuşaklığa rağmen bildirim içeriği, her özel ve somut duruma göre, amaca, yani Habeas Corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır. Bu hak, yalnız suç işleyenlere değil, herhangi bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese tanınmıştır. Örneğin, bir psikiyatri kurumunda tedavi görmek üzere özgürlüğünden yoksun bırakılan akıl hastaları da bu haktan yararlanır. Kişiye verilecek bilgi, kendisinin neden yakalandığını anlamasını sağlayacak düzeyde olmalıdır.<sup>147</sup>

Öte yandan, metinde geçen, bildirim en kısa zamanda yapılacağını öngören ifade hemen anlamına gelmemekle beraber, sürenin gereksiz ve anormal şekilde uzatılmasına da engeldir. Esasen kısa süre meselesi her somut olayın gösterdiği özelliğe göre değerlendirilecektir.<sup>148</sup> Yani bu bildirim kişinin yakalanması ile eş zamanlı olarak o anda yapılması gerekmemektedir.

<sup>147</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 199.

<sup>148</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 222.

AIHM, bu konuyu Fox, Campbell ve Hartley'in Birleşik Krallık aleyhindeki başvurusunda<sup>149</sup> incelemiştir. Mahkeme, "gözüne alınan bir kimseye 5/2. madde gereği, gözüne alınmasının temel hukuki ve maddi nedenlerinin teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dille söylenmesi gerektiğini, böylece gerekli görüyorsa kişiye 5/4. fıkra göre itiraz edebilme hakkını kullanabilme imkanı tanınmış olması gerektiğini karara bağlamıştır. Ayrıca bu bilgi derhal verilmelidir ama, gözüne alma anında görevli tarafından bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilir verilmediği her bir olayda, olayın kendi özel niteliklerine göre değerlendirilmelidir."<sup>150</sup> Bu olayda da, "Fox ve bayan Campbell 05.02.1986 günü saat:15.40'da karakolda gözüne alınmışlar ve 20.15 ile 22.00 arasında polis bürosunda ayrı ayrı sorgulanmışlardır. Hartley ise, 18.08.1986 günü saat:07.55'de kendi evinde gözüne alınmış ve polis karakoluna götürülerek saat:11.05 ile 12.15 arasında sorgulanmıştır. Bu dava bağlamında, bu birkaç saatlik zamanın Sözleşme'nin 5/2. maddesindeki derhal kavramıyla getirilen sınırın dışına taşıdığı düşünülemez."<sup>151</sup> Bu nedenle Mahkeme, "her üç başvurucu bakımından 5/2. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir."<sup>152</sup>

AIHM'nin Van der Leer/Hollanda kararında başvurucu bir psikiyatri hastanesinde kendi rızası ile tedavi gördüğü sırada, eşinin talebi üzerine bir doktor tarafından düzenlenen rapora dayanan Kanton Mahkemesi, başvurucunun altı ay süreyle hastanede tutulmasına karar vermiştir. Bu mahkeme karar verirken başvurucuyu dinlememiş ve karar başvurucuya tebliğ edilmemiştir. Başurucu bu karardan on gün sonra tek başına kapatıldığını görünce zorunlu olarak tutulduğunu fark etmiştir. Başurucunun avukatı sekiz gün sonra hastane kurulundan başvurucunun taburcu edilmesi için talepte bulunmuş ancak, on gün sonra bu talep reddedilmiştir. Bu talep daha sonra savcılık kanalıyla Lahey bölge mahkemesinin önüne gelmiştir. Bu mahkeme başvurucuyu tedavi eden doktorun dinlenmesi ve belgelerin toplanması için üç duruşma yapmış, ancak bu delilleri toplayamadığı halde başvurucunun tehlikeli olduğuna dair bir kanıt bulunmaması nedeniyle yaklaşık altı ay sonra başvurucunun taburcu edilmesine karar vermiştir. AIHM bu olayda, başvurucunun hastaneye gönüllü olarak yattığını ve kendisinin haberi

<sup>149</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD cilt 2, Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık kararı, s. 22-36.

<sup>150</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık kararı, s. 33, par. 40.

<sup>151</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık kararı, s. 33, par. 42.

<sup>152</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık kararı, s. 33, par. 43.

olmadan mahkeme kararı ile özgürlüğünün kısıtlanmasını Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.<sup>153</sup>

Sözleşme, ayrıca yapılacak bildirimün ilgilinin anladığı bir dilde olması şartını getirmiştir. Burada anlatılmak istenen husus hem anlamasını sağlayacak bir dil hem de olayın hukuki boyutunun açıkça ifadesidir. Komisyonun görüşüne göre, ilave olarak kişiye itham edilen suçü kabul edip etmediğı de sorulmalıdır. Eğer kişi, verilen bilgileri anlayacak veya kavrayacak durumda değilse bu bilgiler avukatı veya yasal temsilcisine verilmelidir. Komisyon, suçluların iadesi çerçevesinde iade edilmek üzere tutuklanan kişiye, sorgusu sırasında yardımcı olmak üzere bir tercüman atanmasının uygun olacağını belirtmiştir.<sup>154</sup>

AİHM, İrlanda'nın İngiltere'yi şikayet ettiği davada İngiltere'nin Sözleşme'yi ihlal ettiğini tespit etmiştir. Olayda, İngiliz askeri polisinin emriyle yakalanan şikayetçilere sadece fevkalade hal kanunu çerçevesinde tutuldukları anlatılmakla yetinilmiş, hangi somut suçla itham edildikleri konusunda bilgi verilmemiştir.<sup>155</sup>

## B. Türk Hukuk Sistemine Göre

Anayasa m.19/4'de "...haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkıncaya kadar bildirilir" denilerek bu hak güvence altına alınmıştır. Bu bildirimün amacı 19. maddenin gerekçesinde "...kişinin iddialara karşı savunmasını mümkün kılmak, aynı zamanda muhtemel maddi hataları (kimlik hatası gibi) önlemektir" biçiminde belirtilmiştir. Yine gerekçede çok önemli bir noktaya işaret edilerek "genel niteliğı nedeniyle, bu hüküm bu madde uyarınca özgürlüğü kısıtlanan herkese uygulanacaktır" denilmektedir. Ayrıca, Anayasamızın 19/6. maddesinde "yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu soruşturmanın kapsamı ve konusunun sakıncalarının gerektirdiğı kesin zorunluluklar dışında yakınlarına derhal bildirilir" denilerek, bu konuda özgürlüğü kısıtlanan kişiye Sözleşme'ye nazaran daha fazla güvence sağlanmıştır. Böyle bir hükmün Anayasaya konulması özellikle ilgili kişinin yakınlarının hak ve hürriyetleri bakımından önem taşımaktadır. Nitekim, bu hükmün amacı madde gerekçesinde "hürriyeti kısıtlanan sanığın durumundan yakınlarına bilgi verilmesi insani bir işlem" olarak değerlendirilmiştir. Ancak, maddede öngörülen, "sorgulamanın kapsamı ve

<sup>153</sup> DOĞRU, *Rehber, Van der Leer/Hollanda kararı*, s. 153.

<sup>154</sup> ÜNAL, s.142.

<sup>155</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-1, İrlanda/İngiltere Kararı*, s. 268, par. 198.

konunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında” şartının yorumunda ciddi sıkıntılar çıkacağı muhakkaktır. Anayasa, yakınlarına bildirim konusunda sakınca bulunması gibi bir engel getirirken, ilgiliye bildirilmesi için herhangi bir kayıt öngörmemiştir. Anayasanın ilgili madde gerekçesinde belirtilen yakınlarına bildirim şartı, hem yakınlarının sıkıntı çekmemesi için hem de kamuoyunda sık sık gündeme getirilen gözaltına alınanların kayboldukları ve intihar ettikleri gibi bazı durumlar açısından da ayrıca bir güvence sayılabilir. Keza, gözaltında ya da tutuklu bulunan kişinin nerede, niçin ve hangi koşullarda bulunduğu yakınlarınca bilinmesi hukuk devleti açısından da önem taşımaktadır. Yakınlarına bildirim birden çok yakına yapılabileceği gibi güvendiği bir kişiye de yapılabilir.<sup>156</sup>

Anayasa'nın açık hükmüne rağmen CMUK'da tutuklama için açık hüküm varken, yakalanana durumun bildirilmesi konusunda bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, CMUK m.135/2'ye göre; polisin şüphelinin ifadesinin alınması sırasında kendisine isnad edilen suçu anlatma mecburiyeti vardır. PYSK m.13/4'de yakalanan kişiye yakalama sebebinin yazılı, mümkün olmazsa sözlü olarak bildirileceği belirtilmiştir. Ayrıca 07.05.1966 gün ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun'un 1/2. maddesine göre; yakalanan kişiye, yakalama sebepleri ve hakkındaki iddiaların bildirilmemesi usulüne uygun olmayan yakalama sayılacak ve tazminata esas olabilecektir. 01.10.1998 tarih ve 23480 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6. maddesine göre yakalanan kişiye “...suç ayırımı gözetilmeksizin yakalanma nedeni bildirilir” denilerek CMUK'daki eksiklik bir anlamda tamamlanmaya çalışılmıştır.

Bildirim şekli ve süresi konusunda, Anayasa hemen ve herhalde yazılı olarak yapılmasını, bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak ve derhal yapılmasını istemektedir. Bildirimin yazılı olarak yapılacağı açıktır. Danışma Meclisi müzakereleri sırasında da asıl olanın yazılı bildirim olduğu Anayasa Komisyonu sözcülerince dile getirilmiştir. Yazılı bildirim hemen yapılamıyorsa önce sözlü daha sonra yazılı bildirim yapılacaktır. Bildirimin kapsamı, yakalama ve tutuklamanın dayandığı sebepler ve yapılan iddiaların neler olduğudur. Anayasa ve PYSK bildirim konusunda “yakınlarına” ifadesini kullandıkları halde, CMUK “yakınlarına” ve “esaslı alakası olan diğer kimselere” (m.107) bildirim yapılabilirdiğinden söz ediyor. Nitekim, CMUK

<sup>156</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 199-202.

m.135/3'de ifade ve sorgulama sırasında kişinin yakınlarından istediğine yakalandığını duyurabileceğinin hatırlatılması gerektiği belirtilmiştir.

Bu üç kanunun ortak birleştiği nokta şüpheliye yakalanmasına esas teşkil eden sebeplerin izah edilmesinin gerektiği hususudur. Fakat, bu üç kanunun net olarak cevap vermediği ve yoruma muhtaç olduğu husus; bu bildirim ne zaman yapılması gerektiği noktasıdır. Anayasamıza göre, suç bir veya iki kişi tarafından işlenmişse bu bildirim derhal yapılması gerekir. Eğer suçlu sayısı ikiden fazla ise bu bildirim hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar yapılabilir. PVSK bu bildirim ne zaman yapılacağı konusunda herhangi bir açıklayıcı bilgi içermemektedir. CMUK ise bu bildirim ifade alma sırasında yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu üç kanun beraber yorumlandığı zaman ortaya şöyle bir durum çıkmaktadır. Yakalanan şahıs, bir veya iki kişi ise yakalama sebebinin derhal yani yakalama anında veya en geç yakalamayı takip eden birkaç saat içerisinde bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim derhal yapılmasa bile her halükarda CMUK m.135'e göre yakalanan şahıs veya şahıslara sorgulama sırasında bu bildirim yapılması gerekir.<sup>157</sup>

Bu hakkın düzenlenmesinde ulusal mevzuatımız bir takım eksiklikler içermektedir.

Birincisi, Anayasa'da belirtilen derhal kelimesinden ne anlaşılması gerektiği CMUK veya PVSK' da ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

İkinci eksiklik, Anayasa ve CMUK'a göre, yakalanan şahıs sayısının ikiden fazla olması halinde şüpheliler yakalanma sebeplerini, sorgulama başlayıncaya kadar öğrenemeyecektir. Şüphelilere esasen yakalanma sebeplerini bildirme hakkının verilmesindeki amaç, yakalama anında yakalanan şahsa, polisin yakalama işlemine itiraz edebilme hakkını vermektir. CMUK m. 128/4'e göre; şüpheli, kendisine işlediği söylenen suçu işlemediğine inanyorsa ve sözlü olarak kolluğa karşı kendisini savunmasına rağmen hala bırakılmazsa kendisi veya yakın akrabaları vasıtasıyla yazılı olarak sulh hakimine müracaat edebilecek, yakalama işleminin hukuka uygunluğunun kontrolünü isteyebilecektir. Ancak, uygulamada yakalanan şahısların sorgulamalarının hemen yapılmadığı, özellikle toplu yakalama ve gözaltılarda sorgulamak için yakalananların saatlerce bazen de günlerce bekletildiği bir gerçektir. Ancak her ne olursa

<sup>157</sup> **ERYILMAZ**, Yeni Türkiye, s. 970; ayrıca bkz. **ERYILMAZ**, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 377.



olsun kolluğa, şüphelilere niçin yakalandığını yakalama anında bildirme mükellefiyetinin yüklenmemesi büyük bir eksiklikler.<sup>158</sup>

Bu noktada AİHS'nin içtihatları gayet net olarak oluşmuştur. Buna göre bütün yakalama sebeplerinin, yakalama anında mümkün olmadığı hallerde en geç 6-7 saat içerisinde şüpheliye bildirilmesi gerekir. Bu noktada Türk hukuku ve uygulaması Sözleşme ile uyum içerisinde değildir.

## II. HEMEN BİR HAKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

### A. Sözleşmeye Göre

Sözleşmenin 5/3. maddesi; 5/1-c maddesine göre yakalanan veya gözaltına alınan herkesin hemen bir yargıç veya adli fonksiyon yapmaya kanunla yetkili kılınmış başka bir memur önüne çıkarılmaya hakkı olduğunu ve tutukluluk durumunun makul süreyi aşmayacağını garanti etmektedir. Bu maddedeki amaç keyfi tutuklamayı önlemektir.

#### 1. Yetkili Adli Makamlar

Burada geçen yargıç kelimesi; bir mahkemeyi veya çeşitli şekiller alabilen, yargısal yetkiye sahip kişiyi ifade eder. Yargıcı ifade eden konumun statüsü belli bir mesleğe ilişkin olduğundan dolayı, yorumunda güçlükle karşılaşılacaktır. Buna karşılık, “adli görevi yapmaya kanunen mezun kılınmış diğer bir memur”<sup>159</sup> deyimini çok daha kapsamlıdır.

AİHM'nin bu konuda verdiği ilk karar Schiesser'in İsviçre aleyhindeki başvurusunda<sup>160</sup> olmuş ve daha sonraki kararlarında, hep bu kararında ortaya koyduğu içtihatlarına atıfta bulunmuştur. Bu olayda, bir İsviçre vatandaşı olan başvuru ağır hırsızlık suçlarından gözaltına alınmış ve 24 saat içinde savcı karşısına çıkarılmıştır. Savcı, başvuru salıverilmesi halinde delilleri karartabileceği tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle başvuru tutuklanmasına karar vermiştir. Başvuru sorgusu yapılırken avukatın bulunmasına izin verilmemiştir. Başvuru tutuklanma kararına karşı iç hukukta yaptığı itirazlar sonuç vermemiştir. AİHM'ye göre, “Sözleşme'nin 5/3.

<sup>158</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 970; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 377.

<sup>159</sup> Bu terim, Sözleşmenin Türkçe çevirisinde bu şekilde yer almıştır. Buna karşılık bazı özel çevirilerde “yasa tarafından kendisine yargısal yetkiler kullanma erki verilen bir başka görevli” şeklinde çevrilmiştir. Örneğin, Mehmet Semih GEMALMAZ, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-2: Nihai Raporlar, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 261.

<sup>160</sup> DOĞRU, Rehber, Schiesser/İsviçre Kararı, s. 21-22.

maddesi anlamında kanunen yargı yetkisine sahip görevli, hakim ile aynı değildir, ancak hakimliğin bazı özelliklerini taşıması gerekir. Özellikle yakalanan kişi açısından hakimın sağladığı gibi güvenceler sağlayacak şartlara haiz olması gerekir. Bu kişide aranacak ilk şart; bu memurun yürütme ve taraflar karşısında tarafsız olmasıdır. Bu, onun herhangi bir hakim veya memurun denetimi altında veya astı olmasına engel değildir, ancak bu üst durumundaki kişinin de yürütme ve taraflar karşısında bağımsız olması gerekir. Böylece, bu niteliğe sahip olmak -yani hiç kimseden emir almamak- kaydıyla davacı ve sorgu yargıçlığı görevlerinin aynı kişilerde toplandığı sistemlerde, bu tür görevlinin davacı (savcı) sıfatıyla hareket etmemesi, yahut etme ihtimalinin mevcut bulunmaması kaydıyla “savcılık” mensupları da bu kavrama sahip olabilecektir. Unutulmamalıdır ki, adli görev yargısal görev ile eş anlamda olmayıp, daha geniş kapsamlı bir kavramdır. İkinci olarak, özgürlüğü kısıtlanmış olup önüne çıkarılan kişiyi bizzat dinlemesi gerekir. Üçüncü olarak ise tutukluluk lehine veya aleyhine olan durumları yargısal kriterlere göre incelemeli ve tutukluluğu gerektiren nedenlerin bulunmaması halinde yakalanan kişiyi serbest bırakma yetkisine sahip olması gerekir. Schiesser/İsviçre olayında tutuklama kararı veren vilayet savcısı aynı olayda daha sonra iddia makamı olarak görev almadığından, AİHM vilayet savcısının 5/3. madde anlamında yargı yetkisine sahip görevli olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.”<sup>161</sup>

De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda olayında;<sup>162</sup> başvuru askerlik görevlerini yaptıkları sırada verilen emirlere inançları nedeniyle itaat etmedikleri için yargıç karşısına çıkarılmadan 7, 11 ve 16 günlük sürelerle tutulmuşlardır. Auditeur-militair’in (askeri adli müşavir veya askeri savcı olarak ifade edilebilir) tavsiyesi üzerine birinci ve ikinci başvuru yargılanmadan askerlik görevlerine son verilmiş, üçüncü başvuru itaatsizlik nedeniyle mahkum edilmiştir. Bu olayda “sanık askerlerin tutuklanmasına karar veren askeri savcının, olayın, askeri mahkemeye sevk edilmesinden sonra aynı davada iddia makamı rolünü üstlenebilmesi konusu tartışılmıştır. AİHM, hazırlık soruşturmasını yürüten askeri savcının, daha sonraki soruşturma aşamasında aynı olayda iddia makamı rolünü üstleneceği önceden bilindiği için, taraflar karşısında bağımsızlık şartını taşımadığını ve bu nedenle de, Sözleşme’nin 5/3. maddesi anlamında yargı yetkisine sahip görevli olmadığı sonucuna varmıştır.”<sup>163</sup> AİHM, aynı kararını Van

<sup>161</sup> TURHAN, s.19.

<sup>162</sup> DOĞRU, *Rehber, De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda Kararı*, s. 47.

<sup>163</sup> TURHAN, s. 22-23.

Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda kararında da yinelemiş ve Hollanda'nın Sözleşme'nin 5/3. maddesini ihlal ettiğini karara bağlamıştır.<sup>164</sup>

Pauwels/Belçika davasında<sup>165</sup> başvuru, Belçika askeri birliklerinde kıdemli yüzbaşı rütbesinde görev yapmış eski bir muvazzaf subaydır. Askeri Mahkeme 02.04.1982 tarihinde başvurucuyu zimmet suçundan dolayı suçlayarak tutuklanmasına karar vermiştir. Daha önce başvuru alan Van Even, tutuklama kararını veren bu heyete de başkanlık etmiştir. Başvuru tutuklandıktan birkaç saat sonra salıverilmesini talep etmiş, ancak Van Even'in başkanlık ettiği Askeri Mahkeme heyeti tutukluluğun hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Başvuru daha sonra Soruşturma Heyetinin ve üyelerinin tarafsızlık ve bağımsızlığa sahip olmadığını belirterek tekrar itirazda bulunmuş ancak, bu itiraz da 22.06.1982 tarihinde reddedilmiştir. Van Even başvurucuya 05.07.1982 tarihinde mahkemede hazır bulunması için celpname çıkarmış ve yargılama sonucunda Pauwels mahkum olmuştur. AİHM bu olayda da askeri yargıda askeri savcılık rolünü üstlenen auditeur-militaire'i yargı yetkisine sahip memur olarak kabul etmeyerek, Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, "Belçika'daki auditeur militaire'nin hiyerarşik olarak önce auditeur general'e daha sonra da Adalet Bakanlığı'na bağlı olduğunu, aynı zamanda hem savcılık makamının bir üyesi ve hem de Soruşturma Heyeti'nin başkanı olarak kendisine verilmiş görevleri yerine getirirken tamamen bağımsız olduğunu kabul etmiştir."<sup>166</sup> Ancak, bu davada ortaya çıkan tek sorun, "Van Even'in aynı davada hem savcı hem de soruşturma komisyonu başkanı sıfatıyla hareket ettiği ve bu durumda tarafsızlık güvencesine sahip olup olmadığıdır"<sup>167</sup> AİHM daha önceki De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda kararında vermiş olduğu içtihadı dayanarak, auditeur militaire'in ilk soruşturma aşamasında taraflardan açıkça bağımsız olamayacağını, çünkü muhakemenin sonraki aşamasında kendisinin taraflardan biri durumuna gelebileceği sonucuna varmıştır. Çünkü, Belçika mevzuatı ile Hollanda mevzuatı bu konuda aynı sistemi getirmiştir. Van Even de bu olayda Askeri Ceza Usul Yasası'nın hükümleri gereğince soruşturma ve savcılık görevlerini birlikte üstlenmiştir ve bu nedenle kendisinin tarafsız olamayacağı açıktır.<sup>168</sup>

<sup>164</sup> DOĞRU, *Rehber, Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda Kararı*, s. 48-49.

<sup>165</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *İHKAD Cilt-2, Pauwels/Belçika Kararı*, s. 7-21.

<sup>166</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-2, Pauwels/Belçika kararı*, s. 18, par. 37.

<sup>167</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-2, Pauwels/Belçika kararı*, s. 18, par. 37.

<sup>168</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-2, Pauwels/Belçika kararı*, s. 18-19, par. 38.

Huber/İsviçre davasında;<sup>169</sup> İsviçre’de ilçe savcısı, bayan Huber hakkındaki davada önce sorgu hakimi olarak görev yapar, daha sonra da doğru ifade vermediği gerekçesiyle savcı sıfatıyla dava açar. AİHM bu olayda, “Zürich vilayet savcısını, taraflar açısından bağımsızlık ve tarafsızlık şartını taşımadığı gerekçesi ile Sözleşme’nin 5/3. maddesi anlamında yargı yetkisine sahip görevli olarak kabul etmemiştir. Mahkeme, savcı yürütme organına karşı bağımsız davranabildiği ve tutuklama kararını verirken başvuruçunun lehine ve aleyhine olan delilleri birlikte değerlendirdiği halde, bu olayda hazırlık soruşturmasına katılarak önce sanığın tutuklanmasına karar verdiği ve daha sonra da soruşturmayı yürütüp iddianameyi hazırlayan savcı olarak görev aldığı için, sanığın Sözleşme’nin aradığı şekilde gecikmeksizin bir hakim önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.”<sup>170</sup>

Özetle, “hazırlık soruşturması sırasında yakalanan sanığın önüne çıkarıldığı ve sanık hakkında tutuklama kararı veren hakim dışındaki görevlinin başka fonksiyonlara sahip olması mümkündür. Ancak, Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrası anlamında “kanunen yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli” olarak kabul edilebilmesi için, sanığı gerektiğinde serbest bırakma yetkisine sahip olması ve hazırlık soruşturması sırasında sanık hakkında tutuklama kararı vermişse, aynı olayın yargılama aşamasında iddia makamı rolünü üstlenmemesi gerekir. Aksi halde bu görevlinin, davaya katılanlar açısından tarafsızlığına şüphe düşeceğinden, sanık açısından Sözleşme’nin 5/3. maddesinde yer alan güvence ihlal edilmiş olur.”<sup>171</sup>

## 2. Gözaltı Süreleri

Sözleşme’nin 5/3. maddesi, bir suç işlediği şüphesiyle yakalanan bir kimsenin hemen bir hakim önüne çıkarılmasını emretmekte, polisteki gözaltı süresini kısıtlamaktadır.

Zamana ilişkin olarak m.5/3’de yer alan “hemen” kelimesi “derhal” anlamında değildir. Deyimin somut olaydaki özelliklere göre değerlendirilmesi, gereksiz gecikmeye yer verilmemesi doğru olur.<sup>172</sup> Sözleşme, hakim önüne çıkarmada süreyi net olarak ortaya koymamıştır. Ancak, AİHK ve AİHM kararlarında verilen içtihatlar doğrultusunda, gözaltı süreleri ile ilgili maksimum sürelere ulaşmak mümkündür.

<sup>169</sup> Mustafa YILDIZ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1998, İstanbul, 256.

<sup>170</sup> TURHAN, s. 20.

<sup>171</sup> TURHAN, s. 21.

<sup>172</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *İrlanda/Birleşik Krallık Kararı*, s. 268-269, par. 199.

AIHM'nin gözaltı süreleriyle ilgili olarak verdiği içtihat niteliğindeki kararlarına konu olan olaylar oldukça fazladır. Çünkü; Sözleşme'nin, 5/3. maddesinin suç nedeniyle yakalanan sanıklara tanıdığı en önemli hak, hemen bir hakim önüne çıkarılarak iddialar hakkında sorgulanmasıdır. Öncelikle yasada, AIHM'nin gözaltı süreleriyle ilgili verdiği kararlar üzerinde duracağız.

Mc Goff/İsveç olayında, İrlanda vatandaşı olan başvuru hakkında uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından kuşkulandığı için İsveç Mahkemesi tarafından 27.11.1977'de yakalama müzekkeresi verilmiştir. Başvuru Hollanda'da yakalandıktan sonra 24.01.1980 tarihinde İsveç'e iade edilir. 8 Şubat tarihinde de yani bu iadede 15 gün sonra yargıç karşısına çıkarılır.<sup>173</sup> "AIHM, sulh ceza mahkemesinin 27.11.1977 tarihinde sanık hakkında tutuklama kararı verirken, onun sorgusunu yapmadan bu kararı verdiğini ve yakalanmasının ise bu karardan iki yıl sonra gerçekleştirdiğini tespit ettikten sonra, aradan geçen süre ve meydana gelen olayların Sözleşme'nin 5/3. maddesindeki garantilerin uygulanmasını engellemediğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, sanığın İsveç'e getirilmesinden 15 gün geçtikten sonra yargıç karşısına çıkarılıp sorgulanmasını, 5/3. maddedeki gecikmeden hakim önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir."<sup>174</sup>

"AIHM'nin, 22.05.1984 tarihli De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda kararında, başvuru askerlik görevlerini yaptıkları sırada verilen emirlere inançları nedeniyle itaat etmedikleri için, yargıç karşısına çıkarılmadan 7, 11 ve 16 günlük sürelerle tutulmuşlardır. Askeri adli müşavirin (auditeur-militaire) tavsiyesi üzerine birinci ve ikinci başvuru yargılanmadan askerlik görevlerine son verilmiş, üçüncü başvuru itaatsizlik nedeniyle mahkum edilmiştir. AIHM, bu olayda sanık askerlerin 7, 11 ve 16 gün komutanın emri ile gözaltında tutulduktan sonra mahkemeye sevk edilmesini gecikmeden hakim önüne çıkarılma hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkeme'ye göre, gecikme sorunu, her olayın özelliklerine göre değerlendirilmeli, askeri hayatın ve askeri yargının özellikleri de dikkate alınmalıdır. Buna rağmen Mahkeme, bu olaydaki süreleri Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Ancak, AIHM bu kararında, askeri yargının hangi zorluklarının olabileceğini belirtmemiştir. Kanımızca Mahkeme, askeri yargının niteliği gereği biraz uzun sürdüğünden hareket etmektedir. Mahkeme'nin bu şekilde askeri yargıya ilişkin bir genelleme yapmasını doğru bulmak

<sup>173</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *Rehber*, Mc Goff/İsveç kararı s. 54.

<sup>174</sup> TURHAN, s. 22.

mümkün değildir. Çünkü, askeri yargıdaki gecikmelerin de neticede, haklı nedenlere dayanması gerekir.”<sup>175</sup>

Yine benzer nitelikteki bir başka olayda, Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda başvurusunda, başvuruçular askerlik görevlerini yaptıkları sırada bazı emirlere inançları gereği itaat etmemişler ve birkaç gün sonra önüne çıkarıldıkları askeri adli müşavir (auditeur-militaire) tarafından tutuklanmalarına karar verilmiştir. Yüksek askeri mahkeme, 11 ve 12 gün sonra önüne getirilen başvuruçuların tutuklanmalarının devamına karar vermiştir. AİHM, bu olayda, askeri adli müşavirin 5/3. madde anlamında yargı yetkisine sahip bir görevli olmadığına ve başvuruçuların yakalandıktan 11 ve 12 gün geçtikten sonra askeri mahkeme önüne çıkarılmalarını 5/3. maddede belirtilen gecikmeden hakim önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>176</sup>

Yine Duinhof ve Duijf/Hollanda kararında; başvuruçular yukarıdaki kararlarda bahsedilen suçtan dolayı soruşturma geçirmişler, 5 ve 3 gün süreyle gözaltında kaldıktan sonra mahkemeye çıkarılmışlardır. AİHM, bu olayda da, başvuruçuların 5 ve 3 gün süreyle gözaltında kaldıktan sonra mahkemeye çıkarılmaları sonucu Sözleşme'nin 5/3. maddesinde garanti altına alınan gecikmeksizin hakim önüne çıkarılma haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>177</sup>

“Koster'in Hollanda aleyhindeki başvurusu da, yine askerlik görevini yerine getirmeyen bir askerin hapsedilmesi ile ilgilidir. Olayda, Hollanda vatandaşı Jacobbus Koster, 11.03.1987 tarihinde mecburi askerlik görevinin icrası ile ilgili olarak yapılan ikazlara rağmen, askeri üniforma giymeyi ve silah taşımayı reddetmiştir. Bunun üzerine Koster, aynı gün saat:15.45'de yakalanarak gözaltına alınır. 16.03.1987 tarihinde de askeri mahkeme önüne çıkarılabilmiş ve tutuklanmasına karar verilmiştir. AİHM'ye göre, gecikmezlik, her bir olayda olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Ancak, gecikmezlik 5/3. maddedeki garantinin özünü zedeleyecek dereceye ulaşamaz.”<sup>178</sup> Mahkeme, “Hollanda hükümetince ileri sürülen, askeri mahkeme üyelerinin o tarihte yapılmakta olan askeri manevraya katılmaları nedeniyle mahkemenin toplanamadığı ve gecikmenin bu nedenle meydana geldiği gerekçesini de haklı bulmamıştır. Çünkü, bu manevralar belli aralıklarla gerçekleşmekte ve yıllık hazırlanan bir plan dahilinde yapılmaktadır. Bu nedenle, bu olayda, askeri makamlar, askeri mahkemenin gecikmeden toplanmasını sağlayabilecek durumdaydılar, hatta gerektiğinde cumartesi ve pazar günü

<sup>175</sup> TURHAN, s. 23; ayrıca bkz. DOĞRU, *Rehber*, s. 470.

<sup>176</sup> DOĞRU, *Rehber*, Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe/Hollanda kararı, s. 48.

<sup>177</sup> DOĞRU, *Rehber*, Duinhof ve Duijf/Hollanda kararı, s. 49.

<sup>178</sup> ÜNAL, s. 144-145.

de toplanarak Sözleşme'nin gereklerini yerine getirebilirlerdi. Sonuç olarak Mahkeme, De Jong, Baljet ve Van Den Brink/ Hollanda kararına atıfta bulunarak, askeri hayatın ve askeri yargının ihtiyaçları da dikkate alınsa bile, sanığın askeri mahkeme önüne çıkarılıncaya kadar geçen 5-6 günlük süreyi Sözleşme'nin 5/3. maddesine aykırı bulmuştur.”<sup>179</sup>

BM Genel Kurulu, 18.11.1994 tarihli kararıyla terörü insan hakları ihlali saymış ve hiçbir biçimde haklı görülemeyecek büyük sayıda kadın, çocuk yada yaşlı masum insanların öldürülmesi, sakat bırakılması sonucunu doğuran şiddet ve terör eylemlerini kınamıştır. Bu bağlamda devletleri ulusal, bölgesel veya uluslar arası terörü reddetmeye ve bu suçları önlemek ve cezalandırmak konusunda işbirliği yapmaya çağırmıştır.<sup>180</sup> BM'in bu kararı AIHM içtihatlarında da etkili olmuş ve gözaltı sürelerine de yansımıştır. Bunun sonucu olarak da AIHM, gözaltı süreleriyle ilgili olarak en önemli kararlarını terör suçlarıyla ilgili olan olaylarda vermiştir. Bu konuda da en önemli ve diğer kararlarında sıklıkla atıfta bulunduğu kararı ise, Brogan ve diğerleri/İngiltere kararıdır.<sup>181</sup> Bu olayda başvurucular, Kuzey İrlanda'daki terörist faaliyetleri önlemek amacıyla yürürlüğe konmuş olan 1984 tarihli Terörizmin Önlenmesi Hakkındaki Kanun'un 12. maddesine istinaden, gözaltına alınırlar. Başvurucular, terör faaliyetlerine katılmak, teşvik veya yardım etmekten şüphelidirler. Başvurucular, yargıç karşısına çıkarılmadan ve haklarında herhangi bir suç isnadında bulunulmadan salıverilmişlerdir. Terence Brogan 5 gün 11 saat, Dermót Coyle 6 gün 16,5 saat, William Mc Fadden 4 gün 6 saat ve Michael Tracey 4 gün 11 saat süreyle gözaltında tutulmuşlardır. “AIHM'ye göre, suç şüphesiyle yakalanan kişi derhal salıverilmediği takdirde, hemen hakim veya yargı yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılması gerekir. Buradaki gecikmezlik, her olayın kendine özgü şartları dikkate alınarak değerlendirilmekle birlikte, bu şartlara atfedilecek önem, hiçbir zaman 5/3. maddede güvence altına alınan hakkın özünü zedeler şekilde anlaşılabilir. Terör suçlarının kendine mahsus zor soruşturma özelliği, soruşturma makamlarını diğer suçlara kıyasla büyük problemlerle karşı karşıya bıraksa bile, 5. maddenin sağladığı kesin garantilerden çok az bir oranda uzaklaşılabilir. Çünkü, gecikmezlik kavramının yorumlanması ve uygulanmasındaki esnekliğin kapsamı son derece sınırlıdır.”<sup>182</sup> Olayda, Hükümet, sürenin kötüye kullanılmaması için gözaltı kararlarının Bakan tarafından denetlendiğini, bu konuda Parlamento'nun sürekli gözetim

<sup>179</sup> TURHAN, s. 24.

<sup>180</sup> AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları*, s. 101.

<sup>181</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, *Rehber, Brogan ve diğerleri/İngiltere Kararı*, s.118.

<sup>182</sup> TURHAN, s. 25.

yaptığını, ayrıca bağımsız kişilere de inceleme yaptırıldığını AİHM'ye bildirmişti. Ancak, Mahkeme, denetimin varolmasının gözaltı süresinin uzamasını haklı kılmayacağı sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme, Hükümet'in, olayın terörizmle bağlantılı olması nedeniyle tahkikat açısından güçlük arz ettiği şeklindeki savunmasına rağmen, bu olayda geçen en az gözaltı süresi olan 4 gün 6 saatlik süreyi, Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlali olarak görmüştür.<sup>183</sup>

“İngiltere, Brogan ve diğerleri davasından mahkum olunca, hemen terör olaylarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvenceleri askıya aldığını Avrupa Konseyi'ne bildirilmiştir, bu bildirimden sonra yapılan ilk başvuru olan Brannigan ve Mc Bride/İngiltere davasında, AİHM, İngiltere'nin Sözleşme'nin 15. maddesine dayanarak 5. maddedeki garantileri askıya almasının geçerli olup olmadığını tartışmıştır.”<sup>184</sup> Olayda, Peter Brannigan 09.01.1969'da saat:06.30'da Kuzey İrlanda'da 1984 tarihli terörün önlenmesi hakkındaki yasa gereğince teröre karışma şüphesi ile yakalanmış ve burada kendisine hemen “Gözaltına Alınanların Haklarına Dair Belge” tebliğ edilmiştir. 10.01.1989'da saat:19.30'da gözaltı süresi Bakan kararıyla 2 gün uzatılmıştır. Bu sürenin sonunda aynı şekilde 3 günlük bir uzatma kararı daha verilmiştir. Patrick Mc Bride 05.01.1989'da saat:05.05'de gözaltına alınmış, birinci başvurucuya yapılan gözaltına alma işlemleri yapıldıktan sonra, başvurucu toplam 4 gün, 6 saat, 25 dakika gözaltında tutulduktan sonra salıverilmiştir. Her iki başvurucu da yargıç karşısına çıkarılmadan salıverilmiştir. Az önce de belirttiğimiz gibi, İngiltere Hükümeti, 23.12.1988'de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne başvurarak, Sözleşme'nin 15. maddesine göre, hakları askıya alma hakkını kullandığını bildirmiştir. Askıya alınan haklar, 1984 tarihli terörün önlenmesi hakkındaki yasanın tanıdığı yetkilerin kullanılmasına ilişkin olup, özellikle Sözleşme'nin 5/3. maddesi bakımından bu maddenin çerçevesini aşar nitelik taşımaktadır. AİHM bu dava ile ilgili kararında, olağanüstü hal gereklerini takdir etmenin otoritelere düştüğünü, denetimin bu durumun sınırları bakımından yapıldığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, denetim, olağanüstü yetkilerin dokunduğu hakların niteliği, olağanüstü yetkilerin süresi ve buna yol açan nedenler bakımından yapılmaktadır.<sup>185</sup> Sonuç olarak, Mahkeme, “bu olayda İngiltere'nin,

<sup>183</sup> Tekin AKILLIOĞLU, “Terör ve İnsan Hakları”, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu, 16-18.06.1995, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996. s. 155-156; ÜNAL, s. 144.

<sup>184</sup> TURHAN, s.25.

<sup>185</sup> DOĞRU, *Rehber*, Brannigan ve Mc Bride/İngiltere kararı, s. 350-351; AKILLIOĞLU, *Terör ve İnsan Hakları*, s. 158-159. Aynı karara 01.07.1961 tarihli *Lawless/İrlanda davasında* ve 30.08.1990 tarihli *Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere davalarında* da rastlamaktayız.



Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı aldığı tedbirlerin, 15. maddeye göre “durumun gerektirdiği ölçüde” yani Kuzey İrlanda'daki terör eylemlerinin boyutları ve sonuçları ile ilgili olarak Mahkeme'ye sunulan belgelere göre, bölgede olağanüstü bir durumun söz konusu olduğunu kabul ederek, başvurucuların bu nedenle 5. maddenin 3. fıkrasının ihlalini ileri süremeyeceklerine hükmetmiştir.”<sup>186</sup>

AIHM'ye intikal eden olayları genel olarak değerlendirecek olursak; Mahkeme, terör olaylarında bile 4 gün 6 saatlik süreyi uzun bulmuştur. Ancak, hakların, Sözleşme'nin 15. maddesine istinaden askıya alındığı yerlerdeki gözaltı sürelerinde biraz daha esnek davranmıştır. Ancak, bu süreler “durumun gerektirdiği ölçüde” uzun olmalıdır. Soruşturmasındaki zorluklar nedeniyle terör suçlarında dahi, 4 gün 6 saatlik gözaltı süresi Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlali sonucunu doğuruyorsa, adi suçlarda bu süre çok daha kısa olmalıdır.

## **B. Türk Hukuk Sistemine Göre**

### ***1. Yetkili Adli Makamlar***

Yakalanan kişinin en önemli haklarından birisi de, hakim önüne çıkarılmaktır. Burada amaç, yakalananı en kısa zamanda bağımsız ve tarafsız hakim güvencesine kavuşturmadır.

Anayasa m. 19/6'ya göre “yakalanan veya tutuklanan kişi...hakim önüne çıkarılır” denilerek, tutuklama kararını vermeye yetkili makam Anayasamızca belirlenmiştir.

Yine CMUK m.128/1'de “yakalanan şahıs bırakılmazsa...sulh hakimi önüne çıkarılır” denerek, Usul Hukukumuz'da da yargılamaya yetkili adli makam sulh hakimi olarak belirtilmiştir. CMUK m. 106/1'de, sanığın tutuklanmasına ancak hakimin karar verebileceği belirtilmiştir.

AIHS m.5/3'de yargılamaya yetkili kişide bulunması gereken çeşitli özellikler olması gerektiği belirtilmiştir. Bu özelliklerden bir tanesi, bu kişinin bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli olmasıdır.

Sözleşme, ayrıca, yargıcın haricinde “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” den bahsetmektedir. AIHM'nin Schiesser/İsviçre, De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda ve Pauwels/Belçika kararlarında da belirtildiği gibi, tutuklama

<sup>186</sup> TURHAN, s. 25.

kararının her farklı aşamasında yetkili adli makam farklı olmalıdır ki, yargılamanın her bir aşaması birbirinden tarafsız ve bağımsız bir şekilde adilce yürütülebilsin. Bu nedenle, ulusal hukukumuzda, tutuklama kararını vermek yetkisi genel ceza muhakemesinde dava açılmadan önce, yani hazırlık soruşturmasında sulh ceza yargıcına aittir (CMUK m.125). Tutuklama kararını almak bakımından yetkili sulh ceza yargıcı suçun işlendiği veya sanığın yakalandığı yer sulh ceza yargıcısıdır. Ancak yetkili yargıçtan tutuklama kararının alınması fiilen veya hukuken olanaksız bulunursa, yetkili yargıcın mensubu olduğu ağır ceza mahkemesindeki sulh yargıcı da yetkilidir (CMUK m.125). Ceza davası açıldıktan sonra, yani son soruşturmada yetki mahkemeye aittir; ancak acele durumlarda mahkeme başkanı da bu yetkiye sahiptir. Temyiz aşamasında tutuklamaya karar verme yetkisi son soruşturmada olduğu gibidir. Askeri yargıda, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 69. maddesine göre, sanığın tutuklanması kararını askeri mahkeme verir.<sup>187</sup>

CMUK m. 109/1'e göre, zanlı yetkili hakim önüne çıkarılamazsa, aynı süre içinde tutulma yerine en yakın sulh hakimi önüne çıkartılır. En yakın hakim en çabuk ulaşılabilen hakim olarak anlaşılmalıdır. Ancak, bu hakim, tutuklama kararı bakımından yetkisiz bir hakim olduğu için, dosyayı ve olayın ayrıntılarını bilemez. Bu nedenle tutuklanan sanığı serbest bırakamaz, sadece tutuklama müzekkeresi geri alınmışsa sanığı serbest bırakabilir (m.109/2). Yetkisiz en yakın hakime çıkarılan kişinin yapılan kimlik tespitinden, tutuklama müzekkeresi ile aranan kişi olduğu anlaşılırsa, bu hakim sanığın özgürlüğünü, yetkili mahkemeye götürülmesi için yeterli bir süre kadar kısıtlar.<sup>188</sup>

Sözleşme'ye göre, tutuklamaya karar veren adli makamın aynı zamanda salıverme yetkisine de sahip olması gerekir. CMUK m. 128/3'de "sulh hakimi yakalamayı gerektiren bir hal görmez veya yakalama sebepleri ortadan kalkmış bulunursa yakalanan şahsın bırakılmasına karar verir" denilerek, sulh hakiminin aynı zamanda salıverme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Sözleşme'nin yargıç ve adli makamlarda bulunmasını istediği bir başka önemli özellik de yargı bağımsızlığıdır. Yargı bağımsızlığı, mahkemelerin kurum olarak ve kuruluşun unsuru durumunda olan hakimlerin hiçbir organ ve makama bağlı olmadan, hiçbir organ ve makamdan emir ve talimat almadan, görevi ile ilgili kendilerine, hiçbir

<sup>187</sup> KESKİN, s. 79-80.

<sup>188</sup> YENİSEY, *Hazırlık*, s. 167.

telkin ve tavsiye yapılmadan ve genelge gönderilmeden, faaliyetlerini özgür bir şekilde yalnızca anayasaya, yasaya, hukuka ve vicdani kanaatlerine uygun yapmasını ifade eder.

Yargı ve hakim üzerinde baskı yapabilecek en büyük güç önce devlettir. Devlet, bu baskıyı resmi olarak diğer organları aracılığı ile yapabilir. Bu nedenle yargı ve hakimlerin; yasama, yürütme ve hatta bizzat yargı organına karşı da korunması gerekir.

Yargı bağımsızlığını düzenleyen Anayasa'nın 138. maddesinin 2. fıkrasının "hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz" şeklindeki hükmü; yargıya karşı olabilecek her türlü dış baskıyı reddetmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrası, "görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz" demek suretiyle, Yasama erkinin her türlü baskısını reddetmiştir. Bu da ancak, yasama tarafından yargıya emir ve talimat verilmemesi, yargının rahat çalışması için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, bütçeden gerekli maddi olanakların sunulması ile mümkündür.

Yine m.138/4'de ise, "yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" diyerek hukuk devleti ilkesinin en önemli unsuru olan devletin hukuka bağlanması prensibini açık olarak kabul etmektedir.

Yargı bağımsızlığının, kişiler için güvence sağlayabilmesinin bir gereği de, tabii hakim ilkesinin geçerli olmasıdır. Tabii hakim ilkesi, uyuşmazlığı çözecek mahkemenin, o uyuşmazlığın çıkmasından önce belli ve mevcut olmasıdır. Anayasa'nın 37. maddesine göre, "hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

Anayasa, yukarıda belirtilen hususlarıyla yargı bağımsızlığını belirtmiştir. Ancak, hukuk devletinin temel prensibi sayılan yargı bağımsızlığını zayıflatan bir takım düzenlemelerin de 1982 Anayasası'nda yer aldığı görülmektedir. Örneğin; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığı'na, idarenin unsuru sayılan Adalet Bakanı'nın başkanlık etmesi, yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca, Bakan Müsteşarı'nın kurula üye yapılması, hakim adaylarının Adalet Bakanlığı'nca atanması, yüksek yargı organı üyelerinin cumhurbaşkanınca seçilmesi, Adalet Bakanı'na bağlı Adalet

Müfettişleri'nin Bakan adına hakim ve savcıların ve bunların kararlarını denetlemesi gibi hususlar yargı bağımsızlığını zedelemektedir.<sup>189</sup>

HSYK, Adalet Bakanı'nın başkanı olduğu, bakanlık müsteşarının doğal üyesi bulunduğu ve ayrıca Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının göstereceği 3 katı aday arasından cumhurbaşkanınca seçilen 5 yargıçla birlikte 7 asil üyeden oluşmaktadır. Adalet Bakanı ve müsteşarının kurulun içinde yer alması başlı başına yürütmenin yargıya doğrudan müdahalesi niteliğindedir. Diğer yandan, kurulun diğer 5 asil üyesinin de cumhurbaşkanınca seçilecek olması kurulun bağımsızlığını açıkça zedeleyen diğer önemli bir olgudur. Ayrıca, HSYK'nun kendisine ait bir çalışma binası, sekreteryası ve bütçesi bulunmamaktadır. Kendisi bağımsız ve tarafsız olmayan bir kurulun tasarruflarıyla atanan yargıç ve savcılar, bağımsızlık ve tarafsızlık için yeterli güvencelerinin olduğu tabii ki söylenemez.<sup>190</sup>

357 sayılı Askeri Yargıçlar Yasası'nın Ek-8. maddesine göre, DGM'lere atanacak askeri yargıç ve savcılar; Genelkurmay Personel Başkanı, Adli Müşaviri ile atanacakların mensup olduğu kuvvet komutanlığının personel başkanı ile adli müşaviri ve Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanı'ndan oluşan 5 kişilik kurul belirler ve atar. Tüm bu düzenlemeler, elbette ki, yargıçlık güvencesine, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerine aykırıdır. Nitekim, Askeri Yargıtay Başkanlığı'nın başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi 1974 yılında verdiği kararında; askeri yargıtayın bir yüksek mahkeme değilmiş de olağan bir askeri birlikmiş ve burada görevli bulunanlar, hakimlik sıfatları bir yana bırakılarak yalnızca subay yönleriyle ele alınıyormuş gibi bir durum oluştuğunu belirtmiştir. Bunun da Askeri Yargıtay'ın bağımsızlığına, hakimlerin teminatına söz getirecek, üstelik bunların zedelenmesine yol açacak bir yöntem olduğunu dile getirmiştir. Anlaşıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi kararına göre, DGM'lere atanacak askeri yargıç ve savcılar, işte yargıçlık güvencesine, bağımsızlığına sahip olmadan gelen bu askeri yargıç ve savcılar arasından gelmektedir.<sup>191</sup>

Bütün bu anlatılan somut düzenlemeler ve olgular karşısında, DGM'lerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerine uygun ve yargıçlık güvencesine sahip olağan mahkemeler olarak nitelendirilmesi pek tabii ki düşünülemez.

<sup>189</sup> GÜNEŞ, s. 148-153.

<sup>190</sup> Akın ATALAY, "Türkiye'de Terör Suçlarını Yargılayan Mahkemeler", Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu (16-18.06.1995), Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 284.

<sup>191</sup> ATALAY, s. 287.

Sıkıyönetim ve savaş halinde terör suçlarını yargılayacak olan Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri'nde, ayrıca yargıçlıkla iğisi olmayan kıta subaylarının da mahkeme heyetinde yer alması, ortaya çıkan kurumun adının her şey olabileceğini, ama asla bir mahkeme olarak nitelenemeyeceğini göstermektedir.<sup>192</sup>

ATALAY, 1988 yılında Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yaşadığı bir olayı şöyle aktarmaktadır. Avukatlığını yaptığı sanıklardan birisi, savunmasını yaparken kürsüdeki yargıçlara şöyle seslenir: “Sayın Yargıçlar, (Bu sırada eliyle kürsünün arkasındaki duvarda bulunan DGM'nin amblemini göstererek) Ben süngünün üzerinde duran adalete inanmam, ama insanlara olan umudumu koruyorum” o anda duruşma salonunda bulunan herkes, sanığın eliyle işaret ettiği ambleme bakmaya başlar. ATALAY, daha önce de bu mahkemelerde birçok davaya girdiğini, ancak DGM'nin amblemine hiç dikkat etmediğini belirtmiştir. Amblem, üniformalı iki askerin tüfeklerinin ucundaki süngü üzerinde duran adalet terazisini simgeliyordu.<sup>193</sup>

Sonuç olarak, Türkiye'de terör suçlarını yargılayan mahkemeler olan DGM ve Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri gerek Anayasa'da ve gerekse uluslararası insan hakları sözleşmelerinde güvenceye alınan, herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı ile bağdaşması mümkün olmayan kuruluşlardır. Kuruluş ve işleyişleri göstermiştir ki, DGM'ler ve Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri temel insan hak ve özgürlükleri için tehlikeli ve engelleyici birer yapıdadırlar.

## 2. Gözaltı Süreleri

Daha önce de belirtildiği gibi, adli amaçlı yakalamanın şüphelinin mahkeme huzuruna çıkarılması amacıyla yapılması gerekir. Bu, kolluk açısından bir mükellefiyet şüpheli açısından da bir haktır. Şüphelinin mahkeme huzuruna çıkarılması amacıyla yakalanmasının gerekmesi, kolluğun keyfi yakalamaya başvurmasını engeller. Özellikle suçsuz olduğuna inanan şahısların, suçsuzluğunu ispat edebilmesi için bir an önce mahkemeye çıkarılması ve mahkemenin kararı önem arz eder.

Kanunlarımızda, gözaltı sürelerinin düzenlenmesinde dikkate alınan kıstas; suç işleyen şahıs sayısı ve suçun DGM kapsamına girip girmediğidir.

Anayasa'nın 19/5. maddesine göre, “yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç 48 saat ve toplu

<sup>192</sup> ATALAY, s. 287.

<sup>193</sup> ATALAY, s. 287.

olarak işlenen suçlarda en çok 15 gün içinde hakim önüne çıkarılır; kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.” görüldüğü gibi Anayasa, gözaltı süreleriyle ilgili maksimum süreleri belirtmiştir.

En son yapılan değişikliklerden sonra gözaltı süreleri şu şekilde düzenlenmiştir.

Bir veya iki kişi tarafından suç işlenmesi halinde şüpheli;

- Yol hariç 24 saat içinde yakalama yerine en yakın sulh hakimi önüne (CMUK m.128/1)
- DGM kapsamına giren suçlarda ise yol hariç 48 saat içinde DGM önüne çıkarılır. (DGMK/97-4229 sayılı kanun m.16/1)

Üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte toplu suç işlenmesi halinde şüpheli;

- Delil toplamasındaki güçlük, fail sayısının çokluğu ve benzeri sebeplerle Cumhuriyet Savcısı tarafından yazılı emir verilmek suretiyle sanıkların sulh hakimi önüne çıkarılmaları 4 güne kadar uzatılabilir (CMUK m.128/2).
- 4 günlük uzatmaya rağmen soruşturma tamamlanamazsa Cumhuriyet Savcısı'nın talebi sulh hakiminin kararı ile sanıkların hakim önüne çıkarılmaları 7 güne kadar geciktirilebilir (CMUK m.128/2).
- DGM kapsamına giren suçlarda, delil toplanmasındaki güçlük ve fail sayısının çokluğu gibi nedenlerle Cumhuriyet Savcısı, 4 güne kadar şüphelinin tutulmasına karar verebilir. Soruşturma bu sürede de sonuçlandırılmazsa, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi ve hakim kararı ile süre 7 güne kadar uzatılabilir (DGMK/97-4229 sayılı kanun m.16/1-2).
- Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan veya tutuklanan kişiler, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi ve hakim kararıyla 10 güne kadar tutulabilirler (DGMK/97-4229 sayılı kanun m.16/3).

Meşhut Suçların Muhkeme Usulü Kanunu ağır cezalı suçlarda savcıya soruşturma yapmak ve sanığı hakim önüne çıkartmak bakımından 3 günlük bir süre tanımıştır (MSMUK m.4/son).

Ağır ceza dışında kalan meşhut cürümlerde, kolluk sanığı aynı gün tutanakla birlikte savcıya teslim eder (MSMUK m.4).

Ancak, uygulamada meşhut bir suça rastlayan polis olayın faillerini bir tutanakla savcılık makamına intikal ettirdiğinde, dosyanın geri kalanının tamamlanması açısından savcıya çok fazla yük düştüğü için savcı soruşturmaya devam etmemekte, sanıkların

ifadelerini bile almamakta, ifadelerin alınması ve evraklarının tamamlanması için dosyayı ve sanıkları geri göndermektedir.

Askeri yargıda tutuklanmasına karar verilen şüpheli yol süresi hariç 48 saat içinde askeri mahkeme önüne çıkarılır (AskMKYUK m.72). Üç veya daha fazla kişinin katılımıyla işlenen suçlarda şüpheliler en geç 7 gün içinde yargıç önüne çıkarılmalıdırlar (AskMKYUK m.72).

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 15. maddesine göre, sıkıyönetim komutanı yakalanan şüphelileri hakim önüne çıkarmadan 15 gün süreyle gözaltında tutabilir. Ancak, delillerin araştırılıp tespiti uzun süre almışsa, şüpheliler bu süre içinde hakim önüne çıkarılmamışsa, komutan bu süreyi 30 güne kadar uzatabilir. Mevcut mevzuatımızda yer alan en son düzenlemelerle ülkemizdeki gözaltı sürelerini ortaya koyduktan sonra, şimdi de Türkiye aleyhine AIHM'ne yapılan başvuruları Sözleşme'nin 5/3. maddesine göre inceleyelim.

Sakık ve Diğerleri/Türkiye<sup>194</sup> davasında; başvuruçular 20.11.1991 seçimlerinde Halkın Emegi Partisinden milletvekili seçilmişlerdir. Partinin Anayasa Mahkemesi tarafından 14.08.1993 tarihinde kapatılmasından sonra, Ankara DGM Başsavcılığı'na yapılan başvuru üzerine T.B.M.M. tarafından 02.03.1994 tarihinde Sakık, Alınak, Türk, Dicle, Doğan ve Zana'nın milletvekili dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. DGM Savcısı'nın emri üzerine Dicle ve Doğan aynı gün, Sakık, Alınak, Türk ve Zana ise 04.03.1994 tarihinde polis tarafından gözaltına alınmışlardır. Sakık, Alınak, Türk ve Zana 12 gün, Dicle ve Doğan ise 14 gün gözaltında kaldıktan sonra tutuklanmışlardır.

“Türk Hükümeti, AIHS'nin 15. maddesine dayanarak 5. maddeden doğan yükümlülüklerini askıya aldığı bu nedenle de gözaltı sürelerinin 5. maddeyi ihlal etmediğini, davadaki olayların, olağanüstü hal ilan edilmiş bulunan Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi sınırları içinden yönlendirilen terör olaylarının uzantısı niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. AIHM ise, olağanüstü hal kararnameleri ile getirilen kısıtlamaların sadece olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde geçerli olduğunu ve Ankara'nın bu bölge kapsamında olmadığını, başvuruçuların ise, Ankara'da gözaltına

<sup>194</sup> **İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (1997)**, *Sakık ve diğerleri/Türkiye Kararı*, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1998, s. 77-88; **Durmuş TEZCAN**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk”, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu (06-08.05.1998), Polis Akademisi, Ankara, s. 190.

alındığını, Türkiye'nin yapmış olduğu sınırlamanın olaya uygulanamayacağını belirterek, Türkiye'nin itirazlarını kabul etmemiştir.”<sup>195</sup>

Hükümet gözaltı sürelerinin uzunluğunu, PKK terörünün özellik ve ağırlığı, Avrupa'daki diğer terör olaylarıyla kıyaslanamayacak kadar ciddi ve yakın tehdit oluşturduğu sanıklar ile PKK arasındaki işbirliğini doğrulayıcı delillerin toplanmasının zaman aldığı gerekçesi ile savunmuştur. AİHM, Brogan ve diğerleri/İngiltere kararına gönderme yaparak, terör suçlarının kovuşturulmasında güçlükler olduğunu, ancak bu durumun, kovuşturma makamlarının terör suçlarıyla ilgili her olayda 5. maddenin soruşturma makamlarına bu anlamda bir fırsat verdiği anlamına gelmediğini belirterek, Brogan ve diğerleri/İngiltere kararındaki 4 gün 6 saatlik süre göz önüne alınacak olursa 12 ve 14 günlük sürelerin terörle bağlantılı olaylarda bile çok uzun olduğunu ve bu nedenle Sözleşme'nin 5/3. maddesinde güvence altına alınan “gecikmeden hakim önüne çıkarma hakkının” ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM'nin Brannigan ve Mc Bride/İngiltere olayında, İngiltere'nin Sözleşme'nin 15. maddesine dayanarak 5. maddeyi askıya almasını kabul etmesine rağmen, benzer durumda olan Sakık ve diğerleri/Türkiye davasında bunu kabul etmemiştir. Bu bir anlamda, Türkiye'nin olağanüstü hal düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü, Türkiye'deki olağanüstü hal uygulaması Güneydoğu'daki bir kısım illeri kapsamaktaydı. Bu olayda ise, başvurucular Ankara'da yakalanmışlardır. Mahkeme, 15. maddeye dayandırılan gerekçelerde Ankara'nın söz konusu olmadığını belirtmiştir. 12 ve 14 günlük süreler ise, o tarihte DGM'nin görev alanına giren suçlar açısından Türk Hukuku'na uygundu. Ancak, Ankara DGM Savcılığının bu süreyi sonuna kadar kullanmasının hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Çünkü, savcılık sanıklar gözaltına alınmadan önce gerekli delilleri toplamış, sanıkların suç işledikleri yönünde elinde yeterli deliller olduğu için TBMM'den dokunulmazlığın kaldırılmasını talep etmiş ve bu talepten iki yıl geçtikten sonra sanıklar gözaltına alınmıştır. Sanıklar gözaltına alındığında ise onların ifadesi dışındaki diğer delillerin kovuşturma makamlarının elinde bulunması gerekiyordu. Bu nedenle sanıkların sorgusu için bu kadar uzun süre hakim önüne çıkarılmadan gözaltında bulundurulmasının haklı bir nedeni bulunmadığı için Mahkeme'nin kararı isabetlidir.

<sup>195</sup> TURHAN, s. 25.



AİHM önüne intikal eden Aksoy/Türkiye davasında,<sup>196</sup> başvuru Zeki Aksoy, Mardin'in Kızıltepe ilçesinde yaşayan bir demir işçisidir. Başvuru, 24.11.1992 günü saat: 23.00'de kendisini yasadışı PKK terör örgütü üyesi olarak tespit eden bir tanığın beyanı üzerine Mardin Emniyet Müdürlüğü'nce gözaltına alınmıştır. Türk Hükümeti ise başvuru kişinin 13 kişi ile birlikte yasadışı PKK terör örgütüne yardım ve yataklık yapmak, yasadışı PKK'nın Kızıltepe kolu üyesi olmak ve bildirimlerini dağıtmak şüphesiyle 26.11.1992 günü saat:08.30'da gözaltına alındığını ileri sürmüştür. Aksoy, 10.12.1992 tarihinde Mardin Cumhuriyet Savcılığı'na çıkarıldıktan sonra serbest bırakılmıştır.

AİHK, "başvuru kişinin en az 14 gün hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulduğunu"<sup>197</sup> tespit etmiştir. Mahkeme, "Brogan ve diğerleri/İngiltere kararında verdiği, 4 gün 6 saatlik gözaltı süresinin 5/3. maddeyi ihlal ettiğine dair içtihadını yineleyerek bu olayda başvuru kişinin hakim karşısına çıkartılmadan 14 gün ve daha fazla gözaltında tutulmasını, 5/3. maddede güvence altına alınan hakkın çok ağır bir ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir."<sup>198</sup>

Türk Hükümeti, Türkiye'nin 05.05.1992 tarihinde Sözleşme'nin 5. maddesindeki yükümlülüklerini azalttığını belirtmiştir.<sup>199</sup> Ancak Mahkeme, Brannigan ve Mc Bride/İngiltere davasında verdiği "İngiltere Hükümeti'nin Sözleşme'nin 5. maddesindeki yükümlülüklerinde azaltma yaparak, terör suçlarından zanlı kişileri yargısal denetime tabi olmaksızın 7 güne kadar gözaltında tutmasında takdir alanının aşılmasına" dair kararını hatırlatmıştır. "Bu davada ise, başvuru, bir hakim veya diğer bir görevlinin önüne çıkarılmaksızın, en az 14 gün gözaltında tutulmuştur." Mahkeme'ye göre "Türk Hükümeti bu tedbiri, dışarıdan destek alan bir terör örgütüyle geniş bir coğrafi alanda mücadele etmek zorunda olan polislerin yaptığı soruşturmadaki özel ihtiyaçlarını ileri sürerek haklı göstermeye çalışmıştır."<sup>200</sup>

Mahkeme daha önceki Brogan ve diğerleri/İngiltere kararına da atıfta bulunarak, terör suçlarının soruşturulmasının, yetkililer bakımından özel problemler doğurduğu görüşünde olmasına rağmen, yargısal denetime tabi olmaksızın bir kimsenin 14 gün gözaltında tutulmasını kabul etmemektedir.<sup>201</sup> Ayrıca, Brannigan ve Mc Bride/İngiltere

<sup>196</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Aksoy/Türkiye kararı*, s. 236-262.

<sup>197</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Aksoy/Türkiye kararı*, s. 238, par. 23.

<sup>198</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Aksoy/Türkiye kararı*, s. 250, par. 66.

<sup>199</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Aksoy/Türkiye kararı*, s. 241, par. 33.

<sup>200</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Aksoy/Türkiye kararı*, s. 253, par. 77.

<sup>201</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Aksoy/Türkiye kararı*, s. 253, par. 78.

olayında, 7 gün gözaltında tutulan başvurucuya gözaltının hukukilik denetimi, gözaltına alındıktan 48 saat sonra avukatla görüşme hakkı, yakını ile görüşme ve bir doktora ulaşma imkanı sağlanmış olmasına karşılık, Aksoy gözaltındayken bu hakların hiç birisinden yararlandırılmamıştır.<sup>202</sup> Tüm bu nedenlerle Mahkeme, bu olayda Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>203</sup>

“Ancak, hemen belirtelim ki, 1997 yılında 4229 sayılı kanun ile DGM'nin görev alanına giren suçlarda gözaltına ilişkin üst sınırın 10 güne indirilmesi ve 4 günden sonraki gözaltı sürelerinde uzatmanın hakim kararıyla olması ve uzatma kararından itibaren avukatı ile görüşme imkanı getirilmesi şeklindeki tedbirlerin Brannigan ve Mc Bride/İngiltere olayında AIHM'nin belirttiği tedbirlerin gerisinde kalmaktadır.<sup>204</sup>

Demir ve diğerleri/Türkiye kararında,<sup>205</sup> olay şu şekilde gelişmiştir: Başvurucuların da içinde bulunduğu 30 kişi Diyarbakır DGM Savcısının talimatları doğrultusunda Ocak ve Şubat 1993 tarihinde gözaltına alınarak tutuklanmışlardır. Başvuruculardan Hüseyin Demir 22 Ocak, Faik Kaplan ve Şükrü Süsin ise 28.01.1993 tarihinde güvenlik güçlerince yakalanarak gözaltına alındıklarını iddia etmişlerdir. Türk Hükümeti ise Demir ve Süsin'in 26 Ocak, Kaplan'ın ise 30.01.1993 tarihinde gözaltına alındıklarını ileri sürmüştür. 15.02.1993 tarihinde Kaplan, 18 Şubat tarihinde ise Demir ve Süsin İdil Ceza Mahkemesi hakimi önüne çıkarılmış ve hakim bu kişilerin tutuklanmasına karar vermiştir. Gözaltı sırasında sanıklar, doktor kontrolünden geçirilmiştir. DGM, sanıkları, 14.10.1996 tarihinde çeşitli ağır hapis cezalarına mahkum etmiştir.

AIHM bu kararı da Brannigan ve Mc Bride/İngiltere kararı ile Aksoy/Türkiye kararlarına atıfta bulunarak, “yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı etkili güvencelerin verilmemesi nedeniyle başvuruların tutuklanmasında Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında, Türkiye'nin takdir hakkını aştığı kararına varmıştır.”<sup>206</sup> Mahkeme'ye göre, uzun süreli gözaltında tutmalara ilişkin olarak, sadece terörizmin neden olduğu güçlülere ve soruşturmalara katılan kişi sayısına değinmek yeterli değildir.”<sup>207</sup> AIHM, bu davada Demir ve Süsin'in en az 23 gün, Kaplan'ın ise en az 16 gün hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmalarının Brogan ve diğerleri/İngiltere kararındaki 4 gün 6

<sup>202</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Aksoy/Türkiye kararı, s. 254, par. 82-83.

<sup>203</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Aksoy/Türkiye kararı, s. 255, par. 87.

<sup>204</sup> TURHAN, s. 27.

<sup>205</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Yargı Mevzuatı Bülteni, 29.07.2000, Sayı:118, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, s. 38-53.

<sup>206</sup> Yargı Mevzuatı Bülteni, 29.07.2000, Sayı:118, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, s. 50, par. 48.

<sup>207</sup> Yargı Mevzuatı Bülteni, 29.07.2000, Sayı:118, Demir ve diğerleri/Türkiye kararı, s. 50-51, par. 52.

saatlik gözaltı süresi karşısında Sözleşme'nin 5/3. maddesindeki gecikmeden hakim önüne çıkma hakkının ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir.<sup>208</sup>

Türkiye'nin aleyhinde yapılan başvuruları 5/3. madde anlamında gecikmezlik şartı çerçevesinde inceledikten sonra, konuyu değerlendirdiğimizde ortaya şu sonuç çıkmaktadır:

“Gözaltı sürelerine ilişkin AİHM'nin, yukarıda incelediğimiz Türkiye ile ilgili kararlarının bir kısmı, CMUK'da 1992 yılında yapılan değişiklikten önce verilmiş kararlardır. CMUK'da ve DGMK'da 1997 yılında 4229 sayılı kanun ile gözaltı sürelerinin kısaltılmasından sonra ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM'nin Türkiye hakkında bu konu ile ilgili henüz bir kararı mevcut değildir.”<sup>209</sup>

“AİHM'nin kararlarından çıkarabileceğimiz birinci sonuç, gözaltına alınan sanığın bir hakim önüne veya yargı yetkisine sahip adli bir görevli önüne çıkarmada Sözleşme'ye göre kesin bir sınırın olmamasıdır. Çünkü, gecikmezlik sorunu her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle 24 saatlik gözaltı süresi bile, sanığın gözaltında tutulmasını haklı kılabilecek nedenler bulunmadığı takdirde 5/3. maddedeki gecikmezlik güvencesine aykırıdır. AİHM kararlarında, sıklıkla Brogan ve diğerleri/İngiltere kararındaki 4 gün 6 saatlik süreye yollama yapsa bile, gözaltı süresi olarak kesin üst sınırın bulunduğu anlamı çıkmamaktadır. Bu nedenle, ülkemizde kolluğun uygulamada sıklıkla yaptığı gibi, kanuni sürelerin sonuna kadar kullanılması Sözleşme'ye aykırıdır ve CMUK'daki 4 günlük gözaltı süresi somut olayda Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurabilir. Ayrıca, Sözleşme'nin 5/3. maddesi, sanığın bizzat hakim önüne çıkarılmasını emrettiği ve gözaltı sürelerinin uzatılmasına karar veren hakim dosya üzerinden karar verdiği için dolayı, sanık hakim önüne çıkarılmış sayılmaz. Bu nedenle, 7 güne kadar olan gözaltı süresi, ancak organize suçlarda ve olayın niteliği haklı gösterdiği hallerde, sanığa gözaltı süresince bir takım güvenceler sağlanması şartıyla istisnaen, gecikmezlik ilkesine uygun olabilir.”<sup>210</sup> Bu güvenceler de müdafiden yararlanma, yakınlarına haber verme, sıklıkla doktor kontrolünden geçme vb.

“AİHM'nin gözaltı sürelerine ilişkin Türkiye ile ilgili kararlarında sanıklar en az 12 gün ve daha fazla süreyle hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmuşlardır. Yine kararların büyük bir kısmı, olağanüstü hal uygulanan bölgelerde yakalanan sanıklarla ilgilidir. AİHM bu kararlarında Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi'ndeki terör olaylarını,

<sup>208</sup> *Yargı Mevzuatı Bülteni*, 29.07.2000, Sayı:118, *Demir ve diğerleri/Türkiye kararı*, s. 51, par. 53.

<sup>209</sup> *TURHAN*, s. 29.

<sup>210</sup> *TURHAN*, s. 29.

Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum olarak kabul etmekle birlikte, hakim önüne çıkarmaksızın gözaltında tutmanın, durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği tedbirler olmadığı sonucuna varmıştır. Sözleşme'nin 15. maddesi taraf devletlere gözaltı sürelerini istedikleri gibi uzatma yetkisi vermemektedir. Devletlere tanınan takdir yetkisi, 5. maddedeki kişi güvenliğinin özünü zedeleyici niteliğe ulaşamaz. AİHM'ne göre, gözaltı sürelerinin uzun olmasının en önemli sakıncası, sanıkların bu süre içinde işkence ve kötü muameleye uğrama riskidir. Bu riski ortadan kaldıracak güvenceler sağlanmadığı sürece, 4 gün süre ile sanığın müdafii veya bir yakını ile görüşmeden gözaltında tutulması ve hatta bu sürenin 10 güne kadar uzatılmasına imkan tanıyan DGMK'nun 16. maddesindeki sürelerin kullanılması Sözleşme'nin 5/3. maddesini ihlal eder.”<sup>211</sup> Bu nedenle DGM Kanunu'ndaki gözaltı sürelerinin yeniden gözden geçirilmesi gerekir.

“AİHM'nin yukarıdaki kararları açısından, Sıkıyönetim Kanunu'ndaki sürelerin Sözleşme ile bağdaştırılması mümkün değildir. Brannigan ve Mc Bride/İngiltere kararında terör suçları sanıklarının 7 günlük gözaltı süresini, sanıklar sürekli doktor kontrolünde tutulduğu ve avukatları ile görüşme imkanı sağlandığı için Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Halbuki, Sıkıyönetim Kanunu'nda bu ve benzeri güvenceler yer almadığı gibi, 30 güne kadar devam edebilen gözaltı süresini haklı gösterebilecek nedenleri göstermek de mümkün değildir.”<sup>212</sup>

### III. MAKUL SÜRE İÇİNDE YARGILANMA HAKKI

#### A. Sözleşmeye Göre

Sözleşme'nin 5/3. maddesine göre, yakalanarak adli makam önüne çıkarılan kişi, serbest bırakılmayarak tutuklanmışsa, makul bir süre içinde yargılanmasını talep etme hakkına sahiptir. Bu hüküm, yargılanan sanığın tutukluluk süresine bir sınır getirmekte ve böylece kendisinin belirsiz bir süre içinde tutuklu kalması önlenmek istenmektedir.

Komisyon ve Mahkeme, tutukluluk süresinin makul olup olmadığının belirlenmesinde, öne sürülen mazeretlerin yeterli ve geçerli olup olmadığı ve davanın gereksiz yere uzatılıp uzatılmadığı konuları üzerinde durmaktadır. Komisyon ve Mahkeme'ye göre makul sürenin değerlendirilmesinde, sanığın suç işlediğine dair

<sup>211</sup> TURHAN, s. 30.

<sup>212</sup> TURHAN, s. 30.

kuvvetli emarelerin mevcut olması her ne kadar tutuklama tedbirinin şartı ise de, bu koşul belli bir süre sonunda yetersiz kalabilecek ve tek başına tutukluluğu gerekçe teşkil edemeyecektir. Gerçekten Sözleşme organları, makul süre sınırının aşıldığı iddialarını incelerken, önce, ulusal mercilerin, tutukluluk halinin devamına karar verirken dayandıkları gerekçelerin, hala bu tedbiri gerekli ve meşru kılıp kılmadığına bakmakta, tutukluluk nedenlerinin yerinde ve yeterli olduklarının saptanması üzerine de, yetkili ulusal mercilerin yargılama işlemlerini yaparken durumun gerektirdiği süratle hareket edip etmediğini araştırmaktadır. Denilebilir ki; ulusal adli mercilerin, sanığın tutuklanmasını gerekli ve meşru kıldığı kanaatiyle dayandıkları kamu yararına ilişkin gerekçeler tamamen yerinde ve geçerli olabilirler; fakat bu merciler, işi sürüncemede bırakıp yargılamayı makul sınırı aşar şekilde uzatıp gitmişlerse, kendileri Sözleşme önünde gene sorumludurlar.<sup>213</sup>

AİHM tutukluluğun devamını haklı göstermek için devletlerce öne sürülen, sanığın delilleri yok etmesi, kaçması veya yeniden suç işlemesi tehlikesi gibi gerekçeleri makul karşılamaktadır. Mahkeme bu konuda sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, mal varlığı, ailesi ve ülkesiyle olan bağları gibi hususları da göz önüne alarak, tutukluluk süresinin makul olup olmadığını belirlemektedir. Örneğin; Mahkeme, Letellier kararında içtihadıyla bu konudaki kriteri belirlemiştir. Olayda şikayetçi, kocasını öldürdüğü şüphesiyle tutuklanmış ve tutukluluk halinin sürdürülmesi, kendisinin toplum için arz ettiği tehlikeye dayandırılmıştır. Mahkeme'ye göre, toplum için tehlike teşkil eden suçluların tutuklu olarak yargılanması haklı sayılabilir. Ancak bu gerekçe, sanığın salıverilmesinin toplum için büyük tehlike teşkil ettiği gerçek delillerle ortaya konulduğu takdirde yeterli ve geçerli sayılabilir. Ayrıca, söz konusu tehlike ortadan kalkar kalkmaz tutukluluğa son verilmelidir.<sup>214</sup>

Komisyon ve Mahkeme, incelediği bir başvuruda tutukluluk halinin sürdürülmesi için yeterli ve geçerli sebeplerin neler olduğunu tespit ettikten sonra, ikinci aşamada davanın gereksiz yere uzatılıp uzatılmadığını incelemektedir.<sup>215</sup> Davanın uzamasına adli makamlar kadar tutuklunun kendisi de sebebiyet verebilir. Örneğin, AİHM'nin Wemhoff/Almanya olayında davanın karmaşıklığı da söz konusu olmuştur. Bu arada başvurucu 13.11.1961 ile 03.11.1964 tarihleri arasında tutukluluk koşulları ile ilgili 41 dilekçe vermiş, bunlardan 16'sı yetkililerce kabul edilmiş, 25'i ise reddedilmiştir. Bu

<sup>213</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Stögmüller/Avusturya Kararı*, s. 88-89, par. 5.

<sup>214</sup> ÜNAL, s. 147.

<sup>215</sup> ÜNAL, s. 147.

arada, tutukluluk süresince 5 kez disiplin cezası almıştır. AİHM bu olayda işin karmaşıklığı gibi, somut olayın taşıdığı olağanüstü özellikleri de makul sürenin hesaplanmasında dikkate almaktadır. AİHM bu olayda başvuruçunun, kişiliğini ve dava konusunun özelliklerini göz önünde tutarak 4 yıl 3 gün gibi uzun bir tutukluluk süresini makul bularak madde hükmünün çiğnenmemiş olduğu sonucuna varmıştır.<sup>216</sup> Mahkeme, Avusturya ile ilgili Stögmüller, Neumeister, Wemhoff, Matznetter ve Ringeisen olaylarında bu konuda milli makamlardan, hakimlerin olayın açıklığa kavuşturulması için göstereceği çabaların engellenmemesi, iddia ve savunmaya bütün delilleri ortaya koyma fırsatı verilmesi ve kararın dikkatli bir inceleme sonucu alınması için, gereken elverişli ortamın hazırlanması konusunda gerekli düzenlemeleri yapmalarını istemiştir. Mahkeme'ye göre, savcı ve mahkemenin hiçbir işlem yapmadan uzun bir süre tepkisiz kaldığı ve böylece gerekli özenin gösterilmeyerek süratin sağlanamadığı davalarda, Sözleşme'nin 5/3. maddesiyle sağlanan güvence ortadan kalkacağı için, Sözleşme ihlal edilmiş sayılır.<sup>217</sup>

Mahkeme Wemhoff davasında, m.5/3'deki makul süre hükmünün adli mercilerce, ya yargılamayı makul süre içerisinde yapmak yada teminat alarak sanığı serbest bırakmak ihtimallerinden birisini seçmek şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının anlamı ve amacının; hangi nedenle tutuklanmış olursa olsun, yargılama sırasında tutukluluk halinin makul süre içinde kalması, yani sürenin makul niteliğini kaybeder kaybetmez, sanığın tutukluluk haline son verilerek, kendisinin gereğinde güvence karşılığı, serbest bırakılmasını sağlamak olduğunu belirtmiştir.<sup>218</sup> Mahkeme'nin Wemhoff olayında vermiş olduğu içtihat kararına göre, makul sürenin hesaplanmasında göz önünde tutulacak zaman dilimi, kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlanması anında başlayıp, yerel mahkemenin esas hakkındaki kararına kadar devam eden zaman içerisindeki tutukluluk halinin devam etmesi halinde, m.5/3 değil, m.5/1-a hükmü uygulanacaktır.<sup>219</sup> Makul bir süre içinde yargılanmasını talep etme hakkı, sanığın tutukluluk süresine bir sınır getirmekte ve böylece kendisinin belirsiz bir süre içinde tutuklu kalması önlenmek istenmektedir. Mahkeme, Wemhoff davasında, tutuklu yargılanan sanığın, davasının tutuksuz.

<sup>216</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 65, par. 61-62.

<sup>217</sup> ÜNAL, s. 148.

<sup>218</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 61, par. 49.

<sup>219</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 63, par. 54.

yargılananlara oranla daha çabuk sona erdirilmesini talep etme hakkı olduğunu kabul etmiştir.<sup>220</sup>

Avrupa Konseyi de üye devletlere, tutukluluk konusunda 11 sayılı Tavsiye Kararı'nda tutukluluk sürelerinin minimum seviyeye indirilmesi hususunda gayret göstermelerini önermiştir. AİHM'nce, sanıkların mahkemeye çıkarılması için Sözleşme'de öngörülen makul sürenin belirli sayıda gün, hafta veya ay olarak ifade edilmesi benimsenmemiştir.<sup>221</sup>

AİHM, Stögmüller/Avusturya kararında; Sözleşme'nin 5/3. maddesindeki "makul süre" ile, 6/1. maddede yer alan "makul süre" arasındaki farkı net olarak ortaya koymuştur. Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki makul süre hükmü, her türlü davaya uygulanır; hükmün amacı, davanın taraflarını usulü gecikmelerin aşırılıklarına karşı korumaktır. Özellikle cezai konularda, bir suç isnadı ile karşılaşan bir kimsenin, akıbeti hakkında uzun süre belirsiz bir durum içinde kalmamasını sağlamaya yöneliktir. Sözleşme'nin 5/3. maddesindeki makul süre ise sadece, hakkında suç isnadı olup tutuklu bulunan kimselerle ilgilidir. Bu fıkra, bu durumdaki kimselerle ilgili olayların kovuşturulmasında özel bir ihtimam gösterilmesini ima etmektedir. Hazırlık soruşturmasının süresinin şikayet konusu olmadığı hallerde bile tutukluluk süresi makul bir süreyi aşmamalıdır. Ayrıca, tutukluluk süresinin makullüğünün değerlendirilmesinde, bir devlette az sayıda sorgu yargıcının bulunması veya yargıçların iş yükünün, soruşturma sisteminin tatmin edici bir sürate ulaşmasına engel olması gibi sebepler önemli olamaz.<sup>222</sup> Ayrıca, makul sürede yargılanma adil yargılanma hakkını zedelememelidir. Bu yüzden ki, Mahkeme, tutuklu sanığın davasının süratle görülmesi gerekmele beraber, bu süratin, olayın aydınlanmasına mani olmaması gerektiği sonucuna varmıştır.

## B. Türk Hukuk Sistemine Göre

Anayasa'nın 19/7. maddesi "tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı...isteme hakları vardır" demektedir. Bu hükümle kişinin, sürüncemede olan bir hazırlık soruşturması safhasından kurtulup, daha güvenli hissettiği yargılama, yani son soruşturma safhasına geçmeyi isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. 19. maddenin 7. fıkrasının gerekçesinde ise şöyle deniliyor; "fıkra hükmünün amacı, sanığın

<sup>220</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 65, par. 62.

<sup>221</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 223.

<sup>222</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Stögmüller/Avusturya kararı*, s. 89, par. 5.

mahkumiyet hükmünden önce gereksiz olarak, hürriyetinden mahkum edilmesini önlemektir. Tutuklu bulunan sanık ya makul süre içinde yargılanıp durumu kesinlik kazanacaktır; yahut da kendisi yargılama süresinde serbest bırakılacaktır. Hükmün muhatabı yargılama mercidir. Bu mercii gerekli faaliyetlerini zamanında yapacak, yargılama sırasında sanığın tutuklu kalması ihtiyacını ortadan kaldıracaktır.” Uygulamada davaların çok uzun sürmesi nedeniyle 1982 Anayasa’sı böyle bir hüküm koymak durumunda kalmıştır.<sup>223</sup>

Uzun tutukluluk süresi genellikle ülkeler için en önemli bir sorundur. Kanunlarında bir zaman sınırına yer verilmeyen ülkelerde, davaların mahkemeye intikali sırasında geçen ortalama süre ile yargılama aşamasında geçen sürenin fazla olduğu görülmektedir.

Bu nedenle 1992 yılında 3842 sayılı kanunla CMUK’da yapılan değişiklikle, tutuklamada üst sınır getirilmiştir. CMUK m.110’a göre; hazırlık soruşturmasında tutukluluk süresi azami 6 aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre, hazırlık soruşturmasında tutuklulukta geçen süre dahil 2 yılı geçemez. Soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle yukarıdaki sürelerde kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturmanın konusu fiilin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı 7 seneye kadar olan suçlarda tutuklama kararı kaldırılır. 7 sene ve daha fazla cezalar ile ölüm cezasını gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir.

Ulusal hukukumuzda, tutukluluk haline bir tavan getirilmesi, hakim ve savcılar motive etmek açısından isabetli olmakla birlikte, bunun diğer önlemlerle desteklenmesi ve özellikle mahkemenin çok basit suçlarla meşgul edilmeyerek, iş yükünün azaltılması suretiyle, hakim ve savcılarının önemli davalarla daha iyi meşgul olmalarına elverişli bir ortam hazırlanması zorunludur.<sup>224</sup>

AİHM’nin Mansur/Türkiye kararında<sup>225</sup> İran asıllı olan Mansur, 12.06.1981 tarihinde Yunanistan Selanik üst mahkemesi tarafından uyuşturucu ticareti yaptığı gerekçesiyle 4 yıl ağır hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu, Türkiye’ye döndüğünde 01.11.1984 günü yakalanmış ve 05.11.1984 günü tutuklanmıştır. 01.07.1991 tarihinde de

<sup>223</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 217.

<sup>224</sup> ÜNAL, s.149.

<sup>225</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Mansur/Türkiye Kararı*, s.158-170.



salıverilmiştir. Başvurucu toplam 5 yıl 3 ay tutuklu durumunda kalmıştır. AİHM, sürenin uzatılmasında başvuranın kusurunun bulunmadığını, tutukluluğun çoğu kez gereksiz yere uzatıldığını tespit ederek Sözleşme'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yağcı ve Sargın/Türkiye davasında<sup>226</sup> bir gazeteci olan Yağcı Türkiye İşçi Partisi'nin, doktor olan Sargın ise Türkiye Komünist Partisi'nin Genel Sekreteridirler. Başvurucular, Ekim 1987'de Brüksel'de yaptıkları bir basın toplantısında, Türkiye Birleşik Komünist Partisi'ni kurmak için Türkiye'ye dönme ve yasalara uygun olarak örgütlenme ve siyasi faaliyette bulunma niyetlerini açıklamışlardır. Başvurucular, 16.11.1987 tarihinde Ankara'ya geldiklerinde yakalanmışlar ve 05.12.1987 tarihinde de tutuklanmışlardır. 04.05.1990'da ise Türkiye'yi terk etmeme şartı ile salıverilmiştir. Türkiye, AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini 22.01.1990'da tanıdığı için, bu olayda başvurucular toplam 2 yıl tutuklu kalmışlardır. AİHM, bu konuda Wemhoff/Almanya kararına atıfta bulunarak, ulusal yargı makamlarının tutukluluğun kısa tutulması yönünde görevlerini gereği gibi yapmadığını, başvuranın kusurlu olmadığını ve başvurucuların kaçma tehlikesinin, ulusal yargı makamlarınca, tutukluluğu haklı kılacak kadar ağır değerlendirildiğini belirterek yargılamanın çok uzun sürdüğüne ve Sözleşme'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>227</sup>

#### IV. ADLİ SORUŞTURMA SIRASINDA SERBEST KALMA HAKKI

##### A. Sözleşmeye Göre

Sözleşme'nin 5/3. maddesinin son cümlesinde, tutuklu sanığın, sonraki duruşmalarda hazır bulunmak üzere mahkemenin belirleyeceği bir teminatla salıverileceği ön görülmüştür. Bu hükmün amacı; sanığın, tutuklanmasını gerektiren nedenlerin ortadan kalkması dolayısıyla geçici olarak salıverilmesini sağlamaktır.

Wemhoff/Almanya davasında Mahkeme, tutukluluğun ağır bir önlem olduğunu ve alternatifinin bulunduğu hallerde bu önleme başvurmamak gerektiğini karara bağlamıştır. AİHM'ye göre, sanığın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklanması yerine, bir güvence alınarak bu olasılık ortadan kaldırılabiliyorsa sanığı tutuklamaya gerek kalmayacaktır.<sup>228</sup>

<sup>226</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, İHKAD Cilt-2, *Yağcı ve Sargın/Türkiye Kararı*, s.139-157; *Yargı Mevzuatı Bülteni*, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 06.06.2000, sayı:113, s. 60-77.

<sup>227</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Yağcı ve Sargın/Türkiye Kararı*, s. 149-150, par. 50-55.

<sup>228</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Wemhoff/Almanya Kararı*, s. 65, par. 60.

Gösterilecek teminatın, şekil ve şartlarının tespiti mahkemenin takdirindedir. Kefalet miktarının sadece tutukluya isnat edilen kayıp miktarına bakılarak belirlenmesi Sözleşme'nin 5/3. maddesine aykırıdır. Çünkü kefalet, kayıpları karşılamak için değil, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için konulmuştur. Duruşmaya gelmemesi halinde ödediği kefaleti kaybedeceğinden, önerilen kefalet miktarının sanığı kaçmaktan caydıracak kadar olup olmadığını değerlendirmek için, öncelikle sanığın durumuna, mal varlığına ve bu güvenceyi sağlayacak kişilerle olan ilişkisine bakılmalıdır. Nitekim Neumeister/Avusturya davasında, "Avusturya mahkemeleri, kefalet miktarını esas itibariyle kayıp miktarına bakarak hesaplamışlardır. Üstelik banka garantisini de kabul etmemişlerdir. Neumeister'in önerdiği teminat miktarı duruşmaya gelmesini güvence altına alması için yeterli sayılabilecek iken, yargısal makamların ne olursa olsun bunu reddetmeleri haklı görülemez."<sup>229</sup> Bu nedenle, bu olayda AİHM, "Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlaline karar vermiştir."<sup>230</sup>

### B. Türk Hukuk Sistemine Göre

Anayasa'nın 19/7. maddesi "tutuklanan kişilerin .... soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir" demektedir. Anlaşılacağı üzere sanığın, duruşmada hazır bulunması şartıyla teminat karşılığında salıverileceği Anayasamızca güvence altına alınmıştır.

"Hukuk sistemimize göre teminatla salıverme, tutuklama kararının infazının şarta bağlı olarak durdurulması demektir. Karar geri alınmamış, sadece infazı durdurulmuştur."<sup>231</sup>

Ulusal mevzuatımızda, teminatla salıvermeye mutlaka tutuklama kararından sonra başvurulacağı belirtilmiştir. CMUK m.117'ye göre, tutuklanmasına karar verilen sanığın kefalet vermesi şartıyla tutuklanmasından vazgeçilebilir.

Kanunumuz sadece, delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin, tanıkların ve bilirkişilerin etki altına alınabilmesi tehlikesi mevcutsa teminatla salıvermeye başvurulamayacağını belirtmiştir (CMUK m.117).

<sup>229</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Neumeister/Avusturya Kararı*, s. 73, par. 14.

<sup>230</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *Neumeister/Avusturya Kararı*, s. 73, par. 15.

<sup>231</sup> KUNTER-YENİSEY, s. 635, No: 371.

CMUK m.110/2'ye göre; 7 sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezasını gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir hükmüne varılmıştır.

CMUK m.125/2'ye göre "... kefaletle salıvermeye karar vermek hakkı suçun işlendiği veya sanığın yakalandığı yer sulh hakimindedir. Ancak, fiili veya hukuki imkansızlık hallerinde yetkili hakim mensubu olduğu ağır ceza mahkemesindeki sulh hakimi de yetkilidir." CMUK m.124'e göre, sanığın, tutuklama ve kefaletle salıvermeye yetkili hakim önüne çıkarılmaması ve en yakın sulh hakimi önüne çıkarılması halinde, CMUK 108. maddede sulh hakiminin görev ve yetkileri sınırlı bir şekilde açık olarak sayıldığından, en yakın yer sulh hakimi teminatla salıvermeye karar veremeyecektir. Bu yetki, davanın açılmasından sonra acele hallerde mahkeme başkanına aittir (CMUK m.124). Ancak, kanımızca en yakın sulh hakimine de bu yetki verilmeliydi. Zira, en yakın sulh hakimi fiil işlenmeden evvel mevcut olduğu için tabii hakim güvencesine sahiptir.<sup>232</sup>

CMUK m.119/1'de kefaletle salıverilmeyi sanığın talep edebileceği belirtilmiştir. Ancak, CMUK m.118/2'de yer alan "kefaletin miktar ve nev'ini taktir hakimindedir" ifadesi, teminatla salıverme için hakim kendiliğinden harekete geçebileceğini ortaya koymaktadır. Doğaldır ki, CMUK m.119/1'de ifadesini bulan, teminatla salıverme için sırf sanığın talebini beklemek kişi hürriyeti ile çelişki oluşturur. Çünkü, insan hakları doğrultusunda hazırlanmış mevzuatlarda bu hak, kendiliğinden işleyen bir sistem haline gelmelidir.<sup>233</sup>

Kanunumuz teminatla salıverme için iki şart aramıştır:

- Teminat göstermek: Teminat olarak ya para veya devlet senet ve tahvilleri ile muteber kimselerin mali kefalet vermesi kabul edilmiştir. Bunun miktarını ve çeşidini hakim tayin eder (CMUK m.118).
- Eğer sanık Türkiye'de oturmuyorsa kendisine yapılacak tebligatın kabulü için davaya bakacak mahkemenin yargı çevresi içinde bir vekil tayin etmesi gerekmektedir. Hakim dilerse, kaçmayı güvence altına almak için, teminat parasının o tarihteki resmi kurunu esas alarak, teminatın, bu kimselerin oturdukları yabancı yer devlet parasıyla ödenmesine karar verebilir (CMUK m.119/2).

<sup>232</sup> **DERDİMAN**, *Temel Hak*, s.133.

<sup>233</sup> **DERDİMAN**, *Temel Hak*, s.132.

CMUK m.120'ye göre, teminat karşılığında salıverilen sanık, şu hallerde tekrar tutuklanabilir:

- Sanığın kaçmak hazırlığında bulunması.
- Usulü dairesinde yapılan davete mazereti olmaksızın gelmemesi.
- Sanığın tutuklanmasını gerektiren yeni sebeplerin ortaya çıkması.

Bu hallerde verilen karar yeniden tutuklama kararı olmayıp, durdurulmuş olan eski kararın infazını yeniden başlatmak demektir.<sup>234</sup>

## V. ÖZGÜRLÜK KISITLAMASININ HUKUKA UYGUNLUĞU

### A. Sözleşmeye Göre

Sözleşme'nin 5/4. maddesine göre "tutuklanma veya gözaltına alınma nedenleriyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesini ve kanuna uygun görülmemesi halinde serbest bırakılmasını sağlamak için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

Sözleşme'nin bu hükmü Habeas Corpus<sup>235</sup> ilkesini güvence altına almaktadır. Bu ilkeye göre yakalanan veya tutuklanan kişi, hakkında alınan bu önlemin kanuna uygunluğunu denetleyecek bir mahkemeye başvurmak hakkına sahiptir. Habeas Corpus güvencesinin diğer bir gereği de; önüne gidilen yargı merciinin, hürriyeti kısıtlamasının kanuna aykırı bulunması halinde ilgilinin serbest bırakılmasını emretme yetkisine sahip olmasıdır. Kişinin hakim kararıyla hürriyetinden mahrum kalması halinde Habeas Corpus güvencesi bir itiraz mercii yaratmakta, diğer hallerde ise ilk derece hakim incelemesi getirmektedir.<sup>236</sup>

Burada kişinin yakalanması veya tutuklanmasına göre iki hali birbirinden ayırmak gerekir. Kişi polis tarafından yakalanarak gözaltına alınmışsa, Habeas Corpus ilkesi gereğince, özgürlük kısıtlamasının yasal olup olmadığını incelettirmek üzere mutlaka mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Buna karşılık kişi görülmekte olan bir ceza davası dolayısıyla mahkemece tutuklanmışsa tutukluluk kararı ilke olarak, hakkındaki nihai hükümle beraber kanun yoluna başvuru sonucunda üst mahkemede incelenecektir. Habeas Corpus denetimini yapacak mahkeme, tarafsız ve bağımsız bir statüye sahip olmalıdır. Mahkeme'ye göre, tutuklu sanığa kendisini savunmak, salıverilmesini haklı

<sup>234</sup> KUNTER-YENİSEY, s. 638, No: 372.

<sup>235</sup> Habeas Corpus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MUMCU, s.52-53; KUZU, *Ülkemizde*, s. 93-107; AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları*, s. 89.

<sup>236</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 225.

gösterecek delillerini sunmak ve gerekirse duruşma yapmak zorundadır. Diğer yandan, 4. fıkradaki “mahkeme” kelimesi yalnızca bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesine sahip bir mercii değil, aynı zamanda güvenceli bir inceleme usulünü de ifade eder. İnceleme konusunun türüne göre, öngörülen usul farklı bir şekilde olacaktır. Başvurulacak mahkeme durumu kanuna aykırı bulunduğu takdirde ilgilinin salıverilmesini emredeceğine göre, kendisinin karar alma ve salıverme yetkisine sahip bulunması gerekir.<sup>237</sup> Öte yandan, itiraz hakkını kullanan kişi tutuklanmasına ve özgürlüğünün kısıtlanmasına gerekçe olarak ileri sürülen nedenleri çürütmek imkanına sahip olmalı yani soruşturma dosyasının içeriği konusunda gerekli ve yeterli bilgiye ulaşabilmelidir. Bu imkanın kendisine sağlanmaması halinde itiraz yolu tüm anlamını yitireceğinden, fıkra hükmü çığnenmiş olur.<sup>238</sup>

Sanchez-Reisse/İsviçre kararında,<sup>239</sup> Arjantin, bir kaçırma olayına karışma nedenine dayanarak başvurucuyu, iade ile teslim edilmesi için İsviçre’den istemde bulunur. Bu istemle ilgili olarak başvurucu gözetim altına alınır ve uzun müddet tutuklu olarak kalır. AİHM bu olayda, Habeas Corpus prosedürünün duruşmalı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, bu hüküm çerçevesinde sanığa avukatıyla temas hakkı tanımamıştır. Ancak örneğin, tutuklunun çok genç olması gibi bazı durumlarda kendisinin bir avukat tarafından temsili gerekebilir.<sup>240</sup>

AİHM, Winterwerp/Hollanda kararında tutulmanın hukukilik denetimini yapacak olan mahkemenin yürütmeye ve taraflara karşı bağımsız ve tarafsız olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca sanığın, hukukilik denetimi için mahkemeye başvurma, mahkeme önünde bizzat dinlenme ve hukuken temsil edilme hakkının bulunması gerektiği karara bağlanmıştır. Buna karşın bu olayda söz konusu olan, akıl hastalarının bu hakkının kısmen sınırlanabileceği ancak, hakkın özünün zedelenmeyeceğidir. AİHM bu olayda, Hollanda mevzuatının başvurucuya bu hakları kullanabilme imkanı sunmadığını belirterek, Sözleşme’nin 5/4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>241</sup>

Boumar/Belçika kararında ise AİHM, başvurucuyu tutma kararı veren tek yargıçlı çocuk mahkemesini organizasyon açısından mahkeme olarak kabul etmiştir. Ancak, kararlara karşı yapılan itirazların incelendiği çocuk üst mahkemesinde başvurucu,

<sup>237</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, *İrlanda/İngiltere Kararı*, s. 269, par. 200.

<sup>238</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s.227.

<sup>239</sup> YILDIZ, s.251.

<sup>240</sup> ÜNAL, s.151.

<sup>241</sup> DOĞRU, *Rehber, Winterwerp/Hollanda Kararı*, s. 20.

avukattan yararlanamamış olduğundan Mahkeme, Sözleşme'nin 5/4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>242</sup>

Sözleşme'nin 5/4. maddesi suç şüphesiyle yakalanan kişi açısından, 5/3. madde ile yakından ilgili olmakla beraber, değişik amaçlar güttüklerinden birbiriyle karıştırılmamalıdır. Sözleşme'nin 5/3. maddesi polisteki gözaltı süresini kısıtlamakta ve yakalanan kişinin hemen hakim önüne çıkarılmasını emretmektedir. Sözleşme'nin 5/4. maddesi ise kişi hakim önüne çıkarıldıktan sonra işlemeye başlayacaktır. Hakime hitap eden ve karar süresini kısıtlayan bu hüküm gereğince hakim, yakalamanın kanuna uygunluğu konusundaki kararını vakit geçirmeden, kısa bir süre içerisinde vermelidir.<sup>243</sup> Gerçekten, 4. fıkranın öngördüğü bu denetim 3. fıkra da sanıklar için öngörülen denetimden tamamen bağımsızdır ve hangi şekil ve nedenle olursa olsun her türlü yakalama ve tutuklama işlemleri konusunda uygulama bulacaktır. Bununla beraber 4. fıkra hükmünün 3. fıkra hükmü ile birlikte uygulanması, yani duruma göre 3. fıkranın 4. fıkra yerini alması da mümkündür.<sup>244</sup> AİHM özgürlük kısıtlamasının 1. fıkra hükmüne aykırı bulunmadığı durumlarda dahi Habeas Corpus'a açık olup olmadığını denetlemektedir. Her ne kadar fıkra da şartsız olarak kişinin itiraz eylemek hakkından söz edilmekte ise de, özgürlüğü kısıtlayan kararın bir mahkeme ya da hakim tarafından verilmiş olması durumunda Habeas Corpus güvencesi bu karara dahil sayılmaktadır.<sup>245</sup> Bununla beraber tutuklamaya dayanak teşkil eden mahkeme kararının da sonuçlanmaması her zaman mümkün değildir. Gerçekten tutukluluk süresi içinde bu durumun kanuna uygunluğu bakımından yeni koşullar ortaya çıktığı zaman yeni durumun meşruluğunu 4. fıkra yoluyla, makul aralıklarla, yeniden inceletme yolu açıktır. Örneğin, ceza sorumluluğu bulunmayan bir akıl hastasının tedbir olarak psikiyatri kliniğine, bir serserinin eğitim müessesesine kapatılması v.b.

Yapılacak kanuna uygunluk denetiminin sınırlarına gelince, bu yetki ne ulusal hukukun yalnızca şekil kurallarına riayetini araştırılmasına inhisar edecek kadar dar, ne de bu itirazı inceleme merciinin özgürlük kısıtlamasına ilişkin ilk kararı veren mercii yerine geçerek, önüne getirilen meseleyi yerindelik hususu da dahil tüm yönleriyle bir bütün içinde incelemesine imkan verecek kadar geniştir.<sup>246</sup>

<sup>242</sup> DOĞRU, *Rehber, Boumar/Belçika Kararı*, s. 97.

<sup>243</sup> ÜNAL, s. 150.

<sup>244</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 227.

<sup>245</sup> DOĞRU, *İHKAD cilt-1, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika kararı*, s. 114-115, par. 72, 73, 76.

<sup>246</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 227.

Winterwerp/Hollanda kararında AİHM, tutukluluk kararlarında 5/4. maddeye uygun yeterli yargılama teminatlarının öngörülmediğini ayrıca, şikayette bulunan başvuru sahibinin sadece ilk talebinin mahkeme tarafından dinlenmiş olduğunu tespit etmiştir. Diğer dilekçeler ise, Hollanda hukukunun kendisine tanıdığı takdir yetkisine uygun olarak idari görevli tarafından mahkemeye hiç ulaştırılmamıştır. Bu tespite istinaden AİHM, temel hakların korunması ile takdir uygulaması arasındaki bu ilişki karşısında, ikaz mahiyetinde açıklamada bulunma zorunluluğunu duymuştur: “İçinde bulunulan şartlara istinaden oldukça sık verilen dilekçeleri işleme koymamak suretiyle bir akıl hastasının mahkemeye başvuru hakkını meşru olarak kısıtlamak şüphesiz mümkündür. Bununla beraber yönetici konumunda olan, bir dilekçeyi mahkemeye sunmamakla, sadece 5/4. madde anlamında adil yargılanma hakkını kısıtlamamakta, aynı zamanda bu hakkın uygulanmaması için baskı da yapmış olmaktadır.”<sup>247</sup>

AİHM'nin vermiş olduğu Winterwerp/Hollanda, X-Birleşik Krallık ve Van Drogenbroek/Belçika kararlarını bu açıdan genel olarak değerlendirecek olursak; keyfilik hiçbir zaman için hukuka uygunluk değildir. Hukuka uygunluk, ulusal hukuk ve Sözleşme ile bağdaşmak anlamına gelir. Ulusal hukuk tutuklama sorunlarında takdir kararları için özel şartlar öngörmemiş olabilir. Bu durumda özgürlük kısıtlanmasına ilişkin olarak, Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen yargılama hukuku ile temel haklar konusundaki kuralların uygulanması gerekir. Bunun için yargılamanın maddi içeriğinde iki prensip ortaya çıkmaktadır:

- Temel haklarla ilgili takdir, Sözleşme'ye uygun olmalıdır.
- Genel olarak sadece yargılama, meşruluk için yeterli değildir, ayrıca temel haklar yararına olmalı ve onları etkili bir şekilde koruyabilmelidir. Bunun gerçekleştirilmemesi halinde, maddi temel hakların adil bir yargılamayla korunması zorunluluğunun, bir ihtiyaç olarak ortaya çıkması doğaldır.<sup>248</sup>

Sözleşme'nin 5/4. maddesinde öngörülen başka bir koşul da itiraz üzerine yapılacak incelemenin kısa bir zamanda yerine getirilmesidir. Bu deyim ne derhal ve hemen anlamına gelecek kadar dar, ne de makul kavramı kadar geniştir.<sup>249</sup> Amaç, özgürlükten mahrumiyet gibi sonuçları bakımından kişi için ağır ve önemli bir tedbiri keyfilikten kurtarmak, kanuna aykırı kısıtlamanın kısa sürede son bulmasını sağlamaktır. Mahkeme, inceleme süresinin her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi

<sup>247</sup> YILDIZ, s.130.

<sup>248</sup> YILDIZ, s.133.

<sup>249</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 229.

gereğine işaret eder. Mahkeme, Luberti/İtalya kararında 1 yıl 6 ay ve 1 haftalık süreyi,<sup>250</sup> Boumar/Belçika kararında ise 3 ila 6 ayı fikra hükmünü ihlal eder şekilde uzun bulmuştur.<sup>251</sup> Esasen, yakalama ve tutuklamanın yasallığının gözden geçirilmesi için öngörölmüş bulunan kısa süre kavramının kesin bir tanımı yapılmadığı için bu süre her olayın kendisine özgü şartlarına göre değerlendirilmektedir. Örneğin De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda kararında şikayetçilerin mahkeme önüne çıkarılmadan 6-11 gün arası gözaltında tutulmaları Mahkeme tarafından çok uzun ve Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur.<sup>252</sup> Sanchez-Raisse/İsviçre davasında iadesi istenilen şikayetçilerin durumlarının 31 ve 46 günde bir karara bağlanması ve kendilerinin bu sürelerde tutuklu kalmaları Mahkeme tarafından çok aşırı bulunmuştur.

Hemen belirtelim ki, Sözleşme'nin 5/4. maddesinde belirtilen kısa süre koşulu, Komisyon görüşünün aksine, Mahkeme'ye göre, yalnızca ilk incelemeyi yapan veya yapacak mahkeme bakımından değil aynı zamanda ikinci derece veya üst derece mercileri de incelemelerini kısa sürede yapmak zorundadırlar. Bununla beraber, söz konusu sonraki incelemelerde kısa süre değerlendirmesi daha bir yumuşaklık kazanacaktır.<sup>253</sup>

## B. Türk Hukuk Sistemine Göre

Kanuna uygun olarak özgürlüğü kısıtlanan kişiler için belli sürede hakim huzuruna çıkarma ve makul bir sürede yargılanma hakkı tanıyan Anayasamız, yasaya aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler için de serbest bırakılmasını isteme hakkını vermiştir. Bu nedenle Anayasanın 19/8. maddesi; "her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir" diyerek Habeas Corpus güvencesine kanunumuzda yer vermiştir.

Bu maddeye uygun bir alt düzenleme de CMUK m.128/4'de yapılmıştır. Bu maddeye göre, yakalanan şahıs müdafii, kanuni mümessili, birinci veya ikinci derecede kan hısımları veya eşi, yakalama işlemine karşı ve yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh

<sup>250</sup> DOĞRU, *Rehber, Luberti/İtalya Kararı*, s. 46.

<sup>251</sup> DOĞRU, *Rehber, Boumar/Belçika Kararı*, s. 96.

<sup>252</sup> ÜNAL, s. 151.

<sup>253</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 228.



hakimine başvurabilir. Görülüyor ki, Sözleşme’de sadece yakalanan kişiye tanınan Habeas Corpus hakkı, Türk hukukunda kişinin avukatı ve yakınlarına da tanınmıştır. Böylece, Türk hukukundaki düzenleme, konuya ilişkin milletlerarası standartlardan daha ileri bir düzeye ulaşmıştır.

CMUK m.297’ye göre; hakimlik makamı kararlarına itiraz kabul edilmiştir. Ancak, mahkeme kararları aleyhine itiraz edilemez (m.298/1). CMUK m.298/2’ye göre ise, tutuklamaya ve tutukluluğun devamına yol açan kararlara da itiraz edilebilir. İtiraz sulh hakiminin kararına ise, asliye mahkemesi başkanına, asliye mahkemesi kararına ise ağır ceza mahkemesine, ağır ceza mahkemesinin kararına ise en yakın ağır ceza mahkemesine yapılır (m.299).

CMUK m.128/4’de, yapılan itiraz üzerine sulh hakiminin, incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal ve nihayet 24 saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırması gerektiği belirtilmiştir. Sözleşme’de özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluk denetiminin kısa bir sürede yapılması öngörüldüğü halde, Türk hukukunda, söz konusu inceleme için kesin bir süre konulmuştur. Böylece kısa bir süre gibi çeşitli yorumlara açık belirsiz bir kavram yerine kesin bir süre konularak, özgürlüğü kısıtlanan kişinin mağdur olması önlenmiştir.<sup>254</sup>

Bu maddede eleştiri konusu olabilecek eksiklik, yakalama işleminin hukuka uygunluğunun kağıt üzerinde denetlenmesidir. AIHS m.5/4’de belirtildiği gibi esasen şüphelinin huzurunda bu incelemenin yapılması gerekir ve mahkeme hakimince hakkındaki iddialar konusunda şüpheliye söz hakkı tanınmalıdır. CMUK’un bu maddesi bu haliyle AIHS m.5/4’ün gerekleri ile uyum içerisinde değildir.

Kişi tutuklanmış fakat, henüz ceza davası açılmamışsa CMUK m.112’ye göre, hazırlık soruşturması sırasında tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği, Cumhuriyet Savcısı’nın talebi üzerine en geç 30’ar günlük sürelerle sulh hakimi tarafından gözden geçirilir ve tutukluluk nedenleri ortadan kalkmışsa, kişi salıverilir. Tutukluluk halinin bu şekilde periyodik sürelerle incelenmesi özgürlüğünden yoksun kılınan kişi için şüphesiz çok büyük bir güvencedir. Tutuklu olarak yargılanan sanıkların tahliye taleplerinin ise, davaya bakan mahkeme tarafından incelenmesi gerekmektedir. Kanımızca bu tür talepler de, CMUK’un söz konusu hükmünde olduğu gibi derhal ve nihayet 24 saat içinde sonuçlandırılmalıdır.<sup>255</sup>

<sup>254</sup> ÜNAL, s. 152.

<sup>255</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 229.

## VI. SÖZLEŞMEYE AYKIRI YAKALAMA VE TUTUKLAMA HALİNDE TAZMİNAT HAKKI

### A. Sözleşmeye Göre

Sözleşme'nin 5/5. maddesine göre, bu madde hükümlerine aykırı olarak bir tutuklama veya gözaltına alınma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır. 22.11.1984'de kabul edilip 1988'de yürürlüğe giren AİHS'ne ek 7 nolu protokol<sup>256</sup> tazminat konusunda yeni düzenlemeler getirmiştir. Söz konusu protokolün 3. maddesine göre “kesin bir kararla bir suçtan hüküm giyen bir kimsenin hakkındaki hüküm sonradan bozulduğunda ya da bir kimse yeni bir bulgunun yada yeni ortaya çıkmış bir olgunun, sonuç olarak adli bir yanlıgı ortaya koyması nedeniyle beraat ettiğinde, bu hüküm sonucu olarak cezaya uğrayan kimseye, bilinmeyen olgunun zamanında ortaya çıkarılmayışından tümüyle ya da belli bir bölümüyle kendisi sorumlu olmadıkça yasaya yada ilgili devletin uygulamasına göre tazminat ödenir.”

Sözleşme'nin 5/5. maddesine göre; usulüne aykırı olarak yakalanan veya tutuklanan herkesin, maddi veya manevi tazminat isteme hakkı vardır. “Kişiyeye tanınan bu hak, Sözleşme'nin 50. maddesinde öngörülen adil tatmin hakkı ile birbirini tamamlamaktadır. Ancak, her iki madde uygulama açısından farklılık arz etmektedir. 5. maddede öngörülen tazminat talebi milli makamlara karşı ve ancak milli mahkemeler önünde öne sürülebildiği halde, 50. maddede belirtilen adil tatmin yöntemi, Sözleşme'nin ihlali halinde AİHM tarafından kararlaştırılarak gereği yapılmak üzere devletlere bildirilmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesi çerçevesinde tazminat isteyebilmek için, aynı maddenin 1-4. paragraflarında belirtilen haklardan birisinin ihlal edilmiş olması gerekir. Kişinin iç hukukta öngörülen şekil ve şartlara uygun olarak yakalanması veya tutuklanması yeterli değildir. Bu tür bir uygulama ile aynı zamanda Sözleşme de ihlal edilmiş olmalıdır. Diğer bir anlatımla, işlem iç hukuka uygun fakat Sözleşme'ye aykırı ise, yine tazminat hakkı doğar.”<sup>257</sup> Anlaşıldığı gibi, Sözleşme'yi onaylayan devletlerin iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmeleri bir zorunluluktur.

Sözleşme organlarının 5. maddenin ihlal edildiğini saptamasını takiben ilgilinin ulusal merciler önünde ileri sürdüğü tazminat istemine olumlu yanıt alamaması halinde, 5. fıkranın ihlali iddiası ile Komisyona yeni bir başvuruda bulunması mümkün olmakla birlikte uzun zaman alacağından, Mahkeme 5. maddenin ihlalini saptadığı davalarda

<sup>256</sup> Protokolün metni için bkz. GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 34-38.

<sup>257</sup> ÜNAL, s. 153-154.

gerekiyorsa 50. madde uygulaması ile tazminata hükmederek sorunu kısa yoldan çözmektedir.<sup>258</sup>

AIHM, Neumeister/Avusturya kararında, uğranılan maddi zararların ispat külfetinin başvurucaya ait olduğuna karar vermiştir. Ayrıca başvuruca, tespit edilen ihlal ile zarar arasında nedensellik ilişkisinin bulunduğunu da ispat etmelidir.<sup>259</sup>

De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika kararında AIHM, Sözleşme'nin 50. maddesindeki adil karşılık hükmünün uygulanmasını şu şartlara bağlamıştır.<sup>260</sup>

- Mahkeme, sözleşmeci devletin makamları tarafından alınan bir kararın veya yapılan bir tasarrufun Sözleşme'den doğan yükümlülükleri ihlal ettiğini tespit etmiş olmalıdır.
- Zarar gören bir taraf bulunmalıdır.
- Mahkeme, adil bir karşılık verilmesini gerekli görmelidir.

## B. Türk Hukuk Sistemine Göre

Anayasa m.19/son'a göre "...bu esaslar dışında bir işleme tabii tutulan kişilerin uğradıkları zarar, kanuna göre devletçe ödenir" denilmektedir. Ayrıca, m.40'da "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal eden herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin, sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." görüldüğü gibi bu hükmün uygulama alanı, 19. maddeye göre daha geniştir.

Anayasa'nın 19. ve 40. maddeleri birbirlerine benzemekle beraber aralarında fark mevcuttur. 19. maddede kişi güvenliği, özgürlüğü ve bunun ihlali düzenlendiği halde, 40. maddede tüm hak ve hürriyetlerin korunması söz konusudur. 19. maddede, haksız yakalama ve tutuklama hallerinde itiraz hakkı ve doğan zararın devletçe ödetilmesi düzenlenmiş iken, 40. maddede temel hakların tümü için koruma hükmü getirilmiştir. İki hüküm arasında bir bakıma genel hüküm-özel hüküm ilişkisi vardır. 40. madde ile, sadece haksız yakalama ve tutuklama halleri değil, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes korunmak istenmiştir. 40. maddede, yine bütün hak ve hürriyetler için geçerli olmak üzere görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğranılan zararın devletçe tazmin edileceği belirtilmiştir. Nihayet 19. maddede açıkça,

<sup>258</sup> GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s. 231.

<sup>259</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, Neumeister/Avusturya kararı, s. 81, par. 40.

<sup>260</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-1, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika kararı, s. 122, par. 21.

devletin kamu görevlisine rücu hakkına yer verilmemekle beraber, 40. maddede devletin şahsi kusuru olan ilgili görevliye rücu hakkı açıkça belirtilmiştir. Kısacası, 40. madde 19. maddeden daha kapsayıcıdır.<sup>261</sup>

Tazminat konusu ayrıntılı olarak ulusal mevzuatımızda, 07.05.1964 tarih ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanunun 1. maddesinde tazminatı gerektiren sebepler bentler halinde sayılmıştır:

- 1) Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutuklanan veyahut tutukluluklarının devamına karar verilen,
- 2) Yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyen,
- 3) Yakalanıp veya tutuklanıp da kanuni süresi içinde hakim önüne çıkarılmayan,
- 4) Hakim önüne çıkarılmaları için kanunda belirtilen süre geçtikten sonra hakim olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınan,
- 5) Yakalanıp veya tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen,
- 6) Kanun dairesinde yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veyahut beraatlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilen,
- 7) Mahkum olup da tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkum edilen kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar, bu kanun hükümleri dairesinde devletçe ödenir.

466 sayılı yasada sadece kanun dışı yakalama ve tutuklama halinde tazminat verilmesi öngörülmüş, diğer özgürlüğün kaldırıldığı hallerde, örneğin samığın şuurunun incelenmesi için bir kuruma yatırılması (CMUK m.74) ya da ihzar (CMUK m.133) göz önüne alınmamıştır.<sup>262</sup>

<sup>261</sup> KUZU, *Ülkemizde*, s. 243-244.

<sup>262</sup> CENTEL, s. 226.

466 sayılı kanununun 2. maddesi, zarara uğrayanların kendilerine zarar verdiği anlaşılabilir işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle, haklarında açılan davalar sonunda verilen kararın kesinleştiği veya bu iddiaların yetkili makamlarca karara bağlandığı tarihten itibaren 3 ay içinde ikametgahlarının bağlı bulunduğu yer Ağır Ceza Mahkemelerine bir dilekçe ile başvurarak, uğradıkları her türlü zararlarını isteyebileceklerini hükme bağlamıştır. İkametgahın bağlı bulunduğu Ağır Ceza Mahkemesi, haksız muameleye sebebiyet vermişse, bu sefer en yakın ağır Ceza Mahkemesinde dava açılır. Başvurulan mahkemenin üyelerinden biri, gerekli soruşturmayı yaptıktan sonra Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı görüşü alınır. Karar, duruşmasız, dosya üzerinden temyizi kabil olmak üzere verilir. Bu dava hazine aleyhine açılır (m.3-4).

466 sayılı yasa gereğince devletçe ödenecek tazminat ile birlikte faiz verilip verilmeyeceği hususunda açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle, uygulamada yargı kararlarıyla faiz istemleri reddedilmektedir. Bu durum ülkemizin ekonomik şartları nedeniyle mağdurlar için bir haksızlıktır. Çünkü kişi, tazminata esas olan davanın kesinleşmesinden önce tazminat davasını açamaz. Ancak, mağduriyete neden olan davada, karar verilip yasal yollardan da geçip kesinleştikten sonra tazminat davası açılabilir. Tazminat davası da, açılıp kesinleştikten sonra tahsilat söz konusu olabilmektedir. Ülkemizdeki yargılama süresinin yavaşlığı dikkate alındığında, bu süre asgari 4 yılı bulmaktadır. Verilen tazminat için haksız işlemin yapıldığı tarihteki rakamlar esas alınmaktadır. Aradan 4 yıl geçtikten sonra ise enflasyon ve paranın alım gücündeki düşüşler hesaba katıldığında verilen tazminatın maddi bir değeri kalmamaktadır. Belirtilen nedenlerle bu müessese de fiilen anlamsız kalmaktadır. Devlet kişiye haksız olarak verdiği zararı karşılamak istediğini, paranın alım gücündeki kaybını da dikkate alarak, geçerli faizle telafi edecek yasal düzenleme yoluna gitmeli veya eksiklik yargısal içtihatla giderilmelidir.<sup>263</sup>

466 sayılı yasaya göre tazmin edilecek manevi zarar, haksız yakalanan veya tutuklanan kişinin, sırf bu yüzden duyduğu üzüntü ve acıdır. Bu zararın tayininde, genel hukuk ilkelerine, tutuklu kalınan süreye, ilgilinin sosyal ve ekonomik durumuna, üzerine atılan suçun niteliğine dikkat edilmelidir. Manevi tazminat, eylem sonunda doğan manevi zararlar orantılı ve adil bir miktarda olmalıdır. Bu adil ölçüyü aşan tutara hükmedilmesi, tazmin sınırlarını aşan bir sebepsiz zenginleşme meydana getirir ki, bu da tazmin

<sup>263</sup> GÜNEŞ, s. 138.

prensiplerine aykırı düşer. Yargıtay'ın tazminatın eylem sonunda doğan manevi zararlar orantılı olup olmadığını, dolayısıyla tazmin sınırlarını aşan bir sebepsiz zenginleşme meydana gelip gelmediğini takdirinin her zaman yerinde olmadığı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararından anlaşılmaktadır. Gerçekten, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin "...manevi tazminat bir zenginleşme vasıtası değil, zarara uğrayan kişinin sosyal durumu gözetilip duyduğu manevi acının kısmen tatmini maksadına matuf bulunduğu halde... tutuklandığı sırada 2. sınıf bir büfe işleticisi ve karar tarihinde asker olan davacı lehine maddi tazminatın da çok fevkinde 1 milyon Lira gibi fahiş manevi tazminata hükümlenmesi"ni yerinde bulmayan kararına karşı alt derece mahkemesinin karşı çıkmasını, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, şu gerekçeyle haklı görmüştür: "Sanık, 27.10.1982 tarihinde adam öldürmek ve ırza geçmek suçlarından tutuklanıp 06.03.1985 tarihinde tahliye edilmiştir. Tutuklandığı tarihte Bursa Endüstri Meslek Lisesi 3. sınıf öğrencisidir. Tutuklanmasına kendisi sebebiyet vermemiş ve üstüne atılı suçlardan beraat etmiş, bu karar kesinleşmiş, süresinde tazminat davası açılmıştır. Sanık, 2 yılı aşkın bir süre tutuklu kalmış ve bu süre içerisinde manevi acı ve ızdıraba maruz kalmıştır. Öte yandan, askere 2 yılı aşkın bir süre sonra gidebilmiş, bu da hayata atılmak açısından emsallerinden geri kalmasına neden olmuştur. Bütün bu şartlar davacının kişiliğini olumsuz yönde etkileyerek manevi kayba uğramasına yol açmıştır. Takdir edilen 1 milyon Liralık manevi tazminat fahiş olmayıp, hak ve adalet kurallarına uygun isabetli bir miktardır."<sup>264</sup>

AİHM'nin kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlaline ilişkin Türkiye ile ilgili 10 kararı bulunmaktadır. Bu kararlar ile, Türkiye tarafından ödenmesine hükmedilen tazminat ve yargılama giderleri şunlardır:<sup>265</sup>

08.06.1995 tarihli Mansur/Türkiye kararı: Tutukluluk ve yargılama sürelerinin uzunluğu dolayısıyla Sözleşme'nin 5/3. maddesi ile 6/1. maddesinin ihlalden dolayı 30.000 FF manevi tazminata ve 30.000 FF masraf ve giderler için ödeme yapılmasına karar verilmiştir.<sup>266</sup>

08.06.1995 tarihli Yağcı ve Sargın/Türkiye kararı: Tutukluluk ve yargılama sürelerinin uzunluğu dolayısıyla Sözleşme'nin 5/3. maddesi ile 6/1. maddesinin ihlalden dolayı 60.000 FF manevi tazminata, 38.000 FF masraf ve giderler ile 30.000 FF vekalet masraflarına hükmedilmiştir.<sup>267</sup>

<sup>264</sup> CENTEL, s. 248-249.

<sup>265</sup> TURHAN, s. 3.

<sup>266</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Mansur/Türkiye kararı*, s. 169, par. 78.

<sup>267</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, *Yağcı ve Sargın/Türkiye kararı*, s. 154, par. 75, 76, 78.

18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı: İşkence ve gözaltı süresinin uzunluğu dolayısıyla Sözleşme'nin 3. ve 5/3. maddesinin ihlalinden dolayı 4.283.450.000 TL maddi ve manevi tazminata, 20.710 İngiliz Sterlini masraf ve giderler için tazmin edilecektir.<sup>268</sup>

26.10.1997 tarihli Sakık ve diğerleri/Türkiye kararı: Gözaltı süresinin uzunluğu (m. 5/3), tutuklama kararına karşı yargı denetiminin bulunmaması (m.5/4) ve tazminat hakkının (m.5/5) ihlalinden dolayı 160.000 FF manevi tazminat ve 120.000 FF masraf ve giderler için ödeme yapılması karara bağlanmıştır.<sup>269</sup>

25.05.1998 tarihli Kurt/Türkiye kararı: Gözaltında kayıp dolayısıyla 5. maddenin ihlaline karar verilmiş ve 25.000 İngiliz Sterlini manevi tazminat, 15.000 İngiliz Sterlini de masraf ve giderler için ödenmesine karar verilmiştir.<sup>270</sup>

23.09.1998 tarihli Demir ve diğerleri/Türkiye kararı: Gözaltı süresinin uzunluğundan dolayı 5/3. maddenin ihlaline ve 70.000 FF manevi tazminata karar verilmiştir.<sup>271</sup>

08.07.1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı: Gözaltında kayıp dolayısıyla 2, 3, 5 ve 13. maddelerin ihlaline, 27.500 İngiliz Sterlini manevi ve 11.534 İngiliz Sterlini maddi tazminata hükmedilmiştir.<sup>272</sup>

13.10.2000 tarihli Timurtaş/Türkiye kararı: gözaltında kayıp dolayısıyla 2, 3, 5 ve 13. maddelerin ihlaline, 30.000 İngiliz Sterlini manevi tazminata ve 20.000 İngiliz Sterlini de masraf ve giderler için ödenmesine karar verilmiştir.<sup>273</sup>

11.07.2000 tarihli Dikme/Türkiye kararı: Gözaltı süresinin uzunluğu (m.5/3) ile işkence ve kötü muamele (m.3) dolayısıyla 20.000 FF manevi tazminata, 10.000 FF masraf ve giderler için ödenmesine karar verilmiştir.<sup>274</sup>

14.11.2000 tarihli Taş/Türkiye kararı: Gözaltında kayıp dolayısıyla 2, 5 ve 13. maddelerin ihlaline, 30.000 İngiliz Sterlini manevi tazminata ve 14.795 İngiliz Sterlini de masraf ve giderler için ödenmesine karar verilmiştir.<sup>275</sup>

<sup>268</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Aksoy/Türkiye kararı, s. 261, par. 115.

<sup>269</sup> TEZCAN, Türkiye Hakkında, s. 76.

<sup>270</sup> Yargı Mevzuatı Bülteni, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 06.02.2001, Sayı: 136, Kurt/Türkiye kararı, s. 76-77, par. 174, 181.

<sup>271</sup> Yargı Mevzuatı Bülteni, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 29.07.2000, sayı:118, Demir ve Diğerleri/Türkiye kararı, s. 52, par. 63.

<sup>272</sup> Yargı Mevzuatı Bülteni, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 04.07.2000, sayı:116, Çakıcı/Türkiye kararı, s. 49, par. 127, 130.

<sup>273</sup> TURHAN, s. 3.

<sup>274</sup> TURHAN, s. 3.

<sup>275</sup> TURHAN, s. 4.

Uluslar arası düzeyde bu davalardan dolayı itibar açısından oldukça zor durumda olan ülkemiz, verilen bu tazminat kararlarıyla ekonomik olarak da sürekli kayba uğramaktadır. Burada tüm sorumluluk kolluğa ve savcılara aittir. Kanun dışı yapılan uygulamalarda ülkemiz aleyhine doğacak sorunların bu birimlerde çalışan personele, yapılacak hataların sonuçlarıyla beraber izah edilmesi ve bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan "rücu" etme yetkisine işlerlik kazandırılmalı, sorumsuzca yapılan bireysel hatalar sonucu AİHM tarafından hükmolunan para cezaları, uygulamada hatası bulunan görevlilere ödettirilmelidir.

## VII. MÜDAFİİ TALEP ETME, SUSMA VE TEKRAR YAKALANMAMA HAKKI

### A. Müdafii Talep Etme Hakkı

#### 1. Sözleşmeye Göre

Sözleşme'nin 5. maddesi, hazırlık soruşturması aşamasında, şüpheli veya sanığın müdafiden yararlanabileceğine dair açık bir hüküm içermemektedir. Sözleşme'nin 6/3-c maddesi ise; yargılama aşamasında müdafiden yararlanma hakkını düzenlemektedir.

Bu konuda 5. maddede açık bir hüküm olmamasına karşılık, hatırlayacağımız gibi, AİHM'nin Brannigan ve Mc Bride/İngiltere kararında; başvurucuların 6 gün 14 saat ve 4 gün 6 saat süreyle gözaltında tutulmaları Sözleşme'yi ihlal niteliği taşımamıştır. Çünkü, başvuruculara gözaltına alındıktan 48 saat sonra avukatlarıyla görüşme imkanı ve bir takım hukuki güvenceler tanınmıştır.<sup>276</sup> AİHK Aksoy/Türkiye kararında da AİHM'nin bu içtihadına atıfta bulunarak, "Türk hukuk sisteminin gözaltında tutulanlara yeterli koruyucular tanımadığını, örneğin hızlı bir habeas corpus usulü bulunmadığını ve kullanılmasında hukuken zorunlu bir avukata, doktora, arkadaşına veya akrabaya ulaşma hakkı bulunmadığını kabul etmiştir." Bu nedenle bu davada, Türkiye'nin 15. maddeye istinaden yükümlülük azaltmasına karşılık, başvuru Aksoy'un 14 gün süreyle bu haktan yararlandırılmadan gözaltında tutulması Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur.<sup>277</sup>

Gözaltındayken şüpheli veya sanığa bir müdafii ile görüşme imkanı tanınması veya zorunlu hale getirilmesi, kişinin uğrayabileceği işkence ve kötü muameleleri

<sup>276</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Aksoy/Türkiye kararı, s. 254, par. 82.

<sup>277</sup> DOĞRU, İHKAD cilt-2, Aksoy/Türkiye kararı, s. 254, par. 81.



önleyecektir. Aynı zamanda ise, kolluğun işkence iddiaları karşısında zan altında kalması önlenmiş olacaktır.

## **2. Türk Hukuk Sistemine Göre**

CMUK 135/3 ve 136. maddelerine göre; şüpheli veya sanığın ifadesi alınmadan önce, bir müdafii yardımından istifade etme hakkı olduğu kendisine söylenecek ve müdafii isteyip istemediği sorulacaktır. Ancak, bu kural DGM kapsamına giren suçlarda geçerli değildir. 01.01.1998 tarihli Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesi gözaltına alınanlara müdafii tayini konusunda "DGM görev alanına giren suçlar hariç...." diyerek, kanunumuz bu kapsamdaki suçlulara müdafii tayinini kısıtlamıştır. Ayrıca aynı yönetmeliğin 20. maddesine göre "DGM görev alanına giren suçlarda ise yakalanan kişi ancak gözaltı süresinin hakim tarafından uzatılması halinde müdafii ile görüşebilir." Bu da demektir ki; gözaltı süresinin ilk 4 günü boyunca yakalanan kişi müdafii hakkından yararlanamayacaktır.

CMUK m.136'ya göre; şüpheli veya sanık yakalanma anından mahkemeye sevk edilinceye kadar soruşturmanın her hal ve aşamasında bu hakkını kullanabilir. Fakat, böyle bir hakka sahip olduğunu şüpheli ve sanığa sorgulama öncesi hatırlatma şartı getirilmiştir. Sanığa yakalama anından itibaren bu hak verildiğine göre böyle bir hakkı olduğunu bilmeyenler açısından bu hatırlatmanın yakalama anında yapılma zorunluluğu getirilmelidir. Yine CMUK m.135/3'deki anlatım tarzı da değişik yorumlara açıktır ve sorgulama öncesi hukuki yardımdan yararlanma ile sorgulama sırasında hukuki yardımdan yararlanmanın sınırları net olarak çizilememiştir. Şöyle ki; CMUK m.135/3'ün anlatım tarzına bakılırsa şüpheli veya sanığın sorgulama öncesi müdafii hukuki yardımından yararlanma hakkı mutlaktır, yani herhangi bir sınırlamaya veya şarta bağlanmamıştır. Fakat, ilgili maddeye göre, şüpheli müdafiiisinin kendi sorgusunda hazır bulunmasını isterse kolluğun bunu ret etme yetkisi vardır. Kolluğa bu yetki sadece ve sadece müdafii hazır bulunması sorgulamayı geciktirme ihtimali doğuracaksa verilmiştir. Yapılan düzenlemeye göre, avukatın polisin sorduğu sorulara karşılık olarak müvekkiline susma hakkını kullanmasını telkin etmesi hukuki yardım olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık, avukatın şüpheli adına sorulara cevap vererek sorgulamayı güçleştirmesi ve yönlendirmesi kanuna aykırıdır. Bu durumda polisin ne yapacağı bir yönetmelikle düzenlenmeli, kolluk önce avukatı uyarmalı daha sonra da

gerekirse dışarı çıkmasını isteyebilmelidir. Mevcut düzenlemelerde, polisin böyle bir yetkisi yoktur.<sup>278</sup>

Diğer bir sorun CMUK m.144'de düzenlenen şüpheli ile avukatına başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşme imkanı tanınmasıdır. Bu özellikle organize suçlarla mücadelede avukatın bilgi taşıyıcısı olarak kullanılmasına ve neticede yakalanmayan diğer suç ortaklarının kaçmasına veya delilleri yok etmesine yol açar. Bu nedenle organize suçlarda, soruşturmayı yürüten bir kolluk memuru nezaretinde avukat sanık görüşmesi sağlanmalıdır. Diğer bir eksiklik avukatın hukuki yardımından yararlanmanın şüphelinin talebi şartına bağlanmış olmasıdır. Kolluk bu eksikliğı uygulamada iyi kullanmakta ve şüphelinin avukatını kullanmaması için telkinde bulunmakta ve bunu da büyük ölçüde başarmaktadır. Şu anda uygulamada avukat kullanma oranı %5 civarındadır. Ancak bu oran, 18 yaşından küçüklerin sorgulanmasında müdafiden yararlanma hakkı konusunda geçerli değildir.<sup>279</sup> Çünkü, 18 yaşın altındakiler için müdafii buldurmak zorunludur. Bu nedenle DGM kapsamına girmeyen suçlarda sanığın talebine bakılmaksızın avukat atanması zorunlu hale getirilmeli, ifadelerin altında mutlaka müdafinin de bir imzası bulunmalı ve bunun denetlemesini de savcılar yapmalıdır. ERYILMAZ'ın DGM kapsamına giren terör suçları konusundaki avukat buldurma görüşüne katılmıyoruz. Çünkü, terör suçlarındaki sorgulamalar ve sorguda alınan bilgiler ülke güvenliği açısından olağanüstü bir önem ve gizlilik arz ettiğinden ve sorguda bulunan personelin kişisel gizliliğı güvenlik açısından bir zorunluluk olduğundan dolayı en azından ilk 4 gün boyunca avukatın sorguya alınmaması olağan karşılanmalıdır.

## B. Susma Hakkı

Sözleşme'nin 5. maddesinde; yakalanan veya tutulu durumda bulunan kişinin susma hakkı olduğu konusu düzenlenmemiştir. AİHM ve AİHK'nun, 5. madde ile ilgili olarak, kişilere susma hakkı tanınması gerektiğı konusunda herhangi bir kararı da mevcut değildir.

Ulusal hukukumuzda ise, Anayasa'nın susma hakkını doğrudan düzenlediğini gösteren herhangi bir maddesi yoktur. Ancak, Anayasa'nın m.38/5. fıkrasına göre; "hiç

<sup>278</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 975; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 385-386.

<sup>279</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 975; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 386.

kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu hak tam olarak CMUK m.135/4. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; “...isnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.” Ancak bu maddeyi, hiçbir konuda konuşmama hakkını verir şeklinde de anlamamak gerekir. Zira, CMUK m.135/1’e göre; “...kimliğe ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorundadır.” Bu da demektir ki; özgürlüğü kısıtlanan kişi, kimlik bilgileri konusunda soru sorulduğunda susma hakkını kullanamaz.

Kanunumuzda bu konuda da bir takım eksiklikler vardır. Birincisi, sanığa susma hakkını kullanması halinde ve mahkemeye sevk edilmesi durumunda bunun mahkemece aleyhine delil olarak kullanılabilmesi gerçeğini hatırlatma yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Türk hukukunda her şey delildir. Ayrıca, sanık aleyhine var olan delillerin değerlendirilmesinde sanığın kendisine sorulan ve açıkça suçlu olduğunu gösteren delillerin olmasına rağmen, soruları cevapsız bırakması da suçluluğuna karar verilmesinde dikkate alınacak faktörlerden bir tanesidir. Hakim kanaatini oluştururken diğer suçlayıcı delillerle birlikte sanığın susmasını da aleyhine kullanabilir. Fakat susma tek başına suçlu bulunmak için yeterli değildir. Sadece var olan delilleri kuvvetlendirmek için kullanılabilir. Bu nedenle sanığın sadece susma hakkını bilme değil susmasının aleyhine yorumlanabileceğini de bilme hakkı vardır. Aslında bu hususun hatırlatılması mecburiyeti getirilmesi sanığın susma hakkını daha az kullanma sonucunu doğuracak ve kolluğun işini kolaylaştıracaktır.<sup>280</sup>

Bu husustaki ikinci eksiklik, sanığın susma hakkını kullandığını beyan etmesi halinde kolluk sanığı sorgulamaya devam edebilecek midir? Sanığın susma hakkını kullanması üzerine sorgulamaya devam edilmesi bu hakkın ruhuna aykırıdır. Çünkü, sanığın susma hakkı yasal bir haktır ve bu yasal hakkını kullanırken sanığın sorgusuna devam edildiğinde, kanuna aykırı bir sorgulama yapılmış olur ki, bu da polisin suç işlemesine yol açar. Uygulamada şüpheli konuşmamasına veya konuşmak istemediğini beyan etmesine rağmen defalarca sorgulanmakta ve konuşmamasının cezasını gözaltı süresinin tamamını karakolda geçirerek ödemektedir. Konuşturma baskısına çok az şüpheli tahammül edebilmektedir.<sup>281</sup>

<sup>280</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 976; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 387.

<sup>281</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 976; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 388.

Bu nedenle bu hak uygulamada çok az kullanılan haklar arasındadır. Bu hak terör kapsamı dışında kalan suçlardan yakalananlarca %1, terör kapsamına giren suçlardan yakalanan şüphelilerce ise %9 civarında kullanılmaktadır.<sup>282</sup>

### **C. Aynı Suçtan Dolayı Tekrar Yakalanmama Hakkı**

Sözleşme’de yakalanan veya tutuklanan bireyin, yakalanma veya tutuklanmasına neden olan suçtan dolayı tekrar yakalanamayacağı konusu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla AİHM ve AİHK kararlarında da bu hak konusunda herhangi bir içtihadı rastlamamaktayız. Ancak, Sözleşme’nin özgürlüğü kısıtlanan bireye tanımadığı bu hakkı ulusal kanunlarımız açıkça düzenleyerek, Sözleşme’nin bir adım önüne geçmiştir.

CMUK m.128/son’a göre; yakalanarak gözaltına alınan sanığın serbest bırakıldıktan sonra, aynı suç nedeniyle tekrar yakalanması engellenmiştir.

Böylelikle kolluk kuvvetlerine soruşturmayı tam ve eksiksiz yapmaları konusunda oldukça önemli yükümlülük getirilmiştir. Çünkü, kişinin suç işlediğine ilişkin makul şüphe bulunmadan bir kişinin yakalanması zaten Sözleşme’ye aykırılık oluşturur. Bu şekilde gözaltına alınarak sorguya çekilen kişiden, bir takım bilgiler alınarak daha sonra bu bilgileri genişletip, kişinin tekrar aynı suçtan dolayı gözaltına alınıp sorguya çekilmesi kişi özgürlüklerini zedeleyici bir uygulamadır. Zaten kanunlarımız da CMUK m.135/5 ve m.135/a’da kişiden yola çıkılarak yapılan sorguyu yasaklamıştır.

<sup>282</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 976; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 388.

## SONUÇ

Bu çalışmamızda, insan haklarının uygulanması açısından tüm uluslara yol gösteren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında, ülkemizdeki mevcut mevzuat açısından Türk Hukuku'nun, Sözleşme'nin 5. maddesine uyum sorununu ortaya koymaya çalıştık.

Kişi özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği temel hak ve hürriyetlerin başında gelmektedir. Yine, Sözleşme'nin 5. maddesinden anladığımız gibi, kişi güvenliği hiçbir zaman sınırlanamaz, mutlaklıdır. Kişi özgürlüğü ise, ancak 5. maddenin 1. fıkrasında sayılan nedenlerle sınırlanabilir. Kişi özgürlüğünün sınırlanabileceği haller, bu fıkrafta sınırlı sayımla belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne intikal eden, 5. madde ile ilgili olaylarda, genellikle, usulsüz yakalama ve tutuklamalar yapıldığı ve gözaltı sürelerinin ihlal edildiği anlaşılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre; yakalanan kişi, mutlaka bir hakim veya yargılama yetkisine sahip adli bir görevli önüne çıkarılmalıdır. Sözleşme'nin 5/3. maddesinde kastedilen bu "görevlinin", gerektiğinde sanığı serbest bırakma yetkisine sahip olması ve hazırlık soruşturması sırasında sorgu hakimi olarak görev yapmışsa, aynı soruşturmanın yargılama aşamasında savcı rolünü üstlenmemesi gerekir.

Ulusal hukukumuzda ise, Anayasa m. 19/6'da yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılacağı güvence altına alınmıştır. CMUK m. 125 ise hazırlık soruşturması sırasında görev yapan sulh ceza hakiminin, aynı davanın sonraki aşamasında görev yapmasını yasaklamış, böylece bir davada aynı kişinin hem savcı, hem de hakim olarak görev yapması yasaklanmıştır. Ayrıca, CMUK m. 128/3'de sulh hakiminin aynı zamanda salıverme yetkisine de sahip olduğu belirtilerek, mevzuatımız "yetkili adli makam" konusunda Sözleşme ile uyumlu hale getirilmiştir.

Gözaltı süreleri konusunda ise AİHM ve Sözleşme kesin bir süre sınırı getirmemiştir. Ancak, AİHM Brogan ve diğerleri/İngiltere kararında 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini, olayın somut özellikleri de dikkate alınmak kaydıyla maksimum süre olarak değerlendirmiş ve diğer bütün olaylarda bu içtihadına atıfta bulunmuştur. Ancak, Mahkeme, terör suçlarının soruşturulmasındaki zorlukları da göz önüne alarak örneğin, Brannigan ve Mc Bride/İngiltere kararında olduğu gibi 7 günlük gözaltı süresini Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Ancak, Mahkeme'ye göre, bu kararında da belirttiği gibi, sanıklara bir takım güvenceler sağlanmış olmalıdır. Örneğin, ilk gözaltına alma ve

tutma kararının hukukilik denetimi mevcutlu olarak yaptırılmalı, müdafii ile görüşebilmeli ve sıklıkla doktor kontrolünden geçirilmelidir.

Ulusal hukukumuzda ise, sanık, hakim kararı olmadan 4 güne kadar tutulabilmektedir ki, eğer yukarıda bahsettiğimiz güvenceler sağlanmazsa, bu süre dahi – her ne kadar Brogan ve diğerleri/İngiltere kararındaki sürenin altında kalsa bile- somut olayda Sözleşme'nin ihlalini oluşturabilir. Ayrıca, kolluğun uygulamada sıklıkla yaptığı gibi; soruşturma tamamlansa bile, gözaltı sürelerinin keyfi olarak sonuna kadar kullanılması Sözleşme'nin ruhuna aykırıdır.

AİHM, Sözleşmecî devletlere, gözaltı süreleri konusunda Sözleşme'nin 15. maddesine istinaden yükümlülük azaltma imkanı tanımış ve bu konuda karar verme yetkisini devletlere vermiştir. Ancak, Mahkeme, Sözleşmecî devletlerin sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığını ve devletlerin, “krizin zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçünün” dışına çıkmamaları gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle de, 15. madde kapsamında, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesi ile ilgili yaptığı başvuruyu kabul etmiştir. Türkiye hakkında, olağanüstü hal bölgesi kaynaklı başvurularda uygulanan en kısa gözaltı süresi 12 gündür. Mahkeme'ye göre bu süre, herhangi bir yargısal denetime tabi tutulmamış ve Türkiye de Güneydoğu bölgesindeki terörizm ile mücadelenin yargısal denetimden vareste tutulması ile ilgili ayrıntılı bir gerekçe göstermemiştir. 5. maddenin ihlali ile ilgili Türkiye aleyhine açılan davaların büyük çoğunluğunun olağanüstü hal bölgesi kaynaklı olduğu gözönüne alınacak olursa, olağanüstü hal uygulamasının yeniden gözden geçirilip, düzenlenmesi zorunludur. Ayrıca, sanığın müdafii, bir yakını ile görüştürülmeden ve sıklıkla doktor kontrolünden geçirilmeden, DGM ve Sıkıyönetim Kanunları'nda olduğu gibi 15 gün ve hatta 30 gün süreyle gözaltında tutulması Sözleşme'nin 5/3. maddesine aykırıdır.

Her ne kadar 1997 yılında CMUK ve DGMK'da 4229 sayılı kanun ile bir takım düzenlemeler yapılmış ise de, özellikle Sıkıyönetim Kanunu da göz önüne alınacak olursa, ulusal hukukumuzda halen Sözleşme ile ve AİHM içtihatları ile tam bir uyum sağlanamamıştır.

01.10.1998 tarih ve 23480 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, gözaltı sürelerinin uzunluğuna rağmen, sanıklara bir takım güvenceler sağlanması açısından önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu yönetmelik, özellikle gözaltına alınan kişinin salıverilinceye kadar geçen sürede tabi olacağı muameleye ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bu yönetmelikte her ne kadar yakalanan kişilere “şüpheli ve sanık hakları formu” düzenleneceği, gözaltına

alınan kişilerin nezarethane defterine kaydedileceği belirtiliyor ise de, bu kayıtları tutacak olan yine de kolluktur. Zaten, bu konudaki tüm aksaklıklar da, kolluğun uygulamada bu kayıtları düzensiz tutmasından veya da hiç tutmamasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, özellikle savcılar ve kolluk birim amirleri denetim görevini iyi yapmalıdırlar. Kolluğun da katı bir hiyerarşik mekanizma içerisinde görev yaptığı dikkate alınrsa, bu adli denetimi sağlıklı bir şekilde yapma görevi savcılara düşmektedir. Uygulamada ise, bu denetimler savcılar tarafından periyodik tarihlerde sadece evrak üzerinde incelenmektedir. Hatta ciddi olaylarda bile savcılar olay yerine gelmemekte sadece, telefonla bilgi almaktadırlar. Burada kastettiğimiz eksiklik ise; tutulan kayıtlardaki maddi hata değil, kayda geçmeyen uygulamalardır. Bu nedenle, kayıtlardaki şaibeleri ortadan kaldırmak için, salıverilecek kimsenin salıverilme anında bir avukatı veya bir yakınının hazır bulundurulması sağlanabilir. Salıverilme tutanağına bu kişilerin isim ve imzaları da alınarak, daha sonra yapılacak gözaltında kayıp iddialarına karşı delil olarak kullanılabilir.

Adliyedeki dosyalar dolusu iş yükünü de gözönüne alacak olursak, savcıların iş yükünü azaltmak açısından “adli polis biriminin” kurulması ülkemiz açısından bir zorunluluktur. Böylelikle savcıların olaylarla birebir ilgilenip soruşturmayı bizzat yönlendirmesi mümkün olabilecektir.

AIHM'nin de belirttiği gibi, terör olayları, soruşturulması uzun uğraş isteyen, son derece zor ve kriminolojik açıdan ayrı bir özelliğe sahip olaylardır. Bir de buna, gelişmekte olan ülkemizin ekonomik yetersizliğinden kaynaklanan, teknik teçhizat eksikliği ve imkansızlıklar eklenirse, polisin ne kadar zor koşullar altında bu soruşturmaları kanuni süreler içerisinde yetiştirmeye çalıştığı açıklığa kavuşturulmuş olabilir. Ancak, bu mazeretler AIHM tarafından gecikmezlik unsurunu haklı gösterecek neden olarak gözönüne alınmıyorsa, o zaman polis soruşturmalarda uyguladığı metodlarını değiştirmek zorundadır. Örneğin; yakalama işleminden sonra, takip ve tarassut yöntemlerini sonuna kadar kullanıp, gerekli delilleri elde etmede ön çalışmasını tamamlamış olmalı, kişileri sorgularken, sadece bu delilleri teyit yönünde sorgusunu yapmalıdır. Ülkemizin AIHM önünde suçlu olarak yargılanmaması için, zaten yapılmakta olan özverili çalışma, daha da arttırılarak daha planlı ve organize bir şekilde yapılmalıdır. Unutulmamalıdır ki, kolluk kanunlarımızda kişinin suçluluğu hakkında bir karar mekanizması değildir ve cezalandırma hak ve yetkisi yoktur.

Ülkemizdeki mahkemelerin ve özellikle DGM'lerin Sözleşme'de öngörülen mahkemelerin tarafsız ve bağımsız bir statüye sahip olması gerektiği şartına ne derecede

uygun olduğu da ayrı bir tartışma konusudur. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kendisine ait bir çalışma binası, sekreteryası ve bütçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, çalışmalarını Adalet Bakanlığına ait bina içinde yapmakta ve kurul üyesi yargıçların asli görevleri ile ilişkileri devam ettiği için, karar taslaklarının Bakanlık tarafından hazırlanıp sekreteryaya hizmetlerinin de Adalet Bakanlığınca yürütülmekte olduğu dikkate alınır, kurulun yürütme organına hem kuruluşu, hem de işleyişi açısından sıkı sikiya bağlı olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Kendisi bağımsız ve tarafsız olmayan bir kurulun tasarruflarıyla atanan yargıç ve savcılar, bağımsızlık ve tarafsızlık için yeterli güvencelerinin olduğu tabii ki söylenemez. DGM'lerin bir asil ve bir yedek üyesi ile bu mahkemelerde görev yapacak savcılar bir bölümü ise, askeri yargıç ve savcılar arasından kendi özel yasaları olan 357 sayılı Askeri Yargıçlar Yasası'na göre atanmaktadırlar. Askeri yargıç ve savcılar meslekte yükselmeleri ise yargıçlık güvencesine, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerine aykırıdır. Ayrıca sıkıyönetim ve savaş halinde terör suçlarını yargılayacak olan Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri'nde, yargıçlıkla ilgisi olmayan kıta subaylarının da mahkeme heyetinde yer alması ayrı bir problemdir.

Uygulamada kitaplardaki hukuk ile pratikteki hukuk arasında azımsanamayacak ölçüde fark vardır. Kolluk, pratikte toplumda suçun önlenmesi, neticede kamu düzeninin sağlanması noktasında kanunlarla kendisine verilen statünün üzerinde bir statüyü benimsemiş gözükmektedir. Kolluk, suçun önlenmesi ile şüpheli haklarına uyulması noktalarında bir seçim yapmak zorunda kaldığı zaman bu seçimi daha önemli gördüğü, suçun önlenmesi yönünde yapmaktadır.

Suç ve suçlu ile mücadelede hukuk kurallarını gerektiği gibi uygulamayan kolluk bu konuda kendisini haklı kılan bazı sebeplerin varlığına inanmaktadır.<sup>283</sup>

Öncelikle kolluk, kanun koyucunun toplumdaki gelişmelere ayak uyduramadığına ve neticede toplumun ihtiyaçlarına uygun kanun hazırlayamadığından dolayı suçluların yeterli ceza almadığına inanmaktadır. Bu nedenle, kolluk kanun koyucu yerine geçerek kendisi kural koymakta ve kendi alt kültüründe oluşturduğu kurallara uymaktadır. Bu yönüyle kolluk tarafından, kanunlar, toplumda belirleyicilik ve yön vericilik özelliğini kaybetmiş kurallar olarak algılanmakta ve kolluk kurallara uymamakta bir zorunluluk görmemektedir.

<sup>283</sup> ERYILMAZ, Yeni Türkiye, s. 977-978; ayrıca bkz. ERYILMAZ, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, s. 389-390.



İkinci olarak kolluk, kanunların gerektiğinden fazla şüpheli ve sanıkları koruduğuna inanmaktadır. Kolluk bu kuralları gerektiği gibi uygulamayarak şüpheli ve sanıklara verilen bu hakları, olması gereken yere çektiklerine ve kanunların tatmin edemediği kamu vicdanını tatmin ettiğine inanmaktadır.

Üçüncü olarak güvenlik birimlerinin görevlerini sağlıklı bir şekilde yapabilmesi için ellerinde suç ve suçlu ile gereği gibi mücadele etmek için yeterli teknolojik donanımın olmaması kurallara uyulmasını güçleştirmektedir. Bunda da ülkenin ekonomik yapısının yetersiz olması büyük bir etkidir.

Kolluk bazen de farkında olmadan eksik bilgiden dolayı hukuk kurallarını çiğnemektedir. Uygulamada birçok işlemleri çok öncelerden gelen ve gelişen hukuki yeniliklere kapalı kalmış kendi alt kültürü ile yapmakta ve akademik düzeydeki personelin kadro içerisinde yetersiz sayıda olması dolayısıyla bu yeniliklere adapte olmakta güçlük çekmektedir. Bu noktada kolluğa yardımcı olması gereken savcının kollukla beraber çalışma doğrultusunda isteksizliği önemli rol oynamaktadır. CMUK'un öngördüğü gibi kolluk-savcı dayanışması istenildiği gibi işlememektedir. Kolluk, savcıya ulaşmak istediği zamanlarda savcıyı yanında bulamamaktadır. Savcı, kolluk ile arasına mesafe koymakta ve istenilen ekip çalışması gerçekleşmemektedir. Bu nedenle halen tasarı halinde olan adli polis yasa tasarısının süratle uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir.

Kolluğun, hareket tarzını belirlemesi gereken kuralların hukuki mevzuat içerisinde yeterince açıklayıcı ve yön verici olması da ayrı bir problemdir. Kolluk mevzuatı değişik kanunlarda parça parça düzenlenmiş olup, hangi yetki veya hakkın hangi kanunda nasıl düzenlendiğini anlamak çoğu zaman değil kolluk, iyi bir hukukçu için bile imkansızdır. Bu nedenle değişik kanunlardaki hükümler tek bir başlık altında toplanmalıdır. İkinci olarak, mevcut kanunlar büyük boşluklar içerdiği için polise büyük takdir alanları bırakılmakta, bu da aynı konuda farklı uygulamaların ortaya çıkmasına netice vermektedir. Bu nedenle, bu boşlukların doldurulması ve uygulamada tek tip polisliğin doğması sağlanmalıdır. Mevcut kanunların pratikte daha iyi uygulanması için açıklayıcı ve ayrıntılı yönetmeliklere de ihtiyaç vardır.

Mevzuatımızda, AİHS'nin 5. maddesine paralel olarak yapılan düzenlemelerin yanında, Sözleşme'den farklı olarak yakalanan kişiye fazladan bir takım haklar tanınmıştır. Örneğin, müdafii talep etme hakkı, serbest bırakıldıktan sonra aynı suçtan dolayı tekrar yakalanmama hakkı ve susma hakkı. Ancak yine de Sözleşme'den fazla olarak yakalanan kişiye tanınan bu haklara rağmen, mevcut kanunlarımız ve kolluğun

uygulamaları yukarıda sayılan noktalarda Sözleşme ile uyum içerisinde değildir. Yukarıda belirlenen noktalarda Türk hukukunun Sözleşme ile uyum içerisine getirilmesi ihtiyacı vardır.

Tüm bu eleştiri ve temenniler daha iyiye ve güzele ulaşma doğrultusundadır.



## KAYNAKÇA

**AKILLIOĞLU, Tekin**, *İnsan Hakları-I*, A.Ü. S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara, 1995.

**AKILLIOĞLU, Tekin**, “*Terör ve İnsan Hakları*”, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu (16-18.06.1995), Umut Vakfi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 140-177.

**ATALAY, Tekin**, “*Türkiye’de Terör Suçlarını Yargılayan Mahkemeler*”, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu (16-18.06.1995), Umut Vakfi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 282-290.

**CENTEL, Nur**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1992.

**CIHAN, Erol/YENİSEY, Feridun**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1996.

**DERDİMAN, R. Cengiz**, “*Etkin Ceza Adaleti Açısından Alternatif Bir Öneri Olarak Cumhuriyet Savcısından Ayrı Adli Polis Modeli*”, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Polis Akademisi, Ankara, 06-08.05.1998, s.221-242.

**DERDİMAN, R. Cengiz**, *Temel Hak ve Hürriyetlerin Yakalama ve Tutuklama Yoluyla Sınırlandırılması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1987.

**DOĞRU, Osman**, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi Cilt-1*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998.

**DOĞRU, Osman**, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi Cilt-2*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998.

**DOĞRU, Osman**, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi Cilt-3*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998.

**DOĞRU, Osman**, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999

**EKİNCİ, Hüseyin**, “*Ceza Adalet Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Adli Kolluk*”, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Polis Akademisi, Ankara, 06-08.05.1998, s. 243-252.

**ERYILMAZ, M. Bedri**, “*Türk Hukukunda ve Uygulamasında Yakalama ve İfade Alma ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uyum Sorunu*”, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Polis Akademisi, Ankara, 06-08.05.1998, s. 365-391.

**ERYILMAZ, M. Bedri**, “*Türk Hukukunda Polis-İnsan Hakları İlişkisi ve Sanık Hakları*”, Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı-II, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri, Sayı:22, Ankara, Temmuz-Ağustos 1998, s. 960-978.

**GEMALMAZ, Mehmet Semih**, *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-2: Nihai Raporlar*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

**GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 1998.

**GÜNEŞ, Seyithan**, *Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, Kazancı Kitapları, İstanbul, 1998.

**İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (1997)**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1998.

**KESKİN, Serap**, “*Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı*”, *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 64-97.

**KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 1998.

**KUZU, Burhan**, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.

**KUZU, Burhan**, “*Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklanmaya Karşı Korunma*”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999, s. 1201-1240.

**MUMCU, Ahmet**, *İnsan Hakları Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yayınları, Ankara, 1992.

**SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık**, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, Cilt-1*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

**SCHROEDER, Christian/YENİSEY, Feridun/PEUKERT, Wolfgang**, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999.

**SEZGİN, Fazlı**, “*Polis Cumhuriyet Savcısı İlişkileri*”, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Polis Akademisi, Ankara, 06-08.05.1998, s. 205-220.

**SOYASLAN, Doğan**, “*Yakalama ve İfade Almada İnsan Hakları*”, Modern Adli Soruşturma Yöntemleri ve İnsan Hakları Sempozyumu, Polis Akademisi, Ankara, 29-31.05.1996, s. 180-188.

**SÖNMEZ, Musa**, *Askeri Ceza Hukukunda Disiplin Cezaları ve Uygulamaları*, Ankara, 1989.

**TEZCAN, Durmuş**, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk*”, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Polis Akademisi, Ankara, 06-08.05.1998, s. 173-198.

**TEZCAN, Durmuş,** “*Türkiye Hakkında Yapılan Kişisel Başvuruların Mahiyeti ve İrdelenmesi, İnsan Hakları ve Yargı*”, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, *İnsan Hakları ve Yargı*, Ankara Açık Cezaevi, 1998, s. 54-87.

**TURHAN, Faruk,** “*AİHM Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/Gözaltında Kayıplar, Askeri Disiplin Cezaları, Hakim Ömüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri*”, *Ceza ve Kriminoloji Dergisi*, Prof. Dr. Kayıhan İÇEL’e Armağan Özel Sayısı’nda yayınlanacak makale.

**1997 Türkiye İnsan Hakları Raporu**, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları (20), Ankara, 1999.

**1998 Türkiye İnsan Hakları Raporu**, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları (21), Ankara, 2000.

**ÜNAL, Şeref,** *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu)*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 1995.

**Yargı Mevzuatı Bülteni**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı 06.06.200, Sayı:113.

**Yargı Mevzuatı Bülteni**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı 04.07.2000, Sayı:116.

**Yargı Mevzuatı Bülteni**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 29.07.2000, Sayı:118.

**Yargı Mevzuatı Bülteni**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 06.02.2001, Sayı:136.

**YENİSEY, Feridun,** *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 1993.

**YENİSEY, Feridun**, *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma*, A.Ü. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:12, Ankara, 1995.

**YENİSEY, Feridun**, "*İnsan Hakları ve Adli Soruşturmanın Hukuki Çerçevesi*", Modern Adli Soruşturma Yöntemleri ve İnsan Hakları, Polis Akademisi, Ankara, 29-31.05.1996, s. 139-156.

**YILDIZ, Mustafa**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1998.

