

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA
TÜRKİYE'DE TUTUKLAMA

Ahmet Sinan SÜRÜCÜ
106612001

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU

2008

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA
TÜRKİYE'DE TUTUKLAMA

THE DETENTION IN TURKEY IN THE LIGHT OF EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS JUDGEMENTS

Ahmet Sinan SÜRÜCÜ
106612001

Doç. Dr. Sibel İNCEOĞLU :

Yrd. Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT :

Dr. İdil Işıl GÜL :

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı : 201

Anahtar Kelimeler (Türkçe) Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------------------|
| 1) Tutuklama | 1) Detention |
| 2) Yakalama, Gözaltı | 2) Arrest |
| 3) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi | 3) European Court of Human Rights |
| 4) Özgürlük ve Güvenlik Hakkı | 4) Right to Liberty and Security |
| 5) Kişi Özgürlüğü | 5) Individual Freedom |

ÖZ

Kişi özgürlüğü kavramı tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de hızla gelişmektedir. Kişi özgürlüğüne duyulan saygı giderek artmakta, bu özgürlüğün ihlalleri ise hem ulusal hem de uluslararası mahkemeler tarafından her geçen gün daha sert bir şekilde önlenmeye çalışılmaktadır. Kişi özgürlüğünün gelişimine katkıda bulunabilmek amacı ile tez içerisinde; kişi özgürlüğünün en ciddi istisnalarından biri olan “tutuklama” kurumu incelenmiştir.

Çalışma ile; modern hukuk sistemlerinde ve toplum yaşantısında çok önemli bir yere sahip olan ve gerekli yerde uygulandığında adaletin sağlanması açısından çok önemli; ancak, yanlış yerde uygulandığında ya da gereksiz olarak devam ettirildiğinde; kişi özgürlüğünün ciddi bir ihlali olan “tutukluluk” uygulamasının sınırlarının çizilmesine ve kişi özgürlüklerinin gereksiz yere ihlal edilmesinin önlenmesine yardımcı olmak amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, çalışma içerisinde tutuklamayı düzenleyen iç hukuk maddeleri, 1982 Anayasası’nın ilgili hükümleri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümleri ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile Türk Mahkemelerinin kararları incelenmiştir. İncelenen mevzuat ve içtihat ile tutuklama şartları netleştirilmeye çalışılmış ve tutuklamanın sert bir tedbir olduğu üzerinde durulmuştur. Tutuklamaya başvurmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda ise, tutuklama kararlarının gerekçeli ve denetlenebilir olması gerektiği ayrıca belirtilmiştir.

Çalışma içerisinde Türkiye’de tutuklu yargılamaların yaygınlığı istatistiklerden yararlanılarak ortaya konulmuş, bu durumun önlenmesi amacıyla önerilerde bulunulmuştur.

Çalışmanın; tutuklamanın, en son ve istisnai olarak başvurulması gereken bir yol olduğunun, ayrıca tutuklamanın bir güvenlik tedbirinden ibaret olduğunun anlaşılmasına yardımcı olması umulmaktadır.

ABSTRACT

Notion of individual freedom improves rapidly in Turkey as well as in the whole world. Respect for individual freedom increases and violation of it is tried to be prevented harder by national and international courts every passing day. To be able to contribute to the development of individual freedom, “detention” which is one of the most serious exceptions, has been discussed through the thesis.

The aim of the study is, to set the limits of detention which has an important role in modern law system and community life when used under right circumstances but on the other hand when applied in a wrong way and continued unnecessarily, is a serious violation of individual treatment and help to prevent the unnecessary violation of individual freedom. For further analysis national law terms, relevant arbitrations of 1982 Constitution, relevant European Convention on Human Rights arbitrations, European Court of Human Rights judgements and Turkish courts judgments have been examined. The aim of the discussed regulations and case law is to clear out the conditions of detention and specify that detention is a hard precaution. It is also discussed that detention judgments should be justifiable and controllable under conditions in which arrestment is ineluctable.

Through the study, prevalence of detention is displayed with statistics and comments are included to prevent these high rates.

It is hoped that the study is helpful for explaining that detention is the last and exceptional solution and only a security precaution.

ÖNSÖZ

Bu çalışma bir yüksek lisans tezi için uzun sayılabilecek bir buçuk yıllık bir çalışma sonucunda son halini almıştır. Anılan sürenin bu kadar uzamasının başlıca nedeni, İHAM'ın konu hakkında oldukça çok sayıda kararının bulunması ve bu kararların tümünün tez içerisinde değerlendirilmesinin istenmesidir. Uzun süreç sonucunda, İHAM'ın, İHAS'ın 5. maddesi hakkında vermiş olduğu kararlarının büyük bir çoğunluğu çalışma içerisinde yer almış, yer almayan diğer kararlar ise incelenmiş bulunmaktadır. Ancak bu süreç zarfında kimi zaman avukatlık mesleğinin, kimi zaman ise ev hayatının getirdiği sorumluluklar ikinci plana atılarak gece gündüz çalışılmış, sorumluluklarım yakın çevrem tarafından paylaşılmıştır. Bu nedenle tüm emeği geçenleri isim isim sayarak teşekkür etmeyi kendime bir borç bilirim.

İş konusundaki sorumluluklarımı üstlenen, yüksek lisans yapmam konusunda destekten de öte maddi ve manevi olarak beni taşıyan ve hayatım boyunca onlar gibi mükemmel hukukçular olmaya çalışacağım sevgili anne ve babama; evdeki sorumluluklarımı üstlenen ve tez süresince beni hep mazur gören sevgili eşime; çevirileri ile yardımda bulunan sevgili ablama; tez öncesinde engin bilgileri, tez sırasında ise tüm sorunlarıma yardımcı olması ve tezin ortaya çıkmasında belki de en büyük paya sahip olan sevgili hocam Sibel İnceoğlu'na; ortaya koyduğu eserler ve çeviriler ile bu alanda çalışan herkesin hocası sayılabilecek sayın Osman Doğru'ya; bana okuma alışkanlığımı kazandırarak tez sürecinde sürekli andığım rahmetli eniştem Bilgin Erginer'e; İstanbul konaklamalarımda bana evini açan sevgili Ceyda-Tekin Akbay, Berna-Macit Akıncı, Betül-Erol Kantarcıoğlu, Barış Hancıoğulları, Can Tahtakıran ve Gülin Şekerci'ye; bilgisayar sorunlarını çözmemde yardımcı olan sevgili Can Kırmızıbayrak'a; her sıkıldığımda olduğu gibi tez sürecinde de her bunaldığımda yüzümü kocaman bir tebessümle dolduran sevgili Shakespeare'e, tezin yazılması sürecinde tüm kaprislerimi göğüsleyen sevgili Mahir Demirçal'a; tez yazım usulü ile ilgili tüm sorularımı sabırla cevaplayan Melda Otara'ya; okuldan uzakta olmama karşın bu eksikliği bana hissettirmeyen sevgili Eda Çataklar ve Başak Başoğlu'na; sık ve uzun İstanbul ziyaretlerim sırasında eşimi yalnız bırakmayan Emel-Merve ve Bülent Karadeniz'e; yüksek lisans ders süresince hoşgörüsü ve yardımları nedeniyle sevgili Özcan Eryılmaz Güneş ve Mustafa Çakmak'a; bilgilerini benimle çekinmeden paylaşan Mehmet Nur Terzi'ye; yerel

mahkeme kararlarına ulaşımda yardımlarını esirgemeyen Murat Üstündağ, Cem Hacıeminoğlu, Gönenç Uygun ve bir üyesi olmaktan gurur duyduğum İzmir Barosu'na; yüksek lisans öncesinde ve sürecinde yardım ve desteklerini esirgemeyen üstatlarım Nurperi İnaç ve Erol Özcan'a ve ismini saymayı unuttuğum ama tüm kalbimle müteşekkir olduğum herkese teşekkür ve minnetimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa:
Öz	iii
Abstract	iv
Önsöz	v
İçindekiler	vii
Kısaltmalar	x
Kaynakça	xi
Mahkeme Kararları Dizini	xv
I- Giriş	1
II- Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	2
A- İHAS'ın Özgürlük Karinesi ve İstisnaları	5
B- Bilgilendirilme Hakkı	15
C- Tutulma Koruyucu Haklar	16
D- Tutmanın Yargısal Denetimi (Habeas Corpus)	21
E- Tazminat Hakkı	23
III- İHAM Kararlarında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı	24
A- İHAM'ın Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkında Kabul Ettiği Genel Esaslar	24
1- "Kişi Özgürlüğü" Kavramının Yorumu	24
2- Devletlerin Özel Kişilerin İhlallerinden Dolayı Sorumluluğu	29
3- Tutmanın İç Hukuk ve İHAS'a uygun Olma Zorunluluğu	29
4- İstisnaların Dar Yorumlanması	31
5- Kişi Özgürlüğünün, Kişinin Kendisine Karşı Dahi Korunması	31
6- Zaman Bakımından Uygulanabilirlik	35
7- Olağanüstü Haller	36
8- Gözaltı ve Tutma Kayıtlarının Bulunması Zorunluluğu	37
B- İHAM Kararlarında Özgürlük Karinesi ve İstisnaları	40

C- İHAM Kararlarında Kişinin Yetkili Mahkeme Tarafından Mahkum Edilmesi	54
D- İHAM Kararlarında Yükümlülüğün Yerine Getirilmesi Amacı ile Tutma	60
E- İHAM Kararlarında Makul Şüphe Nedeni ile Tutma	63
F- İHAM Kararlarında Küçüklerin Tutulması	72
G- İHAM Kararlarında Kamu Sağlığı ve Düzenini Koruma Amacı ile Tutma	76
H- İHAM Kararlarında İade Amacı ile Tutma	90
I- İHAM Kararlarında Bilgilendirilme Hakkı	95
J- İHAM Kararlarında Tutulanı Koruyucu Haklar	103
1- Koruyucu Hakların Uygulama Alanı	103
2- Soruşturma Aşamasında Yargıç Önüne Çıkarmadan Serbest Bırakma	104
3- Yargıç Önüne “Hemen” Çıkarma	105
4- “Yargıç veya Adli Görev Yapmaya Yasayla Yetkili Kılınmış Diğer Bir Görevli” Kavramı	109
5- Talep Olmaksızın Yargıç Önüne Çıkarma Zorunluluğu	113
6- “Makul Bir Süre İçerisinde Yargılanma” Hakkı	114
7- “Adli Kovuşturma Sırasında Serbest Bırakılma” Hakkı	119
a- İHAM’ın Zorunlu Tutuklama Yorumu	120
b- Tutukluluk ve Tutukluluğun Devamını Gerektiren Gerekçeler	121
aa- Makul Şüphe Nedeni ile Tutma	123
ab- Kaçma Şüphesi	123
ac- İsnat Edilen Suçun Ağırlığı	126
ad- Delil Durumu	126
ae- Sanığın Korunması Amacı	126
af- Suçun Tekrarlanmasının Önlenmesi	126
ag- Delillerin Karartılması Tehlikesi	127
ah- Kamu Düzeninin Korunması Amacı	128
ai- Tutukluluk Süresi	129
ba- Gerekçelerin Yeterli Açıklıkta Olmaması	129
c- Tutuklulukta Geçirilen Sürelerin Cezadan Düşülmesi	130
8- Teminata Bağlı Olarak Salıverme	131
9- İHAM Tarafından Kabul Edilen Diğer Koruyucu Haklar	132
K- İHAM Kararlarında Tutmanın Yargısal Denetimi	132
1- Denetimin Uygulama Alanı	133
2- “Mahkeme” Kavramı	134

3- Tutukluluğun Denetiminde Süreler	136
4- Yargısal Denetimde Koruyucu Haklar	139
L- İHAM Kararlarında Tazminat Hakkı	144
IV- Türk Hukuku'nda Tutuklama	147
A- 1982 Anayasası Uyarınca Tutuklama	148
B- CMK Uyarınca Tutuklama	151
1- Tutuklama Nedenleri	152
a- CMK Açısından	152
b- CMUK Açısından	161
2- Tutuklama Kararı	163
a- CMK Açısından	163
b- CMUK Açısından	167
3- Tutuklulukta Geçecek Süre	168
a- CMK Açısından	168
b- CMUK Açısından	170
4- Cumhuriyet Savcılarının Tutuklama Kararının Geri Alınması İstemi	171
a- CMK Açısından	171
b- CMUK Açısından	171
5- Salıverilme Talepleri	172
a- CMK Açısından	172
b- CMUK Açısından	174
6- Salıverilme Taleplerinde Usul	174
7- Salıverilenin Yükümlülükleri	174
8- Tutuklamanın Bildirilmesi	175
a- CMK Açısından	175
b- CMUK Açısından	176
9- Tutukluluğun İncelenmesi	177
a- CMK Açısından	177
b- CMUK Açısından	179
10- Tedbirlere Uymama	180
C- Türk Hukuku'nda Tutmanın Mümkün Kılındığı Diğer Kanunlar	180
1- Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu Uyarınca Tutma	181
2- Çocuk Koruma Kanunu Uyarınca Tutma	184
V- Türk Mahkemeleri Kararlarının İncelenmesi	185
A- Ulusal Mahkeme Kararlarının Araştırma Çerçevesinde İncelenmesi	185
B- Ulusal Mahkeme Kararları Hakkındaki Diğer Tespitler	192
VI- Sonuç	198
VII- Özgeçmiş	201

Kısaltmalar

a.g.d. : Adı geçen dergi

a.g.e. : Adı geçen eser

a.g.k. : Adı geçen karar

bkz : Bakınız

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

İHAM : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İHAS : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

PVSK : Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu

s : Sayfa

Kaynakça

- **Altın Sözlük**, Hazırlayanlar: Necmettin Arıkan, Gülderen Yenal, Gülsevin Taşpınar, Milliyet Yayınları, s. 622
- **Anderson, J.** - *İnsan Hakları ve Polis*, Çeviren: İhsan Kuntbay, T. Orta Doğu Amme İdaresi Yayınları: 232, s: 17
- **Centel, Nur** - *Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi*, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, Yayına Hazırlayan Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf Akın, Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt 12, Sayı 1-3, 2004-2006, Beta Yayınları, İstanbul, Haziran 2006, s: 863
- **Çeçen, Anıl** - *İnsan Hakları Rehberi*, Bilim Yayıncılık, 1999, Ankara
- **Çolak, Haluk – Taşkın, Mustafa** - *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Seçkin Yayınları, Haziran 2005, s: 320-326
- **Demirbaş, Timur** - “Kişi Güvenliği”, İÜHFİM, C.XLIII, Sayı: 1-4, 1977'den naklen Mustafa Tarık Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2007, Ankara, s:69
- **Dinç, Güney** - *İnsan Hakları Yargısı ve Türkiye*, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, 1. Baskı, Mayıs 1997, İzmir, s: 9
- **Doğru, Osman** - “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı; Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72; 1. Baskı; Aralık 2004; s: 189-283
- **Dutertre, Gilles** - *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Eylül 2007, Ankara, s: 110-177
- **Erem, Faruk** - *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996, Ankara, s:440
- **Eriş, Uğur** - “İç Hukukta AİHS'nin 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı; Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, 1. Baskı, Aralık 2004, s: 288
- **Gomien, Donna** - AİHS El Kitabı, Çev: Serkan Cengiz, Utku Kılınç, İzmir Barosu Yayınları, 1. Basım, Ağustos 2008, s:38-46

- **Gouttes**, Regis de - “Article 5/2”, *La Convention Europeenne des Droits de L’homme: Commentaire Article par Article*, Sous la direction: Louis-Edmond Pettiti, Emanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, Economica, 1999, Paris, s: 203
- **Gölcüklü**, Feyyaz – **Gözübüyük**, Şeref - *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi Yayınları, 3. Bası, 2002, Ankara, s:221-244
- **Gropp**, Walter - “Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi”, Çeviren: Osman İsfen, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e armağan, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ağustos 2004, s: 324
- **Gültaş**, Veysel - *Tutuklama ve Kanun Yolları*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, 2008, Ankara, s:5
- **Harris**, D.J. – **O’Boyle**, M. – **Warbrick**, C. - *Law of the European Convention on Human Rights*, s: 118’
- Human Rights Files No.:4, s: 10
- **İnceoğlu**, Sibel - *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınları, 1. Bası, Mayıs 2002, İstanbul, s: 357
- **Kocasakal**, Ümit - *Terör ve İnsan Hakları Sempozyum Notları*, Yayına Hazırlayan: Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Bası, Temmuz 2006, s: 21,22
- **Kunter**, Nurullah - *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Kazancı Hukuk Yayınları, 7. Baskı, 1981, İstanbul, s: 521-525
- **Macovei**, Monica - *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 91, 1. Bası, Eylül 2005, s:6
- **Malkoç**, İsmail – **Güler**, Mahmut - *Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, 1. Cilt, Adil Yayınevi, 1998, Ankara, s: 449-456
- **Malkoç**, İsmail – **Yüksektepe**, Mert - *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Malkoç Kitabevi, 2005, s:24, 25, 280
- **Özbek**, Veli Özer - *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s: 271-283
- **Özmen**, İsmail – **Aktalay**, Uygur - *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Doruk Yayınları, 1993, s: 186
- **Öztürk**, Bahri – **Erdem**, Mustafa Ruhan - *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara, 2006, s:512, 513

- **Picard**, Michéle – **Titium**, Patrick - “Article 5/3”, *La Convention Européenne des Droits de L’homme: Commentaire Article par Article*, Sous la direction: Louis-Edmond Pettiti, Emanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, Economica, 1999, Paris, s: 216-220
- **Saraç**, Tahsin - *Fransızca-Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, 76. Baskı, 1976, Ankara, s.352
- **Schauer**, Frederick - *Playing by the Rules*, Clarendon Pres, New York, 1998, s: 222
- **Simmons**, Alan - *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Başvuru: Avukatlar İçin Uygulamaya Yönelik Bir Kılavuz*, Çeviren: Defne Orhun, Legal Yayıncılık, 1. Bası, Şubat 2005, s: 112-113
- **Şentuna**, Mustafa Tarık - *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2007, Ankara, s: 34-84
- **Şentuna**, Mustafa Tarık - “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Yargılama Yasamız Açısından Tutuklulukta Makul Süre”; (Makalenin tüm hakları yazarı Mustafa Tarık Şentuna'ya aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır).
- **Tanör**, Bülent – **Yüzbaşıoğlu**, Necmi - *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, Eylül 2001, İstanbul, s:164, 473-481
- **Tezcan**, Durmuş – **Erdem**, Mustafa Ruhan – **Sancakdar**, Oğuz - *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Kitapevi, 2004, Ankara, s: 280-293
- **Türkbağ**, Ali Ulvi - *Hakimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği*, “Hukuki Perspektifler Dergisi”, Sayı: 9, Aralık 2006, s: 20
- **Ünal**, Şeref - *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001; s: 135-150
- **www.echr.coe.int**
- **www.ihami.anadolu.edu.tr**
- **www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER**
- **Yılmaz**, Ejder - *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Bası, 1996, Ankara, s: 300
- **Yılmaz**, M. Şerif - “Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde ile İlgili Sorunlar”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, 1. Baskı, Aralık 2004, s: 306

- **Yurtcan**, Erdener - *Ceza Avukatının El Kitabı*, Vedat Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, Ekim 2006, s: 80
- **Yurtcan**, Erdener - *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2005, s: 66
- **Yurtcan**, Erdener - *CMUK Şerhi*, Beta Yayıncılık, 3. Bası, Mart 2000, İstanbul, s: 272-279
- **Yurttaş**, Şükrü - *Avrupa Topluluğu Hukuku; Ferdin Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvurma Hakkını Kullanma Şekli ve Duruşma Usulü*, s: 18

Mahkeme Kararları Dizini

İHAM Kararları

- A.D. v. Türkiye, Başvuru No: 29986/96, 22.12.2005
- Abdülsamet Yaman v. Türkiye, Başvuru No: 32446/96, 02.11.2004
- Aerts v. Belçika, Başvuru No: 61/1997/845/1051, 30.07.1998
- Akdeniz v. Türkiye, Başvuru No: 25165/94, 31.05.2005
- Akdeniz ve diğerleri, Başvuru No: 23954/94, 31.05.2001
- Aksoy v. Türkiye, Başvuru No: 21987/93, 18.12.1996
- Altay v. Türkiye, Başvuru No: 22279/93, 22.08.2001
- Altın v. Türkiye, Başvuru No: 73038/01, 24.05.2005
- Altun v. Türkiye, Başvuru No: 24561/94, 01.06.2004
- Amuur v. Fransa, Başvuru No: 19776/92, 25.06.1996
- Anguelova v. Bulgaristan, Başvuru No: 38361/97, 13.06.2002
- Aquilina v. Malta, Başvuru No: 25642/94, 29.04.1999
- Ashingdane v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 8225/78, 28.05.1985
- Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No: 90/1997/874/1086, 28.10.1998
- Ayşe Tepe v. Türkiye, Başvuru No: 29422/95, 22.10.2003
- B. v. Avusturya, Başvuru No: 11968/86, 28.03.1990
- Baggetta v. İtalya, Başvuru No: 10256/83, 25.06.1987
- Barfuss v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 35848/97, 31.07.2000
- Baranowski v. Polonya, Başvuru No: 28358/95, 28.03.2000
- Becciev v. Moldova, Başvuru No: 9190/03, 04.10.2005
- Benham v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 19380/92, 10.06.1996
- Berktaş v. Türkiye, Başvuru No: 22493/93, 01.03.2001
- Bezicheri v. İtalya, Başvuru No: 11400/85, 25.10.1989
- Blackstock v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 59512/00, 21.06.2005
- Bordovskiy v. Rusya, Başvuru No: 49491/99, 08.02.2005
- Bouchet v. Fransa, Başvuru No: 33591/96, 20.03.2001
- Boumar v. Belçika, Başvuru No: 9106/80, 29.02.1988
- Bozano v. Fransa, Başvuru No: 9990/82, 18.12.1986

- Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 14553/89, 14554/89, 25.05.1993
- Brincat v. İtalya, Başvuru No: 13867/88, 26.11.1992
- Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 11209/84, 29.11.1988
- Bülbül v. Türkiye, Başvuru No: 47297/99, 22.05.2007
- Caballero v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 32819/96, 08.02.2000
- Cesky v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 33644/96, 06.06.2000
- Chahal v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 22414/93, 15.11.1996
- Chitayev ve Chitayev v. Rusya, Başvuru No: 59334/00, 18.07.2007
- Ciulla v. İtalya, Başvuru No: 11152/84, 22.02.1989
- Clooth v. Belçika, Başvuru No: 12718/87, 12.12.1991
- Conka v. Belçika, Başvuru No: 51564/99, 05.02.2002
- Contrada v. İtalya, Başvuru No: 92/1997/876/1088, 24.08.1998
- Çakıcı v. Türkiye, Başvuru No: 23657/94, 08.07.1999
- Çiçek v. Türkiye, Başvuru No: 25704/94, 27.02.2001
- D.G. v. İrlanda, Başvuru No: 39474/98, 16.05.2002
- D.N. v. İsviçre, Başvuru No: 27154/95, 29.03.2001
- Dacewicz v. Polonya, Başvuru No: 34611/97, 02.10.2002
- Dalkılıç v. Türkiye, Başvuru No: 25756/94, 05.12.2002
- Danov v. Bulgaristan, Başvuru No: 56796/00, 26.10.2006
- De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, Başvuru No: 8805/79, 22.05.1984
- De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, Başvuru No: 2832/66, 18.06.1971
- Demir ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 71/1997/855/1062-1064, 23.09.1998
- Dikme v. Türkiye, Başvuru No: 20869/92, 11.07.2000
- Dougoz v. Yunanistan, Başvuru No: 40907/98, 06.03.2001
- Duinhof ve Duijf v. Hollanda, Başvuru No: 9626/81,9736/82, 22.05.1984
- E. v. Norveç, Başvuru No: 11701/85, 29.08.1990
- Eğmez v. Kıbrıs, Başvuru No: 30873/96, 21.12.2000
- Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 08.06.1976
- Enhorn v. İsveç, Başvuru No: 56529/00, 25.01.2005
- Erdagöz v. Türkiye, Başvuru No: 21890/93, 22.10.1997
- Eriksen v. Norveç, Başvuru No: 17391/90, 27.05.1997
- Fedotov v. Rusya, Başvuru No: 5140/02, 25.10.2005
- Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 12244/86, 30.08.1990

- Frommelt v. Lihtenştayn, Başvuru No: 49158/99, 24.06.2004
- Garabayev v. Rusya, Başvuru No: 38411/02, 07.06.2007
- Garcia Alva v. Almanya, Başvuru No:23541/94, 13.02.2001
- Gerger v. Türkiye, Başvuru No: 24919/94, 08.07.1999
- Giulia Manzoni v. İtalya, Başvuru No: 19218/91, 01.07.1997
- Govorushko v. Rusya, Başvuru No: 42940/06, 25.10.2007
- Grauslys v. Litvanya, Başvuru No: 36743/97, 10.10.2000
- Grauzinis v. Litvanya, Başvuru No: 37975/97, 10.10.2000
- Guzzardi v. İtalya, Başvuru No: 7367/76, 06.11.1980
- H.B. v. İsviçre, Başvuru No: 26899/95, 05.04.2001
- H.Y. ve HU. Y. v. Türkiye, Başvuru No: 40262/98, 06.10.2005
- Herczegfalvy v. Avusturya, Başvuru No: 10533/83, 24.08.1992
- Hilda Hafsteinsdottir v. İzlanda, Başvuru No: 40905/98, 08.06.2004
- Hirst v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 40787/98, 24.07.2001
- Hood v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 27267/95, 18.02.1999
- Huber v. İsviçre, Başvuru No: 12794/87, 23.10.1990
- I.A. v. Fransa, Başvuru No: 1/1998/904/1116, 23.09.1998
- İlasçu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, 08.07.2004
- İlijkov v. Bulgaristan, Başvuru No: 33977/96, 26.07.2001
- Iribarne Perez v. Fransa, Başvuru No: 16462/90, 24.10.1995
- Ilowiecki v. Polonya, Başvuru No: 27504/95, 04.10.2001
- Iwanczuk v. Polonya, Başvuru No: 25196/94, 15.11.2001
- İkincisoy v. Türkiye, Başvuru No: 26144/95, 15.12.2004
- İpek v. Türkiye, Başvuru No: 25760/94, 17.02.2004
- İrfan Bilgin v. Türkiye, Başvuru No: 25659/94, 17.07.2001
- İrlanda v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, 18.01.1978
- Jablonski v. Polonya, Başvuru No: 33492/96, 21.12.2000
- Jecius v. Litvanya, Başvuru No: 34578/97, 31.07.2000
- Johnson v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 119/1996/738/937, 24.10.1997
- K. F. v. Almanya, Başvuru No: 144/1996/765/962, 27.11.1997
- Kampanis v. Yunanistan, Başvuru No: 17977/91, 13.07.1995
- Karakoç ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 27692/95, 15.10.2002
- Kawka v. Polonya, Başvuru No: 25874/94, 09.01.2001
- Kehayov v. Bulgaristan, Başvuru No: 41035/98, 18.04.2005

- *Kemmache v. Fransa*, Başvuru No: 17621/91, 24.10.1994
- *Keus v. Hollanda*, Başvuru No: 12228/86, 25.10.1990
- *Khudoyorov v. Rusya*, Başvuru No: 6847/02, 08.11.2005
- *Kolompar v. Belçika*, Başvuru No: 11613/85, 24.09.1992
- *Kostadinov v. Bulgaristan*, Başvuru No: 55712/00, 07.02.2008
- *Koster v. Hollanda*, Başvuru No: 12843/87, 28.11.1991
- *Kreps v. Polonya*, Başvuru No: 34097/96, 26.07.2001
- *Kudla v. Polonya*, Başvuru No: 30210/96, 26.10.2000
- *Kurt v. Türkiye*, Başvuru No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998
- *Labita v. İtalya*, Başvuru No: 26772/95, 06.04.2000
- *Ladent v. Polonya*, Başvuru No: 11036/03, 18.03.2008
- *Lamy v. Belçika*, Başvuru No: 10444/83, 30.03.1989
- *Lawless v. İrlanda*, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961
- *Letellier v. Fransa*, Başvuru No: 12369/86, 26.06.1991
- *Lietzow v. Almanya*, Başvuru No: 24479/94, 13.02.2001
- *Luberti v. İtalya*, Başvuru No: 9019/80, 23.02.1984
- *Lukanov v. Bulgaristan*, Başvuru No: 21915/93, 20.03.1997
- *M.B. v. Polonya*, Başvuru No: 34091/96, 27.04.2004
- *Mansur v. Türkiye*, Başvuru No: 16026/90, 08.06.1995
- *Matznetter v. Avusturya*, Başvuru No: 2178/64, 10.11.1969
- *McGoff v. İsveç*, Başvuru No: 9017/80, 26.10.1984
- *Megyeri v. Almanya*, Başvuru No: 13770/88, 12.05.1992
- *Monnell ve Morris v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 9562/81, 02.03.1987
- *Muller v. Fransa*, Başvuru No: 21802/93, 17.03.1997
- *Murray v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 14310/88, 28.10.1994
- *Musial v. Polonya*, Başvuru No: 24557/94, 25.03.1999
- *Nesibe Haran v. Türkiye*, Başvuru No: 28299/95, 06.01.2006
- *Neumeister v. Avusturya*, Başvuru No: 1936/63, 27.06.1968
- *Nevmerzhitsky v. Ukrayna*, Başvuru No: 54825/00, 05.04.2005
- *Niedbala v. Polonya*, Başvuru No: 27915/95, 04.07.2000
- *Nielsen v. Danimarka*, Başvuru No: 10929/84, 28.11.1988
- *Nikolova v. Bulgaristan*, Başvuru No: 31195/96, 25.03.1999
- *O'Hara v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 37555/97, 16.10.2001
- *Orhan v. Türkiye*, Başvuru No: 25656/94, 18.06.2002

- Öcalan v. Türkiye, Başvuru No: 46221/99, 12.05.2005
- Özgen ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 38607/97, 20.09.2005
- Pantea v. Romanya, Başvuru No: 33343/96, 03.09.2003
- Pauwels v. Belçika, Başvuru No: 10208/82, 26.05.1988
- Pekov v. Bulgaristan, Başvuru No: 50358/99, Başvuru No: 30.03.2006
- Perks ve diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95, 28456/95, 12.10.1999
- Picaro v. İtalya, Başvuru No: 42644/02, 09.06.2005
- Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 31315/96, 25.04.2000
- Quinn v. Fransa, Başvuru No: 18580/91, 22.03.1995
- R.M.D. v. İsviçre, Başvuru No: 81/1996/700/892, 26.09.1997
- Riera Blume ve diğerleri v. İspanya, Başvuru No: 37680/97, 14.10.1999
- Ringeisen v. Avusturya, Başvuru No: 2614/65, 16.07.1971
- Rutten v. Hollanda, Başvuru No: 32605/96, 24.07.2001
- S.B.C. v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 39360/98, 19.06.2001
- Saadi v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 13229/03, 29.01.2008
- Sabeur Ben Ali v. Malta, Başvuru No: 35892/97, 29.09.2000
- Sadak v. Türkiye, 25142/94-27099/95, 08.04.2004
- Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, 23878/94, 26.11.1997
- Sanchez-Reisse v. İsviçre, Başvuru No:9862/82, 21.10.1986
- Schiesser v. İsviçre, Başvuru No: 7710/76, 04.12.1979
- Schöps v. Almanya, Başvuru No: 25116/94, 13.02.2001
- Silva Rocha v. Portekiz, Başvuru No: 18165/91, 15.11.1996
- Soumare v. Fransa, Başvuru No: 48/1997/832/1038, 24.08.1998
- Stafford v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 46295/99, 28.05.2002
- Slivenko v. Letonya, Başvuru No: 48321/99, 09.10.2003
- Steel ve diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 67/1997/851/1058, 23.09.1998
- Stephen Jordan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 30280/96, 14.06.2000
- Stoichkov v. Bulgaristan, Başvuru No: 9808/02, 24.03.2005
- Stögmüller v. Avusturya, Başvuru No: 1602/62, 10.11.1969
- Şarlı v. Türkiye, Başvuru No: 24490/94, 22.05.2001
- T.W. v. Malta, Başvuru No: 25644/94, 29.04.1999
- Tahsin Acar v. Türkiye, Başvuru No: 26307/95, 08.04.2004
- Talat Tepe v. Türkiye, Başvuru No: 31247/96, 21.12.2004

- Tanış ve diğerkleri v. Türkiye, Başvuru No: 65899/01, 02.08.2005
- Taş v. Türkiye, Başvuru No: 14.11.2000, 24396/94
- Tekdağ v. Türkiye, Başvuru No: 27699/95, 15.01.2004
- Tepe v. Türkiye, Başvuru No: 27244/95, 09.05.2003
- Timurtaş v. Türkiye, Başvuru No: 23531/94, 13.06.2000
- Toğcu v. Türkiye, Başvuru No: 27601/95, 31.05.2005
- Tomasi v. Fransa, Başvuru No: 12850/87, 27.08.1992
- Toth v. Avusturya, Başvuru No: 11894/85, 12.12.1991
- Trzaska v. Polonya, Başvuru No: 25792/94, 11.07.2000
- Vachev v. Bulgaristan, Başvuru No: 42978/98, 08.07.2004
- Van der Leer v. Hollanda, Başvuru No: 11509/85, 21.02.1990
- Van der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe v. Hollanda, Başvuru No: 9362/81, 9363/81, 9387/81, 22.05.1984
- Van Droogenbroeck v. Belçika, Başvuru No: 7906/77, 24.06.1982
- Varbanov v. Bulgaristan, Başvuru No: 31365/96, 05.11.2000
- Vasileva v. Danimarka, Başvuru No: 52792/99, 25.09.2003
- W. v. İsviçre, Başvuru No: 14379/88, 26.01.1993
- Waite v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 53236/99, 10.12.2002
- Wassink v. Hollanda, Başvuru No: 12535/86, 27.09.1990
- Weeks v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 9787/82, 02.03.1987
- Wemhoff v. Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968
- Weeks v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 9787/82, 02.03.1987
- Witold Litwa v. Polonya, Başvuru No: 26629/95, 04.04.2000
- Wloch v. Polonya, Başvuru No: 27785/95, 19.10.2000
- X v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7215/75, 05.11.1981
- Yağcı ve Sargın v. Türkiye, Başvuru No: 16419/90, 08.06.1995
- Yordanov v. Bulgaristan, Başvuru No: 56856/00, 10.08.2006
- Yurttaş v. Türkiye, Başvuru No: 25143/94-27098/95, 27.05.2004
- Zilli ve Bonardo v. İtalya, Başvuru No: 40143/98, 18.04.2002

Komisyon Kararı

Cumber v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 28779/95, 27.11.1996

Anayasa Mahkemesi Kararı

1991/18 Esas, 1992/20 Karar ve 31.03.1992 tarihli kararı

Yargıtay Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2006/1-4 Esas, 2006/7 Karar Sayılı ve 31.01.2006 tarihli kararı.

Araştırma Kapsamında Değerlendirilen Ulusal Mahkeme Kararları Listesi

- Ağrı Askeri Ceza Mahkemesi, 2007/103*, Z.A.
- Fatih 5. Asliye Ceza Mahkemesi, 2005/2*, C.A.
- İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/34*, M.S.K.
- İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2008/*, İ.S.
- İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/3*, O.Ö.
- İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2004/36*, H.A.
- İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 2005/5*, İ.Ç.
- İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/6*, Y.T.
- İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/*, S.D.
- İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesi, 2001/29*, T.T.
- İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/20*, Ö.A.
- İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2003/4*, H.T.
- İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/32*, M.O.D.
- İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2005/37*, T.E.
- İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2008/12*, B.G.
- İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 2005/50*, T.U.
- İzmir 6. Ağır Ceza Mahkemesi, 2003/33*, N.Ö.
- İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi, 2006/26*, S.Ö.
- İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/24*, İ.G.
- İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesi, 2005/15*, A.B.
- İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesi, 2006/35*, B.C.
- İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/6*, M.G.

- İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 2005/3*, M.N.
- İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/17*, Z.A.
- İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/31*, A.K.
- İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/32*, H.I.
- İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi, 2006/7*, Z.G.
- İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/42*, B.K.
- İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/1*, M.B.
- İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/16*, R.K.
- İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/34*, E.S.
- İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/152, S.T.
- İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 2006/6*, A.A.
- İzmir 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/46*, F.E.
- İzmir 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 2006/21*, S.B.
- İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesi, 1999/155*, Y.E.
- İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesi, 2003/42*, T.T.
- İzmir 4. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/40*, M.Ç.
- İzmir 11. Asliye Ceza Mahkemesi, 2008/4*, S.B.
- İzmir 12. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/37*, A.B.
- İzmir 17. Asliye Ceza Mahkemesi, 2003/6*, Ö.O.
- Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2002/53*, F.E.
- Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/19*, A.K.
- Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/19*, V.A.
- Karşıyaka 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 2006/63*, H.E.
- Karşıyaka 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/46*, A.S.
- Karşıyaka 1. Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/32*, N.S.
- Karşıyaka 3. Asliye Ceza Mahkemesi, 2008/*, M.İ.
- Konya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 2007/21*, B.E.
- Üsküdar 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 2006/32*, R.Y.

I- GİRİŞ

Tez kapsamında kişi özgürlüğünün “tutuklama” ve “tutma”¹ yolu ile askıya alınması incelenecektir. Bu doğrultuda öncelikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (Bundan sonra CMK olarak anılacaktır), daha sonra ise sırası ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. maddesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Mahkemelerinin “tutukluluk” ile ilgili kararları incelenecektir.

Bu aşamada belirtmelidir ki tez içerisinde, yaygın kullanım olan; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” ve “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” yerine, adı geçen sözleşme ve mahkeme “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi” ve “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi” olarak anılacaktır. Bunun nedeni, yapılacak doğrudan tercümenin ikinci kullanımları doğru çıkarması olduğu kadar, “insan hakları” gibi evrensel ve önemli bir kavramın Avrupa Kıtası sınırlarına hapsedilmesinin istenmemesidir. Sözleşme ve Mahkeme; her ne kadar bir Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Mahkemesi olsalar da, sözleşmeciler devletlerin ihlallerinde, tez içerisinde görüleceği üzere, vatandaşlık esasına bakılmadan tüm insanların hakları korunmaktadır. Bu nedenle tercümenin doğruluğu yanında, insan haklarına verilen önem açısından da tez içerisinde ikinci şekilde isimlendirmek tercih edilecek, bu doğrultuda kısaltma olarak da “İHAS” ve “İHAM” kısaltmaları tercih edilecektir.

Tez içerisinde “tutuklama” çeşitli yönleri ile ayrıntılı olarak ele alınmış, konu ile yakın bağlantılı ancak tam olarak tezin konusu olmayan; “haksız tutuklama tazminatı” ile ilgili bölümler hakkında ise önemli görülen bilgiler eklenmiş ancak ayrıntılı bir incelemeye gidilmemiştir.

Tez içerisinde gerekli görülen yerlerde ceza muhakemesi alanını düzenleyen CMK’nın, bu alandaki eski düzenlemeleri kapsayan CMUK ile

¹ Tez kapsamında incelenecek olan İHAS’nin orijinal metninde yer alan “arrest” ve “detention” kavramları Türkçe’de “yakalama”, “gözaltı” ve “tutuklama”ya karşılık gelmekte, buna karşın tam olarak bir karşılığı bulunmayan diğer “tutma” durumlarını karşılamaya yetmemektedir. Bu nedenle tez içerisinde gözaltı, yakalama ve tutuklama dışında kalan tüm diğer tutmalar için “tutma” terimi kullanılacaktır.

karşılaştırılması yoluna başvurulmuş, böylece yeni kanunumuz ile kişi özgürlüğünün korunmasının sınırlarının eskiye oranla ne yönde ilerlediğinin tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

İHAM içtihatları incelenirken mümkün olduğunca fazla sayıda karara atıfta bulunulmaya çalışılmış ve böylece kararlardaki olaya özgürlükten arınılarak genel ilkelerin saptanmasına yardımcı olmak amaçlanmıştır.

Ulusal mahkeme kararlarının incelenmesi sırasında da mümkün olduğunca fazla sayıda karara ulaşılmaya çalışılmış, ancak bu konuda birçok zorlukla karşılaşıldığından araştırma kapsamında 50 sayıda karar incelenebilmiştir. Bu kararlar teze “araştırma kapsamında değerlendirilen ulusal mahkeme kararları listesi” bölümü olarak eklenmiş; ancak, kararların mahkemesi ve esas numaraları verilirken, bu numaraların son rakamları yerine “*” işareti konarak ve ilgili kişilerin isimlerinin sadece baş harflerinin yazılması sureti ile isimleri saklanarak, kişilerin açıklanmasını istemeyebileceği isimlerine herkesin ulaşımı engellenmek istenmiştir.

Tez, modern hukuk sistemlerinde ve toplum yaşantısında çok önemli bir yere sahip olan ve gerekli yerde uygulandığında adaletin sağlanması açısından çok önemli; ancak, yanlış yerde uygulandığında ya da gereksiz olarak devam ettirildiğinde; kişi özgürlüğünün en ağır ihlali olan “tutukluluk” uygulamasının sınırlarının çizilmesine yardımcı olmayı amaçlamaktadır.

II- ÖZGÜRLÜK ve GÜVENLİK HAKKI

İHAS’ın, özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesi, Sözleşme’nin en önemli maddelerinden birisidir². Bu madde önemlidir zira, madde ile düzenlenmiş özgürlük hakkını kullanamayanlar, İHAS’ın diğer

² Bazı yazarlar bu maddenin Sözleşme’nin en önemli maddesi olduğunu düşünmektedirler. Örneğin; Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001; s: 135.

maddelerinde düzenlenmiş bulunan diğer bir çok hakkını da kullanamayacaklardır³.

5. madde aynı zamanda İHAM'a en fazla sayıda başvuruda bulunulan maddelerden birisidir. Başvuru sayısının ve madde düzenlemesinin önemi nedeni ile madde bölümlere ayrılarak incelenecektir. Ancak, ayrıntılı incelemeye geçmeden önce belirtilmelidir ki, madde; öncelikle bir özgürlük karinesi saptamakta, daha sonra ise bu karinenin istisnalarını sıralamaktadır. Tutulmanın sahip olduğu haklar ve tutulma nedeni ile uğranılan zararın tazmini ise maddenin takip eden fıkralarında yer almaktadır.⁴

İHAS'ın 5. maddesi; "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" başlığını taşımaktadır. Madde başlığı olan "özgürlük" hakkının sınırlandırılabilceği istisnai haller madde içerisinde sayılmıştır. Madde içerisinde sayılan bu istisnalar sınırlı sayıdadır ve genişletilmesi ya da yeni bir istisna kabul edilmesi Sözleşme'ye aykırı olacaktır⁵. Ayrıca, Sözleşme ile düzenlenmiş bulunan istisnaların keyfi yorum ya da uygulaması da İHAS'a aykırı olacaktır⁶. Buna karşın, madde başlığında yer alan "güvenlik" hakkının istisnası yoktur. Madde metni aşağıdaki şekildedir:

"1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine

³ Aynı şekilde yorum için bkz. Monica Macovei, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 91, 1. Bası, Eylül 2005, s:6.

⁴ Bu bölümleri; "kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tanınması" ve "kişi özgürlüğü ve güvenliğini korumak için alınan önlemler" olarak iki gruba ayıranlar da vardır. Örneğin; Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi Yayınları, 3. Bası, 2002, Ankara, s:221.

⁵ Benzer yorum için bkz. Alan Simmons, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Başvuru: Avukatlar İçin Uygulamaya Yönelik Bir Kılavuz*, Çeviren: Defne Orhun, Legal Yayıncılık, 1. Bası, Şubat 2005, s: 112.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Eylül 2007, Ankara, s: 110-113.

getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Suç işlediği hakkında makul⁷ şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

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

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması.

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 tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma 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.

⁷ Sözleşme metninin alındığı çeviride, “makul” yerine “geçerli” tercih edilmiştir. Ancak “makul” kavramı daha isabetli ve konuya uygun bir çeviri olduğundan tez içerisinde belirtilen şekilde kullanılacaktır.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır”⁸.

A- İHAS’ın Özgürlük Karinesi ve İstisnaları

İHAS’ın 5/1. fıkrası görüleceği üzere, “herkes” diyerek hükmüne başlamaktadır. Burada bir sınırlamaya gidilmediği ve erkek-kadın, büyük-küçük, vatandaş-yabancı gibi ayrımlara başvurulmadığı ortadadır. Ancak buradaki herkes, İHAS’a taraf olan devletlerin gerçekleştirebilecekleri ihlallere karşı korunan insanları kapsamaktadır. Koruma, sözleşmecî devletlerin toprak sınırları ile sınırlı değildir. Burada devletlerin etki alanına bakılmalıdır. Kişi açısından bakıldığında ise, kuşkusuz ki bir Afrikalı ya da Asyalı’nın da bir Avrupalı kadar kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır. Ancak, sadece sözleşme kapsamı içerisindeki devletler aleyhine İHAM’a başvurabilme, dolayısıyla da haklarını arama yolu açıktır. Bu nedenle, kapsam dışındaki bir devlet ne kadar önemli ve vahim bir ihlal gerçekleştirmiş olursa olsun, İHAM ve dolayısıyla İHAS tarafından bir koruma sağlanamamaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme’nin tarafı olmayan devlet vatandaşlarının, Sözleşme’ye taraf devletlerin, haklarında gerçekleştirdikleri ihlaller aleyhine İHAM’a başvurabilme hakları saklıdır. Örneğin Sözleşme tarafı olmayan Peru vatandaşı olan Garcia Alva’nın, Sözleşme tarafı Almanya aleyhine⁹, benzer şekilde sözleşmeye taraf olmayan Arjantin vatandaşı olan Leandro Sanchez-Reisse’nin de sözleşme tarafı İsviçre aleyhine¹⁰ başvuruları İHAM tarafından kabul edilmiş ve karara bağlanmıştır.

İHAS’ın 5. maddesi, devlet yetkililerinin; devletin yetkisi dışında olsa dahi; devlet adına iş görenlerin yakalama ve tutma eylemleri hakkında uygulanır. Özel kişilerin, diğer kişilerin güvenliklerine yönelik oluşturdukları tehditler 5. maddenin koruması kapsamında değildir¹¹.

⁸ Sözleşme metninin çevirisi http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TUR_Conven.pdf adresli İHAM’ın internet sitesinden alınmıştır.

⁹ Garcia Alva v. Almanya, Başvuru No:23541/94, 13.02.2001.

¹⁰ Sanchez-Reisse v. İsviçre, Başvuru No:9862/82, 21.10.1986.

¹¹ Aynı yönde bilgi için bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s: 222.

5. maddenin ilk fıkrası, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı olduğunu belirtmekte ve bir karine ortaya koymaktadır. Ancak, İHAM kararları incelenirken değerlendirileceği gibi, bu bölümde de belirtmekte yarar vardır ki, 5. madde içerisinde koruma altına alınan özgürlük, kişinin fiziksel anlamda özgürlüğüdür¹². İfade, inanç ve benzeri diğer özgürlükler İHAS'ın takip eden maddelerinde yerlerini almışlardır.

5/1. fıkranın devamında “yasada belirlenen yollar dışında” denmektedir. Böylece, Sözleşme’ye uygun bir tutma için, tutmanın öncelikle iç hukuk yasalarına uygun olması gerekmektedir¹³. Böylece tutma usulü keyfilikten arındırılmak istenmiş ve tutmanın uygulanma şartları açısından yasal güvencelerin getirilmesi istenmiştir¹⁴.

Fıkra içinde geçen “aşağıdaki haller” ibaresi aşağıda incelenecek fıkralara atıfta bulunmakta ve Sözleşme’ye uygun tutma nedenlerini ortaya koymaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, Sözleşme’ye uygun bir tutma gerçekleştirilebilmesi için, tutmanın, hem yukarıda değinilen “yasada belirlenen yol” hem de “aşağıdaki haller” denerek sayılan ve aşağıda açıklanacak olan sebeplerden birine girmesi gerekir¹⁵. Bu iki unsuru aynı anda içermeyen her tutma Sözleşme’ye aykırı olacaktır.

5. madde, takip eden fıkralar içerisinde belirsiz istisnalar getirerek, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını kısıtlamak yerine, istisnaları tek tek sayarak, özgürlükleri genişletici bir yol izlemiştir. Genel ve soyut bir istisna koymak yerine, belirli istisnaların konulması, özgürlüklerin sağlanmasını ve korunmasını etkin bir şekilde gerçekleştirebileceğinden oldukça önemlidir. Zira, sayılan

¹² Detaylı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Kitapevi, 2004, Ankara, s: 280.

¹³ Aynı yönde bilgi için bkz. Macovei, a.g.e., s:10; Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, s: 138; Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 281.

¹⁴ Aynı yönde yorum için bkz. Uğur Eriş, “İç Hukukta AIHS'nin 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı; Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, 1. Baskı, Aralık 2004, s: 288.

¹⁵ Aynı yönde bilgi için Osman Doğru, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı; Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72; 1. Baskı; Aralık 2004; s: 189.

istisnalar dışında bir gerekçe ile bir kişinin özgürlüğünün ihlal edilmesi, iç hukuka uygun olsa bile Sözleşme'ye uygun olmayacaktır¹⁶.

Yukarıda metni verilen 5. maddenin ilk fıkrası incelendiğinde sayılan istisnaların açık olduğu görülecektir. Buna göre “a” ve “b” bentlerinde, yetkili mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararlarının yerine getirilmesi, yasaya uygun bir mahkeme emrine karşı gelmek ve yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacı ile tutmanın Sözleşme'ye uygun olacağı düzenlenmektedir. Bu bentlere giren durumlar İHAM kararlarında ayrıntılı olarak yer bulmuşlardır. Bu nedenle, bu iki bent; İHAM kararlarının tartışılacağı bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir. Ancak belirtmek gerekir ki; yasal yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacı ile tutma söz konusu olduğunda, bu amaca yönelik başka bir tedbir yeterli olacaksa artık kişi tutulmamalıdır. Örneğin; kişinin mahkeme huzuruna gelmesi değişik yöntemlerle sağlanabiliyorsa, mahkeme önüne çıkarmak için tutma yoluna başvurulmamalıdır¹⁷. Mahkeme emrine uymama nedeni ile tutmanın ise, yasal bir mahkeme kararına dayanması gerekir¹⁸. Aksi halde bu bende dayanılarak bir tutma gerçekleştirilemez.

Sözleşme'nin 5. maddesinin “c” bendi hakkında öncelikle belirtilmelidir ki, bu bende dayanılarak gerçekleştirilecek bir tutma, bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında olmalıdır¹⁹. Bundan başka, İHAS'ın 5/1-c bendi ile belirli koşullar getirilmektedir. Bunlardan ilki; “bir suç işlediği hakkında makul şüphe bulunması” durumudur. Tezin ilerleyen bölümlerinde inceleneceği üzere, Sözleşme'nin, “makul şüphe” anlayışı, İHAM tarafından, dar bir şekilde yorumlanmaktadır. İHAM, makul şüphenin var olup olmadığının tespitine ilişkin incelemeye sıklıkla yer vermemektedir. Bunun nedeni, olayın esasına daha hakim

¹⁶ Aynı yönde yorum için bkz. Macovei, a.g.e., s: 13.

¹⁷ J. Anderson, *İnsan Hakları ve Polis*, Çeviren: İhsan Kuntbay, T. Orta Doğu Amme İdaresi Yayınları: 232, s: 17'den naklen Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001, s: 141.

¹⁸ Tutma ile mahkumiyet kararı arasında illiyet bağının olması gerekliliği hakkında bilgi için bkz. Dutertre, a.g.e., s: 113,114. Hapisliğin sadece mahkeme kararından sonra olması değil, hapisliğin mahkumiyet kararına dayanmasının gerekliliğini ortaya koyan benzer yönde görüş için bkz. Doğru, a.g.e., s: 221.

¹⁹ Aynı yönde bilgi için bkz. Dutertre, a.g.e., s: 120.

olan yerel mahkemelerin daha yerinde karar verebileceğine olan inançtır. Ancak, şüphenin makul nedenlere dayanması aranmaktadır²⁰. Bununla birlikte, makul şüpheye dayanılarak başlatılan tutmalarda İHAM, tekrar tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, makul şüphenin tutuklama yapılması için yeterli kabul edilebileceğini, ancak ilerleyen süreçte, tutukluluğun devamı için tek başına yeterli olmayacağını kabul etmektedir.

5/1-c bendinin bir başka koşulu; “suç işlemesine ... engel olmak” koşuludur. Bu düzenleme önleyici bir koşul getirmektedir. Bent uyarınca, taraf devlet mahkemelerine suçun önlenmesi amaçlı tutma yapma imkanı tanınmaktadır. Ancak, bu nedene dayanarak yapılacak tutuklama ve benzeri önlemlerin ispatının zor olması nedeni ile, bu koşul kapsamı içerisindeki uygulama istisnai şartlar altında olmalıdır. Zira bent, “zorunluluğu doğuran makul nedenlerin bulunması” şartını aramaktadır. Makul nedenlerin neler olduğu açıklanmamıştır. Ancak, Sözleşme’nin ilgili maddesinin yapısı ve Sözleşme’nin özgürlükleri koruyucu tavrı ve Sözleşme’nin “insan hakları” gibi önemli bir başlık taşıması uyarınca, “makul nedenlerin” sınırlı, dar, gerekli ve olaya özgü olması gerekir. Önleyici amaçlı genel gerekçeler; örneğin kişinin geçmişte benzer suçlar işlemesi, ekonomik sıkıntı içinde olması ve benzeri soyut gerekçelerle bu koşula dayanılarak tutuklama gerçekleştirilememelidir. İşlenmesi önlenmeye çalışılan suç yakın ve işlenebilir olmalıdır²¹. Ayrıca unutulmamalıdır ki, 5. maddenin ilk fıkrasında “yasada belirlenen yollar dışında” ibaresi yer aldığından; suç işlenmesine engel olmak amacı ile yapılacak tutuklamanın, sözleşmeci devlet iç hukukunda da tanınmış olması gerekir²².

5/1-c bendinin başka bir önemli koşulu; “suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak” koşuludur. Ancak buradaki kaçma şüphesi dar bir kaçma şüphesini işaret etmektedir. Zira; 5/1-c bendi yetkili merci önüne çıkarılmak üzere tutmayı

²⁰ Farklılıklarla birlikte aynı yönde yorum için bkz. M. Şerif Yılmaz, “Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde ile İlgili Sorunlar”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, 1. Baskı, Aralık 2004, s: 306; Macovei, a.g.e., s: 29; Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 284.

²¹ Aynı yönde görüş için bkz. Macovei, a.g.e., s: 36.

²² Şükrü Yurttaş, *Avrupa Topluluğu Hukuku; Ferdin Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvurma Hakkını Kullanma Şekli ve Duruşma Usulü*, s: 18.

düzenlemektedir. Genel “kaçma şüphesine” dayanılarak yapılan tutmalar hakkında ise 5/3. fıkra uygulama alanı bulur. 5/1-c bendi bu açıdan, suçüstü hallerini ve suç işledikten kısa bir süre sonra yakalanan kişilerin kaçmasının engellenmesi amaçlı olarak tutulmalarını kapsamına alır. Ancak bazı düşünürler, “suçu işledikten sonra kaçmakta olan bir kimsenin her halükarda suç işlediğinden makul kuşku duyulan kişi olarak gözaltına alınıp tutulabileceğini”²³, bu nedenle de düzenlemenin gereksiz olduğunu düşünmektedirler. Bent içerisinde ayrıca; “engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenler” denilerek, “kaçma şüphesinin” makul nedenlere dayandırılması gerektiği düzenlenmektedir. Ancak makul nedenlerin ne olacağı bir önceki koşul da olduğu gibi belirlenmemiştir. Aynı şekilde burada da “makul nedenlerin” dar yorumlanması gerekir. Kaçma şüphesinin oluştuğuna dair makul nedenler ile olaya özgü tüm koşullar muhakkak tutmaya ilişkin kararlar içerisinde gösterilmelidir²⁴.

5/1-c bendinin son koşulu; “yetkili merci önüne çıkarılmak üzere” yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması koşuludur. Bu son koşul; 5/1-c bendi kapsamında gerçekleştirilecek tüm tutmaların bu şarta uygun yapılması gerekliliğini getirmektedir. Eğer tutma, yetkili merci önüne çıkarmak amacı ile yapılmıyorsa, 5/1-c bendine uygun bir tutmadan bahsedilemez²⁵. Bu koşul içerisinde geçen “yetkili merci” kavramının tanımı Sözleşme içerisinde yapılmamıştır. Ancak, İHAM, yetkili mercii sadece mahkemelerden ibaret olarak görmemektedir. Yakalanan ve tutulanan, tutukluluk durumunun devamına karar verebilecek herhangi bir makamın, yetkili merci olarak kabul edilebileceği İHAM kararlarında ifade edilmektedir. Ancak yetkili mercinin, tutukluluk durumunu her yönüyle incelemeye yetkili ve karara bağlayabilecek bir makam olması aranmaktadır. 5. maddenin 3. fıkrası incelenirken görüleceği üzere, 5/1-c bendi,

²³ D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s: 118’den naklen Osman Doğru, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 72, 1. Baskı, Aralık 2004, s: 239.

²⁴ Aynı yönde yorum için bkz. Macovei, a.g.e., s: 33.

²⁵ Aynı yönde bilgi için bkz. Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu*, s: 135 ve Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s: 230.

sadece yetkili merci önüne çıkarılıncaya kadarki süre boyunca yakalama ve tutma fiillerini düzenler.

5/1-d bendi, “küçük” olarak kabul edilenlerin tutulu durumda bulundurulmasını düzenlemektedir. Bent uyarınca, gözetim altında eğitimi için tutma ve yetkili merci önüne çıkarılıncaya kadar tutma istisnaları düzenlenmiştir. Buradaki kısıtlama; tutma kararlarının, “usulüne uygun olarak” verilmiş olmasının gerekliliğidir. Bu kısıtlama ile, küçüklerin keyfi olarak tutulmalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Tezin, İHAM kararlarının inceleneceği ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, bu bende dayanılarak küçüklerin tutulması işlemlerinde usule uygun işlem yapılmamasından dolayı ihlaller çıkmıştır. Ancak bu bent yeterli açıklıkta değildir. Zira, tutulan küçüklerin eğitim amaçlarına olanak sağlayan yerlerde tutulması gerekir²⁶. Aksi halde tutulmalarının hiçbir faydası olmayacaktır. Sözleşme, “usulüne uygun olarak” diyerek zımnen böyle bir kabule götürmektedir, ancak açık bir düzenleme daha koruyucu bir nitelikte olabilirdi. Bu bent hakkında dikkat edilmesi gereken bir başka durum, küçüklerin cezai yargılamaya dayanılarak tutulmasının bu bent kapsamında olmadığıdır. Cezai yargılamanın muhatabı küçük de olsa, İHAS’ın 5/1. fıkrasının “d” bendi değil; “a” ya da “c” bendi uygulama alanı bulur²⁷.

5/1-e bendinde kamu düzenini korumak amacıyla bazı tutuklama istisnaları tanınmıştır. Bu bent uyarınca, kamu sağlığını bozabilecek, kamu düzenine zarar verme ihtimali bulunan kişilerin tutulabileceği düzenlenmektedir. Ancak, bent içerisinde sayılan kavramlar tanımlanmadığından, kavramların tanımı konusunda sözleşmecî devletlerin geniş bir uygulama alanı ortaya çıkmaktadır. Tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, İHAM da, İHAS’a uygun olarak tanım yapma yoluna gitmemiş, sözleşmecî devletlerin iç hukuklarında yapmış olduğu tanımlara sadık kalmıştır. Kamu sağlığının korunması amacıyla tanınan ilk istisna; bulaşıcı hastalık yayabilecek kimselerin tutulu durumda bulundurulabilmesidir. Sözleşmenin genel tavrının aksine burada geniş bir istisna tanınmıştır. Zira bulaşıcı hastalık tanımının bu kadar geniş tanınması, grip nedeni

²⁶ Benzer yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 285.

²⁷ Doğru, a.g.e., s: 240.

ile bir kimsenin tutulabilmesine yol açabilir. Bent içerisinde bulaşıcı hastalık nedeni ile tutma yapılabilmesinde; kamu sağlığını tehdit edebilecek bir şekilde bulaşıcı hastalık yayabilecek veya diğer kimselerin hayatlarını tehdit edebilecek şekilde hastalık yayabilecek kimselerin tutulu durumda bulundurulabilmelerinin hüküm altına alınması daha uygun olurdu. Benden başka eksiği, bu tip kişilerin nerelerde tutulabileceğinin gösterilmemiş olmasıdır. Zira, bulaşıcı bir hastalığa yakalanması nedeni ile bir kişinin tutukevi veya cezaevine konulması, kişi güvenlik ve özgürlük hakkını zedeleyici bir tutum olacaktır. Bulaşıcı hastalık nedeni ile tutulan kişilerin, ancak sağlık hizmeti verebilecek ve hastalığın yayılmasını engelleyebilecek yerlerde tutulması gerektiği de bent içerisinde hüküm altına alınmalıydı. Aksi halde, bulaşıcı hastalığa yakalanmış kişilerin hem tedavilerinin mümkün olmaması nedeni ile tutukluluk durumları gereksiz olarak uzayacak, hem de hastalığın diğer kişilere bulaşma ihtimali devam edecektir. Kısaca, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi amacı ile düzenlenmiş bu bent işlevsiz hale gelebilecektir. Madde içerisindeki “usulüne uygun olarak” ibaresi, bir önceki bentte sağladığı korumayı bulaşıcı hastalıklar açısından sağlamaya yeterli değildir. Bu nedenle yük İHAM’ın içtihatlarına binmektedir. Ayrıca burada belirtilmesi gereken bir eksiklik daha vardır. Bu da, bulaşıcı hastalık durumunun tedavi edilmesi veya kendiliğinden sona ermesi durumunda kişinin derhal serbest bırakılması gereğidir. Fıkranın başındaki “özgürlük karinesine” karşın, bent içerisinde bu durumun açıkça ve ayrıca belirtilmesi daha uygun olurdu.

5/1-e bendi uyarınca “akıl hastalarının” da tutulu durumda bulundurulabileceği kabul edilmektedir. Akıl hastalarının da ancak “usulüne uygun” olarak tutulabileceği düzenlenmiştir. Sözleşme içerisinde bir akıl hastası tanımı verilmemektedir. Buna karşın Divan; “*bireyin salt, belirli bir toplumda hakim olan değerlere aykırı düşüncelere sahip olması ve davranışlar göstermesi, kendisinin söz konusu hükme göre tutuklanmasını haklı göstermez*”²⁸ demektedir. Böylece akıl hastası teriminin, toplumların değerlerine aykırı davranmak şeklinde

²⁸ Human Rights Files No.:4, s: 10’dan naklen 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 No:69, Ankara, 1995, s: 140.

tanımlanamayacağı; bilimsel önem taşıyan tıbbi raporların bu konu hakkında belirleyici olması gerekliliği söz konusudur²⁹. İHAM'ın bu konudaki yorumları ise, çalışmanın ilerleyen bölümlerinden incelenecektir.

Burada ayrıca belirtilmelidir ki; akıl hastalarının, tedavilerine uygun bir yerde tutulma gerekliliği ile, hastalığın tedavi edilmesi sonucunda kişilerin derhal ya da kontrol altında belirli bir süreç içerisinde serbest bırakılması bent içerisinde yer almamaktadır³⁰. Bu durum da kişi güvenlik ve özgürlüğünü zedeleyebilen bir tehlike arz etmektedir. Zira bent içerisinde sayılan tüm diğer kişilerde olduğu gibi akıl hastalarının tutulu durumda bulundurulmasında öncelikli amaç kamu güvenliğinin sağlanması olsa da, ikinci amaç da akıl hastası kişinin kendine karşı da korunmasıdır³¹. Böyle kişilerin, tedavilerinin yapılabileceği ve kendilerine zarar vermelerinin önlenebileceği yerlerde bulundurulmaları gerekir.

Bulaşıcı hastalık sahibi ya da akıl zayıflığı olan kimselerin tutulabilecekleri yerlerin İHAS ile düzenlenmemiş olması, bir başka sakıncayı daha beraberinde getirmektedir. Bu eksiklik sonucunda, uygunsuz ortamlarda tutulanların, iyileşmeleri ya hiç mümkün olmayacak ya da fazlası ile uzun sürecektir. Bu durumda, özgürlüğünden mahrum edilenler ikinci kez cezalandırılmış olacaklar ve özgürlüklerine kavuşmaları ya çok uzun zaman alacak ya da mümkün olmayacaktır. Bu durum da, sonu açık bir özgürlük kısıtlamasının önünü açmaktadır.

Bent ile tutulu durumda bulundurulabilecek kimseler arasında alkolikler de sayılmıştır. Ancak bu ibare de eksiktir. Çünkü, bir kişinin sadece alkolik olması, o kişinin tutulu durumda bulundurulmasını gerektirmez. Bu durumda korunması gereken bir kamu yararı bulunmamaktadır. Ancak, aşırı alkol nedeni ile ne yaptığını bilmez halde olanların tutulu halde bulundurulmalarında bir kamu yararının bulunduğu kabul edilebilir. Bu durumda da, alkolün etkileri geçtiğinde, kişi, başka bir nedenle daha tutulmuyorsa derhal serbest bırakılmalıdır. Aksi halde kişi özgürlüğü ihlal edilmiş olur. Bir alkoliğin zorla bir tedavi kurumuna yatırılması Sözleşme'nin düzenleme amacına girmemektedir. Buna karşın, taraf

²⁹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 285.

³⁰ Benzer yönde yorum için bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s: 234.

³¹ Aynı yönde görüş için bkz. Doğru, a.g.e., s: 241 ve Macovei, a.g.e., s: 48,49.

devletlerden birinin böyle bir uygulamaya gitmesinin Sözleşme'ye uygunluğunun takdiri ancak İHAM tarafından yapılabilecektir. Bir fikir belirtmek gerekirse; kişinin kendine karşı dahi korunması ceza hukuku mantığı çerçevesinde kabul edilebilir bir durumdur. Ancak özgürlükler açısından bakıldığında tartışılabilir bir durumdur. Özgürlükler açısından bakıldığında, her bireyin dilediği yaşamı yaşama özgürlüğü vardır. Bireyin, alkol kullanımının nedeni bir akıl hastalığı ya da zayıflığına dayanmıyorsa, devletlerin, bireyin kişisel tercihine karışmaması özgürlükler açısından daha doğrudur. Bu nedenle de, Sözleşmenin geniş düzenlemesinin, kişi özgürlüğüne ve güvenliğine uygun olmadığı düşünülmektedir.

Bent kapsamında uyuşturucu madde bağımlılarının da tutulu durumda bulundurulabilecekleri düzenlenmektedir. Uyuşturucu madde kullanımı (hafif olduğu kabul edilen bazı uyuşturucu tipleri hariç olmak üzere) birkaç istisna dışında dünyanın hemen hemen tüm devletlerinde ceza kanunları gereğince suç teşkil etmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin yukarıda açıklanan; alkoliklerin tutulması istisnası ile uyuşturucu madde kullananların tutulması arasında bir fark vardır. Ancak burada da, Sözleşme'nin eksik bir düzenlemesinden bahsedilmesi gerekir. Zira, uyuşturucu madde kullanımı, taraf devletler ceza kanunlarınca bir suç teşkil ediyorsa, kişilerin tutulu durumda bulundurulması bu bent uyarınca değil 5/1-c maddesi gereğince olacaktır. Uyuşturucu madde kullanımı suç teşkil etmiyorsa, bu durumda da, yukarıda alkoliklerin tutulmasına benzer bir eksiklik ortaya çıkacaktır. Zira, bu durumda, uyuşturucu kullanan kişilerin, uyuşturucu madde etkisindeyken, amaca uygun yerlerde tutulmaları gerekir. Ancak Sözleşme bu konuda bir kısıtlama getirmediğinden, uyuşturucu madde kullanan kişilerin, gözlerini bir tutuk veya cezaevinde açma olasılığı bulunmaktadır. Bent içerisindeki eksiklik, bent ile amaçlananların çok dışından sonuçlar doğurabilmeye müsaittir. Kaldı ki, alkol kullanan kişiler gibi, uyuşturucu kullanımının suç olmadığı devletlerde, uyuşturucu maddenin etkisinden kurtulanların derhal salıverilmeleri gerekir. Bu durum da, Sözleşme kapsamında doğrudan yer almamaktadır.

5/1-e bendinin getirdiği son istisna, serserilerin tutulu durumda bulundurulabilmesi istisnasıdır. Serserilerin tutulu durumda bulundurulabileceği Sözleşme ile kabul edilmesine karşın, serseri tanımı Sözleşme içerisinde yer almamaktadır. Buna yönelik ihlal başvurularında İHAM; tezin ilerleyen kısımlarında görüleceği üzere; taraf devletlerin iç hukuklarına atıfta bulunmaktadır. Sözleşme içerisinde, serseri tanımının yapılmamış olması isabetli kabul edilebilirse de, İHAM'a ek yük yüklediği ortadadır. 5/1. fıkranın bu bendi, açıklandığı üzere eksikler içermektedir ve bu eksiklik serserilerin tutulabilmesi aşamasında da ortaya çıkmaktadır. Kamu güvenliği ve huzurunun korunması amacıyla başvurulabilecek serserilerin tutulması önlemi; sakıncalara yol açabilir. Zira tutmanın sınırı, nedenleri tam olarak açıklanmamıştır. Bu nedenle, bent uyarınca yapılacak tutmalarda taraf devletlerin dikkatli ve ölçülü olması, İHAM'ın ise uygulamaları dikkatli bir şekilde incelemesi, gözden geçirmesi ve ilkeler ortaya çıkarması gerekmektedir.

5/1-f bendinde usulüne uygun olmayarak ülkeye girmeye çalışanların ve haklarında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle tutulu durumda bulundurma istisnası düzenlenmiştir. Bu bent uyarınca tutulu durumda bulundurma işleminin yapılabilmesi için de, muhatabın usulüne uygun olarak yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması şarttır. Ayrıca, bu bent uyarınca gerçekleştirilecek olan tutmalar geri verme işlemleri hakkında olmalı ve gerekli hızda yürütülmelidir. Eğer, bir iade usulü amacı ile gerçekleştirilen tutma, gereğinden fazla bir süre devam etmişse, o andan itibaren artık kişi özgürlüğünün keyfi bir ihlali söz konusu olacaktır³².

Ancak bu bent ile, hakkında sınır dışı etme kararı verilen bir kişinin, bu karara, sınır dışı etme kararını veren devletin mahkemelerinde itiraz etmesi halinde, mahkemenin kararına kadar ilgilinin tutulmasına olanak sağlanmaktadır³³. Buna karşın yukarıda verilen ilke uyarınca, eğer tutma, gereksiz yere uzamaktaysa Sözleşme her durumda ihlal edilmiş olacaktır.

³² Örnekler ve detaylı bilgi için bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 286.

³³ Aynı yönde görüş için bkz. Doğru, a.g.e., s: 243.

B- Bilgilendirilme Hakkı

5/1. fıkranın içerisinde yukarıda açıklanan genel ilke (özgürlük karinesi) ve bu prensibin gene yukarıda açıklanan istisnalarına yer verilmiştir. Sözleşme'nin 5. maddesinin diğer fıkraları, bireylerin sahip oldukları hakları düzenlemektedir.

İHAS'ın 5/2. fıkrası ile isnat hakkında bilgilendirme yükümlülüğü taraf devletlere getirilmiştir. Bu fıkra uyarınca; “yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille” bildirilmelidir. Fıkra ile taraf devletlere yüklenen bu sorumluluğun, yakalananlar açısından önemi büyüktür. Zira, bilgilendirme gerçekleştirilmezse, yakalanan neye itiraz edeceğini bilemeyecektir³⁴. Bu durum da savunmanın etkisini yadsınamaz şekilde azaltacaktır. Kaldı ki; bilgilendirme yeterince sağlanmazsa, yakalananlar İHAS ile koruma altına alınan diğer haklarını kullanamaz hale gelecektir. Bu nedenle kişi güvenliğinin sağlanmasının başlangıç ve belki de en önemli noktası “ne ile suçlandığını” veya “neden tutulduğunu” bilmektir³⁵. “Ne ile suçlandığının bilinmemesi” durumunda kullanılamayacak haklardan bir tanesi de, ileride açıklanacağı üzere Sözleşme'nin 5/4. fıkrası ile getirilen “mahkemeye başvurma hakkıdır”³⁶.

Bilgilendirme yeterince ayrıntılı, anlaşılabilir ve zamanında yapılmalıdır. Ancak bilgilendirmenin ne tarzda, örneğin yazılı mı sözlü mü, yapılacağı açısından temel bir şart yoktur³⁷. İHAM kararları incelenirken görüleceği üzere, sorgu sırasında sorulan sorulardan yakalama nedenleri çıkartılabiliyorsa, “bilgilendirme” gerçekleştirilmiş sayılacaktır. Bilgilendirmenin ayrıntılı olması

³⁴ Benzer yönde yorum için bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s: 236; Macovei, a.g.e., s: 51; Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 287.

³⁵ Benzer yorum için bkz. Régis de Gouttes, “Article 5/2”, *La Convention Européenne des Droits de L'homme: Commentaire Article par Article*, Sous la direction: Louis-Edmond Pettiti, Emanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, Economica, 1999, Paris, s: 203.

³⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Timur Demirbaş, “Kişi Güvenliği”, İÜHFİM, C.XLIII, Sayı: 1-4, 1977'den naklen Mustafa Tarık Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2007, Ankara, s:69.

³⁷ Yazılı bildirim zorunlu olmaması hakkında bilgi için bkz. Yılmaz, “Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde ile İlgili Sorunlar”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı, s: 307.

gerektiği fıkra metni içerisinde açıkça yer almamıştır. Ancak fıkra incelendiğinde ortaya çıkarılabilir. Zira, “yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama” denmektedir. Bu durumda sadece yakalamaya neden olan kanun maddelerinin sayılması, eğer yakalanan uzman bir hukukçu değilse, yakalanan açısından bir şey ifade etmeyecektir. Öyleyse, yakalananın ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi önemlidir. Anlaşılabilir olması iki yönden anlaşılabilir olmayı kapsar. Birincisi, yukarıdaki örnekteki gibi, kişinin bilemeyeceği terimlerin kullanılması nedeniyle, yakalanan açısından anlayamama ortaya çıkar; ikinci durum ise kullanılan dilin anlaşılabilmesi nedeni ile ortaya çıkan anlayamama durumudur. Her iki durum da İHAM’ın 5/2. fıkrasına aykırılık teşkil eder. Sonucu önemli etken ise, bilgilendirmenin zamanında yapılmasıdır. Sözleşme’nin 5/2. fıkrası içerisinde de zamana vurgu yapılmaktadır. Bunun nedeni ise, geç verilen bilgi nedeni ile yakalananın hak kaybetme olasılığı olduğu kadar, itiraz hakkını kullanırken hangi nedenle yakalandığını bilmemesinden dolayı bu hakkını yeteri kadar kullanamaması ve itiraz edene kadar bilgilendirilmemesi nedeni ile boşuna tutulu durumda süre geçirmesinin engellenmeye çalışılmasıdır. Tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, İHAM da bu konuda benzer şekilde içtihatlar çıkarmaktadır³⁸. 5/2. fıkra, her ne yolla olursa olsun yakalananın bilgilendirilmesini amaçlamaktadır. Bu amaçla, eğer yakalanan çeşitli nedenlerle kendisine anlatılanları anlayamayacak bir durumda bulunuyorsa, kendisinin yakalanması hakkındaki bilgiler avukatı ya da yasal temsilcisine verilmelidir.³⁹

C- Tutulanı Koruyucu Haklar

Sözleşme’nin 5/3. fıkrası; 5/1-c bendine atıfta bulunmakta ve adı geçen bent uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunduranların hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne

³⁸ İHAM’ın “bilgilendirilme hakkı” açısından yaptığı denetimin iki noktada bulunduğu; bunlarında “bilginin yeterliliği” ve “bilginin verilme zamanı” olduğu hakkında bilgi için bkz. Doğru, a.g.e., s: 245.

³⁹ Aynı yönde bilgi için Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, s: 150.

çıkarılacağını düzenlemektedir. Fıkra içerisinde ilk göze çarpan, fıkra ile getirilen hakların, Sözleşme'nin 5/1-c bendinde öngörülen koşullarla sınırlı olmasıdır. İkinci nokta, “yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” ibaresidir. Bu ibare, Sözleşme'nin, tutuklama kararını verecek olan makamın bir mahkeme olması zorunluluğunu aramadığını ortaya koymaktadır. Ancak tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, İHAM bu konuda, “yasayla yetkili kılınmış olma”, tutukluluk veya salıverme kararını vermeye “yetkili” olma ve “bağımsızlık” durumlarına önem vermektedir⁴⁰. Önüne çıkarılacak makamın mahkeme olmasına gerek yoktur, ancak adli makam, tutukluğa hükmetmeye, yasayla muktedir olmalıdır. Yargıç önüne çıkarılma hakkı, tutulma devam ettikçe ve en kısa sürede serbest bırakılmadıkça kullanılabilir bir haktır⁴¹. Bu demektir ki; yargı denetimi aşamasına gelmeden, ancak süratle; kişinin tutulmasına gerek kalmadığı anlaşılırsa, kişi yargıç önüne çıkarılmadan serbest bırakılabilecektir. Bu durum, İHAS'ın getirdiği “yargıç önüne çıkarılma hakkının” ihlali değildir.

Fıkra içerisindeki bir başka önemli nokta; “hemen” ibaresidir. Sözleşme'nin Fransızca metninde “aussitôt”, İngilizce metninde ise “promptly” kelimeleri kullanılmıştır. Orijinal metinlerle birlikte ele alındığında, hemen, derhal, acilen ve gecikmeksizin sonuçlarına ulaşılır⁴². Bu durumda, Sözleşme'nin, yakalananların, mümkün olan en kısa zamanda ve gecikmeksizin yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılması gerektiğini düzenlediği ortaya çıkmaktadır. Ancak, “hemen” ibaresi Sözleşme içerisinde, gün, saat ve benzeri zaman ölçütleri ile belirtilmemiştir. Ancak sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarında böyle bir süre öngörülmüşse, öncelikle bu süreye uyulmalıdır. Aksi halde, 5/3. fıkra açısından uygun olan süre, 5/1. fıkra açısından hukukilik unsurunu taşımadığından Sözleşme'ye aykırı olacaktır⁴³.

⁴⁰ Benzer yorum için bkz. Michéle Picard, Patrick Titun, “Article 5/3”, *La Convention Européenne des Droits de L'homme: Commentaire Article par Article*, Sous la direction: Louis-Edmond Pettiti, Emanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, Economica, 1999, Paris, s: 216; Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, s: 75.

⁴¹ Dutertre, a.g.e., s: 151.

⁴² 5/2. fıkra içerisinde geçen “hemen” ibaresinin “derhal” anlamında olmadığı, olayın özelliklerine göre gecikmeye yol açmaması şeklinde anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s: 238.

⁴³ Aynı yönde görüş için, bkz. Doğru, a.g.e., s: 248.

Kavramın açılımı ve somutlaştırılması İHAM kararlarına bırakılmıştır. İHAM'ın bu konu hakkındaki kararları tezin ilerleyen bölümlerinde değerlendirilecektir. Ancak bu aşamada belirtilmelidir ki; Sözleşme'nin "hemen" hükmü taraf devletlere yöneltilmiş bir mecburiyettir. Bu mecburiyet sonucunda, taraf devletler ya en kısa zamanda yakalananları serbest bırakmalı ya da yargıç önüne çıkararak tutuklamalıdır. Üçüncü bir şık, Sözleşme açısından kabul edilemez. Böylece gözaltı süreleri sonu açık bir şekilde uzatılmayacak, mümkün olduğunca kısa tutulacaktır. Bu düzenleme işkence ve benzeri gayrı insani uygulamaların önlenmesi açısından çok önemlidir ve böyle önemli bir görevi olduğundan ciddi bir şekilde takip edilmelidir. Bu noktada belirtilmelidir ki, Türkiye düzenlemesi yargıç önüne çıkarma süresi açısından oldukça kısa bir zamana izin vermektedir. Tezin ilerleyen bölümlerinde incelenecek olan Anayasa hükümlerinin yanında, CMK'nın "gözaltı" başlığını taşıyan 91. maddesi, zorunlu ulaşım süresi hariç; bu süre de 12 saatten fazla olamaz; gözaltına alınanın, yakalama anından itibaren 24 saat içerisinde yargıç önüne çıkarılması gerektiğini düzenlemektedir. Toplu olarak işlenen suçlarda ise her defasında 1 günü geçmemek üzere 3 güne kadar bu süreyi uzatma şansı verilmektedir. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise gözaltı sürecinde "mahkemeye ulaşma hakkı" düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca da gözaltının hukukiliği bir sulh ceza mahkemesi yargıcına incelenebilecektir. Bu düzenlemeler oldukça olumludur ve kişi özgürlüğünü koruyucu, işkenceyi de önleyici özellikler taşımaktadır. İHAS hükümlerinden ve İHAM içtihatlarından daha lehe ve somut düzenlemeler içeren bu hükümlerin, Türk mahkemeleri tarafından öncelikle takip edilmesi gerekir. Aksi halde, 5/3. fıkraya uygun bulunan bir süre, 5/1. fıkra açısından yasallık şartını taşımaması nedeni ile İHAS'ın ihlaline yol açacaktır.

Konu hakkında belirtilmesi gereken bir diğer nokta, olağanüstü hallerde İHAS'ın 15. maddesine dayanılarak hakların askıya alınabileceği ve bu durumlarda gözaltı sürelerinin, olağan durumlara nazaran daha uzayacağına kabul edilebileceğidir⁴⁴. Buna karşın, İHAM kararlarının inceleneceği bölümde

⁴⁴ Aynı yönde bilgi için bkz. Doğru, a.g.e., s: 248.

görülebileceği üzere, olağanüstü durumlarda dahi sınırsız bir gözaltı süresi, İHAM tarafından Sözleşme'ye uygun bulunmamaktadır.

5/3. fıkra içerisinde dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise “çıkartılır” hükmüdür. Bu hükme göre, yakalananın isteğine bağlı olmayarak; ilgili makamların kendiliğinden yapacağı bir işlem ile; yakalanan, bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli önüne çıkarılır.

5/3. fıkra, yargıç önüne çıkarma ile taraf devletlerin sorumluluklarının bitmediğini ortaya konmaktadır. Zira, yakalanan, derhal yargıç önüne çıkarıldıktan sonra hakkında tutuklama kararı verilirse; bu durumda da makul bir süre içerisinde yargılama başlamalı aksi halde adli kovuşturma sırasında tutuklanan serbest bırakılmalıdır. Bu fıkra, anılan hükmü ile, Sözleşme'nin ve 5. maddenin, “kişi güvenliği ve özgürlüğünü” koruyan en önemli düzenlemelerinden birisidir. Zira, Sözleşme'nin tarafı ve diğer bir çok devlet uygulamaları da göz önüne alındığında, yargıç önüne çıkarmanın tek başına yeterli bir güvence olmadığı ortaya çıkmaktadır. Tutuklamaya karar verecek olan ilk derece yargıcı, Sözleşme'nin 5/1-c bendinde sayılan şartların oluşup oluşmadığına bakacaktır. Oluşmuş ise tutuklama kararı verebilecektir. Ancak bu, hakkında tutuklama kararı verilen her kişinin suçlu olduğu ve hüküm giyeceği anlamına gelmez. Bu aşamadan sonra da, kişinin durumu yakından takip edilmelidir ve yargılmasının uzun sürmemesi sağlanmalıdır. Eğer yargılamaya makul sürede başlanamıyorsa, bunun cezası tutuklu durumda bulunana çektirilmemeli ve tutulan serbest bırakılmalıdır. Ayrıca belirtmelidir ki fıkra içerisinde geçen “makul süre” kavramı, İHAS'ın 6/1. maddesi içerisinde geçen “makul süre” kavramından farklıdır. 5/3. fıkra içerisinde geçen “makul süre” kavramı tutukluluk olarak geçirilen sürenin makullüğünü⁴⁵; 6/1. madde içerisinde geçen “makul süre” ise kanun yolları da dahil olmak üzere yargılamanın bütününe süre açısından makullüğünü düzenlemektedir⁴⁶. Bu nedenle, 6/1. madde açısından makul olarak

⁴⁵ Bu yönde bilgi için bkz. Mustafa Tarık Şentuna, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Yargılama Yasamız Açısından Tutuklulukta Makul Süre”; (Makalenin tüm hakları yazarı Mustafa Tarık Şentuna'ya aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır).

⁴⁶ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınları, 1. Bası, Mayıs 2002, İstanbul, s: 357 ve Michéle Picard, Patrick Titun, “Article 5/3”,

kabul edilebilecek bir süre, tutukluluğun uzun sürmesi nedeni ile 5/3. fıkraya aykırı olabilecektir. İHAM kararlarının inceleneceği bölümde ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, bu aşamada da belirtilmelidir ki; tutukluluk açısından makul süre; yakalama ve gözaltına alma ile başlar, eğer kişi yargılama boyunca tutuklu yargılanmamışsa tahliye tarihinde, tutuklu yargılanmışsa ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararı ile kesilir. Kanun yolları yargılaması süreci tutukluluk süresinin makullüğüne katılmaz.

Yargılamanın makul sürede başlayamaması başka bir sorunu daha beraberinde getirecektir, bu da tutuklananın, yargılamanın başlamaması nedeni ile ayrıntılı savunmasını gerektiği gibi yapamamasıdır. Ayrıntılı savunmasını yapamamasına karşın bir kişinin özgürlüğünün uzun süre ihlal edilmesi savunma hakkına ve masumiyet karinesine ağır bir darbe indirecektir. Zira, tutuklu yargılama; şekli olarak olmasa dahi, fiili olarak bir ceza niteliği taşımaktadır ve gereğinden uzun ve haksız yere bir kişinin tutulması masumiyet karinesinin de ihlali sonucuna yol açacaktır⁴⁷.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3 fıkrasının son hükmü; salıverilmenin belirli bir teminata bağlanabileceğini düzenlemektedir. Böylece güvence miktarı (kefalet) sistemi de İHAS'ın içindeki yerini almış olmaktadır. Kişilerin mahkemeye gelmelerini sağlayacak bir teminat karşılığında tutuksuz yargılanması mümkün ise bu yola başvurulmalı ve kişiler özgürlüğünden gereksiz yere mahrum edilmemelidir.

Ayrıca bu hüküm ile Sözleşme, taraf devletlere bir yol göstermekte ve makul sürede yargılamaya başlanamıyorsa teminat karşılığında veya başvurulabilecek adli kontrol yöntemleri ile tutulu durumda bulundurulananların salıverilmeleri kuralını da getirmektedir. Kaldı ki, teminat yolu ile salıverme tutma gibi ağır bir tedbirin gerekli olmadığı, alternatif yöntemlerin yeterli

La Convention Europeenne des Droits de L'homme: Commentaire Article par Article, Sous la direction: Louis-Edmond Pettiti, Emanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, Economica, 1999, Paris, s: 220.

⁴⁷ Walter Gropp, "Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi", Çeviren: Osman İsfen, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e armağan, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ağustos 2004, s: 324.

olabileceği tüm olaylara da uygulanmalıdır. Tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, Sözleşme'nin gösterdiği bu yol, ulusal mahkemelerimiz tarafından nadiren takip edilmektedir.

D- Tutmanın Yargısal Denetimi (Habeas Corpus)

Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası mahkemeye başvurma hakkını düzenlemektedir. Bu hak hukuk terimi olan “habeas corpus”⁴⁸ olarak isimlendirilmektedir ve tutulanların sahip olması gereken en temel haklardan biridir. Bu fıkra, 5/3. fıkra ile bütün oluşturarak birbirlerini tamamladıklarından aralarındaki fark çok açık değildir. Ancak, 5/4. fıkranın bağımsız bir rolü olduğu ve 5. maddenin diğer fıkralarının ihlali olsa da olmasa da uygulama alanı bulabilecek bir fıkra olduğu belirtilmelidir⁴⁹. Ayrıca 5/3. fıkranın uygulama alanı 5/1-c bendi uyarınca tutulanlar hakkında sınırlandırılmışken, 5/4. fıkra açısından böyle bir sınırlama yoktur ve 5/1. fıkra içerisindeki tüm bentler uyarınca tutulanlar 5/4. fıkra ile düzenlenen haklara sahiptir⁵⁰.

İHAS'ın 5/4. fıkrası; “yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bulunan herkes” diyerek başlamaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, 5/4. fıkra da, 5/3'ten farklı olarak belirli bir alanla sınırlama yoktur. 5/4 madde ile tanınan mahkemeye başvurma hakkı, yakalanan veya tutulu bulundurulmuş herkes için düzenlenmiş bir haktır. Fıkranın devamında; “özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında” denmektedir. Bu da göstermektedir ki, başvurulacak mahkeme; özgürlük kısıtlamasının yasallığını denetleyebilecek

⁴⁸ “1679 tarihli İngiliz Anayasası'na göre, hiç kimse hakim kararı olmaksızın tutuklanamaz ve soruşturmasız iki günden fazla tutulamazdı. Habeas corpus, bu temel hakkı (güvenliği) ve bununla ilgili belgeyi ifade eder.” Tanım; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Bası, 1996, Ankara, s: 300'den alınmıştır. Habeas Corpus içerisinde; “*tutukluyu ya da gözaltında bulundurulmuş kişiyi, bizzat Lordkanzler'in ya da o gün için Lord mührünü taşıyan kişinin önüne ya da söz edilen celp emrinin verildiği mahkemenin yargıçlarının ya da baronlarını ya da celp emrinde belirtilen kişi ya da kişilerin önüne çıkaracaklar ya da çıkmalarını sağlayacaklardır*” denmekte, böylece mahkemeye ulaşma hakkı düzenlenmektedir. Bu hakkı ihlal edenler hakkında ise ağır sorumluluklar hüküm altına alınmaktadır. Alıntı ve bilgiler Anıl Çeçen, *İnsan Hakları Rehberi*, Bilim Yayıncılık, 1999, Ankara'dan naklen Veysel Gültaş, *Geçmişten Günümüze İnsan Hakları*, Bilge Yayınevi, 2004, Ankara, s: 41.

⁴⁹ Benzer yorum için bkz. Dutertre, a.g.e., s: 177.

⁵⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğru, a.g.e., s: 283.

bir mahkeme olmalıdır. Bir mahkemenin özgürlük kısıtlamasının yasallığını denetleyebilmesi demek, mahkemeye başvuranın tutukluluk durumunu da gözden geçirmeye yetkili olması ve ileride açıklanacak olan bazı usuli güvenceleri taşıması anlamına gelmektedir⁵¹. Fıkranın devamında; “kısa bir süre içinde karar vermesi” denmiştir. Burada 5. maddenin içerisinde geçen, “hemen”, “derhal”, “en kısa süre içerisinde” ifadelerinden başka bir kullanıma gidilmiş ve mahkeme sadece “kısa bir süre” ile sınırlandırılmıştır. Burada amaçlanan; mahkemelere, yakalanan veya tutuklu durumda bulunduranların itirazlarının ve dosya kapsamının incelenmesi için biraz zaman tanımaktır. Aksi halde mahkemeler yeterli incelemeyi yapamayacak, maddi gerçek ve hukuktan uzak kararlar verebileceklerdir. Ancak, “kısa bir süre” denilerek, mahkemelerin, incelemeyi gereksiz yere uzatmaması ve itiraz yolunun etkin olarak kullanabilmesinin sağlanması da amaçlanmaktadır. Hiçbir kısıtlama olmaması durumunda mahkemeler kararlarını geciktirebilecek ve haksız yere tutma durumları ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, düzenlemenin ne çok sınırlı, ne de çok uzun bir zamana işaret eden; “kısa bir süre” şeklindeki düzenlemesi isabetlidir. Fıkranın sonunda ise; “yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması” denmektedir. Böylece yukarıda değinilen durum tekrar edilmektedir. Mahkeme, tutmanın yasaya uygunluğunu denetleyebilecek yeterliliğe sahip olmalı ve aykırılık görürse tutulanı serbest bırakmalıdır.

5/4. fıkra içerisinde düzenlenen hak, özellikle tutma kararı verilmesinden sonra ortaya çıkan yeni gelişmeler açısından çok önemlidir. Yeni gelişmeler ile tutulmaları gereksiz duruma gelenler, artık mahkemelerden serbest bırakılmalarını talep edebileceklerdir. Kaldı ki, hiçbir gelişme dahi olmaksızın, 5/3. fıkradaki, makul şüpheye dayanılarak gerçekleştirilen tutuklamanın bir süre sonra yeni delillerle desteklenmesi gerekliliği dayanak alınarak; tutukluluğun yeniden incelenmesi sağlanabilmelidir. Bu fıkra içerisinde düzenlenen hak, bir sefere

⁵¹ Aynı yönde bilgi için bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 291,292. Benzer yönde bilgi için bkz. Simmons, a.g.e., s: 113.

mahsus olarak tanınmış bir hak değildir, tutulan, tutulması boyunca bu hakka dayanarak tutulmasının hukukiliğini inceleyebilir⁵².

E- Tazminat Hakkı

Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. ve son fıkrası, “madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı” olduğunu düzenlemektedir. Fıkra ile, “bu madde hükmüne aykırı olarak” gibi bir sınırlama yapılmış olmasına karşın, 5. madde içerisinde özgürlük karinesinin istisnaları da sınırlı bir şekilde sayıldığından gerçekte bir sınırlama yoktur. Şöyle ki, madde içerisinde sayılan istisnalar dışındaki herhangi bir yakalama ve tutma, madde hükümlerine aykırı olacağından, bunların tümü için tazminat istenebilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, bu sınırlama nedeni ile İHAM'ın, 5/5. fıkra açısından bir tazminata hükmedebilmesi için öncelikle başvuru kapsamında 5. maddenin diğer fıkralarından birinin ihlal edildiği sonucuna varması gerekmektedir⁵³.

5/5. fıkra kapsamında, sözleşmecî devletler tarafından tazminat hakkının hiç düzenlenmemesi bir ihlal olarak kabul edilebileceği gibi, başvuruçulara; İHAM bir temyiz mahkemesi olmamasına karşın; hükmedilen tazminat tutarı açısından da başvuru olanağı verilmiştir. Sözleşmecî devletlerin, sebep oldukları haksız tutuklama nedeni ile, tutulanlara yeterli ve tazmini sağlayan miktarlar vermeleri gerekir. Aksi halde, haksız tutulanların zararlarını İHAM önünde arama şansı mümkün olacaktır⁵⁴.

5. Maddenin son fıkrası ile, haksız yere yakalanan ve tutulanların zararlarının bir ölçüde azaltılabilmesi için kabul edilen tazminat hükmünün etkisi bir yere kadar önem taşımaktadır. Zira tüm dünyadaki hapishanelerin durumu ve

⁵² Aynı yönde bilgi için bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s: 241, 242.

⁵³ Aynı yönde bilgi için bkz. Yılmaz, “Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde ile İlgili Sorunlar”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı, s: 312; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s: 244.

⁵⁴ Aynı yönde bilgi için bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar, a.g.e., s: 293. Aksi yönde görüş için bkz. Yılmaz,; “Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde ile İlgili Sorunlar, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı, s: 312.

hapisteki bir kişinin psikolojisi göz önüne alındığında değil ay veya haftalar, tutsak olarak geçirilen bir günün bile değerinin tazmin edilemeyeceği ortadadır. Bu nedenle, taraf devletlerden beklenen, haksız ve hukuka aykırı tutmaların, mümkün olan en yüksek oranda önüne geçilmesidir. Hukuka aykırı tutmalar engellenemiyorsa da, mümkün olan en kısa ve tatmin edici şekilde tutulanların maddi ve manevi zararları tazmin edilmelidir. Sadece bu şekilde, haksız yere tutulanların kişi güvenliği mümkün olan en az derecede ihlal edilmiş olur.

III- İHAM KARARLARINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI

İHAS'ın 5. maddesi içerisinde düzenlenmiş bulunan “özgürlük ve güvenlik hakkı”, İHAM'ın bir çok kararına konu olmuştur. İnceleneceği üzere; İHAM kararları Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulama alanını netleştirmiş, kapsamını belirli kılmış ve kılmaktadır. İHAM kararları, tarihi kronoloji gözetilmeden, Sözleşme'nin düzenlemesine sadık kalınarak, 5. madde sıralamasına uygun olarak incelenecektir.

A- İHAM'ın Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkında Kabul Ettiği Genel Esaslar

1- “Kişi Özgürlüğü” Kavramının Yorumu

Tezin bu bölümünde, İHAS'ın 5. maddesi hakkında İHAM'ın kabul ettiği genel esaslar incelenecektir. Mahkemenin kabul ettiği esaslar içinde ilk incelenmesi gereken kuşkusuz; İHAM'ın, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında kişi özgürlüğünden ne anladığıdır. İHAM, kararlarında, kişi özgürlüğünün kısıtlanması ile kişi özgürlüğünden yoksun kalınması arasında fark olduğunu ortaya koymaktadır. İHAS'ın 5. maddesinin de sadece özgürlükten yoksun

kalındığı durumlara uygulanabileceğini belirtmektedir. İHAM, *Engel ve diğerleri* kararında konuya açıklık getirmiştir:

“Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5/1. fıkrası kişi özgürlüğü terimini kullanırken, bu terimi klasik anlamıyla, yani kişinin fiziksel özgürlüğü biçiminde düşünmüştür. Bu fıkranın amacı, bir kimseyi keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakmaya karşı korumaktır. Bu fıkranın, Dördüncü Protokolün 2. maddesinde bulunan seyahat özgürlüğü üzerine getirilen kısıtlamalarla bir ilgisi yoktur. Bu durum, 5. maddede ‘özgürlükten yoksun bırakma’, ‘gözaltına alma’; ‘tutma’ terimlerinin kullanılmasından da anlaşılmaktadır.

Mahkeme'ye göre, bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı tespit edilirken, kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut şartlardır”⁵⁵.

İHAM’ın açık hükmü, maddi anlamda özgürlüğünü kaybetmeyenler hakkında İHAS’ın 5. maddesinin uygulanamaz olduğunu ortaya koymaktadır.

İHAM önüne gelen başka bir olayda; bir İtalyan vatandaşı olan Başvurucu Guzzardi mafya eylemlerine karıştığı iddiası ile tutuklanmış ancak İtalyan Ceza Usul Yasası’nın 272. maddesine göre 2 yıldan fazla tutuklu olarak kalamayacağı için tutukluluğu sona erdirilmiş ancak kendisi aynı gün Sardunya Ada şehrine bağlı Asinara Adası’na götürülmüştür. Başvurucu Guzzardi bu küçük adada zorunlu ikamete tabi tutulmuştur. Başvurucu, adanın küçük olmasından, kendisine sıkı güvenlik tedbirleri uygulandığından, adada kendisi dışında sadece güvenlik görevlileri ve kendisi gibi zorunlu ikamete tabi tutulan kişiler olmasından, iletişiminin sınırlı olmasından ve benzeri önlemlerden dolayı iç hukukta itirazlarda bulunmuş, sonuç alamayınca da kendisi hakkında İHAS’ın 5. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile İHAM’a başvurmuştur. İHAM kararında, *Engel ve diğerleri* davasındaki yorumunu tekrarlamış ve eklemelerde bulunmuştur:

“Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5/1. fıkrası “kişi özgürlüğünden” söz ederken, kişinin fiziksel özgürlüğünü kastetmiştir. Bu fıkranın amacı, hiç kimsenin

⁵⁵ Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 08.06.1976, para. 58,59 (Çeviren Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamaktır. Bu fikra sadece seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ilgili değildir; seyahat özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar Dördüncü Protokolün 2. maddesinde düzenlenmiştir. Mahkeme'ye göre bir kimsenin "kişi özgürlüğünden" yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirlerken kalkış noktası, o kimsenin içinde bulunduğu somut durum olup, tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi, bütün faktörler dikkate alınmalıdır.

Mahkeme'ye göre, özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark, sadece bir derece ve yoğunluk farkı olup, nitelik veya öz farkı değildir. Mahkeme, 5. maddenin uygulanabilir olup olmadığı konusunda bir görüş belirtmekten kaçınmaz.

Mahkeme'ye göre, 1956 tarihli yasada öngörüldüğü biçimiyle özel gözetim tedbiriyle birlikte belirli bir alanda zorunlu ikamete tabi tutma kararı, kendiliğinden Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamına girmez. Bu demek değildir ki, böyle bir tedbirin uygulanma tarzından hiç bir zaman 'özgürlükten yoksun bırakma' sonucu doğmaz; tedbirin uygulanma tarzı, bu davada incelenecek tek sorundur.

Mahkeme'ye göre, Hükümetin ileri sürdüğü gerekçeler hafif değildir; bunlar başvurucuya Asinara'da uygulanan muamele ile hapisyanede klasik olarak tutulma arasındaki farkları göstermektedir. Bununla birlikte özgürlükten yoksun bırakma, çeşitli biçimlerde görülebilir; hukuki standartlardaki gelişmeler nedeniyle çeşitlilikleri de artmıştır; Sözleşme, demokratik Devletlerde halen hüküm süren kavramlar ışığında yorumlanmalıdır

Mahkeme'ye göre, başvurucunun hareket edebileceği alan bir hücrenin boyutlarından fazladır ve fiziksel engellerle çevrili değildir ama, bu alan ulaşılması zor bir adanın küçük bir bölümünü kapsamakta olup, adanın onda dokuzu hapisyanedir. Başvurucu bu adanın eski bir sağlık kuruluşundan kalan binaları içeren Cala Reale denilen küçük bir mevkiinde kalmıştır; tamire muhtaç bu binalardan başka bir polis karakolu, bir okul ve bir ibadethane vardır. Başvurucu burada kendisi gibi aynı tedbire tabi tutulan kişilerle ve polislerle birlikte yaşamak durumundadır. Asinara'da daimi ikamet eden kişiler Cala

d'Oliva denen ve başvurucunun giremediği alanda yaşamaktadırlar. Bu nedenle, başvurucu ailesi, kendisi gibi tutulanlar ve polisler dışında, başka kişilerle ilişki kurma imkanına sahip değildir. Gözetim devamlı olup sert bir biçimde yürütülmektedir. Başvurucu yetkililere önceden haber vermeden sabah 7 ile akşam 10 arasında binadan çıkamamaktadır. Başvurucu her gün iki kez yetkililere görünmek durumunda olup, telefon görüşmesi yapmak istediği kişinin numarasını ve ismini yetkililere vermek durumundadır; Sardunya Adasına veya ana vatana geçebilmek için yetkililerden izin almak durumundadır ve bu gezi polis nezaretinde yapılmaktadır. Başvurucu yükümlülüklerinden birini yerine getirmediği takdirde tutuklanabilir. Son olarak, başvurucu burada on altı ay kalmıştır.

Mahkeme'ye göre bu tedbirlerin tek tek ele alınması halinde, 'özgürlükten yoksun bırakma'dan söz edilemez, ancak bir bütün olarak ve birlikte ele alındığında, Sözleşme'nin 5. maddesindeki kategorileştirme bakımından bir sorun ortaya çıkarabilir. Bu tedbir bazı bakımlardan 'açık cezaevi'ne veya bir disiplin birimine kapatılmaya benzemektedir ... Mahkeme çeşitli faktörlerin dengesine bakarak, bu olayda özgürlükten yoksun bırakma bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır"⁵⁶.

Görüleceği üzere, İHAM'ın konu hakkındaki en temel saptaması; "özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark, sadece bir derece ve yoğunluk farkı olup, nitelik veya öz farkı değildir" saptamasıdır. Bu nedenle, İHAM, özgürlük kısıtlamasının niteliği çok açık değilse, kararlarında ayrıntılı bir tartışma yolu izlemekte ve bu özgürlük kısıtlamasının, özgürlükten yoksun kalma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmaktadır. Tezin ilerleyen aşamalarında ayrıntıları verilecek bir başka kararında da İHAM, aynı şekilde özgürlük kısıtlamasını değerlendirmiş, ancak bu sefer ihlal bulmamıştır:

⁵⁶ Guzzardi v. İtalya, Başvuru No: 7367/76, 06.11.1980, para. 92-95 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

“Başvurucunun hareket serbestliğine ve dış dünya ile temaslarına getirilen kısıtlamalar, olağan bir hastanede bir çocuğa getirilebilecek kısıtlamalardan pek farklı değildir. Hastanedeki diğer bütün çocuk servislerinde olduğu gibi, bu Servisin de kapısının kilitli olduğu doğrudur; fakat bu, çocukların kendilerini tehlikeye atmalarını veya çevrede koşuşturarak diğer hastaları rahatsız etmelerini önlemek içindir. Başvurucuya, örneğin kütüphaneye gitmesi için servisten çıkmasına izin verilmiştir; başvuru diğer çocuklarla birlikte, bir görevli eşliğinde oyun alanlarına, müzelere ve diğer eğlence ve eğitsel yerlere gitmiştir. Başvurucu ayrıca, düzenli olarak annesini ve babasını, eski okul arkadaşlarını ziyaret etmiş ve hastanede kaldığı sürenin sonuna doğru, yeniden okula gitmeye başlamıştır. Genel olarak servisteki koşulların, "mümkün olduğu kadar gerçek bir evdeki koşullara" benzediği söylenebilir.

Başvurucunun tedavisi beş buçuk ay sürmüştür. Bu süre, 12 yaşındaki bir erkek çocuk için biraz uzun bir süre olarak görülebilir; fakat bu süre, Servisteki ortalama tedavi süresini aşmamıştır; ayrıca tedavide ilerleme kaydedildikçe, kısıtlamalar da gevşetilmiştir”⁵⁷.

İHAM, İHAS’ın 5. maddesi açısından özgürlük kavramını dar yorumladığını *Altun* kararında da ortaya koymuştur. Bu kararda, başvuru Abdullah Altun, evini ve köyünü terk etmeye zorlandığını iddia etmektedir. Başvurucu, devletin, evini ve köyünü terk etmeye zorlamasının İHAS’ın 5. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Ancak, İHAM, gözaltına almanın, tutuklamanın veya özgürlüğün maddi ve fiziksel olarak kaybedilmediği bu olayda İHAS’ın 5. maddesinin uygulanamayacağını kabul etmiştir.⁵⁸

İHAM, *Zilli ve Bonardo* davasında da, başvuru evlerinin toprak kayması nedeni ile zarar gördüğü, ancak İtalyan hükümetinin zararlarını karşılamadığı ve gerekli önlemleri almadığı için İHAS’ın 5. maddesinin ihlal

⁵⁷ Nielsen v. Danimarka, Başvuru No: 10929/84, 28.11.1988, para. 70 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). İHAM’ın aynı yönde yorumu için bkz. Ashingdane v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 8225/78, 28.05.1985, para. 41.

⁵⁸ Altun v. Türkiye, Başvuru No: 24561/94, 01.06.2004, para. 58.

edildiği iddialarını; fiziksel ve maddi bir özgürlük kaybının olmadığı bu olayda da İHAS'ın 5. maddesinin uygulanamaz olduğu gerekçesi ile reddetmiştir.⁵⁹

2- Devletlerin Özel Kişilerin İhlallerinden Dolayı Sorumluluğu

İHAS'ın 5. maddesi incelenirken, bu madde “devlet yetkililerinin, devletin yetkisi dışında olsa dahi; yakalama ve tutma eylemleri hakkında uygulanır. Özel kişilerin, diğer kişilerin güvenliklerine yönelik oluşturdukları tehditler 5. maddenin koruması kapsamında değildir” denmiştir. İHAM'ın bu yönde kararları bulunmaktadır. Bunlardan biri olan *Şarlı* kararında; silahlı kişiler Cemile ve Ramazan Şarlı'yı evlerinden almışlardır. İHAM, yaptığı yargılama sonucunda silahlı kişilerin güvenlik güçleri mensubu olduğunun ispatlanamadığı gerekçesi ile İHAS'ın 5. maddesi açısından ihlal olmadığına hükmetmiştir.⁶⁰ Bu karar da açıkça göstermektedir ki, özel kişilerin özgürlük kısıtlamalarına 5. madde uygulanabilir değildir.

3- Tutmanın İç Hukuk ve İHAS'a Uygun Olma Zorunluluğu

İHAM'ın içtihatlarında öne çıkan vurgulardan bir diğeri ise, demokratik bir toplumda, kişilerin, yetkililer tarafından keyfi olarak tutulmalarından korunmaları için 5. madde içerisindeki güvencelerin önemidir. Bu vurguyu Mahkeme; “*Kesinlikle bu yüzden Mahkeme içtihatlarında tekrarlayarak üstünde durmaktadır ki özgürlük kısıtlamasının sadece ulusal hukuka içerik ve usul olarak uygun olması yeterli değildir. Bu kısıtlamanın aynı zamanda, kişiyi keyfi tutmalara karşı korumayı amaçlayan sözleşmenin 5. maddesinin amacına da uygun olması gerekir*”⁶¹ diyerek yapmaktadır. Mahkeme bu vurgusunu, “*Mahkeme Sözleşme'nin burada esas itibarıyla ulusal hukuka göndermede bulunduğu, fakat aynı zamanda bireyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir*

⁵⁹ Zilli ve Bonardo v. İtalya, Başvuru No: 40143/98, 18.04.2002.

⁶⁰ Şarlı v. Türkiye, Başvuru No: 24490/94, 22.05.2001, para. 69.

⁶¹ Kurt v. Türkiye, Başvuru No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998, para.122.

tedbirin Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına, yani bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına da uygun olmasını gerekli kıldığını hatırlatır"⁶² diyerek devam ettirmiştir. Bu önemli ilke, kişi özgürlüğünün ihlali olan bir eylemin öncelikle iç hukuka uyumlu olması gerektiğini, ancak bunun tek başına yeterli olmadığını, eylemin Sözleşme'ye de uygun olması gerektiğini ortaya koymakta ve Mahkeme'nin birçok kararında da tekrarlanmaktadır⁶³. İHAM, yukarıdaki tespitini *Lukanov* kararındaki şu ifadelerle daha somut hale getirmiştir; *"Sözleşme'nin 5. maddesinde olduğu gibi Sözleşme'nin doğrudan iç hukuka atıfta bulunduğu durumlarda sözleşmeciler devletlerin iç hukuka uygun davranmaları, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin bütünüleyici bir parçasıdır. Bu nedenle Mahkeme, bu tür bir uygunluğun bulunup bulunmadığını denetlemeye yetkilidir (Sözleşme md. 19). Ancak Mahkeme'nin bu bağlamdaki görevi, Avrupa koruma sisteminin mantığında bulunan sınırlara tabidir; çünkü iç hukuku yorumlayıp uygulamak, öncelikle ulusal makamların işidir"*⁶⁴.

⁶² *Lukanov v. Bulgaristan*, Başvuru No: 21915/93, 20.03.1997, para. 41 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁶³ *Amuur v. Fransa*, Başvuru No: 19776/92, 25.06.1996, para. 50; *Anguelova v. Bulgaristan*, Başvuru No: 38361/97, 13.06.2002, para. 154; *Bozano v. Fransa*, Başvuru No: 9990/82, 18.12.1986, para. 54; *Wassink v. Hollanda*, Başvuru No: 12535/86, 27.09.1990, para. 24; *Öcalan v. Türkiye*, Başvuru No: 46221/99, 12.05.2005, para. 83; *Benham v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 19380/92, 10.06.1996, para. 40; *Boumar v. Belçika*, Başvuru No: 9106/80, 29.02.1988, para. 47; *Chahal v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 22414/93, 15.11.1996, para. 118; *Conka v. Belçika*, Başvuru No: 51564/99, 05.02.2002, para. 39; *Chitayev ve Chitayev v. Rusya*, Başvuru No: 59334/00, 18.07.2007, para. 180; *Çakıcı v. Türkiye*, Başvuru No: 23657/94, 08.07.1999, para. 104; *Grauslys v. Litvanya*, Başvuru No: 36743/97, 10.10.2000, para. 39; *Akdeniz v. Türkiye*, Başvuru No: 25165/94, 31.05.2005, para. 129; *Weeks v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 9787/82, 02.03.1987, para. 42; *Winterwerp v. Hollanda*, Başvuru No: 6301/73, 24.10.1979, para. 39; *Van der Leer v. Hollanda*, Başvuru No: 11509/85, 21.02.1990, para. 22; *Dougoz v. Yunanistan*, Başvuru No: 40907/98, 06.03.2001, para. 54; *Garabayev v. Rusya*, Başvuru No: 38411/02, 07.06.2007, para. 87; *Vasileva v. Danimarka*, Başvuru No: 52792/99, 25.09.2003, para. 32; *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, para. 44; *Wloch v. Polonya*, Başvuru No: 27785/95, 19.10.2000, para. 109.

⁶⁴ *Lukanov v. Bulgaristan*, para. 42. Benzer yönde yorum için bkz. *Kemmache v. Fransa*, Başvuru No: 17621/91, 24.10.1994, para. 42 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

4- İstisnaların Dar Yorumlanması

İHAM; İHAS'ın 5/1. maddesinin meşru tutma hallerini düzenlediğini kabul etmektedir. Ancak, İHAM, kabul ettiği bir başka esas ile burada sayılan hallerin dar yorumlanması gerektiğini de önemle belirtmektedir:

“Kişinin yetkinin kötüye kullanımına karşı korunması konusundaki bu ısrar, 5. maddenin 1. fıkrası bireylerin meşru olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılabileceklerini belirttiği ve bu koşulların en temel bireysel özgürlük hakkı açısından istisnaları teşkil etmeleri açısından dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini vurguladığı örneği verilerek açıklanmıştır”⁶⁵.

Alıntıdan da anlaşılacağı üzere İHAM, istisnaların dar yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir.

5- Kişi Özgürlüğünün, Kişinin Kendisine Karşı Dahi Korunması

İHAM'ın 5. maddeye verdiği önemi gösteren ve kişi özgürlüğünün, kişinin kendisine karşı bile korunması gerektiğini belirten *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararı vardır. Bu karar İHAM'ın 5. madde ile ilgili kabul ettiği çok önemli bir prensibini ortaya koymaktadır. Karara konu olayda, başvuruolar kendi iradeleri ile ancak ayrı ayrı olarak polise başvurmuşlar ve kendilerinin yatacak yerleri ve paralarının olmadığını belirtmişlerdir. Başvuruolar polis tarafından alıkonulmuşlardır. İlk başvuru tutulmasına karşı çıkmış, diğer başvuruolar bir sosyal koruma kurumuna kabul edilmeyi dilemişlerdir. Tutulmaları uzayınca tüm başvuruolar serbest bırakılmalarını talep etmişler, ancak uzun bir süre boyunca tutulu durumda bulundurulmaya devam edilmişlerdir. Başvuruolar bunun üzerine İHAM'a başvurmuşlar, yapılan yargılama sonucunda da İHAM aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“Geçici bir stres veya sıkıntı, kişiyi polise teslim olmaya sürükleyebilir ... Başvuruoların tutulma isteğinde bulunmaları, şikayet konusu kararların

⁶⁵ Kurt v. Türkiye, para. 122. Benzer yönde yorum için bkz. Quinn v. Fransa, Başvuru No: 18580/91, 22.03.1995, para.42; Ciulla v. İtalya, Başvuru No: 11152/84, 22.02.1989, para. 41.

zorunluluk niteliğini değiştiremez. Sözleşme'deki anlamıyla özgürlük hakkı, 'demokratik bir toplumda' o kadar önemlidir ki, bir kimse sırf kendi isteği ile gidip tutulmak istediğini belirttiği gerekçesiyle Sözleşme'nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse bile Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal edebilir"⁶⁶.

İHAM'ın kararı da göstermektedir ki, İHAS'ın 5. maddesi, kişileri kendilerine karşı dahi korumakta ve kişi özgürlük ve güvenliğini kişilerin iradelerinin önüne geçirmektedir.

İHAM'ın kişi özgürlüğünü, kişilerin kendilerine karşı dahi koruduğuna bir önceki paragrafta değinilmiştir. Ancak, İHAM'ın önüne gelen *Nielsen* davası, çocuğu üzerinde velayet hakkını kullanan bir anne hakkındadır. Bu davada, başvuru Nielsen'in anne ve babası aralarında evlilik olmaksızın birlikte yaşamışlar ve bu birliktelik sonucunda başvuru dünyaya gelmiştir. Ancak kısa bir süre sonra başvurunun anne ve babası birlikteliklerine son vermişlerdir. Danimarka hukuku bu gibi durumlarda çocuk üzerinde sadece anneye velayet hakkı tanımaktadır. Ancak anne, aralarındaki centilmenlik anlaşması gereğince babanın çocuk ile görüşmesine izin vermiş ve bu görüşmelerde çocukla baba arasındaki yakınlık artmıştır. Çocuk babasına bağlanmış ve annesinin yanına dönmek istememiştir. Anne, baba ve çocuk arasında geçen bir çok olay sonucunda, başvuru çocuk, annenin isteği ile psikiyatrik tedavi görmesi amacı ile bir hastaneye yatırılmıştır. Başvuru ve babasının tüm itirazlarına karşın, başvuru bu hastanede tutulmaya devam edilmiştir. Sonuçta başvuru İHAM'a başvurmuş ve hastanede de olsa tutulmasının İHAS'ın 5. maddesinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet ise İHAS'ın 5. maddesinin, kamu makamlarının ihlallerine karşı korumayı getirdiğini, olayda, annenin kararı ve velayet hakkını kullanması sonucunda çocuğun hastaneye yatırılmasında, İHAS'ın 5. maddesi açısından kendilerinin bir sorumluluğu olmadığı savunmasında bulunmuştur. İHAM ise şu sonuca ulaşmıştır:

⁶⁶ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, Başvuru No: 2832/66, 18.06.1971, para. 65 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

“Hastaneye yatırma konusundaki karar, aslında annenin velayet hakkını elinde bulunduran sıfatıyla aldığı bir karardır.

...Böylece, ne Servis Şefinin ve ne de sosyal makamların olaya katkıları, başvurunun hastaneye yatırılması veya hastaneden çıkarılması konusunda karar verilmesinde tek yetkili kişi olan annenin Danimarka hukukundaki durumunu değiştirmemiştir. Annenin velayet yetkileri açısından bakıldığında, söz konusu makamlar tarafından verilen yardım, sınırlı ve ikincil niteliktedir. Buna göre Mahkeme, başvurunun Çocuk Psikiyatri Servisine kabulü ve burada kalması kararının, velayet hakkını kullanan anne tarafından verildiği sonucuna varmaktadır.

Bu nedenle, olayın Devlet makamları tarafından özgürlükten yoksun bırakmayla ilgisi açısından, Sözleşme'nin 5. maddesi uygulanabilir değildir. Fakat yine de, başvurunun özgürlüğü üzerinde annenin velayet hakkını kullanmasından doğan kısıtlamalar konusunda, mevcut olayın şartları içinde, bu maddenin uygulanabilir olup olmadığı sorunu durmaktadır”⁶⁷.

İHAM'ın görüşü de anlaşılabilirliği gibi davalı hükümetin görüşüne yakın bir görüştür. İHAM, kararını ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirmiş ve şu şekilde açmıştır:

“Mahkeme, Hükümetin, velayet otoritesini elinde bulunduranların haklarının sınırsız olamayacağına ve bunun kötüye kullanılmasına karşı koruyucuları sağlamanın Devlete düştüğüne dair görüşüne katılmaktadır. Ancak buradan, mevcut olayın Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına girdiği sonucu çıkmamaktadır.

...Hastaneye yatırılması konusunda başvurunun görüşlerine verilmesi gereken ağırlıkla ilgili olarak Mahkeme, başvurunun hala, bir anne veya babanın çocuğunun arzusuna aykırı olarak karar verilebilmesinin normal olduğu bir yaşta bulunduğunu düşünmektedir. Annenin kötü niyetiyle ilgili bir delil bulunmamaktadır. Başvurunun hastaneye yatırılmasına, tıp uzmanının tavsiyesine dayanılarak karar verilmiştir. Başvurucu gibi bir çocuğun, açıkça

⁶⁷ Nielsen v. Danimarka, para. 63,64 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

Sözleşme'nin 5/1. fıkrasına girmeyen bir olayda, velayet hakkını elinde bulunduran kişinin talebi üzerine hastaneye kabul edilmesi mümkün olmalıdır.

...Mahkeme, başvuruçunun hastaneye yatırılmasının, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma oluşturmadığı ve fakat velayet hakkının annesi tarafından çocuğun menfaatine sorumlu bir şekilde kullanılması olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin 5. maddesi bu olayda uygulanabilir değildir"⁶⁸.

Daha önce açıklandığı üzere İHAM, İHAS'ın 5. maddesi açısından kişiyi kendine karşı dahi korumaktadır. Ancak, *Nielsen* kararından yapılan alıntıdan da anlaşılacağı üzere, velayet hakkının kullanılması sonucunda maruz kalınan kısıtlamalar, kamu makamları araçları ile meydana gelmiş olsalar da, İHAM bu durumu İHAS'a aykırılık olarak görmemektedir. İHAM, *Nielsen* davası hakkında verdiği kararın 72. paragrafı içerisinde, başvuruçunun annesinin kötü niyeti ile ilgili bir delil bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle de İHAS korumasının bu olayı kapsamayacağını düşünmektedir. Hukuk açısından bu durum; bir eksikliğin giderilmesi ihtimalinin ortadan kalkması olarak yorumlanmalıdır. Zira, aksi halde İHAM'ın kararı önemli bir örnek teşkil edecekti. Bu aşamada, İHAM'ın, İHAS'ın 5. maddesinin, kişiyi kendisine karşı dahi koruduğu bilinmektedir. Ancak yukarıda belirtilen, annenin kötü niyeti ile ilgili bir delil bulunmamasından dolayı, küçük kişiyi, kötü niyetli anne ve babasının velayet hakkına karşı koruyup korumadığı bilinmemektedir. Buna karşın, annenin kötü niyetinin saptanamamasının belirtilmesi ve tıp uzmanlarının tavsiyelerinin değerlendirilmesi gibi bölümler, kararın genel yapısında velayet hakkının kötüye kullanılmasına izin verilmesi durumunda sözleşmeciler devletlerin sorumluluğunun doğacağı şeklinde bir yoruma olanak tanımaktadır.

Nielsen başvurusuna benzer bir olay *Riera Blume ve diğerleri* başvurusunda da gerçekleşmiştir. Bu başvuru kapsamında, başvuruçular, bir tarikata üye oldukları ve kendilerine zarar verebilecekleri gerekçeleri ile aileleri tarafından bir otelde alıkonmuşlardır. Başvuruçular, özgürlüklerinin ihlal edildiği

⁶⁸ a.g.k., prg. 72,73 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

iddiası ile önce iç hukuka daha sonra ise İHAM'a başvurmuşlardır. İHAM yukarıdaki *Nielsen* başvurusunda olduğu gibi bu başvuruda da kesin ve somut ilkeler ortaya koymamış, ancak devlet görevlilerinin yardımı olmadan başvuru sahiplerinin özgürlüklerinin ihlal edilemeyeceği dolayısıyla 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁹. Burada genel bir prensibe ulaşmak mümkün olmasa da, ailelerin fiilleri nedeni ile ihlal olup olmadığının değerlendirilmemesi, buna karşın devlet görevlisi olan polislerin olaya seyirci kalmalarının ihlal olarak değerlendirilmesi önemlidir. Böylece İHAM, devlet görevlilerine 5. madde ihlallerine sessiz kalmama yükümlülüğü yüklemektedir.

Yukarıdaki iki karar göz önüne alındığında, velayet hakkının kötüye kullanılması durumunda 5. maddenin uygulanabilir olup olmadığı hususunda ise; bu durumun devlet görevlilerince fark edilmesi durumunda müdahale edilmesi gerekliliğinin arandığı sonucuna ulaşılabilir.

6- Zaman Bakımından Uygulanabilirlik

İHAM'ın önüne gelen davalarda sık sık zaman bakımından yetkisizlik iddiası ortaya atılmıştır. Bu iddialarda; sözleşmeciler devletler, tutulu durumda bulunanların, ancak bireysel başvuru hakkını kabul ettikleri tarihten sonraki işlemler itibarı ile başvuruda bulunabileceklerini ileri sürmektedir. Ancak İHAM, İHAS'ın 6/1. maddesi açısından olduğu gibi 5/3. maddesi açısından da bu itirazı kabul etmemektedir. İHAM, bu sonucu şu şekilde ifade etmektedir:

*“22 Ocak 1990 tarihinden önce meydana gelen olaylar için inceleme yapamayacağını, zaman bakımından yetkisinin ancak bu tarihten sonraki olaylar için geçerli olduğunu kabul eder. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 5/3. fıkrası ve 6/1. fıkrasına ilişkin şikayetleri incelerken, yukarıda belirtilen bildirim yapıldığı tarihte yargılamanın durumunu göz önüne alacaktır”*⁷⁰.

⁶⁹ Riera Blume ve diğerleri v. İspanya, Başvuru No: 37680/97, 14.10.1999, para. 26-35.

⁷⁰ Yağcı ve Sargın v. Türkiye, Başvuru No: 16419/90, 08.06.1995, para. 40 (Çeviren: Süheyl Batum; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Aynı yönde yorum için bkz. Mansur v. Türkiye, Başvuru No: 16026/90, 08.06.1995, para. 44; Baggetta v. İtalya, Başvuru No: 10256/83, 25.06.1987, para. 20; Lukanov v. Bulgaristan, para. 40.

Burada, “bildirim yapıldığı tarihte yargılamanın durumu” ifadesi, bireysel başvuru hakkının tanındığı tarihten önceki özgürlükten yoksun bırakmanın da dikkate alınacağı hükmünü içermektedir.

7- Olağanüstü Haller

Sözleşmecı devletler, İHAM’ın 5. madde ile ilgili yargılamalarında süre bakımından yetki itirazı gibi, Sözleşme’nin 15. maddesine dayanan itirazlarda da bulunmuşlardır. İHAS’ın 15. maddesi; “olağanüstü hallerde askıya alma” başlığını taşımakta ve ulusun tehlike altında olduğu durumlarda sözleşmecı devletlere, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, İHAS’a aykırı tedbirler alabilme hakkını sözleşmecı devletlere tanımaktadır. Ancak bu madde içerisinde sözleşme ile tanınan bazı hakların hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceği düzenlenmektedir. Bu haklar arasında İHAS’ın 5. maddesi ile düzenlenen, kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmecı devletler, ulus adına tehlike gördükleri bazı yer ve dönemlerde İHAS’ın bu maddesine dayanarak kişi özgürlüğü haklarını ihlal etmişlerdir. Bu ihlallerden, tezi ilgilendiren bölüm; 15. maddeye dayanılarak 5. maddenin ihlali durumlarıdır. Bu gibi durumlarda; İHAM bazı ilkeler kabul etmiş ve sınırlamaların ancak bu sınırlar çerçevesinde yapılabileceğini tespit etmiştir. İHAM’ın konuyla ilgili ilk tespiti; “ulusun yaşamını tehdit eden özel koşullarda alınacak önlemlerin ağırlığını ulusal hükümetlerin takdir etmesinin daha makul olacağını kabul”⁷¹ etmektedir. İHAM, sözleşmecı devletlere bir takdir alanı bırakmasına karşın bu alanın sınırlarını da aşağıdaki şekilde çizmektedir:

“Ne var ki, Sözleşmecı Devletler sınırsız bir takdir yetkisi kullanamazlar. Mahkeme, devletlerin krizin “zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçü”nün ötesine geçip geçmediklerine karar vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, bu tür bir Avrupa denetimi tarafından denetlenir. Mahkeme bu denetim yetkisini

⁷¹ Aksoy v. Türkiye, Başvuru No: 21987/93, 18.12.1996, para. 68 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

kullanırken, yükümlülük azaltma ile etkilenen hakların niteliği, olağanüstü duruma yol açan sebepler ve olağanüstü durumun süresi gibi, konuyla ilgili faktörlere gereken ağırlığı vermek zorundadır”⁷².

İHAM; devletlerin sınırlı bir şekilde uygulamasına hak tanıdığı askıya alma haklarını, yer bakımından da kısıtlamakta ve “*Mahkeme, söz konusu yükümlülük azaltmanın yer bakımından kapsamını değerlendirirken, Türkiye’nin yükümlülük azaltmanın etkisini bildiriminde açıkça belirtilmeyen bir bölgesine yaygınlaştırılması durumunda, bu hükmün amacına aykırı davranmış olacaktır. Bu nedenle söz konusu yükümlülük azaltma bildiriminin dava konusu olaylara uygulanması, yer bakımından mümkün değildir*”⁷³ demektedir. Böylece İHAM, İHAS’ın 15. maddesi nedeni ile kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını ancak önceden belirli yerler ve ulus güvenliğinin ciddi bir tehlike altında olması durumunda kabul etmiş olmaktadır.

8- Gözaltı ve Tutma Kayıtlarının Bulunması Zorunluluğu

İHAM’ın kabul ettiği bir başka önemli ilke, tutma veya gözaltına alma kayıtlarının bulunması zorunluluğu hakkındadır. İHAM, bu kayıtların bulunmaması durumunun İHAS’ın 5. maddesinin ağır bir ihlali olduğunu kabul etmektedir. Bu prensibin ana kaynağı Türkiye aleyhine verilen kararlar olmuştur. Bunlardan daha önce de değinilen *Kurt* kararı önemlidir. Başvurucu Koçeri Kurt, oğlu Üzeyir Kurt’un güvenlik güçleri tarafından alındığını, bundan sonra kendisinden haber alınmadığını ve kendisini görenin de olmadığını iddia etmektedir. Başvurucu, emniyet güçlerine oğlu hakkında sorular sorduğunu ancak, güvenlik güçlerinin, başvurusunun sorularını; oğlunu gözaltına almadıkları şeklinde cevapladıklarını ileri sürmektedir. Hükümet ise, başvurusunun oğlunun gözaltına alınmadığını, PKK tarafından kaçırılmış olabileceğini öne sürmüştür.

⁷² a.g.k.; prg. 68 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Aynı yönde yorum için bkz. Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 14553/89, 14554/89, 25.05.1993, para. 43; İrlanda v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, 18.01.1978, para. 207.

⁷³ Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, 23878/94, 26.11.1997, para. 39 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

Nitekim, kayıtlarda Üzeyir Kurt'un gözaltına alındığına dair bir bilgi bulunmamaktadır. Bu iddia ve savunmalar üzerine İHAM şu kararı vermiştir:

“Mahkeme bu açıdan bireyin kayıt dışı tutuklanmasının bu güvencelerin tamamen inkarı ve 5. madde'nin en ciddi ihlali olduğunu vurgulamaktadır. İlgili bireye üzerinde kontrolü üstlenen yetkililerin kişinin akıbetinden sorumlu olmaları zorunludur. Bu sebeple, 5. maddenin yetkililerin kaybolma riskine karşı etkin önlemler almalarını ve bir kişinin gözaltına alınıp daha sonra görülmemesine ilişkin bir iddiaya yönelik acil ve etkin bir soruşturma yapmalarını gerektirdiği kabul edilmelidir.

Bu bağlamda, Mahkeme Komisyon'un Üzeyir Kurt'un 25 Kasım 1993 sabahında askerler ve köy korucuları tarafından alıkonulduğuna yönelik tespitini kabul ettiğini yinelemektedir. Anılan tarihte başvuranın oğlunun gözaltına alındığı kayıtlara geçmemiştir ve anılan şahsın daha sonraki akıbetine ilişkin herhangi bir resmi iz bulunmamaktadır. Bu husus kendi içinde çok ciddi bir yetersizlik olarak kabul edilmelidir çünkü özgürlükten mahrum bırakma eyleminden sorumlu olanların suç ile olan ilgilerini gizlemelerine, izlerini kapatmalarına ve tutulananın akıbetine ilişkin sorumluluktan kaçınmalarına olanak tanımaktadır. Mahkemenin görüşüne göre, gözaltına alma tarihi, saati ve yeri, tutulananın adı ve tutma sebebi ile tutmayı gerçekleştiren kişinin adı gibi bilgileri içeren verilerin bulunmaması Sözleşmenin 5. maddenin amacına aykırı hareket olarak ele alınmalıdır.

Bu hususlar açısından, Mahkeme, yetkililerin başvuranın oğlunun köyde gözaltına alınmasından sonra kendisinin akıbetine ilişkin herhangi bir inandırıcı ve kanıtlanmış açıklama sunamadıkları ve başvuranın oğlunun gözaltında olduğu ve hayatından endişe ettiği yönündeki ısrarları açısından herhangi bir anlamlı soruşturma açmadıkları sonucuna varmaktadır. Yetkililer başvuranın oğluna yönelik sorumluluklarını yerine getirememişlerdir ve başvuranın oğlunun 5. maddede belirtilen güvencelerden hiçbiri olmaksızın kayıt dışı tutuklu bulundurulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Mahkeme, bundan dolayı, Komisyon ile aynı şekilde, Üzeyir Kurt'un durumuna ilişkin ciddi endişeler yaratacak şekilde, 5. madde kapsamındaki

kişinin bireyin ve güvenlik hakkının ciddi bir ihlalinin mevcut olduğu kanaatindedir.”⁷⁴

Karardan alınan bu gerekçe, gerekli kayıtların tutulmamasının İHAM tarafından en ciddi ihlal olarak değerlendirildiğini ortaya koymaktadır.⁷⁵ Kurt kararında dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta; kaybolma iddiası karşısında ciddi bir soruşturma yapılması gerekliliğidir.⁷⁶

İHAM, Kurt kararında tespit ettiği ağır ihlali diğer bazı kararlarında da tespit etmiş ve açıklamasını genişletmiştir:

“Sözleşme'nin 5. maddesi, keyfi olarak gözaltında tutmanın risklerini asgariye indirebilmek için, özgürlükten yoksun bırakma işlemi bağımsız yargı denetimine tabi kılmayı ve bu işlemi yapan yetkililerin sorumluluğunu sağlamayı amaçlayan maddi haklar bütünü getirmiştir. Mahkeme'nin daha önce Kurt davasında da belirttiği gibi, bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkar edilmesi, bu güvencelerin bütünüyle reddedilmesi anlamına gelir ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ağır bir biçimde ihlalinin meydana getirir. Yetkililerin, denetimleri altında bulunan bireyler nedeniyle sorumlulukları bulunduğundan, Sözleşme'nin 5. maddesi kayıp edilme tehlikesine karşı bireyleri korumak üzere yetkililerin etkili tedbirler almalarını ve bir kimsenin gözaltına alınıp da bir daha görülmediği şeklinde savunulabilir bir iddia hakkında derhal ve etkili bir soruşturma yapmalarını gerektirir”⁷⁷.

Türkiye benzeri olaylar nedeni ile İHAM önünde bir çok kez yargılanmıştır. Bu yargılamalardan bazılarında Türkiye aleyhine tazminata hükmedilirken⁷⁸, bazılarında ise ihlal tespit edilmemiştir⁷⁹.

⁷⁴ Kurt v. Türkiye, para. 124-129; Benzer yönde Fedotov v. Rusya, Başvuru No: 5140/02, 25.10.2005, para. 78; Anguelova v. Bulgaristan, para. 154.

⁷⁵ Gözaltı kayıtlarının olmamasının İHAS'ın “yaşama hakkını” düzenleyen 2. maddesi ile de doğrudan bağlantı halinde olduğu hakkında bkz. Ümit Kocasakal, *Terör ve İnsan Hakları Sempozyum Notları*, Yayına Hazırlayan: Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Bası, Temmuz 2006, s: 21,22.

⁷⁶ Aynı yönde yorum için bkz. Donna Gomien, AİHS El Kitabı, Çev: Serkan Cengiz, Utku Kılınc, İzmir Barosu Yayınları, 1. Basım, Ağustos 2008, s:46

⁷⁷ Çakıcı v. Türkiye, para. 104 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁷⁸ Bu kararlara örnek olarak; Akdeniz v. Türkiye, para. 130; Akdeniz ve diğerleri, Başvuru No: 23954/94, 31.05.2001, para. 106; Timurtaş v. Türkiye, Başvuru No: 23531/94, 13.06.2000, para. 105; İrfan Bilgin v. Türkiye, Başvuru No: 25659/94, 17.07.2001, para. 149; Çiçek v. Türkiye,

B- İHAM Kararlarında Özgürlük Karinesi ve İstisnaları

Yukarıda belirtildiği gibi İHAS'ın 5/1. fıkrasında bir özgürlük karinesi belirlenmiştir. Ancak özgürlük karinesinin istisnaları, bir başka deyişle hukuka uygun tutma halleri takip eden bentler içerisinde düzenlenmiştir. Bu bentler dışında kişi özgürlüğünün kısıtlanması mümkün olmayacağından, İHAM bu bentlere girmeyen uygulamalar hakkında ihlal kararları vermiştir. Bentlere ilişkin kararlar aşağıda ayrı ayrı inceleneceğinden bu bölümde yalnızca 5/1. fıkra açısından diğer ihlal kararları incelenecektir.

İncelenecek kararlardan ilki *De Jong, Baljet ve Van den Brink* kararıdır. Bu karara konu olayda, başvuru Hollanda Ordusu'nda askere alınmışlar ancak kendileri inançları nedeni ile bazı emirleri yerine getirmeyi reddetmişlerdir. Başvurucular vicdani redci durumuna düşmüşler, komutanları tarafından gözaltına alınmışlar ve haklarında yargılama başlatılmıştır. Başvurucular, gözaltında tutulmalarının nedeninin makul kuşku olarak başladığını ancak daha sonra bu durumun diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi gereği tutulduklarını, bu durumun da İHAS'ın 5/1. fıkrası içerisinde sayılan istisnalardan biri içerisine girmediğini bu nedenle de 5. maddenin ihlal edildiğini savunmuşlardır. Ancak İHAM, başvuru iddialarının aksine aşağıdaki saptamayı yapmıştır:

“Sözleşme'nin 5/1-c bendi bir kimseyi hukuken yetkili bir makam önüne çıkarmak amacıyla tutmanın gerçekleştirilebileceği, birbirinden ayrı üç hali düzenlemektedir; bunlardan biri, bir suç işlediğinden makul kuşku duyulmasıdır. Askerlik Kanununun 7 ve 14. maddeleri, diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi gereğini ek bir şart olarak getirirken, özgürlükten yoksun

Başvuru No: 25704/94, 27.02.2001, para. 165; Orhan v. Türkiye, Başvuru No: 25656/94, 18.06.2002, para. 371 (Bu son karar, suçun örtbas edilebilmesi ve delillerin gizlenmesi ihtimallerinin belirtilmesi açısından önemlidir; Taş v. Türkiye, Başvuru No: 14.11.2000, 24396/94, para. 84; Tanış ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 65899/01, 02.08.2005, para. 214; İpek v. Türkiye, Başvuru No: 25760/94, 17.02.2004, para. 187, 188.

⁷⁹ Şarlı v. Türkiye, para. 69; Tekdağ v. Türkiye, Başvuru No: 27699/95, 15.01.2004, para.90; Özgen ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 38607/97, 20.09.2005, para. 50; Toğcu v. Türkiye, Başvuru No: 27601/95, 31.05.2005, para. 132; Nesibe Haran v. Türkiye, Başvuru No: 28299/95, 06.01.2006, para. 87; Tahsin Acar v. Türkiye, Başvuru No: 26307/95, 08.04.2004, para. 241,242; Tepe v. Türkiye, Başvuru No: 27244/95, 09.05.2003, para. 186. Bu kararlarda İHAM, başvuru iddialarının kanıtlanamadığı gerekçesi ile ihlal olmadığına hükmetmiştir.

birakmanın izin verildiği Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında sıralanan sebeplere başka bir sebep eklememekte, fakat Hollanda hukukuna göre bir askerin suç işlediğinden kuşkulandığı zaman nezarete alınmadan veya nezarete tutulmadan önce yerine getirilmesi gereken başka bir şartı öngörmektedir.”⁸⁰

İHAM'ın bu kararı ortaya koymaktadır ki; bir kişinin, iç hukuka ve İHAS'a uygun olarak tutulmasının, ek bir nedenle desteklenmesi İHAS'a aykırılık oluşturmayacaktır. Öncelikli önemli olan, tutmanın asıl nedeninin iç hukuka ve İHAS'a uygun olmasıdır.

İHAM, askeri disiplin sistemi gereğince verilen özgürlükten mahrum bırakma durumlarını bir başka kararı olan *Engel ve diğerleri* kararında da tartışmıştır. İHAM bu kararında aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“Askeri disiplin sistemi, doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamaların, silahlı kuvvetler mensuplarına konulmasına imkan verir. Askeri disiplin sisteminin varlığı, kendiliğinden Sözleşmeciler Devletlerin yükümlülüklerine aykırı düşmez. Bununla beraber askeri disiplin, Sözleşme'nin 5/1. fıkrasının kapsamı dışında değildir. Sözleşme'nin 5/1. fıkrası, 1 ve 14. maddelerle birlikte okunmalıdır. Ayrıca Sözleşme'nin 5/1. fıkrasında gösterilen özgürlükten yoksun bırakma şartları sınırlı sayıdadır; bu fıkradaki ‘aşağıdaki haller hariç’ ifadesi, özgürlükten yoksun bırakma hallerinin sınırlı sayıda olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, bir disiplin cezası veya tedbiri, sonuç olarak, 5/1. fıkrasını ihlal edebilir”⁸¹ demiş ve aşağıdaki eklemede bulunmuştur:

“Mahkeme'ye göre her Devlet, kendi askeri disiplin sistemini düzenlemekle yetkili olup, bu işlemi yaparken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Sözleşmenin 5. maddesinin Devletlerden aşmamalarını istediği sınırlar, askerler ve siviller için aynı değildir. Bir sivil şahsa uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma oluşturabilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişilere

⁸⁰ De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, Başvuru No: 8805/79, 22.05.1984, para. 44 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁸¹ Engel ve Diğerleri v. Hollanda, para. 57 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma niteliğine sahip olmayabilir. Bununla beraber bu tür bir ceza veya tedbir, sözleşmecî devletlerin silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan kısıtlama biçimini aldığında, Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerinden kurtulamaz. Bunun böyle olup olmadığını tespit etmek için, tartışma konusu ceza veya tedbirin niteliği, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler dikkate alınmalıdır.

Bu nedenlerle Mahkeme, asker kişiler bakımından 5. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır”⁸².

Böylece İHAM, asker-sivil ayrımını kabul etmektedir. Askerlerin, ancak sivillere nazaran daha ağır durumlarda özgürlüğünden mahrum kalacağını; tüm bunlara karşın askeri disiplin gereğince verilen özgürlükten mahrum bırakma cezalarının da İHAS'a uygun olması gerektiğini ortaya koymuş olmaktadır. İHAM, *Engel ve diğerleri* kararının ilerleyen paragraflarında, başvuruculara uygulanan cezalardan yola çıkarak askeri disiplin cezalarını somut bir şekilde değerlendirmiş ve belirli saptamalarda bulunmuştur:

“Mahkeme daha sonra, başvurucular hakkında verilen cezaların ve uygulanan tedbirlerin kişi özgürlüğüne müdahale, yani özgürlükten yoksun bırakma oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre üç dört günlük hafif göz hapsi, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz; çünkü bu cezayı alanların mesai saatleri dışında askeri binalarda kalma zorunlulukları varsa da, bu kişiler kilit altında tutulmamakta ve görevlerini yapmaya devam etmektedirler. Bu kişiler az veya çok askeri yaşamın olağan sistemi içinde kalmaya devam etmektedirler.

Mahkeme'ye göre sıkı göz hapsi, kışla içinde belirlenmiş bir alanda bulunma şeklinde uygulanmaktadır. Bu kişiler kantine, tesis içindeki sinemaya veya gezinti yerlerine gidememektedirler. Ancak bu kişiler de kilit altında değildir. Başvuruculardan birine verilen 12 günlük sıkı göz hapsi de özgürlükten yoksun bırakma sayılmaz.

⁸² a.g.k., para. 59 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

Mahkeme'ye göre, 1974 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmış olan ağır göz hapsi alan astsubay ve erler, gündüz ve gece bir odada kilit altında tutulmaktadırlar; dolayısıyla normal görevlerini yerine getirememektedirler. Bu nedenle ağır göz hapsi özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaktadır. Mahkeme'ye göre birinci başvurucuya uygulanan geçici hapislik, iki gün gibi kısa sürme özelliğine rağmen, ağır göz hapsi ile aynı şartları içerdiğinden, özgürlükten yoksun bırakma sayılır.

İki başvurucuya uygulanan ve 1974'te kaldırılan disiplin odasında hapislik, Hollanda ordusunda uygulanan disiplin cezaları içinde en ağır olanıdır. Bu ceza erlere, bir disiplin davasından sonra verilmektedir. Bu ceza, Ceza Kanununa göre mahkum olanlar ile birlikte tutulma şeklinde infaz edilmektedir. Kendileri bir ay veya daha fazla süreyle binayı terk edememektedirler. Bu ceza üç aydan altı aya kadar sürebilmektedir. Süre bakımından diğer cezalara göre daha fazladır. Ayrıca bu cezayı alan iki başvuru, geceleri bir odada kilit altında tutulmuşlardır. Bu nedenle, bu ceza da özgürlükten yoksun bırakma oluşturur”⁸³.

İHAM, Türkiye’yi yakından ilgilendiren bir kararında önemli bir içtihadı imza atmıştır. Bilineceği üzere PKK terör örgütü lideri Öcalan, Kenya’da yakalanmış ve gözaltına alınmıştır. Bunun üzerine başvuru; aşağıdaki gerekçe ile İHAM’a başvurmuştur:

“Yetkilerinin dışında yurtdışında operasyon yapan Türk yetkilileri tarafından kaçırıldığına dair ilk bakışta delil bulunduğunu ve gözaltının hukuki olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün Hükümete düştüğünü ileri sürmüştür. Türk makamlarının yakalama emri çıkartmış olmaları ve İnterpol’ün kırmızı bülten çıkarmış olması, Türk Devleti’nin yetkililerine yurtdışında faaliyet gösterme yetkisi vermemiştir”⁸⁴.

Bu karardaki ilginç noktalardan bir tanesi yakalamanın yapıldığı Kenya’nın Sözleşme’nin tarafı olmamasıdır. Bu nedenle Kenya aleyhine bir iddia öne sürülemez. Ancak, her nerede olursa olsun, İHAS’ın tarafı olan Türkiye’nin

⁸³ a.g.k., para. 60-64 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁸⁴ Öcalan v. Türkiye, para. 74 (Çeviren: Osman Doğru (www.yargitay.gov.tr’den yararlanarak); karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

İHAS'ın yükümlülüklerine uygun hareket etme zorunluluğu vardır. Bunun yanında, İHAM;

“Gözaltına alınan kaçığın sığındığı Devletin hukukuna aykırı olup olmaması meselesi dışında, ki bu mesele sadece ev sahibi Devletin Sözleşme’ye taraf olması halinde Mahkeme’nin inceleyebileceği bir husustur, Mahkeme, başvurucunun gönderildiği devletin yetkililerinin ev sahibi devletin egemenliğine aykırı şekilde ve dolayısıyla uluslararası hukuka ters düşen bir biçimde, kendi toprakları dışında hareket ettiklerine dair birbiriyle tutarlı çıkarımlardan oluşan kanıt ihtiyacı duyar”⁸⁵ diyerek, öncelikle diğer devletin egemenliğine ve uluslararası hukuka aykırı hareketin, tutarlı kanıtlarının arandığını kabul etmektedir. Ancak bu kanıtların tanımlaması da Öcalan kararı içerisinde yapılmaktadır:

“Başvurucudan “her türlü makul şüpheden uzak” bir kanıt göstermesi istenmemektedir.

Başvurucu, mevcut olayda Türkiye’nin Kenya’nın egemenliğine saygı göstermediğini veya uluslararası hukuka uygun hareket etmediği sonucuna götürecek tutarlı çıkarımlar sağlayacak bir kanıt gösterememiştir”⁸⁶

Tutarlı kanıtlar gösterilememesi nedeni ile de İHAM, İHAS'ın 5/1. fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

İHAM'ın, İHAS'ın ihlal edildiği sonucuna ulaştığı yargılamalarından bir tanesi *Labita* kararıdır. Başvurucu, tutuklu olarak yargılanmış ve yargılaması sonucunda hakkında beraat kararı verilmiştir. Beraat kararı ile birlikte, eğer başvurucu başka suçtan tutuklu değilse kendisinin salıverilmesi de hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, saat 22:00’de, başvurucunun yüzüne karşı açıklanmıştır. Başvurucunun cezaevine dönmesi gece yarısı 00:25’i bulmuştur. Ancak bu saatte; özel cezaevi rejimi gereğince; kendisini salıvermeye yetkili görevli cezaevinde değildir. Bu nedenle başvurucu sabah 8:30’a kadar tutulmuş ve ancak bu saatten sonra serbest bırakılmıştır. Başvurucu, söz konusu tutmanın Sözleşme’ye aykırı

⁸⁵ a.g.k., para. 90 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁸⁶ a.g.k., para. 90 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

olduğunu ileri sürmüştür. İHAM kararında; “Sözleşme’nin 5/1. fıkrasındaki özgürlük hakkına ilişkin istisnaların sınırlı sayıda olduğunu ve bu istisnaların sadece dar bir yorumunun, hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun kalmamasını sağlamak olan maddenin amacına uygun olduğunu hatırlatır”⁸⁷ demiştir. Ancak aynı kararda İHAM bazı istisnaların da kabul edilebileceğini belirtmektedir; “Sözleşme’nin 5/1-c bendinin amacı bakımından bir tutmanın haklılığı, ‘suç isnadının karara bağlandığı gün’ sona erer ve bu nedenle beraat kararından sonra tutma bu madde içinde yer almaz; ancak “tutulan bir kimsenin salıverilmesi ile ilgili bir kararın icra edilmesinde biraz gecikme olması genellikle kaçınılmazdır; ancak bu gecikme asgari düzeyde kalmalıdır”⁸⁸. İHAM, her ne kadar bir istisna kabul etmiş ise de, tekrar aynı karar içerisinde de istisnayı sınırlandırmıştır; “Bu koşullarda başvurunun Termini İmerese Cezaevine geri getirildikten sonra tutulmasının devam etmesi, kendisinin salıverilmesine dair kararın icrası için bir ilk adım olmayıp, Sözleşme’nin 5/1-c. fıkrasına girmemektedir”⁸⁹. Labita kararından yapılan son alıntının da gösterdiği üzere, tahliye, beraat veya salıverilme kararlarından sonra yetkili merciler, kararların yerine getirilebilmesi için zaman geçirmeden harekete geçmelidirler. Bu aşamada salıverme ile ilgili olmayan ve zaman kaybına yol açan işlemler İHAS’ın 5. maddesine aykırı olacaktır. İHAM benzer şekilde Nevmerzhitsky kararında da, başvurunun, hakkında salıverilme kararı verilmiş olmasına karşın nedensiz yere bir gün sonra bırakılmasına ihlal kararı vermiştir⁹⁰.

İHAM önüne gelen bir başka dosyada; başvuru Giulia Manzoni’nin yargılamasını yürüten yerel mahkeme, başvurunun saat 11:45’te salıverilmesine karar vermiştir. Bu kararı takiben başvuru polis eşliğinde cezaevine geri götürülmüştür. Saat 15:30’da başvurunun salıverilme kararının bir örneği cezaevine ulaştırılmıştır. Başvuru, formalite işlemlerin tamamlanmasının ardından

⁸⁷ Labita v. İtalya, Başvuru No: 26772/95, 06.04.2000, para. 170 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁸⁸ a.g.k., para. 171 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁸⁹ a.g.k., para. 173 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁹⁰ Nevmerzhitsky v. Ukrayna, Başvuru No: 54825/00, 05.04.2005, para. 120, 121.

saat 18:45'te serbest bırakılmıştır. Başvurucu, kendisi hakkında verilen salıverilme kararını takiben 7 saat tutulmasının Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. İHAM; *“Bayan Manzoni duruşmasının bitiminden sonra bir buçuk saatte Rebibbia Cezaevi'ne getirilmiş ve duruşma zabıtları kendisinin oraya varmasından kısa bir süre sonra getirilmiştir. Bu prosedür Roma Bölge Mahkemesi'nin kararının yerine getirilmesi için ilk adım olarak kabul edilmelidir”*⁹¹ demiştir. Böylece İHAM, kararları ile özgürlüğün geciktirilmemesi gereğini hüküm altına alırken, makul gecikmelerin ise kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken fark, gecikmenin; keyfi olup olmamasında veya özgürlüğün sağlanmasına yönelik işlemler sırasında ortaya çıkıp çıkmaması noktasındadır.

İHAM, *Monnell ve Morris* kararında, cezalandırma usulleri hakkındaki yorumunu ortaya koymaktadır. Karara konu olan olayda, başvuru yargılanmış ve ceza almışlardır. Buraya kadar bir uyuşmazlık yoktur. Ancak, başvuru yargılanmış, haklarında verilen kararlar aleyhine bir üst mahkemeye başvurmuşlardır. Ancak, İngiltere ceza yargılaması usulünde, üst mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla düzenlenmiş bir madde vardır. Bu madde uyarınca, üst mahkemeye temelsiz başvurular yapılması durumunda, başvuru sonuçlanana kadar geçecek olan süre, mahkum olunan süreden düşürülmemektedir. Olayda, başvuru yargılanmış, bir üst mahkemeye başvurmaları nedeni ile biri 28 gün diğeri ise 56 gün fazladan olmak üzere özgürlüklerinden mahrum kalmışlardır. Başvuru yargılanmış hukukta sonuç alamamışlar ve İHAM'a başvurmuşlardır, bunun üzerine dosya İHAM önüne gelmiştir. İHAM kararında aşağıdaki saptamaları yapmıştır.

“Karara konu olan başlıca mesele, söz konusu tutma dönemlerinin bu bent anlamında "yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra" hükmüne girip girmediğidir.

Başvurucuların "yetkili mahkemenin mahkumiyet kararı" gereğince tutulmuş olduklarından kuşku yoktur. Komisyon ve başvuru yargılanmış ile Hükümetin görüşleri arasındaki fark, Üst Mahkeme tarafından daha sonra karar verilen süre

⁹¹ Giulia Manzoni v. İtalya, Başvuru No: 19218/91, 01.07.1997, para. 25.

kaybının, bu mahkumiyetlerden "sonra" çekilen bir hapislik olarak görülüp görülmeyeceğidir.

Mahkeme'nin kararlarında yerleşik hale geldiği üzere, (a) bendindeki "sonra" kelimesi, hapisliğin "mahkumiyet"i sadece zaman bakımından izlemesi anlamına gelmez; buna ek olarak tutma, mahkumiyetin bir sonucu olmalı, mahkumiyeti izlemeli ve ona dayanmalı veya mahkumiyetten dolayı meydana gelmelidir. Kısacası, mahkumiyet kararı ile özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli nedensellik ilişkisi bulunmalıdır”⁹².

Başvurucular, üst mahkemeye başvuruları nedeni ile fazladan hapis yatmalarını “ek bir ceza” olarak görmektedirler. Hükümet ise, ek bir ceza verilmediğini, cezanın arttırılmadığını; ancak başvuru temelsiz görülürse cezanın infazı hakkında bir karar verildiği savunmasında bulunmuştur. İHAM, hükümetin bu savunmasına katılmamış ve şu yorumu yapmıştır:

“Mahkeme’ye göre süre kaybı kararı, dava mahkemesi tarafından verilmiş olan ilk hapislik kararının infaz tarzını düzenleyen basit bir karar olarak nitelendirilemez; çünkü bu karar, hapis cezasından kaynaklanan hapisliğe, fiilen bir hapislik süresi eklemektedir. Üst mahkemeye başvurmak isteyen kişileri uyaran AA formunda belirtildiği gibi, süre kaybı kararının sonucu, "salıverme tarihinin ileri bir tarih" olmasıdır. Bu durum, birinci başvurucu ile ilgili Üst Mahkemenin kendi kararında, "başvurucunun hapisliğinin uzatılması gerektiğini" ifade etmesinden de anlaşılmaktadır”⁹³.

Buna karşın İHAM, kararın ilerleyen bölümlerinde aksi yönde yorumlar getirmiş ve başvuru kapsamında ihlal bulunmadığına hükmetmiştir:

“Sözleşmecî bir çok ülkede, ceza üst mahkeme yargılaması aşamasında süren özgürlük kısıtlamasının tutuklama olarak kabul edildiğine ve mahkum olan kişinin cezasının infazının, mahkumiyet kararının kesinleşmesine kadar başlamadığına işaret edilmiştir. Bu sistemlerde, Üst Mahkemelerin kendileri hapis cezasına karar verir; bazılarında ise Üst Mahkemeler, üst yargılama

⁹² Monnell ve Morris v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 9562/81, 02.03.1987, para. 38-40 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

⁹³ a.g.k., para. 43 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

aşamasında devam eden tutmanın, hapis cezasından indirilip indirilmeyeceğini, indirilecek ise ne ölçüde indirileceğini takdir ederler. Komisyon temsilcisine göre bu sistemler, mevcut davadaki İngiliz sisteminin aksine, Sözleşme'nin 5/1. maddesiyle bağdaşır.

Her iki cezalandırma usulünün mahkum olmuş kişilere etkisi bakımından aralarındaki fark, özde değil, biçimdedir. "Mahkumiyet kararından sonra" kişinin özgürlüğünün hukuka uygun olarak kısıtlanacağı hukuk sistemlerinin biçimi konusunda sessiz kalan Sözleşme'nin 5/1-a bendinin, bu konuyu Sözleşmeciler Devletlerin takdirine bıraktığı kabul edilmelidir. Cezalandırma usulleri, Sözleşme'nin 5/1-a bendinin gereklerine uygun kalmaya devam etmek şartıyla, Sözleşmeciler Devletlerin birinden diğerine meşru bir biçimde değişebilir. Mahkeme, diğer Sözleşmeciler Devletlerle karşılaştırıldığında Birleşik Krallıktaki cezalandırma usulündeki teknik ve biçimsel farklılığın, bu davada 5/1-a bendinin uygulanmasını engelleyecek türden olmadığını kabul etmektedir.

Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, Sözleşme'nin 5/1-a bendinde izin verilen özgürlükten yoksun bırakma bakımından, başvuru hakkındaki mahkumiyet kararı ile Üst Mahkeme tarafından verilen süre kaybının bir sonucu olarak çekilen ilave hapis cezası arasında yeterli ve meşru bir bağlantı bulunduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre her iki başvuru tarafından bu başlık altında geçirilen süre, Sözleşme'nin 5/1-a bendi bakımından "yetkili mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararından sonra" geçirilen süre olarak görülmelidir.

Başvurucuların Mahkeme'ye verdikleri dilekçelerin bazı bölümlerinde, üst yargılama izni için yaptıkları başvuruların, aslında ümitsiz veya boş olmadığını savundukları anlaşılmaktadır. Bu mesele, 1968 tarihli Ceza Üst Yargılama Yasasının 29/1. maddesi gereğince, Üst Mahkemenin takdir yetkisine giren bir değerlendirme meselesidir. İtiraz konusu özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin Sözleşme'ye uygunluğu bakımından incelenmesi için gerekli kısmı saklı kalmak kaydıyla, olaylara ilişkin kendi değerlendirmesini ulusal mahkemelerin yerine koymak, Avrupa Mahkemesi'nin yetkisine girmez.

Daha genel olarak Mahkeme, bu davanın koşulları çerçevesinde, tartışma konusu özgürlük kaybının hukukiliğine ve usule uygunluğuna kanaat getirmiştir.

İlk olarak, süre kaybı kararlarını verirken, İngiliz mahkemeleri tarafından İngiliz hukukunun konuyla ilgili kurallarına ve usullerine gereği gibi uyulmadığı şeklinde bir itiraz yoktur. İkinci olarak, başvuruçuların iddiaların aksine Mahkeme, başvuruçuların özgürlüklerini kısıtlayan bu kararların yetkili makamlar tarafından verildiği ve icra edildiği ve dolayısıyla keyfi olmadığı sonucuna varmaktadır.

Bu nedenle, söz konusu özgürlük kısıtlamasının, Mahkeme içtihatlarında yorumladığı şekliyle, Sözleşme'nin 5/1. fıkrası bakımından hem "hukuki" olduğu ve hem de "hukukun öngördüğü usule uygun olarak" uygulandığı sonucuna varılmalıdır.

Buna göre Sözleşme'nin 5/1. maddesi, her iki başvuruçuyu bakımından da ihlal edilmemiştir”⁹⁴.

İHAM bu kararında, başvuruçular hakkında uygulanan süre uzatımının ek bir ceza olmadığını, sözleşmeciler devletlerin hareket serbestisine sahip oldukları cezalandırma usullerinden biri olduğuna hükmetmiştir. Ancak tarafımda bu karara katılmamaktadır. Zira, hakkındaki mahkumiyet kararına karşı, kendisine kanun tarafından tanınan bir hakkını kullanan ve bir üst mahkemeye başvuran kişiler hakkında, infaz adı altında dahi olsa ek bir ceza söz konusu olmamalıdır. Önemli olan, başvuruçuların bir üst yola başvurmaları yatacakları süre ile başvuruları nedeni ile yatacakları süre arasında fark olup olmamasıdır. Ayrıca başvuruçuların ek ceza almalarına neden olan olay kendilerinin bir üst hukuk yoluna başvurmalarıdır. Hukuki yolları tüketmenin bir cezaya tabii tutulması bir hukuk devletinde kabul edilebilir bir durum olarak görülmemelidir. *Monnell ve Morris* kararında, başvuruçular bir üst mahkemeye başvurdıkları için biri 28, diğeri 56 gün fazladan hapis yatmışlardır. Her ne kadar başvuruçular hakkında bir mahkumiyet çıkmış ise de, bu karar içerisinde belirlenen sürenin yeniden yargılama yapılmadan hiçbir şart altında uzatılmaması gerekir. Aksi halde devletlerin eline mahkumiyet halinde bir “açık çek” verilmiş olacaktır. Bu durum, “kişi özgürlüğü ve güvenliğini” korumayı amaçlayan İHAS’ın 5. maddesine aykırı

⁹⁴ a.g.k., para. 47-51 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

olarak yorumlanmalıydı. Nitekim İHAM'ın bu kararında yargılamaya katılan yargıçlardan 2'si ihlal olduğu şeklinde, buna karşın 5 yargıç ihlal olmadığı şeklinde görüş bildirmiş ve karşı oylar yeterli sayıda çıkmadığı için ihlal tespit edilmemiştir.

İHAM'ın bir başka önemli kararı olan *Weeks* kararına konu olayda; başvuru 17 yaşında silahlı soygun, polis yaralama ve yasadışı silah bulundurmada suçlu bulunmuştur. Başvuru diğerlerinin yanında silahlı soygundan ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmiştir. Ömür boyu hapis cezasının gerekçesi olarak sanığın tehlikeli biri olduğuna, kendisine verilecek orta ağırlıkta bir cezanın kendisi için uygun olmayacağına, ancak kendisinin cezasını çekmekte iken gelişme göstermesi durumunda ilgili bakanlığın takdir hakkına bağlı olmak üzere kendisinin bırakılabileceğine, bu cezanın başvuru açısından daha makul olduğuna karar vermiştir. Başvuru bir üst mahkemeye başvurmuştur. Üst mahkeme, ilk derece yargıcının, ömür boyu hapis ile uzun süreli hapis cezası arasında kaldığına ve gerçekte ilk derece yargıcının gence merhamet göstererek ilk cezaya hükmetmeyi yerinde gördüğüne değinmiştir. Ayrıca verilen ömür boyu hapis cezası ilgili bakanlığın yeterli görmesi halinde sanığı serbest bırakabileceği için aslında verilen ceza kendisi açısından daha uygun bir cezadır. Böylece başvuru, uzun süreli bir hapis cezası yerine ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmekle daha kısa bir süre içerisinde salıverilme imkanına sahip olacaktır. Başvuru bu karara uygun olarak, alacağı uzun süreli hapis cezasından daha kısa bir süre içerisinde serbest bırakılmıştır. Ancak başvuru ufak suçlara karışmış ve hakkındaki İçişleri Bakanlığının izni kaldırılmış ve kendisi tekrar cezaevine gönderilmiştir. Başvuru İHAM önünde, ilk tutukluluğu ve mahkumiyetine değil ancak ikinci kez yakalanmasına itiraz etmiş ve İHAM'a başvurmuştur. Hükümet, başvuruya, başvuru sahibinin salıverilmesinin İçişleri Bakanlığı tarafından kendisine tanınmış bir ayrıcalık olduğu, ancak kendisinin özgürlüğünün iade edilmediği, başvuru sahibinin halen cezasını çekmekte olduğu, bu nedenle İHAM'ın 5. maddesinin ihlal edilmediği şeklinde itirazda bulunmuştur. İHAM, hükümetin anılan itirazını aşağıdaki gerekçe uyarınca kabul etmemiştir:

“İngiliz hukukunda, ömür boyu hapis cezasına mahkum olmuş bir kimsenin, izinli olarak salıverilmiş olsa bile, af ve cezayı dönüştüren İdari Üstünlük Yetkisinin kullanılması halleri dışında, özgürlük hakkını yeniden kazanamadığı doğrudur. Ancak bu demek değildir ki, başvuru Weeks, Sözleşme’nin 5. maddesinde güvence altına alınan "özgürlük ve güvenlik hakkı"nı, Aralık 1966’da ömür boyu hapis cezasına mahkum olduğu anda kaybetmiştir. Sözleşme’nin 5. maddesi "herkes"e uygulanır. İster özgür olsun, isterse tutulu bulunsun, herkes Sözleşme’nin 5. maddesinin korumasından yararlanma hakkına sahiptir; yani hiç kimse, Sözleşme’nin 5/1. fıkrasında belirtilen şartlar dışında, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz; gözaltına alındığı veya tutulduğu zaman, Sözleşme’nin 5. maddesinin 2-5. fıkralarında öngörülen hakların kendisine uygulanabilir olanlarından yararlanır.

Başvuru Weeks’in Mart 1976’da izinli olarak salıverildiği zaman, Sözleşme’nin 5. maddesi anlamında "özgürlüğünü" yeniden kazanıp kazanmadığı, kendisinin tabi tutulduğu rejimin fiili şartlarına göre değişen maddi bir meseledir. Başvuru izinli olarak cezaevinin dışındayken, 1967 tarihli Yasanın 62/9. fıkrasının ifadesiyle, hukuken "dışarıdadır". Tabi ki, ömür boyu hapis cezasına mahkum kişilerin 1967 tarihli Yasaya göre salıverilmeleri, bir merhamet işlemidir ve her zaman şarta bağlıdır. Başvuru Weeks gibi, bir ömür boyu hapis cezasının izinli olarak salıverilme nedeniyle kullandığı özgürlük, olağan durumdaki bir vatandaşın kullandığı özgürlüğe göre hukuken daha sınırlı ve rizikoludur. Bununla birlikte, başvuru Weeks’in cezaevi dışındaki özgürlüğünün tabi olduğu kısıtlamalar, bu durumun Sözleşme’nin 5. maddesi bakımından "özgürlük" olarak nitelendirilmesini engellemeye yetmemektedir. Böylece, yararlanılmış olan şey hukuken bir hak değil de bir ayrıcalık da olsa, İçişleri Bakanlığı Weeks’i 1977’de cezaevine döndürürken, fiilen özgürlük durumundan çıkartıp hapislik durumuna geçirmiştir.

İçişleri Bakanlığının izni kaldırdığı 30 Haziran 1977 tarihinde, Weeks’in çeşitli suçlardan 23 Haziranda gözaltına alınmasının ardından, mahkeme kararıyla başka bir sebepten dolayı tutuklu bulunuyor olması, varılan bu sonucu değiştirmez. Dava, Mahkeme’nin önünde, ömür boyu hapis cezasının, 30 Haziran

1977'den itibaren Weeks'in İçişleri Bakanlığının kararı nedeniyle tutulmasının, bir kez daha yasal sebebi haline geldiği anlayışıyla savunulmuştur.

O halde, Weeks'in bu karar üzerine uğradığı bu yeni özgürlükten yoksun kalmanın, Sözleşme'nin 5/1-a bendine uygun olup olmadığı hakkında karar verilmelidir.”⁹⁵.

İHAM bu gerekçesi ile başvurunun esasına girmeyi uygun bulmuştur. Kararın ilerleyen aşamalarında, iç hukuk kadar İHAS'ın 5. maddesine uygunluğun gerekliliği, mahkumiyet ile özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli nedensellik bağı bulunması gerekliliği ve olayın kendine has özellikleri değerlendirilmiştir. Bu özellikler içerisinde de, ömür boyu mahkumiyet kararı veren yargıçların gerekçeleri üzerinde durulmuş ve yargıçların aslında bu ceza ile yaşı genç olan başvurucunun bir an önce topluma döndürülmesini amaçladıklarını ortaya koymuştur. İHAM, yerel yargıçların öngörülerinin olayda gerçekleştiğini de özellikle belirtmektedir. İHAM bu aşamadan sonra başvurucunun iddialarını makul görmemiş ve şu gerekçelerle başvuru kapsamında ihlal olmadığına hükmetmiştir:

“Mahkeme bu iddiayı kabul etmemektedir. İngiliz hukukunun bir özelliği gereği, ister cezaevinde olsun isterse dışarıda, başvuru Weeks'in yaşamının kalan bölümünde özgürlüğünün yürütme organının takdirine girmesi, kendisine verilen ömür boyu hapis cezasına içkindir (1967 tarihli Yasayla daha sonra getirilen özellikle Şartla Tahliye Kurulunun kontrolüne tabidir). Bu durum, cezaya karar veren yargıçların bildikleri ve gerçekleşmesini istedikleri bir durumdur. Başlangıçta verilen cezanın Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında uygunluğunu denetlemek, Mahkeme'ye düşmez; kaldı ki, bu mesele, mevcut davada başvuru tarafından tartışma konusu yapılmamıştır.

Geriye, başvuru Haziran 1977'de ve daha sonra, yeniden hapsedilmesinin dayandırıldığı sebeplerin yeterliliğini incelemek kalmaktadır. Diğer bir çok alanda olduğu gibi bu alanda da, ulusal makamlara belirli bir

⁹⁵ Weeks v. Birleşik Krallık, para. 40 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

takdir alanı tanımak gerekir; çünkü ulusal makamlar, belirli bir davada delilleri değerlendirirken, uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar.

...Başvurucunun bu istikrarsız, taciz edici ve saldırgan davranışlarına bakılınca İçişleri Bakanlığının, başvurucunun serbestliğini sürdürmesinin topluma ve kendisine karşı bir tehlike oluşturacağını kabul etmesi için sebepler bulunduğu görülür. Bakanın başvurucuyu yeniden tutma kararı, yetkili ulusal makamlar için mevcut takdir alanının sınırları içinde kalmıştır. Bu karar, başvurucunun Haziran 1977'deki olaylarla ilgili olarak Ekim 1977'de yargılanması sırasında, İlk Derece Mahkeme yargıcı tarafından serbest bırakılmasının tavsiye etmiş olmasına rağmen, kendisine verilmiş olan ömür boyu hapis cezasının amaçları bakımından keyfi ve gayri makul görülemez.

Bu nedenle Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5/1-a bendi bakımından, başvurucunun 1966'daki mahkumiyeti ile 1977'deki cezaevine geri döndürülmesi kararı arasında yeterli bir bağlantı mevcuttur.

...Buna göre, başvurucunun 1977'de cezaevine geri döndürülmesi ve mevcut davaya konu olduğu kadarıyla daha sonraki tutulma dönemi, Sözleşme'nin 5/1. fıkrasıyla bağdaşmaz değildir.”⁹⁶.

Weeks kararında İHAM'ın, başvurunun esasına girmede kendisini yetkili görerek inceleme yapması, her ne kadar başvuru kapsamında ihlal tespit etmemesine karşın önemlidir. Zira, başvuru kapsamında bir ömür boyu hapse mahkumiyet söz konusudur ve bu karara dayanılarak İHAS'ın 5. maddesi ihlal edilemez sonucuna ulaşılabilirdi. Ancak İHAM bu sonucu kabul etmemiş ve bir kişi hakkında ömür boyu hapis cezası verilmiş olsa da bu kararın kişinin İHAS'ın 5. maddesi korumasından yararlanamayacağı şeklinde yorumlanamayacağını kabul etmiştir. Böylece 5. maddenin koruma kapsamı genişletilmiş ve kişi özgürlüğü önemli bir koruma altına alınmıştır.

⁹⁶ a.g.k., para. 50-53 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

C- İHAM Kararlarında Kişinin Yetkili Mahkeme Tarafından Mahkum Edilmesi

İHAS'ın 5/1-a bendi içerisinde daha önce de belirtildiği ve yukarıdaki Weeks kararında incelendiği gibi, bir kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi düzenlenmektedir. İHAM kararlarında öncelikle “yetkili mahkeme” kavramı tartışılmıştır.

Bu kararlardan bir tanesi olan *Engel ve diğerleri* kararında; İHAS'ın 5. maddesinde düzenlenmekte olan “mahkeme” kavramının İHAS'ın 6. maddesindeki “mahkeme” kavramından farklı olduğunu, 6. maddeye göre daha dar kapsamlı bir organın mahkeme olarak kabul edilebileceği kabul edilmektedir⁹⁷. İHAM, bu kararında ayrıca dört asker üyenin bulunduğu mahkemenin, asker üyelerin görevden alınabilmelerine karşın, sivil üyeler gibi mahkeme kavramının bağımsızlığına sahip olmalarından dolayı ihlale hükmetmemiştir⁹⁸.

5. maddedeki “mahkeme” kavramının tartışıldığı *A.D.* kararında ise İHAM tarafından ihlal tespit edilmiştir. Başvuruya konu olayda, Başvurucu A.D., Türk Ordusu'nda görevli bir astsubaydır. Başvurucuya, amiri olan bir yarbay tarafından 21 günlük oda hapis cezası verilmiştir. Başvurucu bu cezanın İHAS'ın 5. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile İHAM'a başvurmuştur. İHAM, 5/1-a bendine uygunluk için; bir yargı kararının olması, özgürlükten yoksun bırakmanın da bu karara dayanması ve kararın da yürütme organı karşısında bağımsız ve uygun hukuki güvenceleri bulunan, gerekli yetkiye sahip bir mahkeme tarafından verilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Ancak bu karar içerisinde de askeri yaşamın özelliklerinin göz önüne alınması gerektiğine dikkat çekmiş, tıpkı *Engel ve diğerleri* kararında olduğu gibi sivillere uygulandığında ihlal olabilecek bir davranışın asker kişilere karşı uygulandığında ihlal olmayabileceğine hükmetmiştir. Buna karşın İHAM aşağıdaki gerekçe ile Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir:

⁹⁷ Engel ve Diğerleri v. Hollanda, para. 68.

⁹⁸ a.g.k., para. 68.

“Silahlı kuvvetler bünyesinde, normal hayat şartlarından açıkça sapma olarak kendini gösteren kısıtlamalar, Sözleşme’nin 5. maddesinin kapsamı dışında kalmaz. Dahası bu madde, devletin iç hukuku tarafından ister cezai isterse idari olarak değerlendirilsin, özgürlüğü kısıtlayıcı bütün "mahkumiyet kararları" için uygulanır.

Mevcut olayda Mahkeme, başvurucunun subay ve astsubaylara mahsus cezaevinde 21 gün hapis yattığını kaydeder. Bu nedenle, Sözleşme’nin 5. maddesi anlamında başvurucunun özgürlüğü kısıtlanmıştır. Bu hapisliğe başvurucunun askeri amiri karar vermiştir. Söz konusu askeri amir bu yetkisini, kendisinden daha yüksek makamların da dahil olduğu bir askeri hiyerarşi içinde kullanmıştır ve kendisi bu makamlardan bağımsız değildir. Ayrıca askeri amirin uyguladığı disiplin süreci, Sözleşme’nin 5/1-a bendinin gerektirdiği yargısal güvenceleri sağlamamaktadır. Sonuç olarak başvurucunun tutulması, "yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra" bir tutma niteliğine sahip değildir. Bu nedenle Sözleşme’nin 5/1-a bendi ihlal edilmiştir”⁹⁹.

İlaşcu ve diğerleri kararında, İHAM, yargılamayı yapan yerel mahkemenin, uluslararası hukuka göre hukuksuz ve uluslararası topluluk tarafından tanınmamış olmasından ve mahkemenin, anayasal bir fonksiyona sahip olduğu ve Sözleşme ile uyumlu kanuni bir temele oturduğu kolayca söylenemeyeceğinden ötürü, bir mahkeme olarak kabul edilemeyeceğine ve bu nedenle başvurucuların bir mahkeme tarafından verilmiş bir karar sonucu özgürlüklerini kaybetmediklerinden, haklarında İHAS’ın 5/1-a bendinin ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁰⁰.

İHAM’ın, İHAS’ın 5/1-a bendi hakkında vermiş olduğu kararlarda göze çarpan bir diğer nokta, maddenin lafzından da çıkan sonuç ile doğrudan bağlantılıdır. Buna göre dikkat edilmesi gereken, tutmanın mahkumiyeti takip edip etmediğidir. Bu konuda verilen eski kararlardan biri olan *Guzzardi* kararında İHAM aşağıdaki saptamada bulunmuştur:

⁹⁹ A.D. v. Türkiye, Başvuru No: 29986/96, 22.12.2005, para. 21-22.

¹⁰⁰ İlaşcu ve diğerleri v. Moldova ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, 08.07.2004, para. 436, 462.

“Başvurucunun zorunlu ikamete tabi tutulması, belirli bir suç nedeniyle verilen bir ceza olmayıp, bir suça eğilime dair belirtilerin bulunması nedeniyle alınan önleyici bir tedbirdir ... Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi, 6/2. fıkrası ve 7/1. fıkrası ile karşılaştırıldığında, cezai veya disiplin niteliğinde bir suçun bulunduğu hukuka göre ortaya konmadıkça, mahkumiyet kararı verilemeyeceğini göstermektedir. Dahası, ‘mahkumiyet’ teriminin önleyici veya güvenlik tedbiri için kullanılması, ne bu alandaki dar yorum ilkesine, ne de suçun tespiti deyiminin işaret ettiği olguya uygundur. Bu nedenle Mahkeme olayda başvurusunun tutulmasının, yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra hapsedilme şartına girmedeği sonucuna varmıştır”¹⁰¹.

İHAM, bu kararı ile idari nitelikte dahi olsa, önceki tarihli bir suçun varlığı tespit edilemedikçe, tutmanın da İHAS 5/1-a bendine uygun olamayacağını ortaya koymaktadır.

İHAM, *Van Droogenbroeck* kararında da, tutmanın mahkumiyet kararından sonra ortaya çıkıp çıkmadığının önemli olduğunu ortaya koymaktadır. İHAM, tutmada zaman olgusuna vurgu yapmakta, tutmanın zaman açısından mahkumiyetten sonra meydana gelmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ancak, İHAM, bu kararında, anılan durumun tek başına yeterli olmadığını da belirtmektedir:

“Mahkeme, bu tutma dönemlerinin Üst Mahkemenin “mahkumiyet kararından sonra” meydana gelip gelmediğini belirlemek gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5/1-a bendi anlamında “mahkumiyet” sözcüğü, “cezai bir fiilin işlendiği hukuka göre ortaya konulduktan” sonra “suçun tespitini” ve özgürlükten yoksun bırakan bir cezayı veya diğer tedbirleri ifade etmektedir. Bu olayda bu koşullar yerine gelmiştir. Mahkeme’ye göre “sonra” kelimesi, tutmanın sadece zaman bakımından “mahkumiyetten” sonra gelmesi demek değildir; “tutma”, “mahkumiyetin” bir sonucu olmalı, mahkumiyeti

¹⁰¹ Guzzardi v. İtalya, para. 100 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

"izlemeli ve ona dayanmalı" veya "mahkumiyetten dolayı" meydana gelmelidir".¹⁰²

İHAM benzer şekilde Bozano kararında da; "Tartışma konusu "zorla götürülme", yukarıda geçen mahkumiyet kararının verilmesinden, sadece kronolojik anlamda "sonra" uygulanmıştır. Sözleşme'nin 5/1-a bendi bağlamında "sonra" edati, zaman bakımından ardılığa ek olarak, nedensellik bağlantısını da ifade eder; bu edat, hapisliğin ceza mahkemesinin kararının sadece "ardından gelmesi"ne değil, fakat bunun "sonucu olması"na da işaret etmektedir".¹⁰³ demektedir.

İHAM, *Eriksen* kararında ise tutma ile önceki mahkumiyet arasındaki illiyet bağıni tartışmaktadır. Bu karara konu olayda Başvurucu Eriksen'in başından bir trafik kazası geçmiş, bu kazanın ardından Başvurucu saldırgan tutumlar içerisine girmiştir. Kendisinin ve çevrenin korunması amacıyla kendisi değişik işlemler ve isimler altında bir çok kez özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır. Başvurucu hakkındaki hüküm 5 yılı kapsamına karşın, cezasının bitmesine az bir süre kala, kendisinin saldırgan tutumlarının devam ettiği, bu nedenle gözetim altında tutulmasının gerekli olduğu ve tutma için ek bir izin istendiği Kragero Bölge Mahkemesi'ne bildirilmiştir. Bölge Mahkemesi bu talebi uygun bulmuş ve 4 haftalık bir uzatma dönemi için izin vermiştir. Başvurucu, bu tutmanın kendisinin, aynı suça dayalı olarak ikinci kez cezalandırılması olduğunu düşünmekte ve bunun İHAS'ın 5/1-a bendine aykırı olduğunu belirtmektedir. İHAM yaptığı yargılama sonucunda aşağıdaki yorumda bulunmuştur:

"İzin verilen sürenin dolmasından önce bir mahkeme güvenlik tedbiri olarak uygulanan bir alıkoyma tedbirinin süresini uzatmaya karar verirse, bu tür bir süre uzatma ilke olarak 5/1-a bendi hükümleri çerçevesinde, "yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin hapsedilmesi" olarak değerlendirilir. Şüphesiz, zaman geçtikçe ilk mahkumiyet kararı ile hapis süresinin uzatılması arasındaki illiyet bağı zayıflar ve hatta, sürenin uzatılmasının

¹⁰² Van Droogenbroeck v. Belçika, Başvuru No: 7906/77, 24.06.1982, para. 35 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹⁰³ Bozano v. Fransa, para. 53 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

ilk karardaki amaçlarla bir bağlantısı kalmadığında ya da süre uzatılması bu amaçlar bakımından makul olmayan bir değerlendirme neticesinde kararlaştırılmışsa, illiyet bağı tamamen ortadan kalkabilir”¹⁰⁴.

İHAM bu yorumuna karşın, başvuru kapsamında bu illiyet bağının mevcut olduğuna karar vererek ihlal sonucuna ulaşmamıştır.

İHAM benzer bir şekilde; Waite kararında, ömür boyu hapis cezasına çarptırılıp cezasını çekmeye başladıktan sonra, salıverilen Başvurucu'nun; uyuşturucu kullanması, intihara teşebbüs etmesi ve gözetim memuru ile olan görüşmelerine gitmemesinin, kamuya karşı tehlike olarak kabul edilmesi ve kendisi hakkındaki tahliye kararının iptal edilerek tekrar tutuklanması arasında yeterli bağı kabul etmiş ve dosya kapsamında ihlal olmadığına hükmetmiştir¹⁰⁵.

İHAM'ın illiyet bağının olmadığı yönünde kararları da mevcuttur. Örneğin *Stafford* kararında, işlediği adam öldürme suçundan dolayı yargılanan ve ömür boyu hapis cezasına çarptırılan başvuru, 1979 yılında denetimli serbestlik kurallarından yararlandırılarak serbest bırakılmıştır. Ancak başvuru sahtecilik suçu işlediği gerekçesi ile tekrar yakalanmış ve tutuklanmıştır. Başvuru sahtecilik ile ilgili olarak aldığı cezayı çekmesine karşın, önceki adam öldürme suçu nedeni ile tutulu durumda bulundurulmaya devam edilmiştir. Dosya hakkında İHAM şu şekilde bir karara varmıştır:

“Mevcut olayda başvuru, adam öldürme suçundan aldığı cezanın cezalandırıcılık süresini tüketmiş kabul edilmelidir; aksi takdirde Bakanlığın kendisini 1979 yılında salıvermesini anlamak mümkün değildir. Sahtecilik suçundan cezası 1 Temmuz 1997'de dolduktan sonra tutulmasının devam etmesini adam öldürme suçundan aldığı ceza haklı göstermez. Weeks davasındaki başvurunun tersine, mevcut olayda başvurunun tutulması ruhsal bozukluk ve yeni şiddet suçları işleme riski gibi sebeplerle Bakanlık tarafından meşru gösterilmemiştir. Bakanlık açıkça başvuru tarafından şiddet içermeyen suçları işleme riskinden söz etmiştir. Mahkeme başvurunun şiddet içermeyen suçları işleme ihtimali ile 1967 yılında adam öldürmeden aldığı ilk hapis cezası arasında,

¹⁰⁴ Eriksen v. Norveç, Başvuru No: 17391/90, 27.05.1997, para. 78.

¹⁰⁵ Waite v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 53236/99, 10.12.2002, para. 68.

Sözleşme'nin 5/1-a bendindeki hukukilik kavramının gerektirdiği şekilde yeterli bir nedensellik bağı görmemektedir”¹⁰⁶.

Yukarıdaki karar alıntılarında da anlaşılacağı üzere İHAM, hapisliğin mahkumiyeti zaman bakımından takip etmesini yeterli görmemekte, ikisi arasında yeterli bir nedensellik bağı da aramaktadır. Eğer yeterli nedensellik bağı bulunmuyorsa, İHAM ihlal sonucuna ulaşabilmektedir.

Tezin önceki bölümlerinde Monnell ve Morris kararı incelenmiştir. Bu karar, daha önce de belirtildiği üzere, infaz rejimi hakkındadır ve temyiz haklarını kullandıkları için üst mahkeme karar verene kadar, başvuru sahiplerinin tutuldukları süre, başvuru sahiplerinin mahkumiyet sürelerinden düşürülmemiştir. İHAM, bu uygulamayı, tutmanın mahkumiyeti takip etmesi, hukuki olması ve hukukun öngördüğü usullere uygun olarak gerçekleştirilmesi nedeni ile İHAS'a uygun bulmuştur. Bu karar, İHAS'ın 5/1. fıkrası açısından genel bir prensibin önemini vurgulasa da, İHAS'ın 5/1-a bendi açısından da önemlidir. Zira, infaz sürecindeki bir süre uzatımının hukuki olması durumunda, İHAM, hapisliğin mahkumiyeti takip etmesi ve yeterli illiyet bağının bulunması nedeni ile ihlale hükmetmemektedir. İnfaz konusunda, Türkiye hakkında da bir karar mevcuttur. Bu karar kapsamında Başvurucu Gerger, Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde mahkum olduğunu, bu nedenle de ancak cezasının dörtte üçünü tamamladıktan sonra şartla salıverileceğini, ancak genel infaz kanunları uyarınca cezalandırılanların cezalarının yarısını tamamladıktan sonra şartla salıverildiklerini belirtmiştir. Başvurucu bu nedenle İHAS'ın 5/1-a ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüştür. İHAM konu hakkında aşağıdaki saptamayı yapmıştır:

“3713 sayılı Kanun'un amacının ilke olarak, terör suçu işleyen kişileri cezalandırmak ve bu kanun uyarınca hüküm giymiş kişilere tanındığından daha sınırlı haklar tanınması olduğuna işaret eder. Bu durumdan hareketle, kanun koyucunun kişiler arasında değil, ağırlık ölçüsüne göre suç tipleri arasında bir ayırım yaptığı görülmektedir. Mahkeme, bu uygulamanın Sözleşme'ye aykırı bir “ayrımcılık” teşkil etmesi için bir sebep görmemektedir. Netice itibarıyla, 5/1-a

¹⁰⁶ Stafford v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 46295/99, 28.05.2002, para. 81.

bendi hükümleri Sözleşme'nin 14. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde bu davada herhangi bir ihlal tespit edilmemiştir"¹⁰⁷.

Bu karar daha çok İHAS'ın 14. maddesi ile ilgili olsa ve konumuz dışında kalıyor gözüke de, infaz rejimindeki farklı düzenlemeler sonucu, mahkumiyete getirilen ek sürelerin İHAS'ın 5/1-a bendine uygun olduğu sonucuna ulaşması noktasında konumuz kapsamına girmekte ve önem teşkil etmektedir.

D- İHAM Kararlarında Yükümlülüğün Yerine Getirilmesi Amacı ile Tutma

İHAM'ın, İHAS'ın 5/1-b bendi ile ilgili kararları incelenirken göze çarpacak ilk olgu; İHAM'ın Sözleşme içerisinde geçen ifadeleri tanımlayarak işe başlamasıdır. Örneğin İHAM, *Engel ve diğerleri* kararında öncelikle "hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmek" kavramının tanımını yapmış, daha sonra olayın kendine has özelliklerini değerlendirmiştir:

*"Mahkeme'ye göre, "hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmek" ifadesi sadece, hukukun bir kimseyi, o güne kadar yerine getirmediği belirli ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verildiği durumlarla ilgilidir. Bu ifadenin geniş yorumlanması, Sözleşme'nin esin kaynağı olan hukukun üstünlüğü kavramı ile bağdaşmaz. Engel'in geçici hapisliği, bir yükümlülüğü ileride yerine getirmesini sağlamak için düşünülmemiştir. 'Astların askeri disipline karşı ciddi bir suç işlediğine dair yeterli belirtilerin' bulunması halinde uygulanan 1903 sayılı Yasanın 44. maddesi, geçmişteki fiillere gönderme yapmaktadır. Bu maddedeki tedbir, askeri disiplin yargılamasına geçiş aşaması olarak düzenlenmiş olup cezai bağlamda yer almaktadır"*¹⁰⁸.

İHAM, *Guzzardi* kararında da benzeri bir yöntem izlemiştir:

"Mahkeme'ye göre, "hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için" terimleri, hukukun bir kimseyi "özel ve somut" bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verdiği durumlara

¹⁰⁷ Gerger v. Türkiye, Başvuru No: 24919/94, 08.07.1999, para. 69.

¹⁰⁸ Engel ve Diğerleri v. Hollanda, para. 69 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

uygulanır. Oysa Komisyon'un da doğru olarak vurguladığı gibi, 1956 ve 1965 tarihli yasalar, genel yükümlülükler yüklemektedir.

*Bu nedenlerle Mahkeme, olayın mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma şartına veya hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutma şartına girmediği sonucuna varmıştır*¹⁰⁹.

İHAM, Lawless kararında da; “5/1-b bendi hükmü ile ilgili olarak ise, Lawless’in Devlet Bakanı kararıyla asayiş ve kamu düzeni ya da Devlet’in güvenliği açısından tehlike teşkil eden faaliyetlere karıştığı şüphesiyle yakalanmış olması “yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla” alınmış bir tedbir addedilemez, zira bu hüküm asayiş ve kamu düzeni ya da Devlet’in güvenliğine karşı işlenen suçların önlenmesine değil, yasanın koyduğu belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olarak kişilerin yakalanma ya da alıkonulmalarını öngörmektedir”¹¹⁰ diyerek, bu bende ilişkin tutmanın suçların önlenmesi amaçlı değil, yükümlülüklerin yerine getirilmesi amaçlı olabileceğini ortaya koymaktadır.

Bir başka başvuru olan *Ciulla* dosyası kapsamında Başvurucu, zorunlu ikamete tabi tutulmak istenmiş, ancak bu kararın çıkmasına kadar “yasada belirlenen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak” amacıyla tutuklanmasına karar verilmiştir. Nitekim Başvurucu hakkında 8 Mayıs tarihinde verilen bu tutuklama kararını takiben 24 Mayıs tarihinde de zorunlu ikamet kararı verilir. İHAM, başvuru hakkında şu yorumu yapar:

*“Yasada belirlenen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak” ifadesinde geçen yükümlülük, söz konusu kişi açısından belirli ve somut özelliktedir. Ancak kendi içinde belirli ve somut olan bu yükümlülük, yani kişinin belirli bir yere giderek orada yaşaması yükümlülüğü, 24.05.1984 tarihinde doğmuştur, yoksa itiraz edilen kararın verildiği 08.05.1984 tarihinde değil*¹¹¹.

¹⁰⁹ Guzzardi v. İtalya, para. 101,102 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹¹⁰ Lawless v. İrlanda, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961, para 39 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹¹¹ Ciulla v. İtalya, para. 36 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

İHAM önüne gelen bir başka dosyada, Başvurucu Vasileva, bir bilet tartışması nedeni ile kendisine kimlik soran polis memuruna kimliğini göstermeyi ve kimliği hakkında bilgi vermeyi reddetmesi üzerine gözaltına alınmıştır. Başvurucu ertesi sabah kimliği hakkında bilgi verdikten sonra, 13 saat 15 dakika sonunda serbest bırakılmıştır. Başvurucu önce ulusal mahkemelere başvurarak tazminat almaya çalışmışsa da başarılı olamayınca İHAM'a başvurmuştur. İHAM kararında; *“Başvurucu'nun özgürlüğünden mahrum bırakılmasının Sözleşme'nin 5/1. fıkrasına uygun olduğu tartışılmamaktadır... Başvurucu'nun tutulmasının Danimarka Hukuku'nda öngörülen prosedüre uygun olmadığı da tartışılmamaktadır”*¹¹² demiş ve bu durumun İHAS 5/1-b bendine uygun olduğunu belirtmiştir. Ancak İHAM, uygulamanın 5/1-b'ye uygunluğunun tam olarak sağlanabilmesi için, başvurucunun tutulmasının cezalandırıcı bir karakter taşımaması gerektiğini ve kişi özgürlüğünün korunması için bir denge gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, başvurucunun gözaltı süresinin uzunluğu, gözaltı süresi boyunca kimliğinin ortaya çıkarılmaya çalışılmamış olması, başvurucunun kimliğini açıklamamış olmasının hafif bir suç olması, cezasının ise para cezası olması, buna karşın gözaltında tutulmasının denge sağlandığı şeklinde yorumlanamayacağı, bu nedenle de İHAS'ın 5/1-b bendinin başvuru kapsamında ihlal edildiğine hükmetmiştir¹¹³.

Karar alıntılarının da işaret ettiği gibi, İHAM, hukukun öngördüğü yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla tutma yoluna başvurulabilmesi için, yükümlülüğün; belirli, somut, duruma özgü olması, yükümlülük ile tutma arasında denge unsurunun gözetilmesi ve yükümlülüğün; yerine getirilmesini sağlama amacıyla kullanılan tutma tedbirinin öncesinde varolması gerekliliğini aramaktadır. Ancak İHAM'ın en dikkat çeken ve önemli tespiti, bu kavramın dar yorumlanması gerektiği ve kişi özgürlüklerinin “yükümlülüklerin yerine getirilmesi” amacıyla gereksiz yere ihlal edilmemesini öngörmesidir.

¹¹² Vasileva v. Danimarka, para. 34.

¹¹³ a.g.k., para. 37, 41.

İHAS'ın 5/1-b bendine uygun olarak tutma yapılabilmesinin ikinci yolu; bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak verilen bir karara uymama nedeni ile bir kişinin tutulabilmesi halidir. İHAM, *Steel ve diğerleri* kararında konuyu incelemiştir. Bu karara konu olayda, başvuruculardan Steel, bir av partisini, Başvurucu Lush bir yol yapımını, Başvurucular Needham, Polden ve Cole ise helikopter alımını protesto etmekten ve kamu huzurunu bozdukları gerekçesi ile gözaltına alınmışlardır. Yerel mahkemelerin kendilerinden istediği “12 ay boyunca iyi davranma sözünü” vermemeleri üzerine başvuruculardan ilki 28 gün, ikincisi 7 gün, diğerleri ise 7 saat civarı ceza almış ve sonra da serbest kalmışlardır. İHAM, önüne gelen başvuruda; yerel mahkemelerin, ilerideki 12 ay boyunca, başvurucuların benzer kamu huzurunu bozan davranışlardan kaçınmalarını sağlamak için çalıştığının yeterince açık olduğunu belirtmiştir. Bu durum da İngiliz hukukuna uygundur. Sonuç olarak, mahkeme kararına uymama nedeni ile verilen cezalar İHAS'ın 5/1-b bendini ihlal etmemektedir; demiştir¹¹⁴.

E- İHAM Kararlarında Makul Şüphe Nedeni ile Tutma

İHAS'ın 5/1-c bendi, İHAM'ın hakkında en çok incelemede bulunduğu başvuru konularından biridir. İHAM, bu bendi hangi durumlarda uygulanabilir bulunduğunu *Wloch* kararında açık bir şekilde belirtmektedir:

“Mahkeme, Sözleşme'nin 5/1. maddesinin, yorumunun sert olması gereken, özgürlükten mahrum etme durumlarını detaylı bir şekilde içerdiğini hatırlatır. Bir kişi, 5/1-c bendine uygun olarak ancak ceza yargılaması kapsamında, bir suça karıştığı şüphesi ile yetkili mahkeme önüne çıkarılmak için özgürlüğünden yoksun bırakılabilir. Sözleşme'nin 5/1-c bendi ile ilgili “makul şüphe”, bir suça karıştığı hakkında, objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek düzeyde maddi olguların ya da bilgilerin mevcut olması durumunda ortaya çıkar. Kural olarak, bu alanda sorun olaylar kısmında ortaya çıkar. Sorun, “makul

¹¹⁴ Steel ve diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 67/1997/851/1058, 23.09.1998, para. 76-78.

şüphenin” ortaya çıkan olayda yakalama veya tutuklama için yeterli objektif unsurlarla desteklenip desteklenmediğidir”¹¹⁵.

İHAM, İHAS’ın 5/1-c bendinin lafzından açıkça anlaşılmasına karşın, verdiği kararlarda; *“Mahkeme, Sözleşme’nin 5/1-c bendinin, sadece ceza muhakemesiyle bağlantılı olarak özgürlükten yoksun bırakmaya izin verdiğini belirtir. Bu durum, aynı fıkranın “a” bendiyle ve aynı maddenin 3. fıkrasıyla birlikte yorumlanması gereken ve bir bütün oluşturan “c” bendinin ifade tarzından da bellidir”¹¹⁶* diyerek bu konuya önemli bir vurgu yapmaktadır.

İHAM’ın, yukarıda alıntı yapılan *Wloch* kararında belirttiği gibi, diğer kararlarında da “makul şüphe” belirli şablonlar ve kesin sınırlar ile belirlenmemiştir. Buna karşın olayın içeriği ile ilgili ve olaya özgü durumların göz önüne alınması gerekliliği belirtilmiştir. Bu gereklilik, *Fox, Campbell ve Hartley* kararında; *“Mahkeme’ye göre, “makul şüpheye” sahip olmak, objektif bir gözlemciyi söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığını gerektirir. “Makul” olarak görülebilecek şey ise, olaydaki bütün koşullara göre belirlenir”¹¹⁷* şeklinde, *Murray* kararında ise; *“Mahkeme’nin görevi, 5/1. madde anlamında “makul şüphenin”, başvuru kapsamındaki olayda objektif standardını saptamaktır”¹¹⁸* şeklinde belirtilmektedir.

Berktag başvurusu incelenirken İHAM, “makul şüphenin” önemini; *“Mahkeme, yakalama işleminin gerekçesi olması gereken “makul şüphenin”, keyfi özgürlükten mahrumiyet uygulamalarına karşı Sözleşme’nin 5/1-c bendinde yer alan güvencenin asli bir unsuru olduğunu vurgular”¹¹⁹* şeklinde açıklar. Bu açıklamanın ardından, “objektif bir gözlemciyi ikna” prensibi tekrarlanır ve aynı

¹¹⁵ *Wloch v. Polonya*, para. 108.

¹¹⁶ *Ciulla v. İtalya*, para. 38 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Aynı yönde yorum için bkz. *Jecius v. Litvanya*, Başvuru No: 34578/97, 31.07.2000, para. 50.

¹¹⁷ *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 12244/86, 30.08.1990, para. 32 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹¹⁸ *Murray v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 14310/88, 28.10.1994, para. 50. Aynı yönde yorum için bkz. *Erdagöz v. Türkiye*, Başvuru No: 21890/93, 22.10.1997, para. 51; *Labita v. İtalya*, para. 155; *Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 11209/84, 29.11.1988, para. 53.

¹¹⁹ *Berktag v. Türkiye*, Başvuru No: 22493/93, 01.03.2001, para. 199.

paragrafın sonunda İHAM; “*Mahkeme, davalı devlet tarafından, yakalanan kişinin iddia edilen suçu işlediğinden şüphelenmek için makul gerekçeler bulunduğunu gösteren objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kimi bilgi ya da bulguların sunulması gerektiğine işaret eder*”¹²⁰ diyerek, başvuru kapsamında İHAS’ın 5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşır.

Yukarıda anılan *Wloch* kararında önemli bir saptama daha yapılmaktadır; bu saptama “kanunilik” prensibini de içinde barındırmaktadır. Buna göre, fiiller meydana geldiklerinde eğer herhangi bir suç teşkil etmiyor, suç unsuru taşımıyorlarsa, bu fiiller nedeni ile “makul şüpheye” dayanılarak tutuklama yapılamaz¹²¹.

İHAM, İHAS’a uygun olarak, “makul şüphe” üzerine kişinin yakalanmasını ve tutulmasını kabul etmektedir. Bu yakalama ve tutmanın mağduru kişilerin hakkında daha sonra takipsizlik kararı verilmesinin kendiliğinden ihlal oluşturmayacağı İHAM kararlarında belirtilmektedir. Bu kararlardan *Brogan ve diğerleri* kararında İHAM aşağıdaki önemli saptamayı yapmıştır:

“Başvurucular hakkında isnatta bulunulmamış veya bir mahkeme önüne getirilmemiş olmaları, tutulmalarının amacının mutlaka Sözleşme’nin 5/1-c bendine aykırı olduğu anlamına gelmez. Hükümetin ve Komisyon’un da söylediği gibi, böyle bir amacın varlığı, amacın gerçekleştirilmiş olmasından bağımsız olarak düşünülmelidir; Sözleşme’nin 5/1-c bendi, polisin gözaltına alma anında veya başvuru nezaretteyken, isnatta bulunmak için yeterli delil elde edememiş olduğunu varsaymaktadır.

Bu tür deliller elde edilememiş olabilir; veya kuşku edilen suçların niteliği göz önünde tutulduğunda, başkalarının yaşamlarını tehlikeye sokmaksızın, bu delillerin mahkemeye sunulmaları mümkün olmayabilir. Mevcut olaydaki polis soruşturmasının iyi niyetle yapılmadığına ve başvuru tutulmalarında, Mahkeme’nin de tespit ettiği gözaltına alınmalarındaki somut kuşku güçlendirmek veya çürütmek üzere, bu soruşturmayı derinleştirme amacı

¹²⁰ a.g.k., para. 199; aynı yönde; *Labita v. İtalya*, para. 155; *Erdagöz v. Türkiye*, para. 51.

¹²¹ *Wloch v. Polonya*, para. 109.

bulunmadığına inanmak için bir sebep yoktur. Bu mümkün olmuş olsaydı, polisin isnatta bulunmuş olacağı ve başvuru sahiplerinin kanunen yetkili makamlar önüne çıkarılmış olacağı düşünülebilir.

O halde, başvuru sahiplerinin gözaltına alınma ve tutulmalarının, Sözleşme'nin 5/1-c bendinde belirtilen amaç için gerçekleştirilmiş olduğu sonucuna varılabilir”¹²².

Böylece İHAM; ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak inceleneceği gibi; yargıç önüne çıkarmadan serbest bırakmanın bu başvuru kapsamında Sözleşme’yi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. İHAM, aynı yönde sonuca ulaştığı *Erdagöz* kararında yukarıdaki saptamasını tekrarlamış ve açmıştır:

“Sözleşme'nin 5/1-c bendine göre gözaltında tutma sırasında sorgulamanın amacı, gözaltına almaya sebep olan somut kuşkuyu teyit etme veya çürütme yoluyla soruşturmayı ilerletmektir. Bu nedenle, kuşkuyu doğuran olayların bir mahkumiyeti haklı kılmak için gerekli olaylarla aynı düzeyde olması gerekli değildir; hatta soruşturma sürecinin daha sonra gelen suç isnat etme aşamasında gerekli olaylarla bile aynı düzeyde olması gerekmez”¹²³.

İHAM, anılan açık hükmü ile, makul şüphe kavramının mahkumiyeti gerektirir delillerden farklı olduğunu ortaya koymaktadır.

Yukarıda değinilen ancak hakkında ayrıntı verilmeyen *Fox, Campbell ve Hartley* başvurusunda, terör suçları söz konusudur. Başvuru sahipleri Fox ve Campbell araba ile giderken, sonuncu Başvuru sahibi Hartley ise evinde, “IRA” mensubu olduklarından kuşkulandığı gerekçesi ile gözaltına alınmıştır. Hepsisi sorgulanmışlar ve sonuçta Fox ve Campbell 44 saat, Hartley ise 30 saat sonunda serbest bırakılmıştır. Başvuru sahipleri, gözaltına alınmalarının nedeninin “makul şüpheye” dayanmadığını öne sürmüşlerdir. İHAM önünde yapılan yargılama, terör suçları nedeni ile gerçekleştirilen gözaltıların diğer suçlar nedeni ile

¹²² Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, prg. 53, 54 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹²³ Erdagöz v. Türkiye, para. 51 (Çeviren: Osman Doğru, Sibel İnceoğlu; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Aynı yönde yorum için bkz. Murray v. Birleşik Krallık, para. 55; Yordanov v. Bulgaristan, Başvuru No: 56856/00, 10.08.2006, para. 49; O’Hara v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 37555/97, 16.10.2001, para. 36.

başvurulan gözaltı uygulamalarından farklılık taşıyıp taşınamaması noktasına gelmiştir:

“Bu konuda terör suçları, özel bir kategoriye girer. Terör, insan ölümüne ve acılara yol açma tehlikesini beraberinde getirdiği için, polis gizli kaynaklardan edindiği bilgiler de dahil bütün bilgileri toplarken çok çabuk davranmak zorundadır. Dahası polis çoğunlukla, güvenilir olan, ancak kaynağını tehlikeye sokmaksızın zanlıya açıklayamayacağı ve bir isnadı desteklemek için mahkemeye sunamayacağı bilgilere dayanarak, terör zanlılarını gözaltına almak zorunda kalabilir.

Hükümetin de işaret ettiği gibi, Kuzey İrlanda’daki terör tipi suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında varolan güçlükler nedeniyle, bu tür gözaltına almaları gerektiren kuşkunun "makullüğü" her zaman adi suçlarla mücadele ederken uygulanan makullük standartlarıyla değerlendirilmeyebilir. Ancak terör suçlarıyla mücadele etmedeki güçlükler, "makullük" kavramını Sözleşme’nin 5/1-c bendinde güvence altına alınmış koruyucunun özünü zedeleyecek kadar gevşetmeyi haklı çıkarmaz.

Elbette Sözleşme’nin 5/1-c bendi, Sözleşme’ye Taraf Devletlerin güvenlik makamlarının organize terörle mücadelede etkili önlemler almalarını aşırı ölçüde güçleştirici bir biçimde uygulanmamalıdır. Buradan çıkan sonuca göre, Sözleşme’ye taraf devletlerden destekleyici bilgilerin gizli kaynaklarını açıklaması ve hatta bu tür kaynaklar veya kimlikler bakımından hassas olan olayları açık etmek suretiyle bir zanlı teröristin gözaltına alınmasına sebep olan kuşkunun makullüğünü kanıtlaması istenemez.

Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme’nin 5/1-c bendinde yer alan koruyucunun özünün korunup korunmadığını tespit edebilme imkanına sahip kılınmalıdır. Bu nedenle davalı Hükümet, gözaltına alınmış olan kişiler hakkında, iddia konusu suçları işlemiş olduklarından makul olarak kuşku duyulmuş olduğuna dair Mahkeme’yi ikna edebilecek kadar maddi olay veya bilgiyi ortaya koymak durumundadır. Bu, mevcut davada olduğu gibi, iç hukukun makul kuşkuyu değil de, sadece samimi bir kuşku gibi daha düşük bir eşik değeri şart kıldığı hallerde daha da gereklidir.

...

Bütün başvurucuların tutulmaları sırasında ayrı terör eylemlerinden sorguya çekilmiş olmaları, gözaltına alan görevlilerin samimi bir kuşku duyduklarını teyit eder; ama objektif bir gözlemciyi, başvurucuların bu eylemleri işlemiş olabilecekleri konusunda ikna edemez.

Yukarıda belirtilen unsurlar, tek başlarına "makul kuşku"nun bulunduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Hükümet, başvuruculara karşı duyulan kuşku hakkında başka bir bilgi vermemiştir. O halde Hükümetin açıklamaları, bir kişinin gözaltına alınması için gerekli kuşkunun makullüğüne hükmetmek için, Sözleşme'nin 5/1-c bendinde getirilen asgari standardı karşılamamaktadır"¹²⁴.

Alıntıdan da anlaşılacağı üzere, İHAM, terör suçlarının ayrı bir usule tabii tutulmasını kabul etmekte, ancak bunun 5. madde ile getirilen asgari düzeyi aşmaması gerektiğini kabul etmektedir.

İHAS'ın 5/1-c bendi ile "makul şüphe" yanında suç işledikten sonra kaçmanın engellenmesi amacı ile de tutma yapılabileceği getirilmiştir. İHAM'ın bu konu hakkındaki uygulaması, iç hukukumuz açısından önemle takip edilmelidir. Zira, tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, Türkiye yargılamasında en çok dayanılan tutuklama gerekçelerinden bir tanesi "kaçma şüphesidir". İHAM'ın bu gerekçe ile yapılan tutuklamalar hakkındaki görüşü 5. maddenin 3. fıkrası incelenirken değerlendirilecektir. Ancak burada belirtmekte fayda vardır ki; İHAM, isnat edilen suçun ya da bu suça verilebilecek olan cezanın ağırlığının tek başına "kaçma şüphesi" sayılamayacağını kabul etmektedir. Kaçma şüphesi değerlendirilirken; tezin ilerideki bölümlerinde görüleceği üzere; yukarıda belirtilenlerin yanında, bu konu hakkında bir "şüphe" olup olmadığı başta olmak üzere, sanığın kişisel ve ailesel geçmişi, kaçmakla sağlayabileceği büyük bir yarar bulunup bulunmaması, sanığın yargılandığı devlet ile olan bağı ve bir çok diğer özellik değerlendirme altına alınmalıdır.

5/1-c bendi uyarınca tutmanın ihlal sayılmayacağı diğer bir durum suç işlemenin engellenmesi amacı ile tutma durumudur. İHAM önüne bu konu

¹²⁴ Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, para. 32-36 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Benzer yönde yorum için bkz. Murray v. Birleşik Krallık, para. 51.

hakkında da başvurular gelmiştir. Bunlardan ilk olarak İrlanda başvurusu incelenecektir. Başvuruya konu olay, Birleşik Krallık hükümetinin çıkardığı bir kararname hakkındadır. Bu kararname uyarınca “barışı korumak ve düzeni sürdürmek” amacı ile yakalama ve tutma yapılabilmektedir. Bu amaca dayanarak yapılan tutma ve yakalama işlemleri ancak 5/1-c bendi içerisi sayılan “suç işlemenin engellenmesi” kapsamında düşünülebilir, zira diğer bentler bu durum ile ilgili değildir. Nitekim İHAM benzer bir tespit yapmış ve kararında şu sonuca ulaşmıştır:

“Özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin, ilk bakışta Sözleşme’nin 5/1-c bendindeki hallerle benzerliği var gibi görülebilir. Ancak 10 sayılı Kararnameye göre bir kimsenin gözaltına alınmasından önce bir suçtan ötürü hakkında kuşku duyulması gerekli değildir; yine bu Kararnameye göre gözaltına almak için, bir kimsenin “suç işlemesini engellemek” veya “işledikten sonra kaçmasını önlemek” için “makul nedenlerin” bulunması da gerekli değildir. Bu Kararnameye göre sadece ‘barışı korumak ve düzeni sürdürmek için’ gözaltına almak mümkündür; bazen bir kimseyi başkalarının eylemlerinden ötürü sorgulamak için de uygulanmıştır. Öte yandan 11/1, 11/2 ve 12/1 sayılı Kararnameler hem ‘suç’tan hem de “barışın korunması ve düzenin sürdürülmesi”ne engel olan faaliyetlerden söz etmektedir. Teröristler Hakkında Kararname ile Olağanüstü Hal Yasası da, siyasal amaçlı şiddet eylemiyle ilişkinin bulunduğundan kuşkulananmayı aramaktadır. Bu son Kararnameler, Sözleşme’nin 5/1-c fıkrasının bir suçla ilişkiyi arayan kriterine uygundur.”¹²⁵.

İHAM, her ne kadar kararnameleri, suçla ilişki araması kriteri açısından uygun bulmuşsa da, yukarıda anılan Lawless kararına atıfta bulunmuş ve; “Yargısız özgürlükten bırakma tasarruflarının çoğunun, tutuklamayı gerekli kılacak bir kuşkuya dayanıp dayanmadıklarına bakılmayabilir; ancak bu tür bir gözaltında tutmaya Sözleşme’nin 5/1-c bendine göre sadece, bir kimsenin “kanunen yetkili makamlar karşısına çıkarılması amacıyla” tutulması halinde izin

¹²⁵ İrlanda v. Birleşik Krallık, para. 196 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

verilebilir. Sözleşme'nin 5/3. fıkrası ile birlikte yorumlanması gereken bu şart, olayda yerine getirilmemiştir"¹²⁶ diyerek ihlal sonucuna ulaşmıştır.

İHAM'ın, tez içerisinde daha önce değinilen *Guzzardi* kararında “suç işlenmesini önleme amacı” ile tutma olgusu da tartışılmaktadır. Mafya üyesi olduğundan kuşku edilen Başvurucu *Guzzardi*'nin zorunlu ikamete tabii tutulmasını, “suç işlenmesini önleme amacı” bakımından İHAM aşağıdaki şekilde değerlendirmiştir:

“Suç işlenmesini önlemek için makul nedenler bulunması halinde tutma deyimi, mafya üyesi gibi sürekli bir biçimde suça eğilimli olması nedeniyle tehlike arz eden bir kişiye veya kişiler kategorisine karşı önleyici bir politika için kabul edilmiş değildir; bu hüküm, belirli ve somut bir suçu önlemesi için Sözleşmeciler Devletlere verilmiş bir araçtan başka bir şey değildir. Bunun böyle olduğu, hem Fransızca metindeki “bir suçu” şeklinde tekil kullanımdan ve hem de hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlama şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacından anlaşılmaktadır”¹²⁷.

İHAM'ın bu başvuru kapsamında yaptığı tespit oldukça önemlidir. Zira böylece, sözleşmeciler devletlere, bir suçu önlemeye yönelik, kişi özgürlüklerini kısıtlayıcı genel bir düzenleme yapma imkanı tanınmamaktadır. Suç önleme amaçlı bir yakalama ve tutma eylemi ancak somut ve ilgili olaylar açısından kabul edilmektedir. İHAM, *Eriksen* Başvurusu'nda, *Guzzardi* kararına uygun hareket etmiş, ancak sonuçta farklı olarak somut olayda “suçu önlemeye yönelik” kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını İHAS'a uygun bulmuştur:

“Mahkeme, mevcut davanın özel şartları dikkate alındığında, başvuru sahibinin tutukluluk halinin Sözleşme'nin 5/1-c bendi uyarınca, “suç işlenmesine engel olmak zorunluluğu inancını doğuran” bir kişinin alıkonulması olarak haklı kılınabileceği sonucuna varmıştır.

Başvuru sahibinin daha önce tehditkar tavır ve fiziksel saldırı sebebiyle hakkında verilen mahkumiyet kararlarının özellik ve kapsamı ile olay anındaki

¹²⁶ a.g.k., para. 196 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹²⁷ *Guzzardi v. İtalya*, para. 102 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Benzer yönde yorum için bkz. *Ciulla v. İtalya*, para. 40, 41.

akli dengesi dikkate alındığında, bu kişinin benzer suçlar işleyebileceği kanaatine varmak için esaslı gerekçeler mevcuttur. Nitekim, başvuru sahibi gerçekten de 15 Mayıs 1990 tarihinde serbest bırakıldıktan sonra bu tür suçlar işlemiştir”¹²⁸.

İHAM, Jecius kararında da “suç işlenmesini engellemek amacı” ile tutma durumunu tartışmıştır. Bu başvuruya konu olayda, 1994 yılında Başvurucu Jecius’un bir cinayete karıştığından şüphelenilmiş, ancak 1995 yılında delil yetersizliğinden dosya düşürülmüştür. Bundan da bir yıl sonra başvuru “önleyici amaçlı” olarak tutuklanmıştır. Başvurucu öncelikle kendisine karşı bir ceza yargılaması bulunmadığını, bu nedenle de 5/1-c bendine aykırı hareket edildiğini iddia etmiş; yukarıda belirtildiği üzere; Başvurucu’nun iddiasına uygun olarak İHAM, 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. İHAM ayrıca, “önleyici tutuklama” adı altında yapılan bu tutmanın İHAS’ın 5/1. maddesinde sayılan durumlardan birine girmediğine hükmederek, bu nedenle de İHAS’ın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır¹²⁹. Böylece İHAM, “önleyici tutuklama” olarak adlandırılan tutma ile “bir suçun önlenmesi amacı ile tutma” arasında fark olduğunu, somut bir suçu önleme söz konusu olmadıkça, ikinci duruma ve dolayısıyla İHAS’a uygun bir tutmanın da yapılamayacağını hüküm altına almıştır.

5/1-c ile ilgili en önemli ilke ise *Lawless* kararında ortaya konmaktadır. Buna göre, ister “makul şüphe” ister “kaçma şüphesi” isterse “suç işlenmesinin engellenmesi amacıyla” tutma gerçekleşsin, bu tutmaların hepsinin, kişinin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yapılması gerekliliğidir. Bu ilke İHAM tarafından şu şekilde açıklanmaktadır:

“Sözleşme’nin 5/1-c bendinin yazılış tarzı, bu soruya yanıt vermek için yeteri kadar açıktır. “Kanunen yetkili makam önüne çıkarmak için” ifadesinin, bu bentte başvuru gözetilene alma veya tutma durumlarının bütün kategorilerini nitelediği aşikardır. Söz edilen fıkradan, gözetilene alınan veya tutulan kimsenin sadece kanunen yetkili makam önüne çıkarılmak için özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin verildiği anlamı çıkar. Artık bu kimsenin, suç işlediğinden

¹²⁸ Eriksen v. Norveç, para. 86 (Çeviri; Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s.127’den alınmıştır).

¹²⁹ Jecius v. Litvanya, para. 51.

makul bir kuşku duyulan bir kimse mi, hakkında suç işlemesini engellemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunan bir kimse mi, yoksa bir suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunan bir kimse mi olduğuna bakılmaz.”¹³⁰.

F- İHAM Kararlarında Küçüklerin Tutulması

Yukarıda da belirtildiği üzere; İHAS’ın 5/1-d bendi iki durumda yakalama ve tutmaya izin vermektedir. Bunlardan ilki, “bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği” tutulmasıdır. İHAM’ın bu durumla ilgili olarak yukarıda incelenmiş *Nielsen* kararı vardır. Başvuruya konu olayda, daha önce de açıklandığı gibi, aralarında evlilik bağı olmaksızın yaşayan çiftin birlikteliklerinden Başvurucu Nielsen dünyaya gelmiş, çeşitli hukuki uyuşmazlıklar sonucunda, babasının itirazına karşın annesinin isteği üzerine başvuru psikyatrik gözetim amacı ile hastaneye yatırılmıştır. Başvurucu kendisinin hastanede tutulmasının İHAS’ın 5/1-d bendine uygun olmadığını iddia ederek İHAM’a başvurmuştur. İHAM kararında öncelikle; sözleşmeli devletlerdeki aile yaşamının ve küçüklerin bakım ve gözetiminin, normal ve zorunlu olarak bazı kısıtlamaları beraberinde getireceğini kabul etmiş, okul ve benzeri ortamlarda, küçüklerin özgürlüklerinin kısıtlanabileceğini ve küçüklerin bu kısıtlamalara uygun hareket etmek zorunda olduğunu eklemiş, aynı şekilde küçükler hastane ve benzeri ortamlara da yatırılabilir demiş, anne ve babanın izni veya her ikisinden birinin çocuk hakkında sınırlamalar getirmesi, velayet hakkının doğal sonuçlarından birisidir diyerek velayet hakkının kullanımının doğal sonucunun özgürlük kısıtlamasını getirebileceğini vurgulamış ve bu durumun aynı zamanda İHAS’ın 8. maddesi ile koruma altına da alındığını belirtmiştir¹³¹. İHAM tarafından sayılan bu durumlar ve tezin önceki bölümlerinde aynı karardan yapılan alıntılar da göstermektedir ki; İHAM, velayet hakkının kullanılması

¹³⁰ Lawless v. İrlanda, para. 44 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Aynı yönde yorum için bkz. K. F. v. Almanya, Başvuru No: 144/1996/765/962, 27.11.1997, para. 60; Engel ve Diğerleri v. Hollanda, para. 69.

¹³¹ Nielsen v. Danimarka, para. 61.

sonucunda küçüklerin özgürlük kısıtlamalarını, gerekli şartları taşıdıkları ve aşırıya kaçmadıkları oranda İHAS'a uygun bulmaktadır. Bir başka deyişle, Nielsen kararında geçen; *“Başvurucu, kendisini Sözleşme'nin 5/1-e bendi kapsamına sokacak kadar zihinsel zayıflığı bulunan bir kişi olarak tutulmuş da değildir”*¹³² hükmü, gerçekleştirilen tutmanın İHAS'ın 5/1. fıkrasında sayılan durumlardan birine uygun olması gerekliliği sonucunda, başvuru kapsamında gerçekleştirilen tutmanın İHAS 5/1-d bendinde sayılan “bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği” tutulması olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Kısaca İHAM, bu hüküm ile, velayet hakkının kullanılması sonucu özgürlükten mahrumiyetin, İHAS 5/1-d bendinin ilk kısmında sayılan duruma uygun olduğunu karar altına almış olmaktadır.

İHAM'ın 5/1-d bendinin hem yukarıda anılan ilk kısmını hem de “yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması” olan ikinci kısmını tartıştığı bir başka kararı Boumar kararıdır. Başvurucu Boumar, bir Fas vatandaşıdır, ancak küçük yaşta Belçika'ya gelmiştir. Başvurucu, ailevi sorunlar nedeni ile sorunlu bir kişiliğe sahiptir. Bu nedene dayalı olarak kendisi önce, önleyici amaçlı olarak tutulmuş, daha sonra ise işlediği bir takım suçlar nedeni ile hakkında bir çok tutma kararına hükmedilmiştir. Ancak başvurunun konuyla ilgili kısmı, başvuru 17 yaşında iken kendisi hakkında neredeyse arka arkaya verilen tutuklama kararlarıdır. Belçika iç hukuku uyarınca, bir küçüğün, kendisini kabul edecek bir kimse ya da kurum bulunmaması nedeni ile on beş günü aşmayan süreler için tutukevine konması mümkündür. Başvurucu hakkında da yukarıdaki hüküm işletilmiş ve başvuru her seferinde 14 ve 15 günlük süreler olmak kaydıyla 8 kez tutukevine konulmuştur. Ardı ardına gelen bu tutmalar nedeni ile başvuru, 291 gün içinde 119 günü tutukevinde geçirmiştir.

Hükümet bu tutmaların, hem 5/1-d içerisinde geçen “eğitimi için usulüne uygun tutma” hem de “yetkili mercilerin önüne çıkarmak için tutma” usullerine

¹³² a.g.k., para. 72 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

uygun olduğunu belirtmiştir. Ancak İHAM aşağıdaki alıntıda da görüleceği gibi aynı sonuca ulaşmamıştır:

“Mahkeme hemen başlangıçta, Hükümetin ikinci noktadaki iddiasını reddetmektedir. Bouamar aslında her defasında, “kanunen yetkili makam” önüne çıkarılması amacıyla gözaltına alınmıştır; fakat başvuru, bu gözaltı olaylarından veya mahkeme önüne çıkarıncaya kadar sadece bir kaç saat süren özgürlük kayıplarından şikayetçi olmamıştır; başvurunun avukatının da duruşmada açıkladığı gibi, başvuru sadece, aynı mahkeme tarafından her defasında on beş güne kadar karar verilen daha sonraki tutma dönemleri için şikayetçi olmuştur”¹³³.

İHAM, kararın ilerleyen paragraflarında tutmanın 5/1-d bendinin ilk bölümüne uygun olup olmadığını tartışmıştır:

“Mahkeme’ye göre, bir küçüğün bir tutukevinde tutulması tedbiri, “eğitsel gözetimi” sağlama amacı taşımadığı taktirde, mutlaka “d” bendine aykırı düşmez. “Amacıyla” kelimesinden de anlaşılacağı gibi, metinde geçen “tutma”, ilgili kişiyi “eğitsel gözetim” altına yerleştirmenin bir vasıtasıdır; fakat bu yerleştirmenin hemen başlaması zorunlu değildir. Sözleşme’nin 5/1-c bendindeki tutma ile “a” bendindeki mahkumiyet kararından sonra hapsedme arasındaki ayırmda olduğu gibi, “d” bendi de, bizzat kendisi eğitsel gözetimle ilgili olmasa da, gözetimli eğitim rejimine bir giriş olarak kullanılabilir geçici bir tutma tedbiri almayı engellemektedir. Ancak bu gibi durumlarda, tutmadan sonra süratle, amaca uygun yeterli kaynakları bulunan, açık veya kapalı bir kurumda, bu tür bir rejimin fiilen uygulanmasına geçilmelidir.

Mevcut olayda başvuru, Lantin’deki tutukevi ile ailesi arasında adeta mekik dokumuştur. Çocuk mahkemeleri, sadece 1980 yılında, başvurunun dokuz defa tutulmasına ve on beş günlük yasal süre dolmadan salıverilmesine karar vermişlerdir; başvuru, 18 Ocak 1980 ile 4 Kasım 1980 arasındaki 291 günün 119 gününü, özgürlüğünden yoksun olarak geçirmiştir.

¹³³ Boumar v. Belçika, para. 46 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

Hükümetin savunmasına göre, şikayet konusu tutukevine yerleştirmeler, mahkemeler tarafından başlatılan eğitim programının bir parçası olup, söz konusu dönemde Bouamar'ın davranışları, kendisinin kişiliği hakkında bu mahkemelerin kesin bir görüş elde etmelerini sağlamıştır.

Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır. Belçika Devleti, çocuk suçluluğu hakkındaki politikasını uygulamak için, eğitsel gözetim sistemini seçmiştir. Sonuç olarak Belçika Devleti, Sözleşme'nin 5/1-d bendindeki şartları yerine getirmek için, 1965 tarihli Yasanın eğitsel amaçlarını ve güvenlik ihtiyacını karşılayan gerekli kurumsal tesisleri oluşturmakla yükümlüdür.

Ancak deliller, durumun böyle olduğunu göstermemektedir. Olayların geçtiği tarihte Belçika'da, en azından başvurusunun yaşadığı Fransızca konuşulan bölgede, hayatı alt üst olmuş küçüklerin kalabileceği kapalı bir kurum bulunmamaktadır. Bir gencin fiili izolasyon koşulları bulunan tutukevinde, eğitimci görevlilerin yardımı olmadan tutulmasında, eğitsel bir amaç görülemez.

Bouamar'ın davranışlarında görülen iyileşmenin sebebi, şikayet konusu art arda gelen tutma dönemleri değil, fakat Lantin Tutukeviden salıverildikten sonra çeşitli çevrelerde gördüğü bakımdır.

Buna göre Mahkeme, bir bütün olarak alındığında, dokuz yerleştirme kararının Sözleşme'nin 5/1-d bendiyle bağdaşmadığı sonucuna varmaktadır. Bu kararların kısır bir döngü şeklinde tekrarı, özellikle savcılığın iddia edilen suçlardan başvuru hakkında hiçbir ceza davası açmadığı da dikkate alınacak olursa, bu kararları Sözleşme'nin 5/1-d bendi bakımından giderek daha da az "hukuki" hale getirmiştir.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 5/1. fıkrası ihlal edilmiştir"¹³⁴.

Yukarıda ki alıntıda da görüleceği üzere, İHAM, Başvurucu Boumar'ın tutulmasının eğitsel bir amaç gözetilmeden olduğuna hükmetmiş ve sonuçta İHAS'ın 5/1-d bendinin her iki kısmının da olayda ihlal edildiğini saptamıştır.

İHAM'ın, 5/1-d bendini değerlendirdiği bir başka karar D.G. kararıdır. Bu karara konu olayda, Başvurucu küçük yaşlarda koruyucu aile yanına

¹³⁴ a.g.k., para. 47-53 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

yerleştirilmiş, ancak başvuruçunun davranışları nedeni ile koruyucu aile uygulaması sona ermiştir. Başvuruçuru saldırı suçundan dolayı tutulmuş, daha sonra ise çeşitli kurumlara yerleştirilmişse de başvuruçunun davranışları nedeni ile bu yerleştirmeler de başarı ile sonuçlanmamıştır. Başvuruçuru, değişik suçlara karıştığı gerekçesi ile 9 ay ceza almış, bu cezasını St. Patrick İslahevi'nde çekmesi uygun bulunmuştur. Başvuruçuru salıverildikten sonra, evsizlere ayrılmış yerlerde yatmıştır. İlgililer, başvuruçunun, terapi destekli gözetim yerlerine yatırılması konusunda talepte bulunmuşlardır. Ancak anılan tipe uygun yerler İrlanda'da bulunmadığından kendisinin İslahevinde tutulmasına karar verilmiştir. Başvuruçuru kendisinin, İslahevine kapatılmasının, İHAS'ın 5/1-d bendinde anılan "eğitim amaçlı" veya "yetkili merci önüne çıkarılma amaçlı" olmadığını iddia etmiştir. Buna karşılık İrlanda Hükümeti, başvuruçunun tutulmasının "eğitim amaçlı" olduğunu öne sürmüştür. İHAM; bu aşamada Boumar kararına atıfta bulunur ve eğitim amaçlı tutmada eğitim sürecinin hemen başlaması gerektiğini belirtir. Başvuruçunun tutulması sırasında hiçbir eğitim amaçlı uygulamaya katılmadığına, sadece futbol oynadığına dair bir bilgi bulunduğuna işaret eder. Bunlardan daha önemli olarak da, Mahkeme, başvuruçunun tutulduğu St. Patrick'in, başvuruçunun ihtiyacı olan bakımı sağlayabilecek bir yer olmadığına ikna olmuştur¹³⁵. Bu nedenlerle de İHAM, başvuruçunun, İHAS'ın 5/1-d bendinde düzenlenen duruma uygun olarak tutulmadığına hükmetmiştir.

Görüleceği üzere, İHAM eğitim amaçlı tutmanın standartlarını yüksek, uygulama alanını dar tutmaktadır. Böylece sözleşmeciler devletlerin eline, bu bende dayanarak yapılacak tutmalar açısından geniş bir alan bırakılmamış olmaktadır.

G- İHAM Kararlarında Kamu Sağlığı ve Düzenini Koruma Amacı ile Tutma

Yukarıda belirtildiği üzere, İHAS'ın 5/1-e bendi içerisinde "bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin" tutulabileceği düzenlenmiş ancak ne bent ne madde ne de İHAS içerisinde bu anılan kavramların tanımı

¹³⁵ D.G. v. İrlanda, Başvuru No: 39474/98, 16.05.2002, para. 81.

yapılmamıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere, İHAM da İHAS gibi bu kavramların açıklamasını yapmamış, sözleşmecî devletlerin iç hukuklarına göndermede bulunmuştur.

Kavramlar ile ilgili kararların incelenmesinde İHAS'ın sıralamasına sadık kalınacağından önce bulaşıcı hastalık yayabilecek kişilerin özgürlüğünün kısıtlanması kavramı ele alınacaktır.

Günümüz teknolojisinin vardığı noktada bulaşıcı hastalık çeşitleri azalmış ve kontrol edilebilir hale gelmiştir. Bu nedenle sözleşmecî devletlerde bulaşıcı hastalıklara istinaden tutmaya neredeyse rastlanmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da İHAM önüne bu tip tutmalara ilişkin başvurular pek gelmemektedir. Ancak Enhorn kararı bu konu hakkındadır. Başvurucu bir İsveç vatandaşı eşcinseldir ve kendisinde HIV virüsü olduğu 1994 yılında ortaya çıkmıştır. Ancak, başvurucunun ilk kez 1990 yılında birlikte olduğu 19 yaşında bir gence HIV virüsünü bulaştırdığı ortaya çıkmıştır. Başvurucu, bir tıbbi yetkili tarafından, Bulaşıcı Hastalıklar Yasası'nın ilgili maddesine; partnerini HIV virüsü taşıdığı hakkında uyarmadan cinsel ilişkide bulunmaması, prezervatif kullanması, organ, kan ve sperm bağışında bulunmaması ve benzeri şekillerde virüsün diğer kişilere bulaşma eylemleri ve bu eylemlerden kaçınması konusunda uyarılmıştır. Ayrıca başvurucunun tıbbi yetkili ile randevu ile görüşmesinin ayarlanması şart koşulmuştur. Başvurucu, bu randevulardan ilk üçüne katılmış, iki kez de tıbbi yetkililiyi evinde ağırlamıştır. Ancak Ekim ve Kasım aylarındaki 5 randevuya gitmemiştir. Bunun üzerine tıbbi yetkili Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurmuş ve başvurucunun bir hastanede 3 aya kadar zorunlu izolasyonunu talep etmiştir. Başvurucu, sadece HIV virüsü taşıyan insanlarla birlikte olduğunu ve artık tıbbi yetkililerle görüşmek istemediğini belirtmiştir. Ancak davacı taraf, başvurucunun şu anda cinsel açıdan aktif olmadığını, ancak başvurucunun, fırsat olduğunda, durumunu gözetmeden özellikle de genç erkeklerle birlikte olduğunu tecrübelerin göstermekte olduğunu iddia etmiştir. Başvurulan bilirkişi, raporunu tıbbi yetkilileri destekler tarzda vermiştir. Bunun üzerine yerel mahkeme, başvurucunun bir hastanede 3 ay boyunca zorunlu izolasyonuna hükmetmiştir. Başvurucunun hastaneye gitmemesi üzerine, polis, başvurucuyu alarak zorla

götürmüştür. Başvurucu hakkındaki zorunlu izolasyon kararı tekrarlanarak 6 ay daha uzatılmıştır. Başvurucu, hastanede tutulduğu sırada, yanında hastane görevlileri olması kaydıyla dışarı çıkmasına ve çeşitli aktivitelerde bulunmasına izin verilmiştir. Hastanede tutulduğu süreç içerisinde, başvuru bir çok kez hastaneden kaçmış ve sonucunda 2 yıl boyunca bulunamamıştır. Bulduğunda ise hastaneye tekrar konmuş ve odasında tutulmuştur. Başvurucu bu olayları takiben itirazlarını ve kaçmalarını sürdürmüş, sonuç olarak; 2002 yılında daha fazla zorunlu izolasyona tabi tutulmasının gerekli olmadığından serbest bırakılmıştır. Bu olaylar üzerine başvuru, İHAM'a başvurmuş, İHAM da bir hastaneye zorunlu kapatılmanın özgürlük ihlali olarak kabul edilebileceğini bu nedenle olaya 5. maddenin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. İHAM, karar içerisinde öncelikle iç hukuka uygunluğu tartışmış ve yerel makamların iç hukuka uygun hareket ettiği sonucuna ulaşmıştır. İHAM, “bulaşıcı hastalığın yayılmasını engellemek amacı ile tutma” hakkında ise kesin kriterler ortaya koymadan önce, tezin ilerleyen aşamalarında görülecek olan 5/1-e bendine uygun diğer özgürlük ihlali hallerini ve ilgili kararlarda saptadığı kriterleri saymıştır. Bu kriterlerden yola çıkarak da olaya ilişkin yeni kriterler tespit etme yoluna gitmiştir. İHAM, “*bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını engellemek amacı ile tutma yapılabilmesi için, bulaşıcı hastalığın kamu sağlığı ve güvenliği için tehlikeli olması, hastalığı taşıyan insanın hapsedilmesinin hastalığın yayılmasının önlenmesi için en son çare olması, daha az şiddetli önlemlerin kamu sağlığının korunması için yeterli görülmemesi veya tespit edilmesi gerekir*”¹³⁶ diyerek konu ile ilgili genel kriterleri tespit etmiştir. İHAM, saptadığı kriterleri olaya uygulamış ve HIV virüsünün kamu sağlığı ve güvenliği açısından taşıdığı tehlike göz önüne alındığında ilk kriterin olayda gerçekleşmiş olduğunu, bu durumda incelenmesi gerekenin, Başvurucu'nun özgürlük kısıtlamasının, virüsün yayılmasının engellenmesinin son çaresi olup olmadığıdır, sonucuna ulaşmıştır. İHAM, başvuru zamanı gözden geçirmiş, aslında kendisi hakkında verilen özgürlüğü bağlayıcı kararın 16 Şubat 1995'te başladığını, 12 Aralık 2001'de de sona erdiğini bu sürecin de yaklaşık 7 yıla ulaştığını ancak,

¹³⁶ Enhorn v. İsveç, Başvuru No: 56529/00, 25.01.2005, para. 44.

başvurucunun hastaneden sık sık kaçması nedeni ile kendisinin 1.5 yıl hastanede zorunlu izolasyona tabi tutulduğunu belirtmiştir. Başvurucunun bu süre boyunca hangi koşullarda ve neden tutulduğu karar içerisinde tartışılmış ve sonuçta İHAM aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“1 Eylül 1994 tarihinde verilen talimat gereğince, başvurucunun, partnerini HIV virüsü taşıdığı hakkında bilgilendirmeden cinsel ilişkiye girmesi yasaklanmıştır. Ayrıca, kendisi prezervatif kullanmalıdır. Mahkeme, bu bağlamda, 16 Şubat 1995’ten 12 Aralık 2001’e kadar başvurucunun HIV virüsünü kimseye bulaştırdığı hakkında, partnerini virüsü hakkında bilgilendirmediği ya da prezervatif kullanmadığı veyahut da bu süre zarfında hiç cinsel ilişkiye girip girmediği konusunda bir delil olmadığını belirtir. Başvurucunun ilk cinsel ilişkiye 1990 yılında girdiği 19 yaşındaki bir gence virüsünü bulaştırdığı doğrudur. Bu durum, başvurucunun hastalığını öğrendiği 1994 yılından önce ortaya çıkmıştır. Buna karşın, başvurucunun HIV virüsünü, bu gence kasten ya da büyük bir ihmalkarlık sonucu olarak bulaştırdığını gösteren bir olgu yoktur. Ki bu durum, içlerinde İsveç’in de olduğu birçok sözleşmecî devlet tarafından suç olarak kabul edilmektedir.

Bu durumda Mahkeme, başvurucunun zorunlu izolasyonunun, bulaşıcı hastalığın yayılmasının engellenmesi için son çare olduğunu kabul edemez. Bununla birlikte, Mahkeme, başvurucunun zorunlu izolasyonunun neredeyse 7 yıl boyunca uzatılmasının ve toplamda hastanede 1.5 yıl tutulmasının, yetkililerin HIV virüsünün yayılmasının engellenmesi ile başvurucunun özgürlük hakkı arasında dengenin sağlanamadığını düşünmektedir”¹³⁷.

İHAM, yukarıda açıklanan gerekçe sonucunda, başvuru kapsamında İHAS’ın 5/1-e bendinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

İHAS’ın 5/1-e bendi içerisinde sayılan ikinci özgürlüğün kısıtlanması hali “akıl hastalığı nedeni ile tutma” durumudur. Akıl hastalığına ilişkin tutmalar, bulaşıcı hastalığın yayılmasının engellenmesi amacı ile tutmanın aksine bir çok

¹³⁷ a.g.k., para. 54, 55.

kez İHAM'ın önüne gelmiştir. Bu başvurulardan Winterwerp kararında İHAM, “akıl hastalığı”¹³⁸ kavramını açmış ve önemli bir saptamada bulunmuştur:

“Mahkeme’ye göre, bu bentteki akıl zayıflığı teriminin kesin bir tanımı bulunmayıp, araştırmalar ve tedavi şekilleri toplumun akıl hastalarına bakışı değiştikçe kavramın içeriği de değişmektedir. Bu bentteki “akıl hastası” terimi, bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle, kendisinin zorunlu kapatılmaya tabi tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamaz. Aksine bir görüş, hiç kimsenin keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını güvence altına alan ve dar yorumlanması gereken istisnaları içeren Sözleşme’nin 5/1. fıkrasının amacına aykırı düşer”¹³⁹.

İHAM'ın bu hükmü uyarınca, 5. maddenin tamamı gibi 5/1-e bendi de dar yorumlanmalıdır. İHAM kararın devamında ise “akıl zayıflığı nedeni ile tutma” durumunu tartışmıştır:

“Sözleşme, akıl zayıflığı bulunan kişileri tanımlamadığı gibi, Hollanda mevzuatında da akıl hastası tanımı yoktur. Ulusal mevzuatta sadece, bu tür kimselerin akıl hastanesine yatırılma sebepleri gösterilmektedir. Ancak yukarıda 11 ile 22. paragraflar arasında özetlenen uygulama dikkate alındığında, yürürlükteki hukukun Sözleşme’deki “akıl zayıflığı bulunan kişiler” terimiyle her hangi bir biçimde bağdaşmaz olduğu görülmemektedir. Bu nedenle Mahkeme, Hollanda mevzuatına göre bir kimsenin tutulması nedeniyle, Sözleşme’deki akıl zayıflığı bulunan kimsenin tutulması sebebinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme ikinci olarak, Sözleşme’nin 5/1-e bendindeki “hukuka uygun olarak tutma” şartına aykırılık bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme’ye göre bu şart, öncelikle iç hukuka uygunluğu gerektirir; ancak iç hukukun da Sözleşme’nin 5. maddesinin amacına uygun bulunması gerekir; bu uygunluk, hem

¹³⁸ İHAS içerisinde “akıl hastalığı” denmiş ise de, incelenecek kimi kararlarda da görüleceği üzere, “akıl zayıflığına” dayanılarak tutma yoluna gidilmesini de İHAM uygun şartlar altında kabul etmektedir. Bu nedenle, akıl zayıflığının hastalık boyutuna ulaşması her durumda gerekli değildir. Bu nedenle “akıl hastalığı” gibi “akıl zayıflığı” kavramı da tez içerisinde kullanılacaktır.

¹³⁹ Winterwerp v. Hollanda, para. 37 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

özgürlükten yoksun bırakma kararının verilmesi sırasında ve hem de bu kararın uygulanması sırasında gereklidir. Buradaki “hukuk” sözcüğü iç hukukun hem maddi ve hem de usul hükümlerini kapsamaktadır. Bu nedenle bent içindeki “hukuk” sözcüğü ile 5/1. fıkrasının başındaki “hukukun öngördüğü usul” terimleri arasında belirli bir örtüşme vardır. Gerçekten de bu iki ifade, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir toplumda, keyfi olan her hangi bir tutmanın hiç bir zaman hukuka uygun sayılamayacağını vurgulamaktadır. Komisyon bir kimsenin zorunlu olarak hastaneye yatırılmasını haklı kılacak akli durumunu ortaya koyan bir tıbbi delil bulunmadıkça, hiç “kimsenin akıl zayıflığı” nedeniyle kapatılamayacağını göz önünde bulundurarak, olayda, her hangi bir keyfilik unsuru bulunmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu düşünce tarzını izlemiştir. Mahkeme’ye göre, acil durumlar dışında hiç kimse, “akıl zayıflığı” bulunduğu güvenilir bir biçimde gösterilmedikçe, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Kişinin gerçekten akli dengesizliğinin yerinde olup olmadığını ulusal makamlar önünde ortaya koyan şey, objektif uzman raporlarıdır. Ayrıca akli dengesizlik, zorunlu kapatmayı gerektirecek ölçüde olmalıdır. Dahası, zorunlu kapatmanın devamı, böyle bir dengesizliğin sürmesine bağlıdır.

Mahkeme’ye göre başvuru aslında, hakkında verilen üç tutma kararının usul yönünden taşıdığı kusurlar nedeniyle hukuka aykırılığını ileri sürmüştür. Mahkeme bir olayda “hukuka uygunluk” bulunup bulunmadığını denetleme yetkisine sahiptir. Mahkeme’nin buradaki görevi, ulusal makamlar tarafından verilen kararların Sözleşme’ye uygun olup olmadığını denetlemektir. Olayda, ulusal mahkemeler önüne getirilen raporlar, başvuru kişinin şizofren ve paranoyak tepkiler verdiğini, patolojik durumunun farkında olmadığını, bir çok kez sonuçlarını takdir etmediği ciddi eylemlerde bulunduğunu, ayrıca tedrici bir biçimde topluma kazandırılma yönündeki rehabilitasyonunun başarısız kaldığını göstermektedir. Mahkeme’ye göre, Belediye başkanının başvuru kişinin akıl hastanesine kaldırılması talimatını vermesini gerektiren olaylar, ilgili yasanın 14. maddesine göre başvuru kişinin acilen kapatılmasını gerektirecek türdendir. Altı hafta süren bu kapatma, süre yönünde bir tereddüt uyandırmakta ise de, “hukuka aykırı” sayılmayı gerektirecek kadar aşırı değildir. Raporların objektifliğinden

ise kuşku duymayı gerektirecek bir durum yoktur. Bu özgürlükten yoksun bırakmanın, kötü amaçlarla yapıldığını gösteren bir belirti yoktur.

Bu nedenlerle Mahkeme olayda, Sözleşme'nin 5/1-e bendindeki akıl zayıflığı bulunan bir kimseyi hukuka uygun olarak tutma şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.”¹⁴⁰.

İHAM'ın yukarıdaki kararında da görüleceği üzere, “akıl zayıflığı nedeni ile tutma” durumu tartışıldığında, “hukuka uygun tutma” durumu da gözden geçirilmelidir. Zira, akıl zayıflığı İHAS içerisinde tanımlanmamıştır. Bu durumda, iç hukukta tanımlanan “akıl zayıflığı” kavramı; açıkça İHAS'a aykırı olmadıkça; esas alınacak ve bu iç hukuka dayanan tanım uyarınca, hukuka uygun olarak yapılan tutma İHAS'a da uygun kabul edilecektir.

Winterwerp kararının bir başka önem arz eden yönü, karar içinde, yukarıda açıklanan, İHAS'ın tedavi zorunluluğu getirip getirmediğinin tartışılmasıdır. Başvurucu, kendisinin tutulmasının, gerektiğinden daha uzun olmaması için, uygun bir tedavi hakkını da içerdiğini iddia etmiş, ancak İHAM, bu durumun İHAS'ın 5/1-e bendi içerisinde çıkarılamayacağını belirterek uygulanan tedaviyi Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Bu durum önemlidir, zira, yukarıda incelendiği üzere, İHAS'ın içerisindeki eksiklik İHAM tarafından giderilememiştir. Bu durum, sona ermesi zor olan kişi özgürlüğü ihlallerinin önünü açmaktadır. İHAM, *Ashingdane* kararında da yukarıdaki kriterleri tekrarlamış¹⁴¹ ancak bu karar ile de eksikliği giderilememiştir. Zira, “akıl zayıflığı nedeni ile tutma, bu zayıflığın sürmesine bağlıdır” denmiş, ancak bu tutmanın giderilmeye çalışılmaması sınırsız bir tutmaya yol açabilecektir denmemiştir. Ancak, *Ashingdane* kararının ilerleyen bölümlerinde “akıl zayıflığı nedeni ile tutmanın ancak belirli yerlerde gerçekleştirilebileceğini” ortaya koymuş, buna karşın takip eden cümlede tarafımda eleştirilen içtihadını devam ettirmiştir:

“Mahkeme ayrıca, dayanılan özgürlükten yoksun bırakmaya izin veren sebep ile tutmanın yeri ve şartları arasında bir ölçüde ilişkinin olması gerektiğini

¹⁴⁰ a.g.k., para. 38-43 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹⁴¹ *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, para. 37 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

kabul eder. Kural olarak, akıl hastası olan bir kişinin "muhafaza" edilmesi, bunun bir hastanede, klinikte veya diğer uygun bir yerde gerçekleştirilmesi halinde ancak Sözleşme'nin 5/1-e bendi bakımından "hukuki" olur. Ne var ki, yukarıdakiler saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme'nin 5/1-e bendi kural olarak, uygun bir tedavi verilmesiyle ve tutma koşullarıyla ilgili değildir"¹⁴².

İHAM, “akıl zayıflığı bulunanların tutulması hakkında kararın öncelikle ulusal makamların takdirinde olduğunu kabul etmektedir. Bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

“Mahkeme, "akıl hastası bir kimsenin" tutulmasının gerekip gerekmediğine karar verirken, ulusal makamlara belirli bir takdir yetkisi tanınması gerektiğini, çünkü belirli bir olayda önlerindeki delilleri değerlendirme işinin öncelikle ulusal makamlara düşen bir görev olduğunu hatırlatır. Mahkeme'nin görevi, ulusal makamların verdikleri kararların Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemektir"¹⁴³.

İHAM, takdir yetkisinin öncelikle ulusal mahkemelerde olduğuna hükmetmiş ise de, akli zayıflığı nedeni ile tutmanın belirli şartlara tabi olduğunu ortaya koymuştur. Buna göre; “Mahkeme'ye göre hiç kimse, acil durumlar dışında, “akıl zayıflığı” bulunduğu güvenilir bir biçimde gösterilmedikçe, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Kişinin akli dengesinin gerçekten yerinde olup olmadığını ulusal makamlar önünde ortaya koyan şey, objektif uzman raporlarıdır”¹⁴⁴. Objektif uzman raporlarının varlığının aranması, ulusal mahkemelerin takdir hakkının sınırsız olmadığını ortaya koymaktadır. Bunun dışında, alıntı içerisinde “acil durumlar dışında” denmektedir. İHAM acil durumlar söz konusu olduğunda, “herhangi bir yakalama ya da alıkoyma tedbiri öncesinde detaylı bir tıbbi muayene gerçekleştirilmesi şartının yerine getirilemeyeceği açıktır”¹⁴⁵ diyerek, tıbbi raporun beklenilmeden tutmanın

¹⁴² a.g.k., para. 44. Ayrıca akıl hastalarının uygun yerde tutulması gerekliliği hakkında Aerts v. Belçika, Başvuru No: 61/1997/845/1051, 30.07.1998, para. 46-49.

¹⁴³ Luberti v. İtalya, Başvuru No: 9019/80, 23.02.1984, para. 27 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹⁴⁴ Herczegfalvy v. Avusturya, Başvuru No: 10533/83, 24.08.1992, para. 63.

¹⁴⁵ X v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7215/75, 05.11.1981, para. 41 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

gerçekleştirilebileceğine hükmetmektedir. Ancak, İHAM'ın aciliyet şartının gerçekleşmediğine hükmettiği kararları da bulunmaktadır. Örneğin *Varbanov* kararında İHAM aşağıdaki yorumu getirmiştir:

“Bir psikiyatr değerlendirmesi en azından belgeler üzerinden yapılması mümkündür ve vazgeçilemezdir. Dosyada aciliyet olduğu hakkında bir ipucu bulunmamaktadır. Başvurucunun, önceden zihinsel bir rahatsızlığı bulunmamaktadır... Başvurucunun yakalandığında, psikiyatrlar tarafından muayene edilebileceği bir kliniğe götürüleceği doğrudur. Buna karşın, başvurucunun böyle bir inceleme için tutulmasına gerek olduğu konusunda bir işaret bulunmamaktadır”¹⁴⁶.

Böylece İHAM, başvuru dosyasında aciliyet bulunmadığından, kaldı ki olay kapsamında, en azından belgeler üzerinden bir inceleme yapıldıktan sonra başvurucunun tutulmasının uygun olacağından dolayı, Sözleşme şartlarının oluşmadığına hükmetmiştir.

İHAM kararları uyarınca, akıl zayıflığı nedeni ile tutmanın gerçekleştirilebilmesi için aranan 3 asgari şart vardır. Bunlardan ilki yukarıda belirtildiği üzere akıl sağlığının yerinde olmadığı; acil durumlar dışında; bilimsel raporlar ile kanıtlanmış olmasıdır. Diğer iki şart ise, akıl zayıflığı ya da bozukluğunun özgürlükten yoksun bırakmayı gerektirecek düzeyde olması ve akıl zayıflığı ya da bozukluğunun alınan tedbir süresince devam etmesidir¹⁴⁷. İHAM'ın bu bent hakkında vermiş olduğu kararlarda sayılan bu olgular göze çarpmakta ve “akıl zayıflığı” durumunun düzelmesi halinde salıvermenin ne şekilde gerçekleştirileceği tartışılmaktadır. İHAS ve İHAM'ın genel ilkeleri, tutmaya neden olan olayın son bulmasını takiben salıvermenin hemen gerçekleştirilmesi gerektiği yönündedir. Ancak İHAM, *Luberti* kararında, anılan prensibin “akıl zayıflığı nedeni tutma” durumlarında bazı şartların gerçekleşmesi durumunda esnetilebileceğini ortaya koymaktadır:

“Bir mahkeme tarafından akıl hastası olduğuna ve topluma karşı tehlike oluşturduğuna daha önce karar verilmiş bir kimse hakkındaki muhafaza

¹⁴⁶ *Varbanov v. Bulgaristan*, Başvuru No: 31365/96, 05.11.2000, para. 48.

¹⁴⁷ *Enhorn v. İsveç*, para. 42; ayrıca aynı yönde; *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, para. 37.

tedbirinin sona erdirilmesi, sadece o kimseyi değil, ama salıverilecek olursa, içinde yaşayacağı toplumu da ilgilendiren bir meseledir. Mevcut olayda adam öldürme suçunu işlemiş bir kimse söz konusudur, ki bu fiil, psikiyatrik alanda zaten varolan değerlendirme güçlüklerini artıran bir faktördür. Bu nedenle Gözetim Bölümü ihtiyatlı davranmak zorunda kalmış ve olayı ele almak için zamana ihtiyaç duymuştur”¹⁴⁸.

Böylece İHAM, gözetim süresinin uzatılmasını bazı durumlarda kamu sağlığı açısından önemli ve Sözleşme’ye uygun bulmaktadır. İHAM, *Johnson* kararında, *Luberti* kararında vermiş olduğu hükmü tekrarlamış ancak dosya kapsamında aksi yönde bir sonuca ulaşmıştır:

“Mahkeme sorumlu merciin temkinli davranma yetkisi bulunduğunu ve her ne kadar tıbbi bulgular söz konusu kişinin iyileştiğine işaret etse de bu şahsın alıkonma halinin sona erdirilmesi hususunu bir süre daha inceleme ihtiyacı duymasının yerinde olduğunu kabul etmiştir.

Mahkeme’nin görüşüne göre, tüm bu koşullar ve söz konusu tehlikeler ışığında sorumlu bir merciin, alıkonmasına yol açan akıl hastalığından artık muzdarip olmayan bir kişinin derhal ve kesin olarak taburcu edilmesine karar vermesinde de benzer bir takdir yetkisi kullanmasının uygun olacağı da kabul edilmelidir.

Bu mercii, bu kişi toplumda serbestçe yaşamak üzere bırakıldıktan sonra o kişinin gidişatını izleme ve bu doğrultuda taburcu edilmesini şarta bağlama konusunda tedbir alma yetkisini saklı tutabilmelidir... Ancak kişinin serbest bırakılmasının ertelenmesinin, 5/1. fıkranın amacına ve bu maddenin “e” bendinde getirilen kısıtlamanın maksadına uygun olmasını sağlayacak gerekli güvencelerin bulunması ve özellikle de kişinin bırakılmasının makul olmayan bir süre ertelenmemesi büyük önem taşımaktadır.”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ *Luberti v. İtalya*, para. 29 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹⁴⁹ *Johnson v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 119/1996/738/937, 24.10.1997, para. 62-64 (Çeviri; Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s.137’den alınmıştır).

İHAM, akıl zayıflığının giderilmesi nedeni ile salıvermede belirli gecikmelerin makul karşılanabileceğini belirtmiş ise de, Johnson kararı çerçevesinde bu sınırın aşıldığına ve Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

İHAS'ın 5/1-e bendi uyarınca kamu sağlığını korumak amacı ile tutma yapılabilmesinin bir diğer olanağı, alkoliklerin ve uyuşturucu madde bağımlılarının tutulmasıdır. İHAM önüne bu koşulları taşıyan özgürlükten yoksun bırakma başvuruları oldukça az sayıdadır. Bunlardan *Witold Litwa* kararı, "alkoliklik" nedeni ile tutma ve İHAM'ın bu tutmayı kararı içerisinde değerlendirmesi açısından önemlidir.

Yargılamaya konu başvurunun sahibi Witold Litwa bir gözü kör, diğer gözü ise büyük oranda görme yetisini kaybetmiş bir kişidir. Kendisi, öğle vakti, rehber köpeğinin eşliğinde Krakow Postanesi'ne gitmiş ve kendisine gelen kutuyu teslim almıştır. Ancak, kendisine gelen kutunun açık ve içinin boş olmasına sinirlenen başvuru, postane görevlilerine yakınmıştır. Bunun üzerine postane görevlilerinden biri polisi aramış ve başvuru sarhoş olduğu ve saldırgan davranışlar sergilediği şikayetinde bulunmuştur. Bunun üzerine gelen polis, başvurucuyu gözaltına almış ve kendisinin ayıltılana kadar tutulması için bir ayılma merkezine götürmüştür. Başvuru, burada 6.5 saat tutulmuş ve daha sonra da serbest bırakılmıştır. Bu merkezde kendisi hakkında bir form doldurulmuş ve formda; başvuru alkol ölçen alete üfleme reddettiği, ancak alkol koktuğu, bilincinin açık, konuşkan bir yapıda olduğu, kusma belirtileri göstermediği, değişken özellikler gösterdiği gibi bir takım ruhi ve fiziki durumu hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra, başvuru "ayıldığı" gerekçesi ile merkezden bırakılmıştır. Ancak başvuru, Krakow Bölge Savcılığı'na başvurarak, kendisini yakalayan ve tutan polis memurları hakkında şikayetçi olmuştur. Ancak, bir çok işlem sonucunda iç hukuk yollarından bir sonuç alınamamış ve başvuru dosyasını İHAM'a taşımıştır. İHAM, önüne gelen dosyada, öncelikle, tüm 5/1-e bendine uygun tutmalarda olduğu gibi, alkoliklik nedeni ile tutmanın da; kamu sağlığı ve güvenliği için olduğu kadar tutulan kişinin kendi güvenliği için de olduğunu belirtir. İHAM kararın ilerleyen bölümlerinde "alkoliklik" nedeni ile tutmanın sınırlarını belirlemiştir:

“...Bu madde hükümlerinin hedef ve maksadı, bir alkoliğin tutulmasının ancak “alkolizmin” klinik aşamasında olması halinde mümkün olabileceği yolunda dar bir biçimde yorumlanamaz. Mahkeme, Sözleşme’nin 5/1-e bendi uyarınca, tıbben “alkolik” olarak teşhis konulmamış olan ancak alkol etkisi altındayken sergiledikleri tavır ve davranışlar toplum ve kendileri için bir tehlike oluşturan kişilerin kamu düzeni ya da sağlık durumları ya da kişisel güvenliklerinin korunması gibi kendi yararları doğrultusunda gözetilmesine alınabileceklerini dikkate alır.

Yine bu durum, Sözleşme’nin 5/1-e bendi hükümlerinin bir bireyin sırf alkol tükettiği gerekçesi ile alıkonulmasına imkan sağlayacak şekilde yorumlanabileceği anlamına gelmez. Ancak Mahkeme, 5. madde hükümleri içinde, madde hükümlerinin bu tedbirinin devlet tarafından aşırı alkol alan bir kişi için alkolün kendisine ve topluma verdiği zararın ya da içki içme sonrasında tehlikeli davranışlarda bulunmasının önlenmesi amacıyla uygulanmasına engel teşkil edecek herhangi bir unsur bulunmadığını da dikkate alır. Bu noktada Mahkeme, alkol bağımlısı olunsun olunmasın, alkolün zararlı bir şekilde tüketiminin toplum açısından bir tehlike oluşturabileceğini ve alkolün etkisi altındaki kişinin kendisine ve diğer kişilere zarar verebileceğini müşahade etmiştir”¹⁵⁰.

İHAM, karardan alınan bölümün de gösterdiği şekilde; “alkol” alımının tek sefer ya da düzenli bir şekilde tehlike yaratması durumunda devletin kişi özgürlüğüne müdahalesini makul kabul etmektedir. Bu özgürlük kısıtlamalarının sınırlaması sözleşmecî devletlerin takdirinde ise de, bu kısıtlamalar, İHAS’ın 5. maddesinin geneli göz önüne alındığında dar yorumlanmalıdır. Daha az bir tedbir ile tehlike bertaraf edilebiliyorsa, en ağır tedbirlerden biri olan kişi özgürlüğünün ihlal edilmemesi gerekir. Başvuruya konu olayda da İHAM bu yönde karar vermiş ve başvurucunun özgürlüğünden mahrum edilmesini gerektirir bir durumun olayda gerçekleşmemiş olduğuna kanaat getirerek, başvuru kapsamında Sözleşme’nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

¹⁵⁰ Witold Litwa v. Polonya, Başvuru No: 26629/95, 04.04.2000, para. 61-63 (Çeviri; Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s.137’den alınmıştır).

İHAM önünde “alkoliklik” durumunun tartışıldığı bir başka başvuru *Hilda Hafsteinsdottir* başvurusudur. Bu başvuruya konu olayda, Başvurucu, sarhoş olması nedeni ile çeşitli olaylar çıkarmış ve 6 kez polis tarafından alıkonulmuştur. İHAM, öncelikle yukarıda alıntı yapılan *Witold Litwa* kararına atıfta bulunmuş ve alkol almış kişilerin kendileri ve toplum için tehlike oluşturmaları durumunda özgürlüklerinden bir süre mahrum bırakılabileceklerini kabul etmiştir. İHAM, başvuruya konu olaylarda, aksine bir kanıt olmadığından, hükümetin iddiasını da kabul etmiş ve başvurucunun eylemlerini alkol etkisi altındayken gerçekleştirdiğini kabul etmiştir. İHAM, bu durumda bakılması gerekenin “tutmanın” hukukiliği olduğunu belirtmiştir. İHAM, bu aşamada, aynı *Witold Litwa* kararında olduğu gibi, daha hafif bir tedbir alınabilecek iken en ağır tedbirlerden birinin alınmasının Sözleşme’ye aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁵¹.

İHAS’ın 5/1-e bendi uyarınca kişi özgürlüğünün kısıtlanabileceği son durum, “bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması” durumudur. İHAS, 5/1-e bendi, içeriğindeki diğer hukuka uygun tutma durumları gibi, “serseri” tanımını da içermemektedir. İHAM, kararlarının işaret ettiği üzere, “serseri” tanımı için de ilk bakılacak yer, sözleşmeciler devletlerin kendi hukukları içerisinde yaptıkları tanımlardır. Bu konu hakkındaki önemli kararlardan bir tanesi *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararıdır. Tez içerisinde karara yapılan önceki bir atıf vardır. Bu atıfta da açıklandığı üzere; başvurucular kendi iradeleri ile ancak ayrı ayrı olarak polise başvurmuşlar ve kendilerinin yatacak yerleri ve paralarının olmadığını belirtmişlerdir. Başvurucular polis tarafından alıkonulmuşlardır. İHAM karar içerisinde, öncelikle polisin bu tavrının, tek başına, tutmayı gerektirip gerektirmediğini tartışmış, ardından ise “serseri” tanımını yapmıştır:

“Polisten kendisini tutmasını istemesi, kişinin derbeder veya profesyonel bir dilenci olduğunu veya daha ağır tedbirlerin alınmasını gerektiren aylak, içki müptelası, ahlak düşüklüğü içinde bulunduğunu göstermez ...

Mahkeme'ye göre, Sözleşme “serseri” kavramının tanımına yer vermemektedir. Belçika Ceza Kanununun 347. maddesine göre “sabit bir ikametgahu bulunmayan, geçim kaynağı olmayan ve düzenli bir işi ve mesleği

¹⁵¹ Hilda Hafsteinsdottir v. İzlanda, Başvuru No: 40905/98, 08.06.2004, para. 51-56.

bulunmayan kişiler serseri sayılır". Yetkili makamlar bu üç şartın bulunması halinde, bu durumdaki kişilerin serseri olarak Hükümet gözetimine alınmalarına karar verebilirler. Bu serseri tanımı, Sözleşme'nin 5/1-e bendindeki "serseri" kavramı ile uzlaşmaz görünmediğinden, bu bentteki istisnaya girmektedir. Başvurucular "derbeder" özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle, iç hukuka uygun olarak yetkili makamlar tarafından tutulmalarını öngören Sözleşme'nin 5/1-e bendine göre tutulabilirler. Başvurucular, Belçika makamları tarafından usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından Hükümet gözetimine alınıp tutulduklarından, bu işlemlerde Sözleşme'ye bir aykırılık ve keyfilik bulunmamaktadır. Mahkeme, olayda serserilerin hukuka uygun olarak tutulması şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır."¹⁵².

Yukarıdaki alıntıda da görüleceği üzere, İHAM, Belçika Hukuku'ndaki "serseri" tanımını ve başvurucular hakkında takip edilen uygulamayı Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Ancak, serseri tanımının genişletilmesi İHAM tarafından kabul edilmemekte ve ihlal kararları verilmektedir. Bu kararlardan en bilinenlerinden bir tanesi tez içerisinde daha önce de atıfta bulunulan *Guzzardi* kararıdır.

"... Makamlar, Başvurucu'yu bir serseri olarak görmemişlerdir. Bu makamlar, Başvurucu'nun daha çok adli siciline, yasadışı faaliyetlerine, suçu itiyat haline getirmiş kişilerle olan ilişkilerine ve dahası mafya ile olan ilişkilerine vurguda bulunmuşlardır.

Mahkeme'ye göre bütün bunlara rağmen, başvurunun yaşama tarzı, Sözleşme bakımından kullanılması gereken "serseri" kavramının olağan anlamıyla bağdaşmamaktadır. Hükümet başvurucuyu "geniş anlamına göre serseri", "paralı serseri" olarak nitelendirmiştir. Ne var ki Sözleşme'nin 5/1. fıkrası, dar yorumlanmayı gerektirmektedir.

Mahkeme'ye göre Hükümetin iddiası bir başka açıdan da itiraza açıktır. Sözleşme'nin 5/1-e bendinde serserilerin yanında, akıl zayıflığı bulunan, alkolik, uyuşturucu müptelalarına da yer verilmiştir. Sözleşme'nin bu son sayılan "topluma uyumsuz" kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına imkan

¹⁵² De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, para. 65-70 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

vermesinin nedeni, bu kişilerin sadece bazen toplum için tehlike teşkil edebilmeleri değil, ama aynı zamanda kendi menfaatlerinin de tutulmalarını gerektirebilmesidir.

*Bu nedenlerle Mahkeme, olayda başvurunun tutulmasının, serserilerin tutulması şartına girmediği sonucuna varmıştır*¹⁵³.

İHAS'ın 5/1-e bendi içerisinde sayılanların özgürlükten mahrum edilebilmeleri için, kamu sağlığı ve güvenliği kadar kendi güvenliklerinin de gözetilmesi gerekliliği yukarıdaki kararda da görüleceği gibi “serserilerin tutulması” açısından da geçerlidir¹⁵⁴.

İHAM'ın, 5/1-e bendi hakkında vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, ilk göze çarpacak hususun, bu bende dayanılarak yapılan “tutmanın” en son çare olarak başvurulması gerekliliğidir. Ayrıca sıkça belirtildiği üzere, kamu sağlığı ve yararı kadar tutulmanın da yararı gözetilmelidir. Son olarak da, bent içerisinde geçen ancak tanımları yapılmayan kavramlar, “dar” yorumlanmalı ve kişilerin özgürlüklerine nedensiz ve keyfi bir şekilde tecavüzde bulunulmamalıdır.

H- İHAM Kararlarında İade Amacı ile Tutma

İHAS'ın 5/1-f bendi, usulüne aykırı şekilde ülkeye girmekten alıkonulması, sınır dışı edilmesi ya da geriverme durumlarında sözleşmecî devletlere ilgili kişileri tutma yetkisini vermiştir. Bu bent uyarınca verilen kararlardan *Bozano* kararı bilinen ve öne çıkan bir karardır. Bu karara konu olayda; Başvurucu Bozano hakkında, dört kadına sarkıntılık, cinsel saldırı ve cinayetten dava açılmış, ancak sadece sarkıntılık nedeni ile hakkında cezaya hükmedilmiş, tutuklu yattığı süre göz önüne alınarak tahliye edilmiştir. Diğer suçlardan ise delil yetersizliği nedeni ile beraat etmiştir. Ancak üst mahkeme kararı bozmuş ve dosyaları yeniden açmış, bulunamayan başvurunun yokluğunda mahkumiyete hükmetmiştir. Başvurucu bulunamayınca, hakkında uluslararası yakalama müzakeresi çıkartılmıştır. Yargılama süreci içerisinde

¹⁵³ Guzzardi v. İtalya, para. 98 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹⁵⁴ Aynı yönde Enhorn v. İsveç, para. 43.

başvurucunun Fransa'da gizlendiği ortaya çıkmış ve kendisi burada Fransız güvenlik güçleri tarafından yakalanarak gözaltına alınmıştır. Başvurucunun çıkarıldığı Limoges Üst Mahkemesi Ceza Dairesi, başvurucu hakkındaki iade talebinin reddine karar vermiştir. Bağlayıcı nitelikteki bu karar uyarınca başvurucunun iadesi Fransız Hükümeti tarafından da reddedilmiştir. Buna karşın; başvurucunun iddialarına göre; başvurucu hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş ve kendisi yakalandığı yere en yakın sınır olan İspanya yerine İsviçre sınırına götürülmüştür. Bu sırada, başvurucunun avukatı ve ailesi ile görüşmesine de izin verilmemiştir. Başvurucu, İsviçre makamlarına teslim edilmiş ve cezaevine konmuştur. İtalya'nın iade talebinde bulunduğu bildirilmiş, Başvurucu bu iadeye karşı itirazda bulunmuştur. Bu itirazın reddedilmesi üzerine, başvurucu İtalya'ya iade edilmiştir. İHAM, önüne gelen başvuru hakkında aşağıdaki kararı vermiştir:

"Karar verilmesi gereken temel sorun, tartışma konusu tutmanın, "hukukun öngördüğü usule" uygun olup olmadığını da içerecek şekilde "hukuki" olup olmadığıdır. Sözleşme burada esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki kuralların uygulanması gereğine işaret etmektedir; ayrıca bireyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir tedbirin, bireyi keyfiliğe karşı koruma şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına da uygun olmasını gerektirmektedir. Burada tehlikede olan şey, sadece kişinin "özgürlük hakkı" değil, ama aynı zamanda "kişinin güvenlik hakkı"dır.

Sözleşme'nin 5. maddesinde olduğu gibi, Sözleşme'nin doğrudan iç hukuka atıfta bulunduğu yerlerde iç hukuka uygun davranmak, Sözleşmeciler Devletlerin "taahhütlerinin" bütünlüleyici bir parçasını oluşturur; Mahkeme gerektiği yerde bu taahhütlere uygun davranılıp davranılmadığını inceleme yetkisine sahiptir (md. 19). Ancak Mahkeme'nin bu bağlamdaki görevi, Avrupa koruma sisteminin mantığına içkin olan sınırlara tabidir; çünkü iç hukuku yorumlamak ve uygulamak, öncelikle ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düşen bir görevdir.

Her halükarda "hukukilik", her hangi bir keyfiliğin bulunmamasını da ima eder. Mahkeme bu noktada başvurucunun İsviçre sınırına zorla getirildiği şartlara büyük önem vermektedir.

...

Davadaki olaylara bir bütüün olarak bakan ve aynı yönü işaret eden materyallerin hacmini dikkate alan Mahkeme, başvuruçuyu 26-27 Ekim 1979 gecesi özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5/1-f bendi anlamında "hukuki" olduğu veya "kişi güvenliği hakkıyla" bağdaştığı sonucuna varamamaktadır. Bozano'yu bu şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmak, aslında Limoges Üst Mahkemesi tarafından verilen 15 Mayıs 1979 tarihli aleyhteki kararı dolanmak için tasarlanmış bir iadenin kılık değiştirmiş bir biçimi olup, "sınır dışı etme.... kararını" uygulamak üzere gerekli bir "tutma" değildir. Paris ilk derece mahkemesi başkanının dolaylı yoldan söylerken de olsa, Limoges İdare Mahkemesi 17 Eylül 1979 tarihli kararın sadece hukukiliğini belirlerken de olsa yaptıkları tespitler, Mahkeme'ye göre büyük bir öneme sahiptir; bunlar Fransız mahkemelerinin dikkatini göstermektedir.

Buna göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir¹⁵⁵.

İHAM, başvuruçuyu ince ayrıntılarına kadar incelemiş ve olayda “hukukilik” unsurunun gerçekleştirilmediğini, bu nedenle de yukarıdaki gerekçelerle başvuru kapsamında Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

İHAM, Garabayev kararında da, başvuruçunun Rusya vatandaşı olmasına karşın iade amaçlı olarak gözaltına alınmasını; “vatandaşın iade edilmezliği” prensibi Rusya kanunları tarafından kabul edildiği için, “hukukilik” ilkesinin ihlali olarak görmüş ve 5/1-f bendinin de ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁶.

İHAM kararlarının en önemli vurgularından biri; daha önce de belirtildiği üzere, sözleşmecî devlet uygulamalarının öncelikle iç hukuka uygun olması gerekliliğidir. Ancak iç hukuka uygunluk her zaman yeterli olmaz ve iç hukukun İHAS'a da uygun olması gerekir. Yukarıdaki kararlarda değinilen “hukukilik” kavramı burada önem kazanmaktadır. Bunlara ek olarak, İHAM, hukukun “kaliteli” olmasını da aramaktadır. “Kaliteli” terimi tek başına tanımı yapılması zor bir kavramdır. İHAM bu terimi Amuur kararında şu şekilde açıklamaktadır:

¹⁵⁵ Bozano v. Fransa, para. 54-60 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

¹⁵⁶ Garabayev v. Rusya, para. 88-91.

“Mahkeme, bir özgürlükten yoksun bırakmanın iç hukuka uygunluk prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığını belirleyebilmek için, sadece incelenmekte olan konuda yürürlükteki yasanın değil, ilgili kişiye uygulanabilir olan diğer hukuk kurallarının kalitesini de değerlendirmek durumundadır. Buradaki anlamıyla kalite, özellikle yabancı sığınmacılar bakımından özgürlükten yoksun bırakmaya imkan veren ulusal hukukun, kendilerini keyfilik bütünü risklerinden uzak tutmak için, yeterince ulaşılabilir ve açık olmasını gerektirir.”¹⁵⁷.

İHAM, hukukun kaliteli olması gerekliliğine vurgu yapmış ve Amuur başvurusunda, iç hukukun bu kaliteyi sağlayamadığına hükmederek ihlal kararı vermiştir.

İHAM önüne gelen bir başka başvuruda, Roman asıllı Başvurucular, dazlaklardan gördükleri ciddi şiddet saldırıları nedeni ile ülkeleri Slovakya’dan kaçmış ve Belçika Devleti’ne sığınma talebinde bulunmuşlardır. Belçika Devleti, başvurucular ve benzeri konumdaki kişilere, sığınma taleplerinin tamamlanabilmesi için belirli formların doldurulması gerektiğini belirtmiş, ancak başvurucular merkeze gittiklerinde tutulmuş ve haklarında sınır dışı etme kararı verilmiştir. Başvurucular 5 gün tutulduktan sonra sınır dışı edilmişlerdir. İHAM yaptığı yargılama sonucunda; “Sözleşme’nin koruma altına almayı amaçladığı hakların teorik ve hayali olmadığını, uygulanabilir ve işlevsel olduğunu”¹⁵⁸ belirtmiş ve İHAS’ın 5/1-f bendinde sayılan hakların başvuru kapsamında yeterince gözetilmediğine ve Sözleşme’nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Quinn başvurusu kapsamında İHAM, 5/1-f bendinin kullanımını kesin bir şekilde sınırlandırmıştır. Bu kararda İHAM, “Sözleşme’nin 5/1-f bendi hükümlerinin hem Fransızca hem de İngilizce metinlerinde açık bir şekilde, bu bent hükümleri uyarınca bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin sadece iade işlemlerinin yürütülmesi nedeni ile haklı olacağı belirtilmektedir. Bu şekilde, bu tür işlemler gerekli titizlik ile yürütülmediği takdirde, alıkoyma tedbiri 5/1-f bendi uyarınca haklı bir gerekçeden yoksun olacaktır”¹⁵⁹ diyerek, hem iade

¹⁵⁷ Amuur v. Fransa, para. 50. Benzer bir yorum için bkz. Dougoz v. Yunanistan, para. 55.

¹⁵⁸ Conka v. Belçika, para. 46.

¹⁵⁹ Quinn v. Fransa, para.48.

işlemlerinin titizlikle yürütülmesi gerekliliğini hem de tutmanın sadece iade işlemlerinin yürütülmesi amaçlı olarak gerçekleştirilebileceğini ortaya koymuştur.

İHAM'ın, 5/1-f bendi ile ilgili olarak verdiği kararlardan bir diğeri *Chahal* kararıdır. Ayrılıkçı Sih militanı olan Başvurucu *Chahal*, İngiltere'de yakalanmış ve kamu düzeni bakımından tehlike arz ettiği gerekçesi ile ülkesi Hindistan'a geri gönderilmesine karar verilmiştir. İHAM, başvuru hakkında yaptığı yargılama sonucunda aşağıdaki karara hükmetmiştir:

“Mahkeme, Bay Chahal’ın, 5/1-f bendi uyarınca “sınır dışı edilmek üzere” alıkonulmuş olduğu konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmadığını hatırlatır. 5/1-f bendi hükümleri, hakkında sınır dışı etme işlemi yürütülen bir kişinin alıkonulmasının makul olarak gerekli olması, örneğin bir suç işleminin ya da kaçmasının önlenmesi amacıyla gerçekleştirilmesini gerektirmez; bu çerçevede 5/1-f bendinde, 5/1-c bendinden farklı düzeyde bir güvence getirilmiştir.

Aslında bu madde hükümlerine göre gereken tek şey “sınır dışı etme işleminin yürütülmesidir”. Dolayısıyla, 5/1-f bendi hükümleri çerçevesinde, kişinin sınır dışı edilmesine ilişkin kararın ulusal hukuka ya da Sözleşme hukukuna göre haklı bir gerekçeye dayanması bu itibarla önemli olmayacaktır.

Ancak Mahkeme, 5/1-f bendi uyarınca bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin yalnızca sınır dışı etme işlemleri yürütüldüğü sürece haklı bulunacağına işaret eder. Bu tür işlemlerin gerekli titizlikle yürütülmediği hallerde, alıkoyma tedbiri 5/1-f bendi uyarınca mümkün olmaktan çıkacaktır. Dolayısıyla sınır dışı etme işlemine ilişkin işlemlerin süresinin aşırı uzun olup olmadığına bakılması gerekmektedir”¹⁶⁰.

İHAM, karar içerisinde sınır dışı etme işlemlerinin mümkün olduğunca kısa sürede tamamlanması gerektiğine işaret etmiş ise de, aynı karar içerisinde, Başvurucu *Chahal*'ın ciddi endişe doğuracak şekilde aşırı uzun bir süre alıkonulduğunu kabul etmiş; ancak, sınır dışı etme işlemlerinin gerekli titizlikle yürütüldüğünden ve şahsın keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesine

¹⁶⁰ *Chahal v. Birleşik Krallık*, para. 112-114 (Çeviri; Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s.137'den alınmıştır).

karşı yeterli güvenceler bulunduğundan başvuru kapsamında ihlal olmadığına hükmetmiştir (İHAM, Slivenko kararında da “hukukilik” unsuruna uygun hareket edildiğinden ihlal oluşmadığına karar vermiştir¹⁶¹). Bu nedenle belirtilmelidir ki, yeterli özeni göstermek, sürenin uzamasına yol açacak ise de vazgeçilebilir bir seçenek değildir.

Yukarıda belirtildiği gibi, iade amaçlı tutma mümkün olduğunca kısa süreli olmalıdır. Aksi durumda Sözleşme’nin ihlali ortaya çıkacaktır. Ancak sürenin uzamasının sorumlusu ilgili şahıs olursa bu durumda sözleşmeciler devletlerin sorumluluğu olmayacaktır. Örneğin Kolompar kararında, Başvurucu’nun iade amaçlı olarak tutulması oldukça uzun bir süre devam etmiştir. Ancak bu süre zarfında başvuru bir çok kez yetkili makamlara başvurularda ve taleplerde bulunmuş, kendisine yöneltilen sorulara uzun bir süre cevap vermekten kaçınmış, temyiz aşamasında duruşmanın ertelenmesi talebinde bulunmuştur. Buna karşın, sözleşmeciler devletin yetkili mercileri, üzerlerine düşen işlemleri uygun süreler içerisinde gerçekleştirmişlerdir. Bunun üzerine İHAM, “*dava konusu ne olursa olsun, Belçika Devleti, başvuru sahibinin tavırlarının yol açtığı gecikmeden sorumlu tutulamaz. Başvuru sahibi de önemli ölçüde kendisinin yol açtığı bir durumdan şikayetçi olamaz*”¹⁶² diyerek başvuru kapsamında 5/1-f bendinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

I- İHAM Kararlarında Bilgilendirilme Hakkı

İHAS’ın 5/2. fıkrası kısaca “bilgilendirilme” hakkını düzenlemektedir. Fıkra metninde öne çıkan üç kavram vardır; “yakalama nedenleri”, “yöneltilen her türlü suçlama” ve “en kısa zaman”. İHAM’ın 5/2. fıkra hakkındaki kararları bu üç kavram üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak tez içerisinde ilk olarak değinilecek olan konu, İHAS’ın 5/2. fıkrasının uygulama sınırlarının nerede çizileceğidir. İHAM, 5/2. fıkranın sınırlarını *Van der Leer* kararında çizmek zorunda kalmıştır. Zira bu karar kapsamında, davalı Hollanda hükümeti; 5/2. fıkranın olaya

¹⁶¹ Slivenko v. Letonya, Başvuru No: 48321/99, 09.10.2003, para. 149-152.

¹⁶² Kolompar v. Belçika, Başvuru No: 11613/85, 24.09.1992, para. 42.

uygulanamayacağını, çünkü olayda bir hastaneye yatırmanın söz konusu olduğunu, oysa ki, 5/2. fıkranın “yakalama” ve “her türlü suçlama” gibi ceza hukukunu ilgilendiren kavramları barındırdığını, bu nedenle de bu fıkranın sadece ceza hukuku alanında uygulanabilir olduğu itirazında bulunmuştur. İHAM bu konuda aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“Mahkeme, 5/2. fıkra hükümlerinde kullanılan kelimelerin ceza hukuku kapsamındaki anlamlarının bilincindedir. Ancak Mahkeme, bu kelimelerin “özerk” bir şekilde ve özellikle de 5. maddenin herkesin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum edilme riskinden korunmasına yönelik niyet ve amacına uygun olarak yorumlanması gerektiği konusunda Komisyon’la mutabıktır. Dolayısıyla, 5/2. fıkroda belirtilen “yakalama”, ceza hukuku bünyesindeki tedbirlerin dışındaki tedbirleri de kapsamaktadır. Benzer bir şekilde, bu fıkroda geçen “her türlü suçlama” (İngilizce: “any charges”, Fransızca: “toute accusation”) ifadesinde Sözleşme’yi kaleme alanların niyeti, bu fıkra hükümlerinin uygulanabilirliği ile ilgili bir koşul getirmekten ziyade, bu tür bir tedbirin olası sonuçlarına işaret etmektir”¹⁶³.

Yukarıdaki alıntıda da görüleceği üzere, İHAM, Sözleşme’nin 5/2. fıkrasının uygulanma alanının sadece ceza hukuku bünyesinde olmadığını, fıkranın tüm özgürlükten yoksun bırakma durumlarına uygulanabilirliğini ortaya koymuş olmaktadır. İHAM, X kararında, benzer bir şekilde akıl hastanesine yatırılan başvuru hakkında Van der Leer kararına benzer bir sonuca ulaşmış ve *“Mahkeme ilk önce, başvurucuya bilgi verilmesi gereğinin 4. fıkranın bir sonucu olduğunu belirtmiş, özgürlüğünden yoksun bırakılmanın olayları ve hukuki dayanağına ilişkin hemen ve yeterli bir şekilde bilgi verilmedikçe, hukukiliğin denetimi için süratle başvurma hakkının etkili bir şekilde kullanılamayacağını ifade etmiştir”¹⁶⁴* diyerek 5/2. fıkroda geçen “bilgilendirme” hakkının 5/4. fıkranın kullanımı açısından da önemli olduğunu ortaya koymuştur.

¹⁶³ Van der Leer v. Hollanda, para. 27 (Çeviri; Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s.145’ten alınmıştır).

¹⁶⁴ X v. Birleşik Krallık, para. 66 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

Sözleşme'nin 5/2. fıkrasının yorumuna temel olarak alınabilecek bir diğer önemli karar; *Fox, Campbell ve Hartley* kararıdır. Tez içerisinde daha önce de belirtildiği üzere, bu karara konu olayda başvurucular, terör örgütüne üye olduklarından kuşulanıldıkları gerekçesi ile gözaltına alınmışlardır. Başvurucular, kendilerinin terör zanlısı olduklarını, ancak bu durumun tek başına gözaltına alınmayı gerektirmediğini belirtmişlerdir. Kendilerinin sorgulanmaları sırasında, sorulan sorulardan hangi suçlarla suçlandıklarını öğrenmelerinin, 5/2. fıkra da geçen “bilgilendirilme” hakkını sağlamadığını iddia etmektedirler. Davalı hükümet ise, “bilgilendirmenin” amacının gözaltına alınan kişinin, durumunun hukukiliğini değerlendirmesi ve gerekli görürse itiraz etmesini sağlamak olduğunu belirtmiş, bu şartların da olayda gerçekleştirilmiş olduğunu belirtmiştir. İHAM, kararında, önce genel bir ilke ortaya koymuş, daha sonra ise olayın özelliklerine girerek değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Sözleşme'nin 5/2. fıkrası, gözaltına alınan kişinin neden özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesini gerekli gören temel bir güvenceyi içerir. Bu hüküm, 5. maddede öngörülen koruma mekanizmasının ayrılmaz bir parçasıdır. Gözaltına alınan bir kimseye ikinci fıkra gereği, gözaltına alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri, teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa, 4. fıkraya göre bunun hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır. Bu bilgi derhal (promptly) (Fransızca: “dans le plus court delai”) verilmelidir ama, gözaltına alma anında görevli tarafından bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilip verilmediği her bir olayda, olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

Fox, Bayan Campbell ve Hartley nezarete alınırken görevli tarafından kendilerine sadece, terörist olduklarından kuşulanıldığı için 1978 tarihli Yasanın 11/1. maddesine göre gözaltına alındıkları söylenmiştir. Hükümetin de kabul ettiği gibi, gözaltının hukuki temeline dair yapılan bu basit bildirim, tek başına ele alındığında, Sözleşme'nin 5/2. fıkrasının amacı bakımından yetersizdir.

Ancak her üç başvurucu gözaltına alınmalarının ardından, ayrı suç eylemlerine karışmak ve yasaklanmış örgütlere üye olmak kuşkusuyla polis

tarafından sorgulanmışlardır. Bu sorgulamaların, başvuruçuların neden dolayı gözaltına alındıklarını anlamalarını mümkün kılacak nitelikte olmadığını düşünmek için bir neden yoktur. O halde, terörist olduklarından kuşkulanma nedenleri, sorgulama sırasında başvuruçulara söylenmiştir”¹⁶⁵.

Görüleceği üzere, İHAM’ın 5/2. fıkra hakkında getirdiği en genel ilke; “bilgilendirmenin” teknik olmayan ve ilgili tarafından anlaşılabilir basit bir dille yapılması gerekliliğidir¹⁶⁶. İHAM’ın bu karar ile getirdiği ikinci ilke; sorgulanma sırasında edinilen bilgilerin, 5/2. fıkra açısından yeterli olabileceğini kabul etmesidir. İHAM bu görüşünü, Türkiye aleyhine vermiş olduğu *Dikme* kararında olduğu gibi değişik kararlarında tekrarlamaktadır¹⁶⁷. *Dikme* kararına konu olan olayda, Başvurucu, kendisine isnat edilen suç hakkında bilgilendirilmediğini iddia etmektedir. İHAM ise, başvuruçunun sorgusunu yapan görevlilerin “Dev-Sol’la Mücadele Timi” üyeleri olduklarını söylemeleri, ayrıca başvuruçunun sorgusu sırasında, “sen devrimci sol üyesisin, eğer bize istediğimiz bilgileri vermezsen buradan ancak cesedin çıkar” gibi söylemlerini yeterli bulmuştur. Zira, sorgusu sırasında kendisine yöneltilen sorular, sorgulamayı yapan birim ve kendisine söylenen sözler, başvuruçunun hangi nedenle gözaltına alındığını açıkça ortaya koymakta ya da başvuruçunun anlamasını sağlamaya yetecek düzeydedir¹⁶⁸. İHAM, bu nedenle Sözleşme’nin 5/2. fıkrasının ihlal edilmediği kanaatine ulaşmıştır.

İHAM, sorgu dışındaki unsurların da “bilgilendirmeyi” sağlayabileceğini düşünmektedir. Örneğin *Lamy* kararında; başvuruçuya, tutuklanması sırasında verilen “tutuklama müzekkeresi” içerisinde hakkındaki isnatlar ayrıntılı olarak yer aldığından Sözleşme’nin 5/2. fıkrasında aranan şartların sağlandığına karar

¹⁶⁵ Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, para. 40, 41 (Çeviri; Doğru, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı, s. 245-246’ dan alınmıştır).

¹⁶⁶ Bu yönde; Ladent v. Polonya, Başvuru No: 11036/03, 18.03.2008, para. 63; Murray v. Birleşik Krallık, para. 72; Conka v. Belçika, para. 50; Danov v. Bulgaristan, Başvuru No: 56796/00, 26.10.2006, para. 67; Yordanov v. Bulgaristan, para. 49; Bordovskiy v. Rusya, Başvuru No: 49491/99, 08.02.2005, para. 55.

¹⁶⁷ Değişik kararlara örnek olarak; Eğmez v. Kıbrıs, Başvuru No: 30873/96, 21.12.2000, para. 85.

¹⁶⁸ *Dikme* v. Türkiye, Başvuru No: 20869/92, 11.07.2000, para. 55, 56.

verilmiştir¹⁶⁹. *Bülbül* kararında da, başvuru tarafından imzalanan “arama ve yakalama tutanağının”, başvuruçunun açıkça neye istinaden yakalandığını kapsamasından dolayı 5/2. fıkra gereklerinin yerine getirildiğine hükmedilmiştir¹⁷⁰. Görüleceği üzere, İHAM, 5. maddenin diğer fıkralarının aksine, “dar” bir yorum benimsememekte, bilgilendirmenin şekli konusunda kesin ve katı sınırlar çizmemektedir.

İHAS’ın 5/2. fıkrası içerisinde geçen “anladığı bir dille” konusunda ise İHAM, anlayabileceği dilin, sadece kişinin konuştuğu dilden ibaret olmadığını, kişiye ait özelliklerin de göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin *Murray* kararında; “*Tek başına yakalamanın yasal temellerinin yalın olarak belirtilmesi, 5/2. fıkranın amaçları doğrultusunda yeterli değildir*”¹⁷¹ denerek, sadece gözaltına alınan dayandığı yasa maddelerinin sayılması 5/2. fıkra açısından yeterli bulunmamış, ancak yukarıda anılan kararlarda olduğu gibi kendisinin sorgusu sırasında sorulan sorularla, neden gözaltına alındığı açıklığa kavuştuğundan, başvuru kapsamında ihlal olmadığına hükmedilmiştir¹⁷².

Tez içerisinde, İHAM’ın 5/1-f bendi ile ilgili kararlar incelenirken atıfta bulunulan *Conka* kararı içerisinde 5/2. fıkra değerlendirilmiştir. Başvuruçular kendilerinin yeterince bilgilendirilmediklerini iddia etmişlerdir. Ancak İHAM kararında, başvuruçuların vatandaşı oldukları Slovak dilini konuşan bir tercümanın olay sırasında hazır bulunduğunu, kendilerine yazılı bir bilgilendirme belgesi verildiğini belirtmiştir. Her ne kadar bu şartlar 5. madde içerisinde yer alan diğer hakların korunmasına yetmemiş ise de “bilgilendirme” yani 5/2. fıkra açısından yeterli bulunmuştur¹⁷³.

İHAM’ın ihlal olmadığına hükmettiği bir başka başvuru *Yordanov* başvurusudur. Başvuruçucu, kendisinin uyuşturucu sattığı gerekçesi ile tutuklandığını, ancak kime, nerede ve nasıl uyuşturucu sattığının kendisine belirtilmediğini belirtmiştir. İHAM, başvuruçunun, uyuşturucu sattığı iddiası ile

¹⁶⁹ Lamy v. Belçika, Başvuru No: 10444/83, 30.03.1989, para. 32.

¹⁷⁰ Bülbül v. Türkiye, Başvuru No: 47297/99, 22.05.2007, para. 30.

¹⁷¹ Murray v. Birleşik Krallık, para. 76.

¹⁷² a.g.k., para. 77.

¹⁷³ Conka v. Belçika, para. 52.

tutuklandığının kendisine bildirildiğini belirtmiş, bunun dışındaki bilgilerin verilmesinin 5/2. fıkrada belirtilen haklarla ilgili olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kaldı ki, başvurunun, tutuklandığı günün ertesi günü, tutuklanmasına itiraz ettiğini belirterek başvuru kapsamında 5/2. fıkranın ihlal edilmediğine hükmetmiştir¹⁷⁴.

İHAM, *Bordovskiy* kararında da önemli bir ayrıntı hakkında hüküm vermiştir. Bu karara konu olayda başvuru, yakalandığında kendisine şirketi hakkında soruşturma yapıldığının belirtildiğini, ancak kendisi hakkında kişisel olarak bir soruşturmada bahsedilmediğini, bunun da 5/2. fıkraya aykırı olduğunu belirtmiştir. Ancak İHAM, “*Mahkeme, hatırlatır ki, bir kişi suça karıştığı şüphesi ile tutuklandığında, 5/2. fıkra, gerekli bilgilerin verildiği belirli bir form içermediği gibi kişiye isnat edilen suçların eksiksiz bir listesini vermeyi de gerektirmez. Bir kişi suçlu olması nedeni ile ülkesine iade amacı ile tutuklanmışsa verilen bilgiler daha az bile olabilir*”¹⁷⁵ diyerek başvuru kapsamında 5/2. fıkranın ihlal edilmediğine, daha da önemli olarak, ülkesine iade amaçlı olarak tutulan bir suçluya tutulması hakkında daha sınırlı bilgi verilebileceğine hükmetmiştir.

Buna karşın, İHAM’ın Sözleşme’nin ihlal edildiği sonucuna ulaştığı başvurular da vardır. Bunlardan *İrlanda* başvurusu; tez içerisinde daha önce belirtildiği üzere; Birleşik Krallık hükümetinin çıkardığı bir kararname hakkındadır. İrlanda Hükümeti başvurusunda, bu kararname içerisinde, Sözleşme’nin 5/2. fıkrasında düzenlenmiş bulunan “bilgilendirme” hakkının tanınmamış olduğunu belirtmektedir. Kararnamenin uygulanmasında da benzer sorunlar ortaya çıkmış ve yakalanan ve gözaltına alınanlara, sadece bu durum belirtilmiş ancak herhangi başka bir açıklama yapılmamıştır. İHAM, bu mevzuat ve uygulamasının Sözleşme’nin 5. maddesinin diğer birçok fıkrası gibi 2. fıkrasına da aykırı olduğunu, ancak 15. madde içerisinde düzenlenmiş bulunan “olağanüstü hallerde askıya alma” durumunun Kuzey İrlanda’da ulusun yaşamını tehdit eden durumların bulunması nedeni ile geçerli olduğuna ve bu nedenle

¹⁷⁴ Yordanov v. Bulgaristan, para. 54.

¹⁷⁵ Bordovskiy v. Rusya, para. 56.

Sözleşme'nin ihlal edilmediğine hükmetmiştir¹⁷⁶. Ancak, kararın önemli yönü, olağanüstü durumlar dışında “bilgilendirme” hakkının askıya alınamayacağını karar altına almış olmasıdır.

İHAM'ın 5/2. maddesine uygun şartların oluşmadığını düşündüğü bir başka kararı, bu bölümün en başında anılan *Van der Leer* kararıdır. Bu başvuru kapsamında İHAM, daha önce de belirtildiği üzere, kendi isteği ile akıl hastanesine yatırılan başvurusunun durumunun 5/2. fıkra açısından değerlendirilebilir olduğuna hükmetmiş daha sonra ise başvurunun esasına girmiştir. Buna göre, Başvurucu Van der Leer, kendi isteği ile akıl hastanesine yatmış, ancak bir müddet sonra, şans eseri olarak kendisinin yatışının zorunlu olarak devam eder hale geldiğini öğrenmiştir. Kendisi çıkma talebinde bulunmasına karşın bu talebi, 10 gün önce verilen bir karar uyarınca reddedilmiştir. İHAM, ne başvurusunun durumunu şans eseri, kendi talebi sonucunda öğrenmesini ne de 10 gün boyunca kendisine bildirimde bulunulmamasını, 5/2. fıkraya uygun bulmuştur. Bu nedenle de Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁷⁷.

İHAM, *Ladent* başvurusunda da, Fransız vatandaşı olan başvurusunun, 10 gün boyunca tutulmasına karşın kendisine anlamadığını söylediği Polonya dili dışında bir açıklama ve bilgilendirme yapılmamasını, Sözleşme'nin 5/2. fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir¹⁷⁸.

İHAS'ın 5/2. maddesi uyarınca “bilgilendirmenin”, aynı oranda geçerli olan, Sözleşme'nin İngilizce metnine göre promptly (hemen, çarçabuk¹⁷⁹), Fransızca metnine göre ise “dans le plus court délai” (en kısa sürede; délai; süre, mühlet¹⁸⁰) yapılması gerekir. İHAM, kararlarında bu “en kısa süreden” ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur. Örneğin yukarıda atıfta bulunulan *Fox, Campbell ve Hartley* kararının 40. paragrafında; bilgilendirmenin derhal

¹⁷⁶ İrlanda v. Birleşik Krallık, para. 198, 201, 224.

¹⁷⁷ Van der Leer v. Hollanda, para. 30, 31.

¹⁷⁸ Ladent v. Polonya, para. 64.

¹⁷⁹ *Altın Sözlük*, Hazırlayanlar: Necmettin Arıkan, Gülderen Yenal, Gülsevin Taşpınar, Milliyet Yayınları, s. 622.

¹⁸⁰ Tahsin Saraç, *Fransızca-Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, 76. Baskı, 1976, Ankara, s.352.

yapılması gerektiğini belirtmiş, ancak bunun gözaltına alma anında görevli tarafından verilmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir (Aynı yorum daha yakın tarihli *H.B.*¹⁸¹ kararında tekrarlanmıştır). Bilgilendirmenin, her olayın kendi şartları altında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve başvuruculardan ilk ikisinin yaklaşık olarak 4.5 saat sonra, sonuncusunun ise yaklaşık 3.5 saat sonra sorguları sırasında bilgilendirilmelerini 5/2. fıkraya aykırı bulmamış, bu nedenle de ihlale hükmetmemiştir¹⁸². Benzer şekilde *Murray* kararında da, başvurucunun yaklaşık 1.5 saat sonra bilgilendirilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır¹⁸³. İHAM'ın, 5/2. fıkrayı değerlendirdiği bir başka karar *Keus* kararıdır. Bu karara konu olayda, başvurucu işlediği suçlar nedeni ile önce hapis cezasına çarptırılmış, daha sonra ise bir süre için gözetim altına alınmasına karar verilmiştir. Başvurucu bu süre zarfında psikiyatri kliniğine yatırılmış ancak kendisi buradan sıklıkla kaçmıştır. Başvurucu hakkında, kendisi hastaneden firar etmiş durumdayken klinikteki yatış süresinin uzatılmasına karar verilmiştir. Bu durum başvurucuya veya avukatına bildirilmemiştir. Başvurucu bu durumun 5/2. fıkraya aykırı olduğunu iddia etmektedir. İHAM bu konuda; “*uzatma kararı hakkındaki bilgiyi, 12 gün sonra, 7 Ocak 1986’da hastane ile bağlantı kurar kurmaz telefonda öğrenmiştir ve kendisinin döndüğü 22 Şubat’ta da bu bilgi doğrulanmıştır*”¹⁸⁴ diyerek “bilgilendirmenin” en kısa sürede yapıldığına kanaat getirerek başvuru kapsamında 5/2. fıkranın ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Bilgilendirmenin yapılacağı süre, Büyük Daire'nin vermiş olduğu *Saadi* kararında da değerlendirilmiştir. Bu karar içerisinde öncelikle “genel düzenlemelerin”, bilgilendirme şartını yerine getirmediği üzerinde durulmuş ve olaydaki “parlamento bildirisinin” de bu kapsama girdiği belirtilmiştir. Daha sonra da; “*başvurucunun temsilcisi aracılığı ile ilk kez tutukluluğunun gerçek nedenleri hakkında bilgilendirilmesi, 5 Ocak 2001 tarihinde, başvurucunun tutukluluğu 76 saattir sürmekteyken yapılmıştır*”¹⁸⁵ demiş ve başvuruya konu

¹⁸¹ H.B. v. İsviçre, Başvuru No: 26899/95, 05.04.2001, para. 47.

¹⁸² Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, para. 40, 42, 43.

¹⁸³ Murray v. Birleşik Krallık, para. 78.

¹⁸⁴ Keus v. Hollanda, Başvuru No: 12228/86, 25.10.1990, para. 22.

¹⁸⁵ Saadi v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 13229/03, 29.01.2008, para. 84.

olayda, başvurunun 76 saat tutulduktan sonra bilgilendirilmesi 5/2. fıkraaya aykırı bulunmuştur.

J- İHAM Kararlarında Tutulanı Koruyucu Haklar

İHAS'ın 5/3. fıkrası, ihlal edildiği iddiası ile İHAM önüne en çok başvurunun yapıldığı Sözleşme hükümlerinden bir diğeridir. Hem fıkranın kendisinin içerisinde çok sayıda ayrıntı barındırması hem de İHAM'ın fıkra hakkında vermiş olduğu oldukça çok sayıdaki karar incelemeyi zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, bu fıkra hakkındaki kararlar bölümlere ayrılarak incelenecektir.

1- Koruyucu Hakların Uygulama Alanı

İHAS'ın 5/3. fıkrasında açıkça “bu maddenin 1-c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca” denmektedir. Bu nedenle 5/3. fıkranın uygulanma alanının 5/1-c bendi ile sınırlı olduğu açıktır. İHAM bu konuyu *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararında tartışmış ve aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“Başvurucular olayda Sözleşme'nin 5/3. fıkrasındaki derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Komisyon ise bu iddiayı reddetmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının atıfta bulunduğu 5/1-c bendi sadece, “suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine” veya “suç işlemesini ve suç işledikten sonra kaçmasını engellemek üzere tutmayı gerektiren makul sebeplerin bulunması halinde” kişinin yargıç önüne çıkarılması amacıyla tutulmasıyla ilgilidir. Basit serserilik durumu Belçika yasalarına göre suç değildir. Başvurucular, “5/1-a” veya “c” bendine göre değil, “e” bendine göre tutulmuşlardır. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.”¹⁸⁶.

İHAS ve İHAM'ın açık hükümleri sonucunda, 5/3. fıkranın uygulanma alanı 5/1-c bendi ile ilgili “tutma” durumları ile sınırlı olacaktır.

¹⁸⁶ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, para. 71 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

İHAM önüne, 5/3. fıkranın uygulama alanı yönünden bir itiraz gelmiştir. *Stögmüller* başvurusunda, Avusturya Hükümeti, tutuklamanın nedeni olan maddi olayların ve bu olaylara dayanılarak verilmiş olan tutuklama kararlarının gerekçelerinin İHAM tarafından incelenemeyeceğini, zira bu durumda ulusal mahkeme kararlarının denetlenmesi sonucunun ortaya çıkacağını, bunun da Sözleşme'ye uygun olmayacağını iddia etmiştir. İHAM ise, hükümetin itirazında belirtilen unsurların denetlenememesi durumunda 5/3. fıkranın anlamını yitireceğini belirtmiş ve kendisini inceleme yapmaya yetkili bulmuştur¹⁸⁷.

2- Soruşturma Aşamasında Yargıç Önüne Çıkarmadan Serbest Bırakma

Soruşturma aşamasında yargıç önüne çıkarmadan serbest bırakmanın, eğer şartları gerçekleşmişse, Sözleşme'ye aykırı olmayacağı daha önce 5/1-c bendi ile ilgili kararlar incelenirken belirtilmiştir. Bu yönde daha önce de değinilen *Brogan ve diğerleri* kararı, *De Jong, Baljet ve Van den Brink* ile 3 gün tutulduktan sonra yargıç önüne çıkarılmadan serbest bırakılan Başvurucu İkincisoy'un Türkiye lehine sonuçlanan ve ihlal olmadığına hükmedilen kararları örnek olarak gösterilebilir¹⁸⁸. Ancak burada tekrarlanmalıdır ki, bu hükmün geniş yorumlanması 5/3. fıkra açısından sorun doğurabilmektedir. Tutmayı gerektirir durumların ortadan kalkmasına karşın tutmaya devam etmek, İHAM tarafından Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Örnek olarak, *O'Hara* kararında 6 gün 13 saat boyunca gözaltında tutulduktan sonra yargıç önüne çıkarılmadan serbest bırakılan başvuru hakkında, İHAM, Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁸⁹.

¹⁸⁷ *Stögmüller v. Avusturya*, Başvuru No: 1602/62, 10.11.1969, para. 3.

¹⁸⁸ *Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 58; *De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda*, para. 52; *İkincisoy v. Türkiye*, Başvuru No: 26144/95, 15.12.2004, para. 103 kararında ise, İHAM, ilk başvuruçunun 3 gün tutulduktan sonra yargıç önüne çıkarılmadan serbest bırakılmasını Sözleşme'ye uygun bulmuş, ancak diğer başvuruçunun 11 gün gözaltında tutulması nedeni ile ihlale hükmetmiştir.

¹⁸⁹ *O'Hara v. Birleşik Krallık*, para. 46.

3- Yargıç Önüne “Hemen” Çıkarma

Sözleşme hükümlerinin incelendiği bölümde belirtildiği üzere, İHAS'ın 5/3. fıkrası içerisinde “hemen” denmiş, ancak bu ibare gün, saat ve benzeri zaman ölçütleri ile tanımlanmamıştır. Bu sürenin Sözleşme'ye uygunluğu her olayın kendi özellikleri açısından İHAM tarafından tespit edilecektir. Bu konu hakkında yukarıda atıfta bulunulan Brogan ve diğerleri kararında, önemli ve ayrıntılı bir yorum getirilmiştir:

“Bu "derhalliğin" değerlendirilmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı ve gayesi ışığında yapılmalıdır. Mahkeme, 5. maddenin Sözleşme sistemi içindeki önemini görmektedir; bu madde, bireyin özgürlük hakkının devletin keyfi müdahalelerine karşı korumak gibi, temel bir insan hakkını içermektedir. Bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5/3. fıkrasındaki güvencelerin temel bir unsurudur. Yargısal denetim, "demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan ... ve Sözleşme'nin başlangıcında açıkça belirtilen" ve "Sözleşme'nin bütününe esin kaynağı olan" hukukun üstünlüğü kavramının bir gereğidir.

İngilizce'de "promptly", Fransızca'da "aussitot" kelimeleriyle ifade edilen devletin bu yükümlülüğü, daha hafif bir şart olan Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının ikinci kısmındaki "makul süre" (reasonable time / delai raisonnable) ve hatta 5/4. fıkradaki "sürekli" (speedily / a bref delai) yükümlülüklerinden rahatlıkla ayrılabilir. "Promptly" kelimesi ayrıca, Sözleşme'nin İngilizce metninin 5/2. fıkrasında geçmekte, Fransızca metin ise "dans le plus court delai" kelimeleri kullanılmaktadır. Mahkeme'nin İrlanda v. Birleşik Krallık kararında belirtildiği gibi "promptly", sözcük olarak immediately (hemen) anlamına gelen "aussitot"dan daha geniş bir anlama sahiptir. Böylece, hukuk yaratan bir antlaşmanın eşit ölçüde geçerli fakat tamamen aynı olmayan metinleriyle karşılaşan Mahkeme, söz konusu antlaşmanın amacını gerçekleştirmek ve gayesine varmasını sağlamak için, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştırıcı bir şekilde yorumlamak zorundadır.

*Fransızca metinde, yakınlığı çağrıştıran "aussitot" kelimesinin kullanılması, "promptness" kelimesine yüklenen esneklik derecesinin, Sözleşme'nin 5/3. fıkrasına göre yapılacak değerlendirme bakımından olayın şartları ihmal edilmeyecek olsa bile, sınırlı olduğunu göstermektedir. Derhallik, her bir olayda, o olayın özelliklerine göre değerlendirilmekle birlikte, bu özelliklere atfedilen önem hiçbir zaman, Sözleşme'nin 5/3. fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme noktasına, yani Devletin derhal salıvermeyi sağlama veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirilmemelidir."*¹⁹⁰.

Karardan da anlaşılacağı üzere, Sözleşme içerisinde geçen "hemen" kavramına İHAM tarafından oldukça önem verilmektedir. Hemen, ilkesinin yerine getirilmemesinin, 5/3. fıkrayı kullanılamaz duruma getirebileceği kabul edilmiştir.

İHAM'ın "hemen" hükmü kapsamındaki süreleri tartıştığı kararları da bulunmaktadır. Bunlardan *De Jong, Baljet ve Van den Brink* başvurusuna konu olayda başvurucular sırasıyla 7, 11 ve 6 gün sonra yargıç önüne çıkarılmışlardır. İHAM, en kısa süre olan üçüncü başvurucu Van den Brink'in 6 gün tutulduktan sonra mahkeme önüne çıkarılmasını dahi 5/3. fıkrada belirlenen "hemen" ilkesinin sınırları içerisinde bulmamış ve üç başvurucu açısından da Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁹¹. İHAM'ın kararları incelenecek olursa, 6 günlük sürelerin çok daha altındaki sürelerin dahi ihlal olarak değerlendirildiği göze çarpacaktır¹⁹². Örneğin yukarıda değinilen *Brogan ve diğerleri* kararında, terörü

¹⁹⁰ *Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 58, 59 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır). Aynı yönde *Koster v. Hollanda*, Başvuru No: 12843/87, 28.11.1991, para. 24.

¹⁹¹ *De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda*, para. 52-54.

¹⁹² Gözaltı süresinin uzunluğu hakkında; 4 ay 8 günlük sürenin uzunluğu hakkında *Pantea v. Romanya*, Başvuru No: 33343/96, 03.09.2003, para. 242,243; 15 günün uzun bulunduğu *McGoff v. İsveç*, Başvuru No: 9017/80, 26.10.1984, para. 27; 14 günün uzun bulunduğu *Aksoy v. Türkiye*, para. 66; 6 günün uzun bulunduğu *Koster v. Hollanda*, para. 25; 16 günün uzun bulunduğu *Dikme v. Türkiye*, para. 60-67; 9 günün uzun bulunduğu *Abdulsamet Yaman v. Türkiye*, Başvuru No: 32446/96, 02.11.2004, para. 75, 76; 15 günün uzun bulunduğu *Ayşe Tepe v. Türkiye*, Başvuru No: 29422/95, 22.10.2003, para. 53, 54; 11 günün uzun bulunduğu *Sadak v. Türkiye*, 25142/94-27099/95, 08.04.2004, para. 63,64; 11 günün uzun bulunduğu *Yurttaş v. Türkiye*, Başvuru No: 25143/94-27098/95, 27.05.2004, para. 51; son olarak H.Y. ve HU. Y. v. Türkiye, Başvuru No: 40262/98, 06.10.2005, para. 142-144 başvurusuna konu olan olayda, başvurucu 55 saat gözaltında tutulduktan sonra başını yere vurarak komaya girmiş, takiben de hayatını kaybetmiştir. Başvurucunun anne ve babası, Sözleşme'nin diğer bazı maddeleri yanında 5/3. fıkrasının da ihlal

önleme amaçlı bir tutma söz konusu olduğundan, sözleşmeci devletlere daha uzun bir süre tutma imkanı sağlanmış olmasına karşın, 4 gün 6 saatlik tutmanın aşağıdaki gerekçe ile Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermiştir:

““Hemen” kavramının yorum ve uygulamasında esneklik çok sınırlıdır. Mahkeme'nin görüşüne göre, 4 tutma dönemi içerisinde en kısa olanı, Bay McFadden'in 4 gün 6 saat boyunca polis gözetiminde tutulması dahi, Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının ilk bölümünde izin verilen sert sınırlamanın dışında kalmaktadır. Bu davanın özel koşulları göz önüne alındığında, bir yargıç veya yargı görevlisinin önüne çıkarmadan gerçekleştirilen bu kadar uzun bir tutma süresine önem vermek “hemen” kelimesinin kabul edilemeyecek derecede geniş yorumuna neden olur. Bu şekilde geniş bir yorum, Sözleşme'nin 5/3. fıkrasına yargılama yöntemi ile ilgili kişisel özgürlükleri ciddi bir şekilde güçsüzleştirir ve bu hüküm ile korunmakta olan hakkın niteliğini zedeleyecek sonuçlara yol açacaktır. Böylece Mahkeme, ne başvuru sahiplerinin yargı makamının huzuruna “hemen” çıkarıldığını ne de yargı makamı tarafından “hemen” serbest bırakıldıklarını kabul edemez”¹⁹³.

Daha önce de belirtildiği üzere terör söz konusu olduğunda İHAM daha uzun bir gözaltı süresini makul kabul edebilmekte, buna karşın yukarıdaki kararda olduğu gibi, terör nedeni ile gözaltına alınmalarda, sözleşmeci devletlerin tamamen serbest olmadıklarını, yerel mahkemelerin denetimlerinin ve Sözleşme gereklerinin sağlanmadan, kişileri gözaltına alıp diledikleri süre boyunca gözaltında tutamayacaklarını ortaya koymaktadır¹⁹⁴. Kaldı ki, terör ile ilgili olmayan diğer soruşturmalarda, “hemen” kavramının işaret ettiği süre çok daha kısa olarak anlaşılmalıdır.

Buna karşın İHAM, bazı olağanüstü durumlarda sözleşmeci devletlerin Sözleşme'nin 15. maddesinde düzenlenmiş bulunan “olağanüstü hallerde askıya alma” maddesi uyarınca belirli kısıtlamalara gitmesini 5. madde açısından

edildiğini iddia ederek İHAM'a başvurmuşlardır. İHAM, başvuru sahibinin durumunun çok istisnai olduğunu belirlemiş, bu olayda ilk 55 saatlik zaman parçasının değerlendirmeye alınması gerektiğine karar vermiş ve bu sürenin 5/3. fıkraya uygun olduğuna karar vermiştir.

¹⁹³ Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 62.

¹⁹⁴ Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, para. 44; Murray v. Birleşik Krallık, para. 58; Dikme v. Türkiye, para. 64; Altay v. Türkiye, Başvuru No: 22279/93, 22.08.2001, para. 64.

Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Bu kararlar içerisinde en bilinenlerinden biri *Brannigan ve McBride* kararıdır. İHAM bu kararında; Kuzey İrlanda'daki terör eylemlerinin olağanüstü bir durum olarak kabul edilebileceğini, ancak buna karşın sözleşmecî devlet Birleşik Krallık'ın kişi özgürlüklerini tamamen askıya alamayacağını belirtmiştir. Bu ilkeler ışığında yaptığı yargılamada, Birleşik Krallık hükümetinin, “kişi güvenliği” açısından yeterli güvenceleri sağladığını, bu nedenle de olaydaki birinci başvurunun 6 gün 14 saat 30 dakikalık ve ikinci başvurunun 4 gün 6 saat ve 25 dakikalık gözaltı sürelerini Sözleşme'ye uygun bulmuştur¹⁹⁵. İHAM'ın, bu kararının aksine, hiçbir yargısal denetime sahip olmaksızın gözaltında tutulmanın kabul edilemez bir durum olduğuna dair kararları da mevcuttur. Bunlardan Türkiye aleyhine verdiği *Aksoy* kararında, İHAM, terör eylemlerinin önemini kabul etmiş ancak, başvurunun tutukluluğu hakkında hiçbir yargısal denetimin işletilmemesi nedeni ile ihlale hükmetmiştir. İHAM, yargısal denetimden uzak olarak 14 gün boyunca tutmanın, kişi özgürlüklerinin ağır bir ihlali olduğu kadar, kişileri işkenceye karşı da korunmasız bıraktığı fikrindedir¹⁹⁶.

İHAM'ın *Demir ve diğerleri* kararına konu olayda ise, başvurulardan biri en az 16 gün, diğer ikisi ise en az 23 gün gözaltında tutulmuşlardır. Türkiye Cumhuriyeti hükümeti, teröre ilişkin bir suç olması, soruşturmanın kapsamlı olması ve güvenliğinin sağlanmasının zor olması ve son olarak da yapılan yargılama sonucunda başvuru sahiplerinin mahkum olduğunu, bu nedenle gözaltı sürecinin de yerinde olduğu savunmasında bulunmuştur. Ancak İHAM, bu görüşte değildir. Yargılama sonucunda başvuru sahiplerinin mahkum olmasının, 5/3. fıkraya aykırı olarak gerçekleştirilen uzun gözaltı süresini geriye dönük olarak ortadan kaldırmadığını, bu nedenle de olayda “hemen” ilkesine aykırı hareket edildiğini saptamıştır¹⁹⁷.

İHAM'ın, “hemen” ilkesi hakkında verdiği en ilginç kararlardan bir tanesi de *Lawless* kararıdır. Karara konu olayda, başvuru sahibi *Lawless* yaklaşık olarak 5 ay boyunca gözaltında tutulmuştur. İHAM yaptığı yargılamada, İrlanda hükümetinin

¹⁹⁵ *Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık*, para. 43-74.

¹⁹⁶ *Aksoy v. Türkiye*, para. 78.

¹⁹⁷ *Demir ve diğerleri v. Türkiye*, Başvuru No: 71/1997/855/1062-1064, 23.09.1998, para. 53.

İHAS'ın 15. maddesine dayanarak yapmış olduğu “olağanüstü hallerde askıya alma” bildirimini, İrlanda'daki terör eylemlerinin çokluğu nedeni ile Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Buna uygun olarak, başvurucunun üzerindeki kuşkunun devam ettiği yönündeki Komisyon raporu ve başvurucunun tutulmaya başlamasını hemen takiben kendisinden istenen İrlanda yasalarına saygılı olacağı ve hiçbir yasadışı örgüte yardım etmeyeceği yönünde bir belgeyi imzalamaması sonucu olarak tutulmasının 5/3. fıkra açısından ihlal doğurmayacağına hükmetmiştir. Nitekim, Başvurucu Lawless, anılan belgeyi imzaladıktan hemen sonra serbest bırakılmıştır. Bu nedenle kendisinin 5 ay boyunca tutulu durumda bulundurulması, sürenin uzunluğuna karşın, Sözleşme'ye uygun bulunmuştur¹⁹⁸.

Bu konu hakkında son olarak belirtilmelidir ki, İHAM'ın kararları diğer sözleşmeciler devletleri, Türkiye'den daha çok ilgilendirmektedir. Zira, iç hukukumuz anayasal bir güvence olarak yargıç önüne çıkarılma sürelerini tespit etmektedir. Bu durumda, daha kısa süreler getiren Anayasamız'ın 19. maddesi ile CMK'nın 91. maddesi ilk dikkat edilmesi gereken hükümler haline gelecektir.

4- “Yargıç veya Adli Görev Yapmaya Yasayla Yetkili Kılınmış Diğer Bir Görevli” Kavramı

5/3. fıkra, gözaltına alınanların çıkarılacağı makamın bir mahkeme, kararı verecek olanın ise bir yargıç olmasını aramamaktadır. Fıkra içerisinde “yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” denmiş ancak bu ifade tanımlanmamıştır. İHAM verdiği kararlar ile “yargıç” ve “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” kavramlarını açıklama yoluna gitmiştir. Bu konunun tartışıldığı en eski kararlardan bir tanesi *Schiesser* kararıdır. Başvuru konu olayda, başvurucunun tutukluluğuna karar veren bölge savcısıdır. Başvurucu, bölge savcısının 5/3. fıkrada geçen “yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” olmadığını iddia etmiştir. İHAM, 5/3. fıkradaki ilgili hükmü aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

¹⁹⁸ Lawless v. İrlanda, para.68.

“Bu hükmün üç unsuru vardır: “hukuken yetkili olma”, “yargılama yetkisine sahip olma” ve “görevli olma”. İkinci ve üçüncü unsurlar birlikte ele alınmalıdır.

Sözleşme’nin 5/3. fıkrası, gözaltına alınan bir kimseyi “yargıç” veya “diğer bir görevlinin” önüne çıkarma yükümlülüğü getirmekle, Sözleşmecî Devletlere bu iki kategori arasında seçme imkanı tanımıştır. Böyle bir seçme olanağı bulunması, bu kategorilerin özdeş olmadığını göstermektedir. Ne var ki Sözleşme, bu iki terime aynı hükümde yer vermiş ve bu yetkililerin benzer fonksiyonları yerine getirdiklerini varsaymıştır; bu hüküm “yargıç” ile “görevli” arasında bir benzerlik kurmuştur; böyle olmasaydı “diğer” sözcüğünü açıklamak mümkün olmazdı.

Fransızca’daki “magistrat”, İngilizce’deki “officer” sözcüğünün, “yargıç” teriminden daha fazla bir anlamı vardır. Yine “yargısal yetki”, hukuki uyuşmazlıkları çözmekle sınırlı değildir. Bir çok Sözleşmecî Devlette “görevli” (magistrats) ve hatta yargıçlar, örneğin savcılar ve soruşturma yargıçları gibi, uyuşmazlık çömeden bu tür yetkiler kullanmaktadırlar. Bu nedenle 5/3. fıkrasının lâfzı analizi, yargıçları olduğu gibi savcılık makamı görevlilerini de içermektedir.

Öte yandan Sözleşme’nin 5/1-c bendindeki “kanunen yetkili makam” terimi, aynı maddenin 3. fıkrasındaki “yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli” terimiyle anlamdaş olup, bunun kısaltılmış biçimidir. Sözleşme’nin 5/4. fıkrasında ise “mahkeme” terimi kullanılmaktadır. Bir organın “mahkeme” sayılabilmesi için yürütmeye ve taraflara karşı bağımsız olması gerekir; ancak bu özellik üçüncü fıkradaki “görevli” için de geçerlidir; üçüncü fıkradaki “yargılama yetkisi” ise, dördüncü fıkradaki görevlerden farklı olarak, hukuki uyuşmazlıkları çözüme biçimini almayabilir. Buna karşın, “yargılama yetkisine” sahip bir görevlinin bağımsız olmaması halinde, bu görevlinin “yargısal yetki” kullandığını söylemek mümkün değildir.

Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5. maddesi, kişilerin keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakılmamasını güvence altına alacak şekilde tasarlandığı için, 3. fıkradaki “görevli”, “yargıç” ile aynı şey değildir, fakat yine de yargıcın bazı özelliklerine sahip olmalı, yani gözaltına alınmış kişi için her biri bir

*güvence oluşturacak belirli şartları yerine getirmelidir. Bu şartlardan birincisi, yürütme organına ve taraflara karşı bağımsızlığıdır. Bu demek değildir ki, bu görevli bir ölçüde, kendileri de aynı şekilde bağımsızlığa sahip olan başka yargıçlara veya görevlilere tabi olamaz. Buna ek olarak, Sözleşme'nin 5/3. fıkrası, hem usul ve hem de esasa ilişkin şartları içermektedir. Usul şartı "görevliyi", önüne çıkarılan kimseyi bizzat dinleme yükümlülüğü altına sokar; esasa ilişkin şart ise görevliye, kişinin tutulmasıyla ilgili lehine ve aleyhine olan bütün olayları inceleyip, hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar verme yükümlülüğü yükler."*¹⁹⁹.

Görüleceği üzere İHAM, kararında ayrıntılı olarak "yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli" kavramını incelemiştir. Daha sonra olayın esasına giren İHAM; başvurunun tutukluluğu hakkında karar veren bölge savcısının, duruşma sırasında iddia makamını temsil etmemesi ve bağımsızlık güvencelerine sahip olması nedeni ile 5/3. fıkranın ihlal edilmediğine hükmetmiştir²⁰⁰. İHAM, daha yeni tarihli *Duinhof ve Duijf* kararında ise; askeri savcının, dava sırasında iddia makamını temsil etmesi nedeni ile, kendisinin "taraflardan bağımsız" bir durumda olamayacağını zira kendisinin davanın tarafı haline geldiğini belirterek 5/3. fıkranın ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁰¹. İHAM'ın daha da yeni tarihli bir kararı olan *De Jong, Baljet ve Van den Brink* kararında ise, taraf olma ihtimali bile ihlal olarak değerlendirilmiştir. Sözleşme'nin uygulaması İHAM tarafından önce esnek tutulmuşken, aşağıdaki alıntıdan da görülebileceği gibi, sonradan katılaştırılmış olmaktadır:

"Buna ilave olarak, askeri savcı Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının aradığı bağımsızlığa da sahip değildir. Askeri savcı, askeri makamlardan bağımsız olmakla birlikte, olayın Askeri Mahkemeye sevk edilmesinden sonra kendisinden iddia makamı görevi yerine getirmesi istenebilir. Bu yolla askeri savcı, yargılamaya sevk edilmeden önce tutuklanması konusunda tavsiyede bulunduğu

¹⁹⁹ Schiesser v. İsviçre, Başvuru No: 7710/76, 04.12.1979, para. 25-31 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

²⁰⁰ a.g.k., para. 38.

²⁰¹ Duinhof ve Duijf v. Hollanda, Başvuru No: 9626/81,9736/82, 22.05.1984, para. 38.

bir asker aleyhine sonradan açılacak bir ceza davasına taraf olmaktadır. Özetle askeri savcı, bu hazırlık aşamasında kesin bir biçimde "tarafından bağımsız" olamaz; çünkü muhakemenin bir sonraki aşamasında, taraflardan biri haline gelme yükümlülüğü vardır”²⁰².

İHAM, yukarıdaki yorumunu sonraki tarihli kararlarında da devam ettirmiştir²⁰³.

İHAM, *Assenov ve diğerleri* kararında ise “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” kavramının “bağımsızlığı” üzerinde durmuştur:

“Mahkeme, Bulgar Kanunlarına göre, soruşturma görevlilerinin, şüphelilerin tutuklanmasına ya da serbest bırakılmasına dair bağlayıcı bir karar verme yetkisine sahip olmadığını belirtir. Buna karşılık, soruşturma görevlisi tarafından alınan her karar, savcı tarafından tersine çevrilebilir, ayrıca savcı, soruşturmacıdan memnun kalmazsa kendisini dosyadan geri alabilir. Sonuç olarak, soruşturma görevlisi, 5/3. fıkarda geçen “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” olarak tanımlanabilmek için yeterince bağımsız değildir.”²⁰⁴.

5/3. fıkra içerisinde geçen “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevlinin” tarafsız ve bağımsız olmasının yanında bazı yetkilerle donatılmış olması gerektiği yukarıda atıfta bulunulan *Schiesser*²⁰⁵ ve *De Jong, Baljet ve Van den Brink*²⁰⁶ kararlarında belirtilmiştir. Bu yorum, İHAM tarafından *Aquiliana* kararında da tekrarlanmış ve açılmıştır:

“Mahkeme’nin bir çok olayda işaret ettiği gibi, Sözleşme’nin 5/3. fıkrası, bir suç işlediği kuşkusunu ile yakalanmış ya da tutulan bir kişiye, herhangi bir keyfi

²⁰² De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, para. 49 (Çeviren: Osman Doğru; karar çevirisi www.ihami.anadolu.edu.tr adresli internet sitesinden alınmıştır).

²⁰³ Pauwels v. Belçika, Başvuru No: 10208/82, 26.05.1988, para. 38; Van der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe v. Hollanda, Başvuru No: 9362/81, 9363/81, 9387/81, 22.05.1984, para. 44; Huber v. İsviçre, Başvuru No: 12794/87, 23.10.1990, para. 42, 43; Brincat v. İtalya, Başvuru No: 13867/88, 26.11.1992, para. 21; Nikolova v. Bulgaristan, Başvuru No: 31195/96, 25.03.1999, para. 51; Hood v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 27267/95, 18.02.1999, para. 57-60; Stephen Jordan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 30280/96, 14.06.2000, para. 27, 28; Niedbala v. Polonya, Başvuru No: 27915/95, 04.07.2000, para. 49; Dacewicz v. Polonya, Başvuru No: 34611/97, 02.10.2002, para. 21,22; Kehayov v. Bulgaristan, Başvuru No: 41035/98, 18.04.2005, para. 78,79.

²⁰⁴ Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No: 90/1997/874/1086, 28.10.1998, para. 148.

²⁰⁵ Schiesser v. İsviçre, para. 25-31.

²⁰⁶ De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, para. 47.

veya haksız özgürlükten mahrum etmeye karşı güvence teşkil etmektedir. Sözleşme'nin 5/1-c bendi ile bir bütün olarak düşünüldüğünde 5/3. fıkranın asıl amacı; makullük sona erdiğinde serbest bırakılmayı sağlamaktır. Yakalanan kişinin yargısal makama ulaşma hakkına sahip olması, 5/3. fıkranın giriş kısmı açısından yeterli değildir. Bu hüküm; yakalanan kişinin önüne getirildiği yargısal görevlinin, tutmanın lehine ve aleyhine olan koşulları inceleme, yasal ölçülere dayanılarak tutmayı destekleyen nedenlerin var olup olmadığını inceleme, yoksa tutulananın serbest bırakılmasına karar vermeye yetkili olmasını istemektedir. Başka bir deyişle, 5/3. fıkra, yargısal görevlinin tutmayı esastan incelemesini gerektirir.”²⁰⁷.

İHAM, alıntıdan da anlaşılacağı üzere “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” kavramının oluşması için; tarafsız, bağımsız ve tutmayı esastan incelemeye yetkili bir görevli aramaktadır²⁰⁸.

Böylece İHAM, *Schiesser* kararında tanımladığı “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” kavramını kararları ile somutlaştırmakta, kimi zaman da uygulamasını daraltmaktadır.

5-Talep Olmaksızın Yargıç Önüne Çıkarma Zorunluluğu

Tezin önceki bölümlerinde belirtildiği üzere, Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının içerisinde geçen “çıkarılır” hükmü nedeni ile, yakalanan veya tutulananın yargıç veya adli görevli önüne çıkarılması kendiliğinden olmalıdır. İHAM, İHAS'ın bu hükmünün nedenini *Aquilina* kararında aşağıdaki şekilde açıklamaktadır:

“Tutmanın yargısal kontrolünün hemen olmasıyla birlikte kendiliğinden de olması gerekir. Yargı denetimi, tutulan kişinin başvurması şartına bağlanamaz. Bu tür bir şart, tutmanın incelenmesine imkan verecek şekilde mahkemeye başvurma hakkına ilişkin Sözleşme'nin 5/4. fıkrası ile getirilen güvenceden farklı olan, 5/3. fıkra ile getirilen güvencenin özelliğini değiştirir. Bu şart, özgürlükten

²⁰⁷ *Aquilina v. Malta*, Başvuru No: 25642/94, 29.04.1999, para. 47.

²⁰⁸ Aynı yönde; *H.B. v. İsviçre*, para. 55; *T.W. v. Malta*, Başvuru No: 25644/94, 29.04.1999, para. 41; *Sabeur Ben Ali v. Malta*, Başvuru No: 35892/97, 29.09.2000, para. 29, 30; *Niedbala v. Polonya*, para. 49.

mahrum bırakmanın bağımsız yargı denetimine tabi tutulması yolu ile bireyin keyfi muameleye karşı korunmasını amaçlayan 5/3. fıkranın amacını yok da edebilir. Tutmanın hemen yargı denetimine tabi tutulması, tutulan kişiyi kötü muameleye karşı da koruyan önemli bir güvencedir. Bununla birlikte, böyle bir muameleye maruz kalan kişiler, kendilerinin tutulmalarının gözden geçirilmesi hakkında bir yargıca başvuramıyor olabilirler. Aynı şey, tutulan diğer savunmasız kişiler açısından da; örneğin, zihinsel zayıflığı olan veya yargısal görevlinin dilini konuşamayanlar hakkında da gerçekleşebilir.”²⁰⁹.

6- “Makul Bir Süre İçerisinde Yargılanma” Hakkı

İHAS’ın 5/3. fıkrasının ikinci bölümü, yakalanan veya tutulanan “makul bir süre içerisinde yargılanmaya” hakkı olduğunu düzenlemektedir. Ancak burada da Sözleşme içerisinde, “makul” kavramının açıklımı; saat, gün, ay gibi bir süre uzunluk birimi ile yapılmamıştır. Makul sürenin nerede başlayıp nerede biteceğinde ve bu sürenin makul olup olmadığının tespitinde yol gösterici bir kez daha İHAM kararları olacaktır. Bu konuda ilk dikkat edilmesi gereken, “makul bir sürenin” ne zaman başlatılıp ne zaman bitirileceğidir.

İHAM, makul sürenin; *Punzelt* başvurusunda, başvuruçunun gözaltına alınması ile başlayacağını, ilk derece mahkemesinin kararı ile de son bulacağına hükmetmiştir. Ancak dosyanın temyiz aşamasında bozulması ile sürenin tekrar işlemeye başlayacağı da hüküm altına alınmıştır²¹⁰. *Letellier* başvurusunda da, süre, başvuruçunun gözaltına alınması ile başlatılmış, yargılamayı yürüten mahkemenin kararı ile de son bulmuştur²¹¹. *Clooth* başvurusunda ise süre, başvuruçunun tutuklanma tarihinde başlatılmış ve yargılamanın takipsizlikle sonuçlanması üzerine serbest bırakıldığı tarihte sona ermiştir²¹². Yukarıdaki ve

²⁰⁹ Aquilina v. Malta, para. 47. Aynı yönde Niedbala v. Polonya, para. 50; De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, para. 51 kararları da vardır.

²¹⁰ Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 31315/96, 25.04.2000, para. 70.

²¹¹ Letellier v. Fransa, Başvuru No: 12369/86, 26.06.1991, para. 34.

²¹² Clooth v. Belçika, Başvuru No: 12718/87, 12.12.1991, para. 35.

İHAM'ın diğer bir çok kararından çıkarılacak sonuç²¹³; İHAM'ın, makul sürenin hesabında, sürenin kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı anda başlatılacağı, ilk derece mahkemesinin kararına kadar da devam ettirileceğidir. Bu da demektir ki, temyiz incelemesi sırasında geçen süre, 5/3. fıkra içerisinde geçen “makul süreye” dahil edilmeyecektir. Zira İHAM, bu sürenin, Sözleşme'nin 5/1-a bendi ile düzenlenmiş olan duruma karşılık geldiğine hükmetmektedir. Ancak bu durum kişi özgürlüğünün güvence altına alınmasına bir aykırılık oluşturmaz. Zira, temyiz süresi de 6. madde ile getirilen “makul süre” içerisinde değerlendirilecek ve koruma altına alınacaktır²¹⁴. Ancak yukarıdaki kararlardan da görüleceği üzere, ilk derece mahkemesi kararının üst mahkeme tarafından bozulması durumunda; ya ilk derece mahkemesinin yeni kararına kadar ya da kişinin serbest bırakılmasına kadar süre tekrar işlemeye başlayacaktır²¹⁵.

Mansur kararında ise süre yönünden değişik bir saptama yapılmaktadır. Yargılamaya konu olayda başvuru, 05.11.1984 tarihinde gözümlenmiş ve hakkındaki karar 19.02.1991 tarihinde yani yaklaşık olarak 5 yıl 3 ay 14 gün sonra verilmiştir. Ancak başvuru tutuklandığı tarihte, Türkiye, Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanımamış, bu yetki aktarımı 22.01.1990 tarihinde sonuçlanmıştır. Hükümet, İHAM'ın süre açısından ancak 1 yıl 1 aylık süreyi dikkate alabileceğini iddia etmiş ancak İHAM bunu kabul etmeyerek kendisini 5 yıl 3 ay 14 günlük süre yani tutmanın tümü açısından yetkili kabul etmiştir²¹⁶. İHAM, bu içtihadını bir çok kararında tekrarlamıştır²¹⁷.

“Makul süre” kavramında ikinci önemli nokta ise, İHAM'ın yukarıdaki ilkeleri uyarınca hesaplanan sürenin makul olup olmadığıdır. Daha önce de belirtildiği üzere, İHAS içerisinde “makul sürenin” uzunluğu hakkında bir açıklama yoktur. İHAM kararlarında konu hakkında göze çarpan ana ilke ise,

²¹³ W. v. İsviçre, Başvuru No: 14379/88, 26.01.1993, para. 29; Altın v. Türkiye, Başvuru No: 73038/01, 24.05.2005, para. 23; I.A. v. Fransa, Başvuru No: 1/1998/904/1116, 23.09.1998, para. 96, 97.

²¹⁴ Wemhoff v. Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968, para. 52-54; B. v. Avusturya, Başvuru No: 11968/86, 28.03.1990, para. 36.

²¹⁵ Aynı yönde Cesky v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 33644/96, 06.06.2000, para. 71.

²¹⁶ Mansur v. Türkiye, para. 51.

²¹⁷ Trzaska v. Polonya, Başvuru No: 25792/94, 11.07.2000, para. 54; Jablonski v. Polonya, Başvuru No: 33492/96, 21.12.2000, para. 65,66; Yağcı ve Sargın v. Türkiye, para. 49.

makul sürenin aşılp aşılmadığının tespitinde; her olayın kendi özelliklerine dayanılarak karar verilmesi²¹⁸ ve ulusal yargı makamlarının makul süreye saygı gösterip göstermediğinin saptanmasıdır²¹⁹. İHAM’ın genel bir süre öngörmemesi ve her olayın özelliklerine dayanılarak “makul sürenin” aşılp aşılmadığının saptanması ilkesini kabul etmesi kararlarda da değişik sonuçların çıkmasına yol açmıştır. Örneğin; İHAM, *W* başvurusunda 4 yıl 3 günlük²²⁰, *Wemhoff* başvurusunda 3 yıl 5 aylık²²¹, *B* başvurusunda da 2 yıl 4 aydan fazla²²² tutukluluk sürelerini Sözleşme’ye uygun bulurken, *Becciev* başvurusunda ise 6 aydan daha kısa bir tutukluluk süresini Sözleşme’ye aykırı bulmuştur²²³. Bu nedenlerle, “makul sürenin” süre olarak tespiti, İHAM kararları ile de yapılamamaktadır. Komisyon, tutuklulukta geçirilecek bir azami sürenin olduğunu ileri sürerken İHAM böyle bir sürenin söz konusu olmadığını kabul etmektedir²²⁴. Ancak İHAM’ın kabul ettiği ilkeler uyarınca, sözleşmecî devletlerin yargısal makamlarının hızı ve kişi özgürlüğünün ihlali hakkında “ilgili” ve “yeterli” nedenlerin bulunup bulunmaması “makul sürenin” tespitinde önemli rol oynamaktadır. Bu durumu İHAM şu şekilde gerekçelendirmektedir:

*“Mahkeme’nin içtihatları doğrultusunda, tutukluluk süresinin makul olup olmadığının soyut olarak bir denetimi yapılamaz. Tutuklunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasının makullüğü her olayın kendi şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bir davada, masumiyet karinesine rağmen, kişi özgürlüğüne saygı yükümlülüğüne karşı ancak kamu yararının ağır basması durumunda tutukluluğun devamı haklı olacaktır.”*²²⁵.

²¹⁸ Bir çok karar içinden *Cesky v. Çek Cumhuriyeti*, para. 74; *Punzelt v. Çek Cumhuriyeti*, para. 73.

²¹⁹ Bir çok karar içinden *Yağcı ve Sargın v. Türkiye*, para. 50; *Toth v. Avusturya*, Başvuru No: 11894/85, 12.12.1991, para. 67.

²²⁰ *W. v. İsviçre*, para. 28-43.

²²¹ *Wemhoff v. Almanya*, para. 61,62.

²²² *B. v. Avusturya*, para. 46.

²²³ *Becciev v. Moldova*, Başvuru No: 9190/03, 04.10.2005, para. 63,64.

²²⁴ *W. v. İsviçre*, para. 30.

²²⁵ *Erdem v. Almanya*, Başvuru No: 38321/97, 05.07.2001, para. 39. Aynı yönde *Labita v. İtalya*, para. 152; *Kudla v. Polonya*, Başvuru No: 30210/96, 26.10.2000, para. 110; *W. v. İsviçre*, para. 30; *Jecius v. Litvanya*, para. 93; *Ilijkov v. Bulgaristan*, Başvuru No: 33977/96, 26.07.2001, para. 84; *Jablonski v. Polonya*, para. 79.

“Makul süre” kavramı değerlendirilirken dikkate alınacak bir diğer unsur, sürenin uzamasının nedeninin yargılanan kişi olup olmadığıdır. Süre, yargılananın davranışları nedeni ile uzamış ise, uzayan bu süreden sözleşmeci devletler sorumlu değildir²²⁶. Ancak, kanaatimce, İHAM’ın bu hükmü Sözleşme’nin ruhuna uygun değildir. Zira, bir kişinin tutulmasının sona ermesi için her türlü yasal girişimde bulunması onun en doğal hakkıdır. W Başvurusu kapsamında, başvurunun yargılama makamları ile işbirliği yapmaması eleştirilmiş ve kendisinin bu davranışının yargılamanın ve tutulmasının uzamasına yol açtığı bildirilmiştir. Başvuruya konu dosyanın zor ve karmaşık olduğu doğrudur ve başvurunun ulusal yargılama makamları ile işbirliği yapmadığı bir gerçektir. Uzamanın asıl nedeninin bu olduğu dahi kabul edilebilir, ancak fazlası ile uzun olan tutma, başvurunun işbirliği yapmamasına bağlı tutulamaz. Yargılama makamlarının, yargılamanın sağlığı açısından araştırma ve delilleri ortaya çıkarma için belirli bir süre çalışması makul karşılanabilir. Ancak unutulmaması gereken, sanıkların aleyhlerine delil vermeme hakkına sahip olduğudur. Bu hakka itibar göstermek yargılama makamlarının önemli bir sorumluluğudur. Buna göre, yargılama organları ile işbirliği yapmayan sanıkların, belirli bir süre için tutulması normal karşılanmalı, ancak süre uzarsa bu nedene dayalı olarak yapılan tutma makul karşılanmamalıydı.

İHAM’ın kararlarından çıkarılabilecek kısa sonuç; ilgili dosyanın içeriğine bakılması ve eğer kamu yararının sağlanması için “ilgili” ve “yeterli” neden yoksa tutuklamaya son verilmesidir. Aksi halde “makul süre” sınırı aşılmış olacaktır.

Tezin bu bölümünde, İHAM’a yapılacak başvurular açısından sürenin tespiti hakkında bir bilgi verilecektir. İHAM’a başvuruda bulunabilmek için tutukluluğun sona ermesi gerekli değildir. Yakalamadan itibaren tutukluluğun devam ettiği her aşamada 5. madde açısından İHAM’a başvurabilmek mümkündür. Ancak tutukluluk devam ederken yapılacak başvurularda, tutulma süresinin nerede sona ereceği bazı sözleşmeci devletler tarafından tartışma konusu yapılmıştır. Sözleşmeci devletler, “makul süre” hesaplamasının, başvurunun yapıldığı tarihe kadar olması gerektiğini iddia etmişler, buna karşın İHAM,

²²⁶ W. v. İsviçre, para. 42.

hesaplama yapılırken, tutukluluk süresinin tamamının, yani başvuru yapıldıktan sonraki dönemin de göz önüne alınacağını kabul etmiştir²²⁷.

İHAM kararlarında “makul süre” değerlendirilmesi açısından önemli bir kıstas daha vardır. Bu kıstas yargılama sırasında gerekli “özen”in gösterilip gösterilmediğinin incelenmesi kıstasıdır. Örneğin yukarıda değinilen *Punzelt* kararında ulusal yargılama makamlarının tutuklama ve tutuklamanın devamı gerekçeleri olaya uygun bulunmuş, buna karşın yargılama yeterli hızda yürütülmediği için 5/3. fıkranın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır²²⁸.

İHAM tarafından; mahkeme heyetinin sürekli değişmesi nedeni ile duruşmanın ileri bir tarihe ertelenmesi²²⁹, çağrılan tanıkların gelmemesi (Getirilmeleri için mahkemelerin yeterli efor sarf etmemesi durumunda) gibi nedenlerle yargılamanın uzun bir süre hareketsiz kalması sonucunda, Sözleşme’nin yeterli özen gösterilmemesi nedeni ile ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Clooth başvurusunda, başvuru yakalanmış, belirli bir süre sonra ise serbest bırakılmıştır. Ancak bırakılmasının nedeni belirli delillerin toplanması ya da lehine yeni bazı deliller bulunması değildir. Bu durumda, İHAM, başvuru neden daha önce bırakılmadığını sorgulamış ve yeterli özenin gösterilmemesi nedeni ile ihlale hükmetmiştir²³⁰.

İHAM, *Matznetter* başvurusunda ise, soruşturmanın neredeyse iki yıl sürmesine karşın, olayın karmaşıklığı ve sadece bu olayla ilgilenmek üzere bir soruşturmacı atanması nedeni ile yeterli özenin gösterildiğine kanaat getirmiş ve 5/3. fıkranın ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır²³¹.

İHAM, *Cesky* başvurusunda, başvuru iddianamesinin hiçbir neden gösterilmeksizin tutuklanmasından 4 ay sonra hazırlanmasını yeterli özenin gösterilmediği şeklinde yorumlamış ve ihlale hükmetmiştir²³².

²²⁷ Stögmüller v. Avusturya, para. 7; Matznetter v. Avusturya, Başvuru No: 2178/64, 10.11.1969, para. 5.

²²⁸ Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, para. 80-83.

²²⁹ Muller v. Fransa, para. 48.

²³⁰ Clooth v. Belçika, para. 46.

²³¹ Matznetter v. Avusturya, para. 12.

²³² Cesky v. Çek Cumhuriyeti, para. 81.

Yukarıdaki paragrafın tamamlayıcısı olan bir tespit, İHAM tarafından, *Assenov* ve diğerleri kararında yapılmıştır. Bu başvuruda, Bulgaristan Hükümeti, dosyanın karışık ve zor olması nedeni ile soruşturmanın uzun sürdüğünü belirtmiştir. Ancak İHAM, başvuruya konu olayı incelemiş ve aşağıdaki saptamalarda bulunmuştur:

“1995 Eylül’ünden 1996 Eylül’üne kadar, soruşturma ile bağlantılı hiçbir gelişme ortaya konmamıştır: Yeni bir delil toplanmamıştır ve Bay Assenov 21 Mart 1996’da sadece bir kez sorgulanmıştır. Üstelik, özgürlük hakkına önem verilmesi açısından, örneğin, başvurusunun bırakılması amaçlı her başvurusunda orjinal belgelerin ilgili makama gönderilmesi yerine bunların kopyalanması yoluna gidilebilir, böylece de soruşturma durmaz ve yargılama ertelenmezdi”²³³.

İHAM yukarıda belirtilen gerekçeleri ortaya koymuş ve soruşturmanın bir yıl boyunca uyumasını eleştirmiş ve basit çözümlerle soruşturma ve yargılamanın kısaltılabileceğini kabul etmiştir.

Konu ile ilgili olarak İHAM’ın bir başka önemli tespiti, tutuklunun, tutukluluk durumunun en çabuk şekilde incelenmesini talep etme hakkı olduğunu kabul etmesidir. Bunun yanında, bu hakkın, sözleşmecî devletlerin mahkemelerinin görevlerini yapamaz şekilde engellememesi gerektiği de İHAM tarafından kabul edilmektedir²³⁴. Ancak burada öncelikle dikkat edilmesi gereken, kişinin özgürlüğüne saygının ilk sırada olduğudur. İstisnası ise, kişinin yargılama makamlarının işleyişini zorlaştırmasıdır.

7- “Adli Kovuşturma Sırasında Serbest Bırakılma” Hakkı

Bu hüküm hakkındaki İHAM kararlarında üç nokta ön plana çıkmaktadır ve bunlar üç alt başlık içerisinde incelenecektir.

²³³ Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, para. 157.

²³⁴ Toth v. Avusturya, para. 77; Wemhoff v. Almanya, para. 62; Erdem v. Almanya, para. 46; Contrada v. İtalya, Başvuru No: 92/1997/876/1088, 24.08.1998, para. 67.

a- İHAM'ın Zorunlu Tutuklama Yorumu

Dünya üzerindeki bazı devletlerde bazı suçlar açısından zorunlu olarak tutuklu yargılama müessesesi kabul edilmiştir. Ancak, İHAM'ı ilgilendiren sözleşmecî devletler açısından zorunlu tutukluluk uygulamasını kabul eden devletler olup olmadığı ve bu konu hakkında kendisine başvurulup başvurulmadığıdır. Konu hakkında İHAM önüne Birleşik Krallık aleyhine başvurulara bulunulmuştur. Bunlardan *S.B.C.* başvurusunda, başvurucunun önüne çıkarıldığı mahkemenin kendisini serbest bırakma yetkisine sahip olmaması Sözleşme'nin 5/3. fıkrasına aykırı bulunmuştur²³⁵. Yargıç önüne çıkarılan tutulan, kendisi hakkında hangi suç isnadında bulunulmuş olunursa olunsun yargılanma ve “serbest bırakılma hakkına” sahiptir. 5/3. fıkranın açık hükmü bunu gerektirmektedir. Kaldı ki, bu hükümden uzaklaşmak, “masumiyet karinesinden” de uzaklaşmayı doğuracaktır. Zira, bu durumda, sadece yargılanılan suçun ağırlığı, kendisi hakkında “makul şüphe” dahi oluşmayan bir kişinin tutuklanmasına yol açabilir.

Tezin ilerleyen bölümlerinde inceleneceği, ancak burada önceden belirtilmesinde yarar görüldüğü üzere, Türkiye’de isnat edilen suçun ağırlığına bağlı olarak tutuklama yapmak oldukça yaygın bir uygulamadır. Kaldı ki tez içerisinde ayrıca durulacağı üzere, iç hukukta CMK, bazı katalog suçlar düzenlemiş ve bu suçların işlendiği hakkında bir makul şüphe oluşursa tutuklama nedeni de var sayılabilir denmiştir. Ancak uygulamada bu durum takip edilmemekte ve CMK içerisinde sayılan suçların işlendiği hakkında makul bir şüphe oluşursa sanki CMK zorunlu tutuklama müessesini kabul etmiş gibi tutuklama yapılmaktadır. Bu nedenle, CMK’da yazılı olarak yer almayan bu uygulama, İHAM’ın Türkiye aleyhine ihlal kararları vermesine yol açabilir.

²³⁵ *S.B.C. v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 39360/98, 19.06.2001, para. 22; aynı yönde *Caballero v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 32819/96, 08.02.2000, para. 26,27.

b- Tutukluluk ve Tutukluluğun Devamını Gerektiren Gerekçeler

İHAM'ın tutuklama konusunda kabul ettiği en temel ilke, tez içerisinde “makul süre” incelenirken belirtildiği gibi, tutuklama konusundaki incelemeyi ulusal makamlara bırakmasıdır. Ulusal yargı makamları olayı ilk elden ve en yakın şekilde inceleme yetkisine sahip olduklarından ulusal yargı makamlarının daha doğru bir sonuca ulaşma olasılığının olduğu kabul edilmektedir. Ancak, İHAM, ulusal yargı makamlarının yargılamalarını yerine getirirken, masumiyet karinesine, iç hukuka ve sonuç olarak da Sözleşme'ye uygun hareket etmelerini beklemektedir. Ayrıca, tutuklamayı gerektiren kamu menfaatinin ve sanığın lehindeki ve aleyhindeki tüm olayları incelemek ve bunları kararlarında belirtmek zorundadır. Ulusal yargı makamlarının kararlarında belirttiği bu olaylar, tutuklamanın gerekçeleri olacaktır.

İHAM'ın tutuklamanın esasına ilişkin olarak kabul ettiği en temel ilke ise, tutuklama ve tutuklamanın devamı için olmazsa olmaz (İHAM'ın tabiri ile “sine qua non”) olarak kabul ettiği “makul şüphedir”. Makul şüphenin olmadığı bir durumda sözleşmecî devletlerin, Sözleşme'ye uygun bir tutuklama yapabilmesi mümkün değildir. Bunun yanında tutuklamanın ilerleyen zamanlarında, sadece “makul şüpheye” dayanılarak tutuklamanın devam ettirilmesi Sözleşme'ye uygun değildir. Bu konu hakkında İHAM aşağıdaki hükmü konu hakkındaki hemen hemen tüm kararlarında tekrarlamıştır:

“Bir kişinin, suç işlediği hakkında “makul şüpheye” dayanılarak başlatılan tutukluluğunun yasal olarak devam ettirilebilmesi için şüphenin devam ediyor olması “sine qua non” (olmazsa olmaz) bir koşuldur. Ancak bir süre sonra bu koşul tek başına yeterli değildir. Mahkeme, yargısal makamlar tarafından gösterilen diğer nedenlerin özgürlükten mahrum bırakmanın devamını gerektirip gerektirmediğini belirlemek zorundadır. Tutuklamanın devamı açısından gösterilen gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” ise, bu durumda Mahkeme, ulusal

yargılama makamlarının yargılama sırasında “özen” gösterip göstermediğini araştırır.”²³⁶.

Alıntıdan açıkça anlaşılacağı üzere, makul şüphe, tutukluluğu destekleyen diğer nedenlerin yanında her zaman var olması gereken esaslı bir gerekçe olsa da, uzun bir tutuklama döneminin tek nedeni olamaz. Eğer ulusal yargı makamları tutuklama için gerekli nedenler gösteremez ise “makul şüphe” olayda var olmaya devam etse dahi tutuklamaya son verilmelidir. Ancak, tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, Türk ceza yargılamalarının bu konuda da önemli bir eksikliği bulunmaktadır.

İHAM, bunlar dışında önemli bir ilke daha kabul etmektedir. Buna göre, sözleşmecî devletler, sanığın salıverilmesi ile yargılamanın makul sürede bitirilmesi arasında bir tercih yapamazlar. Masumiyet karinesi ve 5/3. fıkranın amacına uygun olarak, eğer bir kişinin tutulması makul olmaktan çıkmışsa kendisinin bırakılması gerekir²³⁷. Böylece sözleşmecî devletlere yüklenen sorumluluk açıkça ortaya çıkarılmaktadır. Bir dava makul süre içinde bitirilse de, daha önce tutma açısından makullük şartı ortadan kalkarsa kişi serbest bırakılmalıdır. Aksi durum 5/3. fıkraya aykırılık teşkil edecektir.

Sözleşmecî devletlerin tutukluluk ve tutukluluğun devamı hakkındaki gösterdikleri gerekçeler İHAM tarafından incelenmektedir. İHAM’ın bu gerekçeler hakkında ulaştığı sonuçlar aşağıda ayrı bölümler halinde incelenecektir.

²³⁶ Yağcı ve Sargın v. Türkiye, para. 50 ve bir çok karar içinden aynı yönde; Altın v. Türkiye, para. 25; Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, para. 154; Cesky v. Çek Cumhuriyeti, para. 76; Clooth v. Belçika, para. 36; I.A. v. Fransa, para. 102; Ilijkov v. Bulgaristan, para. 77; Jablonski v. Polonya, para. 80; Kreps v. Polonya, Başvuru No: 34097/96, 26.07.2001, para. 42; Letellier v. Fransa, para. 35; Mansur v. Türkiye, para. 52; Muller v. Fransa, Başvuru No: 21802/93, 17.03.1997, para. 35; Nevmerzhitsky v. Ukrayna, para. 132; Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, para. 73; Tomasi v. Fransa, Başvuru No: 12850/87, 27.08.1992, para. 84; Toth v. Avusturya, para. 67; Trzaska v. Polonya, para. 63; W. v. İsviçre, para. 30.

²³⁷ Neumeister v. Avusturya, Başvuru No: 1936/63, 27.06.1968, para. 4; Wemhoff v. Almanya, para. 49,50.

aa-) Makul Şüpheli Nedeni ile Tutma

Tez içerisinde bir çok kez belirtildiği üzere 5/1-c bendine uygun olarak yapılacak bir tutmada “makul şüphelinin” bulunması zorunludur. Makul şüpheli, tek başına uzun bir süre tutukluluğun devamını haklı kılmayacağı gibi, makul şüphelinin baştan beri olmadığı ya da sonradan ortadan kalkıp da tutukluluğun devam ettiği durumlarda 5/3. fıkra ihlal edilmiş olacaktır. Bunun yanında, ulusal yargılama makamları sıklıkla “makul şüpheliye” dayanarak tutukluluk gerçekleştirmektedirler. Makul şüpheli kavramı olayın kendi özelliklerine göre yorumlanacak ve tutulana yönelen ciddi bir şüphelinin gerçekten olayda var olması aranacaktır. İHAM önüne gelen başvurulardan *Lukanov* Başvurusu’nda, başvuruçunun suçlandığı olaylarda “makul şüpheli” oluşmadığından, kendisinin tutuklanması ile ilgili olarak gösterilen diğer nedenlerin incelenmesine gerek görmemiş ve doğrudan Sözleşme’nin ihlal edildiğine hükmetmiştir²³⁸. Bu da göstermektedir ki; kaçma şüphesi, delilleri karartma şüphesi ve benzeri diğer şüphelerin olayda var olması, makul şüpheli olay kapsamında olmazsa, tutuklamayı haklı kılamayacaktır.

ab-) Kaçma şüphesi

İHAM, isnat edilen suç ile kaçma şüphesi arasında bir bağ olduğunu kabul eder. Ancak, İHAM’ın bu konu hakkındaki ilk genel tespiti; kaçma şüphesinin, sadece isnat edilen suçun ağırlığına dayandırılmayacağını kabul etmesidir²³⁹.

İHAM tarafından kabul edilen bir diğer ilke, kaçma şüphesinin bulunup bulunmadığı değerlendirilirken hangi kıstasların göz önüne alınacağıdır. Buna göre; sanığın karakteri, ahlak yapısı, malvarlığı, yargılandığı devlet ile bağları ve uluslararası bağlantıları göz önüne alınmalıdır²⁴⁰. Eğer bu sayılanlar, tutukluğu

²³⁸ *Lukanov v. Bulgaristan*, para. 44-46.

²³⁹ *Mansur v. Türkiye*, para. 55; *W. v. İsviçre*, para. 33; *Tomasi v. Fransa*, para. 98; *Ilijkov v. Bulgaristan*, para. 80, 81; *Jecius v. Litvanya*, para. 94; *Muller v. Fransa*, para. 43; *Yağcı ve Sargın v. Türkiye*, para. 52; *Letellier v. Fransa*, para. 43.

²⁴⁰ *Neumeister v. Avusturya*, para. 10.

destekleyecek kadar önem arz etmiyorsa, verilecek tutuklama kararı Sözleşme'ye uygun olmayacaktır.

Punzelt başvurusunda İHAM, başvurusunun kaçma şüphesine dayanılarak devam ettirilen tutuklama hakkında; başvurusunun daha önce Almanya'da bir ceza kovuşturmasından kaçması, yurt dışı ile sayısız iş bağlantısı içinde olması ve kendisine isnat edilen suçun ağır bir ceza içermesinden dolayı, ulusal mahkemelerin vermiş olduğu tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarını “yeterli” ve ilgili” bulmuştur²⁴¹. Kaçma şüphesinin incelendiği bir başka başvuru *W* başvurusudur. Bu başvuru kapsamında; ulusal yargı yeri makamlarının göstermiş olduğu aşağıdaki gerekçelerin tekrarlanması önemlidir:

*“İkametgahını İsviçre'den Monte Carlo'ya taşıdıktan sonra, başvuru sıklıkla Almanya, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Anguilla Adası'ni (Başvurucunun burada bir banka sahibi olduğu düşünülmektedir) ziyaret etmiştir. Bu nedenle sayısız yabancı ülke ile yakın temas halindedir. Bununla birlikte, kendisi birkaç değişik ortamda Amerika Birleşik Devletleri'ne giderek orada yaşamak istediğini beyan etmiştir. Başvurucunun, kendi ülkesi dışında ciddi yatırımları olduğu hakkında bazı ipuçları bulunmaktadır ve kendisi birkaç değişik pasaporta sahiptir. Tek başına yaşayan bir insan olarak, kendisinin belirli bir bağlantıya ihtiyacı yoktur. Kendisinin İsviçre dışında saklanmakta ve yaşamakta hiçbir zorluk çekmeyeceği ortadadır”*²⁴².

Anılan gerekçeleri İHAM yerinde bulmuş ve kaçma tehlikesinin oluştuğuna kanaat getirmiştir. Ancak, bu alıntının yapılmasındaki asıl neden, diğer devlet uygulamalarında “kaçma şüphesinin” nasıl gerekçelendirildiğinin gösterilmek istenmesidir. Zira, tezin ilerleyen bölümlerinde Türkiye yargılaması sırasında kaçma tehlikesinin nasıl değerlendirildiği görülecek ve karşılaştırma imkanı bulunabilecektir.

²⁴¹ *Punzelt v. Çek Cumhuriyeti*, para. 76.

²⁴² *W. v. İsviçre*, para. 33. Benzer şekilde, başvuruca isnat edilen suçun cezasının ağır olması, başvurusunun Alman vatandaşlığına geçme ihtimali bulunması ve bu durumda serbest bırakılıp Almanya'ya giderse iade edilmesinin mümkün olmayacağı, ülke dışında çok bağlantısı olmasını ve Çek Cumhuriyeti'nde çok borcu olması gerekçeleri *Barfuss v. Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No: 35848/97, 31.07.2000, para. 69,70 kararında “yeterli” ve “ilgili” bulunmuştur. Benzer şekilde detaylı gerekçelendirmenin olduğu *Matznetter v. Avusturya*, para. 8 başvurusu da Sözleşme'ye uygun bulunmuştur.

Bu konu hakkında Türkiye aleyhine verilmiş olan *Yağcı ve Sargın* kararında da benzer bir noktaya vurgu yapılmıştır. Türkiye'ye, "Türkiye Birleşik Komünist Partisi'ni" kurmak için kendi istekleri ile dönen ve haklarında cezai takibat yapılacağını bilmemeleri mümkün olmayan başvuruçular hakkında hangi nedenle "kaçma şüphesinin" olduğu ulusal yargılama makamlarınca gösterilmemiş, tek kelime olarak haklarında kaçma şüphesinden bahsedilmiştir. İHAM, hiçbir nedene dayanmayan bu yetersiz gerekçenin 5/3. fıkraya uygun olmadığına hükmetmiştir²⁴³.

İHAM, tutuklulukta geçirilen süre uzadıkça, kaçma şüphesinin azalacağını kabul etmektedir²⁴⁴. Bu kabul, masumiyet karinesine saygı açısından önemlidir. Zira, tutuklulukta geçirilen süre ne kadar uzarsa, mahkumiyet ile verilecek cezaya o kadar yaklaşmış olunur. Bu durum da sanığın, peşinen cezalandırılması sonucunu doğurur ve sonuç olarak masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur.

İHAM'ın kaçma şüphesi hakkındaki önemli bir prensibi de *Stögmüller* kararında ortaya konmuştur. İHAM, bu kararıyla, bir sanığın kaçma şüphesinin, sadece sınırı kolayca geçebilecek durumda olması ile açıklanamayacağını ve yukarıda sayılan kriterlerin olaya uygulanması gerektiğine hükmetmiştir²⁴⁵. İHAM'ın kararlarında değerlendirdiği bir başka unsur, alınacak bazı basit önlemler ile, sanığın pasaportuna el koyulması gibi, "kaçma şüphesi" giderilebiliyorsa bunun yapıp yapılmadığıdır. Kişi özgürlüğünün en ağır ihlallerinden biri olan tutuklama, en son başvurulması gereken yöntemdir ve kaçmanın engellenmesi amacıyla daha basit bir yöntem sonuç verebilecekse ilk olarak ona başvurulmalıdır.

²⁴³ *Yağcı ve Sargın v. Türkiye*, para. 52.

²⁴⁴ *Neumeister v. Avusturya*, para. 10; *Wemhoff v. Almanya*, para. 59; *W. v. İsviçre*, para. 33; tutuklulukta geçirilen 31 ay sonunda, artık kaçma şüphesinin kabulünün zor olduğu hakkında *Clooth v. Belçika*, para. 48.

²⁴⁵ *Stögmüller v. Avusturya*, para. 15.

ac-) İsnat Edilen Suçun Ağırlığı

Tez içerisinde daha önce de belirtildiği üzere, İHAM, zorunlu tutuklama nedenlerini kabul etmemektedir. Buna karşın, isnat edilen suçun ağırlığının bir kaçma şüphesi yaratabileceğini kabul ettiği bir üst bölümde açıklanmıştır. Buna karşılık sadece isnat edilen suçun ağırlığına bağlı olarak gerçekleştirilen tutuklama, masumiyet karinesine ve 5/3. fıkra aykırı olacaktır.

ad-) Delil Durumu

İHAM, *Mansur* kararında, delillerin varlığını suçluluğa ilişkin ciddi unsurlar olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak her olayın kendi özelliklerine girildiğinde, yargılamaya konu olayda olduğu gibi, “eldeki deliller” ifadesinin tek başına tutuklamayı haklı göstermeyebileceğini belirtmektedir²⁴⁶. Karar içerisinde en azından hangi delillerin tutukluluğun devamını gerektirdiği belirtilmelidir²⁴⁷.

ae-) Sanığın Korunması Amacı

İHAM, bazı çok özel durumlarda ve özel suçlar açısından, sanığın korunması amacıyla tutmayı; kısa bir süre için; kabul etmektedir. Ancak, bu tutmanın gerçekten çok özel, istisnai ve olaya uygun şartlar altında uygulanması gerektiğini de belirtir²⁴⁸.

af-) Suçun Tekrarlanmasının Önlenmesi

İHAM, suçun tekrarının önlenmesi gerekçesi ile tutukluluğun devam ettirilmesini Sözleşme’ye uygun bulmaktadır. Ancak *Clooth* kararında belirtildiği

²⁴⁶ Mansur v. Türkiye, para. 56.

²⁴⁷ “Herhangi bir sav ortaya koymaksızın “mevcut delil durumu” gibi adet yerini bulsun nevinden gerekçelerle tutuklamaya karar verilmesinin 5. maddenin ihlali olduğu hakkında yorum için bkz. Gomien, a.g.e., s: 38

²⁴⁸ I.A. v. Fransa, para. 108.

üzere; suç işleme tehlikesi makul ve ciddi olmalıdır, ayrıca dosyanın içeriğinin, kişinin geçmişinin ve karakterinin de suçun tekrarlanma olasılığını ortaya koyması gerekir²⁴⁹. Ancak, İHAM, yukarıda anılan genel prensibin tekrarlandığı kararda, Sözleşme'ye uygun olarak ve suçun tekrarının önlenmesi gerekçesi ile yapılan tutuklamanın, bir süre sonra tutmayı desteklemediğine karar vermiştir. Zira, olayda, 9 ay önceki bir rapora dayanılarak, suçun önlenmesi amaçlı tutma yapılmaktadır. Başvurucunun son durumunun araştırılmadan tutmanın uzatılması yoluna gidilmesi İHAM tarafından kabul edilmemiştir²⁵⁰. Bu da göstermektedir ki, İHAM, ezbere bir “suçun önlenmesi amacıyla tutmayı” kabul etmemektedir. Gerçekten olayın esasına özgü ve gerekli durumlarda bu gerekçeye dayalı tutmayı kabul etmektedir.

İHAM, tutulanın, suçu tekrar işleminin mümkün olmadığı hallerde bu nedene dayalı olarak tutukluluğun devam ettirilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Örneğin *Ringeisen* Başvurusu'nda, başvuru müflis ilan edilmiş, sahip olduğu malların idaresini de kaybetmiştir. Buna karşın, ulusal makamlar hileli iflas suçunu işlediği gerekçesi ile tutulu durumda bulundurulmuş başvuru, suçu tekrar işleyebileceği gerekçesi ile tutukluluğun devamına hükmetmişlerdir. İHAM, başvuru, en azından müflis ilan edilmesinden sonra bu suçu işleyemeyeceği ortada olduğundan, bu gerekçeye dayanılarak gerçekleştirilen tutukluluğu Sözleşme'ye aykırı bulmuştur²⁵¹.

ag-) Delillerin Karartılması Tehlikesi

İHAM, delillerin karartılmasının önlenmesi nedeni ile tutukluluğun devam ettirilmesini başlangıç aşamasında, özellikle de karışık ve zor dosyalarda kabul etmektedir. Ancak tutuklama uzun bir süredir devam etmekte ise, dosya zor ve karışık da olsa, sadece bu nedene dayalı olarak tutmanın uzatılmayacağını da getirmektedir. Ayrıca, soruşturma tamamlanmış, deliller toplanmış ve ifadeler

²⁴⁹ Clooth v. Belçika, para. 40; benzer yönde Matznetter v. Avusturya, para. 9.

²⁵⁰ Clooth v. Belçika, para. 40.

²⁵¹ Ringeisen v. Avusturya, Başvuru No: 2614/65, 16.07.1971, para. 107.

alınmışken delil karartma tehlikesinin devam ettiği, İHAM tarafından kabul edilmemektedir²⁵².

Muller başvurusunda, başvuruçunun suçu ikrar etmesi ve soruşturma makamlarına yardımcı olması ve diğer bazı kişileri de yakalatması delillerin karartılması riskini azaltan etmenler olarak kabul edilmiştir²⁵³.

İHAM'ın bir başka önemli tespiti de *Ringeisen* başvurusunda ortaya çıkmıştır. Başvuruçucu Ringeisen, soruşturma başlar başlamaz tutuklanmamış, aradan 5 ay geçtikten sonra tutuklanmıştır. Tutuklanmasının gerekçelerinden biri de delillerin karartılması tehlikesi olmuştur. İHAM, başvuruçunun, isteseydi ilk 5 aylık dönemde delilleri karartabileceğini belirtmiş, zira bu dönemde kendisinin bu amacını gerçekleştirebilecek tüm olanaklara sahip olduğunu eklemiş ve “delillerin karartılması tehlikesi” gerekçesini yerinde bulmamıştır²⁵⁴.

ah-) Kamu Düzeninin Korunması Amacı

İHAM, *Tomasi* kararında önemli bir noktaya parmak basmaktadır. Bu karar uyarınca, İHAM, bazı suçların kamu nezdinde çektiği tepkiyi dikkate alarak, bu tip suçların belirli bir süre tutuklu yargılanmasını kabul etmektedir. Ancak bu nedene bağlı olarak gerçekleştirilen tutuklama, ancak gerçek ve ciddi nedenlere dayandırılır ve kamu düzeninin zarar görebileceği gösterilebilirse yapılabilir²⁵⁵. Ancak bu tip tutuklamaya, *Tomasi* kararında olduğu gibi *Kemmache* kararı ile de bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, kamu düzeninin korunması amaçlı tutuklama, hapis cezasının verilmesinin beklenmesi amaçlı olarak kullanılamaz²⁵⁶.

Tüm belirtilenlerin yanında; bu nedene dayalı olarak gereğinden uzun bir süre için tutma gerçekleştirilemez.

²⁵² Clooth v. Belçika, para. 43; W. v. İsviçre, para.35. Delil karartılabileceğini destekleyen herhangi bir bulgu olmaması ve soruşturma ve kovuşturmanın ilerleyen safhalarında bu gerekçenin önemini yitireceği hakkında I.A. v. Fransa, para. 109.

²⁵³ Muller v. Fransa, para. 39,40.

²⁵⁴ Ringeisen v. Avusturya, para. 106.

²⁵⁵ Tomasi v. Fransa, para. 91.

²⁵⁶ Kemmache v. Fransa, para. 52.

ai-) Tutukluluk Süresi

Tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, Türkiye mahkemelerinin en önemli tutuklamanın devamı nedenlerinden bir tanesi de “tutukluluk süresidir”. Bu ifade ile anlatılmak istenen, tutuklananın, tutulmasının kısa bir süredir devam ettiği. Bu nedenle de tahliyesinin yerinde olmadığıdır. Bu ibare, aslında tek başına dahi, masumiyet karinesi ve 5/3. fıkraya aykırı olduğu gibi, “önleyici” değil “cezalandırıcı” tipte bir tutuklama şeklidir. Zira, tutuklulukta geçirilen süre uzatılacak ve sanığa, yargılamanın sonucu alacağı cezanın bir kısmı çektirilmiş olacaktır. Hiçbir modern hukuk sisteminde kabul edilemeyecek olan bu gerekçeyi, İHAM da *Yağcı ve Sargın* kararında reddetmiş ve “*toplam tutukluluk süresi, Sözleşme ile ilgili bir nedene dayanmaksızın haklı kabul edilemez*”²⁵⁷ diyerek ihlale hükmetmiştir.

ba-) Gerekçelerin Yeterli Açıklıkta Olmaması

Gerekçelerin; basmakalıp, matbu, matbu olmasa bile birbirini tekrar eder tarzda olması İHAM tarafından 5/3. fıkranın ihlali olarak nitelendirilmektedir²⁵⁸. Zira; birbirinin tekrarı, olaya özgü olmayan ve matbu formattaki ifadeler nedeni ile, tutulanlar gerekli itirazlarda bulunamayacak ve tutulmaları bu neden dayalı olarak uzayacak, sonuç olarak da kişi özgürlüğü nedensiz yere ihlal edilmiş olacaktır.

İHAM, gerekçelerin yeterli açıklıkta olmasını beklemektedir. Örneğin *Trzaska* başvurusunda, hükümet, başvurunun tekrar suç işleminin engellenmesi amacıyla tutulduğunu belirtmektedir. Buna karşın, ulusal yargılama makamları tutukluluğun devamı kararlarının hiçbirinde bu gerekçeye atıfta bulunmamışlardır²⁵⁹. Bu nedenle, gerekçe içerisinde açıkça gösterilmeyen bir tutma nedeni, gerçekte var olsa bile haklı görülemez.

²⁵⁷ Yağcı ve Sargın v. Türkiye, para. 54.

²⁵⁸ Letellier v. Fransa, para. 52; Mansur v. Türkiye, para. 55; Jablonski v. Polonya, para. 81.

²⁵⁹ Trzaska v. Polonya, para. 66.

İHAM, *Labita* başvurusunda da, gerekçelerin yeterli açıklıkta olmamasını eleştirmiştir. İHAM, dayanılan gerekçelerin varlığını gösteren unsurlarla desteklenmediğini, ayrıca gerekçe olarak gösterilen delillerin de zamanla güçlenmek yerine zayıfladığını, buna karşın tutmanın devam ettiğini bu nedenle de Sözleşme'nin ihlal edildiğini belirtmiştir²⁶⁰. İHAM, benzer şekilde, *Altın* kararında Türkiye aleyhine bir sonuca ulaşmıştır. Başvurucunun yargılamasını yürüten Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurucunun tutukluluğunu, aynı ve basmakalıp; “isnat edilen suçun ağırlığı, delil durumu ve dosya içeriği” ifadeleriyle ve hiçbir ek gerekçe göstermeden defalarca uzatmıştır. İHAM, bu gerekçelerin; tek başlarına, açıklanmadan birer gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş ve bu basmakalıp ifadelere dayanılarak tutukluluğun uzatılmasını Sözleşme'nin 5/3. fıkrasına aykırı bulmuştur²⁶¹.

Sonuç olarak, İHAM, tutukluluğun gerekçesinin, yukarıda sayılan hangi kategoriye girerse girsin, gerekçeli olarak verilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle ve tezin ilerleyen aşamalarında görüleceği üzere, Türk mahkemelerinin neredeyse hiçbir kararı İHAM standartları açısından “gerekçeli” değildir.

c- Tutuklulukta Geçirilen Sürelerin Cezadan Düşülmesi

Engel ve diğerleri başvurusunda, davalı Hollanda Hükümeti, başvurucunun 5/3. fıkraya aykırı olarak tutulduğu iki günlük sürenin Askeri Mahkeme'nin kararından düşüldüğünü, bu nedenle de 5/3. fıkraya aykırılığın bu yolla giderildiğini savunmuştur. Ancak İHAM, bu gerekçeyi kabul etmemektedir. Haksız olarak gerçekleştirilen tutma, sonradan verilen cezadan düşülse dahi, bunun 5/3. fıkranın ihlal edildiği sonucunu değiştirmeyeceği gerçeği İHAM tarafından kabul edilmiştir²⁶². Bu karar çok yerindedir, zira aksinin kabulü halinde, sonradan verilecek mahkumiyet cezaları, haksız tutuklamaların temize

²⁶⁰ *Labita v. İtalya*, para. 163-165; benzer yönde *Ilijkov v. Bulgaristan*, para. 86, 87.

²⁶¹ *Altın v. Türkiye*, para. 27-30; farklılıklarla birlikte benzer yönde *I.A. v. Fransa*, para. 111, 112; *Erdem v. Almanya*, para. 45; *Kreps v. Polonya*, para. 43.

²⁶² *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, para. 69.

çıkmasına yol açacaktır. İHAM, kişi özgürlüğünü korumak amacıyla Hollanda Hükümeti'nin savunmasına itibar etmemiştir.

8- Teminata Bağlı Olarak Salıverme

İHAS'ın 5/3. fıkrasının son bölümü, “salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir” demektedir ve böylece güvence miktarına dayanılarak tahliye, İHAS tarafından kabul edilmiştir. Ancak, İHAS içerisinde geçen “teminat” sadece maddi teminata karşılık gelmemekte, sanığın duruşmayı takip etmesini sağlayan her türlü teminatı karşılamaktadır.

Örneğin, *Jablonski* başvurusunda, Polonya Hükümeti, 5/3. fıkranın “sağlık durumu nedeni ile serbest bırakma hakkını” içermediği itirazında bulunmuş, Mahkeme de Polonya Hükümeti'ne bu konuda hak vermiş, ancak Sözleşme'nin 5/3. fıkrasının sadece “makul bir süre içinde yargılanma” ve “serbest bırakılma” haklarını değil, aynı zamanda “hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat” ile bırakılma hakkını da kapsadığını, bu nedenle başvurusunun güvence miktarı ya da polis gözetiminde serbest bırakılması ihtimallerini değerlendirmemesi nedeni ile 5/3. fıkranın ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁶³.

Güvence miktarı hakkında ise İHAM'ın saptadığı önemli tespitler vardır. Bunlardan biri *Neumeister* kararında ortaya konmaktadır. İHAM, güvence miktarının, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için kabul edilen bir sistem olduğunu belirtmiş ve sanığın duruşmaya gelmemesi halinde güvence miktarının yanacağını, bu nedenle de bu miktarın sanığın kaçmasını caydıracak bir miktar olması gerektiğini kabul etmiştir. Bu miktarın saptanması için de; sanığın malvarlığına, kişisel ilişkilerine, sanığın genel durumuna bakılması gerektiğine işaret eder²⁶⁴. İHAM, kaçma şüphesinin zayıf olduğu olaylarda, bu kriterler uyarınca saptanacak bir güvence miktarının sanığın kaçmasını engelleyeceğini

²⁶³ *Jablonski v. Polonya*, para. 82-85; farklılıklarla birlikte benzer yönde *Wemhoff v. Almanya*, para. 60; *Kreps v. Polonya*, para. 43.

²⁶⁴ *Neumeister v. Avusturya*, para. 12-15; benzer yönde *Iwanczuk v. Polonya*, Başvuru No: 25196/94, 15.11.2001, para. 66.

düşündüğünden, bu aşamadan sonra gerçekleştirilecek tutmanın 5/3. fıkraya aykırı olduğunu düşünmektedir.

Yukarıdaki açıklamalara karşın, teklif edilen her yüksek güvence miktarının, ulusal yargı makamları tarafından kabul edilmemesi ihlal sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin *Punzelt* Başvurusu'nda, başvuruçunun yüksek bir güvence miktarı teklif etmiş olmasına karşın, kendisinin çok daha büyük miktarlarda paraya sahip olduğu tahmin edildiğinden ve güvence miktarı olarak teklif edilen miktarın başvuruçunun kaçmasını engelleyemeyeceği düşünüldüğünden güvencenin reddedilmesini 5/3. fıkraya uygun bulmuştur²⁶⁵.

9- İHAM Tarafından Kabul Edilen Diğer Koruyucu Haklar

İHAM, İHAS içerisinde açıkça yer bulmayan, ancak 3 ve 5. maddeler birlikte değerlendirildiğinde; gözaltında tutulanların korunması amacıyla; Sözleşme'nin de ruhuna uygun olan bazı koruyucu hakların varlığını kabul etmiştir. Bu hakların kabul edildiği eski tarihli kararlardan *Brannigan ve McBride* kararında belirtildiği üzere; yakalanan ve gözaltında bulunduranlar; avukatları ile görüşme, doktor muayenesinden geçme ve yakınlarına yakalanması hakkında haber verilmesini isteme gibi haklara sahiptir²⁶⁶. Böylece, zaman geçtikçe ispatlanması zor olan işkence olaylarının önüne geçilmek istenmektedir. 5. maddenin lafzında yer almayan ancak ruhunda yer alan ve İHAM tarafından kabul edilen bu koruyucu haklar, Sözleşme'nin 5 ve 6.maddelerinin uygulanmasına temel bir yardımda bulunmaktadır.

K- İHAM Kararlarında Tutmanın Yargısal Denetimi

İHAS'ın 5. maddesinin 4. fıkrası, aynı 3. madde gibi, hakkında İHAM'a çok sayıda başvuruda bulunulan bir fıkradır. Karar ve kavram çokluğu nedeni ile,

²⁶⁵ Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, para. 85-88; benzer yönde W. v. İsviçre, para. 33.

²⁶⁶ Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık, para. 82.

İHAM'ın bu fıkra hakkında verdiği kararlar da alt bölümlere ayrılarak incelenecektir.

1- Denetimin Uygulama Alanı

İHAM, özgürlüklerinden mahrum bırakılanların, Sözleşme'nin 5/4. fıkrasına dayanarak, mahrum bırakma eyleminin “hukukiliğini” inceletebilme hakkına sahip olduklarını kabul etmektedir²⁶⁷. Bu durum “mahkemeye ulaşma hakkı” olarak adlandırılmaktadır. Kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir eylemin hukukiliğinin denetlenmesi, 5/4. fıkranın kapsamının ilk halkasıdır. Buna karşın; İHAM, 5/4. fıkra kapsamındaki denetimin, tutmanın her yönü ve ayrıntısının hukukiliğinin denetimini güvence altına almadığını kabul etmektedir²⁶⁸. Bu da 5/4. fıkra kapsamındaki denetimin, asıl yargılama makamı yargılamasının yerine geçemeyeceği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, denetim; “hukukiliğin” denetiminin sağlanabileceği kadar geniş olmalıdır²⁶⁹. Zira iç hukuka uygun her tutma, kendiliğinden 5/4. fıkraya da uygun olmayacaktır.

İHAM, “mahkemeye ulaşma hakkının” hiç düzenlenmemesini, 5/4. fıkraya uygun olarak kabul etmemektedir. Bu yöndeki *İrlanda* Başvurusu'nda, Birleşik Krallık Hükümeti'nin çıkardığı yasanın “mahkemeye ulaşma hakkını” düzenlemediği saptanmış ve 5/4. fıkranın ihlal edildiğine karar verilmiştir²⁷⁰. Böylece, İHAM, İHAS'ın açık hükmünü uygulamaya geçirmiş olmaktadır.

5/4. fıkranın uygulama alanı hakkındaki eski tarihli kararlardan bir diğeri, tez içerisinde daha önce de değinilen *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararıdır. Başvuru kapsamında 5/1. fıkraya aykırılık bulunmamıştır. Buna karşın, İHAM, 5/4. fıkraya uygunluğun da incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve 5/1. fıkraya uygunluğun kendiliğinden 5/4. fıkraya uygun olmayı gerektirmeyeceğini belirtmiştir. İHAM, bir tutmanın 5/1. fıkraya uygun ya da aykırı olsa da tutmanın

²⁶⁷ Musial v. Polonya, Başvuru No: 24557/94, 25.03.1999, para. 43; Wloch v. Polonya, para. 133; Baranowski v. Polonya, Başvuru No: 28358/95, 28.03.2000, para. 68.

²⁶⁸ Ashingdane v. Birleşik Krallık, para. 52.

²⁶⁹ Van Droogenbroeck v. Belçika, para. 49.

²⁷⁰ İrlanda v. Birleşik Krallık, para. 200; Varbanov v. Bulgaristan, para. 59,60.

hukukiliğinin denetiminin yapılması gerektiği görüşündedir²⁷¹. Ayrıca bu karar içerisinde önemli bir tespit daha yapılmıştır. İHAM; eğer özgürlükten yoksun bırakma kararı idari bir makam tarafından verilmiş ise, tutulmanın 5/4. fıkraya bağlı olarak, tutulması hakkında bir mahkemeye başvurma hakkı olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın, tutma kararı bir yargılama sonucunda verilirse, artık ikinci bir mahkemeye başvurma hakkı 5/4. fıkranın zorunlu sınırları içinde değildir. Bu durum, bir mahkumiyet kararı ile sonuçlanan bir dava sonrasında, yani 5/1-a bendine uygun olarak gerçekleştirilen bir tutma nedeni ile de söz konusu olabilir²⁷². Aynı karar içerisinde İHAM, başvurucuların idareye yaptıkları salıverilme amaçlı başvuruların 5/4. fıkranın sınırları dışında kaldığını, zira bu fıkranın tutma ve tutmanın devamı kararlarının yasallık denetiminin yapılmasını amaçladığını, bu nedenle de idareye yapılan salıverilme taleplerinin 5/4. fıkra açısından değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir²⁷³.

İHAM, İHAS'ın 5/4. fıkrasının 5/1. fıkranın ihlalinin olmadığı durumlarda değerlendirilebileceği gibi 5/3. fıkra ile aynı anda değerlendirilebileceğini de karar altına almıştır. İHAM, iki fıkra arasında dar bir sınır olsa da, bu ikisinin aynı anda uygulanamayacağı anlamına gelmediğini belirtmektedir²⁷⁴.

İHAM, 5/4. fıkranın yasaya uygun olsun ya da olmasın her türlü tutmaya uygulanabileceği fikrindedir²⁷⁵.

2- “Mahkeme” Kavramı

5/4. fıkranın düzenlediği en temel koruma mekanizması, “mahkemeye başvurma hakkını” getirmesidir. Ancak bu fıkra içerisinde geçen “mahkeme” ifadesinden tam olarak ne anlaşılması gerektiği yeteri kadar açık değildir. Bu konu hakkındaki tartışmalar İHAM kararları ile giderilmektedir.

²⁷¹ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, para. 73; aynı yönde Boumar v. Belçika, para. 55; Luberti v. İtalya, para. 31; Van Droogenbroeck v. Belçika, para.43.

²⁷² De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, para. 76; aynı yönde Winterwerp v. Hollanda, para. 55; Luberti v. İtalya, para. 31; Engel ve Diğerleri v. Hollanda, para. 77; Van Droogenbroeck v. Belçika, para. 44,45; Weeks v. Birleşik Krallık, para. 55.

²⁷³ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, para. 81-83.

²⁷⁴ De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, prg. 57.

²⁷⁵ İrlanda v. Birleşik Krallık, para. 200.

İHAM, öncelikle, 5/4. fıkra anlamında bir mahkemenin; “bağımsız” ve “tarafsız” bir yargı makamı olmasını ve yargısal bir karakter taşımasını aramaktadır²⁷⁶. Bağımsızlığın tartışıldığı *Weeks* kararında, İHAM, şartlı tahliye kurulu hakkında, Birleşik Krallık Hükümeti’nin savunmalarını ciddiye almış ve başvuru kapsamına tarafsızlık ve bağımsızlığın sağlandığına kanaat getirmiştir. Ancak İHAM bununla yetinmemiş ve şartlı tahliye kurulunun, tutulanlar üzerinde bıraktığı tarafsızlık incelemesine girişmiştir. İHAM, incelemesi sonucunda bu kurulun bağımsızlık ve tarafsızlık adına yeterli şartları taşıdığına hükmetmiştir²⁷⁷. Ancak burada önemli olan İHAM’ın, bağımsızlık ve tarafsızlık yansımaları, tutulan kişiler üzerinden değerlendirmesidir. Kişi özgürlüğüne saygı açısından, tarafsızlığın maddi olarak sağlanmasının yanında, görünüşte de sağlanmasının önemi İHAM tarafından öne çıkarılmış olmaktadır²⁷⁸.

İHAM, *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararında, başvuru sahiplerinin tutukluluğuna karar veren “magistrate” makamının organizasyon açısından bir mahkeme olduğu hakkında bir şüphe yoktur demiştir. Ancak, bu kurumun Sözleşme açısından da incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve anılan makamın taraflara ve hükümete karşı bağımsız olduğuna kanaat getirmiştir. Ancak bağımsızlık tek başına, Sözleşme anlamında bir “mahkeme” olabilmek için yeterli değildir. Sözleşme’nin 5/4. fıkrası anlamında bir mahkemenin, bağımsızlığın yanında, yargısal usul güvencelerini de taşımasının gerektiği İHAM tarafından belirtilmiştir. İHAM, bu güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının da her olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilebileceğini ve her olayda farklı sonuçlara ulaşılabileceğini kabul etmiş ve somut bir sınır veya tanımlama yapmamıştır²⁷⁹. Örneğin, adı geçen *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararında, serseri olmaları nedeni ile tutulan başvuru sahipleri hakkında takip edilen yargısal usul oldukça basit ve kısa bulunmuş, yeterli usuli güvencelerin olmaması nedeni ile (başvuru sahipleri; serseri oldukları gerekçesi ile tutulduklarından, ceza usul hukukunda düzenlenmiş

²⁷⁶ Neumeister v. Avusturya, para. 24; Weeks v. Birleşik Krallık, para. 61; X v. Birleşik Krallık, para. 53.

²⁷⁷ Weeks v. Birleşik Krallık, para. 62.

²⁷⁸ Aynı yönde D.N. v. İsviçre, Başvuru No: 27154/95, 29.03.2001, para. 55-57.

²⁷⁹ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, para. 77, 78; farklılıklarla birlikte aynı yönde Winterwerp v. Hollanda, para. 57; Boumar v. Belçika, para. 57.

bulunan güvencelerden yararlanamamışlardır) bu yargılama 5/4. fıkraya aykırı bulunmuştur²⁸⁰. Buna karşın, İHAM, *De Jong, Baljet ve Van den Brink* kararında, başvuru sahiplerinin tutulması kararını veren askeri mahkemenin yeterli bağımsızlığa ve usul güvencelerine sahip olması nedeni ile 5/4. fıkra açısından bir “mahkeme” olarak kabul etmiştir²⁸¹. Aksi yönde, *İrlanda* Başvurusunda, bazı suçlar hakkında kabul edilen kararname ile getirilen komitelerin; salıvermeye yetkili olmaması, sadece tavsiye niteliğinde kararlar verebilmesi, iç hukukta düzenlenen diğer mahkemelerin ise, yargılamaya konu suçlar hakkında dar yetkisinin olması 5/4. fıkraya uygun görülmemiştir²⁸².

İHAM, *Bezicheri* kararında ise, soruşturma yargıcını, bağımsızlığı ve sahip olduğu güvenceler nedeni ile bir “mahkeme” olarak kabul etmiş ve tutmanın yasallığının denetiminin bu savcı tarafından yapıldığını ve bu konuda 5/4. fıkraya aykırılık olmadığına kanaat getirmiştir²⁸³.

Bir iade uygulamasının başvuruya konu yapıldığı *Sanchez-Reisse* kararında, İHAM, başvuru sahibinin iç hukuktaki taleplerinin, mahkemeden önce ilgili idari birim olan bir müdüriyete gitmesini, bu müdüriyetin 5/4. fıkra açısından bir “mahkeme” olarak kabul edilmemesine karşın, olayda ihlal olmadığı şeklinde değerlendirmemiştir. Zira, olay kapsamında, müdüriyet aşamasından sonra mahkemeye başvurma hakkı devam etmektedir. İade gibi, uluslararası ilişkileri kapsayan bir uygulamada böyle idari bir müdüriyetin devreye girmesi İHAM açısından makul bulunmuştur²⁸⁴.

3- Tutukluluğun Denetiminde Süreler

İHAM’ın, 5/4. fıkra içerisinde geçen “kısa bir süre” kavramının yorumu açısından belirtilmesi gereken ilk prensibi, süre konusundaki diğer ilkelerini takip

²⁸⁰ De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika, para. 79.

²⁸¹ De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, para. 58.

²⁸² *İrlanda v. Birleşik Krallık*, para. 200; benzer şekilde *Weeks v. Birleşik Krallık*, para. 64-68 kararında şartla tahliye kurulunun salıvermeye tek başına yetkili olmaması ve kurulun inceleme usulünün yeterli olmaması nedenleri ile 5/4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

²⁸³ *Bezicheri v. İtalya*, Başvuru No: 11400/85, 25.10.1989, para. 20.

²⁸⁴ *Sanchez-Reisse v. İsviçre*, para. 45.

etmekte ve her olayın, kendi özel şartları içerisinde, kısa bir sürede hareket edilip edilmediğinin saptanması gerektiği yönünde olmuştur²⁸⁵.

İHAM, “kısa bir süre” kavramını *Bouamar* kararında da değerlendirmiştir. Başvuruya konu olayda, tutukluluk durumuna itiraz eden başvuruçunun bu itirazlarına, yaklaşık olarak 1, 3 ve 7 ay arasında değişen sürelerde cevap verilmiştir. İHAM, 5/4. fıkarda yer alan “kısa bir süre” kavramı ile olayda geçen sürelerin birbirini karşılar nitelikte olmadığına karar vermiş ve ihlale hükmetmiştir²⁸⁶.

İHAM, *Luberti* kararında da önemli bir ilke kabul etmiştir. Bu karardaki kabule göre; başvuruçunun tutulmasının yasallığının denetiminin, sadece incelemeyi yapan mahkeme tarafından hızlı bir şekilde yerine getirilmesi yeterli değildir. İHAM, tüm ulusal yargılama makamlarının toplam süreci değerlendirilerek olayda hızla hareket edilip edilmediğinin ortaya çıkarılması gerekmektedir demiştir. İHAM, bu prensibi ortaya koyduktan sonra, başvuruya konu olayda, ilgili mahkemenin yeterli hız ve özen içerisinde hareket ettiğini tespit etmiş, ancak tüm süreç göz önüne alındığında, İtalyan ulusal yargılama makamlarının gecikmelere neden olması nedeniyle 5/4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır²⁸⁷.

Yukarıda atıfta bulunulan kararlardan *Bezicheri* kararında, İHAM’ın soruşturma yargıcının bağımsızlığı ve sahip olduğu güvenceler nedeni ile bir mahkeme olarak kabul edilebileceğine kanaat getirdiği belirtilmiştir. Ancak, başvuruya konu olayda İHAM, tutukluluk denetiminin ilk başta sorunsuz bir şekilde yapılmasına karşın, “makul aralıklarla” tekrarlanması gerektiğini belirtmiştir. Zira, 5/4. fıkra, yasaya aykırı bir tutmanın bitirilmesi gerektiğine hükmeder. İHAM ayrıca, makul aralıklarla tekrarlanan tutmanın yasallık

²⁸⁵ R.M.D. v. İsviçre, Başvuru No: 81/1996/700/892, 26.09.1997, para. 42; Sanchez-Reisse v. İsviçre, para. 55. Bu karar içerisinde, başvuruçunun tahliye taleplerinin benzer olduğu, buna karşın bu taleplerin, en uzun 31 gün olan süreler sonunda cevaplanmasını “hız” açısından yeterli bulunmamış ve 5/4. fıkranın ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Buna karşın, Letellier v. Fransa, para. 54-57 kararında, başvuruçunun değişik tarihlerdeki 6 tahliye talebinin 8 ila 20 gün arasında değişen süreçlerde karara bağlaması “hız” açısından yeterli bulunmuştur.

²⁸⁶ Boumar v. Belçika, para. 63,64.

²⁸⁷ Luberti v. İtalya, para. 32-37; tüm sürecin dikkate alınacağı yönünde Sanchez-Reisse v. İsviçre, para. 54.

denetiminin, aynı zamanda “hızlı” bir şekilde de gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtir. *Bezicheri* başvurusu kapsamında, birer aylık aralıklarla gerçekleştirilen denetim, “makul aralıklarla” denetim yapılması yönünden uygun bulunmuştur. Ancak başvurunun tutuklamaya itirazının 5.5 aylık bir dönem sonunda reddedilmesi, tutukluluğun denetiminin “en kısa sürede”, “hızlı” bir şekilde gerçekleştirilmediğini ortaya koymaktadır demiştir. İtalyan Hükümeti, dosya içeriğinin melez, karışık olduğunu iddia etmiş, ancak İHAM buna çok önemli bir cevap vermiş ve sözleşmecî devletlerin iç hukuk sistemlerini organize etmelerini ve Sözleşme’ye uygun hale getirmeleri gerektiğini belirterek, hükümetin itirazını reddetmiş ve 5/4. fıkranın ihlal edildiğini kabul etmiştir²⁸⁸.

İHAM, yukarıda anılan kararlarına uygun olarak *Assenov ve diğerleri* kararında da; başvurunun tutulmasının hukukiliğini inceletme şansına iç hukuk gereğince sadece bir kez sahip olmasını Sözleşme’ye aykırı bulmuştur²⁸⁹.

İHAM, tutmanın yasallığı denetiminin makul aralıklarla yapılması hakkındaki bir başka prensibini *Winterwerp* kararında ortaya koymaktadır. Bu karar içerisinde, özellikle akıl zayıflığı nedeni ile tutulanların, zayıflıklarının ortadan kalkabileceği gerçeği nedeni ile makul aralıklarla tutulmasının gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹⁰. Bu denetimin makul aralıklarla yapılmaması; özellikle de tutmanın yasallığını etkileme ihtimali bulunan yeni olguların ortaya çıkması durumunda yapılmaması; İHAM tarafından 5/4. fıkranın ihlali olarak yorumlanmaktadır²⁹¹. İHAM’ın önüne gelen, *Silva Rocha* başvurusuna konu olayda; adam öldürme gibi ciddi bir suç nedeni ile yargılanan,

²⁸⁸ *Bezicheri v. İtalya*, para. 20-26; benzer yönde İHAM; E. v. Norveç, Başvuru No: 11701/85, 29.08.1990, para. 66 kararında, hukuk sistemlerinin organize edilmesi ve acil çözümlerin alınması gerektiğini, tatil zamanlarında dahi acil çözümler bulunarak “hızla” kişi özgürlüğünün ihlalinin giderilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır.

²⁸⁹ *Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, para. 164,165.

²⁹⁰ *Winterwerp v. Hollanda*, para. 55; farklılıklarla birlikte aynı yönde *Rutten v. Hollanda*, Başvuru No: 32605/96, 24.07.2001, para. 51-54.

²⁹¹ *Örneğin; Megyeri v. Almanya*, Başvuru No: 13770/88, 12.05.1992, para. 22; *Luberti v. İtalya*, para. 31; *Iribarne Perez v. Fransa*, Başvuru No: 16462/90, 24.10.1995, para. 30; *Weeks v. Birleşik Krallık*, para. 56; *Van Droogenbroeck v. Belçika*, para. 45,49 başvurusunda ise, makul aralıklar içerisinde başvurunun tutulmasının yasal olarak gözden geçirilmesinin düzenlenmemiş olması 5/4. fıkranın ihlali olarak kabul edilmiştir. *X v. Birleşik Krallık*, para. 52 kararlarında, akıl zayıflığı nedeni ile tutulan başvuru sahipleri hakkında otomatik olarak denetim yapılmaması ihlal olarak değerlendirilmiştir.

ancak cezai ehliyeti olmaması nedeni ve tekrar suç işleyebileceği ve kamu güvenliğine zarar verebileceği gerekçeleri ile en az 3 yıl süre ile akıl hastanesinde tutulmasına karar verilen bir kişi söz konusudur. 3 yıllık süre dolduktan sonra da başvuru sahibinin tehlikeli ruh hali devam ettiğinden tutulmasına devam edilmiştir. İHAM, tutma için gösterilen gerekçeyi yerinde bulmuş, başvuru sahibinin Portekiz iç hukuku uyarınca tutulmasının “hukukilik” denetimini istediği anda yaptırabilecek haklara sahip olduğunu ve tutulmasının denetiminin makul aralıklarla yerine getirildiğine karar vererek, başvuru kapsamında 5/4. fıkranın ihlal edilmediğine hükmetmiştir²⁹².

İHAM, müebbet hapis cezasına çarptırılanlar açısından da, her kişinin ve olayın ciddi farklılıklar taşıması nedeni ile, her olayın kendi özellikleri doğrultusunda “makul aralık” kavramının değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir²⁹³.

İHAM’ın 5/4. fıkra açısından “hızın” önemini vurguladığı bir diğer kararı olan *Jablonski* kararında; devam eden yargılamalarda, özellikle de tutma uzun bir süredir devam ediyorsa, tutulanların “masumiyet karinesinden” mümkün olduğunca çok yararlandırılması gerektiğine hükmedilmiştir²⁹⁴.

4- Yargısal Denetimde Koruyucu Haklar

Sözleşme’nin 5/3. fıkrasında olduğu gibi, 5/4. fıkra içerisinde de “koruyucu haklar” düzenlenmemiştir. Ancak, Sözleşme’nin ruhundan, fıkranın uygulanabilirliğinin başka türlü sağlanmasının mümkün olmadığından ve İHAM kararlarından, 5/4. fıkraya bağlantılı bazı koruyucu haklar ortaya çıkmaktadır. Bunlar, “mahkemeye ulaşma”, “tutulmasının hukukiliğini inceletme” haklarını sözde bırakmayan, uygulanabilir kılan haklardır.

²⁹² Silva Rocha v. Portekiz, Başvuru No: 18165/91, 15.11.1996, para. 28-32.

²⁹³ Hirst v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 40787/98, 24.07.2001, para. 38; Blackstock v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 59512/00, 21.06.2005, para. 43.

²⁹⁴ Jablonski v. Polonya, para. 93; aynı yönde Ilowiecki v. Polonya, Başvuru No: 27504/95, 04.10.2001, para. 76.

İHAM; *Brogan ve diğeri* kararında; 5/1. fıkra ve 5/4. fıkralarındaki “yasallık” kavramının aynı olduğunu ve bu kavramın sonucu olarak, tutulanların, tutulmalarının hukukiliğini esas ve usule dayalı bir şekilde inceletme hakkına sahip olduklarını kabul etmiştir. Bu noktada tekrar belirtilmelidir ki, İHAM, hukukilik denetiminin hem iç hukuka hem de Sözleşme’ye uygun olmasını aramaktadır. Böylece tutulanlar, tutulmalarının iç hukuka uygunluğu gibi, tutulmalarına temel olan kuşkunun makul olup olmadığını, tutmanın amacının meşruluğunu ve tutmanın Sözleşme’ye uygunluğunu da 5/4. fıkra kapsamında ulusal yargılama makamlarına inceleyebileceklerdir²⁹⁵. İHAM’ın hem usul hem de esas açısından tutmanın hukukiliğinin denetimini mümkün kılması önemli bir güvencedir. Böylece sadece usule uygun, ancak olayın gerekleri ile bağdaşmayan tutmaların önüne geçilebilecektir.

İHAM, *Lamy* kararında koruyucu haklardan bir diğerini açıklığa kavuşturmuştur. Karara konu olayda, Başvurucu Lamy hakkında tutukluluk kararı verilmiş, ancak bu kararı takip eden ilk 30 günde başvurunun avukatına dosya içeriğini inceleme fırsatı verilmemiştir. Buna karşın, soruşturma yargıcı dosyanın tüm içeriğine hakimdir ve bu durum başvurunun tutukluluk durumunun tartışıldığı ilk mahkemeye kadar da bu şekilde devam etmiştir. Bu noktada İHAM, önemli bir ilke ortaya koymuştur:

“Başvurucunun, hakkında tutukluluğun devamına veya sona erdirilmesine dair yargılamanın bu kritik aşamasında, bu belgelere ulaşabilmesi çok önem taşımaktadır. Bay Lamy’nin avukatı belgelere ulaşabilseydi, diğer sanıkların ifadelerine ve tutumlarına karşı beyanda bulunma şansına sahip olacaktı. Mahkeme’nin kanaatine göre, tutuklamanın hukukiliği hakkında etkili bir şekilde itiraz edebilmek için belgeleri incelemek çok önemlidir.”

Tutukluluk durumunun devam ettirilmesi ihtiyacının gereğini değerlendirme ile daha sonra suçun takdiri, ilkinde yasal olarak reddedilen, sonrakinde ise yasal olarak gerekli olan belgelere ulaşmak açısından birbirleri ile yakın bağlantı halindedir.

²⁹⁵ *Brogan ve Diğeri v. Birleşik Krallık*, para. 65; aynı yönde *Ilijkov v. Bulgaristan*, para. 94; *Grauslys v. Litvanya*, para. 53; *Trzaska v. Polonya*, para. 74; *Wloch v. Polonya*, para. 125.

*Savcı tüm dosya kapsamına hakimken, başvuru, uygulanan usul sonucu, tutukluluğun devamı gerekçelerine yeteri kadar itiraz etme şansına sahip olamamıştır. Bu durum, silahların eşitliğini sağlamada başarıya ulaşamadığından, takip edilen usul tam anlamıyla çelişmeli değildir*²⁹⁶.

İHAM, yukarıdaki alıntıdan da anlaşılacağı üzere, tutukluluğun devamına hükmedilen aşamada, tutulanların da, kendilerinin tutulmasına yol açan gerekçeleri inceleyebilme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. İHAM'ın bu tespiti, tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, Türk Ceza Yargılaması'nı yakından ilgilendirmektedir.

İHAM, “silahların eşitliği” ilkesini, tutuklamaya neden olan belgeler ve delillere ulaşım açısından kabul ederken, 5/4. fıkrasındaki tahliye talepleri aşaması için ise gerekli bulmamaktadır. Örneğin *Neumeister* başvurusunda, başvurunun tahliye talepleri hakkında, başvuru ve avukatının yokluğunda, ancak savcının görüşü alındıktan sonra karar verilmiştir. Başvuru, anılan durumu silahların eşitliği ilkesi açısından kabul edilmez bulmuştur. Mahkeme ise başvuru ile aynı görüşü paylaşmamış ve silahların eşitliği ilkesinin 5/4. fıkradaki yargılama aşaması açısından uygulanmayabileceğini ortaya koymuştur. İHAM, aksine bir kabulün, tutukluluğun denetimi hakkındaki bir yargılamanın uzamasına neden olabileceği fikrindedir²⁹⁷. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi “tarafsız” ve “bağımsız” bir yargılama yeri söz konusu olduğunda, artık “silahların eşitliği ilkesinin” tahliye taleplerinin değerlendirilmesi aşamasında aranmasına gerek yoktur. Zira, İHAM, “hız” olgusunun, 5/4. fıkranın en temel vurgusu olduğunu düşünmektedir.

Ancak İHAM, tutuklamaya karar veren mahkeme açısından ise *Lamy* kararı ile aynı yönde, ancak tahliye talepleri hakkında verdiği kararlarından farklı kararlara imza atmıştır. Bunlardan *Ilijkov* kararında; başvurunun tutukluluğu hakkında karar verecek olan mahkemenin, başvurunun ve avukatının yokluğunda, savcının da bulunduğu ve savcının iddialarına cevap verme olanağı

²⁹⁶ *Lamy v. Belçika*, para. 29; benzer yönde savunmanın önemini vurgulayan önemli bir karar *Lietzow v. Almanya*, Başvuru No: 24479/94, 13.02.2001, para. 47,48; *Schöps v. Almanya*, Başvuru No: 25116/94, 13.02.2001, para. 44.

²⁹⁷ *Neumeister v. Avusturya*, para. 22-25Ü; aynı yönde *Matznetter v. Avusturya*, para. 7.

olmadan tutukluluğun devamına hükmetmesini Sözleşme'ye uygun bulmamıştır. İHAM; “*tutukluluk hakkındaki bir başvuruyu inceleyen bir mahkemenin usuli yargısal güvenceler barındırması gerekir. Bu durumda, usulün çelişmeli ve taraflar arasında mutlaka “silahların eşitliği” ilkesini barındırması gerekir*”²⁹⁸ demiştir. İHAM, anılan kararında, 5/4. fıkranın, sözleşmecı devletlere, tahliye talepleri konusunda ikinci derecede bir yargılama sistemi zorunluluğu getirmediğini, ancak bu sistemi kabul eden devletlerde, ikinci derece yargılamanın da ilk derece yargılaması ile aynı güvencelere sahip olması gerektiğini karar altına almıştır²⁹⁹.

5/4. madde ile ilgili olarak getirilen koruyucuların 6/1. fıkra ile getirilenlerden farklı olduğu *Winterwerp* kararında da ortaya konmuştur. İHAM, 6/1. fıkrada yer alan güvencelerin 5/4. fıkra açısından her zaman bulunmasının gerekli olmadığını belirtmiş ancak, mahkemeye ulaşma imkanının olması, mahkeme huzurunda dinlenme şansına sahip olması ve gerekirse temsilcisi aracılığı ile temsil edilme gibi hakların 5/4. fıkranın temel düzenlemeleri olduğunu kabul etmiştir. Akıl hastaları açısından bu temel hakların sınırlanabileceği ancak hakların özüne dokunulamayacağı da karar içerisinde yer bulmuştur³⁰⁰. İHAM, böylece bazı istisnalara olanak sağlamış ancak hakkın özünü kesin bir koruma altına almış olmaktadır. İHAM'ın çizdiği bu sınıra aykırı olarak, başvuruya konu olayda, başvuru tutulmasının gözden geçirilmesi talebinde bulunmuş, bu talebi tutulduğu hastane aracılığı ile savcıya iletilmiş, ancak savcı bu talepleri reddetmiştir. İHAM, savcının tutmanın devamına karar verirken haklı bile olsa, 5/4. fıkra nazarında bir “mahkeme” olarak kabul edilemeyeceğini ve başvuruçunun yukarıda sınırları çizilmiş olan haklarına aykırı hareket edildiğini

²⁹⁸ Ilijkov v. Bulgaristan, para. 103; aynı yönde Kampanis v. Yunanistan, Başvuru No: 17977/91, 13.07.1995, para. 47; Kawka v. Polonya, Başvuru No: 25874/94, 09.01.2001, para. 57; Trzaska v. Polonya, para. 78; Wloch v. Polonya, para. 126; Garcia Alva v. Almanya, para. 39.

²⁹⁹ Ilijkov v. Bulgaristan, para.103; aynı yönde Toth v. Avusturya, para. 84; Grauzinis v. Litvanya, Başvuru No: 37975/97, 10.10.2000, para. 32; Jecius v. Litvanya, para. 100; Khudoyorov v. Rusya, Başvuru No: 6847/02, 08.11.2005, para. 193.

³⁰⁰ Winterwerp v. Hollanda, para. 60; farklılıklarla birlikte aynı yönde Frommelt v. Lihtenştayn, Başvuru No: 49158/99, 24.06.2004, para. 29; M.B. v. Polonya, Başvuru No: 34091/96, 27.04.2004, para. 65; Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, para. 162; Megyeri v. Almanya, para. 22; Öcalan v. Türkiye, para. 66; Van der Leer v. Hollanda, para. 33,36; Trzaska v. Polonya, para. 74.

ve kendisinin mahkemeye ulaşma hakkının ihlal edildiğini ortaya koymuştur. İHAM son olarak, hükümetin, tutulanın bir hukukçunun yardımından yararlanmak için başvurmadığı ve kendisinin tutulmasının yasal olmadığı hakkında mevcut ve yeterli sebepler ileri süremediği iddiasının kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. İHAM'a göre; tutmanın devamı açısından mevcut ve yeterli delilleri gösterme görevi mahkemelerindir. Mahkemeye ulaşım hakkı böyle bir önkoşul ile sınırlandırılmaz. Son olarak da, bir akıl hastalığı nedeni ile tutulan başvurusunun bir avukat tutmaması nedeni ile kendisinin 5/4. fıkrada düzenlenen hakkı kullanmak istemediği şeklinde değerlendirilemeyeceği İHAM tarafından kabul edilmiştir. Sonuç olarak İHAM, Başvurucu Winterwerp'in yeterli usuli güvencelere sahip olmadığı için, Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³⁰¹. İHAM'ın benzeri yönde bir kararı *Bouamar* başvurusunda ortaya çıkmıştır. Çocuk mahkemesi tarafından yargılanan başvuru bir "küçüktür" ve mahkemeye avukatı olmadan çıkarılmıştır. İHAM, tutulanın bizzat dinlenmesi kadar, etkili bir hukuki yardım alabilmesini de 5/4. maddenin uygulanabilmesi için önemli bulduğunu belirtmiş ve başvurusunun, tek başına mahkeme huzuruna çıkarılmasını 5/4. fıkradaki koruyucu haklar açısından yeterli bulmamıştır³⁰².

İHAM, Türkiye aleyhine sonuca bağladığı *Sakık ve diğerleri* kararında da önemli tespitlerde bulunmuştur. Bu kararda İHAM, 5/4. fıkra açısından var olan bir başvuru yolunun yeterince açık olması gerektiğini, tutulanların hangi yollara başvurma konusunda hakları olduğunu bilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde, 5/4. fıkranın uygulanabilirliği ve işlevselliğinin zarar göreceğini belirtmiştir. Nitekim İHAM, iç hukukta Türk Hükümeti'nin ileri sürmüş olduğu uygulamanın

³⁰¹ Winterwerp v. Hollanda, para. 63-67; İHAM benzer yönde, Ilijkov v. Bulgaristan, para. 99 kararında da, ulusal mevzuatın, ispat yükünün ters çevrilmesini ve başvurusunun kaçma, tekrar suç işleme, delilleri karartma gibi tehlikelerin olmadığını ispatlamasını beklemesini Sözleşme'ye uygun bulmamıştır. Tekrar benzer yönde, X v. Birleşik Krallık, para. 55-58 kararında da, habeas corpus başvuru yolunda devletin tutmanın gerekçelerini göstermek zorunda olmaması, buna karşın tutulanın tutulmasının gereksiz olduğunu ispatlamak zorunda olması 5/4. fıkraya aykırı bulunmuştur.

³⁰² Boumar v. Belçika, para. 60.

bir örneğinin bulunmamasını da, bu yolun açık olmamasının örneği olarak kabul etmiştir³⁰³.

İHAM, tutulanlara 5/4. fıkra kapsamında yukarıdaki koruyucu hakları tanıırken, hakların kullanılışı yönünden bazı sınırlamalar getirmiştir. İHAM, tutulanların, hukuk tarafından kendilerine tanınan tüm hakları kullanabileceklerini, ancak aynı amaca (tahliye) hizmet eden iki usulü hakkın aynı anda kullanılmasının, hukukiliğin denetlenmesinin hızını düşürebileceğini kabul etmiş ve bunun sorumluluğunu tutulanlara yüklemiştir³⁰⁴. Ancak tarafımda, İHAM'ın bu kararına da katılmamaktadır. Zira, tutulan kişinin, tutulmasının hukukiliğinin incelenmesi gibi kendisi açısından hayati önem taşıyan bir konuda sahip olduğu bir hukuk yoluna başvurması ve diğer yollara başvurmaması kendisinden istenemeyecek kadar büyük bir fedakarlıktır. Buna karşın; daha önce de atıfta bulunulan *Assenov ve diğerleri* kararında belirtildiği gibi, her tahliye talebinde orijinal dosyaların ilgili makama gönderilmesi yerine, kopyalarının gönderilmesi ve yargılamanın kesintiye uğratılmayabileceği³⁰⁵ basit ve hızlandırıcı bir çözümdür. Bu ve benzeri çözümler, sözleşmecı devletlere önemli bir yük getirmeyecek, buna karşın kişi özgürlüğünün korunması yolunda önemli bir hizmet sunmuş olacaktır. İHAM'ın özgürlükleri ön plana almayan kararı, bu yönü ile eleştiriye açıktır.

L- İHAM Kararlarında Tazminat Hakkı

Tez içerisinde daha önce de belirtildiği üzere, İHAS'ın 5/5. fıkrası, haksız yakalanan ve tutulanların tazminat talep edebilme hakkını düzenlemektedir. Tazminat, ayrı bir incelemeyi gerektirdiğinden ve tezin konusu olmamasından dolayı ayrıntılı olarak incelenmeyecek; ancak, İHAS'ın 5. maddesinin bütünlüğü

³⁰³ Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, para. 52-54; aynı yönde Soumare v. Fransa, Başvuru No: 48/1997/832/1038, 24.08.1998, para. 42; Vachev v. Bulgaristan, Başvuru No: 42978/98, 08.07.2004, para. 71; Pekov v. Bulgaristan, Başvuru No: 50358/99, Başvuru No: 30.03.2006, para. 94; Talat Tepe v. Türkiye, Başvuru No: 31247/96, 21.12.2004, para. 72-74; Yağcı ve Sargın v. Türkiye, para. 42; De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, para. 39.

³⁰⁴ Luberti v. İtalya, para. 34; Bezicheri v. İtalya, para. 21.

³⁰⁵ Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, para. 157.

göz önüne alınarak ve anlaşılma kolaylığını sağlaması açısından ise atlanmayacak ve aşağıda incelenecektir.

İHAS uyarınca, sözleşmecî devletlerin hukuk sistemlerinin; haksız bir şekilde yakalanan veya tutulanların tazminat açısından başvurabileceği yollar barındırması gerekir. Eğer böyle bir yol yoksa yada bu yola yapılan başvuru sonuçsuz kalmışsa, ancak bu durumda İHAM'a başvurulabilir. İHAM da aynı şekilde; iç hukuka uygun da olsa, Sözleşme hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen bir tutmanın, tazminata konu olabileceğini kabul etmektedir. Eğer böyle bir yol iç hukuk tarafından düzenlenmemişse, İHAM, Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmektedir³⁰⁶. Ancak, İHAS'ın 5. maddesinin diğer fıkralarının ihlal edilmediği bir başvuru kapsamında; iç hukukta tazminat talep edebilme yolu olmasa dahi; 5/5. fıkranın ihlal edildiği iddiası kabul edilmeyecektir³⁰⁷.

İHAM'ın 5/5. fıkrası hakkında, Türkiye aleyhine açılmış olan *Sakık ve diğerleri* başvurusunda önemli ve hukuk sistemimizi yakından ilgilendiren bir ilke kabul etmiştir. Başvurucular, 5/5. fıkra kapsamında, iç hukukta bir talepte bulunma şansına sahip olmadıklarını iddia etmişler, Türkiye Hükümeti ise, Anayasa'nın 19 ve 466 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca "haksız tutuklama" tazminatı için başvuruda bulunulabileceğini, ancak başvurucuların bu iç hukuk yoluna başvurmamış olduklarını belirtmiştir. Ancak, *Sakık ve diğerleri* kararı içerisinde, 5/4. fıkra olduğu gibi, iç hukukumuzda bu konu hakkında herhangi bir örnek karar bulunmaması, ayrıca 466 sayılı Yasa'nın, Sözleşme'ye aykırı olsa dahi eğer iç hukuka uygun bir tutma söz konusu ise herhangi bir tazminat hükmünü getirmemesi nedeni ile ve sonuçta tazminat hakkının etkili bir kullanım olanağı bulunmadığından, İHAM tarafından 5/5. fıkranın ihlal edildiği sonucuna

³⁰⁶ Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 66,67; aynı yönde Kostadinov v. Bulgaristan, Başvuru No: 55712/00, 07.02.2008, para. 94-96; Govorushko v. Rusya, Başvuru No: 42940/06, 25.10.2007, para. 60,61; Stoichkov v. Bulgaristan, Başvuru No: 9808/02, 24.03.2005, para. 74,75; Dalkılıç v. Türkiye, Başvuru No: 25756/94, 05.12.2002, para. 29-32; Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, para. 46; Stephen Jordan v. Birleşik Krallık, para. 32,33.

³⁰⁷ Murray v. Birleşik Krallık, para. 81,82; Keus v. Hollanda, para. 29; Benham v. Birleşik Krallık, para. 50; Perks ve diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95, 28456/95, 12.10.1999, para. 74; Bouchet v. Fransa, Başvuru No: 33591/96, 20.03.2001, para. 50,51.

ulaşılmıştır³⁰⁸. Tezin ilerleyen bölümlerinde bahsedileceği üzere, Türkiye’de halen “haksız tutuklama tazminatı” etkili bir şekilde kullanılamamaktadır. Bu nedenle İHAM’ın konu hakkındaki kararları Türkiye açısından büyük önem taşımaktadır.

İHAM’ın 5/5. fıkranın uygulama alanının kısıtlanmasını kabul ettiği bir diğer kararı *Wassink* kararıdır. Bu karar uyarınca, bir sözleşmeci devletin, 5/5. fıkra kapsamında tazminata hükmedilebilmesi için, tutulmanın, tutulması nedeni ile uğradığı zararını kanıtlamasını talep edebileceğidir. Böylece, zararın ispat yükünün başvuru üzerinde bırakılması 5/5. fıkraya aykırı görülmemiş olmaktadır³⁰⁹. Ancak İHAM’ın bu kararı tartışmaya açıktır. Zira haksız yere tutulan bir kimsenin, zarar ispatlaması gerekmemelidir. Kendisinin sadece haksız tutulması nedeni ile bir zarara uğradığı ortadadır. Bu nedenle, mağdurlar, sadece ek zararlarını ispatlama zorunluluğu altında bırakılabilmelidirler. Buna karşın, her durumda kendilerinin manevi yönden ciddi bir zarara uğradığı ve bu zararın tazmin edilebildiği ölçüde giderilmesi gerektiği açıktır.

Açıklamalar dışında belirtilmelidir ki, iç hukukta hükmolunan tazminatın az bulunması durumunda İHAM’a başvurulup başvurulamayacağı tartışmalıdır. Tez içerisinde belirtildiği üzere; hükmolunan tazminatın maddi ve manevi zararları karşılamaması durumunda İHAM’a başvurulabileceği kabul olunmaktadır³¹⁰. Buna karşın Komisyon, *Cumber* kararında; 5. maddenin tazminat isteme hakkını düzenlediğini, buna karşın hükmolunacak tazminatın miktarı hakkında bir ilke getirmediğini belirtmiştir³¹¹. Bazı yazarlar da bu karara dayanarak miktar açısından Sözleşme’nin bir koruma getirmediğini ileri sürmektedirler³¹². Ancak kanaatimce anılan ikinci görüş Sözleşme’nin ruhuna uygun değildir. Zira tazminat miktarının çok yetersiz olması, kişi özgürlüğü gibi önemli bir özgürlüğün ihlalinin açtığı yaraları büyütücü niteliktedir. Bu nedenle sözleşmeci devletler, neden oldukları haksız özgürlük kayıplarını etkili bir şekilde

³⁰⁸ Sakık ve Diğerleri v. Türkiye, para. 55-61; farklılıklarla birlikte benzer yönde *Ciulla v. İtalya*, para. 44; *Picaro v. İtalya*, Başvuru No: 42644/02, 09.06.2005, para. 84-86.

³⁰⁹ *Wassink v. Hollanda*, para. 38.

³¹⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar; a.g.e.; s: 293.

³¹¹ *Cumber v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 28779/95, 27.11.1996.

³¹² Yılmaz; “Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde ile İlgili Sorunlar”; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı* kitabı; s: 312.

tazmin etmelidirler. Aksi halde aleyhlerine İHAM önünde başvuruda bulunulabilmelidir. Zira, diğer görüşün kabulü önü alınamayacak bir soruna yol açabilir. Bu sorun uyarınca, sözleşmecî devletler neden oldukları özgürlük ihlalleri nedeni ile en küçük para birimi uyarında tazminata hükmedebilirler ve bu durumun İHAS'ın 5/5. fıkrasına aykırı olduğu da ileri sürülemez. Böyle bir soruna yol açılmaması için, İHAM'ın yetersiz tazminatlar hakkında da yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıda anılan ve diğer kararları ile İHAM, haksız yakalama ve tutma nedeni ile tazminat hakkını, kararları ile koruma altına almakta ve sözleşmecî devletlere, eksikliği hiçbir şekilde giderilemeyecek kişi özgürlüğünün en azından yaralarının sarılmasını şart koşmaktadır.

IV- TÜRK HUKUKU'NDA TUTUKLAMA

Öncelikle Türk müelliflerin yapmış oldukları tutuklama tanımlarından bahsetmek gerekirse, tutukluluk; *“zorunlu hallerde hakimin verdiği karara dayanılarak henüz bir yargı ile hürriyeti kaldırıcı cezaya mahkum olmadan bir sanığın kişi hürriyetinin kaldırılması, bir diğer söyleyişle tutuk durumuna sokulmasıdır”*³¹³ şeklinde tanımlanabileceği gibi *“kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün hakim kararı ile sınırlandırılarak tutukevi denilen yere konmasına tutuklama denir”*³¹⁴ şeklinde de tanımlanabilir. Bir başka tutuklama tanımı; *“bir yargıç kararıyla anayasada ve yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile, bir kişinin henüz suçluluğu hakkında kesin karar verilmeden önce, özgürlüğün kaldırılmasıdır”*³¹⁵ şeklindedir. Yargıtay'ımız ise tutukluluğu şu şekilde tanımlamaktadır; *“tutuklama, ceza yargılamasının güvenli yürütmesini ve amaca erişmesini sağlamaya yönelik, yargılama hukuku açısından zorunlu hallerde hakimin verdiği karara dayanan bir önlemdir. Ancak, tutuklama, bir*

³¹³ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Kazancı Hukuk Yayınları, 7. Baskı, 1981, İstanbul, s: 521.

³¹⁴ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s: 271.

³¹⁵ Veysel Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, 2008, Ankara, s:5.

*önlem olduğu kadar kişi özgürlüğünün kısıtlayan bir mahiyet de taşımaktadır*³¹⁶. Tanımların çok benzer olduğu görülmektedir. Ancak belirtmelidir ki, tutukluluk; ağır bir tedbir olması nedeni ile istisnai bir yöntemdir ve ancak adli kontrol uygulamalarının yetersiz kaldığı durumlarda uygulama alanı bulabilir. Doktrinde belirtildiği gibi; *“tutuklama son çare (ultima ratio) olarak uygulanması gereken”*³¹⁷ bir tedbirdir.³¹⁸

A- 1982 Anayasası Uyarınca Tutuklama

Mevcut anayasamız olan 1982 Anayasası'nın “kişi hürriyeti ve güvenliği” başlığını taşıyan 19. maddesi, kişi özgürlüğü ve bu özgürlüğün gereksiz ihlallerinin önlenmesi hakkında anayasal güvenceleri içermektedir. Madde, bu güvencenin sağlanabilmesi açısından; kişi özgürlüğünün en tipik ihlali olabilecek bir durum olan, “tutuklama” uygulaması hakkında da hükümler içermektedir. Öncelikle belirtmelidir ki, tutuklama hakkındaki en temel, ihlal edilmesi mümkün olmayan sınırları çizen Anayasamız'ın 19. maddesi, İHAS'ın 5. maddesi ile neredeyse aynı özellikleri taşıdığından ve aynı hakları korumayı amaçladığından ve İHAS'ın 5. maddesi daha önce incelendiğinden, bu bölüm ayrıntılı olarak incelenmeyecek, sadece genel bir bilgi vermekle yetinilecektir.

1982 Anayasası'nın 19. maddesi; aynı kişi özgürlüğünü güvence altına alan İHAS'ın 5. maddesi gibi; herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine sahip olduğuna hükmederek başlar (Özgürlük karinesi) ve aynı şekilde bu özgürlüğün hangi şartlar halinde askıya alınabileceğini düzenleyerek devam eder. Bu düzenleme şekli de ortaya koymaktadır ki, özgürlük asıl kural, özgürlüğün ihlal

³¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2006/1-4 Esas, 2006/7 Karar Sayılı ve 31.01.2006 tarihli kararı.

³¹⁷ Mustafa Tarık Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2007, Ankara, s: 34.

³¹⁸ Tez içerisinde daha önce belirtildiği üzere tutuklama ve tutma kavramları birbirleri ile aynı değildir. Yukarıda tanımı verilen tutuklama, şüpheli ya da sanığın özgürlüğünün yargıç kararı olmaksızın sınırlandırılması anlamına gelen yakalama ve şüpheli ya da sanığın Cumhuriyet Savcısının emri ile nezarethaneye konması anlamına gelen gözaltı kavramlarının dışında kalan diğer tüm kişiyi özgürlüğünden mahrum kılan eylemler tutma olarak isimlendirilecek ve tez içerisinde kullanılacaktır.

edilmesi ise istisnadır³¹⁹. Anayasaya uygunluk açısından bu kuralın katı bir şekilde takip edilmesi gerekir.

Belirtildiği gibi, 19. madde, İHAS'ın 5. maddesi ile karşılaştırıldığında oldukça büyük benzerlikler görülecektir. Özellikle de kişi özgürlüğünün kısıtlanması hallerinin sayıldığı 2. fıkradaki istisnalar neredeyse aynıdır. Hatta, 19. maddenin özgürlükleri daha koruyucu bir tavır takındığı kabul edilmelidir. Örneğin, 19. madde; bir akıl hastasının, alkol bağımlısının ve madde içerisinde sayılan diğer unsurları taşıyan kişilerin ancak toplum açısından tehlike arzemesi halinde tutulabileceğini belirtirken, İHAS'ın 5. maddesi böyle bir sınırlamaya gitmemiş; yukarıda incelendiği üzere, sadece “usulüne uygun olarak” diyerek bir sınırlama getirmiştir. Kaldı ki, Anayasamız'ın 19. maddesi; sayılan kişilerin ancak bir müessesede tedavi, eğitim ve ıslah amacı ile tutulabileceğini açıkça belirtmesine karşın, İHAS içerisinde böyle bir sınırlama da yoktur.

19. maddenin 3. fıkrası, tutuklamanın ancak yargıç kararı ile uygulanabileceğini ve tutuklamanın ancak zorunlu olunması durumunda, kanunla düzenlenen şartlar altında gerçekleştirilebileceğini hüküm altına almıştır. Anayasal bir düzenleme olan bu durumun istisnası bulunmamaktadır. Ancak burada belirtilmelidir ki, Anayasamız; tutuklama yapılabilmesi için, diğer nedenlerin yanında, suçluluk hakkında kuvvetli “belirti” bulunmasını yeterli görmektedir. Buna karşın, ileride açıklanacağı üzere; CMK, belirtiye dayalı olarak tutuklama yapılabilmesine olanak vermemektedir. Anayasa'nın 19. maddesi, “kanunda gösterilen diğer hallerde” dediğinden, artık “belirtiye” dayalı olarak tutuklama yapmak anayasaya da aykırılık teşkil edecektir. Zira, anayasanın aradığı kanunilik şartı, CMK tarafından düzenlenmeyen bir durumda tutukluluk gerçekleştirilmesi karşısında korunmaz.

19. maddenin 4. fıkrası da, İHAS'ın 5/2. fıkrası ile paraleldir ve “bilgilendirilme hakkını” düzenlemektedir. Uygulamada, basitçe geçilen ve isnat edilen suç hakkında matbu formların doldurulmasından ibaret olan durum, aslında anayasal bir hakkın uygulamadaki yansımalarıdır. Bu nedenle, bilgilendirme

³¹⁹ Bu konuda ayrıntılı yorum için Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, Eylül 2001, İstanbul, s:164.

hakkının uygulamasındaki sorunlar giderilmeli ve anayasaya uygun hal ve açıklığa getirilmelidir.

19. maddenin 5. fıkrası ise 2001 değişikliği ile, ciddi şekilde kısıtlayıcı bir düzenleme getirmektedir. Türkiye geçmişindeki kötü hatıraların tekrarının önlenmesi amacı ile 19. madde metninin içerisine; yargıç önüne çıkarılma için “en kısa”, “derhal” gibi soyut zaman süreçleri yerine, saat gibi somut zaman süreçleri konmuştur. Bu süreler, gönderilme, yani yolda geçecek süre hariç, 48 saat ve toplu olarak işlenen suçlarda 4 gündür. Anayasal bir güvence olarak en uzun sürelerin hüküm altına alınmış olması olumlu ve kişi özgürlüğüne verilen önemi yansıtan bir düzenlemedir. Zira tutulanların en çok bu süreler içinde yargıç önüne çıkarılması zorunlu iken, görevliler, tutulanları daha önce de yargıç önüne çıkarabilirler. Fıkranın son cümlesi ile fıkranın getirdiği kişi özgürlüğünü koruyucu yanı zarar görmektedir. Zira bu cümle ile olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde yukarıda sayılan sürelerin uzatılabileceği belirtilmektedir. Buna karşın bir süre sınırı getirilmemesi, bu gibi durumlarda kişi özgürlüğünün belirsiz süreli olarak askıya alınmasına yol açabilecektir. Tutulanlar açısından hayati bir hak olan yargıç önüne çıkarılma hakkının, belirsiz bir süreye bağlanması çok ciddi sorunlara yol açabilir. Bu nedenle, fıkranın sonundaki sınırsız genişletici hüküm yerine, daha kısıtlı bir hüküm getirilmesi daha isabetli olabilirdi.

19. maddenin 6. fıkrasındaki sınırlamalar, 2001 değişikliği ile kaldırılarak, kişinin yakalandığının veya tutuklandığının yakınlarına derhal bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

19. maddenin 7. fıkrası, İHAS’ın 5/3. fıkrası ile aynı doğrultudadır ve “yargıç önüne çıkarılma hakkı” ile “makul bir süre içinde yargılanma hakkını” düzenlemektedir. Ayrıca, serbest bırakılmanın güvenceye bağlanabilmesi kabul edilmiş, bu da hukukumuzda güvence miktarı (kefalet) sisteminin anayasamızda yerini bulmasını sağlamıştır. Uygulamamızda nadiren rastlanan bu hakkın da anayasaya dayandığı böylece ortaya çıkmaktadır.

19. maddenin 8. fıkrası da İHAS’ın 5/4. fıkrası ile aynı hakkı; “mahkemeye ulaşma” hakkını koruma altına almaktadır. Böylece tutulan,

anayasal bir hakka dayanarak, tutukluluğunun incelenmesini yargı mercilerinden talep edebilir.

19. maddenin son fıkrası ise, İHAS'ın 5/5. yani son fıkrası gibi, tutulanların uğradıkları zararların devletçe tazmin edilmesi yükümlülüğünü getirmektedir.

19. madde genel yapısı itibarı ile, ancak en son çare olarak tutuklamaya başvurulmasını, tutukluluk süresince tutulanın haklarına saygı gösterilmesini ve bu önlemlere karşın bir zarar oluşursa, bunun devlet tarafından tazmin edilmesini hüküm altına almaktadır.

Son olarak belirtmelidir ki 1982 Anayasası'nın 90. maddesi; *“usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”* demektedir. Bu madde uyarınca uluslararası bir anlaşma olan ve kişi özgürlüğüne ilişkin temel düzenlemeler getiren İHAS iç hukukumuzun bir parçası durumundadır.³²⁰. Ayrıca altında Türkiye'nin de imzasının bulunduğu ve *“hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez”* diyen BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de konu hakkında düzenleme içermektedir.

B- CMK Uyarınca Tutuklama

Tutuklama; 5271 sayılı CMK'nın 100 ve devam eden maddelerince düzenlenmiştir. Tutuklamanın, konu hakkında ana düzenleme ve şartları içeren CMK'daki yerinin ve uygulanma şartlarının anlaşılması bakımından madde metinleri ayrıntılı olarak ve bölümlere ayrılarak incelenecektir.

³²⁰ Uluslararası anlaşmaların ve özellikle de İHAS'ın iç hukuka etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s: 473-481.

1- Tutuklama Nedenleri

a- CMK Açısından

CMK'nın "tutuklama nedenleri" başlığını taşıyan 100. maddesi, hukukumuzda tutuklama nedenlerini düzenlemesi açısından, en önemli düzenlemedir. Madde metni aşağıdaki şekildedir;

"Tutuklama nedenleri

Madde 100 – (1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),

4. İşkence (madde 94, 95)

5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

6. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

7. Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),

8. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
9. *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),*
10. *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),*
11. *Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),*
- b) *10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.*
- c) *18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.*
- d) *10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.*
- e) *21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.*
- f) *31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.*
- (4) *Sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”*

Öncelikle belirtilmelidir ki; CMK'nın yukarıda metni verilen 100. maddesinde düzenlenen “tutuklama” uygulaması bir koruma tedbiridir ve kesinlikle cezalandırıcı özellikler barındırmaması gerekir. Bunun yanında tutuklama, istisnai olması ve ağırlığı nedeni ile en son uygulanması gereken koruma tedbiridir³²¹.

Anılan istisnai ve ağır tutuklama tedbirini düzenleyen 100. maddenin ilk fıkrası yukarıda da görüleceği gibi; “*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez*” şeklindedir. Fıkranın ilk göze çarpan özelliği, tutuklamanın hem şüpheli hem de

³²¹ Aynı yönde bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., 2006, s: 271 ve İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Malkoç Kitabevi, 2005, s:280.

sanıklar hakkında uygulanabileceğidir. Bu yönüyle tutuklama hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında gündeme gelebilen en kuvvetli koruma tedbiridir. Özellikle soruşturma aşamasında dahi uygulanabilir oluşu tutuklamayı kuvvetli olduğu kadar riskli bir koruma tedbiri haline getirmektedir. Henüz soruşturması devam eden, suç ve suçlunun ortaya çıkartılması aşaması olarak da tanımlanabilecek bir aşamada, kişilerin özgürlüğünden tasarruf edilmesi riskli ancak bazı durumlarda oldukça gerekli bir uygulamadır. Ancak bu noktada ayrıca, açıkça ve tekrar belirtilmelidir ki; tutuklama, bir ceza değildir. Kaldı ki tutuklama cezalandırma amaçlı uygulanırsa, genel kanının aksine, gerçekten suçlu olanlar açısından lehe bir durum yaratırken, gerçekte suçlu olmayanlar açısından ise giderilemeyecek bir hasara yol açar. Zira, tutuklulukta geçirilecek süre mahkumiyetten indirilir ve hükümlülük aşamasına nazaran daha lehe hükümler içeren tutuklama uygulamasında geçirilecek süre, gerçekten suçlular açısından lehe bir sonuca yol açar³²². Bu nedenle, suçluluk hakkında kuvvetli şüphe bulunsa dahi, diğer tutuklama nedenleri yoksa cezalandırma amaçlı olarak tutuklamaya hükmedilmemelidir.

Birinci fıkra, tutuklamanın uygulama şartlarını düzenlemesi açısından da önemlidir. Zira fıkra, ancak “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular” ve bir “tutuklama nedeninin” birlikte bulunması durumunda tutuklama yapılabileceğini düzenlemektedir. Anılan kavramlar, madde içerisinde takip eden fıkralarda açıklanmıştır. Burada en önemli husus iki unsurun birlikte bulunması zorunluluğu ve bu iki unsur birlikte bulunsa dahi tutuklamaya başvurma zorunlu olmaması hususudur. Zira, fıkra içerisinde geçen “tutuklama kararı verilebilir” ibaresi tutuklama konusunda yargıçlara bir serbestlik tanımaktadır. “Zorunlu tutuklama” müessesinin düzenlenmemiş olması, CMK tarafından ihtiyari tutuklama tipinin tercih edildiğini ortaya koymaktadır³²³. Yargıçlar hiçbir şart altında tutuklama yapmaya mecbur bırakılmamışlardır. CMK’da sayılan

³²² Aynı yönde görüş için bkz. Faruk Erem, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996, Ankara, s:440’dan naklen Mustafa Tarık Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2007, Ankara; s: 35.

³²³ İhtiyari tutuklama hakkında detaylı bilgi için bkz. Gültaş, a.g.e., s:9, İhtiyari tutuklamanın önemi açısından ise bkz. Kunter, a.g.e., s: 525.

tutuklama şartları gerçekleşse dahi, yargıçlar serbest iradeleri ile tutuklamanın gerekmediğine kanaat getirirlerse tutuklamaya başvurmayabilirler. CMK böylece, doktrinde belirtildiği gibi, yargıçlara “boş bir çerçeve” vermiş olmaktadır. Yargıçlara rehberlik edecek kurallar yerine, onları sınırlayan kurallar verilmiştir³²⁴. Yargıçların hangi durumlarda tutuklama yapamayacakları belirtilmiş, ancak diğer durumlar onların takdirine bırakılmış; başka bir deyişle çerçevenin sınırları belirlenmiş ancak içerisine yapılacak resim onların takdirinde bırakılmıştır³²⁵. Ancak ileride inceleneceği üzere, bu serbestlik mahkemelerimiz tarafından uygulanmamakta; makul şüphe ve tutuklama nedeninin birlikte var olduğu tüm durumlarda, sanki CMK tutuklamayı şart koşmuş gibi tutuklama yapılmaktadır. Ancak, “verilebilir” diyerek maddenin ve kanun koyucunun, tutuklamayı istisnai bir durum olarak düzenlemeye çalıştığı ortadadır.

Yukarıda anılanların yanında, madde metni içerisinde belirtilen “kuvvetli şüphe” kanununun diğer maddelerinde belirtilen “şüphe” kavramından farklıdır. Burada bilinçli bir tercihin olduğu açıktır. Örneğin CMK’nın 116. maddesinde arama yapabilmek için “makul şüphe”, 129. maddede postada el koyma için “şüphe”, 170/2. fıkrasında iddianame hazırlamak için “yeterli şüphe” kavramlarından bahsedilmektedir. Bu durumda “kuvvetli şüphe” kavramının aranan en üst derecede “şüphe” olması gerektiği belirtilmelidir³²⁶. Böylece CMK, tutuklama yapabilmek için, şüphe eşiğini oldukça yukarıda tutmaktadır³²⁷. Bunun

³²⁴ Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, New York, 1998, s: 222’den naklen Ahmet Ulvi Türkbağ, *Hakimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği*, “Hukuki Perspektifler Dergisi”, Sayı: 9, Aralık 2006, s: 20.

³²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, *Hakimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği*, a.g.d., s: 20.

³²⁶ Aynı yönde yorum için bkz. Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Seçkin Yayınları, Haziran 2005, s: 323; Erdener Yurtcan, *Ceza Avukatının El Kitabı*, Vedat Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, Ekim 2006, s: 80 ve Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 9. Bası, Ankara, 2006, s:512, 513.

³²⁷ Ancak “kuvvetli şüphenin” tanımında tam olarak aynı yönde düşünmeyenler de vardır. Örneğin Malkoç, Yüksektepe, a.g.e. s: 280 “kuvvetli şüphe” kavramını “söz konusu kişinin suçu işlemiş olduğu konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin var olması durumudur” şeklinde açıklamakta ve “şüphenin, ceza davasını açmayı gerektirecek bir yoğunluğa ulaşmasını” aramaktadır. Buna karşın Özbek, a.g.e., s: 272’de kuvvetli şüpheyi; “kovuşturma sonunda sanığın mahkum olma ihtimalinin yüksek olmasını ifade eder” şeklinde tanımlayarak, tarafıma savunulan görüş yönünde açıklama getirmektedir. Bu konu hakkında dikkat edilmesi gereken bir başka durum, Türkiye’de çok fazla sayıda dosyanın beraatle sonuçlandığı gerçeğidir. <http://www.adli->

yanında “kuvvetli suç şüphesini gösterir olgular” denerek, şüphenin olgularla desteklenmesi gerektiği zorunluluğu CMK içerisinde açıkça belirtmiştir. Böylece CMK’nın, ancak kuvvetli şüpheyi destekleyen maddi bazı olguların bulunması halinde tutuklamaya izin verdiği belirtilmelidir. Bunun yanında yukarıda belirtildiği üzere, bir tutuklama nedeninin de olayda bulunması gerekir. Sonuç olarak, kuvvetli suç şüphesi ve bu şüpheyi destekleyen olguların bulunmadığı hiçbir olayda (Böyle bir durumda CMK’nın 100. maddesinin diğer fıkralarında belirtilen durumların tartışılmasına gerek yoktur) tutuklama kararı verilmemelidir³²⁸. Uygulamamız hakkındaki ciddi ve önemli bir eleştiri aşağıdaki gibidir:

“Soruşturma evresinde kolayca tutuklama kararları verilebilmekte, şüpheli tutuklu iken, iddianame hazırlıkları aylarca sürebilmektedir. Yani insanlar önce tutuklanmakta, bundan aylar sonra iddianame düzenlenmektedir. Bu gecikmeye sebep olarak da, delillerin toplanıyor olması gösterilmektedir. Burada çok ciddi bir değerlendirme hatası vardır. Tutuklama için aranan suç şüphesi iddianame düzenlemek için aranandan çok daha kuvvetlidir”³²⁹.

Bu eleştiri çok ciddi ve önemlidir zira, hem uygulamadaki büyük bir hataya işaret etmekte, hem de kişi özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılmasının bir örneğini ortaya koymaktadır.

İlk fıkra içerisindeki bir başka önemli düzenleme; tutuklama kararının verilemeyeceği durumların düzenlenmesidir (Tutuklama yasakları). Buna göre; fıkra içerisinde geçtiği şekli ile; “işin öneminin” gerekli kılmaması halinde

sicil.gov.tr/istatist.htm adresli, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün yayınlamış olduğu istatistiklere göre 2005 yılında karara bağlanan dosyaların sadece % 40.8’i mahkumiyetle sonuçlanmıştır. Mahkumiyetle sonuçlanan bu dosyaların da sadece % 26.4’ü hürriyet, bağlayıcı ceza ile sonuçlandırılmıştır. Bu düşük rakamlar, ceza davalarının yeterli ön inceleme yapılmadan açıldığı gerçeğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, CMK’nın 100. maddesi içerisinde geçen “kuvvetli şüphe” kavramının dava açılabilmesi için yeterli şüphe ile eşdeğer tutulması; tutuklama kavramının aşırı derecede genişletilmesi sonucunu doğuracağı kesindir.

³²⁸ Aynı yönde yorum için bkz. Yurtcan, *Ceza Avukatının El Kitabı*, s: 80. Benzer bir şekilde, 1412 sayılı CMUK’da geçen “belirti” kavramının bulunmasının 5271 sayılı CMK açısından tutuklama yapmak için yeterli olamayacağı, tutuklama için kuvvetli suç şüphesini gösteren somut olguların bulunması gerektiği hakkında Öztürk, Erdem, a.g.e., s:512, Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, s:9 ve Malkoç, Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, s:280.

³²⁹ Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, s: 12.

tutuklamaya başvurulmaması kanun icabıdır. Bu düzenleme, tutuklamayı kısıtlandırması ve masumiyet karinesine hizmet etmesi açısından takdir edilebilecek ancak geniş bir düzenleme olması açısından eleştirilebilecek bir düzenlemedir. Zira, gene çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere Türkiye'deki tutuklu yargılamaların gerekçelerinin hemen hemen tümünde “suçun vasıf ve mahiyetine” atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle, “işin önemi” tanımının geniş bir şekilde yapılması, tutuklamanın da sınırlarının geniş tutulmasına yol açabilecektir. Ancak madde metni ve maddenin kısıtlama getiren fıkrası bir bütün olarak göz önüne alınırsa burada kanun koyucunun geniş bir yorumdan ziyade kısıtlayıcı bir düzenleme getirmeye çalıştığı kabul edilmelidir. Bunun yanında, 1. fıkranın son bölümünde kanunun açıkça “orantılılık” aradığı ortadadır. Zira, kanun, ölçülü olunmaması durumunda tutuklama kararının verilemeyeceğini açık bir şekilde düzenlemektedir. Bu durumda, şüpheli veya sanığın eylemi ile kendisine uygulanacak olan tedbirin ağırlığı dengelenmelidir. Eğer tedbirin sonuçları, eyleme göre çok daha ağırsa orantılılık sağlanamamış olacaktır. Böyle bir durumda daha hafif bir koruma tedbirine hükmedilerek tutuklamanın olumsuz sonuçlarından kaçınılmaya çalışılmalıdır³³⁰. CMK da, 100. maddenin içerisinde sayılan diğer durumlar gerçekleşmiş olsa dahi, eğer orantılılık gerçekleşmiyorsa tutuklama yoluna gidilememesinin yolunu böylece açmış olmaktadır.

Maddenin takip eden fıkrasında “tutuklama nedenin” varsayılabileceği durumlar örnek vermek şeklinde sayılmıştır. Zira fıkra içerisinde sayılanlar kısıtlayıcı ve mutlak bir tarzda kesinleştirilmemiş, “sayılabilir” denerek örneklendirilmiştir. Bu durum Ceza Hukukunun önemli ilkelerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı değildir. Zira anılan ilke, ceza hukuku açısından olmazsa olmaz bir kuraldır ancak muhakeme kanunlarında kıyas yasağı yoktur³³¹. Bu nedenle kanunun örnekleme yolu ile birkaç örnek vermesi, tutuklama nedenlerinin hepsini saymaması ve her olayın kendi özelliklerine göre yargıçlara serbesti tanınması olumlu bir adımdır. Fıkranın ilk bendinde şüpheli veya sanığın kaçma şüphesi, tutuklama nedeni olarak sayılmıştır. Ancak buradaki

³³⁰ Aynı yönde yorum için bkz. Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, s: 36.

³³¹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., s: 101.

en önemli husus; 2/a bendinin sonundaki “somut olgular” ifadesidir. Tekrar tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere kaçma şüphesi Türk mahkemelerince geniş olarak yorumlanmaktadır. Kaçma şüphesi, tek kelime halinde ve somut hiçbir delile dayanmadan tutuklama nedeni olarak mahkemelerimizce uygulanmaktadır. Oysa kaçma şüphesi ile kaçma ihtimali aynı olgulara işaret etmezler. Kaçma ihtimali; bir ceza yargılamasının muhatabı olan her kişi için geçerlidir. Her kişinin kendini kurtarmak için kaçabileceği öngörülebilir. Ancak tüm modern hukuk sistemleri gibi CMK da “somut olgular” aramaktadır. Kaçma şüphesi bu somut olgulara dayanarak ispatlanmalıdır. Bu somut olguların ne olacağı kesin bir şekilde saptanamaz. Ancak; bir kişinin tüm gayrı menkullerini satışa çıkarması, yurt dışına uçak bileti alması, tüm banka hesaplarını yabancı devlet bankalarına taşıması örnek olarak kabul edilebilir³³². Yalnız bunlar da kesin kabul edilemezler. Her olayın şartları içerisinde, bu verilen örnekler dahi mantıklı ve geçerli bir şekilde açıklanabilirler. Bu durumda da tutuklamaya başvurulmaması gerekir. Buna karşın bazen çok daha küçük örnekler dahi kaçma şüphesini destekleyebilir ve bunlara dayanılarak tutuklama yapılabilir. Ancak, CMK’nın somut olgular arayan açık hükmüne karşın, Türk Mahkemelerinin, hiçbir kararında somutlaştırma olmaması ve kaçma şüphesi denilerek tutuklamaya karar verilmesi uygulamanın önemli bir eksikliğidir.

Tutuklama nedeni olarak kanun tarafından gösterilen ikinci örnek; “*şüpheli veya sanığın davranışlarıdır*”. Ancak bu örnek, geniş olması nedeni ile kanun tarafından açıklanmıştır. Şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirmeye yönelik olması ve tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimleri kanun tarafından sayılmıştır. Şüpheli veya sanığın davranışları ibaresi fazlası ile geniş bir alanı kapsadığından kanun tarafından getirilen sınırlama isabetlidir. Aynı şekilde delillerin karartılması veya değiştirilmeye çalışılması, tanık veya mağdur üzerinde baskı kurulmaya çalışılması durumlarında da tutuklama kurumuna başvurulması isabetlidir. Ancak, “başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma” geniş bir şekilde yorumlanmaya müsait bir ibaredir. Olay kapsamı içerisinde, yargılamaya etki

³³² Farklı örneklerle birlikte aynı yönde görüş için bkz. Çolak, Taşkın, a.g.e., s: 324.

edemeyecek kişiler üzerinde baskı kurulabileceği gerekçesi ile tutuklama yoluna başvurmak, kişi özgürlüğü gibi önemli bir kavramı zedeleyebilecek bir durumdur³³³.

CMK ile, “koruma amacı ile” tutmaya da olanak sağlanmamıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, çok istisnai durumlarda İHAM, tutulananın can güvenliğinin korunması amacı ile tutmaya izin vermektedir. Ancak iç hukukumuz böyle bir tutmaya izin vermemektedir. Bu isabetli bir düzenlemedir, zira, kimse canının korunması amacıyla zorla tutulmak zorunda değildir. Kişiye sığınma ya da koruma talep etme hakkı verilmesi yerindedir, ancak tehlike altında olan bir kişinin tutulabilmesine olanak tanınması ucu son derece açık ve kötüye kullanılabilir bir özgürlük kısıtlamasına yol açabilir. Ayrıca, başka bir yönden, tehlikenin kaynağının özgürlüğüne dokunulmaması, buna karşın tehlike altında olanın tutulması hukuk adaleti açısından da zedeleyici bir sonuca yol açar.

Delillerin karartılması tehlikesine dayandırılan bir tutuklamada ise, delillerin toplanmış olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Eğer deliller toplanmışsa, herhangi bir karartma tehlikesi de olmayacağından tutuklamaya hükmedilmemelidir³³⁴.

100. maddenin 3. fıkrasında belirli suçlar sayılmış (katalog suçlar), sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe olması durumunda tutuklama nedeni var sayılabilir denmiştir. Fıkra içerisinde sayılan suçlar genellikle ceza kanununca ağır cezai müeyyidelere tabii tutulmuş suçlardır. Bu bilgiler ışığında fıkranın yararlı ve işlevsel olduğu ileri sürülebilir. Ancak uygulama ile birlikte ele alındığında fıkranın ne yazık ki olumsuz sonuçlara yol açtığı tezin ilerideki bölümlerinde görülecektir. Zira, fıkra içinde sayılan bir suçun yargılamasında, adeta bir zorunlu tutukluluk hükmü getirilmekteymiş gibi, mahkemelerimiz tarafından her durumda tutuklu olarak yapılmaktadır³³⁵. Oysa fıkranın amacının bu olmadığı, “sayılabilir” ibaresinden ortaya çıkarılabilir. Kaldı ki, CMK’nın

³³³ Bu ifadenin geniş değil, aksine eksik düzenlendiği; “bilirkişileri baskı altına alma” tehlikesinin açıkça belirtilmemesinin uygun olmadığı hakkında; aksi görüş için bkz. Erdener Yurtcan, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2005, s: 66.

³³⁴ Aynı yönde görüş için Yurtcan, *Ceza Avukatının El Kitabı*, s: 80.

³³⁵ Aynı yönde eleştiri için bkz. a.g.e., s: 66. Ayrıca otomatik tutuklama kararı verilmemesi gerektiği yönünde bkz. Özbek, a.g.e., s: 279; Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, s: 14.

hiçbir maddesinde zorunlu tutuklama uygulaması kabul edilmemektedir. 100. maddenin genelinde olduğu gibi, 3. fıkranın da tutuklamayı daraltıcı yönde bir fıkra olduğu düşünülebilir. Ancak uygulamada yol açtığı sorunlar göz önüne alındığında, “katalog suçlar” yerine; diğer fıkraların bu fıkra içerisinde sayılan suçlara uygulanması sonucunda tutuklu yargılamanın gerekip gerekmediğine yargıçların, diğer suçlarda olduğu gibi, araştırarak karar vermelerinin düzenleme altına alınması daha olumlu sonuçlara yol açabilirdi³³⁶. Kaldı ki, bir şüpheli veya sanığın yargılandığı suçun ağırlığına veyahut da niteliğine göre tutuklu yargılanması; “masumiyet karinesinin” ihlali niteliğindedir. Bir kişi, ne kadar ağır bir suçla itham edilirse edilsin, suçu sabit oluncaya kadar suçsuzdur. Sadece isnat edilen suçun ağır olması nedeni ile tutuklu yargılamaya başvurulması bir anlamda; sanık hakkında hükmolunacak cezanın sanığa peşinen çektirilmesidir. Bu da cezalandırıcı tip bir tutuklamadır. Oysa ki, daha önce de belirtildiği gibi, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi CMK’da da; tutuklama bir cezalandırma metodu değildir³³⁷. Tutuklamanın yeri, CMK’da olduğu gibi, koruma tedbirlerinin içerisinde yer almaktadır. Tutuklama, önleme ve koruma amaçlı kullanılmalı ancak bu özelliğini kaybederse tutuklamadan vazgeçilmelidir. Zira, bilinen bir deyimdeki gibi; bir masumun haksız yere hapsedilmesinden yüz suçlunun sokaklarda gezmesi iyidir. Tutuklama, aksi gerekmedikçe son yöntem olmalıdır. İHAM kararlarının incelendiği bölümde belirtildiği üzere, belirli suçlar açısından zorunlu tutuklama müessesesi İHAM tarafından da kabul edilmemektedir.

100. maddenin son fıkrası kısıtlandırmaya yönelik bir fıkradır. Bu fıkra gereğince; hapis cezasının sınırı bir yılı geçmeyen suçlar ve sadece adli para cezası gerektiren suçlar nedeni ile yargılananlar hakkında tutuklama kurumuna başvurulamayacağını düzenlemektedir. Bu fıkra da, tutuklamanın, özellikle de hafif cezalar içeren suçlar hakkında uygulanmamasını sağlamak açısından önemlidir. Bu fıkra ile tutuklama gibi ciddi bir tedbirin, getireceği yarardan daha çok zarar getireceği durumlarda uygulanmasının önüne geçilmek istenmiştir,

³³⁶ Aynı yönde bilgi için bkz. Çolak, Taşkın, a.g.e., s: 320; diğer fıkraların gerekliliklerinin aranması hakkında Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, s: 55.

³³⁷ Aynı yönde bilgi için bkz. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s:513.

ancak sınır 1 yıl gibi çok kısıtlı tutulduğundan uygulama açısından bir yardımı bulunmayacaktır³³⁸.

Son olarak belirtmelidir ki, hukukumuzdaki tutuklama nedenleri CMK 100. madde içerisinde sayılanlarla sınırlıdır. Kanunda sayılmayan bir nedene dayanarak tutuklama yapılamaz ve tutuklamanın devamını gerektiren nedenler daha sonra ortadan kalkmışsa tutuklamaya son verilmelidir. Aynı şekilde; tutuklama esas hakkındaki hüküm ile ve aşağıda inceleneceği üzere tutuklamanın üst sınırını oluşturan sürelerle ulaşılmaması ile de son bulabileceği gibi, doğal olarak tutulanın vefatı halinde de sona erecektir.

b- CMUK Açısından

CMK'nın tutuklama nedenlerini düzenleyen 100. maddesinin karşılığı, 1412 sayılı eski muhakeme kanunumuzun “sanığın tutuklanmasını mucip haller” başlığını taşıyan 104. maddesidir. Bu madde uyarınca, bir kişi hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için esas şart; hakkında bir suç işlediğine dair kuvvetli belirti bulunmasıdır. Bu esas şart gerçekleşmedikçe tutuklamaya başvurulamaz. Buna karşın bu şart tek başına yeterli olmamakta ve ancak kanunda sayılan; kaçma şüphesi, delillerin karartılması, bilirkişilerin etki altına alınmaya çalışılması gibi ek koşulların da olayda gerçekleşmesi aranmaktadır³³⁹.

Maddenin 1. bendinde “*kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması*” denmiştir. 5271 sayılı CMK'dan farklı olarak burada da “somut olgular” aranmamış, “vakıa” denilerek çok daha geniş bir alanı kapsayabilecek olguya atıfta bulunmuştur. CMK'nın 100. maddesinin en büyük yeniliği; uygulamaya yansımamış olsa da; kaçma şüphesi açısından somut olgular aranmasıdır.

Maddenin 2 numaralı bendinde ayrıntılı olarak delillerin etkilenmesi durumları sayılmıştır. Bu durumlarda tutuklama kararına hükmedilebileceği

³³⁸ Benzer yönde bir eleştiri için bkz. Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, s: 17,18.

³³⁹ İsmail Malkoç, Mahmut Güler, *Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, 1. Cilt, Adil Yayınevi, 1998, Ankara, s: 449,450 ve Erdener Yurtcan, *CMUK Şerhi*, Beta Yayıncılık, 3. Bası, Mart 2000, İstanbul, s: 272.

düzenlenmiştir. Bu durum da CMK 100'den farklılık arz etmektedir. Zira, CMK 100'de “delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme” şeklinde bir ibare yer almış ancak delillerin nasıl değiştirilebileceği açıklanmamıştır.

Sonraki fıkra içerisinde; madde içerisinde yer alan ve yukarıda değinilen 1 ve 2 numaralı bentlerdeki durumlara örnek verilerek tutuklama nedenleri gösterilmiştir. Bu fıkra uyarınca, isnat edilen suçun cezasının üst sınırı yedi yıldan fazla olan bir suç ise ve sanığın ikametgahı veya meskenin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi durumunda kaçma şüphesinin var olduğu sonucuna ulaşılabilecek ve tutuklamaya hükmedilebilecektir. Bu durum, sanıkların aleyhine ciddi bir karinedir. Bu düzenleme nedeni ile, artık tutulanlar, kaçma şüphelerinin olmadığını ispat etmek zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılmış olmaktadır. Tutulanların kaçma şüphelerinin olmadığını ispatlayamamaları durumunda ise; her ne kadar kanunda ek koşulların varlığı aranmış olsa da, tutuklanmaları kaçınılmaz olacaktır³⁴⁰. CMUK'un bu düzenlemesi oldukça ağır bir düzenlemedir ve yargıçların, cezası yedi yılı aşan suçlar hakkında zorunlu tutuklamaya başvurmalarına yol açmıştır.

Yukarıdaki paragrafta anılan ve olumsuz sonuçlara yol açan düzenlemenin yanında, takip eden fıkroda altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar için dahi istisnalar getirilmiş ve tutuklamanın yolu ciddi şekilde açılmıştır. Bu fıkra içinde geçen “suçun toplumda infial uyandırması” tehlikesi ile 6 aya kadar özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar açısından dahi tutuklamaya başvurulabilmesi çok ciddi bir kısıtlamadır. Zira infial kavramı; somut bir tanımı yapılamayacağı ve bu durumun kişi özgürlüğünün gereksiz yere ihlal edilebilmesi sonucunu doğurabileceğinin yanında, kavram, önemli eleştirilere de açıktır. Örneğin; “küçük yerleşim birimlerinde iletişim daha çabuk kurulduğundan ve bu yerlerdeki yurttaşların suçtan etkilenmeleri daha fazla olacağından bu yerleşim birimlerindeki yargıçlar ... daha yoğun biçimde tutuklama kararı verirlerken, büyük kentlerde benzer suçlar nedeniyle çok daha az tutuklama kararı verilebilecektir”³⁴¹.

³⁴⁰ Yurtcan, *CMUK Şerhi*, s: 273.

³⁴¹ Malkoç, Güler, *Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, s: 452.

CMUK'un 104. maddesinin son fıkrası ise daraltıcı, kısıtlayıcı bir düzenleme içermektedir. Fıkra içinde, *“soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabilecekse veya tutuklama yerine başka bir yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilecek ise tutuklamaya karar verilemez”* denmektedir. Bu daraltıcı yorum, “orantılılık” ilkesinin hayata geçirilmeye çalışılmasının bir sonucudur. Buna karşın, bu yorum, maddenin genelindeki genişletici yorumları engellemeye yeter güçte değildir.

Açıklananlar, CMUK'un 104. maddesinin, CMK'nın 100. maddesine göre, tutuklama kurumunu çok daha geniş bir alana uygulanabilir kıldığını ortaya koymaktadır. CMUK uygulaması zamanında geniş ve sık bir şekilde uygulanan tutuklama, ceza hukukumuz içerisinde yer etmiş ve tezin ilerleyen aşamalarında görüleceği üzere, kanun değişikliğine rağmen etkilerini göstermeye devam etmiş ve etmektedir.

2- Tutuklama Kararı

a- CMK Açısından

CMK'nın 101. maddesi “tutuklama kararı” başlığını taşımakta ve tutuklama kararının şartlarını düzenlemektedir.

Maddenin ilk fıkrası, tutuklamaya kim tarafından istemde bulunulacağını ve hangi makamın tutuklamaya hükmedebileceğini düzenlemektedir. 101. maddenin 1. fıkrası uyarınca; soruşturma evresinde tutuklama kararı ancak, *“Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından”* verilir. Cumhuriyet savcılarının isteminin aranması, soruşturmanın başı konumundaki savcıların, dosya kapsamında tutuklamaya ihtiyaç duyulup duyulmadığını en iyi bilen kişiler olduğu düşünülmesi nedeniyledir. Kuvuşturma evresinde ise, Cumhuriyet savcılarının istemi ile olabileceği gibi yargıçlar tarafından re'sen de tutuklamaya hükmedilebilecektir. Soruşturma aşamasında, tutuklama kararının isteminin savcılara ait olması, kuvuşturma aşamasında ise savcılık isteminin şart

olmaması görev ve yetki paylaşımı açısından olumlu bir düzenlemedir. İlk fıkranın üzerinde en çok dikkat edilmesi gereken noktası ise, tutuklamanın ancak bir yargıç kararı ile verilebileceğidir. Böylece kişi özgürlüğünün ancak bir yargıç kararı ile kısıtlanabileceği, idari ve adli diğer yollarla kişi özgürlüklerine müdahalede bulunulamayacağı düzenlenmiş olmaktadır.

Fıkranın takip eden düzenlemesi ise oldukça önemlidir. Fıkra devamında; *“bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir”* denmektedir. Bu hüküm ile, tutuklama talebi içeren istemlerin dahi gerekçeli olması düzenlenmektedir. Gerekçenin öneminin vurgulanması için, fıkra içerisinde *“mutlaka”* denmiştir. Zira tutuklama, belirtildiği üzere istisnai bir hukuk yoludur ve ancak başka yol olmaması halinde son olarak başvurulacak yoldur. Bu nedenle, diğer adli kontrol uygulamalarının neden yetersiz kalacağı, olayın hukuki ve fiili yönlerini de kapsayacak şekilde, istem içerisinde açıklanmalıdır. Böylece tutuklamaya karar verecek olan yargıcın da tutuklamaya gerek olup olmadığını rahatça değerlendirebilmesi sağlanır. Ancak, Türkiye uygulamasında Cumhuriyet savcılarının istemleri de, mahkeme kararları gibi, açıklamadan uzak ve benzeri ifadelerin tekrarlanması şeklinde olmaktadır. Bu nedenle, kanunun açık hükmü uygulamamızda takip edilmemektedir.

CMK'nın 101/2. fıkrası; Cumhuriyet savcılarının istemleri gibi; *“tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenlerin”* gerekçe içerisinde gösterilmesini emretmektedir. Tutuklama kararının gerekçeli olması, kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından çok önemlidir. Zira tutuklama gibi tehlikeli bir kurumun hangi gerekçeyle uygulandığının bilinmesi gerekir. Aksi halde kişi özgürlüklerinin kısıtlanması bireysel kanaatler ve keyfi uygulamalarla zedelenebilir duruma gelecektir. Gerekçenin olması, ileride inceleneceği üzere, tutuklamaya itiraz açısından da oldukça önemlidir. Gerekçesiz kararlarda neye itiraz edilebileceği bilinemeyecek ve itirazın reddi kararı da keyfi olacaktır. Ayrıca adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağını hukuki ve fiili duruma uygun olarak açıklanması aranmıştır. Bu hükümle amaçlanan, gerekçe

olarak gösterilen; ancak gerçekte bir gerekçe olmayan, tek tek kelimelerden ibaret ve olayın özüne ve adli kontrolün neden yetersiz kalacağına dair bilgiler içermeyen, mahkemelerimiz uygulamalarının önüne geçilmesidir. Ancak tekrar tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, CMK'nın açık hükmüne karşın, Türk mahkemeleri, tutuklama yoluna başvururken, olayın özüne girmemekte, yeterli hukuki ve fiili açıklamayı yapmamaktadır. Uygulamada takip edilen bu yöntem CMK'ya olduğu kadar Anayasa'ya ve İHAS'a da aykırılık taşımaktadır ve bu yöntem nedeni ile Türkiye'de tutuklama yaygın, tutuklamaya itiraz ise etkisiz olmaktadır. Bu konu hakkında bazı müellifler, gerekçelerin açık ve ayrıntılı olması gerektiği fikrine katılmakta, ancak fazla ayrıntılı gerekçe yazılmasının ihsas-ı rey olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedirler³⁴². Ancak tarafımda bu görüşe katılmamaktadır. Tutuklamanın gerekçesi olabildiğince ayrıntılı olmalıdır. Bu durum, ihsas-ı rey olarak adlandırılmaz; zira tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin yanında bir tutuklama nedeni de bulunmalıdır. Tutuklama nedeninin bulunmadığı bir olayda, isnat edilen suç ne kadar ağır olursa olsun tutuklama yoluna başvurulamaz. Bu nedenle tutuklama gerekçeleri ile olayın esasına yönelik gerekçeler birbirinden kolayca ayrılabilir. Örneğin bir kişinin, kaçma tehlikesinin, yukarıda verilen örneklerdeki gibi; pasaportunu hazırlaması, yatırımlarını başka bir devlete taşıması, gayri menkullerini nakte dönüştürmesi gibi ayrıntılı bir gerekçenin olayın esası ile hiçbir ilgisi yoktur ve ihsas-ı rey olarak değerlendirilemez. Kuvvetli suç şüphesinin tutuklama kararında açıkça tartışılmasının da ihsas-ı rey olarak değerlendirilmemesinin ilk yolu, sadece tutuklama kararı vermekle görevli mahkemeler kurulması yolu ile sağlanabilir. Kurulacak bu mahkemelerin sadece tutukluluk hakkında karar vermesi ve hiçbir dosyanın esas incelemesine girmemesi durumunda ortada ihsas-ı rey açısından bir sorun olmayacaktır. Buna karşın mevcut şartlar altında da, kuvvetli suç şüphesinin tutukluluk kararında tartışılması da ihsas-ı rey olarak değerlendirilmemelidir. Zira, bir kişinin yakalandığı koşullar içerisinde üzerinde suça konu mal veya suç aleti bulunmuş olabilir. Bunun tutuklama kararında belirtilmesi, o yargıcın, esas

³⁴² Malkoç, Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, s: 286; Gültaş, *Tutuklama ve Kanun Yolları*, s: 24,25.

hakkındaki kararını açıkladığı şeklinde anlaşılmalıdır; kuvvetli suç şüphesini gösterir olguların şüpheli üzerinde bulunduğunu gösterir tespitler olarak algılanmalıdır. Buna karşın İHAM, *Karakoç ve diğerleri* kararında, başvuruolarının tutuklanma gerekçeleri ile ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmü gerekçeleri arasında fark bulunmaması ve tutuklama kararında yargılama konusu olayın esasına ilişkin karar verildiği kanaati ile İHAS'ın 6. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³⁴³. Bu nedenle tutuklama gerekçeleri yazdırılırken dikkatli olunmalı ve olayın esasına ilişkin gerekçeler ile kuvvetli suç şüphesini gösterir gerekçelendirme arasındaki sınır geçilmemelidir. Ancak bu gibi tartışmalara girmemek için en sağlıklı olan, tutukluluk durumu hakkında karar verecek olan özel yetkili mahkemeler kurulması yoludur.

CMK'nın 101/2. fıkrasının sonunda, kararın içeriğinin şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilmesi ve kararın bir örneğinin kendilerine verilmesi düzenlenmiştir. Böylece İHAS'ın 5. maddesi içerisinde yer alan bilgilendirme mükellefiyetinin mahkemelerimizce yerine getirilmesi ve sanık ile şüphelilerin özgürlükleri hakkındaki işlemleri açıkça anlamalarının sağlanması amaçlanmaktadır. Bunun yanında, CMK'nın 101. maddesinin 2. fıkrasında geçen "sözlü olarak sanığa bildirilir" hükmünün doğal sonucu; tutuklama kararının şüphelinin yokluğunda verilemeyeceğidir. 1412 sayılı CMUK'tan farklı olan bu yolun kabulü ile, mahkeme huzurunda hazır olmayan şüpheli hakkında ancak "yakalama kararı" verilebilecektir³⁴⁴. Bu oldukça isabetli bir düzenlemedir. Böylece, kişi özgürlüğünün ciddi bir ihlali olan tutuklama uygulaması, yargıcın karşısına çıkmayan ve dinlenmeyen bir kişi açısından verilemez duruma getirilmiştir. Yakalama kararları ile de gıyapta tutuklama kararları ile amaçlanan sonuca ulaşılabilir ve gerekli koruma sağlanmış olacaktır³⁴⁵.

Tutuklamamın istenmesi durumunda; şüpheli veya sanıkların bir müdafinin yardımından yararlanması, kendileri açısından bir hak, mahkemelere ise yüklenen bir sorumluluk olarak CMK'nın 101/3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu demektir ki,

³⁴³ Karakoç ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 27692/95, 15.10.2002, para. 60.

³⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s:508,509,522.

³⁴⁵ Aynı yönde görüş için Özbek, a.g.e., s: 275.

CMK, kişi özgürlüğünün tartışılacağı bir tutuklama kararı sırasında “zorunlu müdafilik” uygulamasını kabul etmektedir³⁴⁶.

CMK'nın 101/4. fıkrasında tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanığın derhal serbest bırakılacağı düzenlenmiştir. Ancak tezin ilerleyen bölümlerinde Türkiye uygulaması incelenirken görüleceği üzere, özellikle sanıklar, hemen bırakılmamakta, salıverilme kararını takiben elleri kelepçeli, kollarında jandarmalar olmak suretiyle cezaevlerine götürülmektedir. Konu ile ilgili İHAM kararları ve Türkiye uygulaması tezin ilerleyen bölümlerinde daha ayrıntılı bir şekilde tartışılacaktır.

CMK'nın 101. maddesinin son fıkrası, 100. madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebileceğini düzenlemektedir. Madde metni, özellikle hem Cumhuriyet savcılarının tutuklama istemlerinin hem de mahkemelerin tutuklama kararlarının gerekçeli olmasını araması açısından önemlidir. Son fıkrada düzenlenen itirazların etkili olabilmesinin tek yolu da gerekçe şartının, gerçek anlamı ile tutukluluk kararlarına girebilmesidir.

b- CMUK Açısından

1412 sayılı CMUK'un konu ile ilgili maddesi; “sanığın tutuklanması ve tutuklama müzekkeresinin şekli” başlığını taşıyan 106. maddesidir. Bu madde ile de aynı CMK gibi, sanığın tutuklanabilmesi için yargıç kararının varlığı aranmıştır. Sanık hazır ise tutuklama kararından önce dinlenmesi, sanık hazır değil ise tutuklama kararının yokluğunda verilebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm de göstermektedir ki; CMUK ile CMK'dan farklı olarak “gıyapta tutukluluk” olarak adlandırılan, şüpheli veya sanığın olmadığı bir oturumda hakkında tutuklama kararına hükmedilebileceği düzenlenmektedir. Sanığın sorgusu sırasında, sanık isterse vekaletname aranmaksızın sanığın müdafininin de hazır

³⁴⁶ Aynı yönde bilgi için bkz. Özbek, a.g.e., s: 273; Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, s: 63.

bulunabileceği düzenlenmiştir³⁴⁷. Ancak, burada da bir ihtiyarilik söz konusudur. CMK'dan farklı olarak “zorunlu müdafilik” kavramı CMUK tarafından kabul edilmemiştir³⁴⁸.

CMUK'un 106/2. fıkrasında ise, tutuklama müzekkeresi düzenlenmiştir. Bu fıkra ile, tutuklama müzekkerelerinin mümkün olduğunca ayrıntılı olması hüküm altına alınmıştır. Gene yukarıda belirtildiği üzere, bu durum da CMK'dan farklı düzenlenmiştir. CMK uyarınca, gerekçe ile hukuki ve fiili durumların karar içerisinde gösterilmesi zorunludur. CMUK ise mümkün olduğu kadar diyerek, kısıtlı bir açıklamayı kabul etmektedir.

CMK'nın tutuklama kararının sözlü olarak bildirilmesi ve kararın bir örneğinin tutulana verilmesi şartlarına karşın; CMUK, tutma müzekkeresinin tebliğini, bu mümkün olmazsa tutma sebepleri ve aleyhindeki isnatların sanığa yazılı olarak verilmesini öngörmüştür.

Tutuklama müzekkeresinde, sanığa tutma kararına itiraz hakkı olduğunun belirtileceği CMUK 106/son ile şart koşulmuştur.

3- Tutuklulukta Geçecek Süre

a- CMK Açısından

CMK'nın 102. maddesi “tutuklulukta geçecek süre” başlığını taşımakta ve tutuklu yargılamalarda en uzun süreleri düzenlemektedir. Madde gereğince; ağır ceza mahkemelerinin görev alanına girmeyen işler için tutukluluk süresi en çok bir yıl olarak kabul edilmiştir. Ancak zorunlu hallerde bu sürenin; gerekçesi gösterilmek şartıyla, altı ay daha uzatılabileceği düzenlenmiştir.

102. maddenin ikinci fıkrası ile de, ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren işlerde tutukluluk süresini en çok iki yıl olarak düzenlemektedir. Bir

³⁴⁷ Bu düzenleme; sanığın olmadığı durumlarda, müdafinin ve savcının dahi yokluğunda yargıcın evrak üzerinden yapacağı bir inceleme sonucunda tutukluluk gibi önemli bir karara varılabilmesine izin vermesi açısından eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtcan, *CMUK Şerhi*, s: 278,279.

³⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz. İsmail Özmen, Uygur Aktalay, *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Doruk Yayınları, 1993, s: 186.

önceki fıkra ile aynı şekilde; gerekçe gösterilmesi şartıyla tutukluluğun toplam üç yılı geçmemek şartıyla uzatılabileceği düzenlenmiştir.

Maddenin son fıkrası, uzatma kararı verilmeden önce Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanık ile müdafinin dinlenilmesinin gerektiğini düzenlemektedir.

102. madde düzenlediği alan itibarı ile önemli bir maddedir. Ancak maddenin getirdiği düzenleme süreleri; zorunlu haller nedeni ile uzatma seçenekleri kullanılsa dahi fazlası ile uzundur. Bu uzun tutukluluk süreleri, Türkiye’de kişi özgürlüğüne verilen önemi gözler önüne sermektedir. Kişi özgürlüğünün korunabilmesi için, tutuklama en istisnai yol olarak düzenlenmeli, tutuklama tedbirinin gereksiz duruma düşmesi durumunda tutuklamaya son verilmeli, kısacası tutuklama denetlenmeli ve tutukluluk süresi mümkün olduğunca kısaltılmalıdır. Ancak muhakeme kanunumuzun istisnai haller olmadan düzenlediği bir ve iki yıllık süreler dahi uzundur. Davanın sonuçlanmasına kadar sanıkların masum sayılacağı ilkesi karşısında, iki yıl sürecek bir yargılamanın sonucunda verilecek beraat kararı, iki yıl boyunca tutuklu kalan kişi için hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bunun yanında 102. maddenin 2. fıkrası açısından bir tartışma da söz konusudur. Zira, 1. fıkra içerisinde “tutukluluk süresi en çok 1 yıldır” ve “6 ay daha uzatılabilir” ibareleri geçmektedir. Buna karşın 2. fıkra içerisinde “tutukluluk süresi en çok 2 yıldır” ve “uzatma süresi toplam 3 yılı geçemez” denmektedir. Bu nedenle 2. fıkra 2 ayrı şekilde yorumlanabilir. Birinci yorum uyarınca uzatma ile birlikte toplam tutukluluk süresi 3 yılı geçememelidir³⁴⁹. Ancak, 2. yoruma göre uzatma süreci 3 yılı geçemez ve böylece 2 artı 3 yıllık, sonuç olarak da 5 yıllık tutuklu yargılama olanağı ortaya çıkmış olur³⁵⁰. CMK’nın ruhu göz önüne alındığında ilk yorum kabul edilmelidir ve adalet açısından ilk yorumun kabul edilmesi de daha isabetli sonuçlara yol açacaktır. Ancak ikinci görüş de, CMK’nın dili açısından daha makul gözükmektedir. Zira, 1. fıkrada “daha” ibaresi kullanılmışken, 2. fıkrada bu ibare

³⁴⁹ Bu yönde görüş için bkz. Özbek, a.g.e., s: 282.

³⁵⁰ Bu yönde görüş ve sürenin uzun olduğu konusunda eleştiri için bkz. Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s: 520 ve Malkoç, Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, s:289.

yoktur. Bu durumda kanun koyucunun farklı bir sonuç tasarladığı kabul edilebilir. Kanunun açık olmayan bu hükmü, uygulamada büyük sorunlara yol açabilecektir.

Anayasamız, uluslararası anlaşmalar ve uluslararası mahkemeler tutukluluk sürelerinin, uygulanabilecek en kısa zaman süreci için takip edilmesini kabul etmektedirler. Sürelerin kısa tutulması ve mahkemelerin yargılamalarını mümkün olan en kısa zamanda bitirmeleri ve bitiremiyorlarsa bunların cezasının yargılananlara çektirilmemesi gerekir. Aksi halde, “geç gelen adalet, adalet olmayacak”, şüpheli ve sanıklar mağdur edilecektir.

CMK'nın 102. maddesinde düzenlenen sürelerin uzunluğunun yanında, CMK dikkatlice incelendiğinde 252. maddenin terör suçları açısından bu sürelerin iki katına çıkarılabildiği görülecektir. Yukarıda 102. maddenin 2. fıkrasındaki açık olmayan durum nedeni ile bu sürelerin 10 yıla kadar uzayabileceğini kabul etmek de olası olacaktır. Bu durum, masumiyet karinesinin ihlali değil, açıkça ortadan kaldırılması sonucunu doğuracaktır. Yukarıda incelendiği üzere, İHAM, terör olaylarının yarattığı derin acı ve önlenmesindeki zorlukları dikkate almakta, ancak devletlere bu konu hakkında sınırsız özgürlük ihlalleri yolunu açmamaktadır. Sadece isnat edilen suç nedeni ile iki kat süre boyunca tutuklu olarak yargılamak İHAM önünde Türkiye'yi zor duruma düşürebilecek gibi görünmektedir.

b- CMUK Açısından

1412 sayılı CMUK'un konu ile ilgili maddesi; “tutuklulukta geçecek süre” başlığını taşıyan 110. maddesidir. Madde ile; hazırlık soruşturması sırasındaki tutukluluk süresi 6 ay ile sınırlandırılmış, ancak kamu davasının açılması halinde bu sürenin iki yıla çıkabileceği düzenlenmiştir. CMK'dan farklı olarak CMUK içerisinde, ağır cezalı işler ve diğer işler ayrımı yapılmamıştır. Ancak CMK'ya benzer şekilde, “soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle” soruşturma kapsamında dava açılmamış veya hüküm tesis edilmemiş ise cezasının alt sınırı yedi seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılır, yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar için ise bir sınır getirilmemiştir. Sınır yerine; “*olay içerisindeki*

tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk haline devamına veya sona erdirilmesine veya uygun görülecek nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebilir” denmiştir. Tutukluluk süresine bir üst sınır konmamış olması bu düzenlemenin en eksik yanıdır. CMK ile bu eksik giderilmiş ve sanıkların belirsiz süreli tutuklanmalarını önleyen düzenlemeler benimsenmiştir. CMK'nın bir sınır çizmesi çok yerindedir, ancak sınırın uzun tutulması da özgürlükleri zedeleyici niteliktedir.

4- Cumhuriyet Savcılarının Tutuklama Kararının Geri Alınması İstemi

a- CMK Açısından

CMK'nın 103. maddesi, Cumhuriyet savcılarının tutuklama kararının geri alınmasını isteyebileceklerini düzenlemektedir. İlk fıkra, aynı istemin şüpheli ve müdafii tarafından da yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme de yerinde bir düzenlemedir, zira böylece Cumhuriyet savcılarının da tutukluk kararından sonraki süreçte tutukluluğun denetimini yapabilme şansı ortaya çıkmaktadır. Tutukluluğun gereksiz yere uzamaması için Cumhuriyet savcılarının da talepte bulunabilmesi yerindedir. Bu madde ile, adli kontrol uygulamalarının tutukluluğa tercih edilmesini özendirmek amaçlanmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası ile, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcılarının re'sen şüpheliyi bırakabilecekleri ve ayrıca bir yargıç kararına gerek olmadığı düzenlenmektedir. Böylece kişi özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılmasında savcılarda yetkilendirilmiş olmaktadır. Cumhuriyet savcılarının kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermeleri durumunda ise şüphelinin; ayrıca herhangi bir işleme gerek kalmadan; serbest kalacağı düzenlenmiştir.

b- CMUK Açısından

1412 sayılı CMUK'un konu ile ilgili maddesi; “tutuklama müzekkeresinin geri alınması talebi, Cumhuriyet savcısının sanığı salıvermesi” başlığını taşıyan

126. maddesidir. Bu madde ile CMK'ya benzer bir düzenleme kabul edilmiş ve Cumhuriyet savcılarında tutukluluk hususunda önemli bir takdir hakkı tanınmıştır. Buna göre; eğer Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmaz yada tutukluluğun devamını gerekli görmezse sanığı hemen salma hakkına sahiptir.

5- Salıverilme Talepleri

a- CMK Açısından

CMK'nın 104. maddesi, “şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri” başlığını taşımaktadır. Bu madde ile, tutuklamaya itiraz dışında ikinci bir yol, şüpheli ve sanıklara verilmektedir. Bu madde gereğince; *“soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir”*. CMK uyarınca tanınan bu hak önemlidir. Bu şekilde, hakkında tutuklamaya hükmedilmiş her şüpheli ve sanık, dosya içeriğinde gelişme olsun ya da olmasın, tutukluluk halini; soruşturma aşamasında bir sulh ceza yargıcına, sulh ceza yargıcının kararını da itiraz yolu ile bir asliye ceza yargıcına, kovuşturma aşamasında ise, davasının görüldüğü mahkemeye gözden geçirtebilir. Böylece, gözden geçirme yada mahkeme günleri beklenmeden, tutuklamanın sonlandırılabilmesini talep etme imkanı doğmaktadır. Ayrıca takip eden fıkra da; *“şüpheli veya sanığın tutukluluk halinin devamına veya salıverilmesine hakim veya mahkemece karar verilir. Ret kararına itiraz edilebilir”* denmiştir. Bu fıkra ile İHAS'ın 5. maddesi ile düzenlenmiş bulunan bir hak iç hukukumuzda karşılığını bulmaktadır. Ayrıca, ret kararına itiraz edilebilmesi, tutukluluk kararının, CMK uyarınca bir üst veya takip eden mahkeme tarafından da incelenmesini sağlayacağından önemlidir.

Salıverilme istemleri sadece soruşturma ve ilk derece mahkemesinin yargılaması sırasında değil, karar kesinleşinceye kadar önemi korur. 104. maddenin son fıkrası; *“dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde*

yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re'sen de verilebilir” diyerek, belirtilen duruma olanak sağlar.

Şüpheli veya sanığa verilen salıverilmesini talep hakkı, kanun tarafından sınırlandırılmamıştır. Ancak bu hakkın gereksiz ve çok yere kullanımı hem mahkemelerin iş yükünü arttıracığından, hem de dosyanın incelenme şansını azaltacağından aşırı derecede kullanılmamalıdır. Ancak bu hakka yeterli önemin verilmemesi daha büyük sorunlara yol açacaktır. Ne yazık ki, Türkiye uygulaması da bu yöndedir. Tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, salıverme talepleri çok yüksek bir yüzde ile, birbirini takip eden tek kelimelik gerekçelerle reddedilmekte ve dosyalar üzerinde yeterli inceleme yapılmamaktadır. Oysa 104. madde ile düzenlenen bu hak, şüpheli ve sanıkların, özellikle de uzun celse aralarında, seslerini duyurabilecekleri yegane yoldur. Dosyaya giren yeni deliller nedeni ile veya tutukluluğun uzun zamandır devam etmesi ve beklenen yararın son bulması ve tüm benzeri nedenler ile, şüpheli ve sanıkların mahkemelerden tahliyelerini isteyebilecekleri tek yoldur. Bu aşamada ilk tutukluluk kararındaki sınırlamalar; tutuklamanın devamı kararlarının tümünde de geçerlidir. Bu nedenle mahkemeler, CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama şartlarını, tutuklamanın devamına hükmederken de gözden geçirmelidirler³⁵¹. Ayrıca, tutukluluk kararlarında olduğu gibi, tutuklamanın devamı kararları da ciddi ve gerçek anlamda gerekçelendirilmelidir³⁵². Türkiye mahkemelerinin büyük iş yükü nedeni ile tutuklu yargılamalara dahi 3-4 ay ara verilebilmekte, tutuklu dosyaların 30 günü geçemeyecek şekilde gözden geçirilmesi ise kağıt üzerinden yapılmaktadır. Her dosyaya yeterli zamanın ayrılmasının mümkün olmaması göz önüne alındığında, bu hakkın kişi özgürlüğü açısından hayati bir hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle 104. madde düzenlemesi önemli, gerekli ve isabetlidir ve de etkili olarak değerlendirilmelidir.

³⁵¹ Aynı yönde Çolak, Taşkın, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s: 326.

³⁵² Aynı yönde Malkoç, Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, s:286; Şentuna, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama ve Adli Kontrol*, s: 83,84 ve Özbek, a.g.e., s: 273, 283.

b- CMUK Açısından

1412 sayılı CMUK içerisinde, salıverilme taleplerini tam olarak karşılayan bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Buna karşın ileride incelenecek olan 112. madde benzer şartlar getirmekte, ancak etkili bir yol ortaya koyamamaktadır. Uygulamada ise günümüzdekine benzer bir yöntem takip edilmiş ve pek etkili olmamakla birlikte avukatlar tarafından salıverilme taleplerinde bulunulmuştur. Bu taleplerin reddi halinde de söz konusu kararlar hakkında itiraz yoluna başvurulabilmiştir. CMUK zamanında uygulamada yer eden bu durum, CMK ile kanunlaşmıştır.

6- Salıverilme Taleplerinde Usul

CMK'nın 105. maddesi, "usul" başlığını taşımakta ve bu madde ile tutuklama kararının geri alınması istemleri ile salıverilme taleplerine ilişkin usul düzenlenmektedir. Madde uyarınca; istemler hakkında üç gün içinde karar verilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu süre tatmin edicidir, ancak daha kısa bir süre öngörülmesi daha etkili bir sonuca yol açabilirdi. Kapsamlı dosyaların incelenmesi için 3 gün makul, ancak basit dosyaların incelenmesi için uzundur. Bu nedenle uygulamaya büyük bir iş düşmekte ve basit dosyalar hakkında üç günlük süre beklenmeden hemen karar verilmesi gerekmektedir. Ancak her durumda, belirli bir sürenin kabul edilerek, inceleme için gerekenden daha fazla süre harcanmasının önüne geçilmek istenmesi olumludur.

105. maddede düzenlenmiş olan taleplerin reddi halinde itiraz yoluna başvurulabileceği de düzenlenmiştir.

7- Salıverilenin Yükümlülükleri

CMK'nın 106. maddesi ile salıverilen kişinin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu madde ile salıverilen şüpheli ve sanıkların, salıvermeden sonra kaçmalarının önüne geçilmek ve kontrol altında tutulmaları amaçlanmıştır. Bu

amaca hizmet edebilmek için, salıverilen, adres ve varsa telefon numarasını tutukevi müdürüne veya yetkili yargı merciine bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca salıverilene, adresinin değişmesi durumunda bunu yetkili mercilere bildirilmesi şart koşulmuştur.

8- Tutuklamanın Bildirilmesi

a- CMK Açısından

CMK'nın 107. maddesi, “tutuklananın durumunun yakınlarına bildirilmesi” başlığını taşımakta ve tutuklanan kişinin durumu hakkında yakınlarına bilgi verilmesi şartlarını düzenlemektedir. Madde içeriğine göre; *“tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hakim kararlarıyla gecikmeksizin haber verilir”*. Maddenin ilk fıkrası hakkında tartışmalar mevcuttur. Zira madde; “verilir” demekte, böylece de emredici bir hüküm getirmektedir³⁵³. Bazı müellifler bu hükmün sakıncalı olduğunu ileri sürmektedir. Bu müelliflere göre, yakalanan kişinin bir yakınına haber verilmesini isteme kadar istememe hakkı da olduğu kabul edilmelidir. Bu durumu da, başka bir kadının evinde bir suça karışması nedeni ile yakalanan bir adam ya da birisine tecavüz ettiğinden şüphelenilen kişinin bunu yakınlarının bilmesini istemeyebileceği şeklinde örneklendirmektedirler. Bu nedenle, emredici bu yöndeki hükmün değiştirilmesi ve isteğe bağlı bir şekle sokulmasını savunmaktadırlar. Ancak madde ile haber vermenin bir zorunluluk olarak düzenlenmesi, çalışmanın sahibi gibi diğer bazı müelliflerce savunulmaktadır. Zira, Türkiye ve dünyadaki işkence, zor kullanma, emniyet görevlileri tarafından sanık haklarının ihlal edilmesi örnekleri göz önüne alındığında bu düzenleme yerindedir. Aksi halde, sanıklara bu haklarından vazgeçtiklerini içeren belgelerin zorla imzalatılması gündeme gelecektir. Bu

³⁵³ Haber verilmesinin şart olmadığı, tutuklananın yazılı beyanı ile bu şartın yerine getirilmemesinin mümkün olduğunu düşünenler de vardır. Bu yönde bilgi için bkz. Malkoç, Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, s:296.

durum düzenlenen hakların kanun kitapçığında kalmasına yol açacak ve asıl gerektiğinde uygulanamaz duruma gelmesine yol açacaktır. Kaldı ki, maddenin ilk fıkrasının ikinci kısmında; *“bir yakınına veya belirlediği bir kişiye”* denmiştir. Böylece tutuklanana durumu hakkında haber verilmesini istediği kişiyi seçme hakkı tanınmış olmaktadır. Bu da, yakalanması hakkında yakınlarının bilmesini istemediği durumları bir üçüncü kişiye bildirme hakkını yakalanana vermektedir.

107. maddenin ikinci fıkrası, tutuklananın durumu hakkında bir yakınına veya belirlediği bir kişiye durumu bizzat bildirme izni vermektedir. Ancak bu durum, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, denerek sınırlandırılmıştır. Sınırlama orantılı kullanılırsa düzenlemenin isabetli olduğu kabul edilmelidir. Zira, emniyet görevlilerinin bir soruşturma sırasında yakaladıkları şüphelilerin diğer şüphelileri uyarmasına hizmet edecek bir haber verme, kanunun amaçladığından uzak bir yöntemdir. Ancak adli makamlar bu hükmü geniş yorumlamamalı ve gerçekten gerektiğinde haber verme özgürlüğünü kısıtlamalılardır.

Maddenin son fıkrası ile yakalanan yabancıların haber verme hakkı düzenlenmiştir. Yabancıların, yazılı bir şekilde karşı çıkmaması halinde, vatandaşı olduğu devletin konsoloslughuna yakalandığının bildirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme de hem devletler arası sorunlara yol açılmaması, hem de yabancıların haklarının korunması açısından önemlidir.

b- CMUK Açısından

1412 sayılı CMUK’un konu ile ilgili maddesi; *“sanığın tutuklanmasında kimlere haber verileceği”* başlığını taşıyan 107. maddesidir. Madde; *“tutuklamanın gayesini ihlal etmemek şartı ile tutuklanan sanığın yakınlarına ve esaslı bir alakası olan diğer kimselere, tutulmasını bildirmesine müsaade olunur”* hükmünü getirmektedir. Madde, CMK düzenlemesine benzer şekilde, tutuklamanın amacını korumayı barındırmasına karşın, CMK düzenlemesinden oldukça farklıdır. CMUK’un 107. maddesi, kişi özgürlüklerini engelleyebilecek nitelikte bir düzenlemedir. Öncelikle yukarıda belirtildiği gibi, *“tutuklamanın*

gayesini ihlal” geniş yorumlanmaya açıktır. İkinci olarak, CMK’den farklılık nedeni ile madde içerisinde bir haber verme zorunluluğu yoktur. Bu da gene yukarıda belirtilen, işkence ile zorla haber vermeden feragat belgelerinin imzalatılması sonuçlarına yol açabilir. Tekrar CMK’den farklı olarak, sadece yakınlarına ve esaslı bir alakası olan diğer kimselere haber verilebileceği düzenlenmiş ve haber verme hakkı, ulaşılabilecek kişi açısından oldukça sınırlandırılmıştır. Kaldı ki maddenin sonunda; “müsaade olunur” denmektedir. Bu durum, bir kişi özgürlüğünün tanınmasından ziyade, tutuklanana sağlanmış bir imkan gibi durmaktadır. İlk fıkranın sonunda; “*tutuklanan isterse bunlara resmen dahi haber verilir*” denerek madde biraz yumuşatılmaya çalışılmış, ancak “isterse” unsuru nedeni ile yukarıdaki sakıncalar burada da gündeme gelmiştir.

Madde içerisinde geçen “esaslı alakası olan diğer kimselerin” ibaresinin ise kimleri kapsayacağı açık değildir. Bu konuda müellifler; “*tutuklanmasından, elem ve ıstırap duyanlardır*”³⁵⁴ şeklinde bir açıklama getirmektedirler.

Maddenin son fıkrasında ise, tutuklananın yargıç önüne çıkarılınca, durumun yargıç tarafından verilen bir kararla yakınlarına bildirilmesi düzenlenmiştir. Madde böylece, haber verme özgürlüğünü ancak yargıç önüne çıktıktan sonra etkili bir şekilde koruyabilen bir duruma dönüşmüştür.

9- Tutukluluğun İncelenmesi

a- CMK Açısından

CMK’nın 108. maddesi, “tutukluluğun incelenmesi” başlığını taşımakta ve tutukluk halinin mahkemeler tarafından gözden geçirilmesini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, itiraz ve salıverme taleplerine ek olarak, tutukluluğun mahkemelerce re’sen de gözden geçirilmesini düzenlemektedir. Bu durum, tutukluluğun ne kadar istisnai ve ağır bir yol olduğunun kanun koyucu tarafından da ortaya konmasıdır.

³⁵⁴ Malkoç, Güler, *Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, s: 456.

108. maddenin 1. fıkrası; “*soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir*” demektedir. Fıkranın önemli yanı, tutukluluğun gözden geçirilmesi konusunda azami bir sınır; 30 gün; koymuş olmasına karşın, asgari bir sınır koymamış olmasıdır. Ancak uygulamada bu durum, her otuz günde bir gözden geçirme şeklinde gerçekleşmektedir. Soruşturma aşamasında, tutukluluk durumunun Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza yargıcı tarafından gözden geçirileceği de düzenlenmiştir. Bu durum, yargıç denetimini kağıt üstünde sağlasa da, tezin ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere, kapsamlı dosyalar dahi, sulh ceza mahkemesi yargıcının önüne geldiğinin aynı günü ve aynı gerekçelerin tekrarıyla tutuklamanın devamına hükmedilmektedir. Bu da uygulamada yargıç denetiminin sağlanmamasına yol açmaktadır.

108. madde içerisinde CMK’nın 100. maddesine atıfta bulunulmuş ve 100. madde hükümlerinin göz önünde bulundurulması istenmiştir. Bu da, gözden geçirme işlemi yapan mahkemelere ek sorumluluk yüklemektedir. İlerleyen bölümlerde görüleceği üzere, Türkiye mahkemeleri bu incelemeleri yaparken; dosyada herhangi bir değişiklik olmadığı, bu nedenle de tutukluluk halinin devamının gerektiği şeklinde kararlar vermektedirler. Ancak 108. madde ile mahkemelere yüklenen asıl görev, 100. madde şartlarının dosyaya her gözden geçirme aşamasında uygulanmasıdır. Makul şüphe ve tutuklama nedeni halen mevcut mu, delilleri karartma, kaçma şüpheleri aynı yoğunlukta mı kontrol edilmelidir. Zira, delillerin tümü toplanmış ise, artık delil karartma şüphesine bağlı olarak tutukluluk devam ettirilemez. Aynı şekilde, yargılanması tutuklu olarak gerçekleştirilen bir kişinin, belirli bir süre sonra kaçma şüphesinin azalacağı kabul edilmelidir. Zira, tutuklulukta geçirilen süre, mahkumiyet halinde düşecektir ve kaçma riskinin göze alınamayacağı kadar uzun bir süre tutuklu yargılananlar hakkında artık kaçma şüphesinden dolayı tutukluluğun devamına hükmedilmemelidir. Son olarak da; gözden geçirme kararı ile tutukluluğun devamı hakkında karar verilirse, tutukluluğun devamının neden gerekli olduğu

gerekçelendirilmelidir. Önceki gerekçelerin, tek cümlelik tekrarları kişi özgürlüğünün denetlenemez bir şekilde ihlaline yol açacaktır.

Kanununda açıkça yazılmamasına karşın, 108. madde içerisinde 100. madde şartlarının gözetilmesi gerektiği belirtildiğinden, 100/son fıkrasının da gözden geçirme aşamasında değerlendirilmesi gerekir. İncelendiği üzere, 100. maddenin son fıkrası “hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez” demektedir. Buradan hareketle, tutuklu yargılama sonucunda, alabileceği cezasının bir bölümünü çekmiş olan sanıkların, almaları muhtemel cezanın üst sınırına bir yıldan az kalmış ise bu durumda da tutuklu yargılamaya devam olunmamalıdır. Zira, 100. ve 108. maddeler birlikte okunduğunda böyle bir sonuç oluşmaktadır. Kaldı ki, ceza kanunlarında “kıyas” yasak olsa da, ceza muhakemesi kanunlarında kıyas yasak değildir.

108. maddenin ikinci fıkrası, ilk fıkrada öngörülen süreler içerisinde, tutukluluk durumunun incelenmesinin şüpheli tarafından da istenebileceğini düzenlemektedir. Bu durum da, CMK’nın, 108. maddesinde 104. madde de düzenlenmiş olan salıverilme taleplerinden daha kısıtlı bir gözden geçirme talebi düzenlendiğini ortaya koymaktadır. Zira 104. madde de bir süre sınırı koyulmamasına karşın, 108. madde de 30 günlük süre sınırından bahsedilmiştir.

108. maddenin son fıkrası ile, oturum olsa da olmasa da mahkemelerin otuzar günlük süreler içerisinde tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediği konusunda re’sen karar vermesi gerektiğini düzenlemektedir.

b- CMUK Açısından

1412 sayılı CMUK’un konu ile ilgili maddesi; “tutukluluğun incelenmesinin devam edip etmeyeceğinin incelenmesi” başlıklı 112. maddesidir. Maddenin ilk fıkrasında; “*hazırlık tahkikatı sırasında sanığın tutukevinde bulunduğu müddetçe*” denerek bir sınırlama getirilmiştir. Düzenlenen süre, CMK düzenlemesi gibi en geç otuzar günlük süreler demektedir. CMUK da CMK’ya benzer şekilde soruşturma aşamasında, tutukluluğun, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh hakimi tarafından inceleneceğini düzenlemiştir. Maddenin ikinci

fıkrasında, talebin, birinci fıkradaki süreler içerisinde sanık tarafından da istenebileceğini düzenlenmiştir.

Maddenin, CMK düzenlemesinden ayrılan yanı son fıkrasıdır. Bu fıkra; *“mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın duruşmasında, tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğini her celse veya şartları gerçekleştiğinde celse arasında re’sen kararlaştırır”* demektir. Bu düzenleme ile, tutuk halinin gözden geçirilmesi öncelikle celselerde yapılacaktır. Şartlarının gerçekleşmesi halinde celse arasında da tutuk halinin incelenebileceği düzenlenmiştir. Ancak, CMUK ile tutukluluk halinin gözden geçirilmesi için kovuşturma aşamasında bir süre sınırı getirilmemiştir. Soruşturma aşamasındaki otuzar günlük süreler, kovuşturma aşamasında düzenlenmemiştir. Süre sınırı getirilmemesi sakıncalı bir eksiklik, bu eksikliğin CMK ile giderilmesi önemlidir.

10- Tedbirlere Uymama

CMK’nın anılan maddesi tezin konusu açısından önemlidir. Zira yukarıda “tutuklama” kararı verilebilmesi için, isnat edilen suçun cezasının ağırlığının asgari bir süresi olması gerektiği belirtilmiştir. Buna karşın CMK’nın 112. maddesi; adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, asgari ceza süresi aramadan, tutuklamaya hükmedilebileceğini düzenlemektedir. Böylece CMK, tutuklama şartlarını zorlaştırıp, kişi özgürlüğünü korumayı sağlamaya çalışmakta, ancak aynı zamanda, adli kontrol hükümlerine uygun davranmayı sert bir şekilde koruyarak, adaletin işlemlerini sağlamaya da yardımcı olmaya çalışmaktadır. Bu yönü ile CMK’nın 112. maddesi önemli bir maddedir.

C- Türk Hukuku’nda Tutmanın Mümkün Kılındığı Diğer Kanunlar

Türk Hukuku’nda tutma, temel olarak CMK içerisinde düzenlenmiştir. Buna karşın, tutmanın düzenlendiği başka kanunlarda söz konusudur.

1- Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu Uyarınca Tutma

2559 sayılı PVSK'nın 4/A maddesi ile polisler, durdurma yetkisi tanınmış ve aynı madde ile bu yetkinin sınırları da çizilmiştir.

Öncelikle belirtilmelidir ki polislerin durdurma yetkisi kanun icabı olarak belirli durumların varlığı halinde söz konusu olacaktır. Bu durumlar 4/A maddesinin; "a, b, c ve ç" bentlerinde sayılan; bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işledikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek durumları ile sınırlıdır.

Maddenin 2. fıkrası uyarınca da, yukarıda sayılan durumların bulunması durdurma için yeterli olmayacak, bu durumların "makul bir sebep" ile de desteklenmesi zorunluluğu olacaktır. Ayrıca durdurma işlemleri süreklilik arz etmemeli ve keyfilik oluşturmamalıdır.

3. fıkra ile bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Polis durdurduğu kişiye durdurulma nedenlerini bildirmekle mükellef kılınmıştır. Polisin, bilgilendirmeye mukabil, gerekli evrak ve belgelerin ibrazını talep edebileceği de 3. fıkra ile düzenlenmiştir.

4. fıkra önemli bir düzenleme içermekte ve "durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz" demektedir. Böylece keyfi ve ölçsüz tutma PVSK ile de yasak altına alınmış olmaktadır.

5. fıkra ile, durdurma sebebi ortadan kalkar kalkmaz durdurulanın ayrılmasına izin verileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece gereksiz özgürlük kayıplarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

6. fıkra ile, polisler, tehlike oluşturabilecek silah ve eşyalara karşı, zarar verilmesini önlemek amacıyla tedbir alma yetkisi tanımaktadır. Ancak tehlike oluşturabilecek silah ve eşyaların açıkta olması şartı fıkranın ilerleyen hükümlerinin sonucudur. Zira fıkranın son kısmında, polislerin, kişilerin

üzerindeki eşyaların çıkartılmasını ya da aracın kapalı bölümlerinin açılmasını isteyemeceği hüküm altına alınmıştır.

Maddenin takip eden fıkralarında, polisin kendi kimliğini ibraz ettikten sonra ilgili kişilere kimliğini sorabileceğini, kimliğin ispatlanması hususunda da gerekli yardımı göstermesi gerekliliği düzenlenmiştir. Kimliğin bulunmaması, açıklanmasından kaçınılması ya da diğer bir surette kimliğin belirlenmemesi durumunda ilgili kişinin tutulabileceği ve derhal Cumhuriyet Savcısı haberdar edilerek kişinin, kimliğin ortaya çıkarılmasına kadar gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği belirtilmiştir. Ancak gözaltı ve tutuklamanın, 5271 sayılı CMK'nın ilgili hükümleri uyarınca gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.

Takip eden fıkra içerisinde ise tutulan kişinin kimliğinin tespit edilmesi halinde, kişinin tutulmasına derhal son verileceği düzenlenmiştir. Böylece kimliğini ibraz edemediği için tutulanların, kimliğin anlaşılmasından sonra gereksiz yere tutulmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

PVSK ile tutmanın mümkün kılındığı bir diğer madde; Kanun'un 13. maddesidir. Bu madde uyarınca; suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunanlar, haklarında daha önceden yakalama veya tutuklama kararı verilmiş bulunanlar, halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanlar veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranları, uyarılara karşın hareketlerine devam edenleri, kavga edenleri, usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları, polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenlerin, direnenlerin ve polisin görev yapmasını engelleyenlerin, bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslah amacıyla kanun ve tüzüklere uygun olarak akıl hastalarının, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişilerin ve haklarında gözetim altında ıslahına ya da yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçüklerin polis tarafından yakalanabileceği ve haklarında gerekli kanuni işlemlerin yapılabileceği düzenlenmiştir.

Maddenin bazı açılardan geniş düzenlemelere izin verdiği görülmektedir. Zira yakalama koşullarının bir kısmı somutlaştırılmamış ve polislerin takdirine

bırakılmıştır. Bu durum, kişi özgürlüklerinin ihlal edilebilmesine olanak sağlayacak niteliktedir. Örneğin halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanların yakalanabilmesine olanak sağlanmıştır. Bir kişinin içki içtiğinde hareketlerine ne kadar hakim olup olmadığının tespiti, kanındaki promil oranıyla bile tespit edilemeyeceğinden, polisler geniş bir yakalama alanı bırakılmış olmaktadır. Anılan nedenle emniyet görevlilerinin bu somutlaştırılmamış fıkralara dayanarak yakalama ve tutma gerçekleştirilmesi sırasında dikkatli olması, kendilerine kanun tarafından tanınmış yetkinin kötüye kullanılmaması gerekmektedir.

PVSK'nın 13. maddesi en son 2002 yılında değişiklik geçirmiştir. Bu tarihten sonra yürürlüğe giren CMK ile "gıyabi tutuklama" kurumu kaldırıldığından, maddenin "B" bendi içerisinde geçen haklarında "tutuklama kararı" bulunanların yakalanabileceğine ilişkin hüküm geçerliliğini yitirmiştir. Zira, şüphelinin ya da sanığın olmadığı bir oturumda ancak yakalama kararı verilebilir. Tutuklama kararı verilmesi durumunda ise, şüpheli ya da sanık derhal tevkif edilir. Bu durumda PVSK içerisindeki eski tarihli hüküm geçerliliğini yitirmiş olmaktadır.

PVSK'nın 13. maddesinin takip eden fıkralarında, bilgilendirme hakkı düzenlenmiş ve yakalanana, yakalanma nedenlerinin yazılı, mümkün olmaması halinde sözlü olarak, derhal bildirilmesi; toplu suçlarda ise en geç yargıç huzuruna çıkartılıncaya kadar bilgilendirmenin gerçekleştirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Kişinin yakalandığının, kendisinin istediği yakınına derhal bildirileceği de bir zorunluluk olarak madde içerisindeki yerini almıştır.

Madde içerisinde; uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, zor kullanarak yakalananların, haklarında suç soruşturması yapılacak kişilerin sağlık durumlarının tabip raporu ile tespit edileceği açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Böylece, işkence ve benzeri kötü uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Maddenin son fıkrasında ise; suç işlediği şüphesi altında olanların adli mercilere, ıslah veya tedavi tedbiri uygulanacakların ilgili kurum yetkililerine

teslim edileceği, haklarında yakalama sebepleri ortadan kalkanların ise derhal serbest bırakılacağı düzenlenmiştir. Fıkra içerisinde hem derhal serbest bırakmanın şart koşularak kişi özgürlüğünün en kısa zamanda yerine getirilmesinin sağlanmaya çalışılması ile ıslah ve tedavi amaçlı tutulanların tutukevi yerine tutulmalarıyla doğrudan ilgili kurumlarda tutulmalarının hüküm altına alınması önemlidir.

2- Çocuk Koruma Kanunu Uyarınca Tutma

İç hukukumuz uyarınca tutmanın mümkün olduğu bir diğer kanun Çocuk Koruma Kanunu'dur. Bu kanunun 7. maddesi uyarınca; gerekli şartların oluşması halinde; çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir alınması mümkündür. 8. Madde uyarınca da alınan tedbirler en geç üçer aylık süreler içerisinde incelenirler. Kanunun 11. maddesi ile suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin, kanun içerisinde düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler olduğu belirtilmiştir. Kanunun 20. maddesi içerisinde ise; suça sürüklenen çocuklar hakkında CMK'nın 109. maddesinde sayılanlar yanında, uygulanabilecek diğer adli kontrol tedbirleri sayılmıştır. Bu maddenin önemli yanı, son fıkra içerisinde yer alan; “ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması, veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir” diyen hükmüdür. Böylece, hakkında adli kontrol hükümleri uygulanan bir küçük dahi olsa, adli kontrol uygulamalarının yetersiz kalması durumunda küçük hakkında dahi tutuklama kararı verilebileceği düzenlenmiş olmaktadır. Bu hüküm, adli kontrol tedbirlerine uyulmasının önemini ortaya koymaktadır. Ancak hüküm, orantılılık, ölçülülük ilkesi açısından ele alındığında soruna yol açabilir gözükmektedir. CMK ile adli kontrol tedbirlerine uymanın katı bir şekilde korunması ve aykırı hareket halinde tutuklamanın mümkün olması isabetlidir. Buna karşın söz konusu bir çocuk olduğunda, kanunun ismine uygun olarak çocukların korunması ve en azından alt sınır olarak belirli şartların kabul edilmiş olması gerektiği kanaatindeyim. Burada belirtilmesi gereken bir diğer durum, kanunun “tutuklama

kararı verilebilir” hükmüdür. İç hukukumuz ve İHAS’a uygun olan bu hüküm ile zorunlu tutukluluk müessesesi kabul edilmemiş, adli kontrol tedbirlerine uyulmaması durumunda dahi yargılara bir takdir hakkı bırakılmıştır.

Kanun’un 21. maddesi ise, bir önceki madde ile genişletilen tutuklama alanını daraltmayı amaçlamaktadır. Bu madde ile; on beş yaşını doldurmamayan çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir. Adli kontrol tedbirlerine uymama durumunda tutuklama yapabilmek için herhangi bir ceza sınırı aranmamışken, işlenen bir suça ilişkin tutuklama yapabilmek için ceza sınırı aranması isabetlidir.

V- TÜRK MAHKEMELERİ KARARLARININ İNCELENMESİ

A- Ulusal Mahkeme Kararlarının Araştırma Çerçevesinde İncelenmesi

Tezin bu bölümünde Türk Mahkemeleri’nin “tutuklama” hakkındaki kararları incelenecektir. Bu bölüm içerisinde, ulusal mahkemelerimizin tutukluluk hakkındaki kararları incelenirken aşağıda verilen sorulardan yola çıkarak hareket edilecektir. Ancak önce yargılama hiyerarşisinin en üstündeki makam olan Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında tutuklama kurumunu nasıl değerlendirdiği üzerinde durularak başlanacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin 1991/18 Esas, 1992/20 Karar ve 31.03.1992 tarihli kararında öncelikle “zorunlu tutuklama” uygulamasının Anayasa Mahkemesi’nin önceki tarihli kararları ile (Anayasa Mahkemesi’nin; 1963/197 Esas, 1963/166 Karar sayılı ve 26.06.1963 tarihli, 1963/121 Esas, 1964/74 Karar sayılı ve 17.12.1964 tarihli ve 1963/136 Esas, 1963/285 Karar sayılı ve 02.12.1963 tarihli kararları) kabul edilmediği üzerinde durulmuştur (İHAM kararları ile aynı yönde). Kararın ilerleyen bölümlerinde ise tutuklama uygulaması şu şekilde tanımlanmıştır:

“Tutuklama, kişi özgürlüğü açısından ciddi sakıncalar yaratan ayrık bir önlem olarak uygulanacak bir kurumdur. Tutuklama veya tutukluluğun sürmesi kararı ancak zorunluluk olan durumlarda verilmelidir. Zira tutuklamanın verdiği acıyı tümüyle karşılayabilecek ve giderebilecek bir tazminat türü düşünülemez.”³⁵⁵.

Türk yargılama sisteminin en üst makamı olan Anayasa Mahkemesi'nin “tutukluluk” hakkındaki yorumu yukarıdaki gibidir. Ulusal ilk derece mahkemelerin tutukluluğa bakış açısı ise aşağıda incelenecektir. Ancak öncelikle belirtilmelidir ki, araştırma kapsamında 50 tutuklu yargılama dosyası incelenmiştir. İncelenen dosya sayısı, bilimsel bir çalışma açısından kesin sonuçlara ulaşmayı sağlayabilecek yeterlilikte değildir. Ancak bir örnek olarak verilmektedir. Dosyalar aşağıdaki sorular çerçevesinde incelenmiş ve yanıtlar teze aktarılmıştır. Soruların seçilmesinde, İHAM kararlarından çıkarılan temel ilkeler yol gösterici olmuştur. Sorular ve yanıtları; inceleme sırasında takip edilen yönteme uygun olarak ve aynı sıralama ile verilecektir.

1- Tutuklulukta geçirilen süre ne kadar?

İncelenen dosyalar açısından yukarıdaki soruya verilen cevaplar göz önüne alındığında en kısa tutukluluk süresinin 1 ay olduğu göze çarpmaktadır. Buna karşın en uzun süre 3 yıla kadar varmaktadır. Ancak burada belirtilmelidir ki; ne en kısa süre ne de en uzun süre tutukluluğa başvuru dosyalar karmaşık ve inceleme gerektiren dosyalar değildir. Dosyaların tümündeki ortalama tutukluluk süresi ise 8 ay 23 güne karşılık gelmektedir. İncelen dosyaların 30'unda 6 ay ve daha uzun süreli tutuklama söz konusudur. Ancak burada ayrıca belirtilmelidir ki, tutukluluk süresi hesaplanırken dosyanın incelendiği tarih esas alınmıştır. İncelenen dosyaların çok büyük bir kısmında tutukluluk devam etmektedir. Bu nedenle saptanan ortalama tutukluluk süresinin en düşük ortalama olduğu belirtilmelidir.

Dosyalar incelendiğinde ise ilk göze çarpan, yargılama makamlarının sanıkları dinleyene kadar (celsede huzurlarına gelene kadar) serbest bırakmama

³⁵⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 1991/18 Esas, 1992/20 Karar ve 31.03.1992 tarihli kararı.

eğilimi gösterdikleridir. Buna uygun olarak bazı dosyalarda ilk celseden sonra, tutuklama halinin devam ettirilmediği görülmektedir.

2- Tutulan ne kadar süre içerisinde yargıç önüne çıkarılmış?

İncelenen dosyalar göz önüne alındığında yukarıdaki soruya verilen cevapların en kısa süreci işaret edeninin aynı gün yargıç önüne çıkarmayı gösterdiği, en uzun olanının ise 4. gün yargıç önüne çıkarmayı gösterdiği görülecektir. Yakalananlar ağırlıklı ortalama olarak, yakalanmalarının ertesi gününde ve yakalanmalarından itibaren 24 saat geçmeden yargıç önüne çıkarılmışlardır. Sadece 3 dosya kapsamında en geç 2. gün yargıç önüne çıkarma gerçekleşmemiştir. Bu durumda, Türk uygulamasında, yargıç huzuruna çıkarma konusunda titiz davranıldığı kabul edilmelidir. Bunda tez içerisinde incelenen Anayasamız'ın 19. maddesinin etkisi büyüktür.

3- Tutukluluk hakkındaki yerel mahkeme kararları gerekçeli mi? Gerekçe somutlaştırılmış mı? (Gerekçeler açıklanmış mı?)

Bu soruya verilen cevaplar incelendiğinde cevapların hepsinin aynı olduğu göze çarpacaktır. Dosyaların hepsinde tek kelimedenden ibaret gerekçeler gösterilmiş, ancak gerekçelerin hiçbiri ne tartışılmış ne de açıklanmıştır. Örnek vermek gerekirse, incelenen kararlarda en çok rastlanan tutuklama gerekçesi; “atılı suçun vasıf ve mahiyeti, delil durumu, kaçma şüphesi, delilleri karartma tehlikesinin mevcudiyeti ve atılı suçun CMK'nın 100. maddesinde sayılan suçlardan olması nedeni ile” gerekçesidir. Görüleceği üzere bu gerekçe olaya özgü olmayan ve neredeyse tüm tutuklama sebeplerinin isimlerinin sayıldığı ama neden olayda bulduklarına dair bir açıklama getirmeyen bir gerekçedir.

4- Tutukluğa itiraz edilmiş mi? İtiraz nasıl sonuçlanmış?

İncelenen dosyaların hemen hemen tümünde tutukluğa itiraz edilmiş ancak hemen hemen hepsinde de itiraza olumlu cevap alınamamıştır. Ancak 4 dosya kapsamında itirazların olumlu sonuç verdiği görülmüştür. Buna karşın, itirazlara

alınan bu olumlu cevaplar hemen verilmemiş, itiraza dayalı olarak verilen tahliye kararlarından en kısası tutmanın başlangıcından 3 ay sonra verilmiştir.

5- Makul şüphe üzerine başlatılan tutuklama, gözden geçirilirken “makul şüphe” gerekçesi ile mi yetinilmiş yoksa yeni gerekçeler eklenmiş mi?

İncelenen dosyalar göz önüne alındığında, bu soruya verilen cevapların tümünün de aynı yönde olduğu görülecektir. Buna göre, makul şüphe üzerine başlatılan tutuklamalar, yukarıda verilen örnekteki gibi; CMK içerisinde yer alan tüm tutuklama nedenlerinin sayılması, ancak somutlaştırılmaması şeklinde devam ettirilmiştir

6- Mahkeme delilleri karartma şüphesinin varlığı nedeni ile tutuklama veya tutuklamamanın devamı kararı verdikten sonra dosyaya herhangi bir delil eklenmiş mi?

Bu soruya verilen cevaplar farklı olsa da aynı sonuca hizmet etmektedirler. Zira, delilleri karartma şüphesi nedeni ile gerçekleştirilen dosyaların çoğunda dosyaya herhangi bir delil eklenmemiştir. Delil eklenen dosyalarda ise bu deliller ya bilirkişi raporudur ya da resmi yazışmalardan ibarettir. Büyük çoğunlukla da değiştirilmesi mümkün olmayan bu belgelerin dosyaya eklenmesinden sonra dahi delil karartma şüphesi mahkemelerin ara kararlarından çıkmamış ve tutuklu yargılama devam ettirilmiştir.

7- Sadece “kaçma tehlikesinin” var olduğu kabul edilip tutuklama kararı veya tutuklamaya devam kararı mı verilmiş? “Kaçma tehlikesi” sadece verilebilecek cezanın ağırlığı dikkate alınarak mı gerekçelendirilmiş? Yoksa kaçma şüphesi somutlaştırılmış mı?

Bu soruya verilen cevaplar da incelenen tüm dosyalar açısından aynıdır. Buna göre, eğer tutuklama kaçma şüphesine dayandırılmışsa, bu şüphe hiçbir mahkeme kararında açılmamış ve gerekçelendirilmemiştir. Kaçma şüphesi sadece hükmedilebilecek cezanın ağırlığına dayandırılmıştır. CMK'nın “somut olgular” arayan 100/2-a bendine karşılık, uygulamanın hiçbir zaman somut olgu

aramaması ve kararlarında somut olgulara yer vermemesi, her şeyden önce iç hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı ki, İHAM kararlarının incelendiği bölümde, diğer bazı sözleşmecî devletlerin kaçma şüphesini nasıl gerekçelendirdikleri sunulmuştur. Buna karşın İHAM, bu gerekçelerin bir kısmını dahi yeterli bulmamıştır. Bu nedenlerle, Türkiye mahkemelerinin, kişi özgürlüğü gibi çok önemli bir özgürlüğü kısıtlarken kullandıkları iki kelimedenden ibaret olan ve sadece “kaçma şüphesi” şeklinde yazılan gerekçeler, ne CMK, ne de İHAM içtihatları göz önüne alındığından kabul edilebilir değildir.

8- Sanık veya vekili tarafından kefalet teklif edilmiş mi? Mahkeme bunu reddederken gerekçe göstermiş mi?

İncelenen 50 dosya içerisinde sadece 10 dosyada kefalet ile salıverilme talebinde bulunulmuş ve bu tekliflerden sadece bir tanesinde olumlu sonuç alınabilmiştir. Diğer taleplerin reddedilmesinde ise gerekçe gösterilmemiştir.

Bu soruya verilen cevaplar göz önüne alındığında Türk Hukuk Sistemi'nin önemli bir eksikliği göze çarpmaktadır. Zira incelenen dosyalar ortaya koymaktadır ki, Türk avukatları, tutulanların, kefalet ile serbest bırakılması talebinde pek bulunmamaktalar, bulunulduğunda ise mahkemelerden taleplerine olumlu yönde cevap alamamaktadırlar.

Oysa yukarıda belirtildiği üzere; İHAS'ın 5. maddesinin 3 fıkrasının son hükmü; salıverilmenin belirli bir teminata bağlanabileceği hakkındadır. Aynı şekilde Anayasamız'ın 19. maddesi ve CMK'nın 109. maddesi de güvence miktarı (kefalet) ile salıvermeye olanak sağlamaktadır. Yukarıda tekrar anılan İHAS'ın 5/3. fıkrasının son hükmü ile Sözleşme, taraf devletlere bir yol göstermekte ve makul sürede yargılamaya başlanıyorsa teminat karşılığında veya başvurulabilecek adli kontrol yöntemleri ile tutulu durumda bulundurulananların salıverilmeleri kuralını getirmektedir. Kaldı ki, teminat yolu ile salıverme, tutma gibi ağır bir tedbirin gerekli olmadığı, alternatif yöntemlerin yeterli olabileceği tüm olaylara da uygulanmalıdır. Ancak görüldüğü üzere, Sözleşme'nin gösterdiği bu yol, ulusal mahkemelerimiz ve avukatlarımız tarafından nadiren takip edilmektedir. Neticede, kefalet ile serbest bırakma sistemi hukuk sistemimizde

pek yer etmiş gözükmemektedir. Bu durum, kişi özgürlüğünün engellenmesine seçenek yaptırımların Türkiye’deki sayısını azaltmakta ve basit olaylarda dahi kişi özgürlüğü ihlal edilebilmektedir.

9- Tutukluluğun devamı gerekçeleri birbirinin tekrarı niteliğinde mi?

İncelenen dosyalarda bu soruya verilen cevaplar da mutlak bir sonuca götürmektedir. Bu da; tutuklama ve tutuklamanın devamı gerekçelerinin neredeyse “matbu” olarak (Yukarıda verilen örnekteki gibi, tüm tutuklama nedenlerinin sayılması, ancak olaya özgülenmemesi şeklinde) kabul edilebilecek şekilde birbirinin tekrarı olduğudur.

Daha önce açıklandığı üzere; CMK’nın 101. maddesi içerisinde, tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarında gerekçe gösterilmesi zorunluluğu ve adli kontrol uygulamalarının neden yetersiz kalacağını belirten nedenlerin açıklanmasının zorunlu olduğuna hükmedilmiştir. Ancak incelenen kararların da ortaya koyduğu üzere, hiçbir mahkeme kararı gerçek anlamda gerekçeli değildir ve hiçbirinde diğer adli kontrol uygulamalarının neden yetersiz kalacağı gösterilmemektedir. Bu durum, adli kontrol uygulamalarını kanunun süsü; tutuklamaya itiraz ve tahliye taleplerini ise etkisiz duruma getirmektedir.

Mahkemelerimizin, birer kelime ve açıklamasız olarak ortaya koydukları gerekçeler, çoğu zaman olayın özüne dahi uygun değildir. Bu durum hem kişi özgürlüğünün korunması hem de savunma hakkı açısından ciddi bir ihlal oluşturmaktadır.

10- Yargılama süresinin uzunluğunun nedeni olayın karmaşık ve özel olmasından mı kaynaklanmıştır?

İncelenen dosyaların neredeyse tamamında, yargılama konusu olaylar karışık ve özel inceleme gerektiren olaylar değildir. 50 dosyanın sadece 5 tanesi ayrıntılı incelemeyi gerektirir dosyalardır. Bu sorunun sorulmasında amaç; ulusal mahkemelerin tutukluluğun uzamasının nedeni olarak gösterdikleri; “dosyanın karmaşıklığı” savunmasının değerlendirilmesidir. Bu gerekçeye karşın, incelenen

dosyalarda, oldukça basit ve açık hukuksal karşılıkları olan suçlar açısından dahi “dosyanın karışıklığına” dayanıldığı görülmüştür.

11- Yargılama sona ermişse; sanık yargılama müddetince tutuklu mu yargılanmış? Dava sonucunda mahkeme neye hükmetmiş?

İncelenen dosyaların 27/50’sinde, yargılama boyunca tutuklulu yargılama yolu benimsenmiştir. Bu dosyalardan 23’ünün sonucunda sanıkların mahkumiyetine, 4’ünün sonucunda ise sanıkların beraatine hükmedilmiştir. 8/50 dosyada ise yargılama devam ederken tahliye kararı verilmiştir. Bunlardan 6’sı mahkumiyet, 2’si ise beraat ile sonuçlanmıştır. Kalan 15/50 dosyanın yargılaması devam etmektedir.

Yukarıdaki rakamlar da göstermektedir ki, ceza mahkemelerimizde, yargılama süresince tutukluluk yaygın olarak başvuru olan bir yöntemdir. Bu yöntem genelleştirilerek, yargılama sonucunda hükmedilecek olan cezanın sanıklara peşinen çektirilmesi şeklinde başvurulmaktadır.

12- Tutukluysa isnat edilen suç ağır mı?

Bu soruya verilen cevaplar çeşitlilik göstermektedir. İncelenen 50 dosya içerisinde 35’inde sanıklara isnat edilen suç ağırdır. Ancak incelenen dosyalardan çıkartılan en açık sonuç; isnat edilen suçun ağırlığının tutuklamaya başvurulmasında ciddi bir neden olduğudur. Ağır suçlar açısından neredeyse hiçbir zaman tutuksuz yargılama yoluna başvurulmamıştır. Özellikle de, CMK’nın 100. maddesi içerisinde sayılan katalog suçlar açısından neredeyse bir “zorunlu tutuklama” müessesesi uygulamada hayata sokulmuştur. Yerel mahkemeler kararlarında, tutukluluğa; “atılı bulunan suçun CMK’nın 100. maddesinde sayılan suçlardan olması” gerekçesini göstermektedirler. Böylece, CMK’nın amaçladığının aksine, zorunlu bir tutuklama ya da en hafif hali ile bir tutuklama karinesi ortaya çıkmış olmaktadır. Yukarıda İHAM kararlarının incelendiği bölümde, zorunlu tutuklamanın İHAS’a aykırı bulunduğu belirtilmiştir. Bu durumda, CMK açısından bir sorun olmasa dahi, uygulama açısından Türkiye’nin, İHAM önünde zor duruma düşebilmesi söz konusudur.

B- Ulusal Mahkeme Kararları Hakkındaki Diğer Tespitler

Öncelikle belirtilmelidir ki, yukarıda da değinildiği gibi CMK, “orantılılık ilkesinin” gözetilmesini ve işin öneminin gerekli kılmaması halinde tutuklama yoluna gidilmemesini şart koşmaktadır. Buna karşın mahkemelerimiz hemen hemen hiçbir zaman orantılılık ilkesini göz önünde bulundurmamaktadırlar. Bunun sonucu olarak da aşağıda verilen istatistikte de görülebileceği gibi, tutuklu yargılama oranları fazlası ile artmaktadır. Tez içerisinde belirtildiği gibi, CMK içerisinde orantılılık ilkesinin olmasının nedeni 100. madde hükmünün daraltılmak istenmesidir. Buna karşın, mahkemelerimiz, bu hükmü tam karşıt yönde kullanmakta ve maddenin sınırlarını soyut bir şekilde “suçun vasıf ve mahiyeti” diyerek genişletmektedirler.

(1986-2005)								
YILLAR	HÜKÜMLÜ	%	D*	TUTUKLU	%	D*	TOPLAM	D*
01.06.1986	33543	64,1	100	18770	35,9	100	52313	100
01.06.1987	30919	62,4	92	18614	37,6	99	49533	95
01.06.1988	31677	63,4	94	18291	36,6	97	49968	96
01.06.1989	29452	61,6	88	18355	38,4	98	47807	91
01.06.1990	29305	65,1	87	15712	34,9	84	45017	86
01.06.1991	11955	45,1	36	14552	54,9	78	26507	51
01.06.1992	12117	42,9	36	16153	57,1	86	28270	54
01.06.1993	13521	45,5	40	16218	54,5	86	29739	57
01.06.1994	17698	43,7	53	22842	56,3	122	40540	77
01.06.1995	23503	49,5	70	23990	50,5	128	47493	91
01.06.1996	28768	54,0	86	24466	46,0	130	53234	102
01.06.1997	33121	56,2	99	25814	43,8	138	58935	113
01.06.1998	38538	60,8	115	24861	39,2	132	63399	121
01.06.1999	43772	63,0	130	25716	37,0	137	69488	133
01.06.2000	45503	62,7	136	27029	37,3	144	72532	139
01.06.2001	27541	49,5	82	28068	50,5	150	55609	106
01.06.2002	33394	57,0	100	25203	43,0	134	58597	112
01.06.2003	32027	50,2	95	31776	49,8	169	63803	122
01.06.2004	35775	52,0	107	33020	48,0	176	68795	132
01.06.2005	24962	46,3	74	28939	53,7	154	53901	103

Tablo : 98

D *: Değişim (1986 =100)

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayınlamış olduğu yukarıdaki istatistik³⁵⁶, 1986-2005 yılları arasındaki tutuklu ve hükümlülerin

³⁵⁶ İstatistik <http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/cezaev2.htm> adresli internet sitesinden alınmıştır. İstatistik içerisindeki “D” harfi, 1986 yılındaki sayıları 100 olarak kabul etmekte ve yıllara göre hükümlü ve tutukluların sayısının oranını vermektedir. Buna göre, hükümlü sayısı aradan geçen 20 yıl sonucunda % 26 düşerken, tutuklu sayısı % 54 artmıştır.

sayısal sonuçlarını ve birbirlerine oranlarını göstermektedir. Bu istatistiğe dikkatle bakılırsa; hükümlü ve tutuklu oranlarının 1986 yılında hükümlüler çoğunlukta olmak üzere % 64.1'e % 35.9 olduğu görülecektir. Ancak bu oran 2005 yılında % 46.3'e % 53.7 oranında tutukluların çoğunluğa geçmesi şeklinde değişmiştir. Ayrıca tutuklu yargılama sayısı, aradaki küçük düşüşler dışında yıldan yıla artmış ve 1986 yılında 18.770 olan toplam tutuklu sayısı 2005 yılında 28.939 sayısına ulaşmıştır. Bu istatistik tutuklu yargılama sayılarının her geçen gün arttığını ortaya koymaktadır. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün bir başka istatistiği aşağıdaki şekildedir:

CEZA SÜRESİ	TUTUKLULAR			
	ERKEK		KADIN	
	BÜYÜK	ÇOCUK	BÜYÜK	ÇOCUK
1 GÜN - 1 AY	4345	311	167	4
1 AY - 3 AY	5890	352	249	12
3 AY - 6 AY	4667	279	146	3
6 AY - 1 YIL	3314	134	161	2
1 YIL - 2 YIL	2429	98	77	1
2 YIL - 3 YIL	1244	29	21	
3 YIL - 5 YIL	530	18	10	
5 YIL -10YIL	466	12	9	
10 YIL -15 YIL				
15 YIL - 20 YIL				
20 YIL - 25 YIL				
25 YIL VE YUKARI				
GENEL TOPLAM	22885	1233	840	22

Yukarıdaki istatistik³⁵⁷ ise Haziran 2005 tarihi itibarıyla ceza infaz kurumlarındaki tutukluların tutuklu buldukları süreyi gösterir tablodur. Bu tablo da göstermektedir ki Türkiye'de 4944 kişi, Haziran 2005 tarihinde 1 yıldan fazla bir süredir tutuklu durumdadır. Bu tutuklulardan 487'sinin ise 5 yıldan uzun bir süredir tutuklu olarak yargılandığı göz önüne alınırsa yargılama sistemimizdeki tutuklu yargılama uzunluğunun korkunç tablosu ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki tez içerisinde daha önce bahsedildiği üzere (324 sayılı dipnot), 2005 yılında karara

³⁵⁷ İstatistik <http://www.adli-sicil.gov.tr/ISTATISTIKLER/1996/cezaev9.htm> adresli internet sitesinden alınmıştır. Ancak istatistiğin sadece tutukluluk hakkındaki bölümüne yer verilmiştir. Bu istatistiğin aslının içerisinde, hükümlü ve hükmen tutuklu olanlar da vardır. Ancak, tez ile ilgili olmamasından dolayı bu bölümler çıkarılmıştır. Tablonun sol üst köşesinde; "ceza süresi" yazan bölüm çıkarılan bölümlerle ilgilidir ve tablomuz açısından tutuklulukta geçirilen süre olarak kabul edilmelidir.

bağlanan dosyaların sadece % 40.8'inde sanıkların mahkumiyetine hükmedilmiştir. Bu mahkumiyet rakamlarının da sadece % 26.4'ü hürriyeti bağlayıcı cezaya karşılık gelmektedir. Bu rakamların, tutuklu yargılamalara oranlanması durumunda; tutuklu yargılamaların sonucunda verilen cezaların sadece % 26.4'ünün hürriyeti bağlayıcı olması, % 73.6 oranında tutuklunun nedensiz yere tutuklandığını ortaya koymaktadır.

Türkiye uygulamasının bir diğer sorunu ve % 73.6'lık oranın ortaya çıkmasının temel bir nedeni de CMK'nın 104. maddesinin uygulamada kullanılamaz duruma dönüştürülmesidir. Bu maddeye dayanılarak bulunan tahliye talepleri hakkında birbirini tekrar eden matbu ret kararları verilmektedir. Hatta kimi zaman, tahliye taleplerinin yargıçlara havalesi sırasında “ne değişiklik oldu ki tahliye talebinde bulunuyorsunuz?” gibi eleştiriler avukatlara yöneltilmektedir. Oysa tez içinde defalarca belirtildiği üzere, dosya içerisinde bir değişiklik olmaması tutuklama nedeni değil, tahliye nedenidir. Zira, kuvvetli şüphe nedeni ile gerçekleştirilen tutuklama bir süre sonra yeni delillerle desteklenmeli, aksi halde tutuklamaya son verilmelidir. Ancak Türkiye’de kuvvetli hatta makul bir şüphe dahi karar aşamasına kadar tutuklu yargılama sonucuna yol açabilmektedir. CMK'nın 104. maddesinin kullanılamaz oluşunun yol açtığı sorunlar, Türkiye yargılamalarının iş yükü nedeni ile katlanarak büyümektedir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi iş yükü nedeni ile mahkemelerimiz tutuklu yargılamalar için dahi 3-4 ay sonraya gün verebilmektedir. Otuzar gün içerisinde kağıt üzerinde re’sen yapılacak gözden geçirmelerin de etkisiz olduğu göz önüne alınırsa, tahliye taleplerinin etkisini kaybetmesi; tutulanların bir dahaki celseye kadar özgürlüğünü kazanma şanslarının olmaması sonucuna yol açacaktır. Bu durum da adaletimizde ciddi sorunlara yol açmaktadır. Kaldı ki “iş yükü”, geçerli bir bahane değildir. Tez içerisinde değinildiği gibi, *Bezicheri* kararında İHAM; sözleşmecî devletlerin iç hukuk sistemlerini organize etmeleri ve Sözleşme’ye uygun hale getirmeleri gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, sözleşmecî devletler, İHAM önünde; iş yükü, ayrılan bütçenin yetersizliği gibi bahaneler ardına saklanamayacaklardır. Tüm iş yükü ve ödenek yetersizliğine

karşın, kişi özgürlüğüne gereken önemi vermek, sözleşmecî devletler açısından bir zorunluluktur.

Türkiye uygulamasında gün geçtikçe daha çok yer bulan bir başka sorun CMK'nın 153. maddesinin yaygın olarak kullanılmasıdır. Bu maddenin 2. fıkrası; *“müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir”* hükmünü getirmektedir. Bu hükme dayanılarak da, özellikle örgütlü suçlar başta olmak üzere ve gün geçtikçe genişleyen bir şekilde dosyalar hakkında gizlilik kararı verilmekte ve müdafilerin dahi dosyaya erişim hakkı kısıtlanmaktadır. Bu durum, iddianamenin kabul tarihine kadar devam etmekte ve müdafiler, müvekkillerinin tutukluluk durumuna bu tarihe kadar ciddi bir itiraz getirememektedirler. Tez içerisinde değinilen *Lamy* kararı uyarınca, İHAM, bu durumu Sözleşme'nin 5/4. fıkrasına aykırı bulmaktadır. Kaldı ki, bu uygulama tez içerisinde değinilen bir başka duruma daha aykırıdır. Belirtildiği üzere, tutuklama için kuvvetli şüphenin varlığını gösterir olgular aranmaktayken, dava açılması için “yeterli şüphe” aranmaktadır. Bu nedenle, dava açılması için yeterli olmayan bir şüphe tutuklama için asla yeterli olamayacaktır. Bu nedenle, tutulan ve müdafilerinin, tutuklamanın dayandığı delillere ancak davanın açılmasından sonra ulaşabilmeleri, kişi özgürlüğünün keyfi olarak ihlalinin ciddi bir örneğidir. Bu nedenle, Türkiye uygulamasında yaygın şekilde uygulanan gizlilik kararları, neredeyse yok denecek kadar az hale getirilmelidir. Uygulanılan durumlarda da, kişi özgürlükleri ciddi ve etkili bir şekilde koruma altına alınmalıdır. Aksi halde Türkiye'nin sıklıkla İHAM önünde tazminata mahkum edileceği açıktır.

Türkiye'de yukarıda belirtilen uygulamadaki eksikliklerin yanında, fiziksel eksiklikler de bulunmaktadır. Türkiye'de tutukluların yeterli sayıda ve ihtiyacı karşılayacak düzeyde olmadığından ve istatistiklere göre tutulanların yarısından çoğu “tutuklu” olup “hükümlü” olmadığından; tutuklananlar çoğunlukla cezaevlerine konulmakta ve kendileri adeta peşinen cezalarını çekmeye başlamaktadırlar. Bu durum, maddi imkansızlıklar nedeni ile de olsa, kişi özgürlüğü gibi önemli bir kavram karşısında kabul edilebilir bir durum değildir.

Acil bir şekilde yeterli ve uygar tutuklevleri yapılmazsa, tutukluların sorunları giderilemeyecek, bu durum da İHAM karşısında Türkiye'yi zor duruma düşürebilecektir.

Türkiye uygulamasında tutuklamaya “bakış akışı” eksikliği de yaşanmaktadır. Tez içerisinde daha önce de belirtildiği üzere; CMK'nın 101/4. fıkrasında tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanığın derhal serbest bırakılacağı düzenlenmiştir. Ancak Türkiye'de sanıklar, hemen bırakılmamakta, salıverilme kararını takiben elleri kelepçeli, kollarında jandarmalar olmak suretiyle cezaevlerine götürülmektedir. Bu durum, İHAM kararları incelenirken bahsedilen *Labita* kararı göz önünde bulundurularak incelenmelidir. Tekrar tez içinde belirtildiği üzere, adı geçen *Labita* kararında, başvuru hakkında ulusal mahkemelerce salıverilme kararı verildikten sonra, kendisi cezaevine götürülmüş ve bırakılması zaman almıştır. İHAM'ın kabul ettiği genel ilke; hakkında salıverme kararı verilen tutulananın, tutulmaya devam edilmesinin nedeni, ancak kendisinin salıverilmesine dair kararın icrası yönünde hareket edilmesi dahilinde Sözleşme'ye uygun olacaktır. Ulusal mahkeme uygulamalarının yukarıda belirtilen durumu göz önüne alındığında, uygulanan usulün CMK'ya ve İHAM içtihatlarına uygun olmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira, CMK, salıvermenin “derhal” olmasını, İHAM içtihatları ise salıvermeye yönelik icra hareketlerinin hemen başlaması gerektiğini şart koşmaktadır. Bu nedenlerle, iç hukukta hakkında salıverme kararına hükmedilenlerin, başka bir suçtan dolayı tutulup tutulmadığının incelenmesi amacı ile, elleri kelepçeli ve kollarında jandarmalar eşliğinde tekrar cezaevine götürülmesi ve hakkındaki serbest bırakılma kararı sabah saat kaçta verilmiş olursa olsun bırakılmalarının neredeyse gece yarısını bulması, CMK hükümlerinin ve İHAM içtihatlarının gereklerini karşılamaktan uzaktır. Cezaevlerimizin mevcut durumu da göz önüne alındığında, mahkemeye götürülen tutulananların, başkaca bir suçtan dolayı aranıp aranmadığının tespiti, kişi götürülmeden önce yapılabilir ve hakkında salıverme kararı verildiği an, kişi mahkeme salonunda serbest bırakılabilir. Böylece hem kişi özgürlüğüne duyulan saygı maddi ve şekli olarak sağlanmış; hem de salıverme kararını yerine getirecek olan cezaevi görevlileri gece yarılarında uyandırılmamış olur. Kaldı ki, hakkında

beraat kararı verilenlerin dahi aynı usule tabi tutulması “bakış açısı” sorununun başka bir yansımasıdır.

İç hukuk sistemimizin bir diğer sorunlu noktası; tezin asıl konusu olmaması nedeni ile ayrıntılı olarak incelenmeyen “haksız tutuklama tazminatlarıdır”. Ceza hukuku alanında gerçekleştirilen yargılamalar “kamu yararı” amaçlanarak gerçekleştirilirler. Kamu yararı amaçlı olarak gerçekleştirilen bu yargılamalardan ortaya bir zarar çıkarsa, bunun sorumlusunun da kamu olması gerekir³⁵⁸. Ancak Türk hukuk sisteminde ceza hukukuna dayanan bu tazminat türünün etkili olduğunu iddia etmek pek mümkün değildir. Zira bu tazminatların tatmin edici olmasından öte daha da yaralayıcı olması söz konusudur. Hükmedilen tazminat oranlarının güldürücü düzeyde düşük olması, tazminat kararının geç çıkması, reddedilen tazminat miktarı üzerinden Hazine vekillerine vekalet ücreti hükmedilmesinin istenmesi, hükmedilen tazminatın ödemeyi yapacak olan Hazine tarafından temyiz edilmesi, böylece kararın kesinleşmesinin yıllar alması ve karar kesinleşinceye kadar mağdurlara ödeme yapılmaması; mağdurların ikinci kez mağdur edilmelerine yol açmaktadır. Görüleceği üzere, etkili ve tatmin edici olması gereken haksız tutuklama tazminatı, Türkiye’de olması gereken yerden çok uzaktadır. Bu konuda örnek vermek gerekirse, incelenen kararlardan; Y.E. hakkındaki İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 1999/155* esas sayılı kararına konu olayda, Y.E.; 06.12.1999 tarihinde gözaltına alınmış, 08.12.1999 tarihinde de tutuklanmıştır. 29.12.1999 tarihinde tahliye kararı verilmiş ve Y.E. 12.07.2000 tarihinde atılı suçtan beraat etmiştir. Bu karar 20.07.2000 tarihinde kesinleşmiştir. 3 aylık yasal süresi içinde 466 sayılı Kanun’a dayanılarak “haksız tutuklama” tazminat talebinde bulunulmuş ve 20.11.2002 tarihinde 100.000.000 TL (100 YTL) haksız tutuklama tazminatına hükmedilmiştir. Bu karar davalı Maliye Hazinesi tarafından temyiz edilmiş, kararın onanması ve haksız olarak tutulan Y.E.’ye tebliğ tarihi 25.12.2007 tarihini bulmuştur. Karar tarihinde dahi düşük bir miktar olan 100 YTL, kararın tahsil edilebilir duruma geldiği yukarıdaki tarihte

³⁵⁸ Nur Centel, *Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’nda Adli Kontrol-Tutuklama-Yakalama ve Haksızlıkların Tazminatla Giderilmesi*, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Yayına Hazırlayan Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf Akın, Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt 12, Sayı 1-3, 2004-2006, Beta Yayınları, İstanbul, Haziran 2006, s: 863.

yaklaşık olarak 59 Euro tutarındadır. Bu tutar, Y.E.'nin tutuklu olarak geçirdiği 23 güne bölüldüğünde, haksız olarak tutulmasının bedelinin günlük 2.5 Euro'ya karşılık geldiği görülmektedir. Bu durum, ne yazık ki, Türkiye'de kişi özgürlüğüne verilen önemi açıkça ortaya koymaktadır.

Son olarak belirtmelidir ki, CMK ile 1982 Anayasası hükümleri ve İHAM içtihatları, uygulamacılara aksi yönü işaret etmesine karşın, Türk mahkemelerinde tutuklu yargılama, fazlası ile yaygındır. Yukarıda açıklananlarla birlikte, bu durumun en büyük nedeni halkımızın tutukluluk uygulamasına bakışıdır. Zira, mahkemelerimiz tutuklu yargılama koşullarının oluşmadığına karar vererek, salıverme ya da tahliye hükmettiğinde, hem basın hem de halk arasında “suçluların cezasız kaldığı” izlenimi egemen olmaktadır. Bu durum, mahkemelerimiz üzerinde, günün moda deyimini ile ciddi bir “mahalle baskısı” yaratmaktadır³⁵⁹. Halkımızın tutukluluğa bakış açısı değiştirilmeden, kanunlarımız değişse dahi, tutuklu yargılamanın yaygınlığının önüne geçilemeyecek gibi gözükmektedir. Ayrıca ulusal mahkemelerimizin verdiği ve vereceği kararlar Türk yargılaması, insanları açısından çok önem taşıdığı gibi, Türkiye'nin prestiji açısından da önem taşımaktadır. Zira, İHAM'ın Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararları ve insan hakları ihlalleri gibi konular sadece Türkiye'nin tazminat ödemesi sonucunu doğurmamakta; aynı zamanda ekonomi, ticaret gibi çok farklı konu başlıklı toplantılarda dahi Türkiye'nin karşısına sorunlar çıkarabilmektedir³⁶⁰.

VI- SONUÇ

Tez içerisinde incelenmeye çalışılan tutukluluk uygulaması, usul kanunlarında kağıt üzerinde kalan ve pek de uygulanmayan bir önlem değildir. Diğer koruma tedbirlerinin aksine, tutuklama, yukarıda verilen istatistiklerde de görülebileceği üzere, Türkiye'de sıkça başvuru ve ciddi bir tedbirdir. CMK ile

³⁵⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Çolak, Taşkın, a.g.e., s: 326.

³⁶⁰ Bu yönde bilgi için bkz. Güney Dinç, *İnsan Hakları Yargısı ve Türkiye*, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, 1. Baskı, Mayıs 1997, İzmir, s: 9.

yeni bir soluk verilmeye ve eskisinden daha da istisnai bir yol haline getirilmeye çalışılan tutuklama, henüz yeni kanun ile amaçlanan ve modern hukuk sistemlerine uygun bir hale gelememiştir.

CMK, CMUK'a oranla çok daha çağdaş ve kişi özgürlüklerine saygılıdır. Ancak CMK'nın yeni düzenlemelerinin tüm sorunları ortadan kaldırdığını iddia etmek pek mümkün değildir. Her ne kadar CMK, sorunlar barındırsa da, tutuklama düzenlemesindeki sorunlar çözülemeyecek sorunlar değildir. Buna karşın, değişen kanuna rağmen uygulamanın değişmeyen yorumu, kanunu adeta etkisiz hale getirmiştir. Uygulamamızın değişen kanuna karşın aynı gerekçelerle ve aynı, hatta artan oranlarla tutuklama yoluna başvurmaya devam etmesi uygulamanın yeni kanuna ısınmadığını göstermektedir. Uygulamamız, kanunlarımızla aynı standartlara çekilemedikçe, yargılamamızdaki sıkıntılar giderilemeyecektir. Bunun sağlanmasının en önemli yolu; yeni mahkemeler açılması, yeni kanunun anlayışına ve insan haklarının geldiği noktaya yargıç yeni yargıçlar yetiştirilmesi yoluyla olabilecektir. Yargıçlara önlerine gelen dosyalara daha çok vakit ayırabilme şansı verilmeli ve böylece olaylara daha uygun kararlar verebilmeli olanağı yargıçlarımıza sağlanmalıdır. Ancak bu duruma ulaşabilmek için sağlam bir altyapı ve ekonomik güç gerekir. Buna uygun olarak adalet yapıları yatırımın artırılması ve hukuk fakültelerinde insan hakları hukuku dersinin seçmeli bir ders olmaktan çıkarılması gerekmektedir. Bunun yanında, yargıç ve savcılarımız uzmanlaştırılmalı ve kendi görev alanları olan ceza hukuku dışındaki yargılama makamlarında görevlendirilmemelidirler. CMK'nın 104. maddesinde düzenlenmiş bulunan "tahliye taleplerinin" uygulamada yer bulamadığı tez içerisinde belirtilmiştir. Bu sorunu giderebilmek amacı ile, en azından sadece soruşturma aşamasında, yalnızca tahliye taleplerini ve tutukluluğu değerlendirmekle görevli yeni mahkemeler kurulabilir. Böylece, iş yükü nedeni ile kendi dosyalarını dahi yeterli derecede inceleme fırsatı bulamayan mahkemelerimiz, kişi özgürlüğü gibi önemli bir durum hakkında inceleyemeden karar vermek gibi zor bir durumda bırakılmazlar. Gelen tahliye talepleri de, dosyaları ile birlikte incelemeye yetkili yeni kurulacak mahkemeler önüne

getirilebilir. Bu mahkemelerin tek görevi tahliye taleplerini incelemek olacağından, daha isabetli sonuçlara ulaşılabilir.

Tez içerisinde, Türkiye’de % 73,6 kişinin haksız yere tutuklu yattığı gibi ciddi bir rakam verilmiştir. “Bir kişinin özgürlüğünün haksız yere ihlal edilmesini, hiçbir devletin hazinesi tazmin edemez” anlayışının egemen olmaya başladığı günümüzde, tutuklanarlardan % 73.6 kişinin haksız tutukluluğunu hiçbir mantık haklı çıkaramaz. Bu nedenle uygulamacıların tutuklamaya hükmederken daha dikkatli olmaları gerekmektedir. Aksi halde adalete duyulan güven ciddi şekilde azalacaktır. Tutuklu yargılamanın en koyu savunucularının bile yukarıdaki rakam karşısında dehşete düşeceği ortadadır. Zira, eğer, bu tutuklu yargılamalar, gerçek anlamda Anayasa’ya, CMK’ya ve İHAS’a uygun ise Türkiye, “Vahşi Batı’nın” bile yakınına yaklaşmayacağı bir suç oranına ulaşmış durumdadır. Adalet alanında çalışanların yaşadığı zorluklar bilinmektedir. Ancak mahkemelerimizin iş yükü ne kadar ağır olursa olsun, kişi özgürlüğü, iş yükü nedeni ile vazgeçilebilecek bir kavram değildir. Türkiye’de düzenli olarak hükümetlerin yargıya yeterli payı ayırmadığı hatta son dönemlerde ayrılan payın giderek küçüldüğü doğrudur. Buna karşın, adalet çalışanları özellikle de telafinin mümkün olmadığı ceza hukuku alanında çalışanlar çok dikkatli olmak zorundadırlar. Zira, çok bilinen bir söyleyişteki gibi, “adaletini kaybetmiş bir devlet her şeyini kaybetmiş demektir”.

VII- ÖZGEÇMİŞ

Ahmet Sinan Sürücü, 1980 yılında İzmir’de doğmuştur. İzmir Gazi İlköğretim Okulu’nu 1991, İzmir Özel Tevfik Fikret Lisesi’ni 1998, İstanbul Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni 2003 yılında bitirmiş, 2006 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku alanında yüksek lisans programına başlamıştır. Halen İzmir Barosu’na bağlı olarak avukatlık mesleğini yapmaktadır.