

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 5.
MADDESİ (KİŞİ ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİĞİ)
BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE
YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA

Doktora Tezi

Coşkun KOÇ
1250D92101

İstanbul, 2016

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU ANABİLİM DALI
ULUSLARARASI TİCARET VE AB HUKUKU DOKTORA PROGRAMI

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 5.
MADDESİ (KİŞİ ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİĞİ)
BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE
YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA

Doktora Tezi

Coşkun KOÇ
1250D92101




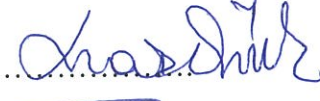

Danışman: Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ

İstanbul, 2016

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ

ONAY SAYFASI

Doktora öğrencisi Coşkun KOÇ'un "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (Kişi Özgürlük ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltına Alma" konulu tez çalışması jürimiz tarafından Doktora tezi olarak (oybirliği□/ oyçokluğu□) ile başarılı bulunmuştur.

	Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız	
Jüri Üyesi	Prof. Dr. Ömer ÖZKAN	
Jüri Üyesi	Doç. Dr. Mehmet BAKCI	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. Muhittin ADIGÜZEL	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. R. Barış ATILADI	

Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamıyla uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesinin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

ÖZET

Doktora Tezi

Coşkun KOÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (Kişi Özgürlük ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama Ve Gözaltına Alma.

İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü

Uluslararası Ticaret ve Hukuk Anabilim Dalı

Uluslararası Ticaret ve AB Hukuku Doktora Programı

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireyin iktidar karşısında hukuksal güvenliğinin güvencesi ve diğer özgürlüklerin temeli olarak kabul edilen bir haktır. Bireylerin özgürlüklerinden keyfi bir biçimde yoksun bırakılmayacaklarına güven duymaları, demokratik bir toplum ve hukuk devleti olmanın en temel koşuludur. Özgürlükten yoksun bırakmanın keyfi olmamasına karşı ilk ve en büyük güvence, araştırma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma kararlarının hukuka uygun olmasıdır. Ancak bu şekilde, insanı ve onun onurunu koruyan bir sistem oluşturulabilir. Bu çalışmamızda, hukuka aykırı bir biçimde gerçekleştirilen yakalama ve gözaltıların, insan hakları açısından taşıdığı önem teorik ve pratik yönleriyle incelenmiştir. Ayrıca, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan yakalama ve gözaltına almaya ilişkin hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uyum meselesi bilimsel ve objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler : Kişi Özgürlüğü, Kişi Güvenliği, Ceza Muhakemesi Hukuku Koruma Tedbirleri, Yakalama ve Gözaltı

ABSTRACT

PhD Thesis

Arrest and Detention in the Criminal Procedure in the Scope of the Article 5 (Right to Liberty and Security) of the European Convention on Human Rights

Istanbul Commerce University Faculty of Foreign Trade

Department of International Trade and Law

International Trade and EU Law PhD Program

Right to liberty and security of a person is a right adopted as a hard core of the assurance of the legal security and other liberties against the government. It is a basic condition of being a democratic society and state of law for individuals to have a confidence of not being deprived of their liberties arbitrarily. The first and most important assurance against the arbitrarily deprivation of the liberties is the compliance of arrest and detention with the law, which is our research subject. It can only be formed a system which protects the human and his dignity. The importance of unlawful arrest and detention has been examined in terms of theory and practice on the human rights in this study. Furthermore, the compliance of provisions of arrest and detention as prescribed by the Criminal Procedure Law no 5271 with the European Convention on the Human Rights will be assessed scientifically and objectively.

Key Words: Personal Liberty, Personal Security, Protection Measurements of Criminal Procedure Law, Arrest and Detention

ÖNSÖZ

Akademik hayatın belki de en önemli bölümü olan doktora aşamasını tamamlarken, bugünlere gelmemde emeği olan değerli insanlara teşekkür etmeyi bir borç biliyorum. Öncelikle, İstanbul Ticaret Üniversitesi Uluslararası Ticaret ve Avrupa Birliği Hukuku Doktora programında ve tez çalışmam süresince akademik bilgi birikimi ile bana destek veren yardımlarını esirgemeyen Sayın hocam Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ'a minnet ve şükran duygularımı ifade etmek istiyorum. Doktora tezimi kendilerinin danışmanlığında yazma imkanına sahip olmak benim için büyük bir şans ve fırsat olmuştur. Konunun belirlenmesi, başlıkların oluşturulması ve içeriğin hazırlanması dahil tezin tüm aşamalarında değerli katkıları ile yolumu aydınlatmışlardır.

Ayrıca tez izleme komitemde yer alarak hiçbir zaman desteklerini benden esirgemeyen Sayın Prof. Dr. Ömer ÖZKAN ve Sayın Yrd. Doç. Dr. Barış ATLADI hocalarım ile tez jürimde bulunarak beni onurlandıran Sayın Doç. Dr. Murat BALCI ve Sayın Yrd. Doç. Dr. Muhittin ADIGÜZEL hocalarıma en içten saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

Gerek doktora ders sürecinde gerekse tez aşamasında ihtiyaç duyduğum izinler konusunda hiçbir zaman olumsuz cevap almadığım, bu alandaki çalışmalarımın dolaylı olarak her zaman takdirlerine mazhar olduğum ve emri altında görev yapmaktan onur duyduğum komutanım, Sayın Jandarma Albay Turgay ARAS'a şükranlarımı bu vesile ile arz ederim.

Son olarak, meslek hayatım boyunca ve tez çalışmam esnasında sürekli desteğiyle yanımda bulunan eşim Çiğdem hanıma ve bu süreçte kendilerine yeterince vakit ayıramadığım kızlarım Pelin ve Melis'e de sonsuz teşekkür ederim.

Tezimin, yakalama ve gözetim altına alma koruma tedbirlerine ilişkin olarak, daha özgürlükçü ve insan haklarına saygılı bir anlayışın oluşmasına katkı sağlamasını temenni ederim.

Coşkun KOÇ

Mayıs-2016 - İSTANBUL

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 5. MADDESİ (KİŞİ
ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİĞİ) BAĞLAMINDA CEZA
MUHAKEMESİNDE YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA**

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER	4
1.1. Hak Kavramı ve İnsan Hakları	4
1.1.1. Genel Olarak	4
1.1.2. Hak Kavramına İlişkin Teoriler	6
1.1.3. Hak ve Özgürlük İlişkisi	10
1.1.4. Hak ve Ödev.....	13
1.1.5. İnsan Hakları	17
1.1.6. Temel Haklar	23
1.2. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğinin Tanımı Ve İçeriği	25
1.2.1. Özgürlük ve Güvenlik Dengesi	29
1.2.2. Özgürlük ve Güvenlik Dengesinin Bozulması.....	31
1.3. Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Kaynakları	32
1.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	32
1.3.1.1. AİHS ve Oluşturduğu Koruma Mekanizması.....	32
1.3.1.2. AİHS'nin Türkiye'de Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....	37
1.3.2. Anayasal Sistemde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği.....	41
1.3.2.1. 1982 Anayasası'nda Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Kapsamı	41
1.3.2.2. AİHS 5. Maddesi ile Anayasa 19. Maddesinin Uyumluluğu.....	46
1.3.3. Ceza Muhakemesi Kanunu.....	47

1.3.4. Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği	48
İKİNCİ BÖLÜM.....	49
AİHS'NİN 5. MADDESİ (KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİNİN İHLALİ). 49	49
2.1. Genel Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği.....	49
2.2. AİHS Bakımından Özgürlükten Mahrumiyet- Özgürlüğün Sınırlanması Ayrımı	55
2.3. Özgürlüğün Kısıtlanmasına Getirilen Güvenceler	56
2.4. Özgürlük Kısıtlamasının Yasal Olduğu Haller	56
2.4.1. Kişinin Yetkili Mahkeme Tarafından Mahkum Edilmesi Üzerine Tutulması (m.5/1-a).....	57
2.4.1.1. Yetkili Mahkemenin Mahkumiyet Kararının Mevcudiyeti	58
2.4.1.2. Tutmanın Mahkûmiyet Kararı Sonrası Olması.....	60
2.4.1.3. Usulüne Uygun Hapsedilme	61
2.4.2. Mahkeme Kararına ya da Yasal Yükümlülüğe Uymama Nedeniyle Tutma	61
2.4.3. Suç İşlendiği Hususunda Makul Şüphe Sebebiyle Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Kısıtlanması.....	65
2.4.3.1. Genel Olarak	65
2.4.3.2. Suç Kavramı ve Kapsamı	68
2.4.3.3. Kişinin Suç İşlediğine Dair Makul Şüphe	69
2.4.3.4. Derhal Yetkili Yasal Merciin Önüne Çıkarma	71
2.4.3.5. Tutma Uygulamasının Kayda Geçirilmesi Zorunluluğu.....	74
2.4.4. Küçüklerin Tutulması.....	76
2.4.5. Kamu Sağlığı ve Kamu Düzenini Korumak Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması.....	78
2.4.5.1. Genel Olarak	79
2.4.5.2. Bulaşıcı Hastalık Yayılabilecek Kişilerin Tutulması.....	80
2.4.5.3. Akıl Hastası ile Alkolik Madde Bağımlıları ve Serseri Kişilerin Tutulması	80
2.4.5.4. Sınır Dışı ya da İfade Etme Amacıyla Kişinin Tutulması.....	83
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	84
AİHM 5. MADDESİ BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA	84
3.1. Koruma Tedbirleri.....	84
3.1.1. Tehlike Tedbiri Kavramı	84
3.1.2. Koruma Tedbirleri ve Muhakeme Hukukundaki Görevleri	85
3.1.3. Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması.....	91

3.1.4. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri.....	92
3.1.4.1. Yasayla Düzenlenmiş Olma.....	92
3.1.4.2. Zorlama	93
3.1.4.3. Araç Olma	94
3.1.4.4. Geçici Olma	95
3.1.5. Koruma Tedbirlerinin Ön Şartları	96
3.1.5.1. Suç Şüphesinin Bulunması	96
3.1.5.2. Gecikmede Tehlike Bulunması.....	99
3.1.5.3. Görünüşte Haklılık.....	101
3.1.5.4. Oranlılık (Ölçülülük) İlkesi.....	103
3.2. Genel Olarak Yakalama ve Gözaltına Alma	104
3.2.1. Yakalama Kavramı.....	106
3.2.2. Yakalamanın Türleri	109
3.2.2.1. Önleme Yakalaması.....	110
3.2.2.2. Muhafaza Altına Alma ve Koruma Amaçlı Özgürlüğün Kısıtlanması	113
3.2.2.3. Durdurma ve Kontrol (PYSK. md. 4/A ve YGİY md. 27).....	113
3.2.2.4. Adli Yakalama	114
3.2.2.4.1. Herkes Tarafından Yapılan Yakalama.....	115
3.2.2.4.2. Kolluk Tarafından Yakalama Emri Olmadan Yapılabilecek Yakalama	118
3.2.2.4.3. Kolluğun Yakalama Emrine İstinaden Yakalama Yetkisi	121
3.2.3. Yakalamanın İcrası.....	124
3.2.4. Yakalanan Kişi Hakkında Yapılacak İşlemler	127
3.2.4.1. Yakalanan Kişi ile İlgili Alınacak Önlemler	128
3.2.4.2. Cumhuriyet Savcısına Bilgi Verme	129
3.2.4.3. Yakalanan Kişiye Haklarının Bildirilmesi.....	131
3.2.5. Özellik Gösteren Kişilerin Yakalanması.....	135
3.2.5.1. Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar	135
3.2.5.2. Milletvekili Dokunulmazlığı.....	136
3.2.5.3. Çocuklar Hakkında Yakalama	136
3.2.5.4. Avukatların Yakalanması.....	138
3.2.6. Tutanak Tanzimi ve Yakalamanın Sona Ermesi	138
3.2.7. Yakalananın Mahkemeye Götürülmesi.....	140

3.3. Yakalanan Kişinin Gözaltına Alınması	141
3.3.1. Genel Olarak	141
3.3.2. Gözaltına Almanın Koşulları	143
3.3.3. Gözaltına Almayı Gerektiren Haller	145
3.3.3.1. Serbest Bırakılmayan Yakalanan Kişinin Gözaltına Alınması (md. 91/1-2)	145
3.3.3.2. Yakalama Müzekkeresine Dayanan Gözaltına Alma	145
3.3.3.3. Kimliğini İspat edemeyenlerin Yakalanması ve Gözaltına Alınması	146
3.3.3.4. Sınır Dışı Edileceklerin Gözaltına Alınması	146
3.3.4. Kararı Verecek Makam	147
3.3.4.1. Cumhuriyet Savcısı	148
3.3.4.2. Mülki Amir Tarafından Belirlenen Kolluk Amirinin Gözaltı Kararı (CMK md. 91/4).	148
3.3.5. Gözaltı Kararı Üzerine Yapılacak İşlemler	151
3.3.5.1. Sağlık Kontrolü	151
3.3.5.2. Güvenlik Araması	153
3.3.5.3. Nezarethane İşlemleri	154
3.3.5.3.1. Nezarethaneye Kabul ve Kayıt	154
3.3.5.3.2. Nezarethanede Şüpheli ve Müdafî Görüşmesi	157
3.3.6. Gözaltı Süreleri	158
3.3.7. Gözaltının Sona Ermesi	164
3.3.8. Tekrar Yakalama ve Gözaltına Alma Yasağı	165
3.3.9. Yakalama ve Gözaltına İlişkin Kararların Denetimi	166
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	168
YAKALANAN VE GÖZALTINA ALINAN KİŞİLERİN AİHS VE CMK BAĞLAMINDA ORTAK HAKLARI	168
4.1. İsnadı Öğrenme Hakkı	168
4.1.1. Genel Olarak	168
4.1.2. Yakalama Sebeplerinin Bildirilme Zamanı	171
4.1.3. Bilgilendirmenin Yapılacağı Dil	172
4.1.4. Susma Hakkı	172
4.2. Kısıtlanma Durumunun ve Nedeninin Yakınlarına Bildirilmesi	173
4.3. Müdafiden Yararlanma Hakkı	175
4.4. Derhal Yargı Mercî Önüne Çıkarılma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı	177

4.4.1. Genel Olarak	177
4.4.2. Yetkili Yasal Merciiin Özellikleri.....	179
4.4.3. Yargısal Denetimin Derhal Gerçekleştirilmesi	181
4.4.4. Salıverilmenin Bir Güvenceye Bağlanması	182
4.5. Tutulmanın Hukukilik Denetimi İçin Başvurma Hakkı.....	183
4.5.1. Genel Olarak	183
4.5.2. Hukuki Denetimin Kısa Sürede Gerçekleşmesi.....	186
4.5.3. Hukukilik Denetiminin Makul Aralıklarla Tekrarlanması.....	187
BEŞİNCİ BÖLÜM.....	190
HAKSIZ VE HUKUKA AYKIRI YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMANIN HUKUKİ SONUÇLARI (TAZMİNAT).....	190
5.1. Genel Olarak	190
5.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Tazminat	191
5.3. CMK’da Haksız Yakalama ve Gözaltı İçin Tazminat.....	192
5.3.1. Genel Olarak	192
5.3.2. Tazminat Nedenleri	194
5.3.2.1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalanma	194
5.3.2.2. Gözaltı Süresi İçinde Şüpheliyi Hakim Önüne Çıkarmamak ...	196
5.3.2.3. Kanuni Hakları Hatırlatılmamak ve Hatırlatılmasına Rağmen Bu Haklardan Yararlandırılmadan Tutuklanmak	197
5.3.2.4. Kanuna Uygun Olarak Yakalandıktan ve Tutuklandıktan Sonra Haklarında Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Beraatlarına Karar Verilenler	198
5.3.2.5. Gözaltı ve Tutuklulukta Geçen Sürenin Mahkum Olunan Cezadan Fazla Olması.....	199
5.3.2.6. Özgürlüğü Kısıtlanana Hakkındaki İsnadın Söylenmemesi	200
5.3.2.7. Özgürlüğü Kısıtlananın Bir Yakınına Haber Vermeme.....	201
5.3.3. Başvuru Koşulları.....	201
5.3.3.1. Karar veya Hükümlerin Kesinleşmesi	201
5.3.3.2. Yetkili Mahkeme	202
5.3.3.3. Başvurmaya Yetkili Kimseler.....	202
5.3.3.4. Başvuru Süresi	204
5.3.3.5. Tazminat Talebinin Mahkeme Tarafından İncelenme Usulü ...	204
5.3.4. Hüküm ve Tazmin Edilecek Zararlar	205
5.3.5. Tazminatın Geri Alınması ve Rücu.....	207
5.3.6. Hakim ve Savcıların Tazminat Sorumluluğu	208

SONUÇ DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER	210
KAYNAKÇA.....	222



KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	:Anayasa
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
çev.	: Çeviren
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Dosya esas numarası
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İTİCÜ	: İstanbul Ticaret Üniversitesi
K.	: Karar numarası
md.	: Madde
No.	: Başvuru numarası
p.	: Sayfa (page)

pp.	: Sayfalar (pages)
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
Y.	: Yönetmelik
YGİY	: Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

İnsanların doğuştan sahip oldukları bazı temel hak ve özgürlükler vardır. Bunlardan belki de en önemlisi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıdır. Pek çok hakkın kullanılmasının öncelikli şartı, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin olmasıdır. Eğer bu yoksa diğer haklarda anlamsız ve işlevsiz duruma düşerler. Doğal bir hak olmasına rağmen, insanlar kanlı mücadeleler sonucunda bu hakkı elde edebilmişlerdir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireyin iktidar karşısında hukuksal güvenliğinin güvencesi, diğer özgürlüklerin sert çekirdeği olarak kabul edilen bir haktır. Bu kadar önemli olması nedeniyle özgürlükçü demokrasilerde çok itinalı ve kıskançlıkla korunması gerekmektedir. Bu tespiti yaptıktan sonra, koruma sistemlerinin içinde en etkili olanlarından birinin Avrupa Sistemi olduğunu belirtmek yanlış olmaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), özgürlük ve güvenlik hakkını şu şekilde düzenlemektedir: “ Herkesin özgürlüğe ve güvenliğe hakkı vardır. Hiç kimse belirtilen haller ve yasal yollar dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Burada *kişi özgürlüğü hakkı*, kişilerin fiziksel ve bedensel özgürlüğünü içermektedir. Kişi güvenliği hakkı ise, kişilerin fiziksel/bedensel özgürlükten mahrum bırakılması durumunda sahip oldukları hakları kapsamaktadır. Dolayısıyla AİHS’ deki *özgürlük ve güvenlik* kavramları, birbirinden bağımsız olmayıp, birbirini tamamlayıcı kavramlar olarak ele alınmalıdır.

AİHS ile insan hakları kavramı 20. yüzyılda ulaşabileceği noktanın en üst kısmına çıkmış ve beraberinde birey artık uluslararası hukukun bir süjesi haline gelmiştir. Bu aşamadan sonra taraf ülkeler iç hukuk normlarını AİHS’ye uydurmak zorunda kalmışlardır. Ülkemizde de son dönemde yapılan yasal değişikliklerde AİHS ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kararlarının etkisi üst seviyededir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) da incelendiğinde AİHS ve AİHM kararlarının etkisi gözden kaçmamaktadır.

Ceza muhakemesi bireyin temel hak ve özgürlükleri ile yakından ilgili olmakla beraber, bu özellik koruma tedbirlerinde daha çok ön plana çıkmaktadır. Zira koruma tedbirleri, henüz hüküm verilmeden çeşitli temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirmektedir. Çalışma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlama nedenlerindedir.

Bu çalışmamızda yukarıda belirttiğimiz önemi sebebiyle ceza muhakemesi hukukunda düzenlenen yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerini ayrıntılı olarak incelemeye gayret ettik. Ceza muhakemesi hukukunda düzenlenen, yakalama ve gözaltına alma kurallarına aykırı davranmanın, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını nasıl ihlal edeceğinin anlaşılması insan hakları açısından önemlidir.

Doktora tez konumu “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesi (Kişi özgürlük ve güvenliği) bağlamında ceza muhakemesinde yakalama ve gözaltına alma” olarak seçmemin sebebi, hem bireyin en değerli hakkına yani özgürlüğüne ilişkin olması, hem de bu alanda ülkemizde bugüne kadar hazırlanmış detaylı monografik bir incelemenin olmamasıdır.

Çalışmamızı gerçekleştirirken, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yakalama ve gözaltına almaya ilişkin hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması bağlamında temel norm olarak kabul ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 5. maddesi, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alınmıştır. Çalışmanın daha sistematik olması amacıyla, birinci bölümde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin temel bilgiler verilerek özellikle hak kavramı ve insan hakları kavramı üzerinde durulmuştur. Zira bu iki kavrama değinmeden konunun izahının mümkün olamayacağı kanaatindeyiz. İkinci bölümde AİHS çerçevesinde kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Ancak tekrardan kaçınmak kaygısıyla çok fazla detaya girilmemiştir. Nitekim yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri konusunda da yeri geldikçe AİHS 5. maddesine değinilmiştir. Üçüncü bölümde ise ceza muhakemesi hukukunda yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri incelenmiştir. AİHS’nin genelde ceza muhakemesi hukukuna özelde de yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine yansımaları bu bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Dördüncü ve beşinci bölümler, özgürlüğü kısıtlananın hakları ile haksız ve hukuka aykırı yakalama ve gözaltına almanın hukuki sonuçlarına ayrılmıştır.

Çalışma, bu bölümler çerçevesinde gerçekleştirilirken mümkün olduğunca doktrinindeki farklı görüşlere, AİHM ve Sözleşmenin diğer organlarının ve Yargıtay'ın içtihatlarına yer verilerek, konunun daha kapsamlı ve somut şekilde ortaya konulmasına çaba sarf edilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1. Hak Kavramı ve İnsan Hakları

1.1.1. Genel Olarak

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını anlamak için ilk önce hak kavramını ve bir hakka sahip olmanın ne anlama geldiğinin hukuki ve felsefi temellerini anlamak gerekir. İnsan hakları alanındaki literatürün günden güne genişlediği ve “insan hakları enflasyonu”nun yaşandığından yakınıldığı bir ortamda hak kavramını doğru tanımlamanın hayati önemi vardır. Çünkü haklar enflasyonu “haklar söyleminin değerini azalttığı gibi teorik tartışmada da büyük ölçüde karışıklığa yol açmaktadır.” Ayrıca hakların sadece devletin özel alanlara keyfi müdahalesine karşı bireylerin korunmasıyla ilgili olarak anlaşıldığı geleneksel düşünceden farklı olarak, günümüzde hakların devletin insan ihtiyaçlarını karşılamasına ilişkin meşru talepler olarak anlaşılması da bu konuda titiz bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır.

İster ahlaki isterse hukuki bir kategori olarak düşünölsün, “insan hakları” genel olarak hakların özel bir türü olduğu için, insan hakkının anlamı da önemli ölçüde hak teriminin anlamına bağlıdır. Hak kavramını açıklamadan, bir hakkın “insan hakkı” olarak nitelenmesinin ifade ettiği anlamı ve bunun ne gibi sonuçları bulunduğunu kavrayamayız¹. İşte, insan haklarını anlamak için önce “hak” kavramının tanımlanması ve bu kavram içerisinde insan haklarının yerinin belirlenmesi zorunluluğundan dolayı araştırmamızda öncelikle hak kavramı üzerinde durulacaktır.

Hak kelimesi başta hukuk dili olmak üzere yaygın kullanılan bir kavramdır ve iki temel anlamı vardır: *doğruluk* ve *yetki*. Birincisinde, bir şeyin doğru (haklı)

¹Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 9.b., Ankara: Orion kitabevi, 2012, s. 7-8.

olduğundan, doğru(haklı) olan bir eylemden söz ederiz. İkincisinde ise, bir kimsenin bir hakka sahip olduğundan bahsederiz. Normal olarak haklardan söz ettiğimizde bu ikinci anlamı vurgulamış oluruz². Hukuk dilindeki hak kavramı da özünde böyle bir yetkinin veya meşru talebin hukuki biçimde ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Ancak burada hakka sahip olmanın bahsettiği talep yetkisinin arka planında ahlaki meşruluk düşüncesi bulunsa da kaynağı hukuktur³. Bu kaynaktan doğan meşru talepler, bireye belli özgürlükler ve ayrıcalıklar verir⁴.

Bu noktada konunun daha iyi anlaşılabilmesi için “hak”kın hukuk dışındaki kaynaklarından biri olan ahlaki meşruluğu da izah etmemiz gerekecektir. Günlük konuşma dilinde sıkça telaffuz edilen hak sözcüğü, aslında, çoğu zaman kaynağını ahlaktan alan kimi hakları ileri sürmek için kullanılmaktadır. Bir şeye hakkımız olduğunu ileri sürdüğümüzde, o şeye yönelik iddialarımızın tartışılmaz olduğunu ve herkesçe tanınması gerektiğini düşünürüz. Yani ahlaki olarak talebimizin doğru olduğunu söyleriz. Bu durumda, hak iddiamızın altında, ahlaki meşruluk düşüncesi yer almaktadır. Örneğin, yetişkin bir insanın kendisi ile ilgili temel kararları kendisinin almasının ahlaki bir ilke olarak kabulü, hemen hemen her insan için doğruluğu tartışılmayacak bir gerçektir. Bu durumda kendisi ile ilgili temel kararları almak isteyen kişinin bu istemi, ahlaki bir nitelik taşımaktadır⁵.

Hak kavramı, “hak sahibi” kavramına bağlı bir kavramdır; hak ancak bir “hak sahibi”ne bağlı olarak somut anlam kazanır. Her hak, o hakkın sahibine başkalarına istemler (talepler) yönelterek, karşı tarafın belli bir davranışta bulunmasını ya da belli bir davranıştan kaçınmasını istemek yetkisi verir. İstem yöneltilebileceği “karşı taraf” hakkın niteliğine göre değişir; Örneğin, kişi mülkiyet hakkını herkese karşı yöneltebilir ve bu hakkına herkesin saygı göstermesini talep edebilir. İnsan hakları kavramına giren haklar bakımından karşı taraf ise “devlet” tüzel kişiliğidir. İnsan haklarına aykırı davranışlarla karşılaştığını ileri sürenler, bu ihlal nedeniyle ileri sürebilecekleri istemleri “devlet”e yöneltmek durumundadırlar. Ancak, burada gözden kaçırılmaması gereken bir

²Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Ankara: Yetkin Kitabevi, 1995, s. 19.

³Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 9.b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2012, s. 140-141.

⁴Tamma Sastry, **Introduction to Human Rights and Duties**, Pune: University of Pune Press, 2011, p. 12.

⁵İsmet Giritli, Atilla Güngör, **Günümüzde İnsan Hakları**, İstanbul: Der Yayınları, 2002, s. 8.

özellik vardır: Devlete karşı ileri sürülebilecek her hukuksal istem, her zaman teknik anlamda İnsan Hakları Hukuku'nun konusuna girmez. Öte yandan her "hak ihlali"nin bir "insan hakları sorunu" olduğu da söylenemez. Örneğin borçlusunun, borcunu ödememesinden yakının kişi açısından bir "hak ihlali" söz konusu olabilir; ancak etkili yargı yolu açık olduğu sürece, teknik anlamda bir "insan hakkı ihlali"nden söz edilemez⁶.

Hak kavramı hukuk hayatında önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Bunun temel nedeni hak kavramının insanların insanlarla veya insanların nesnelere ile olan ilişkisini açıklamak konusunda yararlı olmasıdır. Ancak hak teriminin gösterdiği ilişkiler bizim duyu organlarıyla algıladığımız gerçeklik ilişkileri niteliğini taşımaz. Hak teriminin hukuk hayatı bakımından önemli yararı, hukuki ilişkileri hem hukukçunun hem de sade vatandaşın daha iyi şekilde saptamasına yardımcı olmasıdır. Bundan başka hak terimi hukukun gerçekleşmesinde zamandan ve emekten ekonomi sağlanmasında da olumlu bir rol oynamaktadır⁷. Ayrıca hak, sahibine bunu kullanabilme olanağını da bünyesinde barındırması bakımından önemlidir⁸.

1.1.2. Hak Kavramına İlişkin Teoriler

Yukarıda bahsedildiği üzere hak kavramı hukukçuları fazlasıyla uğraştıran konulardan biridir. Bu da son derece doğaldır. Zira hukuk biliminin temel işlevi hakların nasıl doğduğunu nasıl kullanılacağını, ne zaman ve hangi koşullarla sona ereceğini araştırmaktır. Bundan dolayı "hak"ın niteliği ince ve ayrıntılı araştırmalara konu edilmiştir. Hukuksal bir kavram olarak "Hak" kavramına ilişkin doktrinde "*İrade Teorisi*" "*Menfaat Teorisi*" ve "*Karma Teori*" olmak üzere üç farklı teori öne çıkmaktadır.

Alman hukukçularından *Windscheid* (1817–1892) tarafından geliştirilmiş *irade kuramına* göre hak, hukuk düzeni tarafından bir kişi lehine bahşedilen irade kudret veya hakimiyettir. Bu irade kudret ve hakimiyeti kendisine karşı olan iradeleri, kendi hareket tarzını kabule zorlamak veya yeni bir hukuksal durum yaratmak yetkisiyle donatılmış

⁶Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 4-5.

⁷Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 4.b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 1995, s. 42.

⁸Sastry, *a.g.e.*, p. 13.

bulunmaktadır. Bu kuramda hakkın esası iradedir. Birey, hukuk düzenince tayin edilmiş olan sınırlar içinde hareket ettiği sürece, onun iradesi devletçe korunur ve böylece korunmuş olan irade hak niteliği kazanmış olur. Bu kurama doktrinde çeşitli eleştiriler yöneltmiştir. Bunlara göre, hakkın esası irade olamaz. Zira irade tinsel (ruhi) bir kavramdır. Dış bir sebep olmadan harekete geçmez. Nihayet, hakkı irade kudretinden ibaret olarak düşünse idik, bu düşüncenin mantıki sonucu olarak, irade kudretinden mahrum olanların örneğin çocukların, tüzel kişilerin hak sahibi olmamaları gerekirdi⁹.

Halbuki hukuk sistemlerinde, velayet ve vesayet gibi müesseselerle iradeleri tam tecelli etmeyen yahut kaybolan kişilerin haklarının korunması yanında, hayvan haklarının korunması da yer alabilmektedir. Aynı zamanda, insan hakları anlayışında “herkes”, hakkın süjesi olup süjelik dışında kalan insanlar olamaz. Hatta çağdaş haklar anlayışından baktığımızda, sanık hakları, kadın hakları, çocuk hakları, hasta hakları, azınlık hakları gibi daha spesifik güvenceli insan hakları yanında, hayvan hakları da uluslararası enstrümanların konusu olabilmektedir¹⁰.

Yine bir alman hukukçusu *Jhering* (1818–1892) ise hakkı “hukukça korunan çıkar (menfaat)” olarak tanımlamıştır. Doktrinde *menfaat teorisi* olarak adlandırılan bu teorinin taraftarlarına göre hak, iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki menfaattir. İkincisi bu menfaatin hukuk düzeni tarafından korunması, tanınmasıdır. Hak kavramını sadece çıkar (menfaat) ile izah eden bu düşünce (menfaat kuramı) doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Eleştirilerin ana odak noktası hukukun koruduğu çok sayıda menfaat vardır ki bunları kişisel hak olarak benimsemenin mümkün olmadığı yani hukukça korunan bütün menfaatlerin hak olduğu iddiasının her zaman doğru gözükmediği yönündedir. Bu tanım eksiktir. Çünkü hak, çıkardan ibaret değildir. Belki hak bir çıkarı sağlamak için araçtır¹¹. Menfaat teorisine yöneltilen eleştirilerin ikincisi, “hak” kavramının ortaya çıkışında “hukuk düzeni tarafından tanınma” asli bir unsur olarak görülmektedir. Bu asli unsur ile “hak”, salt pozitif hukuk kaynağı içinde ele

⁹ Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, 26.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 210.

¹⁰ Fatih Karaosmanoğlu, **İnsan Hakları**, 2.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s. 62.

¹¹ Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 16.

alınmaktadır. Halbuki insan hakları perspektifinden baktığımızda, “Hak”, doğal hukuk temelinde gelişen bir kavramdır¹².

İrade ve menfaat kuramlarının birleştirilmesinden oluşan kuram, karma kuram olarak isimlendirilmektedir. Bu kuramı destekleyen Alman hukukçusu *Jellinek* (1851-1911)'tir. *Jellinek*, sübjektif hakkı, irade ve menfaati birbirini tamamlayan birer cüz, birer unsur ve öge sayarak, irade ve menfaat kavramları arasında bir senteze ulaşarak “insana irade kuvveti tanımak suretiyle korunan menfaat” olarak tanımlamaktadır. Karma Kurama göre, menfaati temsil edecek ve korunacak olan iradenin menfaat sahibine ait olması zorunlu değildir. Buna göre, bir akıl hastasının vasisi, bir tüzel kişinin temsilcisi, bir çocuğun velisi de iradesini koyarak temsil ettiği kişinin menfaatini sağlayabilir. Görüldüğü gibi karma kuram sadece irade kuramı veya sadece menfaat kuramından hakların korunması konusunda daha elverişli daha aktif ve dinamik bir içeriğe sahiptir¹³.

Hak ile ilgili bu açıklamaları hakkın unsurlarına ilişkin bir formül ile sürdürebiliriz. Hakkın varlığından anlamlı olarak söz edebilmemiz için, şu unsurların bulunması gerekir.(1) *Yetki*: Hakkın özü bir şeyi yapabilme yetkisidir; o şeyi yapıp yapmamak konusunda hak sahibi serbesttir. Kişi hakkını kullanmaya zorlanamaz. (2) *Talep*: Her hak, sahibine olumlu veya olumsuz bir talepte bulunma yetkisi verir. Daha açık bir ifadeyle, bir hak başkalarına sırf bir kaçınma yükümlülüğü yükleyebileceği gibi, bir edim veya yerine getirme yükümlülüğü de yükleyebilir. Hukuki haklar hem negatif hem de pozitif taleplere dayanak oluşturabilirler. Genellikle “özgürlük hakkı” ve özgürlükten türeyen haklar negatif taleplerin kaynağıdır.(3) *Saygı gösterilme zorunluluğu*: Bir hak iddiası, hakkın konusundan yararlanma yetkisinin genel olarak veya bir ilişkiye bağlı (özel) olarak tanınmasını istemek, ona saygı gösterilmesini meşru olarak beklemek demektir. Sırf ahlaki haklarda bu unsur sadece talebin ahlaken meşru olduğuna ilişkin inanç şeklinde ortaya çıkarken, hukuki haklar söz konusu olduğunda bu zorla yerine getirmeyi gerektirir¹⁴. Bu konuda belirtilmesi gereken bir gerçek de şudur ki: Hakların hukuk düzenince tanınmış olması, hakların gerçekleşmesi için tek başına

¹²Karaosmanoğlu, **a.g.e.**, s. 63.

¹³M. Emin Emni, “Hak Kavramı”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S. 12, 2004, s. 208.

¹⁴Erdoğan, **Anayasal...**, **a.g.e.**, s. 141.

yeterli sayılamaz. Hakların güvenceye bağlanmış olması da gerekir. Bunun anlamı şudur: Tanınmış olan hakların eylemli olarak (fiilen) kullanılabilmesine olanak veren ve olabildiğince kusursuz işleyen bir toplum düzeninde devletçe sağlanması gerekir. Bu toplum düzeninde hak ihlallerinin ortaya çıkmaması için yeterli ve etkili önlemler alınmalı; haklara saygı gösterilmesi kural, hakkın zorunlu hallerde ihlali istisna olmalıdır.

Teknik hukuk deyiimiyle, hakkın sahibi olan kişi, yukarıda belirttiğimiz gibi, kendi hakkıyla ilgili olarak öteki kişilerin belli davranışlarda bulunmalarını ya da belli davranışlardan kaçınmalarını talep edebilmeli; devlet bu istemleri olumlu karşılayıp, onların gerçekleşmesini sağlayacak önlemleri almalıdır. Bu önlemlere karşın, hukuka aykırı biçimde hakkından yoksun kalan kişilerin uğradıkları zararlarının da hukuk usulleri içinde, uygun biçimde giderilmesi sağlanmalıdır. İşte yukarıda bahsedilen “saygı gösterilme zorunluluğu” ancak bu şekilde mümkün olabilir¹⁵.

Bu şekilde ortaya koymaya çalıştığımız “hak” kavramı ile ulaşılmak istenen nokta, amaçlanan hedef “insan hakları”dır. Doktrininde insan hakları ayrımsız olarak tüm insanlara tanınmıştır. Hem ahlaki açıdan durum böyleyken, hem de bu haklar kavramı olarak tarihin akışı içerisinde pek çok belgede yer almışken, tüm insanların bu haktan eşit yararlanmaları sanıldığı kadar kolay olmamıştır. Eski Yunan uygarlığında Aristo ve Eflatun’un felsefelerini dayandırdıkları insanlar arası eşitsizlik kavramı ve kölelik kurumu ancak 19. yüzyılın sonlarına doğru ortadan kaldırılabilmiştir. İnsan hakları ancak uzun mücadelelerden sonra elde edilebilmiştir. Fakat bu mücadele henüz bitmiş, insan hakları tam ve eksiksiz olarak kazanılmış değildir. İnsan hakları mücadelesi halen devam etmektedir. Çünkü dinamik bir yapı arz eden insana ait haklar da durağan değildir. Geçen zaman insanların sahip olmaları gereken haklara yenilerini eklemektedir. Bu dinamik evrimci süreç nedeniyle ki, insan hakları listesine bir nokta mümkün olmamaktadır¹⁶.

Buraya kadar anlattıklarımızı özetler isek; hukuk terminolojisine göre hak, hukuk düzeni tarafından tanınmış bir yetkiyi ve bir özgürlüğü ifade eder. Bu yetkinin ve

¹⁵Aybay, a.g.e., s. 3.

¹⁶Enver Bozkurt, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Asil Yayın, 2006, s. 10.

özgürlüğün kaynağı hukuk dışında ahlak veya sözleşme de olabilir. “Hak”ın kullanılması ise bir tutum ve ya davranışın doğruluğuna ve başkaları tarafından saygı gösterilmesi zorunluluğuna işaret etmektedir. Öte yandan kavramın doğası gereği kişi hakkını kullanmaya da zorlanamaz.

1.1.3. Hak ve Özgürlük İlişkisi

Hak kavramıyla ilgili olarak üzerinde durmamız gereken bir başka nokta da, *hak* ile *özgürlük* ilişkisidir. Hukuk düzeni, insanın iç dünyası dışı, eylemler biçiminde yansıdığı zaman harekete geçer ve özgürlük sorunu ortaya çıkar. Ancak, “özgürlük” kavramının genel tanımındaki belirsizlik ve çeşitlilik, doğaldır ki hukuka da geçmiştir. Pek çok hukukçu özgürlüğü tanımlamayıp, hukuk düzeni içerisindeki “özgürlük” adıyla nitelenen çeşitli normları açıklamak ve yorumlamak suretiyle bahsettiğimiz bu belirsizlik sorununu pratik yoldan çözmeye çalışmışlardır. Mumcu’ya göre, tanım sorunun çözümü için en pratik yol da budur¹⁷. Ancak yine de bir tanım yapmak gerekirse, “özgürlük” sözlük anlamı ile “herhangi bir kısıtlamaya ve zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir koşula bağlı olmama durumu; her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu”dur. Özgürlük insanın bilinçli ve amaçlı olarak eylemde bulunabilme potansiyelini, serbestçe seçebilme kapasitesini ifade eder, “ bireyin özel alanı içerisinde zorlamadan masun” olması durumudur¹⁸. Daha basit bir ifade ediş tarzıyla, özgürlük, “başka birinin keyfi isteğinden bağımsız olmak” durumudur¹⁹.

Hak kavramı ile ilgili olarak yukarı da verdiğimiz bilgilerden hareketle, hak ile özgürlük içerik bakımından farklı olduğu düşüncesi ileri sürülebilir. Özgürlüğün bir hak olduğu konusunda tereddüt yoksa da, hakkın içeriği sadece bir özgürlükten ibaret değildir. Söyle ki, hakkın içeriği daha kapsamlıdır. Çünkü hak, özgürlüğü içermekle birlikte, devletten veyahut özel veya tüzel kişilerden bir takım somut edimleri (bir şeyi yapmalarını ya da yapmamalarını) talep edebilme yetkisini de kapsar. Buna göre, özgürlük kavramının, hukuk tarafından henüz düzenlenmemiş serbestliği; hakkın ise, hukuk düzeni tarafından tanınan, korunan irade ve menfaatleri ifade ettiği belirtilmiştir.

¹⁷Mumcu, Küzeci, a.g.e., s. 13-14.

¹⁸Bozkurt, a.g.e., s. 14.

¹⁹Atilla Yayla, **Özgürlük Yolu**, İstanbul: Profil Yayıncılık, 2014, s. 33.

Buraya kadar anlatılanların ışığında, doğal hukuk anlayışını esas alırsak, özgürlük, insanın doğası gereği sahip olduğu bir serbestidir. Bu özgürlük, kullanılabilmesine imkân tanıyan, sübjektif talep yetkisini de içerir şekilde pozitif hukuk tarafından düzenlenmekle, somutlaşmakta ve hak haline gelmektedir²⁰.

Konuyu biraz daha açarsak, özgür olmak, başkasına karşı öne sürülebilen haklara sahip olmaktır. “Hak” biçimi sağlar; bununla özgürlük ifade edilir, dışa vurulur; onun varlığı anlaşılır. Hak, daha çok özgürlüğün usuli güvencesi ve gerçekleşme aracı olarak nitelenebilir. Özgürlük, fiili bir durumu da ihtiva eder. Kişi, şu ya da bu biçimde karar verme ve davranma, iradesi doğrultusunda yapma ya da yapmama yetkisine sahip olduğu zaman “özgür”dür. Bununla birlikte haklar daha çok normatif alanda yer alır. Hak’ta doğru addolunan davranış meşruluk ölçütüne vurulduğundan, özgürlük ve haklar aynı düzlemde bulunmazlar.

Özgürlük bütün hakların ortak kökenidir; haklar ise, özgürlükleri sağlamak için kişiye hukukça tanınan meşru yetkilerdir. Hakkın mahkeme önünde öne sürülebilme özelliği bulunmaktadır. Kanaatimizce tek başına özgürlüğün böyle bir özelliği yoktur. Daha çok uygulama aşamasında gündeme gelen hak, özgürlükler üzerinde etkiler yaratır, güvence altına alınmasına katkıda bulunur, hatta sınırlayıcı öğeleri de kapsar. Her özgürlük ihlalinde hak doğar. Hak arama özgürlüğü, işte bu durumda, yine özgürlüğe yönelen saldırı ya da sınırlamayı kaldırma aracı olma işlevini görür²¹.

Özgürlük kavramını, haklar konusunda yaptığımız gibi, negatif-pozitif ayırımına tabi tutmamız mümkündür. Pek çok yazara göre; “negatif özgürlük” kişinin özel alanı içerisinde herhangi bir zorlamaya maruz olmaması durumudur. Özgürlük denince akla gelen, kafalarda oluşan, ilk izlenim de budur, en basit ve yalın anlamıyla özgürlük hür olmaktır. Fakat zaman içerisinde bu yaklaşıma bir eleştiri olarak “pozitif özgürlük” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşıma göre kişinin özgür olabilmesi için herhangi bir özgürlüğünü kullanmadan yasaklı olmamasının yanında kişinin söz konusu özgürlüğü kullanabilmesi de gereklidir. Örneğin herkesin seyahat özgürlüğü vardır fakat cebinde parası olmayan birisi için bu özgürlüğün manası yoktur. Bu yaklaşıma göre özgürlüğün

²⁰Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 5.b., Ankara: Seçkin Hukuk, 2014, s. 28-29.

²¹İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku I**, 7.b., Ankara: İmge Kitabevi, 2013, s. 13-14.

anlam kazanabilmesi ancak kişinin özgürlüğü kullanmak için ekonomik gücünün bulunması ile mümkündür²².

Özgürlüklerin aracı şeklinde gündeme gelen “hak” kavramına, daha geniş ya da özerk bir anlamda yüklenebilir. Bu ilişki çerçevesinde özgürlük “yapabilmek” ve karar vermek ise, hak “istemektir”; bireyin sahip olduğu yeti (meleke), bağımsızlık, yetki ve iktidar olarak özgürlük, devlet ve toplum müdahalesini dışlar. Hakta özgürlüğün tersine “alacaklı” birey, istemde bulunandır. Bu ayrım çerçevesinde, “çalışma ve sözleşme hürriyeti” (1982 Anayasası, md. 48), bir iktisadi özgürlük; “çalışma hakkı ve ödevi” (md. 49) ise, bir sosyal haktır. Devlet ve iktidarla ilişki bağlamında, özgürlükler açısından *en az devlet* özelliği, bir hizmet veya olumlu edim sağlamayı amaçlayan “sosyal haklarda” refah, koruyucu veya *en çok devlet* sıfatını alır. Bu anlayış birbirinden kopuk bireylerden oluşan toplumda karşılıklı bağımlılık ve dayanışma ekseninde, iktidar kavramının “derinleştirilmesini” ifade eder. “Alacak” hakları, asgari beşeri “gereksinimlerin” devlet ve toplum tarafından “karşılanmasını” gerekli kıldığından, iktidar kavramının derinleştirilmesi, bir yandan “sosyal devlet”te, öte yandan “insan hakları ideolojisinin işletilmesi”nde anlatımını bulur. Gerçekten, sosyal güvenlik hakkı ve sağlık hakkı gibi “isteme hakları”nın karşılanması, kişiyi özgürlüklerinden yararlandırmanın temel gerekleri olarak düşünülürse, “haklar” da özgürlüklerin bir türü ve değişimi (varyasyonu) olarak değerlendirilebilirler. Bununla birlikte devlet tarafından özgürlüğünden alıkonulmuş kişi ise de, o bir hak öznesidir; hatta hakları, özgür kişilere oranla devletin daha çok güvencesi altında olan kişidir²³.

Her ne kadar “hak” kapsam bakımından “özgürlüğü” bünyesinde barındırdığını belirtsek de “insan hakları”, “temel haklar”, “kamu özgürlükleri”, deyimleri uygulamada çoğu kez eşanlamda kullanılan deyimlerdir. Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasalarında “İnsan hakları”, “insan hak ve hürriyetleri” “temel hak ve hürriyetler” deyimleri kullanılmıştır. Bu durum da göstermektedir ki “hak” ve “ özgürlük” kavramlarını kesin çizgiler ile birbirinden ayırmada güçlükler vardır. Pek çok hukukçu özgürlüğü bir hak olarak kabul etmiş, ayrı bir tanımlama yoluna gitmemiştir²⁴. Ancak

²²Bozkurt, a.g.e., s. 15.

²³Kaboğlu, a.g.e., s. 14.

²⁴Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 10.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 3.

bir tanım yapmamız gerekirse özgürlük, bir yanıyla, kişinin hayatını kendi tercihlerine göre kurma çabasının başkalarınca –özellikle siyasi otorite tarafından – keyfi biçimde engellenmemesi olarak tanımlanabilir. Buna göre, özgürlük esas itibariyle negatif bir durumu ifade eder. Bir başka yönüyle özgürlük, kişinin eylem olanaklarının kısıtlanmaması anlamına gelir. Sonuç olarak özgürlük ahlaki özerkliğin yani kişinin eylemlerinin kendi seçimlerinin ürünü olmasının da temelidir²⁵.

Meseleye iç hukuk açısından baktığımızda da yukarıdaki sonuca ulaşmaktayız. Türk Anayasa Hukukunda özgürlük bir haktır. Ancak 2001 yılında 4709 Sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayana değin hak ve özgürlük kavramı arasındaki ayrım 1982 Anayasası'nda belirgin değildi. 33. maddenin ilk cümlesi de bu karışıklığı gösteriyordu. Nitekim Anayasanın 33. maddesinin başlığı “Dernek kurma hürriyeti” iken maddenin ilk cümlesinde hürriyet “hak” ka dönüşüyordu: “Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.” Ancak 2001 değişiklikleri kapsamında bu sorun giderilmiş ve 33. maddenin ilk cümlesi –maddenin başlığına uygun olarak- şu şekli almıştır: “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.”²⁶ Bu değişikliğe rağmen Anayasadan bu konuda tutarlı bir sonuç ve ayrım çıkarmak kanaatimizce zordur.

1.1.4. Hak ve Ödev

Kişilerin, devlete ve topluma karşı bazı ödevleri ve yükümlülükleri bulunması gerektiği, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde kabul edilmiş ve doğal karşılanmış bir olgudur. Örneğin, doğal afet hallerinde gerektiğinde bedenlen çalışma yükümlülüğü gibi. Buna koşut olarak, bütün insanlara, vazgeçilmez nitelikteki en temel bazı hakların tanınması ülküsünü gerçekleştirmeyi amaçlayan “insan hakları”nın da, bazı temel ödevler ile birlikte tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, sadece hakların tanınması yeterli sayılmaz; haklarla birlikte sorumlulukların ve ödevlerin de belirtilmesi gerekir.

²⁵Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 33-34.

²⁶Mumcu, Küzeci, a.g.e., s. 14-15.

Bu noktada öncelikle “ödev” kavramını tanımlamanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ödev, hak kavramının karşıtıdır. Hak talep etme iken, ödev bir şeyin yapılmasını beklemektir. İnsan hakları açısından bakıldığında ödev, toplumun diğer bireylerini, kişinin haklarına saygı göstermeye zorlayan bir araçtır. Kaynakları açısından ise ödevler çeşitlilik gösterir. Örneğin ahlaki ödevler, yasal ödevler, ailevi ödevler, toplumsal ve vatandaşlık ödevleri gibi... Ancak hukuki açıdan ödevler, diğerlerinden farklı olarak, hukuk normlarından ve hukuksal gereksinimlerden kaynağını alırlar²⁷.

Konumuzla ilgili olarak hukuk metinlerine baktığımızda, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin Giriş bölümünde, Bildiri’nin “toplumun bütün bireylerine haklarını ve ödevlerini anımsatma” işlevi olduğu belirtilmiş ise de; ana metinde “ödev” konusuna ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak 1789 Bildirgesi’nde “başkalarına zarar vermeme” (md. 4), “kanunun yasak koyması” (md. 5), “kamu yararına hareket eden bir kamu gücünün kullanılması” (md. 12), “ verginin gerekliliği” (md.13) hakkındaki kurallar Bildirge’nin ödev fikrini benimsediğini göstermektedir²⁸.

1948 tarihli BM Evrensel Bildirge’nin hazırlık çalışmaları sırasında, Bildirge’ye aynı zamanda bir temel ödevler listesi eklenmesi önerilmişse de bu kavramın özgürlük karşıtı olarak yaptığı çağrışımlar nedeniyle kabul görmemiştir. Komisyon bu öneriyi, görevinin sadece hakları düzenlemek olduğunu öne sürerek reddetmiştir. Bununla birlikte Bildirgenin 29. maddesinde²⁹ genel bir ödev hükmü eklenerek bireyin topluma ve öteki bireylere karşı ödevleri bulunduğu ayrıntılı biçimde vurgulanmıştır³⁰.

AİHS’de ise, “ödev” sözcüğü, sadece anlatım (ifade) özgürlüğü ile ilgili 10. madde de geçmektedir: “*Bu özgürlüklerin kullanılması, ödevler ve sorumluluklar (duties and resposibilites); (³¹...) biçimsel düzenlemelere, koşullara, sınırlamalara ve cezalara bağlanabilir (madde 10/2). Yine, AİHS’nin zorla çalıştırma (angarya)*

²⁷Sastry, **a.g.e.**, s. 18.

²⁸Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları**, Ankara, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 17, 1995, s. 13.

²⁹“*Herkese, kişiliğinin özgürce tam gelişmesine olanak sağlayan topluma karşı ödevleri vardır*” (madde 29/1).

³⁰**a.g.e.** s. 15-16.

³¹“*ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ya da kamu güvenliği, düzensizliğin ve suçların önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının saygınlığının ya da haklarının korunması, mahrem biçimde elde edilmiş bilgilerin açıklanmasının engellenmesi ya da yargı organlarının saygınlığının ve tarafsızlığının sürdürülebilmesi amacıyla; yasayla belirlenmiş ve demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde*”.

yasağına ilişkin maddesinde de “ normal yurttaşlık (hemşerilik) yükümlülükleri” (*normal civic obligations*), niteliğindeki çalışmaların ve hizmetlerin, bu yasak kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir (md. 4/3-a). Böylece kişinin içinde yaşadığı topluma karşı bazı ödevleri olduğu; doğal afet ve benzeri olağanüstü durumlarda bu ödevlerin yerine getirilmesi için yapılacak hizmetlerin, angarya sayılmaması gerektiği anlatılmış olmaktadır³².

Temel ödevler kavramı Türk hukukuna ilk olarak 1961 Anayasası ile girmiştir. 1961 Anayasası’nda ikinci kısmın başlığında “temel haklar ve ödevler” deyimini kullanıldığı gibi, her kesim başlığında da “haklar/ödevler” deyimini geçmektedir. Bu anlayış 1982 Anayasası’nın çeşitli maddelerinde de ifade edilmiştir³³.

Hukuki metinlerde “ödev” konusuyla ilgili düzenlemeleri inceledikten sonra “hak” ve “ödev” ilişkisine de değinmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Haklarla yükümlülükler veya ödevler arasında genellikle bir simetri vardır. Kural olarak, her hak bir ödevle karşılık gelir; bir yerde hak sahibi varsa onun karşısında ödevli veya ödevliler vardır. Öte yandan, ahlaki anlamda bir ödevin söz konusu olduğu her durumda, bunun karşılığı bir hakkın varlığı olmayabilir. Yani her yükümlülük bir hakka tekabül etmez. Bu, özellikle hukuki olmayan bağlamlarda böyledir. Örneğin, genel olarak yardımsever olma ödevimizin varlığı, yardım edilmesi gereken kişiler lehine hak doğurmazlar.

Hak ve ödev ilişkisiyle ilgili olan bir nokta da, bir ödevlinin eyleminden yararlanan konumunda olmanın her zaman hak sahibi olmak anlamına gelmediğidir. Bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanmak, bir hakka sahip olmanın ne zorunlu ne de yeterli şartıdır. Örneğin, bazı durumlarda bir sözleşmeden doğan ödevin yerine getirilmesinden üçüncü bir kişi yararlandığı halde, kendisine karşı ödevli olunan – yani hak sahibi olan- yararlanan değil fakat bizzat sözleşmeyi yapan taraftır. Öte yandan, hakların önemli bir kısmının maddi içeriği bir şeyden “*yararlanma*” dır. Birçok hak kişilere bazı yararlar sağlar; bu yararlanma durumu hakkın konusunu oluşturmaktadır. Bununla beraber, her yararlanma durumu kendi başına bir hakkın var olduğunu göstermez. Bir yararlanma durumunun hak niteliğinde olması için, engellenmesi ve

³²Aybay, a.g.e., s. 13-15.

³³Akıllıoğlu, a.g.e., s. 16-17.

veya tehdit edilmesi durumunda buna meşru olarak karşı konabilmesi ve bir hakka dayanarak talep edilebilmesi, ileri sürülebilmesi gerekir³⁴.

Haklar ile ödevler aynı resmin iki yüzüdür. Bir özgürlük hakkı talep eden herkes, kendi kişisel özgürlük hakkını önemli ölçüde kısıtlayan başkalarının benzer haklarına da saygı göstermek zorundadır. Ancak *Donnelly*'e göre ödevler, hak sahipliğinden daha doğrusu kişinin kendi haklarından kaynaklanmaz. Yazara göre, bir kişinin özgürlüğüne saygı göstermek ödevinin kaynağı kişinin kendi özgürlüğü değil bilakis karşıda ki kişinin özgürlük hakkıdır³⁵ Kanaatimizce de bu çözüm tarzı doğrudur. Zira temel ve özgürlüklerinin kullanılmasının bir şartı olarak algıladığımız ödevlerin kaynağını bireyin haklarında ararsak, ödevlerin ihlali durumunda, kişi hak ve özgürlüklerinin tamamen işlevsiz kalması gibi sonuçla karşı karşıya kalırız. Çünkü bu anlayışa göre hak ve özgürlüklerin kaynağı da ödevler olmaktadır. Bu sonuç kabul edilemez. Zira hak ve özgürlüklerin kaynağı “ödev” değil; bireyin özü, ahlaki varlığı ve onurudur.

Tarihsel süreç incelendiğinde de ödevlerin kaynağını bireyin haklarında arayan anlayışın, otoriter sistemlerin temel ilkelerinden biri olduğunu görürüz. Nitekim 1977 tarihli Sovyet Anayasasının 59. maddesine göre “hak ve özgürlüklerin kullanılması vatandaşların ödevlerini yerine getirmesinden ayrılamaz.” Bu Anayasa hükmünde açıkça görüldüğü üzere hak ve ödev tamamen iç içe geçip biri diğerinin şartı ve kaynağı haline gelmiştir. Ancak özgürlükçü bir sistemde olması gereken, ödevlerin kişi haklarından kaynaklanmaması ve hakkın kullanımının ödevin yerine getirilmesine bağlı olmamasıdır.

Her hakkın şüphesiz sınırları vardır ve bu sınırlar kanunla belirlenebilir. Fakat insan haklarına sahip olunması ve bunların kullanılması ne bu sınırları ne de mukabil bir ödevi kabul etmekle bağlıdır. Bir insan hakkı bireyin özüne bağlı olup, liyakatten ve yurttaş sorumluluklarının yerine getirilmesinden tamamen ayırdır. Aksi bir düşüncenin kabulü halinde kişi hakları ve özgürlükleri devletin şartlı bağışı haline gelir³⁶.

³⁴ Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 21-24.

³⁵ a.g.e.

³⁶Donnelly, a.g.e., s. 65.

Fazlasıyla ödevler yüklenmiş bir hukuki ilişkinin insan hakları ilişkisi sayılması olanaklı değildir. Buna karşılık, sınırsız üstünlük savına dayanan bir insan hakları ilişkisi yıkıcı olacağından reddedilmelidir. Nitekim Evrensel Bildirge “özgürlükleri ve hakları yıkmayı amaçlayan hak ve özgürlük tanınamayacağını” belirtmekte, “özgürlükleri yok etme özgürlüğü” yorumunu reddetmektedir. Kısaca, özgürlüklerin sınırlanması ödev yüklenmesi anlamına gelmektedir. Bu ödevlerin öznelere hak sahipleri, devlet ve kamu makamları dışındaki öznelere dir. Dolayısıyla, insan haklarının temel sorumlusunun ve ödevlisinin devlet sayılması doğaldır. Ancak hak sahiplerinin de birbirlerine karşı ödevli oldukları unutulmamalıdır³⁷.

1.1.5. İnsan Hakları

İnsan hakları kavramı bu adla anılan kuralların eksenidir. Genellikle çoğul olarak kullanılır. Tekil kullanımda hangi hak söz konusu ise o anılır. Örneğin, yaşama hakkı, insan haklarındandır³⁸. Kavramın felsefi ve tarihi derinliği çok geniştir. Bu kaygı içerisinde araştırma konumuzdan uzaklaşmamak için insan hakları kavramı, kişi özgürlüğü ve güvenliği çerçevesinde izah edilmeye çalışılacaktır.

“İnsan Hakları” bir hukuk deyimini olarak, Fransızca *Droits de l'Homme* ve İngilizce *Human Rights* deyimlerinin çevirisi yoluyla dilimize girmiştir. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin adındaki “*Droits de l'homme*” , Cumhuriyet öncesi dönemde o zamanın Türkçesine (Osmanlıcaya) “Hukuk-u Beşer olarak çevriliyordu. Günümüzde, eskiye oranla daha teknik anlam kazanan bir deyim olan “İnsan Hakları”, Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Örgütü'nün “kurucu üye”lerinden biri olduğu İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, Türkçeye girmiştir. Bu dönemde, Birleşmiş Milletler Anayasası'nda ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin kabulü ile sonuçlanan çalışmalar ve görüşmeler sırasında sözü çok sık geçen *Droits de l'Homme* deyiminin o dönemin “özleştirilmiş” Türkçesindeki karşılığı olarak, daha önceleri kullanılan “Hukuk-u Beşer” deyiminin yerine “İnsan Hakları” deyimini kullanılmıştır³⁹.

³⁷Akıllıoğlu, a.g.e., s. 15.

³⁸a.g.e., s. 1.

³⁹Aybay, a.g.e., s. 5-6.

İnsan hakları kanaatimizce tanımlanması zor bir kavramdır. Ancak bu konuda kesin olan bir şey varsa o da insan haklarının modern ve politik bir kavram olduğudur. Başka bir anlatımla “insan hakları” düşüncesi modern çağda kişilerin siyasi baskıdan korunma arayışı içinde ortaya çıkmıştır⁴⁰. *Kuçuradi*'ye göre insan hakları, her şeyden önce, insanların insanlık tarihine getirdikleri bir düşüncedir: insanların insan oldukları için, yani belirli özellikler ve olanaklar taşıyan bir türün üyeleri oldukları için, bazı hakları olduğu, yani belirli bir şekilde muamele görmeleri ve başkalarına böyle bir muamele göstermeleri gerektiği düşüncesidir⁴¹.

İnsan haklarından söz edilince bir kimsenin sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar anlaşılır. Bu, ancak bu haklara sahip olanların insan olabileceği anlamına gelmez. Tam aksine bireylerin bu haklara değişken sosyal şartlardan veya yeteneklerinden bağımsız olarak, yani sadece insan olmaktan dolayı sahip oldukları anlamına gelir⁴². Öte yandan, genel olarak hakların özel bir türü olan “insan hakları”, çok kere sanıldığı aksine “insanların hakları”yla aynı şey değildir. Çünkü insanların pek çok türden hakkı olabilir; sırf ahlaki iddialar olarak insan hakları ise bu kategoriden sadece biridir. Onun için, insanların haklara sahip olduğunu kabul etmek onların insan haklarına sahip olduğunu söylemekle aynı şey değildir. İnsan hakları bütün insanların şu veya bu devletin vatandaşları değil fakat sırf insan oldukları için sahip oldukları haklardır. İnsan haklarından söz edildiğinde, bundan bir kimsenin sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar anlaşılır. İnsan haklarının gerçekten evrensel olması için, onların bütün insanların sahip oldukları özelliklere dayanmaları ve dolayısıyla meşruluklarının da tesadüfi veya değişken sosyal ilişkilere bağlı olmaması gerekir⁴³.

İnsan hakları, “insan merkezli” bir düşünce olarak ortaya konulmaktadır. Üstün niteliğiyle insan hakları, insan olarak var oluşumuzun objektif olarak iyi olduğu varsayımına dayanmaktadır. Aslında bu varsayımın arkasında insanların diğer canlılara

⁴⁰Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 24.

⁴¹İoanna Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2007. s. 78.

⁴²Jerome J. Shestack, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, **Liberal Düşünce Dergisi**, C. 11, No. 43, Yaz 2006, s. 89.

⁴³Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 27.

nazaran bazı üstün özelliklerinin bulunması ve bu üstünlüklerinden dolayı bazı hakları doğuştan kazandıkları inancı vardır⁴⁴.

İnsan hakları, insan onurunu korumayı, insanın maddi ve manevi gelişimini amaçlayan haklar olup, bireylerin yalnızca insan olmaları nedeniyle kazandıkları haklardır. İnsan olarak dünyaya gelmek, insan haklarına sahip olmak için yeterli bir sebeptir. Bu bakımdan, ırk, din, milliyet, cinsiyet, ekonomik veya sosyal ya da siyasi statü ayrımı gözetmeksizin, bütün kişilere sadece insan olmaları nedeniyle tanınan, insan onurunun gereği olarak sahip oldukları vazgeçilemez ve devredilemez hakların tümüne, insan hakkı denir. İnsan hakları, evrensel, özgürlükçü, eşit, barışçı, sorumluluk telkin edici ve etik temellere dayalıdır. Bu haklar, düşüncesi, felsefesi ve gelenekleriyle demokratik ülkeler açısından evrensel olup, ayrı kişi ya da kültüre göre farklılık göstermez⁴⁵.

Bu noktada insan haklarının “evrensel” olma niteliği üzerinde de durmamız gerektiği kanaatindeyiz. “İnsan hakları, kişilerin insan olmak sıfatıyla sahip oldukları haklardır” nitelemesi, aynı zamanda evrensel olma özelliğini de vurgulamaktadır. İnsan haklarının evrensellik özelliği, eskimezlik, değişmezlik, üstünlük gibi kavramlarla da belirtiliyor. Yani bu haklar, her yer ve zamanda, tüm insanlar için geçerli olma niteliğine sahiptir. Çünkü insan hakları düşüncesinin temelinde ahlaki eşitlik prensibi yer alır. Bütün insanların ahlaki değerinin eşitliğine dayanan bu anlayış, kişisel farklılıkları ne olursa olsun, insan haklarından yararlanmak açısından herhangi bir ayrımı reddeder. Dini, kültürel, etnik, siyasi farklılıklar, kişilerin insan haklarının öznesi olması bakımından bir fark yaratmaz. İnsan olmak yeterlidir⁴⁶. Evrensel niteliği ve kazanımı için sadece insanlık ailesinin bir ferdi olarak doğmak, bu hakları muhafaza için bireyi herhangi bir yükümlülük altına girmekten de kurtarmaktadır⁴⁷.

İnsan haklarının öznesi topluluklar değil bireylerdir. İnsan hakları insanlara, insan olmaları sebebiyle verilen haklardır. Bu bakımdan insan hakları temelde “birey hakları”dır. Bunun nedeni ise; sadece bireylerin tercihlerde bulunabilmesidir. Bu

⁴⁴Bozkurt, a.g.e., s. 13.

⁴⁵Tezcan vd., a.g.e., s. 29.

⁴⁶Giritli, Güngör, a.g.e., s. 9.

⁴⁷Nancy Flowers, **The Human Rights Education Handbook**, Minneapolis: Human Rights Resource Center University of Minnesota, 2000, p. 3.

bakımdan özgürlük sadece insanlar için kullanılması anlamlı olan bir kavramdır. Grupların, toplulukların ise mecazi anlamda dahi düşünme, mütalaa etme kabiliyetleri yoktur. Grup ve toplulukların kararlarından bahsederken o topluluğun üyelerinin ortak kanılarından ya da çoğu zaman olduğu gibi o grubun ya da topluluğun başında olan veya olanların fikirlerinden söz etmiş oluruz. Bu çerçevede toplulukların hakları gibi görünen haklar (dernek kurma hakkı, toplantı ve yürüyüş özgürlüğü vb.) aslında o toplulukları oluşturan bireylerin hakları veya bireylerin başka bireylerle kullandıkları haklardır⁴⁸.

İnsan hakları, ahlakilik düşüncesinden kaynaklanan haklardır. Kişinin sırf insan olmak sıfatı ile sahip olduğu bu haklar kaynağını ahlakilik düşüncesinden almaktadır. Ancak insan haklarının niteliği, onu diğer ahlaki haklardan farklılaştırmaktadır. İnsan değerini korumaya yöneldiği için en üstün ahlaki talepleri ifade eder. Bunun anlamı, insan haklarına dayanan iddia ve istemlerin diğer ahlaki haklar da dahil olmak üzere, kaynağı ne olursa olsun bütün hak iddiaları karşısında önceliğe sahip olmasıdır. Çünkü insanın değerinin korunabilmesi ve insanca bir yaşamın sürdürülebilmesi, insan haklarının güvence altına alınabilmesi ile mümkündür⁴⁹. Bu özelliği ile insan hakları devlet tarafından tanınsın-tanınmasın, hukuki güvence altına alınsın-alınmasın, bir coğrafyaya bağlı olmaksızın, tüm insanlara tanınan hakları kapsayacak özelliktedir. Bu durum insan haklarına tanınan yüksek ahlaki nitelikten kaynaklanmaktadır⁵⁰.

İnsan haklarına tanınan yüksek ahlaki nitelik, bu hakların pozitif hukukun (olan hukuk) üzerinde yer aldığı inanışına yol açmıştır. Bu üstünlük insan haklarının pozitif hukuku düzeltici, tamamlayıcı işlevlerinde görülür.

İnsan hakları yukarıda açıklamaya çalıştığımız hakların özel bir grubudur ve en üstün ahlaki haklardır. Bununla birlikte, insan hakları normal olarak, “daha alt düzeydeki” haklarla veya bu hakları yerleştirme mücadelesi ile yakından ilgilidir. Araştırma konumuz olan haksız ve hukuka aykırı yakalanmama ve gözaltına alınmama hakkı pek çok ülkede çeşitli gerekçelerle bireyler tarafından ileri sürülmekte, talep edilmektedir. Örneğin yukarıda bahsettiğimiz hak her zaman anayasal bir hak olarak

⁴⁸Bozkurt, a.g.e., s. 18.

⁴⁹Giritli, Güngör, a.g.e., s. 9.

⁵⁰Bozkurt, a.g.e., s. 20.

talep edilebilir. Duruma göre bu hak Ceza Muhakemesi Kanununa dayanarak veya uluslararası hukuktan doğan bir hak olarak da talep edilebilir. Ama haksız ve hukuka aykırı yakalanmama ve gözaltına alınmama hakkı, şüphesiz, bir ahlaki hak olarak veya bir insan hakkı (ahlaki hakların özel bir grubu) olarak da talep edilebilir.

Dikkat çekici olan nokta, insan hakları iddialarına başvurmak zorunda kalmadan önce, bazı olanakların bulunmasıdır. Bu olanakların oluşu bile hakka saygı göstermek veya onu ihlal etmemek durumundakiler üstünde bir etkiye sahip olabilir. Fakat bir kişi doğrudan doğruya insan hakları iddialarına, normal olarak, ancak hukuki veya başka türden çarelerin işleyecek gibi görünmedikleri veya zaten bunlardan sonuç alınamamış olması durumunda başvurulabilir. Aslında insan haklarının özel işlevi de bunların olağan hukuki veya siyasi araçlarla uygulanamadıkları zaman ileri sürülebilmelerini gerektirmektedir⁵¹.

Burada tespit etmemiz gereken bir başka husus da insan haklarının, hem Anayasal, hem uluslararası hukukun bir kavramı olduğu gerçeğidir. İnsan hakları deyimi geniş kapsamlıdır; bir yandan insanların haklarının devlet organlarına karşı korunmasını, diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir. İnsan hakları deyimi ile kimi kez tüm insanlara tanınması gereken haklar anlatılmak istenir. Buna “soyut anlamda insan hakları” da denir. Bu anlamda insan hakları “olanı” değil, “olması gerekeni” gösterir. Soyut anlamdaki insan haklarının bir bölümünün, hukuksal güvenceye kavuşturulması, pozitif hukukun bir parçasını oluşturması durumunda ise “somut insan haklarından” söz edilir⁵². Geniş anlamda insan hakları denilince, insanın birey olmaktan kaynaklanan haklarının tamamı anlaşılır. Dar anlamda insan hakları, temel haklar olup bunlar olmazsa olmaz niteliktedir. Bu hakların pek çoğu (örneğin, en temel hak olan yaşama hakkı gibi) insan doğasından kaynaklanan doğal haklar ile örtüşmektedir. Mülkiyet hakkı gibi bazı hakların sahip olduğu önem ise ülkelere göre değişmektedir⁵³.

İnsan hakları kavramıyla ilgili olarak değineceğimiz bir başka konu da terminolojiye ilişkindir. Günümüzde insanların sahip oldukları hakları tanımlamak için

⁵¹Donnelly, **a.g.e.**, s. 22-23.

⁵²Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 3.

⁵³Tezcan vd., **a.g.e.**, s. 27.

pek çok kavramın kullanıldığını görmekteyiz. Hatta bu kavramlar kimi zaman insan hakları yerine kullanılmaktadır. “Yurttaşlık hakları”, “kamu özgürlükleri” ve “temel hak ve özgürlükler “ gibi. Bunlardan “kamu özgürlükleri” yürürlükteki hukukun tanıdığı olduğu hakları ifade etmek için kullanılmaktadır. “Temel hak ve özgürlükler ” ise yürürlükteki hukukun tanıdığı olduğu ve bunun yanında anayasal güvenceye sahip olan hakları deyimler. Zaten bu kavram “temel olan” ve “temel olmayan” ayrımı içerdiği için, kapsamı kendiliğinden daraltmaktadır. “Yurttaşlık hakları” ise adından da anlaşılacağı üzere, yurttaşların sahip olduğu haklar anlamında kullanılmaktadır.

İnsan hakları ise yukarıdaki kavramlardan daha kapsayıcı bir kavramdır. Pozitif hukukça tanınmasına bakılmaksızın, insanların insan onuruna uygun bir yaşam sürebilmek için sahip olması gereken hakları ifade etmek için yani; sadece insan olmak özelliği ile sahip olunan hakları ifade etmek için kullanılmaktadır⁵⁴.

İnsan hakları bir bütündür. Birbirlerinden ayrılamaz niteliktedir. Bir devlet insan hak ve özgürlüklerinin bir kısmını vatandaşlarına tanıyarak insan haklarına saygılı devlet olduğunu iddia edemez. İnsan haklarının bölünemez niteliğinin bir sonucu da birbirlerinden bağımsız olarak anlamlandırılmazlar. Yine bölünememelerinin bir sonucu olarak insan haklarının her biri diğerlerini etkiler. Örneğin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlal edilen bireyin mülkiyet hakkına sahip olduğu için mutlu olması mümkün değildir⁵⁵.

İnsan haklarının ortaya çıkışı ve gelişiminde birçok belirleyici etken bulunmaktadır: felsefe, siyasal düşünceler tarihi, toplumsal mücadeleler, ulusal ve uluslararası ölçekte hukuki düzenlemeler. İnsan hakları, dayanağını farklı bilim dallarından alıyor olmakla birlikte, oluşum sürecinde toplum ve hukuk ilişkisi belirleyicidir. Bu tespitlerden sonra, insan haklarının üç ana dayanağı ya da üçlü yapısından söz edilebilir: insan haklarının felsefi dayanağı, insan haklarının sosyolojik temeli ve insan haklarının normatif (hukuk kuralına ilişkin) yapısı⁵⁶.

⁵⁴Giritli, Güngör, **a.g.e.**, s. 12-13.

⁵⁵Janet E. Lord, Katherine N. Guernsey, Joelle M. Balfe and Valerie L. Karr, **Human Rights Yes**, Minneapolis: University of Minnesota Human Rights Resource Center, 2007, p. 4.

⁵⁶İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 5.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, 2009, s. 217.

1.1.6. Temel Haklar

Son yıllarda, Evrensel Bildiri ve Sözleşmelerde yer alan uzun haklar listesinden, kısa bir temel haklar dizisini ayırma yönündeki çabalar hız kazanmıştır. İnsan hakları doktrini içerisinde temel haklar diyebileceğimiz çekirdek bir alanın olup olmadığının tespiti araştırma konumuz açısından önemlidir.

Öncelikle insan haklarının içerisinde ayrı bir “temel haklar” çıkarma gayretinin dayanağı üzerinde durmak gerekir. *Eeaelaar* temel hak ve özgürlüklerin dayanağını ve meşruiyetini ortaya koyabilecek tek gerekçenin, insanın kutsal olarak kabul edilmesi olduğunu belirtmiştir⁵⁷. *Boven* ise temel haklar kavramının dayanağının politik olduğunu, liberal toplumlarda ekonomik sosyal ve kültürel hakların “temel olmadığına” vurgu yapmak için ayrı bir hak kategorisi oluşturulduğunu iddia etmektedir⁵⁸.

İnsan haklarının bazılarını “temel haklar” olarak ayıran birçok yazar bulunmakla beraber, ortaya koydukları haklar birbirinden farklıdır. Bunun nedeni “temel” niteliğinin her bir yazar tarafından farklı tanımlanmasıdır. Örneğin, *Henry Shue – Basic Rights* (Temel Haklar)- isimli eserinde, temel hakları: “ bütün diğer haklardan yararlanmanın temeli olan haklar” şeklinde tanımlamaktadır. Ancak, bir hakkın temel hak kategorisine dahil edilmesi onun değer bakımından diğer haklardan daha üstün olduğu anlamına gelmemektedir. Yazar bu anlamda temel hakları üç tane olarak belirtiyor. Bunlar; güvenlik, *geçim* ve *özgürlüktür*. Yani bunlardan birinin ihmal, ihlal ve ya suiistimal edilmesi hiçbir haktan yararlanılamaması sonucunu doğurur⁵⁹.

Başka bir insan hakları yazarı *J. Narveson* temel insan haklarını “herkesin herkes ile ilişkisinde saygı gösterilmesini isteyebileceği haklar” olarak tanımlamıştır. *H.A. Bedau* ve başka bazı yazarlar bu listeyi sivil ve siyasal haklarla sınırlamaktadır.

⁵⁷ Jhon Eekelaar, “Personal Rights and Human Rights”, **Human Rights Law Review** , Volume 5, Issue 2, 2002, p.195.

⁵⁸Theo Van Boven, “Categories of Rights”, **International Human Rights Law**, Ed. Daniel Moeckli, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 187.

⁵⁹Erdoğan, Anayasal..., **a.g.e.**, s. 165.

Temel haklar kavramının yorumu son derece önemlidir ve konuya girişte birinci derecede yer alır; çünkü bu haklar başlangıçta devlet gücüne karşı korunma hakları olarak düşünülmüştür. Devlet, insanın çevresinde kendisinin müdahale edemeyeceği bir özgürlük alanının varlığına rıza göstermek zorunda idi. Bu görüşe günümüzde de bir ölçüde uyulmaktadır ve esasta doğru bir davranıştır. Fakat şurası var ki, temel haklar hukukunda, bu hakların etki alanının genişletilmesi ve biçimlerinin yeniden oluşturulması yoluna gidilmiş ve bu eğilim benimsenmiştir. Temel hakların sadece devlete karşı bir savunma olanağı niteliğinden çıkıp daha değişik boyutlara erişmesindeki neden, bu hakların içeriğinde yalnızca bireysel özgürlüklerin bulunmadığı, çağdaş ülkelerin anayasalarında bir şekilde dile getirilen objektif değerleri somutlaştırdığı görüşüdür. Böylece örneğin yaşam üzerindeki hak sadece kişiye bireysel olarak yaşama olanağının sağlanması ve devletin gerçek bir neden göstermeden bu hakka müdahale edememesi değil, aynı zamanda yaşam kavramının objektif bir değer ifade etmesi ve bu değeri her durumda bütün devletlerin koruma yükümlülüğü altında bulunduğunun kabul edilmesidir⁶⁰.

Temel hakların içeriğinde objektif değerlerin bulunduğu görüşünün kabulü özellikle üçüncü kişilere (devlet ile temel hak sahibi dışında kalan kişiler) olan etkileri açısından önemli zorluklar göstermektedir. Temel hakların özel kişiler arasında da kullanım alanı bulması, yani bir yurttaşın diğer bir yurttaşla temel hak sahibi olduğunu ileri sürerek bir hukuksal ilişki kurabilmeye yetkili olabileceği üzerine düşünceler bulunmaktadır. Ama böyle bir hukuksal yapı temel hakların gerçek anlamını ortadan kaldırır. Örneğin, düşünceyi özgürce açıklamak hakkı ancak devlete karşı ileri sürülebilir. Özel kişiler arasındaki düşünceyi özgürce açıklama sınırlarını ceza hukuku çizer; söz gelimi hakaret ve sövme cürümleri hakkındaki hükümler uygulanır; yani buradaki koruma anayasa hukuku açısından değil normal yasallık açısından bir korunmadır⁶¹.

Ancak temel hakları işlevsel olarak tanımladığımızda, bu hakların başka haklardan daha önemli ve daha öncelikli olduklarına dair yanlış bir kanaatin oluşması kaçınılmazdır. Bir başka deyişle, diğer haklardan daha önemli oldukları kabul edilen bir

⁶⁰Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı**, çev. Ahmet Mumcu, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002, s. 262.

⁶¹a.g.e., s. 263-264.

grup “temel” hakkı ayırmakla, geri kalan insan haklarının değerini hemen hemen kaçınılmaz olarak azaltmış oluruz. Örneğin, *Narveson* yukarıda da belirttiğimiz gibi temel insan haklarını; “herkesin herkes ile ilişkisinde saygı gösterilmesini isteyebileceği haklar” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımı esas aldığımızda, bütün insan haklarının temel hak olduğu ya da “temel olmayan” insan haklarına herkesçe saygı gösterilmesine ihtiyaç olmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlardan hareketle bütün insan haklarını temel hak olarak kabul ettiğimizde “temel” sözcüğünü kullanmanın bir gereği kalmamakta, ikinci durum ise siyasal baskı için kapıyı aralamaktadır.

Şu halde, diğer haklardan daha önemli oldukları kabul edilen bir grup “temel” hak listesinin oluşturulması insanların mutluluğunun garantisi değildir. Daha açık bir ifade ile herkes temel haklardan yararlandığı halde mutsuz, nispeten onursuz hayatlar yaşamaya terk edilmiş; kendi düşüncelerini ifade etmek, bir iş bulma şansına sahip olmak, eğitim görmek olanağından yoksun kalmış olabilirler⁶².

İnsan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş bölümünü ifade eden “kamu hürriyetleri” ile yukarıda izaha çalıştığımız “temel haklar” terimi birbirinden farklı anlam ve kapsama sahiptirler.

1.2. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğinin Tanımı ve İçeriği

Çalışmamızın bu bölümünde “özgürlük” kavramının genel felsefi tartışmalarından ziyade daha dar bir kapsama sahip “kişi özgürlüğü ve güvenliği” meselesi üzerinde duracağız.

Özgürlük sorunu çok eski zamanlardan beri insan düşüncesini kurcalayan büyük sorunlardan biridir. Yüzyıllar boyunca, insanlığın yetiştirdiği seçkin fikir adamları bu konu üzerinde uzun uzadıya durmasına rağmen üzerinde anlaşmaya varılmış bir özgürlük kavramı ortaya çıkmış değildir. Bunun sebebi özgürlüğün tek yönlü değil *çok yönlü* bir kavram oluşudur. Kişilerin özgürlük anlayışı, her bireyin farklı ilgi ve ihtiyaçlarına göre değişir. Kimisi için özgürlük fırsat eşitliği iken; kimisi için ise

⁶²Donnelly, *a.g.e.*, s. 49-50.

iktidardır. Bütün bu değişik görüşler, değişik anlayışlar özgürlüğün çok yönlülüğünün doğal bir sonucudur⁶³.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramları birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Özgürlük ve güvenlik deyimleri bir bütün olarak, bir paranın iki yüzü olarak değerlendirilmektedir. İnsanlık tarihinde kişinin keyfi olarak tutuklanıp özgürlüğünün ortadan kaldırılmayacağına ilişkin ilk kayıt İngiltere’de 1215 yılında kabul edilen “*Magna Carta Libertium*”da bulunmaktadır. Fakat konuyu sağlam temellere oturtan belge 1679 tarihli “*Habeas Corpus Act*”tır. Öyle ki bugün kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına “*Habeas Corpus* Güvencesi” de denilmektedir⁶⁴.

Kavramın subjektif anlayışlara yer veren çok yönlülüğü yüzündendir ki bugüne kadar özgürlüğün bütün yönlerini kavrayan etraflı ve yeterli bir tanımlı yapılabilmemiş değildir. 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde yer alan ve sonradan birçok Anayasalara geçen klasik formüle göre “özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir”. Başka bir ünlü tanıma göre (Montesquieu’nün) “özgürlük kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek hakkıdır”. Örnekleri çoğaltsak bile yukarıda belirttiğimiz gibi özgürlük katı bir tarif kalıbına kolayca sığan bir kavram değildir⁶⁵.

Ancak şurası kesindir ki: Özgürlük hem bireysel hem de toplumsal-siyasal anlamıyla, en temel insanî değerler arasında yer alır. Özgürlük medenî bir toplumsal siyasal varoluşun vazgeçilmez esaslarındandır. Özgürlük ve ona bağlı insan hakları temel insanî değerlerdir; çünkü insanlar özgürlük aracılığıyla kendilerini ifade edebilir, kendi potansiyellerini geliştirebilir ve hayatı kendileri için değerli bir şekilde yaşayabilirler. Bu çerçevede kişisel özgürlük bireylerin sınırları belli edilmiş bir alan içerisinde kendi tercih ettikleri gibi karar verebilme ve eylemde bulunabilmelerini ifade eder.

Dar anlamda kişi özgürlüğü terimi kişinin fiziki veya bedensel özgürlüğünü ifade etmektedir. Kişiyi bu özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakan, bir yere kapatmak veya bedensel olarak engellemek suretiyle onun hareket serbestisini ortadan

⁶³Kapani, a.g.e., s. 3-5.

⁶⁴Bozkurt, a.g.e., s. 171.

⁶⁵Kapani, a.g.e., s. 3-5.

kaldıran eylemler bu hakkı ihlal eder⁶⁶. Kişi özgürlüğü ile kişisel özgürlük ayırımı yapılmakla birlikte; bunlardan birincisi kişinin kamu iktidarları karşısında koruma görmesi iken, ikincisi kamu organları dışında kalan kişi ve gruplara karşı korunmayı da öngörmektedir.

Kişi özgürlüğü kavramının öğretide çeşitli tanımları yapılmaktadır. Gölcüklü'ye göre kişi özgürlüğü, *“kişinin fizik yahut beden özgürlüğü; diğer bir deyimle, kişinin fizik mekân içinde gidip gelme, yer değiştirme serbestisidir”*; Jeze'ye göre, *“her fert için, faaliyetini, istediği gibi ve her istediği istikamette icra etmek hakkıdır”*. Kişi özgürlüğü, kişinin yasaya/Anayasa'ya aykırı olarak yakalanamama ve tutuklanamaması demektir. Kişi özgürlüğü, bireyin temel hakkı olması nedeniyle, keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı kişinin korunmasını amaçlamaktadır. Kişinin serbest hareket etmesini engelleyen tüm keyfilikler karşısında korunmasının zorunluluğu, O'nun sadece gidip-gelme özgürlüğünün korunması şeklinde değil, aynı zamanda, *“özel yaşamına saygı”*, *“konut dokunulmazlığı”*, *“haberleşme özgürlüğü”* ve *“evlenme özgürlüğünü”* de içine almaktadır. Dolayısıyla kişi özgürlüğü, kişinin haklarının tümünün bir arada değerlendirildiği bir birliğe doğru yöneliş halindedir. Kişi özgürlüğünün önemi nedeniyle, Fransız devriminden beri, modern demokratik devletlerde artık bu özgürlüğe rasgele ilişilememektedir; o tarihten itibaren kişi özgürlüğü parlamento tarafından ve yasama yoluyla tespit edilerek sınırları çizilmiş durumlar dışında kişinin kendi faaliyetini istediği gibi ve istediği yönde kontrol altında tutabilme serbestliği olarak algılanmaktadır⁶⁷.

Güvenliğe gelince, onun da toplumsal hayat için önemi inkâr edilemez. Elbette insanlar ancak güvenli bir ortamda özgür hissedebilir ve özgürce hareket edebilirler; onun için özgürlüğün yanında güvenlik de özgür bir toplum için temel önemdedir. Özgürce hareket edebilmeleri ve temel haklarını kullanabilmeleri için insanların güvenliğe –güvenlik içinde olmaya veya güvenli bir ortama- ihtiyaçları vardır. Fakat bu gerçek, insani varoluş için özgürlük ile güvenliğin eşit değere sahip olduğu anlamına gelmiyor. Çünkü her ne kadar toplumsal varoluş için zorunlu olsa da, güvenlik yine de kendi başına bir değer olmayıp, özgürlük –ve başka değerler- için araçsal bir nitelik

⁶⁶Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 189-190.

⁶⁷İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği, **TBB Dergisi**, S. 55, 2005, s. 167-168.

taşıır. Güvenliğin bağımsız bir değer olmaması onun esas olarak özgürlüğün türevi olmasıyla da açıklanabilir. Başka bir anlatımla, özgürlüğün ve özgürlük haklarının güvende olduğu yerde güvenlik de zaten büyük ölçüde sağlanmış demektir. Esasen, özgürlük ve insan haklarına, toplumsal barışa hizmet etmek dışında, güvenliğin kendi başına bir değeri olduğu şüphelidir⁶⁸.

Kişi güvenliği kişi özgürlüğünü tamamlayan bir haktır. Kişi güvenliği bireyin bedensel bütünlüğünün her türlü keyfi müdahaleye karşı korunmasını, kişinin bu bakımdan kendisini güven içinde hissetmesinin sağlanmasını gerektirmektedir. Daha açık olarak, güvenlik ilkesi kişiyi keyfi cezalandırma ve tutuklamadan koruma anlamına gelir yani bir kimsenin suç işlemedikçe tutuklanamayacağına, herhangi bir kamu görevlisi tarafından kanunsuz olarak rahatsız edilemeyeceğine, özgürlüğüne gereksiz yere el konulamayacağına gönülden inanmasıdır⁶⁹. Kişi kendisini “güvenli” hissetmedikçe, maddi ve manevi varlığını da geliştirmesi mümkün değildir⁷⁰.

Bir tanım yapmak gerekirse kişi güvenliği ilkesi; kişinin, yaşama hakkına, özel hayatının gizliliğine ve konutuna dokunulmaması, maddi ve manevi varlığının korunması, onuruna yakışmayan muameleye, işkence ve eziyete tabi tutulmaması, haksız olarak ve hakim kararı olmadıkça gözaltına alınmaması, tutuklanmaması ve özgürlüğünden mahrum edilmemesi şeklinde tanımlanabilir⁷¹.

Kişi güvenliği konusunda doktrinde benzer tanımlamalar mevcuttur. Kişi güvenliği genelde devlete karşı bireyin korunması olarak algılanmaktadır. Bir anlamda keyfi cezaların ve fiziki güvenliğinin güvencesidir. Doğal olarak bu güvencenin bir sonucu olarak, suç işlenmemiş, ya da suçlu olduğu henüz anlaşılmamış kişinin gözaltına alınamaması, tutuklanamamasıdır. Şu halde kişi güvenliği, kişi özgürlüğünü ayakta tutan bir haktır. Bir nevi sınırlı özgürlüktür. Diğer temel hakları koruyan bir haktır. Zira suç işleme halleri dışında örneğin akıl hastalarının tedavileri ile ilgili hususları yasayla belirlemek gibi durumları da kapsar. Özgürlüğün kısıtlanmasındaki fiziki

⁶⁸Mustafa Erdoğan, “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:12 S. 24, Güz 2013/2, s. 23.

⁶⁹Kuzu, **a.g.e.**, s. 14.

⁷⁰Erdoğan, Anayasal..., **a.g.e.**, s. 190.

⁷¹Seyithan Güneş, **Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1998, s. 74.

olumsuzluklar, mahkumiyet ve tüm keyfilik biçimlerinin önlenmesi güvenlik kapsamına dahil olduğu için güvenlik kavramı özgürlükten daha geniştir⁷².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramlarını kararlarında genellikle birlikte zikretmiştir. Komisyona göre, kişi güvenliği “ özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunmasını ifade eder. Komisyon bir kararında⁷³ “özgürlük ve güvenlik kelimeleri bir bütün oluşturur şeklinde anlaşılmalıdır ve bu kavramlar kişinin yalnızca beden özgürlüğü ve güvenliğine yöneliktir” demektedir. Güvenlik “mutlak surette güvence altındadır” diyerek kamu otoritelerinin özgürlük alanına yapabilecekleri keyfi müdahalelere karşı güvenlik hakkının bir teminat oluşturduğu vurgulanmak istemiştir. Öyle ki, Mahkeme *Guzzardi/İtalya Davasında*⁷⁴ AİHS’de (madde 5) düzenlenmiş bulunan özgürlük ve güvenlik hakkının özgürlüğün varlığı ya da yokluğu konusunda tek bir alternatif öngördüğünü bu bakımdan sınırlı veya kısıtlı özgürlük yahut özgürlükten hafif veya ağır şekilde yoksun bırakılma gibi bir ara kademenin düşünülmeceğini açıkça vurgulamaktadır⁷⁵. AİHS *Arrowsmith/Birleşik Krallık*⁷⁶ davasına ilişkin raporunda, kişi güvenliği hakkının kişilerin sadece yasada öngörülen nedenlere ve usulüne uygun olarak özgürlüğünden mahrum edilmelerini ve bu durumun garantisini içerdiğini tespit ederek, kişi özgürlüğü ve güvenliğini eşitlemiştir⁷⁷.

1.2.1. Özgürlük ve Güvenlik Dengesi

Bu başlık altında izaha çalışacağımız güvenlik kavramı birey güvenliğinden ziyade kamu güvenliği ile ilgilidir. Kamu güvenliği ile birey güvenliği yakın iki kavramdır ve aralarında çok güçlü bir ilişki vardır. İlişkinin ters veya doğru orantılı olduğu savunulabilir. Ters orantı halinde bu iki değer çatışacak ve bunlardan birine üstünlük sağlamak gerekecektir. Doğru orantının varlığı halinde bu iki değer birbirini

⁷²Kuzu, **a.g.e.**, s. 14.

⁷³A.,B.,C./Federal Almanya, 16.7.1976, No. 5573/ 72.

⁷⁴Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, No. 7367/76.

⁷⁵Kuzu, **a.g.e.**, s. 15.

⁷⁶Arrowsmith/Birleşik Krallık, 18.12.1986, No. 7050/75.

⁷⁷Dona Gomien, David Harris and Leo Zwaak, **Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter**, Germany: Council of Europe Publishing, 1996, s. 128.

destekleyecek, birindeki gelişim diğerine de iyileşme olarak yansıyacaktır⁷⁸. İşte kamusal güvenlik ile birey güvenliği arasında var olan çok güçlü ilişki, konuyu bu yönüyle de incelemeye bizi mecbur etmiştir.

Daha fazla güvenlik elde etmek için özgürlüklerden kısıntı yapılması gerektiği görüşünün arkasında yatan varsayım özgürlük ile güvenlik arasında bir denge bulunması gerektiğidir. Buna göre, özgürlük ile güvenlik arasındaki çıkarlar çatıştığında, iki değer arasında makul bir denge”nin kurulması gerekir. Sağlıklı bir toplum bu dengeyi kuran ve onu koruyan toplumdur. Dengeci görüş açısından, demokratik toplum daima özgürlük ile güvenlik arasındaki doğru “denge” yi tutturmayı amaçlayan bir toplum olduğundan güvenliği sağlamak isteyen devletlerin yurttaşların özgürlüklerini sürekli olarak sınırlamaya ihtiyaçları vardır. Bu görüş taraftarlarına göre, güvenlik uğruna bir miktar özgürlükten vazgeçmek zorunludur⁷⁹.

Ancak güvenliği sağlamak için bireyin kendi özgürlüğünü sınırlamasının pek de sağlıklı bir çözüm yolu olduğu kanaatinde değiliz. Zira güvenliği tesis etmenin pek çok yolu vardır. Kişisel özgürlüklerin daraltılması en son çare olmalıdır. Güvenlik özgürlük dengesinde güvenlik lehine bozulma, sanıldığığının aksine her zaman işe yarayamayabilir. Nitekim hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar insan psikolojisi üzerinde ağır bir tahribata da yol açabilir. Bu durumda ki bireylerden sağlıklı ve makul tasarruflarda beklemek mümkün değildir.

Özgürlük ve güvenlik dengesi üzerine tartışmaların en yoğunlaştığı dönemler, terör olaylarının yaşandığı dönemlerdir. Terör insanlığa karşı işlenen bir suçtur. Hangi amaçla hareket edilirse edilsin masum insanları hedef aldığından ötürü hiçbir şekilde tolerans gösterilmemelidir. Ancak terörle mücadelenin de hukuk içinde yapılması gerekir. Aksi terörle mücadelenin de bir nevi teröre dönüşmesine yol açar ki bu tam manada bir açmazı doğurur⁸⁰.

⁷⁸ Serkan Kızılyel, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü**, İstanbul: Beta Basım, 2014, s. 75.

⁷⁹ Erdoğan, Anayasal-Demokratik..., **a.g.m.**, s. 25.

⁸⁰ Atilla Pınar, Terörle Mücadelede Özgürlük ve Güvenlik Dengesi/Hukuk ve Sevgi Evrenseldir, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, Yıl. 2015, s. 448 vd.

1.2.2. Özgürlük ve Güvenlik Dengesinin Bozulması

İnsan hakları hukuku, bazı durumlarda acil sosyal ihtiyaçlar karşısında ödün vermek durumunda kalabilir. Toplumun varlığını ve esenliğini tehlikeye sokan ya da kamu düzenini yaygın biçimde sarsan savaş hali, savaş tehlikesinin ortaya çıkması durumunda veya ayaklanma ve iç kargaşa gibi bunalımlı durumların aşılmasında ya da ağır ekonomik bunalım veya doğal felaketlerin etkilerinin onarımında “olağan hukuk düzeni” yeterli olmayabilir. Bu nedenle, yürürlüğe konan olağanüstü yönetimden en başta etkilenen, özgürlükler “ortak hukuk” rejimidir. Çünkü bu alanda yasallık ilkesinin daraltılması söz konusudur. Olağan hukuk düzenindeki özgürlük ve otorite arasındaki denge, otorite lehine bozulmuştur. Burada ana fikir şudur: Toplumun ve ülkenin selameti, bireysel hak ve özgürlüklerin önüne geçer; buna karşılık, özgürlüklerin kullanılmasına elverişli bir ortamın sürekli kılınması, belli zaman kesitinde bunların askıya alınması” durumunda mümkün olabilir. Önemli olan özgürlük gerekleriyle kamu düzeninin korunmasını uzlaştırmaktır. Bu kolay değildir: çünkü uzlaşma zemini, “hassas ve kaygan”dır; zaruret hali ya da kamu esenliği adına diktatörlük tehlikeleri kendini gösterir⁸¹.

Olağandışı veya istisnai yönetim usullerinin yürürlüğe konması temel haklara geçici olarak olağan rejimdekenden farklı kayıtlamalar getirilmesine yol açar. Ancak, bütün olağanüstü yönetimler aynı nitelik ve ağırlıkta değildir. Yani her olağanüstü yönetim durumu özgürlükleri farklı oranda kısıtlar. AİHS'nin 15. maddesi, taraf devletlerin “savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde... durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler” alabilmelerine izin vermektedir⁸². Görüldüğü üzere AİHS olağanüstü durumlarda bile siyasi iktidarı bazı kısıtlar ile sınırlayıp mutlak bir tasarruf yetkisi ile donatmamaktadır.

Özgürlük ve güvenlik çatışan kavramlar değildir. Biri diğerine feda edilemez. Güvenlik ve özgürlük dengesi konsepti ise bir kısır döngüdür. Güvenlik her halde ve mutlak olarak insana ve onun özgürlüklerine hizmet etmelidir. Özgürlüğü korumayan,

⁸¹Kaboğlu, a.g.e., s. 98.

⁸²Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 162-163.

ona hizmet etmeyen bir güvenlik anlayışı hedefinden sapmış demektir. Özgürlük her durumda korunması gereken özür⁸³. AİHS’de bu görüş doğrultusunda ve güvenlik amacıyla, özgürlüklerin kısıtlanmasını bazı şartlara bağlamıştır. Bunlardan birincisi güvenlik tehdidi olmalıdır. İlave olarak özgürlüklerin daraltılması, meşru demokratik toplumlarda zorunluluk arz eden durumlarda, somut olaylara dayanarak ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalıdır⁸⁴.

1.3. Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Kaynakları

1.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Özgürlük ve güvenlik hakkı AİHS’nin 5. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu bölümde maddenin detayına girmeden, AİHS’nin oluşturduğu koruma mekanizması ve Türkiye’de normlar hiyerarşisindeki yeri incelenmiştir.

1.3.1.1. AİHS ve Oluşturduğu Koruma Mekanizması

Araştırma konumuz olan “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkı AİHS’nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak 5. maddenin açıklamasına geçmeden önce, AİHS ve kurduğu denetim mekanizması hakkında genel bir bilgi vermenin konunun daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

İnsan haklarının korunmasına ilişkin bölgesel düzenlemeler içinde işlevsel açıdan en etkili olanı şüphesiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kurduğu denetim mekanizmasıdır. Bu sözleşme ve onun kurduğu denetim mekanizması Avrupa Konseyi sistemi içinde yer alır. Batı Avrupa devletleri tarafından 5 Mayıs 1949’da Londra’da imzalanan bir Statü ile kurulmuş olan Avrupa Konseyi insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi gibi “ortak değer ve idealler” çerçevesinde üye devletlerarasında daha sıkı bir birlik oluşturulması iradesini temsil etmektedir. Örgütün daha spesifik olarak amacı ise üye devletlerde insan haklarının korunup geliştirilmesini

⁸³Pınar, **a.g.e.**, s. 452.

⁸⁴Onur Yerdelen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Türk Hukukundaki Yansıması”, (Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Karaman, 2011, s. 33 vd.

sağlamaktır⁸⁵. İlk kuruluş aşamasından itibaren “insan hakları” kavramına verilen bu özel önem, kuruluştan kısa bir süre sonra, 4 Kasım 1950’de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin imzalanmasını ve zaman içinde, insan haklarının yargı yoluyla güvence altına alınması, konusunda dünyanın en etkin düzeneğinin kurulmasını sağlamıştır. Bireylerin doğrudan başvurabildikleri AİHM gerçekten tarihsel önemde ve örnek bir davranıştır⁸⁶.

AİHS’yi onaylayan devletlerin üstlendiği en önemli yükümlülük, ülkesinde yaşayan bireylere, belirli bir takım temel hak ve özgürlükleri tanımadır. Sözleşmede yer alan hükümler, temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde, vatandaşlara bundan sorumlu olan hükümetleri aleyhine AİHM’ye başvuruda bulunmak hakkı vermektedir. Bu bakımdan sözleşmenin tarafı olan devletler, vatandaşlarının sözleşme ile korunan temel hak ve özgürlüklere sahip olup olmadıklarını araştırmak zorundadır⁸⁷.

AİHS’de yer alan haklar ve özgürlükler sadece birinci kuşak haklara⁸⁸ ilişkin olup sözleşmede verilen haklar ve özgürlükler listesinin kapsamı dardır. Bir karşılaştırma yapmak gerekirse; örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi daha kapsamlı bir düzenlemeyi içermekte, bu bildiride yer alan kimi haklar AİHS’de bulunmamaktadır. Sözleşmenin hem sadece birinci kuşak hakları içermesi, hem de bu hakları dar bir çerçevede ele alması daha sonradan bir dizi protokol düzenlenmesine ve çeşitli alanlarda yeni sözleşmeler yapılmasına neden olmuştur⁸⁹.

Bu farklar iki belge arasındaki nitelik ayrılığından doğmaktadır. Sözleşme, bağlayıcılık niteliğinden yoksun bir ilkeler bildirisinden ibaret olmadığı ve burada belirtilen hakların uygulamada sağlanıp sağlanmadığının yargısal denetime tabi tutulması söz konusu olduğundan, bunların başlangıçta hem daha dar bir alanla sınırlanması, hem de denetime imkan verecek bir açıklıkla belirtilmesi gerekli görülmüştür⁹⁰. Kanaatimizce de AİHS’de yer alan haklar ve özgürlükler listesinin

⁸⁵Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 323.

⁸⁶Aybay, a.g.e., s. 116-117.

⁸⁷Şeref Ünal, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997, s. 149.

⁸⁸Birinci kuşak insan hakları, insanın tarihsel gelişimi içerisinde ilk kazandığı haklardır. Örnek olarak: can ve mal güvenliği, din ve vicdan özgürlüğüdür.

⁸⁹Giritli, Güngör, a.g.e., s. 72.

⁹⁰Kapani, a.g.e., s. 70-71.

kapsamının başlangıçta dar tutulması yerinde olmuştur. Zira daha ilk aşamada çok geniş bir çerçeve çizilmesi bir haklar enflasyonu yaratıp, temel hakların dahi korunması hususunda zafiyete düşülmesine neden olabilirdi. Bunun yerine başlangıçta birinci kuşak haklar düzenlenip, konsey üyelerinin zaman içerisindeki demokratik sosyal ve ekonomik gelişmelerine paralel olarak yeni hakların bu koruma mekanizma içine dahil edilmesi koruma sistemin sağlıklı bir şekilde gelişmesine imkan vermiştir. Nitekim çok daha geniş haklar listesi içeren İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi insan haklarının korunması noktasında, AİHS kadar etkin olamamıştır.

AİHS ile konsey üyesi herhangi bir devlet ülkesinde bulunan herkes, sözleşmede bulunan bütün haklara sahip bulunmaktadır. Konsey üyesi ülkelerde yaşayan herkesin, haklarının ihlali halinde gidebileceği bir milletlerarası kurumu vardır. Bu kurumun günümüzdeki ismi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Mahkemenin ihlal tespit ettiği kararlarının gereği yerine getirilmek zorundadır. Bu suretle, Konsey üyesi devletler klasik egemenliklerinden insan hakları lehine bir ölçüde vazgeçmişlerdir⁹¹.

AİHS öncelikle sözleşmeyi imzalayan devletlerin ülkelerinde geçerli olmakla beraber Sözleşme sözleşmecisi devletin meşru veya gayrimeşru olarak hakimiyeti altındaki yerlerde uygulanmak zorundadır⁹².

Sözleşmede sayılan insan haklarının çiğnenmesi halinde AİHM'ye iki türlü başvurma yolu öngörülmüştür: devletlerarası başvurma ve bireysel başvurma. Devletlerarası başvurma, Sözleşmeye taraf bütün devletler için karşılıklı olarak tanınmıştır. Bir veya birkaç devlet, insan haklarının çiğnendiği gerekçesiyle taraf devletlerden birini Komisyona şikayet edebilirler. Bireysel başvurma ise, sözleşmede bu konuyu düzenleyen özel maddenin taraf devletlerce kabul edilmesine bağlıdır⁹³.

Avrupa Sözleşmesinin asıl önemi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden esinlenerek güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin nev'i bakımından değil, fakat "ortak güvence" sistemine dayanan uluslararası bir yargısal denetim mekanizması

⁹¹Bozkurt, a.g.e., s. 150.

⁹²M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul: Beta Basım, 2001. s. 369.

⁹³Kapani, a.g.e., s. 71.

kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından dolayıdır. Sözleşme, böylece, insan haklarının korunması sorununu ulusal düzeyden uluslararası düzeye taşımış; yani birey uluslararası hukukun sujesi (hak sahibi) haline gelmiştir⁹⁴. Belirtmek gerekir ki AİHS insan haklarının tanınıp korunması konusunda hemen hemen evrensel düzeyde bir “ilk”i başlatmış ve örnek model oluşturmuştur. İlave olarak AİHM hem insan hakları anlayışımızın boyutunu genişleten hem de yasalarda bazı somut koruma ve değişikliklere yol açan çok etkileyici bir yargılama süreci geliştirdi. Avrupa Sistemi, karara bağlanan bireysel şikayet sayısı (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2014⁹⁵ yılında 898 davayı karara bağladı) ile dünyanın geri kalanında aynı konuyla ilgili şaşırtıcı düzeydeki yetersizlik (Örneğin, aynı dönemde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi toplam 27 görüşmeye ilişkin karar açıklayabildi) açısından da hayranlık uyandırıcıdır⁹⁶.

Avrupa insan hakları rejiminin gerçek gücü, bu rejimin katılımcı devletler tarafından gönüllülük temelinde kabul edilmiş olmasıdır. Resmi usuller, ulusal düzeyde sorunlara getirilen çözümlere destek olur ve etkilerini arttırmalar. Fakat son tahlilde AİHS ile getirilen usuller geniş ölçüde onlara gösterilen ulusal bağlılığı ve kabulü tamamlayıcı niteliktedirler. Avrupa devletlerinin insan hakları konusunda gösterdikleri güçlü ulusal bağlılık, bu devletlerin AİHS ile elde etmeyi umdukları “etik” yararların algılanan değerini oldukça artırır. Dahası, Avrupa ülkelerinin insan hakları sicillerinin görece iyi olması, etkili uluslararası usullerin doğurabileceği riskleri azaltır. Avrupa rejimi, görece homojen ve sosyo-kültürel açıdan birbirine yakın topluluklara ait olduğundan “güven duyulan” bir yapıya sahiptir. Böylece, rejim normlarının yorumlanmasında radikal farklılıkların ortaya çıkması olasılığı ile rejimin tarafgir amaçlarla yönlendirilmesi ve kötüye kullanılması riski azalır. Avrupa örneği, tamamıyla gönüllüğe dayanan itaatin ütopyik bir ideal olmadığını göstermekle kalmaz, aynı zamanda ulusal bağlılık ile uluslararası usullerin birbirlerini karşılıklı destekleyip geliştirdiklerini ortaya koyar. Etkili bir rejim, devletlerin insan hakları alanında “hak ettikleri” nin en iyisini elde etme şanslarını arttıran bir araçtır⁹⁷.

⁹⁴Gözübüyük, Avrupa..., a.g.e., s. 9-11.

⁹⁵ <http://www.abhaber.com/aihm-2014-istatistiklerini-acikladi/>, (Erişim Tarihi: 30.12.2015).

⁹⁶Clapham, a.g.e., s. 78.

⁹⁷Donnelly, a.g.e., s. 226-227.

Bununla birlikte, insan haklarını uluslararası yargı yoluyla koruma alanında dünyadaki en başarılı örnek olduğu için övülmesi gereken bu dizgenin “sorunsuz” olduğu söylenemez. On kurucu Batı Avrupa devletiyle başlayan süreç, bugün Avrupa’nın “ortak değerlerini” ve “ortak mirasını” ne ölçüde paylaştığı tartışılabilir; ekonomik ve sosyal gelişmişlik, demokrasi geleneği gibi açılardan çok farklı durumdaki 47 üye devlete ulaşmış; Atlantik’ten Pasifik Okyanusuna kadar uzanan bir coğrafi bölgeye yayılmıştır. Bunun sonucu olarak, AİHM’ye yapılan başvurular, başlangıçta öngörülemeyecek kadar büyük sayılara ulaşmış bulunmaktadır. Mahkemenin gücünü aşan bir iş yükü yaratan bu durum karşısında, Mahkeme kuruluş amaçlarıyla bağdaştığı çok söz götürecek bir takım yollarla başvuru sahiplerini “caydıracak” yöntemlere yönelmektedir⁹⁸.

Bu yöntemlerin başında 14. Protokol’ün en çok tartışma yaratan yeniliği, “incelenbilirlik” (kabul edilebilirlik) koşullarıyla ilgili olan yeni düzenlemedir. Getirilen yeni hükme (AİHS md.35/3-a) göre; başvuru sahibinin “önemli bir sakıncalı durumla” karşılaşmış olmaması durumunda başvuru “incelenemez” (kabul edilemez) bulunacaktır. Bu düzenleme çok eleştirilmiştir. Gerçekten, insan hakkı ihlallerinin bir yargı organınca “önemli” “önemsiz” diye ayrılması için geçerli ölçütlerin bulunması, çok tartışma yaratabilecek bir düzenlemedir. Bu değişikliğin, bazı ihlaller karşısında Mahkemenin duyarsız kalmasına (ya da en azından duyarsız kaldığı iddialarına) yol açması kaçınılmazdır⁹⁹.

Yukarıda açıklandığı gibi AİHS’nin de insan haklarını koruma bakımından belki tam anlamıyla yeterli ve etkili bir sistem ortaya koymuş olmadığı ileri sürülebilir. Ancak şunu da söylemek gerekir ki, uluslararası mekanizmalarda, iç hukuktaki mekanizmaların etkinliğini ve müeyyide gücünü aramak gerçekçi bir yaklaşım sayılamaz. Aslında, gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Birleşmiş Milletlerce kabul edilen uluslararası sözleşmelerin değerini pratik etkinlikleri yönünden çok, taşıdıkları anlam ve getirdikleri yenilik açısından ölçmek belki daha doğru olur. Bu belgeler, insan haklarının artık sadece her

⁹⁸Aybay, a.g.e., s. 117.

⁹⁹a.g.e., s. 152-153.

ülkenin bir ülkenin iç sorunu olmaktan çıkıp, ulusal sınırları aşarak uluslararası boyutlara ulaştığını dünyaya ilan etmekle insanlık tarihinde yeni bir çığır açmışlardır¹⁰⁰.

1.3.1.2. AİHS'nin Türkiye'de Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

AİHS, aradan geçen yarım yüzyıldan fazla zaman sürecinde yavaş yavaş, “İnsan Hakları alanında Avrupa Kamu Hukuku düzeninin Anayasal aracı” haline gelmiştir. Sözleşme, bütün taraf devletler için bağlayıcı ise de, hükümleri her birinin iç hukukunun parçası haline gelmemiştir. Yani, taraf devletler, iç hukuklarında Sözleşme'nin esasa ilişkin hükümlerini doğrudan uygulanabilir kılmak mecburiyetinde değildirlir¹⁰¹.

İnsan haklarının uluslararası düzeyde fiilen korunması alanında yeni bir çağ başlatan söz konusu sözleşme, Türkiye tarafından da 18.05.1954 tarihinde¹⁰² onaylanmış ve çeşitli tarihlerde kabul edilen ek protokollerle günün gereksinimlerine cevap verir hale getirilmektedir. Sözleşme hükümleri ilke olarak doğrudan uygulanabilir özelliğe sahiptir.

AİHS'nin Türkiye'de normlar hiyerarşisindeki yerinin tespiti için öncelikle uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yerinin ve değerinin tespiti gerekir.

Uluslararası sözleşmelerin ulusal hukukta doğrudan uygulanıp uygulanamaması, ülke ve uluslararası hukuk normları arasındaki ilişkiye bağlıdır¹⁰³. Antlaşmaların hukuk düzeni içindeki yeri konusunda öğretide iki görüş vardır. Bunlardan biri “ikinci” diğeri “tekçi” görüştür. İkinci görüşte, uluslararası hukuk ile iç hukuk, birbirinden farklı ve bağımsız iki hukuk düzenidir. Birinin diğere üstünlüğü söz konusu değildir. Her iki hukuk düzeni birbirinden bağımsız oldukları için, kuralların birbiri ile çatışması da söz konusu değildir. Bir hukuk düzenindeki kuralın diğere geçerli olabilmesi için, açıkça yollamada bulunulması, ya da aktarma yapılması gerekir.

¹⁰⁰Kapani, a.g.e., 72-73.

¹⁰¹Kaboğlu, Anayasa..., a.g.e., s. 396.

¹⁰²RG.19.03.1954-8662, 10.03.1954 gün ve 6366 Sayılı Kanun.

¹⁰³Ö.Heval Çınar, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi**, İstanbul: İHD Yayınları, İnsan Hakları Hukuku Serisi: 1, 2005, s. 95.

Tekçi görüşe gelince, buna göre tek bir hukuk düzeni vardır. Uluslararası hukuk ve iç hukuk bir bütünün parçalarıdır. Uluslararası hukuk alanında yaratılan kural, ulusal kurallar arasında yerini alır ve aldığı yere göre uygulanır. Burada önemli olan sorun, her iki hukuk düzeninden hangisinin, diğerine üstün olduğu sorunudur. Bu alanda genel eğilim, uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğu yönündedir. Her ülkenin hukuk sistemi, antlaşmaların ulusal hukuk içindeki yerini belirler. Kimilerinde, antlaşmalar anayasa düzeyinde, kimilerinde yasa düzeyinde, kimilerinde de, Türkiye’de olduğu gibi, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen yasa gücündedir¹⁰⁴.

Türk hukukunda antlaşmalar kanun şeklini ve mahiyetini almaktadır. Devletler hukukunun ülkenin hukuk sisteminin bir parçası olduğu; Anayasada açık olarak belirtilmediği halde antlaşmaların kanun mahiyetini almasının sonucu Türk mahkemeleri, her kanunu olduğu gibi, antlaşmaları da uygulamak durumundadır¹⁰⁵. Türkiye’de hükümetlerce iç ve dış hukuk kurallarına uygun olarak imzalanmış antlaşmaların geçerliliği, bunları TBMM’nin bir “kanun” biçiminde onaylaması ile mümkündür. Böylece hükümetin imzaladığı uluslararası antlaşmalar bir yasa haline gelince artık, her ilgili için kesin bağlayıcı duruma gelmektedir (Anayasa Madde 90)¹⁰⁶.

Antlaşmaların Türk hukukundaki yeri konusunda, gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası iki ana kural koymuştur. Bunlardan biri “uluslararası antlaşmalar yasa gücündedir”, diğeri de “uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez”. Anayasanın 90. maddesinde yer alan “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir” kuralından açıkça anlaşılacağı gibi, Türk hukuk düzeninde antlaşmalar yasa gücündedir ve doğrudan hüküm doğurur. Bu konuda öğretilerde herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Öğretilerde ve uygulamada sorun yaratan kural, yine aynı maddede yer alan, antlaşmalar “hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”, kuralıdır. Bu kural, antlaşmaların iç hukuktaki değeri bakımından önem taşır. Kimi yazarlara göre bu kural antlaşmaların yasalarla eşdeğerde olduğu görüşünü etkilemez¹⁰⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre, AİHS’nin bir uluslararası antlaşma olması ve Türk iç hukukuna usulüne uygun şekilde dahil

¹⁰⁴Gözübüyük, Anayasa..., a.g.e., s. 296.

¹⁰⁵Işıl Özkan, **Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk**, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2013, s. 79.

¹⁰⁶Mumcu, Küzeci, a.g.e., s. 226.

¹⁰⁷Gözübüyük, Avrupa..., a.g.e., s. 19.

edilmesi nedeniyle, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin açık hükmü gözetilerek, öğretilerde genel kabul gören görüş, AİHS'nin yasa gücünde olduğudur¹⁰⁸. Bu görüşü savunan Pazarıcı'ya göre; 1982 Anayasası'ndaki antlaşmaların Anayasa'ya aykırılıklarının öne sürülemeyeceğinin öngörülmesi olgusu, antlaşmaların kanunların üstünde tutulduğu şeklinde yorumlanamaz. Aksi durumda, Anayasa'da antlaşmaların *kanun hükmünde olmaları değil, ama kanunların üstünde olmalarının* açıkça öngörülmesi bir mantık gereği olmaktadır¹⁰⁹. Aynı görüşte olan Özbudun'a göre, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin sözleşmeler pozitif hukuk açısından, Anayasanın 90'ıncı maddesinde düzenlenen tüm anlaşmalardan farksız ve dolayısıyla kanunlar ile eşdeğerdedir. Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan "insan haklarına saygı" ilkesinin, sadece insan haklarını koruyan iç hukuk kurallarına değil, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine de saygıyı içerdiği ileri sürülebilir. Günümüzde insan haklarının sadece ulusal hukukların konusu olmaktan çıkıp evrensel karakter aldıkları ve uluslararası hukukça da korundukları düşünülürse, taraf olduğu bir uluslararası insan hakları sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine uymayan bir devletin, Anayasamızın 2. maddesi anlamında "insan haklarına saygılı" bir devlet olması mümkün değildir. Bu düşünce ile uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, anayasaya uygunluk denetiminde diğer uluslararası antlaşmaları aşan biçimde, anayasa değerinde ölçü normlar olarak kullanılmaları gerekir. Dikkat edilirse bu yorumun dayanağı, Türk pozitif hukukuna göre uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü değil, iç hukuktaki "insan haklarına saygı" ilkesinin, insan hakları alanındaki uluslararası sözleşmelere de saygıyı içermesidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında İHEB ve AİHS'ye atıfta bulunmuş olmakla beraber, bu metinleri bağımsız ölçü norm olarak değil, "insan haklarına saygılı devlet" ilkesini aydınlatıcı destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Başka bir ifade ile Anayasa'nın açık düzenlemesiyle çatışmayan, ancak, insan haklarına ilişkin Bildiri ya da Sözleşmelere aykırı her kural, aynı zamanda dolaylı şekilde de olsa Anayasa'da aykırı düşmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁸Ali Tanju Sarıgül, **Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Ankara: Seçkin Hukuk, 2013, s. 23.

¹⁰⁹Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 10.b., Birinci Kitap, Ankara:Turhan Kitabevi, 2014. s. 31-32.

¹¹⁰Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2014, s. 422-423.

Ancak bizimde kabul ettiğimiz düşünceye göre, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, diğer antlaşmalardan ayrı tutularak yorumlanmalıdır. Buna göre, temel hak ve özgürlükleri koruma altına alan AİHS hükümlerinin normlar hiyerarşisinde özel ve önemli bir yeri bulunmaktadır. Sözleşme'den sonra yürürlüğe giren Anayasa ya da yasa ile ne açıkça ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşme'de değişiklik yapma olanağı yoktur. Bu gibi durumlarda sözleşme yürürlükte, hukuksal sonuçlarını hem ulusal hukukta, hem uluslararası hukukta doğurmaya devam eder. Anayasa'nın eksenini oluşturan “insan haklarına saygı ilkesi gereğince, sadece AİHS değil fakat bütün uluslararası insan hakları normları anayasal değerdedir. Varılan sonuç, Sözleşme'nin ulusal hukuk kurallarına üstün olduğu ve yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiğidir. Kısacası, AİHS ve bu nitelikteki insan hakları belgeleri anayasa üstü değer taşır¹¹¹.

Ayrıca, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına 2004 yılında “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınır*” cümlesi eklenmiştir. Bu düzenleme ile antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin durumda bir değişiklik olmamış, ancak temel hak ve özgürlükler için ayrı bir durum yaratılmıştır. Madde metninin lafzına baktığımızda doğrudan temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların, kanunlardan üstün olduğu belirtilmemiştir. Ancak çatışma halinde kanun yerine uluslararası antlaşma hükümlerinin tercih edilmesi, kanaatimizce temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara kanunlar üzerinde bir yer tanıdığı anlamına gelir.

Belirtmek gerekir ki, 2010 Anayasa değişikliği ile kabul edilen bireysel başvuru olanağı vesilesiyle, AİHS'ye ilk kez referans yapılmış oldu (md.148/2). Böylece, genel olarak insan hakları sözleşmelerinin, 2004 değişikliği ile açıkça “yasa-üstü” konumu, AİHS'nin ise, 2010 düzenlemesiyle “Anayasa-üstü” konumu teyit edilmiş oldu¹¹².

Buraya kadar anlatılanları özetlediğimizde, Türkiye Cumhuriyetinin bir iç kuralı durumuna getirerek yasalaştırdığı pek çok uluslararası antlaşma vardır. Bunların içinde

¹¹¹Kaboğlu, Özgürlükler..., a.g.e., s. 204.

¹¹²a.g.e., s. 203.

önemli bir bölümü insan haklarını ilgilendirir. Türkiye'nin Anayasal sistemi dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçası durumundadır. Yani, Türk mahkemeleri Sözleşme'yi doğrudan doğruya ve öncelikle uygulamakla görevli ve yetkilidirler¹¹³.

1.3.2. Anayasal Sistemde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği

Ceza Muhakemesi hukukunun en önemli kaynaklarından biri kuşkusuz anayasadır. Nitekim Anayasada ceza muhakemesi ile ilgili kanunların yorumunda ve uygulanmasında göz ardı edilemeyecek olan genel ilkeleri içeren pek çok muhakeme normu yer almaktadır¹¹⁴. Ceza muhakemesi, genellikle bireylerin hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı etki doğurur. Bu nedenle, sınırlamaların çerçevesi öncelikle Anayasa'da belirtilir¹¹⁵. Araştırma konumuz olan CMK'da düzenlenen yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri de, bireylerin hak ve özgürlükleri sınırlandırdığından, Anayasa'da düzenlenmiş ve bunlara ceza muhakemesi aracılığıyla müdahale edilmesi halinde geçerli olacak kurallar yine Anayasa'da gösterilmiştir.

1.3.2.1. 1982 Anayasası'nda Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Kapsamı

1982 Anayasasının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yaklaşımını anlayabilmek için öncelikle Anayasanın oluşumunu ve dinamiklerini iyi tahlil etmek gerekir. 1982 Anayasası, liberal batı demokrasisi anayasalarını doğuran sosyal ve siyasal dinamiklerden farklı bir varlık nedenine dayanmaktadır. Batı liberal anayasacılığının özü, siyasal iktidarın sınırlandırılmasıdır. Ancak 1982 Anayasasının yapılması fikrinin esas dürtüsü, özgürlüğün ve demokrasinin korunması ve pekiştirilmesi değil, otoritenin ve devletin güçlendirilmesi şeklinde belirmektedir. Anayasa, özgürlüğü güvence altına alan bir belge olmaktan çok, devletin iktisadi alan dışındaki her kesime el atmasını mümkün ve meşru kılan bir “yetkiler kılavuzu” durumundadır. Bu bağlamda Anayasanın işlevi de, toplumsal-siyasal hayatı kendi doğal akışı içinde kanalize etmek şeklinde değil, bütün alanları global bir devlet-toplum

¹¹³Erdoğan, İnsan Hakları..., a.g.e., s. 149-150.

¹¹⁴Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015, s. 12.

¹¹⁵Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12.b., İstanbul: Beta Yayın, 2015, s. 22.

projesi içinde tutmak şeklinde beliriyor. 1982 Anayasası, hukuki pozitivistin en devletçi türünün bir örneği olup, gerek oluşturulma biçimi gerekse içeriği açısından otoriter karakterdeki bir “devlet hukuku”nu toplumun tüm yapısına zerketmek işlevini yüklenmiş gibidir. Böylece anayasa, özgürlüklerin yasayla genişletilebilmesi olanağının karşısına bir “kalkan” olarak çıkarılmaktadır¹¹⁶.

Farklı görüşte olan Özbudun’a göre, 1982 Anayasası’nın temel hak ve hürriyetler ile ilgili maddelerinin yazımında, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve özellikle AİHS ile uyum ve paralellik sağlanmasına daha büyük çaba sağlandığını ileri sürmektedir. Ancak yazar bu düşüncesine rağmen 1982 Anayasası’nın, 1961 Anayasası’na oranla bireyin temel hak ve hürriyetlerine devlet otoritesi karşısında daha güçsüz bir konum verdiğini ifade etmekten de geri durmamaktadır¹¹⁷.

Demokratik- liberal anayasa teorisini tersine çevirerek bir “karşıt anayasa” hüviyetine bürünen 1982 Anayasası kişi özgürlüğü ve güvenliğini 19. maddesinde düzenlemiştir.

Madde 19 – Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

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

¹¹⁶Bülent Tanör, **İki Anayasa**, 4.b., İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s. 138-140.

¹¹⁷Özbudun, **a.g.e.**, s. 75.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

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

(Değişik birinci cümle: 3/10/2001-4709/4 md.) *Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.*

(Değişik: 3/10/2001-4709/4 md.) *Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir. Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.*

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

(Değişik: 3/10/2001-4709/4 md.) *Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.*

Bu maddede tanınan, kısıtlıda olsa, kişinin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun tutulmama güvencesidir. Yakalama, gözaltı ve tutuklama işlemleri açısından bu madde geçerlidir.

Anayasa'nın 19. maddesi, devlete, maddede sayılan esaslara aykırı olarak bir kişinin özgürlüğüne müdahale etmeme sorumluluğu yüklemektedir. Bu yönüyle düzenleniş şekli açısından maddede sadece *negatif* yükümlülüğünden bahsedilmiş olsa da devletin bireyleri üçüncü kişilerin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlayan fiillerine karşı koruma şeklinde *pozitif* yükümlülüğü de bulunmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğü açısından genel nitelikli düzenleme Anayasa'nın 5. maddesinde yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi ; “... kişi hürriyeti, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel haklardandır. Bundan mahrumiyet, diğer bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan ve olumsuz etkiler. Hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin bu durumdan bir an önce kurtarılması için gerekli ve etkili tedbirlerle, bu ihlallerin tekrarını önlemek bakımından caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak devletin pozitif yükümlülüklerindedir.”¹¹⁸ demek suretiyle devletin 19. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğüne işaret etmiştir. Bu çerçevede özgürlük ve güvenlik hakkının devlete yüklediği negatif ve pozitif yükümlülükler açısından Anayasa ve Sözleşme arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

1982 Anayasası, “sadece mahkeme kararıyla” özgürlüğünden yoksun bırakılabilme ilkesine geniş istisnalar getirmiştir. Bazı durumlarda yargıç kararı olmadan da bu yola başvurulabilir. Hakkında gözetim altında ıslah kararı bulunan kişilerin, toplum için tehlike doğuran akıl hastalarının, uyuşturucu ve alkol tutkunlarının, hastalık yayabilecek kişilerin, usulsüz ülkeye giren ya da sınır dışı edilme kararına konu olan kişilerin, hatta “serseri” diye tanımlanan kişilerin durumu bu istisnalardandır (madde 19) ¹¹⁹. 1982 Anayasasının bu hükmü yorumlandığında kişi özgürlüğü ve güvenliğine müdahale konusunda yargıç kararı istisna, idarenin ve kolluğun faaliyetleri esas kabul edilmiştir. Yukarıda kısaca “otoriter” yapısından bahsettiğimiz 1982 Anayasası'ndan daha iyisini beklemek kanaatimizce fazla iyimserlik olur.

¹¹⁸AYM, E. 2009/6, K.2010/19, K.T.28/01/2010.

¹¹⁹Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, 9.b., İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 158.

Bu nokta da Anayasa'nın 19. maddesinde 2001 değişikliğiyle gerçekleştirilen bir kısım olumlu düzenlemelerden söz edilmesi uygun olabilir. 2001 yılında 4709 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte Anayasa'nın 19. maddesi ile Sözleşme'nin 5. maddesi arasındaki farklılıklar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Anayasa'nın 19/5 fıkrasının ilk halinde yer alan “ yakalanan veya tutuklanan kişi tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok on beş gün içinde hakim önüne çıkarılır” şeklindeki düzenlemeye göre gözaltı sürelerinin duruma göre kırk sekiz saate veya toplu işlenen suçlarda on beş güne kadar uzatılması olanaklı iken, 2001 yılında yapılan değişiklik ile aynı hüküm “ yakalanan veya tutuklanan kişi tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır” olarak değiştirilerek toplu suçlardaki tutma süresi dört güne kadar indirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi, yakalanan ya da tutuklanan kişilerin hakim önüne çıkarılma sürelerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki esaslar doğrultusunda yeniden düzenleme ihtiyacıdır.

Maddede yapılan ikinci değişiklik ise 6. fıkranın “yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına derhal bildirilir” şeklinden “kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir” şekline dönüştürülmesi olmuştur. Böylece *yakınlara bildirim hakkı* koşulsuz hale getirilmiştir¹²⁰.

Anayasanın 19. maddesinin son fıkrasında, bu maddede gösterilen esaslara aykırı işleme tabi tutulan kişilerin zararlarının devlet tarafından giderileceği belirtilmiştir. Bu konuda çıkarılmış 466 sayılı ve 1964 tarihli “Kanun Dışı Yakalanan Ve Tutuklanan Kişilere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun” vardır. Ancak bu kanuna dayanılarak verilen tazminatlar çok düşük olduğu gibi, yakalama ve tutuklamada hem Anayasada hem de AİHS metninde (md. 5) geçen “makul süre” ye uymama nedeniyle tazminat öngörülmemiştir. Bu yüzden de AİHS Türkiye aleyhine tazminata

¹²⁰ Altınkök, a.g.e., s. 79

hükmetmektedir¹²¹. 2001 Anayasa değişikliğiyle ödenecek tazminatın, “tazminat hukukunun genel prensiplerine” göre olması öngörülmüştür¹²².

1.3.2.2. AİHS 5. Maddesi ile Anayasa 19. Maddesinin Uyumluluğu

T.C. Anayasası'nın kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz esasları (md.19), AİHS 5. maddesi arasında birtakım benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır. Anayasa'nın 19. maddesi “kişi hürriyeti ve güvenliği” başlığını taşımakta iken AİHS'nin 5. maddesinin başlığı “özgürlük ve güvenlik hakkı şeklindedir”. Ayrıca Sözleşme'nin 5. maddesinde özgürlük ve güvenliğin bir *hak* olduğu ifade edilmekte iken Anayasa'nın 19. maddesinde *hak* ibaresi kullanılmamıştır. Yine Anayasa'nın 19. maddesinde “hürriyet ve güvenliği” ibaresi önünde kişi ibaresi kullanılmakta iken, Sözleşmede bu ibare kullanılmamıştır.

Özgürlük ve güvenlik hakkının Anayasa'da da Sözleşme'dekine benzer biçimde oldukça ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle, Anayasa'nın 19 (1) fıkrasında “herkes'in özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Hakkın öznesi, Anayasa açısından “birey”dir. Bu yönüyle Anayasa ve Sözleşme arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. İkinci olarak, sözleşme'de altı bent olarak düzenlenen kısıtlama nedenlerine bir takım farklılıklarla Anayasa'da da yer verilmiştir. Üçüncü olarak Anayasa'nın 19. maddesinde “şekil ve şartları kanunda gösterilen” haller dışında hiç kimsenin özgürlüğünden mahrum bırakılmayacağı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 19 (2) fıkrasında yer alan şekil ve şartların kanunda gösterilmesi kriteri, AİHS'deki *yasaya uygun olma* kriteri ile benzerlik göstermektedir. Dördüncü olarak, yasada gösterilen şekil ve şartlara aykırı veya yasada gösterilen şekil ve şartlara uygun, ancak Anayasa'da bulunmayan bir sebeple kişinin özgürlükten yoksun bırakılması, Anayasa ve AİHS'ye aykırılık oluşturacaktır¹²³.

AİHS'nin kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz esasları ile T.C. Anayasası 19. maddesi arasında bazı farklar da bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, yakalanan veya tutuklanan kişilere bu işlemin nedenlerinin ve

¹²¹ Mansur-Türkiye kararı, 14/1994/461/542,8.6.1995.

¹²² Tanör, **a.g.e.**, s. 159.

¹²³ Altınkök, **a.g.e.**, s. 76-77.

kendilerine yapılan suçlamaların yazılı olarak bildirilmesinin “toplular” da hakim önüne çıkıncaya kadar geciktirilebilmesidir.(md.19/4). Bu süre dört güne kadar uzayabileceğine göre (md.19/5), bunun Sözleşme’nin belirttiğı “en kısa zaman”la uyumlu olmadığı söylenebilir. Bununla beraber, Anayasa’nın ilgili hükmünde sözlü bildirim her durumda “derhal” yapılacağıının öngörülmesi muhtemel sakıncaları bir ölçüde önleyebilir. Kiş i özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ilgili güvenceler bakımından AİHS ile T.C. Anayasası arasındaki başka bir fark da, Anayasamızın yakalanan ve tutuklanan kiş ilerin hakim önüne çıkarılma süresinin olağanüstü hallerde uzatılabileceğine ilişkin hükmünden (md.19/5) kaynaklanmaktadır. Nihayet, aynı maddenin 6. fıkrası Sözleşme’nin öngörmediğı bir güvenceye daha yer vermiştir. Buna göre, kiş inin yakalandığı ve tutuklandığı derhal yakınlarına bildirilir¹²⁴.

1.3.3. Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza yasaları, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkilidir. İnsan hakları tarihi, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun sınırlanması tarihidir denebilir. İnsan hakları komisyonları ve mahkemeleri önüne gelen birçok olayın ceza hukuku ile ilişkili olması rastlantısal değildir. Niteliğı ve getirdiğı yaptırımların ağırlığı nedeniyle, insan hak ve özgürlüklerine en fazla müdahale, ceza hukuku alanından kaynaklanmaktadır. Kiş i Özgürlüğü ve güvenliğı hakkı da kanaatimizce ceza hukuku ve ceza usul hukuku uygulamalarının yol açtığı haksızlıkları gidermeye hizmet eden araçlardan bir tanesidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin garanti altına aldığı bazı temel hak ve özgürlükler, ceza hukukuna özgü değildir ama ceza yasalarının bu ilkelere de saygı göstermesi gerektiğı açıktır. Hatta 1982 Anayasası’nın 90. maddesindeki değişiklikten sonra ceza yasalarının AİHS ilkelerine uyumu bir zorunluluk halini almıştır. Bu bağlamda, her şeyden önce söz edilmesi gereken ilkeler; eşitlik hakkı, düşünce ve düşüncenin ifadesi özgürlüğü, din özgürlüğü ve tabii ki araştırma konumuz olan kiş i özgürlüğü ve güvenliğı ile benzeri diğ er özgürlüklerdir¹²⁵.

¹²⁴Erdoğan, İnsan..., a.g.e., s. 192.

¹²⁵Öykü Didem Aydın, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliğı Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, *TBB Dergisi*, S. 53, 2004, s. 66.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ceza yargılaması sürecine ilişkin, hepsini olmasa bile, çok sayıdaki yükümlülüğü ve ilkeyi yansıtmakta, onları somutlaştırmaktadır.

Ceza muhakemesi hukuku, muhakemeyi, daha açık deyişle devlet organlarının ceza kanununun ihlal edilip edilmediğini, ihlal edene ne ceza verileceğini belirlemeye yönelik faaliyetlerinin türünü, biçimini ve zamanını düzenleyen normların bütününe oluşturduğu hukuk dalıdır. Ceza muhakemesi hukuku kamu hukukunun bir dalıdır.

Ceza muhakemesi hukukunun esas kaynağını 1929 tarihinde yürürlüğe giren 1412 Sayılı "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu" oluşturmaktaydı. Bu kanun, bazı değişiklikler yapılmak suretiyle 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan alınmıştı. Kaynak kanunun yapıldığı dönemde Avrupa'da hakim olan liberal düşüncenin etkisiyle, liberal ilkeleri içeren Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, daha sonra pek çok değişikliğe uğramıştır. Bunlardan 1992 değişikliği ile sanığa çok önemli haklar ve güvenceler tanınmıştır.

Halen ceza muhakemesi hukukunun esas kaynağını oluşturan ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, getirdiği bazı değişiklik ve yeniliğe rağmen büyük ölçüde önceki Kanunun esaslarını içermektedir¹²⁶.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, sistematik olarak yedi kitaptan oluşmaktadır. Her kitap Kısım ve Bölümlere ayrılmıştır. Araştırma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri CMK'nın Birinci Kitap, dördüncü kısmında yer almaktadır.

1.3.4. Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği

Resmi Gazete'de 01.06.2005 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5 ila 20. maddeleri, araştırma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine ilişkindir.

¹²⁶Toroslu, Feyzioğlu, a.g.e., s. 11-12.

İKİNCİ BÖLÜM

AIHS'NİN 5. MADDESİ (KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİNİN İHLALİ)

2.1. Genel Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireyin iktidar karşısında hukuksal güvenliğinin güvencesi ve diğer özgürlüklerin temeli olarak kabul edilen bir haktır. Bu nedenle kişi özgürlüğü ve güvenliği insan hakları içerisinde ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. AIHS'nin de en önemli hükümleri arasında yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği kişi için olduğu kadar polis kuvvetleri ve yargı makamları açısından da hayati önem taşıyan bir haktır¹²⁷.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı AIHS'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde 5:

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

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

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

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olunulduğu

¹²⁷Bozkurt, a.g.e., s. 168-169.

kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli 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 yasaya uygun olarak tutulması;

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

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

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

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

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

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

Yukarıda görüldüğü üzere, AİHS'nin 5. maddesi bireyin *özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin* esasları içermektedir. Kişi özgürlüğünün kısıtlandığı yakalama, gözaltına alma ve tutuklama gibi uygulamaların dayanağı, şekil ve şartlarının yanında bu tür uygulamalara maruz kalan kişilerin sahip olduğu haklar, ayrıntılı bir şekilde bu maddede düzenlenmiştir¹²⁸. Bu madde, özgürlük hakkı ve buna ilişkin usuli güvenceler ile keyfi yakalama ve gözaltına almanın nasıl tanımlandığını da dile getirmektedir¹²⁹. Ulaşılmak istenen hedef, yasa dışı yakalama ve gözaltına almalara engel olup, etkin bir yargısal kontrol mekanizmasının oluşturulmasıdır¹³⁰.

AİHS'nin 5. maddesi, bireyin insan haklarının korunmasına ilişkin önemli bir hususa işaret etmektedir. Kişisel özgürlük, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel koşuldur. Kişisel özgürlükten mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkından, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilecek bir şeydir. Ayrıca herhangi bir özgürlükten mahrumiyet, söz konusu kişiyi son derece hassas bir konuma düşürerek işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakacaktır. Bu maddede düzenlenen özgürlük teminatının anlamlı olabilmesi için, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin istisnai, objektif gerekçesi olan ve mutlak surette gerekenden daha uzun süreli olmaması gerektiği her zaman hatırdta tutulmalıdır¹³¹.

Madde aynı zamanda pozitif yükümlülükler içermektedir. AİHM, hürriyetinden yoksun bırakılan kişiler açısından, makul alıkonulma şartlarının oluşturulmasında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu içtihat¹³² yolu ile geliştirmiştir. Alıkonulan kişilere yeterli tıbbi imkanların sağlanması da gerekmektedir¹³³.

¹²⁸Emniyet Genel Müdürlüğü, **Polis Uygulamalarıyla İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Özetleri-II**, Ankara, 2013, s. 146.

¹²⁹ Steven Greer, **The European Convention on Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.249.

¹³⁰Clare Ovey and Robin White, **The European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 4th ed., 2006, p.122.

¹³¹Monica Mocavei, **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No.5, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 6.

¹³² Bu konuda bkz. Hurtado/İsviçre, 28.01.1994, No. 17549/90.

¹³³Hayri Keser, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Devletin Pozitif Sorumlulukları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014. s. 116-117.

Bu madde iki grup hükmü içerir. Bunlardan biri “kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tanınması”, diğeri de, “kişi özgürlüğü ve güvenliğini korumak için alınan önlemler” yani, öngörülen “güvenceler” dir. AİHS md. 5’in amacı, bireyi, keyfi olarak özgürlüğünün sınırlanmasına karşı korumaktır.

AİHS, özgürlük ve güvenlik hakkını şu şekilde düzenlemektedir: “ Herkesin özgürlüğe ve güvenliğe hakkı vardır. Hiç kimse belirtilen haller ve yasal yollar dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Burada *kişi özgürlüğü hakkı*, kişilerin fiziksel ve bedensel özgürlüğünü içermektedir. Kişi güvenliği hakkı ise, kişilerin fiziksel/bedensel özgürlükten mahrum bırakılması durumunda sahip oldukları hakları kapsamaktadır. Dolayısıyla AİHS’deki *özgürlük* ve *güvenlik* kavramları, birbirinden bağımsız olmayıp, birbirini tamamlayıcı kavramlar olarak ele alınmalıdır. Burada ayrıca şunu da ifade etmemiz gerekir: İşkenceye maruz kalmama hakkı mutlak ve sınırsız iken, özgürlük ve güvenlik hakkı, mutlak ve sınırsız hak olmayıp belli bazı durumlarda sınırlamalara tabidir¹³⁴.

Tüm özgürlüklerin temelinde bulunan kişi özgürlüğünün sağlanıp korunmasına ilişkin hükümler, önemleri nedeniyle, bütün insan hakları bildirileri ve bunların peşi sıra ulusal anayasaların temel hükümlerinden birini oluşturmuştur. 1. fıkranın ilk cümlesi, benimsenen ana kuralı koymaktadır. İkinci cümlede ise söz konusu özgürlüğün mutlak olmayıp, sonraki bentlerde, sınırlı sayım yolu ile belirtilen nedenlerle sınırlanabileceği söylenmektedir. Bu bağlamda AİHS 5. maddesi bağlamında kişi özgürlüğünün içeriği bireyin fizik yahut beden özgürlüğü; diğeri bir deyimle, bir yere kapatılmaması, tutulu (yakalama, gözaltı vb.), veya (yargıç kararıyla) tutuklu bulunmaması hakkıdır¹³⁵. İster özgür, ister (yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan gibi) özgürlüğü kısıtlanmış herkes bu haktan mutlak bir şekilde yararlanır.

Her ne kadar AİHS md. 5/1’ de, *kişi özgürlüğü ve güvenliği* birlikte garanti edilmiş ise de, 2. cümleden ve müdahale koşullarına yer veren izleyen fıkralardan, AİHS md. 5’in, yalnızca yakalama ve tutuklama bakımından geçerli olduğu, yani

¹³⁴Karaosmanoğlu, a.g.e., s. 254.

¹³⁵Gözübüyük, Avrupa..., a.g.e., s. 221.

yalnızca hareket özgürlüğünü garanti ettiği sonucu çıkmaktadır. Güvenlik kavramı, bunun yanında kendine özgü bir anlama sahip olmayıp, özgürlük kavramıyla bağlantılı olarak anlaşılmalıdır. Bu güvence ise, mutlak bir hakkı ifade etmektedir. Zira ister özgür, ister (gözaltına alınan, tutuklanan veya hükümlü gibi) özgürlüğü kısıtlanmış herkes bu haktan yararlanır ve kendi rızasıyla bu haktan vazgeçemez. Bu yüzden Sözleşme'nin 5. maddesinde, kişi özgürlüğünün keyfi sınırlamalara korunması düzenlenmiştir. Özellikle kamu düzeninin korunması için suçların kovuşturulup cezalandırılmasını sağlama zorunluluğu nedeniyle kişi özgürlüğü kısıtlanabileceğinden, 5. madde de hangi hallerde özgürlüğün kısıtlanabileceğinin listesi verilmiş, kişileri keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı koruyan kurallar konulmuştur¹³⁶.

Sözleşme bakımından özgürlük ve güvenlik hakkının öznesi “birey”dir. Sözleşme’de hakkın öznesi bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Özel bir rejime tabi tutulan silahlı kuvvetler mensupları da dahil olmak üzere bu haktan herkesin yararlanabileceği AİHM içtihatlarıyla açıkça ortaya konulmuştur¹³⁷. Maddenin 1. fıkrası “her ferdin” deyimini ile başlayıp “hiç kimse” diye devam ettiğinden dolayı kişisel durumu ne olursa olsun (çocuk, ergin, serbest kişi ya da tutuklu, hasta ya da sağlıklı, vs.) herkes bu hakkın yararlanıcısıdır¹³⁸.

5. maddede belirtilen *özgürlükten yoksun bırakma* deyimini, sadece gözaltına alma ve tutuklama olarak nitelendirilmemelidir. Mahkeme ve komisyona yapılan başvurulardan, bu kavramın daha geniş bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu hüküm, sadece ceza hukuku anlamında değil, tanığın duruşmada hazır bulundurulması, babalık davasında kan alınmasının sağlanması, psikiyatrik bir muayenenin yaptırılması gibi özel hukuk kapsamındaki özgürlükten yoksun bırakılma hallerinde de uygulama alanı bulmaktadır¹³⁹.

Bireyin AİHS 5. maddesindeki haklarından yoksun bırakıldığına karar verebilmek için öncelikle bireyin özgürlüğünden mahrum bırakıldığıнын saptanması gerekir. Bu hükmün gereği olarak birey keyfi olarak yakalama gözaltına alma ve

¹³⁶Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s. 278.

¹³⁷Serhat Altınkök, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Ankara: Orion Kitabevi, 2015, s. 72.

¹³⁸Gözübüyük, Avrupa..., **a.g.e.**, s. 222.

¹³⁹Sarıgül, **a.g.e.**, s. 34.

tutuklanmaya karşı korunmalıdır. Pek çok olay göstermektedir ki bunun uygulanabilirliği aslında kolaydır. Karakolda, cezaevinde veya akıl hastanesinde kilit altında tutulmak bireye elbette ki maddi manevi acı verir. AİHM'nin önüne gelen örnek olayda öncelikli mesele kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığının doğrulanamamasıdır. Bu durum meselenin esasına girmeyi de engellemektedir¹⁴⁰.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 5. madde ile sözleşmenin diğer hükümleri arasında ve bilhassa 6. madde arasında yakın bir ilişki vardır. Kişinin makul bir süre içerisinde adil bir şekilde yargılanmasını öngören 6. madde 5. maddeyi tamamlamakta ve böylece bu iki hüküm kişi özgürlüğü ve güvenliği için bir bütün oluşturmaktadır¹⁴¹.

5. madde tarafından düzenlenen “*özgürlük ve güvenlik hakkı*” şüpheliler lehine ve onların özgürlüklerinin devamını sağlayacak çok güçlü bir karine tesis etmektedir. Bu karine bu kişilerin yakalanması ve gözaltına alınmaları, sonrasındaki tutukluluk müessesesinin süresi ve kullanımı açısından önemli yükümlülükler ortaya koymaktadır. Sözleşme md. 5/3 şüphelinin yakalanması ve gözaltına alınmasını takip eden özgürlükten yoksun bırakmanın zarureti bağlamında süratli ve otomatik bir denetim yükümlülüğü tesis eder. Sonrasında gelen md. 5/4 özgürlüğünden yoksun bırakılan bir şahsın özgürlükten yoksun bırakma kararının hukukiliğine, ceza muhakemesi süreci boyunca ve bu sürecin tamamlanması sonrasında, itiraz edebileceği, etkinliğini sağlayacak çok sayıdaki özel koşulu da ihtiva edecek şekilde, samimi bir olanağın mevcudiyetini gerektirir¹⁴².

5. maddede “kişi güvenliği” olarak adlandırılan hakkın sağlanması, yani “kişi özgürlüğü” nün keyfi kısıtlamalara karşı korunabilmesi için bu maddede öngörülen önlemler üç kümede toplanabilir:

1. Kişi özgürlüğüne istisna getirilen kısıtlamaların hukuk güvencesine bağlanması, yani yakalama, tutuklama, gözaltına alma, bir yere kapatma, kısaca bireyi

¹⁴⁰J.G. Merrills, A.H. Robertson, **Human Rights in Europe**, Manchester: Manchester Universty Press, 2001, pp.54.

¹⁴¹ Bozkurt, **a.g.e.**, s. 171.

¹⁴² Jeremy McBride vd., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2008, s. 5.

kişi özgürlüğünden mahrum kılan her tür işlemin hukuka uygunluğu; “keyfilğin önlenmesi anlamında “kişi güvenliği”,

2. Kişi özgürlüğünün kısıtlanması nedenlerinin, maddede, sınırlı sayımla saptanıp belirlenmiş olması ve nihayet,

3. Özgürlüğünden yoksun kılınan bireye tanınan bazı haklar¹⁴³.

AİHM de birçok kararında özgürlük ve güvenlik hakkının önemini vurgulamıştır. Örneğin *Gabor Nagy/ Macaristan* kararında AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin; 2., 3. ve 4. maddeler ile birlikte kişilerin fiziki güvenliğini koruyan temel hakların ilk grubunda yer aldığını ve bu maddelerin başlıca öneme sahip maddeler olduğunu belirtmiştir^{144,145}.

2.2. AİHS Bakımından Özgürlükten Mahrumiyet- Özgürlüğün Sınırlanması Ayrımı

Kişi özgürlüğünden mahrumiyeti (*deprivation of liberty*), gidip gelme serbestisinin kısmen kısıtlanmasından (*restriction of liberty*) ayırmak gerekmektedir. Bu anlamda Divan'a göre hüküm, ancak özgürlükten mahrumiyet, yani kişinin alıkonarak özgürlüğünün tamamen kaldırılması halinde uygulanabilecek, fakat bu özgürlüğün kısmen sınırlanması, kişiyi belli bir yerde oturmaya mecbur tutmak veya bir bölgeye gitmesini yasaklamak gibi hallerde uygulanamayacaktır. Zira bu sınırlamalar özgürlükten mahrumiyet olarak nitelenemez.

AİHM, her somut olayın özelliklerini göz önüne alarak mahrumiyet ile sınırlama arasındaki ayrım konusunda bir sonuca ulaşmaktadır. Birbirinden kolayca ayrılması her zaman mümkün olmayan söz konusu iki durum arasındaki fark, Mahkeme'nin deyimiyle “(...) bir nitelik ve öz farkı değil, bir derece ya da yoğunluk farkıdır¹⁴⁶. Sağlığı korumak için salgın hastalık (karantina) bölgesinden çıkma yasağı yahut kamu

¹⁴³Gözübüyük, Avrupa..., a.g.e., s. 223.

¹⁴⁴Gabor Nagy/Macaristan, 11.02.2014, No. 33529/11.

¹⁴⁵AİHM'nin 5. maddenin ihlaliyle ilgili kararları için bkz. 5.bölüm vd.

¹⁴⁶Ashingdane/ İngiltere Kararı, 28.05.1985, 8225/78.

güvenliği nedeniyle kişinin belli bir yerde oturma zorunluluğu gibi durumları 5. madde kapsamında değil, Sözleşme'ye Ek 4 no.lu Protokol kapsamında düşünmek gerekmektedir¹⁴⁷.

2.3. Özgürlüğün Kısıtlanmasına Getirilen Güvenceler

AİHS madde 5/2 ila 5/5 de düzenlenen özgürlüğü kısıtlanan kişinin hakları ve sahip olduğu güvenceler konunun daha iyi anlaşılabilmesi için “yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin AİHS ve CMK bağlamında ortak hakları” başlığı altında incelenmiştir.

2.4. Özgürlük Kısıtlamasının Yasal Olduğu Haller

AİHS'nin 5. maddesi hükmü mutlak niteliktedir, dolayısıyla herhangi bir genel istisna öngörülemez. Bununla birlikte, bu durumun kapsamı sınırlıdır. Bireyin güvenliği ve özgürlüğüne ilişkin bu hükümde sayılan (AİHS md. 5/1-a-e) durumlarda özgürlüğe kısıtlamalar yapılabilmesi mümkün görülmüştür. Eğer bir özgürlükten yoksun bırakma edimi, bu kategorilerden herhangi birine girmiyor ise, amacı itibarıyla ne kadar “yararlı” olursa olsun 5. madde, 1. fıkra çerçevesinde savunulması mümkün değildir¹⁴⁸.

AİHS'nin 5. maddesi hükmü, kamu düzenini ilgilendiren pek çok durumda, kamu otoritelerinin, örneğin polisin dahil olduğu olaylarda, bilhassa, uygulamada genellikle, tutuklama, durdurma, arama, gözaltına alma gibi sınırlamalarda söz konusu olmaktadır¹⁴⁹.

5. maddenin 1. fıkrasında yer alan özgürlükten mahrumiyet halleri, sınırlı bir sayıdır; birey bu durumlar dışında hiçbir surette özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. Özgürlüğe getirilecek kısıtlamalar istisnai nitelikleri nedeniyle, dar yorumu tabidir (*Wassink / Hollanda* , 27.09.1990, A 185-A, p.24)¹⁵⁰.

¹⁴⁷Sarıgül, a.g.e., s. 36.

¹⁴⁸Karen Reid, **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakları**, çev. Bahar Öcal Düzgören, İstanbul: Avesta Yayınları, 2000, s. 14.

¹⁴⁹Said Vakkas Gözlügül, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 203.

¹⁵⁰Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s. 226.

2.4.1. Kişinin Yetkili Mahkeme Tarafından Mahkum Edilmesi Üzerine Tutulması (md. 5/1-a)

Bireyin hukuka uygun olarak özgürlüğünün sınırlandırılabilceği ilk durum “yetkili mahkeme kararı sonrası tutma” halidir. Yetkili bir mahkeme kararı sonrasında tutma hali Sözleşme’nin 5/1 (a) bendi ve Anayasa’nın 19/2 fıkrasında düzenlenmiştir. Yetkili mahkeme kararı sonrası tutma durumu, Sözleşme ve Türk hukuku bakımından önemli tartışmaları bünyesinde barındırmaktadır. Sözleşmenin 5/1 (a) bendi şöyledir:

“Yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi; ”

AİHS md. 5/1 (a) bendinde öngörülen hal, özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya örneğin, hapis cezasına, yetkili mahkeme tarafından mahkum edilen bireyin hapsedilmesi, yani cezanın yerine getirilmesidir¹⁵¹. Başka bir deyişle kişi yetkili mahkemenin verdiği hapis hükmünün infazı amacıyla yakalanmalıdır. Aksi takdirde bu maddenin özgürlüğün mahrumiyetine tanıdığı meşruluk ortadan kalkar¹⁵².

Sözleşme’nin 5/1 (a) bendinde, bir kişinin ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulabileceği hükmü yer almaktadır. Mahkumiyet kararı sonrası tutma ile kastedilen, bireyin hapsedilmesi (*imprisonment*) olup bu bende göre tutmanın amacı hapis cezasının infazıdır. Madde hükmü ile esas olarak “hukuka uygun mahkumiyet”e değil “hukuka uygun hapsedilme”ye atıf yapılmaktadır. Bu bakımdan kişinin 5/1(a) bendi gereğince tutulması şartı, verilen mahkumiyet kararının hukuka uygun olmasını değil, tutmanın hukuka uygun olmasını gerektirir. Kişi hakkında verilen mahkumiyet kararının hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi bu bendin kapsamına girmemektedir. Benzer şekilde hapis cezasının uzunluğu ve yerindeliği gibi tutmanın esasına ilişkin şikayetler de Sözleşme’nin 5/1 (a) bendi kapsamına girmemektedir.

¹⁵¹Sarıgül, a.g.e., s. 47.

¹⁵²David Harris vd., **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 17.

Anayasa'nın 19/2 fıkrasında da Sözleşmenin 5/1 (a) bendine paralel bir düzenlemeye gidilmiştir. Anayasa'nın 19/2 fıkrasının ilgili bölümü şöyledir.

“...mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi”

Anayasanın 19. maddesinin de tanımlanan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ilk istisnasını teşkil eden bu fıkra, mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi nedeniyle kişinin tutulmasına olanak vermektedir¹⁵³.

Bu aşamada Sözleşme'nin 5/1 (a) bendinde varlığı aranan şartları incelemenin konunun daha iyi anlaşılabilmesi için faydalı olduğu kanaatindeyiz.

2.4.1.1. Yetkili Mahkemenin Mahkumiyet Kararının Mevcudiyeti

Sözleşmenin 5/1 (a) bendine göre kişinin özgürlükten yoksun bırakılabilmesi için öncelikle kişi hakkında yetkili mahkemece verilmiş bir mahkumiyet kararının mevcut olması gerekir. Bir “mahkeme” tarafından verilen ve özgürlükten yoksun bırakmayı gerektiren her türlü “mahkumiyet” kararı, (*conviction*) Sözleşme'nin 5/1 (a) bendinin kapsamına girer. Sözleşme'nin 5/1 (a) bendi kapsamında ulusal hukukta kişinin suçlu bulunduğu “suç” (*offence*) hukuki niteliğini esas alan bir ayırım yapılmamaktadır. Bu bakımdan aralarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın cezai ve disipline ilişkin tüm suçlar bu fıkra kapsamında değerlendirilir. Önemli olan suçun niteliği değil mevcudiyeti ve bu suça ilişkin yaptırımın uygulanmış olmasıdır¹⁵⁴.

Bu bentte geçen “mahkumiyet” terimi, dava mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararını ifade eder; dava mahkemesinin kararından sonra temyiz yargılaması sırasındaki tutma (tutukluluk) dönemi de (a) bendine girer. Mahkumiyet kelimesinin bir önleyici tedbir ya da herhangi bir suç ile ilgili bulunmayan bir güvenlik

¹⁵³Altınkök, a.g.e., s. 168-169.

¹⁵⁴a.g.e., s. 173.

tedbiri anlamında kullanılması ne yorum metoduyla ne de ilgili madde metni ile bağdaşır.

Netice itibariyle “mahkumiyet deyimi”, bir suçun varlığının yasal yoldan saptanması üzerine ilgilinin bu fiilden sorumluluğunun da tespiti ve kendisinin bu nedenle özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya ya da ceza yerine geçen bir emniyet tedbirine çarptırılmış olması yani nedensellik bağıını birlikte içermektedir¹⁵⁵.

Sonradan kararın hatalı olduğunun ortaya çıkması, tek başına özgürlükten yoksun kılmanın Sözleşme’ye aykırı sayılması sonucuna yol açmaz. Bu yüzden, başvurucunun beraat etmesi gerektiği veya hükmedilen cezanın dayandığı olguların gerçeğe uymadığı yönündeki iddiaları dinlenmez. Çünkü AİHM, ulusal mahkeme kararlarının “yerindeliği” yönünde bir inceleme yapmaz¹⁵⁶.

1. fıkranın (a) bendinde geçen “mahkum edilmesi üzerine” deyimi anlamlandırılırken, 6. maddenin 2. fıkrası ile (karinesi) 7. maddenin 1. fıkrası (ceza hükümlü kanunların geçmişe uygulanmaması) hükümlerini gözönünde tutmak gerekir. Ortada yasal yoldan saptanmış bir “suç” yoksa bu fıkradaki anlamında bir “mahkumiyet” de yok demektir¹⁵⁷¹⁵⁸.

Mahkumiyet kararının yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş olması gerekmektedir. Mahkumiyet kararının “*yetkili mahkeme*” tarafından verilmiş olması demek, bu kararı veren merciin yargısal (kazai) nitelik taşıması; yani söz konusu merciin, taraflar ve yürütme organı önünde hem bağımsız ve tarafsız olması, hem de kararın “güvenceli bir yargılama usulü” izlenerek verilmiş bulunması demektir. Bu kapsamda; kolluk, savcı, askeri birlik komutanı ya da idari bir merci tarafından verilen kararlar bu nitelikte değerlendirilmemektedir¹⁵⁹. Ayrıca mahkemeye sağlanan güvencelerin her davada aynı olması gerekmez Mahkemenin, en azından Sözleşmeye uygun yargı geleneğini yansıtan anayasal ve yasal temelde işleyen bir yargı sisteminin

¹⁵⁵Kuzu, **a.g.e.**, s. 180.

¹⁵⁶Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 282.

¹⁵⁷Bu konuda bkz., Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, No. 7367/76.

¹⁵⁸Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 227.

¹⁵⁹**a.g.e.**,

parçası olması da ayrı bir gerekliliktir¹⁶⁰. Sözleşmenin 6. maddesine göre bağımsız ve tarafsız olmayan bir mahkeme tarafından verilen bir mahkumiyet kararına dayanan bir hapislik, 5. maddenin birinci fıkrasının (a) bendine aykırı düşebilir¹⁶¹.

AİHM, mahkemenin yukarıdaki özellikleri taşıyıp taşımadığını, her somut olayın kendine özgü şartlarına göre değerlendirir. *İrfan Bayraktar/Türkiye Davasında* askeri disiplin mahkemesi, sözleşmenin 6. maddesi bakımından incelenmiştir. Mahkeme üyelerinin askeri hiyerarşinin emrine bağlı olmaları, yargı görevini yerine getirirken üst makamlara bağlı olmaları, askeri hiyerarşiye hesap verme zorunluluğundan bağımsız tutulmalarını sağlayacak hiçbir özel güvenceden yararlanamamaları gibi nedenlerle tarafsızlık ve bağımsızlıktan yoksun oldukları kanaatine varılmıştır¹⁶².

2.4.1.2. Tutmanın Mahkûmiyet Kararı Sonrası Olması

Sözleşmenin 5(1) bendinde, kişinin ancak yetkili mahkeme tarafından verilmiş bir “ mahkumiyet kararı” sonrasında (*after conviction*) hapsedilebileceği hükmü yer almaktadır. Mahkumiyet koşulu, “özerk” (autonomous provision/concept) bir anlama sahiptir ve işlendiği kanıtlanan bir fiil nedeniyle *suçluluğun* tespitini ifade eder. Sözleşme’nin 5/1 (a) anlamında “mahkumiyet” kavramından, yasal olarak suç oluşturan bir suçluluğun bildirimini ve bir cezanın verilmesini veya diğer hürriyetten mahrumiyet sonucunu doğuran tedbirleri anlayabiliriz. Dolayısıyla suç işlenmesini önlemek için önceden tedbir amacıyla gerçekleştirilen tutma ve yargılama öncesi tutma bu kapsamda değerlendirilemez¹⁶³.

AİHM’nin bu sebebe göre yaptığı inceleme, kural olarak, ulusal mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararlarının veya cezanın iç hukuka uygunluğunu değil, mahkumiyet kararından sonra tutulmayı (hapisliği) kapsamaktadır; ceza süresinin uzunluğu da bu bent bakımından yapılan incelemenin dışındadır. Bu bent içindeki mahkumiyet kararından “sonra” sözcüğü, hapisliğin sadece zaman bakımından sonra gelişini değil, ama daha çok hapisliğin mahkumiyet kararına dayanmasını ifade eder. Bu

¹⁶⁰Altınkök, a.g.e., s. 174.

¹⁶¹Osman Doğru, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”, **TBB Sempozyum**, Ankara: TBB Yayınları: 72, s. 224.

¹⁶²Sarıgöl, a.g.e., s. 48-49.

¹⁶³Altınkök, a.g.e., s. 177.

hüküm, bir kimsenin bir mahkeme kararıyla mahkum olmasından sonra, bu karara dayanarak, tecil edilmiş cezanın veya şartlı tahliyeden sonra kalan sürenin infazı gibi, bir kararın tutulması olaylarına uygulanır¹⁶⁴.

2.4.1.3. Usulüne Uygun Hapsedilme

5. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde geçen bir diğer kavram ise; özgürlüğün kısıtlanmasının “*usulüne uygun*”, bir başka deyişle hukuka uygun, olması gerektiğidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; mahkumiyet kararının değil, alıkoymanın hukuka uygun olmasının Sözleşme organları tarafından denetlenmekte olduğudur¹⁶⁵.

Mahkumiyet kararı sözleşme’ye taraf olan ya da olmayan bir ülkede, yabancı bir mahkeme tarafından da verilmiş olabilir. 5 madde 1. Paragraf (a) fıkrası hükümlerinin uygulanabilmesi için önemli olan, hüküm giyen kişinin cezasını Sözleşme’ye taraf olan bir ülkede çekmesidir. Mahkumiyet kararının yabancı mahkemeler tarafından verildiği davalarda “yeterli hukuki teminat” meselesi *Drozd ve Janousek/Fransa ve İspanya* davasında gündeme gelmiştir. Bu davada AİHM, Sözleşme’ye taraf olmayan bir ülkenin mahkemeleri tarafından verilen bir mahkumiyet kararı “açık bir şekilde mahkemenin dava hakkında karar vermektan imtina etmesi” neticesinde verilmediği sürece, bu mahkumiyetin yerine getirilmesinin, 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası kapsamında değerlendirileceği kararına varmıştır¹⁶⁶.

Başka bir ülke mahkemesince verilen mahkumiyet kararının adil bir yargılanma sonucu verilmediği açıkça belli ise bu takdirde bu karara dayanarak kişinin özgürlüğünün kısıtlanması 5/1 (a) kapsamına girmez.

2.4.2. Mahkeme Kararına ya da Yasal Yükümlülüğe Uymama Nedeniyle Tutma

Sözleşme’nin 5. madde 1. paragraf (b) fıkrasında, “bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir

¹⁶⁴Doğru, a.g.e., s. 221.

¹⁶⁵Sarıgül, a.g.e., s. 52.

¹⁶⁶Mocavei, a.g.e., s. 42.

yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için ...” bir kimsenin yakalanması ve alıkonulmasına müsaade edilmektedir. Yakalama veya alıkoyma halinin ortaya çıkmasına sebep olan birinci durum, örneğin, kişinin mahkemece tayin edilen bir para cezasını ödememesi, bir tıbbi muayene bedelini karşılamaması, tanık olarak mahkeme huzuruna çıkmaması, ikametle ilgili kısıtlamalara uymaması ya da mal beyanında bulunmaması olabilir. Her halükarda, bu tür bir yükümlülüğün mahkemenin yasal kararından kaynaklanması gerekir. *Slavomir Berlinski/ Polonya* davasında AİHM başvuru sahibinin zorunlu olarak bir akıl hastanesine kapatılmasının, söz konusu kişi hakkında yürütülen cezai takibat kapsamında, cezai sorumluluğun tespit edilmesi için akli durumunun tetkik edilmesi doğrultusundaki mahkeme kararını uygulayabilmek için gerçekleştirildiğini belirlemiştir. Kişinin alıkonulmasını mahkeme kararıyla gerçekleştiğini tespit ettikten sonra AİHM, hukuka uygunluk şartını incelemiş ve hastanede alıkoyma halinin kanunen tanımlanmış usule uygun olduğunu ve keyfi bir uygulama olmadığını tespit etmiştir¹⁶⁷.

Bu bentte sözü edilen mahkeme kararı, esas hakkındaki mahkumiyet hükmü dışındaki veya öteki bentlerde belirtilenlerden başka kararlardır. Bunlar arasında, mahkemenin yargılama düzenini korumak ya da görevin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile verdiği: örneğin, duruşmaya gelmeyen ya da gelip de konuşmayan tanığa yahut duruşma da düzeni bozan sanığa verilen disiplin cezası niteliğindeki tutuklama ya da hapis kararı gibi kararlar yer alır¹⁶⁸. Bu tür kararlara “inzibati müeyyide” demek de mümkündür. Keza bir hukuk mahkemesi tarafından verilen bir kararın yerine getirilmesini sağlayacak, bir anlamda, baskı tedbiri niteliğindeki hapis kararlarını da bu hüküm çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Nafaka borcunun ödenmemesi veya ayrılan eşin çocuğunun görmesine izin verilmemesi yahut mahkemece istenen kan ya da DNA testini veya mal beyanını ret gibi¹⁶⁹.

Hükmün göndermede bulunduğu ulusal *mahkeme* kavramı, daha önce belirttiğimiz gibi, bağımsız, tarafsız ve AİHM 6. maddesinde çerçevesi çizilen adil yargılamayı yerine getirecek güvencelere sahip yargı makamı anlamındadır.

¹⁶⁷Mocavei, *a.g.e.*, s. 45-46.

¹⁶⁸Bu konuda bkz., Lawless/İrlanda, 1.7.1961, s. 47; Mutadis Mutandis Putz/ Avusturya, 22.2.1996, p. 33.

¹⁶⁹Gözübüyük, Gölcüklü, *a.g.e.*, s. 229.

Sözleşme'nin 5/1 (b) bendi suçluların iadesi konularında da gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda hakkında uluslararası yakalama emri (kırmızı bülten) bulunan bir kişi talep eden ülkeye iade edilmek üzere yakalanarak özgürlüğünden yoksun bırakılabilir¹⁷⁰.

Söz konusu maddenin bu bendinde düzenlenen ikinci konu, kapsamı ilk konuya göre daha belirsiz olan, kişinin *kanunda öngörülen yasal bir yükümlülüğü* yerine getirmekten kaçınması halinde yakalanması durumudur.

Sözleşme'nin 5/1(b) bendinin ikinci kısmı, yetkili mercilere (genellikle kolluk kuvvetlerine), yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak (*secure the fulfilment*) amacıyla kişinin yasaya uygun olarak yakalanması ve tutulması yetkisi vermektedir.

Sözleşmenin bu hükmü, yasanın öngördüğü ve yerine getirilmesini emrettiği *belirli ve somut bir yükümlülüğü* yerine getirmek üzere kişiyi özgürlükten yoksun bırakma yetkisi vermektedir. Sözleşmeye göre, bu yükümlülüğün doğrudan kanundan kaynaklanması ve kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmek üzere tutulması gerekmektedir¹⁷¹. Bu bent uyarınca, özgürlükten mahrumiyete, sadece kanunda öngörülen bir “yükümlülüğün güvenliği” için yetki verilmiştir ve tutma cezai bir karakter taşımamalıdır. Alıkonulan kişiye söz konusu yükümlülüğü yerine getirme fırsatı tanınmalıdır¹⁷². AİHM kararlarında¹⁷³, bu konuda yapılacak geniş yorumun (*wide interpretation*) hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır.

*Ciulla/İtalya davasında*¹⁷⁴, başvuru sahibinin alıkonulmasına gerekçe olarak ileri sürülen “davranışını değiştirmek” doğrultusundaki yükümlülük, AİHM tarafından belirli ve somut bir yükümlülük olarak kabul edilmemiştir.

Yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalama ve tutma uygulamasının, söz konusu yükümlülük yerine getirilir

¹⁷⁰Karaosmanoğlu, a.g.e., s. 174.

¹⁷¹Sarıgül, a.g.e., s. 54-55.

¹⁷² Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Seçkin Hukuk, 2013, s. 421.

¹⁷³Bu konuda bkz., Iliya Stefanov/ Bulgaristan, 22.5.2008, No. 65755/01.

¹⁷⁴Ciulla/İtalya, 22.2.1989, No. 11152/84.

getirilmez sonlandırılması gerekmektedir. Zira ilgili kişi tarafından yerine getirilmesi beklenen yükümlülük yerine getirilir getirilmez Sözleşme'nin 5/1 (b) bendindeki tutma nedeni ortadan kalkacaktır¹⁷⁵.

Sözleşmenin 5/1 (b) bendinin ikinci kısmına göre bir tutma, ancak “yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün” daha ılımlı yollar ile yerine getirilmesi mümkün değil ise Sözleşme çerçevesinde kabul edilebilir olmaktadır. Ayrıca söz konusu tutmada “orantılılık ilkesine” göre demokratik bir toplumda söz konusu yükümlülüğün derhal yerine getirilmesini sağlamanın önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir dengenin kurulması da gerekmektedir.

AİHM, *Gatt/ Malta Davasında*¹⁷⁶ yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak ile kişinin özgürlük hakkı arasında adil bir denge kurulması zorunluluğuna işaret etmiştir. Nitekim AİHM, uyuşturucu kaçakçılığında yargılanan başvurucunun konuttan çıkmasına izin verilen saatlere uymadığı gerekçesiyle, ödediği kefalet bedelinin beş yıl hapis cezasına çevrilmesinde bu dengeyi görememiştir. Benzer şekilde, *Nowicka/Polonya davasında*, psikiyatrik muayene amacıyla tutulan başvurucunun muayenesinin ardından hemen serbest bırakılmaması, yükümlülüğün derhal yerine getirilmesi zorunluluğu ile özgürlük hakkının önemi arasındaki denge sağlanamadığı gerekçesiyle, AİHM tarafından Sözleşme'nin 5/1 (b) bendine aykırı görülmüştür.

Kamu hukukundan kaynaklanıyor olsa da akitten doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, 5/1 (b) bendi kapsamına girmez. 4 Numaralı Protokolün 1. Maddesine göre, akitten doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle özgürlükten mahrumiyet yasaktır¹⁷⁷. Yani bu maddeye göre, kişiye kendi ihmal ve kusuru olmaksızın borçlar hukukundan kaynaklanan borcunu ödeyemez duruma düşmesi halinde, hapis cezası verilmesini yasaklamaktadır. Ancak hile ile borcun ifasından kaçınılması halinde bu protokolün sağladığı koruma mekanizması devre dışı kalır.

¹⁷⁵Altınkök, a.g.e., s. 192.

¹⁷⁶Gatt/Malta, 27.7.2010, No. 28221/08.

¹⁷⁷Mocavei, a.g.e., s. 47.

Borcun sözleşmeden doğmadığı durumlar ise, Protokol kapsamında değerlendirilmemektedir. Kişinin borcu sözleşmeden değil; fakat kamu makamının tek taraflı kararından doğmuşsa, bu durumda meydana gelecek ihlallerde hürriyeti bağlayıcı müeyyide ile karşılaşılabilir. Bu duruma adli para cezaları ve vergi cezaları örnek gösterilebilir. İdarenin sahip olduğu kamu kudreti ayrıcalıklarının bir uzantısı olarak kesmiş olduğu idari vergi cezalarının ödenmemesi hali de borç için hapis yasağı kapsamı dışındadır¹⁷⁸.

Bentham/İngiltere Davasında, başvurucunun vergisini ödememesi nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygunluğu tartışılmıştır. Başvurucu, tutmanın yükümlülüğün yerine getirilmesini güvence altına alma amacı taşımayacağını, bu nedenle durumunun Sözleşme'nin 5/1 (b) maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini iddia etmiştir. AİHM, 5/1 (b)'nin uygulanabileceğini, tutmanın amacının yükümlülüğün yerine getirilmesi olduğunu belirtmiş, kanunda öngörülen yasal bir yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınan başvurucunun tutuklanmasında bir ihlalin bulunmadığına karar vermiştir¹⁷⁹.

2.4.3. Suç İşlendiği Hususunda Makul Şüphe Sebebiyle Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Kısıtlanması

Sözleşmenin 5/1 (c) bendi, sadece şüphenin olduğu durumlarda bile suça karşı hareket etme ihtiyacı ile kişilerin normal olarak sahip oldukları kişisel özgürlük talepleri arasında denge kurmayı hedefleyen hükümlerden birini teşkil etmektedir¹⁸⁰. Söz konusu bent ayrıntılı olarak aşağıda açıklanmıştır.

2.4.3.1. Genel Olarak

Sözleşme'nin 5/1 (c) bendine göre, yasanın öngördüğü usule uygun olmak koşuluyla, bir suç işlendiğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlenmesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu

¹⁷⁸Sarıgül, a.g.e., s. 58.

¹⁷⁹Bentham/İngiltere, 10.06.1996.

¹⁸⁰ İlyas Doğan, **İnsan Hakları Hukuku**, Ankara: Astana Yayınları, 2015, s. 516.

kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde yetkili adli mercii önüne çıkarılmak üzere bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması mümkündür.

Madde metnine göre kişinin yakalanmasının meşru olduğu üç durum mevcuttur Bunlar: (1) kişinin suç işlemiş olması şüphesi altında yakalanması, (2) kişinin suç işlemesine engel olunması amacıyla yakalanması ve (3) kişinin suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak amacıyla yakalanması ve ya tutulmasıdır. Kanaatimizce ilk iki sebep açık olmakla birlikte üçüncü yakalama sebebi ilk ikisi kadar net değildir. Zira suç işledikten sonra kaçan bir kişinin birinci sebebe dayanarak da özgürlüğünden alıkonulması mümkündür. Kişinin suç işlemiş olması şüphesinin bir yakalama sebebi olarak kabul edildiği metinde, kişinin suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma amacını bir yakalama sebebi olarak ifade etmek, tekrara düşmek gibi görünmektedir.

Anayasa'nın 19/3 fıkrasında ki düzenleme, Sözleşme'nin 5/1(c) bendindeki düzenlemeye birkaç fark dışında benzemektedir. Anayasa'nın 19/3 fıkrası şöyledir:

“Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.”

Anayasa'da Sözleşme'den farklı olarak kişinin suçluluğu hakkında “makul şüphesiz” yerine “kuvvetli belirti aranmıştır. Bir diğer fark ise AİHM'de özgürlüğün kısıtlanması nedenlerini sayılmamasına rağmen 1982 Anayasa'sı bu nedenleri saymıştır. Ancak bu sayma taahhüdü değildir. Zira maddenin 3. fıkrasında yer alan “veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde” ibaresi ile tutuklama sebeplerinin yasa koyucunun tasarrufu ile genişletilebileceğini anlamaktayız. Fikrimizce bu nedenlerin sınırlı sayıda belirtilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından faydalı olacaktır.

Şüphelilerin ceza adalet sistemi çerçevesinde gözaltına alınması ve tutulması (*detention on remand*) halinin düzenlendiği Sözleşme'nin 5/1 (c) bendinde, sözleşmenin

5/3 ve 6. maddeleriyle birlikte, bir suçlunun soruşturulmasında ve kovuşturulmasında takip edilmesi gereken yol da düzenlenmektedir. Başka bir anlatımla, Sözleşmenin 5/1 (c) bendi ulusal makamlara, sadece ceza yargılaması amacıyla ve madde metninde belirtilen üç durumda bir kimseyi yakalama veya gözaltına alma, gözaltında tutma veya tutuklama gibi işlemlerle özgürlüğünden yoksun bırakma imkanı vermektedir¹⁸¹.

Bu tedbire hangi hallerde başvurulacağı sınırlı sayımla belirtilmiştir. Kişi bu nedenler dışında başka bir sebeple yakalanamaz. Örneğin bu hükme göre, suçluların iadesi sözleşmesi çerçevesinde veya sırf başkaları hakkında bilgi almak amacıyla yakalanarak tutuklanması mümkün değildir¹⁸².

Yakalama ve alıkoyma terimlerinin, Sözleşmenin 5. maddesinin tüm fıkralarında sıklıkla kullanıldığını görmekteyiz. Bu terimler, ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun, Sözleşme açısından kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan yargı gözetimi teminatını, kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşme'nin ihlali anlamına gelir. Bu açıdan, çeşitli süreçlerin ulusal hukukta nasıl adlandırıldığı değil, bu süreçlerle neyin elde edildiği önem taşır¹⁸³.

Sözleşme'nin 5/1 (c) bendinde, özgürlükten mahrumiyet uygulamasının, suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin ya bu tedbiri haklı kılan söz konusu suç işlenmeden önce ya da bu suçu takiben gerçekleştirilebileceğine değinilmektedir. Ancak, bu gerekçenin geçerli olabilmesi için, ulusal kanunlarda bir kişinin özgürlüğünden mahrumiyeti tedbirine zemin teşkil eden bir suç unsurunun bulunması gerekmektedir¹⁸⁴. Bu şart, bir suçun gerçekten işlendiğinin kanıtlanması gerektiği anlamına gelmez; ancak özgürlükten mahrumiyet tedbirinin alınmasına neden olan bu davranışın halihazırda kanunda belirtilen bir suç kapsamına girdiğinin öne sürülebilmesi gerekmektedir.

¹⁸¹ Altınkök, a.g.e., s. 199.

¹⁸² Sarıgül, a.g.e., s. 59.

¹⁸³ Altınkök, a.g.e., s. 194.

¹⁸⁴ Bu konuda bkz. Lukanov/Bulgaristan, 20.03.1997, No. 21915/93.

Bu temel şarta ilaveten iki önemli şart daha bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, şüpheli kişinin yakalanma amacının bu kişinin “yetkili yasal merci” huzuruna çıkarılmak olması, ikincisi ise suçun işlendiğine dair şüphenin “makul” olmasıdır. Bu şartlardan başka, kişinin söz konusu suçtan yargılanmadan önceki özgürlükten mahrumiyetin toplam süresinin aşırı uzun olmamasının sağlanması ile bu esnada salıverilebilmesi ihtimalinin bulunduğu da dikkate alınmalıdır¹⁸⁵.

2.4.3.2. Suç Kavramı ve Kapsamı

Sözleşmenin 5/1 (c) bendi kapsamında kişi özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için; öncelikle kişinin işlediği fiilin suç teşkil etmesi gerekir.

Sözleşmenin 5/1 (c) bendine göre “suç” (*offence*) kavramıyla öncelikli olarak ulusal ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kastedilmektedir. Bu bakımdan bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabilmesi için öncelikle, ulusal hukukta tutma tedbirine zemin oluşturan bir “suç” unsurunun var olması ve söz konusu tutma tedbirinin ceza muhakemesinin yürütülmesi amacını taşıması gerekir.

Bu noktada konunun daha iyi anlaşılabilmesi için “suç” ile ilgili olarak bir tanım yapmanın gerektiği kanaatindeyiz. “Suç” hukuk düzeni tarafından ceza yaptırımına bağlanmış kanuni tiptir. Suçun bu biçimsel niteliğinin yanı sıra anatomik bir yapısı da vardır; yani suç ancak hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketle gerçekleşebilir. Bu nedenle, ceza kanunlarının özel kısımlarında düzenlenmiş suç; tipe uygun, hukuka aykırılık ve kusurluluk niteliklerine sahip bir eylemle ceza normunun ihlali” şeklinde tanımlayabiliriz¹⁸⁶.

AİHM’ye göre, bu bentteki “suç” kavramı özerk (*sui iuris*) bir anlam taşımaktadır ve Sözleşme’nin 6. maddesindeki “ceza gerektiren suç” (*criminal offence*) kavramı ile aynı anlamdadır¹⁸⁷. Ancak muhakemenin doğası ve söz konusu cezanın ağırlığı da bir fiilin suç olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır.

¹⁸⁵Mocavei, a.g.e., s. 25-26.

¹⁸⁶Kayıhan İçel, Feridun Yenisey, **Polis Hukukuna Giriş**, İstanbul: Beta Basım, 1990, s. 7.

¹⁸⁷Bu konuda bkz. Benham/Birleşik Krallık, 10.6.1996, No. 19380/92.

“Suç” kavramı ceza hukuku anlamındaki suçlarla birlikte disiplin suçlarını da içermektedir ve geniş anlamda kullanılmaktadır¹⁸⁸.

2.4.3.3. Kişinin Suç İşlediğine Dair Makul Şüphe

Sözleşme'nin 5/1 (c) bendindeki özgürlükten yoksun bırakma hallerinden birincisi, “suç işlediğinden makul şüphe duyulması üzerine tutma” hükmüdür. Bu hüküm, hem gözaltına alma ve tutma işlemi sırasında ve hem de tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilirken uygulanan bir hükümdür. Makul şüphe Sözleşmede tanımlanmamış; Mahkeme, içtihatlarıyla bu kavramı şekillendirmiştir.

Yakalama, gözaltına alma ve tutuklama için AİHS'ye göre, “*makul şüphe*” bulunmalıdır. Bu anlamda “*makul şüphe*”, söz konusu kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olmasını gerektirir. Neyin makul olduğu, olayın bütün koşullarına bağlıdır. Bu nedenle şüpheye dayanak oluşturan herhangi bir olgu veya bilgi bulunmaksızın kişilerin yakalanması ve tutuklanması AİHS md. 5'in ihlali sonucunu doğurur. Bununla birlikte şüphenin, kamu davası açmayı gerektirecek bir yoğunluğa ulaşmış olmasına gerek yok ise de; ileride mahkumiyete karar verilmesi durumunda, fiilin özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektirecek nitelikte olması şarttır¹⁸⁹. Tek başına suçluluk “ihtimal”i kişinin özgürlüğünün kısıtlanması için yeterli değildir¹⁹⁰. . Nitekim AİHM 4. Daire, 1.3.2001 tarihli *Hüseyin/Devrim Berktaş kararında*, ikinci başvuranın (oğul Devrim Berktaş) yakalanması ve gözaltına alınmasına ilişkin delillerin değerlendirilmesinden, dosyada inandırıcı delillerin mevcut olduğu sonucunun çıkarılmasının mümkün olmadığı; ayrıca yakalama müzakeresi dışında ilgiliye karşı oluşan şüphelerin dayanağı olan diğer bulgular sunulmadığı gerekçesiyle AİHS 5/1 (c) bendinin aradığı asgari koşulların oluşmadığı sonucuna varmıştır¹⁹¹.

Yukarıda belirtilen bentte yer alan, kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphe bulunması sebebiyle özgürlüğünden mahrum edilebileceği ifadesi, yalnızca bu

¹⁸⁸Altınkök, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁸⁹Tezcan, Erdem, Sancakdar, **a.g.e.**, s. 284.

¹⁹⁰Faruk Erem, “İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği”, **TODAİE İnsan Hakları Yılığ**, C.14., 1992, s. 30.

¹⁹¹Berktaş/Türkiye, 1.3.2001, No. 22493/93.

şüphenin mesnetli olduğu ve bu hükmün keyfi olarak uygulanmadığı durumları kapsamaktadır. Şüphe daima geçerli bir sebebe dayanmalıdır.

Sözleşme'nin 5/1 (c) bendi, samimi ve iyi niyetli bir kuşkudan değil “makul şüphe” den söz etmektedir. Bu nedenle davalı hükümetler, özgürlüğü kısıtlanan kişinin suç işlemiş olduğundan makul kuşku duyulduğuna dair Mahkeme’yi en azından ikna edecek bilgi ve olayları göstermelidir¹⁹². Makul şüphe kavramı suç isnadını gerektiren şüphe kadar yoğun değildir. Dolayısıyla makul şüphe için kesin delillin varlığı gerekli değildir.

Wloch/Polonya Davasında AİHM, fiilin suç teşkil etmesi ile makul şüphe arasındaki bağlantıya değinmiştir. Söz konusu davada AİHM tarafından, alıkonulan kişinin aleyhinde ileri sürülen fiil ile bulguların gerçekleştikleri tarihte bir suç teşkil etmediği takdirde “makul şüphe” den söz etmenin mümkün olamayacağı belirtilmiştir¹⁹³.

AİHM makul şüpheyi takdirde her ne kadar yetki sahibiyse de; bu yetki, olayı değerlendiren ulusal yetkili merciler tarafından yapılan durum değerlendirmesinin makul ve geçerli olup olmadığını saptamakla sınırlıdır.

AİHM, *Murray/ Birleşik Krallık Davasında*¹⁹⁴, şüphede dürüstlük ve iyi niyet ilkelerinin aranmasının şüphenin makul olmasında ayrılmaz bir unsur olduğuna işaret etmiştir; ancak söz konusu şüphenin makul olabilmesi için şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerekçelere dayalı bir ilişki olması aranır. Dolayısıyla, söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek fiillere ait kanıt, belge ya da bu tür adli bulgular olması gerekmektedir. Yani, bir kişinin bir suç işlemesinde bir gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da (etnik, dini ya da diğer) önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyet gerçekleştirilemez¹⁹⁵.

¹⁹²Doğru, **a.g.e.**, s. 229-230.

¹⁹³Wloch/Polonya, 19.10.2000, No. 21915/93.

¹⁹⁴Murray/Birleşik Krallık, 28.10.1994, No. 14310/88.

¹⁹⁵Mocavei, **a.g.e.** s. 29.

AİHM bu konu ile ilgili olarak terör olaylarına ayrı bir hassasiyetle yaklaşmaktadır. Buna göre bu tip konularda makullük derecesi adi suçlarda olanlarla kıyaslanmamalıdır. Bu olaylar kendilerine özgü bir anlayışla değerlendirmeye alınmalıdır. Bu nedendir ki, akit devletlerden bir terörist hakkında yakalamayı haklı kılan “makul şüphenin” dayanağı olan, gizli kaynaktan edindiği bilgileri başkalarının can güvenliğini tehlikeye atacak şekilde açıklaması istenemez¹⁹⁶.

Sözleşmenin 5/1 (c) maddesi aynı zamanda polisin “doğrudan doğruya önleyici kolluk görevini” de ilgilendirmektedir. Önleyici kolluk faaliyeti sadece vatandaşların bir suçun kurbanı olmalarını engellemekle kalmaz, suçun işlenmesini önlemekle muhtemel suçlunun toplumdan dışlanmasına da engel olur. Gerçekten kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde, bir suç işlenmiş olmasa bile, polis toplumu tehdit eden bir tehlikeden korumak veya kişinin kendi vücudu ve hayatı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla kişilerin özgürlüklerini kısıtlayabilir.(PVSK md.13,14,17)¹⁹⁷.

Son olarak ekleyelim ki, geçmişte suç işlemiş bir kişinin, “tekrar suç işleyebilir şüpheli kişi” olarak tutuklanması, madde hükmüne aykırıdır; şüphenin somut bir durumdan oluşması gerekir¹⁹⁸.

2.4.3.4. Derhal Yetkili Yasal Mercii Önüne Çıkarma

AİHS 5/1 (c) maddesinde belirtilen sebeplerden herhangi biri nedeniyle, yakalanan ve alıkonulan herkesin, özgürlükten mahrumiyet konusunu incelemek ya da davanın esasına ilişkin bir karar vermek üzere derhal hakim ya da adli görev yapmaya yetkili kılınmış görevli önüne çıkarılması yükümlülüğü getirilmiştir¹⁹⁹. Kişinin özgürlüğünün kısıtlanması, kendisinin yargılamaya yetkili makam önüne götürülmesi içindir.

¹⁹⁶Bozkurt, a.g.e., s. 175.

¹⁹⁷Kuzu, a.g.e., s. 186.

¹⁹⁸Gözübüyük/Gölcüklü, a.g.e., s. 232.

¹⁹⁹Sarıgül, a.g.e., s. 60-61.

Buradaki “derhal” ifadesinin anlamı kanuni süreleri son anına kadar beklemeden gerekli işlemler tamamlanır tamamlanmaz kişinin yargı yetkisi ile donatılmış merciin önüne çıkarılması şeklinde anlaşılmalıdır. Yasal sürelerin aşılmasına zaten AİHS 5. madde izin vermeyip ihlal kabul etmektedir.

Hukuki kesinlik ilkesine aykırı olarak, herhangi bir yargı kararına dayanmayan ve süresi öngörülme­yen tutmalar AİHS 5/1 (c)’nin ihlali niteliği taşıır²⁰⁰.

Bu bentteki “kanunen yetkili makam” (*competent legal authority*) terimi, Sözleşme’nin 5/3 fıkrasındaki “yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisi” (*judge or other officer authorised by law*) terimiyle aynı anlama gelmektedir. Kanunen yetkili adli mercilerin önüne çıkarma amacını taşımayan bir tutma, sözleşmenin 5/1 (c) bendine açık olarak aykırılık (*clear violation*) teşkil eder. Kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacı, Sözleşme’nin 5/1 (c) bendi uyarınca yakalanan ya da alıkonulan herkes için geçerlidir²⁰¹. Buradaki alıkonulma ile ifade edilen ceza yargılama usulünde düzenlenen *yakalama, gözaltına alma ve tutuklama* tedbirleridir.

Özgürlüğünden alıkonulan kişinin derhal yargı yetkisi ile donatılmış yetkili yasal merci önüne çıkarılması zorunluluğu, incelemekte olduğumuz (c) bendi ile birlikte okunması gereken ve bu bent ile bir bütün oluşturan aynı maddenin 3. fıkrası hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Gerçekten 5. maddenin biraz sonra ele alacağımız 3. fıkrasına göre, 1/c bendinde öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklanan herkesin hemen bir yargıç yahut adli görev yapmaya kanunen yetkili diğer bir memur önüne çıkarılması gerekmektedir ve kendisinin (makul bir süre içinde) yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır²⁰².

“Yetkilinin” yargı yetkisine haiz olması şartı, söz konusu “yetkilinin” hem idareden bağımsız hem de tarafsız olması anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım AİHM’yi, bir savcıya, bir şüphelinin yargılanma öncesi alıkoyulmasına devam edip edilmemesine karar verme yetkisi verilmesinin 5. madde 3. paragraf hükümlerine uygun olmadığını

²⁰⁰Harris vd., a.g.e., p.151.

²⁰¹Altınkök, a.g.e., 208.

²⁰²Gözübüyük/Gölcüklü, a.g.e., s. 232.

tespit etmeye yönelmiştir. Bu problem her zaman, savcının –alikoymaya karar veren- daha sonra söz konusu kişinin yargılanmasını da gerçekleştirmesi ihtimalinin olmasıyla ortaya çıkmıştır. AİHM'nin görüşüne göre soruşturma ve yargılamaya ait bu iki işlev aynı merci tarafından yürütülmemelidir. Asıl sorun, savcının daha sonra yargı aşamasında yer alma imkanının bulunup bulunmadığıdır.

Bu durum *Brincat/İtalya Davasında*²⁰³ tespit edilmiş ve AİHM, İtalyan savcının 5. madde 3. fıkrada öngörülen şartları yerine getirmeyerek söz konusu hükmü ihlal ettiğini tespit etmiştir. Bu davada suçlanan kişinin alıkoyulması savcı tarafından onaylanmış ve daha sonra aynı savcı yetkisizlik kararı vererek davayı bir başka bölge savcılığına devretmiştir. AİHM, görüldüğü üzere ilk savcının daha sonra yargılamada görev alabileceği çerçevesinde alıkoyulmaya onay vermesinin tarafsızlığına haklı olarak gölge düşürdüğü ve daha sonrada yetkisizlik kararıyla ilgili olarak da net bir gerekçe ortaya koymadığını vurgulamıştır. Savcının yargılamada yer alan taraflardan biri olmaması tamamen rastlantı eserdir²⁰⁴. Buna rağmen önceden gözaltı kararı veren savcının sonradan yargılamaya dahil olması objektif tarafsızlığın sağlanamayacağı şeklinde yorumlanmıştır.

Yakalama ve tutuklama nedenleri fıkra hükmüyle sınırlandırıldığı için, kişinin belirtilenlerden başka amaçlarla, örneğin sırf kendisinden bazı bilgiler almak amacıyla tutulması sözleşmeye aykırıdır²⁰⁵. *İrlanda/İngiltere Davasında*²⁰⁶, Mahkeme; bilgi toplamak amacıyla gözaltına alınan çok istisnai koşullarda haklı görünebileceğini belirterek, Kuzey İrlanda da hakim olan koşulların bu istisna kategorisine girdiğini belirtmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına izin verilen her üç durumda da amaç, kişiyi yetkili adli mercii önüne sevk etmektir. Yakalama, gözaltına alma ve ya tutuklamadan sonra bu kişi aleyhine ceza kovuşturmasına geçilip geçilmediği hususu ise ayrı bir sorundur. Yani söz konusu kişi hakkında ceza

²⁰³Brincat/İtalya, 26.11.1992, No.13867/88.

²⁰⁴Mocavei, **a.g.e.**, s. 56.

²⁰⁵Sarıgül, **a.g.e.**, s. 63.

²⁰⁶İrlanda/İngiltere, 18.01.1978, No. 25.

kovuşturmasına geçilmemiş olması, yapılan işlemin Sözleşmenin 5. maddesine aykırı olduğu anlamına gelmemektedir²⁰⁷.

AİHM *Erdagöz/Türkiye Davasında*; Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrası (c) bendindeki düzenlemenin, polisin gözaltına alma anında veya gözaltında tutarken, başvurucuya suç isnat etmek için yeterli delil toplamış olmasını gerektirmediğini, gözaltında tutma sırasında sorgulamanın amacının gözaltına almaya sebep olan somut kuşkuğu teyit etme veya çürütme yoluyla soruşturmayı ilerletmek olduğunu belirtmiştir. Böylece AİHM, hakim önüne çıkmadan serbest bırakmanın Sözleşmeyi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır²⁰⁸. Ancak bu düşünceye kısmen katılmaktayız. Özellikle kolluk kuvvetinde, özgürlüğü kısıtlanan kişi hakkında kovuşturma açılmamasının açılması kadar normal olduğu algısı bizi tehlikeli sonuçlara götürebilir. Gerek kolluk kuvveti gerekse yargı merci, kişinin özgürlüğünü kısıtlarken, bu kişi hakkında kovuşturma aşamasına geçilmesinin çok kuvvetle muhtemel olmasını dikkate almaları gerekir. Eğer böyle bir durumun ihtimali zayıf ise soruşturma evresinde kişi alıkonulmamalıdır.

2.4.3.5. Tutma Uygulamasının Kayda Geçirilmesi Zorunluluğu

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma tedbirinin “hukukilik şartını” karşılayabilmesi için bu tedbirin usulüne uygun olarak kayıt altına alınmış (*register*) olması gerekir. Uygulamada özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin *süresi*, tutulan kişinin *kimliği*, bireyin tutulduğu *yer*, tutulma *sebebi* gibi unsurlar, yetkililer tarafından mutlaka kayda geçirilmelidir. Ayrıca tutmanın tarihinin, süresinin, yerinin, tutma nedenlerinin ve tutma işlemini gerçekleştiren görevlilerin isimlerinin kayıtlarda salt olarak yer alması yeterli görülemez. Bu kayıtların gerçek durumu yansıtır nitelikte olmaları da ayrı bir zorunluluktur. Bir kişinin, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı halde bu duruma dair bir kaydın bulunmaması ya da tutulan kayıtların gerçek durumu yansıtmaması özgürlük hakkının ağır bir şekilde ihlali (*grave violation*) anlamına gelir²⁰⁹.

²⁰⁷Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 230.

²⁰⁸Sarıgül, **a.g.e.**, s. 62.

²⁰⁹Altınkök, **a.g.e.**, s. 204-205.

Güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınan bir kimsenin kaydedilmemesi, sözleşmenin 5. maddesindeki haklardan yararlanma imkanını ortadan kaldırır; dahası, gözaltına alınan kimsenin yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğü korunamaz hale gelir. Kişi, kendisini gözaltına alan güvenlik güçlerinin insafına terk edilmiş olur. İşte bu sakıncadan dolayı Sözleşmenin 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 *Kurt/Türkiye Davasında*²¹⁰ belirttiği gibi, bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkar edilmesi bu güvencelerin bütünüyle reddedilmesi anlamına gelir ve Sözleşmenin 5. maddesinin ağır bir biçimde ihlalini meydana getirir.

Bir kimsenin gözaltında kayıp edilmesi halinde, sorumluluktan kurtulmak için, o kimseye ilişkin gözaltı kaydı tutmamak suretiyle gözaltının inkar edilmesi, Mahkemenin önünde birçok davaya konu olmuştur²¹¹.

*Çakıcı/Türkiye Davasında*²¹², başvuruçunun kardeşi Ahmet Çakıcı, güvenlik güçleri tarafından yakalanarak jandarma birimlerinde gözaltında tutulmuş ancak bu durum kayda geçirilmemiştir. Ayrıca şahsın sonraki aşamada nerede bulunduğu ve akıbeti hakkında da resmi kayıt tutulmamıştır. Komisyon bu davada Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçleri tarafından keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığını tespit edip, onun başına gelenler hakkında hükümet tarafından güvenilir ve delile dayanan bir açıklama yapılmadığı sonucuna varmıştır.

Özgürlüğü kısıtlanan kişi üzerinde devletin kontrol sahibi olduğu varsayıldığında, yetkili makamların şahsın nerede olduğu veya akıbeti hususunda açıklamada bulunması zaruridir. Bu nedenle, 5. maddenin yetkili makamların ortadan kaybolma riskine karşı etkili önlemler almasını ve bir kişinin gözaltına alındığı ve o zamandan beri görülmediği iddiasına ilişkin hızlı ve etkin bir soruşturma yürütmesini gerektirdiği kabul edilmektedir²¹³.

²¹⁰Kurt/Türkiye Davası, 25.05.1998, 24276/94.

²¹¹Doğru, a.g.e., s. 191.

²¹²Çakıcı/Türkiye, 08.07.1999, No. 23657/94.

²¹³McBride, a.g.e., s. 34.

Özgürlüğün herhangi bir yazılı kayıt tutulmaksızın kısıtlanması, sadece kayıp ve gözaltında ölenleri gizlemek için değil, salıverilen kişi hakkında yapılan keyfi ve kötü muameleyi de gizlemek amacı taşır. Zira bu gibi iddialara dayanan soruşturmalarda gözaltı kayıtlarının bulunmaması olayın aydınlatılmasının ve dolayısıyla faillerin cezalandırılmasının önündeki en büyük engellerden biridir.

Tutma kaydının hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için tutmanın kayıt altına alınmasının yanı sıra salıverilen kişiye tutulmuş olduğuna dair bir belge verilmesi de gerekir²¹⁴. Ayrıca özgürlükten yoksun bırakmanın kaydının olmasının yanında bu kaydın “ gerçeğe uygun veriler” içermesi de bir başka zorunluluktur. Tutulan kayıtlardaki bilgilerin gerçeği yansıtmaması kaydı anlamsız hale getirecektir. Kayıtlardaki gerçeğe aykırılık, özellikle *tutmanın süresi* bakımından söz konusu olabilmektedir. Bir özgürlükten yoksun bırakma, daha erken bir tarihte başladığı halde kayıtlarda daha sonraki bir tarih veya saat gösteriliyorsa, kayıt altına alınmayan süre *kayıtsız özgürlükten yoksun bırakma dönemi* olarak kabul edilmektedir. Benzer biçimde bir özgürlükten yoksun bırakma aslında daha geç bir tarihte veya saatte sona erdiği halde, kayıtlarda serbest bırakma anı daha erken bir tarih veya saat olarak gösteriliyorsa kayıt altına alınmayan süre kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma dönemi olarak değerlendirilir. Her iki durumda da kayıt altına alınmayan sürenin, AİHM tarafından keyfi olduğu kabul edilmektedir²¹⁵.

2.4.4. Küçüklerin Tutulması

AİHS 5/1(d) bendinde; “bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması” ya da “ yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak tutulmasına ” müsaade edilmektedir.

Bu bentte, çocuklar için öngörülen bir iyileştirme önleminin yerine getirilmesi (özgürlüğü kısıtlayan bir denetim altında eğitim) yahut küçüğün, kendisi konusunda gerekli uygun kararın alınabilmesi amacıyla, yetkili merci önüne götürülmek üzere tutulması söz konusudur. Bu cümleden olmak üzere çocuk, “gözetim altında eğitim”

²¹⁴Bu konuda bkz. Fedotov/Rusya, 07.01.2010, No. 5140/02.

²¹⁵Altınkök, a.g.e., s. 207.

önlemi uygulayan bir kapalı çevre bir kurumda tutulabilecektir²¹⁶. Bu bent küçüklerin ceza muhakemesiyle ilgili olarak gözüne alınmalarına, tutulmalarına veya hapsedilmelerine uygulanmaz; böyle durumlarda bu fıkranın (c) bendi veya (a) bendi uygulanır²¹⁷. Yani çocuklara ilişkin bu özel hükmün varlığı 5. maddenin diğer bentlerinin uygulanmasını ortadan kaldırmaz. Örneğin küçüğün, hakkında verilmiş bir mahkumiyet hükmü halinde veya akli dengesinin yerinde olmaması durumunda 5. maddenin ilgili bentleri uygulama alanı bulur²¹⁸.

Usulüne uygun olarak verilmesi gereken kararın, mutlaka yargı organınca verilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak yargı organı dışındaki bir merci tarafından verilen bir karara dayanılarak küçüğün tutulduğu durumda da Sözleşme'nin 5(4) fıkrası bağlamında, verilen tutma kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacıyla bir yargı organına başvurulabilmesi mümkündür²¹⁹.

Burada küçüğe uygulanacak özgürlüğü kısıtlayıcı önlemin, güdülen amaca uygun nitelikte olması gerekmektedir. Bu nedenle küçüğün özgürlüğünün kısıtlanmasını müteakiben, süratle gözetim altında eğitim altına alınması amaçlanmalıdır. Ayrıca, küçüğe bu önlemin gözetim altında eğitim tedbirine yönelik olarak hazırlanmış ve yeterli imkanların bulunduğu bir ortamda uygulanması gerekmektedir²²⁰.

*Bouamar/Belçika Davasında*²²¹, AİHM başvuruçunun yetişmiş uzman personeli bulunmayan bir cezaevinde diğerlerinden tecrit edilmiş bir şekilde ve hiçbir eğitim programı uygulanmadan tutulmasını Sözleşme 'ye aykırı bulmuştur.

Sözleşme'nin 5/1 (d) bendindeki “küçük” (*minor*) terimi Sözleşme kapsamında özerk bir anlama sahiptir. Avrupa standartları ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 72 Sayılı Kararı'na göre on sekiz yaşından küçük herkes “küçük” olarak kabul edilmektedir. Bir devletin erginlik için on sekizinden daha büyük bir yaş belirlemiş olması halinde ise, on sekiz yaşından büyük kişilerin tutulmasının 5/1 (d)

²¹⁶Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 233.

²¹⁷Doğru, **a.g.e.**, s. 240.

²¹⁸Ovey, Robin, **a.g.e.**, pp. 143-144.

²¹⁹Haris vd., **a.g.e.** p. 152.

²²⁰Sarıgül, **a.g.e.**, s. 74.

²²¹Bouamar, Belçika, 29.02.1988, No. 129.

maddesine uygun olup olmayacağı tartışmalı bir konudur²²². Bizim bu konudaki fikrimiz, bir devletin erginlik yaşını on sekizden daha büyük kabul etmesi halinde bile bu kişiye AİHM 5 /1 (d) bendinin uygulanması yönündedir. Zira söz konusu düzenleme bireyin reşit olmaması nedeniyle kişisel özgürlüğünü daha fazla güvenceye almaktadır. Özgürlükçü bir bakış açısıyla olaya baktığımızda bireyin on sekiz yaşından büyük olup da ulusal yasalarında küçük kabul edildiği durumlarda bu hükümden istifade etmesi yerinde olacaktır.

*Nielsen/Danimarka Davasında*²²³ AİHM, kendi iradesi dışında, ancak annesinin talebi üzerine bir çocuğun psikiyatri hastanesine kapatılmasının özgürlükten mahrumiyet değil, “çocuğun menfaatleri doğrultusunda annesinin velayet hakkından doğan bir sorumluluk” olarak değerlendirmiştir.

Yukarıda belirtilen maddeye göre reşit olmayan bir kişinin alıkoyulmasına ilişkin ikinci gerekçe, “zararlı çevreden uzaklaştırılmasını sağlayarak” çocuğun mahkeme huzuruna çıkarılmasının temin edilmesidir. Ancak bu gerekçe, bir suç işlediğinden şüphelenilen ya da kendisine bir suç isnat edilen küçüklerin alıkoyulmasını kapsamaz. Ancak, psikiyatrik gözlem altındayken ve çocuk hakkında tavsiyelerin bulunduğu bir rapor hazırlama aşamasında suç işlediğinden şüphelenilen bir çocuğun alıkoyulması ya da mahkeme devam ederken küçüğün bir çocuk bakımevine yerleştirilerek bakım altında bulundurulması şeklinde alıkoyulması bu gerekçe kapsamındadır²²⁴.

2.4.5. Kamu Sağlığı ve Kamu Düzenini Korumak Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması

Kamu sağlığı ve kamu düzenini korumak amacıyla özgürlüğün kısıtlanması AİHS 5/1(e) bendinde düzenlenmiştir.

²²²Altınkök, a.g.e., s. 235.

²²³Nielsen/Danimarka, 28.11.1988, No. 10929/84.

²²⁴Mocavei, a.g.e., s. 48.

2.4.5.1. Genel Olarak

AİHS 51/(e) bendinde; bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kişinin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin tutulabilmesine müsaade edilmiştir.

Hükümün amacı, kamu güvenliği ve kamu sağlığının korunması veya suç eğilimine ortam teşkil eden durumların önlenmesidir. Bu hüküm aynı zamanda bireyin kendi geleceğini de korumaktadır²²⁵. Ancak bu bent ile kişinin durumuna uygun bir tedavi hakkı türetilmiş değildir²²⁶.

Sözleşme'nin 5/1 (e) bendine göre tutmanın esas nedeni söz konusu kişilerin “kamu güvenliği için tehlike oluşturmaları ve kendi menfaatlerinin tutulmayı gerektirmesi”dir. Hükümde belirlenen kişiler hakkında alınacak kısıtlayıcı önlemlerin tedavi ya da eğitim amacı gütmesi lazımdır; hükümdeki kavramlar (bulaşıcı hastalık, akıl hastalığı, uyuşturucu bağımlısı ve alkolik) tıbbi açıdan değerlendirilip anlamlandırılacaktır²²⁷.

Mahkemeye bugüne kadar bulaşıcı hastalık taşıyanlarla, alkolik ve uyuşturucu bağımlılarına ilişkin pek başvuru olmamıştır. Yapılan şikayetler daha çok akıl hastaları ve serseriler ile ilgilidir²²⁸.

Anayasa “toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi”ni de kişi özgürlüğü ve güvenliğinin bir süre yoksun bırakılabileceği haller arasında saymıştır (md. 19). Bu düzenleme AİHS'nin 5 /1 (e) bendine karşılığıdır ve esas itibariyle örtüşürler.

²²⁵Sarıgül, **a.g.e.**, s. 76.

²²⁶Reid, **a.g.e.**, s. 52.

²²⁷Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 234.

²²⁸Bozkurt, **a.g.e.**, s. 175.

2.4.5.2. Bulaşıcı Hastalık Yayabilecek Kişilerin Tutulması

AİHM’ye göre bulaşıcı hastalıkların yayılmasının engellenmesi bağlamında, bir kişinin tutulmasının Sözleşme’nin 5/1(e) bendine göre hukuka uygunluğunun belirlenmesinde, (1) bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği için tehlike olup olmadığı ve (2) daha hafif tedbirlerin kamu yararının korunması açısından yetersiz görülerek hastalığın önlenmesi için bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının başvuru son çare olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir²²⁹. Bu iki koşulun bulaşıcı hastalıkların yayılmasının engellenmesi amacıyla tutulan kişinin, tutulma süresi boyunca varlığını devam ettirmesi gerekmektedir. Bu koşulların varlığının son bulunduğu andan itibaren özgürlükten yoksun bırakmanın dayanağı da ortadan kalkmış olacaktır²³⁰.

Ancak nelerin bulaşıcı hastalık olduğu ne Anayasa’da ne de AİHS’de belirtilmiştir. Bunun tespiti için uzmanlarına bırakılmıştır. Ancak kolera veba sarılık vs. gibi hastalıkların bulaşıcı oldukları kamuoyunca bilinmektedir.

2.4.5.3. Akıl Hastası ile Alkolik Madde Bağımlıları ve Serseri Kişilerin Tutulması

“Akıl hastalığı” teriminin nihai bir tanımı bulunmayıp, mevcut araştırmalar ve tedavi şekilleri ile toplumun akıl hastalarına bakışı değiştikçe, kavramın içeriği de değişmektedir. “Akıl hastası” (*a person of unsound mind*) ifadesi de psikiyatrinin sürekli gelişmekte olan bir alan olması nedeniyle hem tıbbi hem sosyal davranış anlamında kesin bir tanımlama yapılmaya müsait değildir²³¹. Ancak bir kişinin görüş ve davranışlarının belli bir toplumda baskın olan görüş ve davranışlardan farklı olması nedeniyle Sözleşmenin 5/1 (e) bendine göre tutulamayacağı da açıktır. Bunun da ötesinde bir kişinin akıl hastası olup olmadığı belirlenirken ilgili ulusal mevzuata ve günün koşullarında mevcut psikiyatrik bilgi ışığında bu mevzuatın nasıl uygulandığına bakılmalıdır²³². Ancak ulusal mevzuatın, akıl hastalıklarını net bir şekilde tanımlaması

²²⁹Bu konuda bkz., Enhorn/İsveç Davası, 25.1.2005, No. 56592/ 00.

²³⁰Altınkök, a.g.e., s. 240.

²³¹Bu konuda bkz. Rakevich/Rusya, 28.10.2003, No. 58973/00.

²³²Mocavei, a.g.e., s. 49.

ya da kategorize etmesi gerekmemektedir. Bu açıdan bir kişinin akıl hastası olması nedeniyle tutulup tutulmayacağına karar verilirken ulusal makamların belli bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Zira özgürlükten yoksun kılınma o kadar ağır bir tedbirdir ki bu tedbir, tutukluluğu gerektirecek bireysel veya kamusal çıkarın korunması için daha az şiddete sahip başka önlemler düşünülüp bu önlemler yetersiz görülmedikçe haklı görünemez²³³.

AİHM *Winterwerp/Hollanda Davasında*²³⁴, akli dengesi yerinde olmayan bir kişinin alıkoyulmasının “keyfi” bir uygulama olmaması için yerine getirilmesi gereken şartları belirtmiştir:

1. Akli bozukluk objektif bir tıbbi uzman tarafından tespit edilmiş olmalıdır.
2. Bozukluğun özellikleri ve derecesi alıkoymayı gerektirecek ölçüde ağır olmalıdır.
3. Alıkoyulma hali yalnızca tıbbi bir bozukluk ve bu bozukluğun şiddeti devam ettiği süreyle kısıtlanmalıdır.
4. Alıkoyulma halinin süresiz olma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, kişiyi salıverme yetkisine haiz bir mahkeme tarafından kişinin durumu düzenli olarak değerlendirilmelidir.
5. Alıkoyma bir hastanede, klinikte ya da bu tür kişileri alıkoyma yetkisine sahip bir diğer kurumda olmalıdır²³⁵.

Zihinsel olarak sağlıksız insanların yararlandıkları temel hak ve özgürlükler ya da kurumlar içinde kötü muameleden şikayetçi olma durumu, diğer özürllülere göre şaşılacak derecede azdır. Bu, muhtemelen, kolayca hırpalanabilecek durumda olan söz

²³³Altınkök, a.g.e., s. 242.

²³⁴Winterwerp/Hollanda, 24.10.1979, No. 6301/73.

²³⁵Mocavei, a.g.e., s. 49.

konusu insan grubunun, şikayetlerini dile getirmede çok ciddi sorunlarla karşılaşılıyor olmasının üzücü bir yansımasından ibarettir²³⁶.

Serseriler hakkında alınacak özgürlüğü kısıtlayıcı önlemlerin amacı suç işleme meylindeki kişinin tehlikeli halini ortadan kaldırmak yani bir iyileştirme önlemi almaktır. Sözleşmede ve mahkemede “serseri” kelimesinin herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Konu milli hukuka bırakılmıştır. Konu ile ilgili olarak Belçika devletinin²³⁷ yaptığı “belirli ikametgahı, geçim vasıtaları ve meslek sanatı olmayan kimselere serseri denir” tanımı benimsenmiş ve bu tanım çerçevesinde makul derecede alınan önlemlerin sözleşmeye aykırı olmadığı belirtilmiştir²³⁸. Serserilerin suç işleme ihtimali diğer kişilerin suç işleme ihtimalinden yüksek bile olsa bu kişiler potansiyel suçlu değildir. Ancak bu kişilerin potansiyel suçlu olarak kabul edilmeleri ve bunun sonucu da sürekli takip, kontrol altında tutulmaları da bir hata olacaktır.

Withold-Litwa/Polonya Davasında, Mahkeme *alkolik* kavramı üzerinde durmuştur. Kararda; tıbben alkol bağımlısı teşhisi konulmamış ancak alkolün etkisi altındayken sergiledikleri tavır ve davranışlar toplum ve kendileri için tehlike oluşturan kişilerin kamu düzeni ya da sağlık durumları ya da kişisel güvenliklerinin korunması gibi nedenler ile kendi yararları doğrultusunda gözaltına alınabilecekleri belirtilmiştir²³⁹.

Yine aynı davada, 5/1(e) bendi çerçevesinde *alkolik* kelimesinin anlamının belirlenmesiyle ilgili olarak AİHM şu kanaate varmıştır: *Tıbben alkolik olarak tanımlanmayan ancak, alkollü iken sergiledikleri tavır ve davranışları kamu düzeni ya da kendileri açısından bir tehlike oluşturan kişiler, kamu düzeni ve sağlık durumları ya da kişisel güvenlikleri bakımından kendilerinin korunması amacıyla gözaltına alınabilirler.*

AİHM ayrıca, ulusal kanunlara göre, sarhoş bir kişi kolluk tarafından bir sağlık kurumuna ya da ikametgahına ulaştırılabiliyorsa, bu alternatif tedbirler dikkate

²³⁶Reid, **a.g.e.**, s. 43.

²³⁷Belçika Ceza Kanunu, m. 374.

²³⁸Bozkurt, **a.g.e.**, s. 178.

²³⁹Sarıgül, **a.g.e.**, s. 80.

alınmaksızın bireyin tutulmasının keyfi bir uygulama olacağından bu yönde bir işlemin sözleşmeye aykırı olacağını belirtmiştir.

2.4.5.4. Sınır Dışı ya da İade Etme Amacıyla Kişinin Tutulması

1. fıkranın (f) bendi, bir kişinin ülkeye usulüne aykırı olarak girmekten alıkoyması ve ya durumun incelenmesi amacıyla yahut hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle, usulüne (hukuka) uygun olarak yakalanması veya tutuklanmasına izin vermektedir. Bu hükme göre, kişi ancak bu amaçlardan birinin gerçekleştirilmesi için tutuklanabilir²⁴⁰. AİHM'nin önündeki davaların çoğu, sınırdışı veya iade için bekleyen kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasıyla alakalıdır²⁴¹.

Bu bentte belirtilen durumlarda başvurulacak yakalama veya tutuklama önleminin hukuka uygun olması, ancak işlemin ulusal/uluslararası hukuka ve Sözleşmeye uygun olması ve de keyfi olmaması halinde mümkündür²⁴². Ancak bu bent Sözleşmeye taraf devletlere, sınırdışı ve geri iade ile ilgili olarak çok da belirgin bir sınır çizmemiştir²⁴³.

Sözleşmenin 5/1 (f) bendi, genellikle hukuka aykırı olarak ülkede bulunan bir kimsenin bir başka ülkeye sınır dışı edilmesi veya kendi ülkesine iade edilmesi kararının uygulanması sırasında tutulmasına yetki vermektedir. Bu konumdaki kimseler, Hükümetlerin aldıkları sınır dışı veya iade kararına karşı iç hukukta yargı yoluna başvurmaları halinde, ulusal yargı yerleri karar verinceye kadar tutulabilirler²⁴⁴.

Mahkeme, *Bozano/Fransa Davasında*²⁴⁵, İtalyan vatandaşının Fransa tarafından İsviçre'ye sınır dışı edilmesini (f) bendindeki "hukuka uygun tutma" ya aykırı bulmuştur.

²⁴⁰Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 235.

²⁴¹Haris vd., **a.g.e.**, p. 159.

²⁴²Sarıgül, **a.g.e.**, s. 81.

²⁴³Merrils J.G.,Robertson A.H., **Human Rights in Europe**, Manchester: Manchester University Press, 2001. p. 71.

²⁴⁴Doğru, **a.g.e.**, s. 243.

²⁴⁵Bozano/Fransa, 18.12.1986, No. 111.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AIHM 5. MADDESİ BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA

3.1. Koruma Tedbirleri

Araştırma konumuz olan yakalama ve gözaltı, iki farklı koruma tedbiri çeşididir. Bu sebepten kavram ayrıntılı olarak aşağıda açıklanmıştır.

3.1.1. Tehlike Tedbiri Kavramı

Koruma tedbiri, Hukukun diğer dallarında da rastlanan bir müessese olup “tehlike tedbirinin” bir çeşididir. Tehlike dediğimiz ve korktuğumuz “zarar ihtimali”ne karşı aldığımız tedbirlere “tehlike tedbiri” adını veriyoruz. Bunlar iki çeşittir. Bir çeşidi uzak tehlikeyi önlemeye çalışır. Bunlara “önleme tedbiri” denir. Türk Hukukunda iletişimin önleme amaçlı denetlenmesi ve önleme araması bu kategoriye örnek olarak gösterilebilir. Yahut tehlike yakındır. Önlemek için çok geçtir. Kendimizi ancak tehlikeli sonuçtan koruyabiliriz. Bunlara da “koruma tedbirleri” denir. Hüküm makamlarının ve özellikle de yargılama makamlarının görevlerini yapmada, yani hüküm vermede kullandıkları “koruma tedbiri”dir. Koruma tedbirini önleme tedbirinden ayıran birinci nokta tehlikenin birinde yakın, diğerinde uzak olmasıdır. Birincilerde bu yüzden derhal, yani gecikmeden bir tedbir alma zorunluluğu vardır. İkinci fark da önleme tedbirlerinden korunacak bir hakkın bulunması şartı arandığı halde, koruma tedbirlerinden, yine gecikmezlik yüzünden hak aranmaması, haklı görünüşle yetinilmesidir²⁴⁶. Kolluğun henüz suç işlenmeden, suçun işlenmesini engellemek için aldığı tedbirler önleme tedbirleridir.

Yakın tehlike yüzünden gecikmeden tedbir almak zorunluluğu muhakemede kendini gösterebilir. Gerçekten olay anındaki durumu mümkün olduğu kadar muhafaza

²⁴⁶Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Seçkin Hukuk Yayınları, 2015, s. 304.

edip geçmişteki olayı hüküm zamanında aynen yaşatabilmek ve hükmü yerine getirebilmek için çeşitli vasıtalarla başvurma zorunlu olabilir. Bu vasıtalar muhakemenin somut olayla temasını kaybetmemesini ve verilecek kararların yerine getirilebilmesini sağlar. İşte muhakeme sonunda somut olaya uygun ve yerine getirilebilir bir hüküm verilebilmesi için zaruri olan ve muhakemeyi muhtemel bir gecikmeye tahammülü olmayan tehlikelerden koruyan bu vasıtalar “tehlike tedbiri”nin “koruma tedbiri” çeşidinden başka bir şey değildir²⁴⁷.

Önce ihtiyaçların zoru ile içtihatla, sonraları yasalarla düzenlenen “koruma tedbiri” Hukukun her dalında söz konusu olabilir. Mesela İdari Muhakemede “yerine getirmenin durdurulması tedbiri”, Medeni Muhakemede “ihtiyati tedbirler” ve “delil tespiti işlemleri” de koruma tedbirleridir. Seçim Muhakemesinde “propaganda konuşmalarında yasaklamalar” da aynı niteliktedir. Uluslararası Muhakeme Hukukunda “*interim measure*” (geçici tedbir) adı verilen de koruma tedbiridir²⁴⁸.

3.1.2. Koruma Tedbirleri ve Muhakeme Hukukundaki Görevleri

Ceza muhakemesi faaliyeti sırasında, birbiriyle uyuşması zor, iki karşıt menfaatin çatışması söz konusu olur. Bunlardan bir tanesi bireysel özgürlüğe ilişkin menfaat; diğeri ise kamunun genel güvenliğine ilişkin menfaattir. Ceza muhakemesi sırasında bireysel menfaat ile kamusal menfaat arasındaki dengeyi sağlamanın en zorlu olduğu kurumlardan birisi de koruma tedbirleridir. Nitekim bu tedbirler aracılığıyla, hala suçsuzluk karinesinden faydalanmakta olan şüpheli veya sanık ile bazı üçüncü kişilerin temel haklarına önemli müdahaleler gerçekleştirilmektedir²⁴⁹.

Menfaatler dengesine ilişkin bu kısa girişten sonra adet olduğu üzere kavramı tanımlamak gerekir. Koruma Tedbirleri, ceza muhakemesinin gecikmeksizin yapılabilmesini, uyuşmazlığın konusunu oluşturan somut olaya uygun bir karar verilebilmesini ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlamaya yönelik tedbirlerdir²⁵⁰. Bir başka deyişle, her biri bir ya da daha çok temel hakka dokunan tedbirlere koruma

²⁴⁷Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Beta Basım, 1989, s. 656.

²⁴⁸**a.g.e.** s. 656-657.

²⁴⁹Hakan, Karakehya, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2014, s. 211.

²⁵⁰Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 216.

tedbirleri denir²⁵¹. Buradaki amaç, ceza muhakemesinin yapılması veya yapılacak muhakeme sonunda verilecek kararların kağıt üstünde kalmaması ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamaktır. Bu tedbirlere, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ve geçici olarak başvurulur. Hepsinin ortak özelliği hükümden önce başvurulması ve bazı temel hak ve hürriyetlere gerektiğinde zor kullanarak müdahaleyi gerektiren kanuni çareler olmalarıdır²⁵².

Koruma tedbirlerinin gerekçesi, yargı sürecinin olması gerektiği gibi işlemesi için zamana duyulan ihtiyaçtır. Cezai işlemlerde zamanın geçmesiyle ilişkili gecikmeler, beraberinde belli riskleri de getirir. Bu riskin üç boyutu bulunmaktadır: 1. Suçun tekrar işlenmesinden kaçınılması; 2. Delillerin bulunması ve korunması; 3. Ne olursa olsun nihai kararlar verilen hükmün yerine getirilmesinin sağlanması²⁵³.

Ceza muhakemesinde de yargılamanın yapılabilmesi veya ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesi amacıyla bazı önlemlere başvurulması gerekebilir. Bu amaçlar arasında, şüpheli kişinin veya sanığın hazır bulunması veya delillerin karartılmamasını güvence altına almak başta gelir. Bu amaçları gerçekleştirme ise ceza muhakemesi sùjelerine, özellikle bir suç işlemiş olmakla suçlanan kişiye ya da eşyaya karşı zor kullanılmasını zorunlu kılar²⁵⁴.

Koruma tedbirleri aynı zamanda doğrudan ve dolaylı olarak delil elde etme yöntemleridir. Delillere ulaşmak ve delillerin karartılmasını önlemek, şüpheli veya sanığın muhakeme sırasında veya hükmün infazı için hazır bulundurulmasını sağlamak üzere bu tedbirlere başvurulabilir²⁵⁵. “Koruma” terimi, tedbirin konusunu oluşturan delili ve elde edilmek istenen bu delilin kaybolmaması amacını ifade eder. Nitekim savcının iddianame düzenlemesi yeterli delil bulunmasına bağlıdır. Delilden kasıt bir olayın mevcudiyeti konusunda kanaat oluşmasına hizmet edecek araçlardır²⁵⁶.

²⁵¹Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 330.

²⁵²Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2013, s. 19.

²⁵³Juan Carlod Da Silva, Albrecht Stange, Mesut Bedri Eryılmaz, **Yakalama ve Gözaltına Alma Tedbirleri Eğitim Modülü**, Ankara: Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi Yayını, 2014, s. 13.

²⁵⁴Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 329.

²⁵⁵Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 268.

²⁵⁶Veli Özer Özbek vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7.b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2015, s. 283.

Türk doktrininde koruma tedbirleri terimi hakkında bir birlik yoktur. Bunlara Taner, ihtiyati tedbir; Erem, usul tedbirleri; Yüce, zorlayıcı önlem; Yurtcan, ceza yargılaması önlemi; Özbek, koruma tedbirleri ve gizli soruşturma tedbirlerine bir üst başlık olarak temel haklara müdahaleler; Tosun, Kunter, Yenisey ve Centel de koruma tedbirleri terimini kullanmaktadır. Kanaatimizce koruma tedbirleri terimi söz konusu hukuki müesseseyi ifade etmek için yeterli değildir. Nitekim burada kanun koyucunun ulaşmak istediği amaç tek başına delillerin korunmasından ibaret değildir. Koruma tedbirleri terimi sadece, elde edilen delillerin korunması ile kaybolmalarının önlenmesi durumunu karşılayabilir. Ancak söz konusu tedbirler, sanığın muhakemede hazır bulundurulmasını temine ve hükmün yerine getirilmesini sağlamaya da yönelik olabilir. Her iki durumda da bir koruma hali yoktur. Meseleye özgürlükçü bir bakış açısıyla baktığımızda söz konusu tedbirlerin hepsinin bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil ettiğini görmekteyiz. Bu sebepten koruma tedbirleri terimi yerine “temel haklara müdahaleler” terimi bu hukuki müesseseyi daha kapsamlı bir şekilde ifade eder niteliktedir. Ancak doktrinindeki yaygın kullanımı nedeniyle biz de çalışmamızda koruma tedbiri terimini tercih edeceğiz.

Koruma tedbirlerinin, doktrinde çeşitli isimler ile nitelendirilmesi, 1412 Sayılı CMUK’un sistemsizliği ile ilgilidir. Oysa 5271 sayılı CMK, açıkça “koruma tedbirleri” başlığı altında ve olabildiğince sistematik bir biçimde konuyu düzenlemiş ve terim karışıklığına son vermiştir²⁵⁷. Biz de, kurumu daha iyi ifade etmesi bakımından koruma tedbirleri terimini tercih ediyoruz.

Öte yandan son günlerde Alman hukukunda koruma tedbirleri terimi yerine *temel haklara müdahale* terimi tercih edilmektedir. Buradaki tartışma, sadece bir terim tartışması olmayıp, içeriği de ilgilendirmektedir. Gerçekten ceza muhakemesinde öyle bazı tedbirler vardır ki, bunlarda zorlama söz konusu değildir. Örneğin haberleşmenin denetlenmesi, postada el koyma, gizli görevli kullanma, optik ve akustik gözetleme gibi tedbirler, bireyde bir zorlama etkisi uyandırmadığı halde, onun temel haklarına müdahale olarak ele alınır. Öte yandan her koruma tedbirinin anayasal haklara müdahale niteliği taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır²⁵⁸.

²⁵⁷Şahin, a.g.e., s. 268.

²⁵⁸Öztürk, Kazancı, Güleç, a.g.e., s. 19.

Koruma tedbirleri kişilerin Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran tedbirler olduğundan, bu tedbirler yönünden kanunilik ilkesi söz konusudur. Hatta bu tedbirlerden bazıları, kişi hak ve özgürlüklerini diğerlerine nazaran çok daha fazla etkilediğinden, doğrudan doğruya anayasalar tarafından düzenlenmiştir²⁵⁹. Ceza muhakemesi bireylerin hak ve özgürlüklerini ilgilendirmekle beraber, bu özellik koruma tedbirlerinde çok daha ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle, koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemeler bir ülkenin hukuk sistemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir izlenim edinilmesinde birer ölçüt niteliğindedir. İşte bu özelliği dolayısıyla, koruma tedbirlerine ilişkin temel ilkelere anayasalarda da yer verilir. 1982 T.C. Anayasası da bir önceki bölümde izah ettiğimiz gibi bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir (Any. md.19 vd.).²⁶⁰

Koruma tedbirleri, esas itibariyle zorlayıcı tedbirlerdir. Bunların uygulanabilmesi için ilgilinin rızası aranmaz²⁶¹.

Koruma tedbirleri çeşitli temel hak ve özgürlüklere, henüz hüküm verilmeden önce müdahaleyi gerektirmektedir. Kişi özgürlüğü, vücut bütünlüğü, özel hayatın gizliliği, seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi çeşitli temel hak ve özgürlükler koruma tedbirleri yoluyla sınırlandırılabilirler²⁶².

Söz konusu tedbirler, ceza muhakemesi yönünden, sadece bir araçtır; dolayısıyla geçicidir. Nitekim bunlar, esas itibariyle ceza muhakemesinin zarar görmesi tehlikesi söz konusu olduğu durumlarda ve bu tehlike devam ettiği sürece uygulanır. Bazı hallerde bunların süresi açıkça gösterilmiştir. Çalışma konumuz olan “gözaltı”, yakalananın yakalama yerine en yakın yargılama makamına götürülmesi için gerekli süre hariç, kural olarak yirmi dört saati geçemez (CMK. md. 91/f.1). Ancak bu tedbirlerin geçici olduklarının kabul edilmesi için, sürenin açıkça gösterilmiş olması şart değildir. Bir tedbiri haklı gösteren sebeplerin ortadan kalkması halinde, tedbir de sona

²⁵⁹Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 216.

²⁶⁰Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 313.

²⁶¹Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 216.

²⁶²Şahin, **a.g.e.**, s. 267.

erecektir. Örneğin tutuklama kararı verilince yakalama tedbiri, beraat kararı verilince de tutuklama tedbiri sona erer²⁶³.

Nihayet, henüz uyuşmazlığın esasını incelenip çözülmeyen başvurduğu ve dolayısıyla suçluluğu henüz belli olmamış kişilerin hak ve özgürlüklerini sınırladığı için bu tedbirlerin, muhakeme yönünden doğuracağından korkulan zararın ağırlığı ve bunun gerçekleşmesi ihtimalinin yoğunluğu ile orantılı olması da gerekir. Dolayısıyla daha hafif bir tedbire başvurmak suretiyle ulaşılabilecek bir amaç için daha aşırı bir tedbir uygulanmamalıdır²⁶⁴.

Koruma tedbirinin, kanuni dayanak ve koşullarının varlığı, hakim güvencesi, gerekçelendirilebilirliği, ilgili tutanaktaki veriler ve denetlenebilirliği de çok önemlidir. Bunlar yapılmayarak, konu sadece bir hakim veya mahkemenin kararına indirgenirse, bu hukuksal güvence ve korumalar içi boş ve anlamsız hale gelir. Bu ise, bunları hukuka aykırı ve temel hakları ihlal eder bir niteliğe büründürür. Bu durum, sadece konunun aranması gibi önlemler açısından değil, vücuttan kan örneği alınması önlemi dahil tüm ceza muhakemesi önlemleri açısından geçerlidir. Bu güvenceler olmadan, hakim kararının varlığı, anlamsız ve önemsiz hale gelir. Bu nedenle, önlemlere ilişkin kararlar hakim dışındaki mercilerce verilmişse daima; hakim tarafından verilmiş ise itiraz üzerine kontrol edilmelidir. Hakim kararının bulunmaması veya hakim kararına rağmen, önlemin kanuni koşulları, taşımadığının tespiti halinde, elde edilen deliller, hukuka aykırılıkları nedeniyle, değerlendirme dışı tutulmalı ve hükme esas alınmamalıdır²⁶⁵.

Koruma tedbirlerinin pek çok çeşidi vardır. Bunlar yakalama, gözaltına alma, tutuklama, zorla getirme, arama, elkoyma gibi klasik tedbirlerin yanı sıra iletişimin denetlenmesi, teknik araç ile izleme, gizli soruşturmacı, vücudun muayenesi gibi yeni tedbirlerden oluşmaktadır.

Klasik tedbirler olarak niteleyebileceğimiz koruma tedbirleri açık tedbirlerdir; yani tedbire maruz kalan çoğu kere böyle bir tedbire maruz kaldığını bilir. Ancak en

²⁶³ Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 216-217.

²⁶⁴ **a.g.e.**

²⁶⁵ Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 313.

önemlisi tedbire maruz kalan bu tedbire boyun eğme zorunluluğu, yani zorlama hisseder. Araştırma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri bu kapsamdadır. Buna karşılık, gizli soruşturma tedbirlerine maruz kalan, kişi veya kişiler genellikle bu tedbirlere gizlice maruz kalıyor olması bakımından üzerinde bir zorlama hissetmez. Hatta böyle bir tedbire maruz kaldığından haberdar bile değildir. o halde, tedbire anlamını veren onun gizliliğidir ve niteliğini de bu belirleyecektir. İletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlar ile izleme koruma tedbirleri de bu gruba dahildir.

Gizli soruşturma tedbirlerine özellik kazandıran, onu diğer tedbirlerden ayıran “gizlilik”, açıklığın karşıtıdır. Bu tedbirler gizli bir şekilde veri, bilgi ve delil elde etmeyi amaçlar. Örneğin, gizli görevli ilgilileri başka bir kimlik altında gözetler ve delil elde eder. Bu durumda delil elde edilmesinin amacı, şekli ve tarzı arasındaki fark ortaya çıkar. Bu anlamda gizli soruşturma tedbirlerinin ağırlık noktasını yanıltma ve/veya aldatma oluşturur²⁶⁶.

5271 Sayılı CMK'nın Dördüncü Kısmı “*Koruma Tedbirleri*” başlığını taşımaktadır ve en önemli yenilikleri koruma tedbirleri bakımındandır. Her şeyden önce koruma tedbirlerinin sistematik olarak yerleri değiştirilmiştir. Bu değişiklik iki şekilde ortaya çıkmıştır. Öncelikle kişi özgürlüğünü kısıtlayan tedbirlerden başlamak üzere bir düzenleme yapılmıştır. İkinci olarak ise, tedbirler kendi içerisinde, olabildiğince kronolojik bir sıraya göre düzenlenmiştir. Buna göre; yakalama tutuklamadan, arama ise elkoymadan önce gelmektedir. Kişi hakkında öncelikle adli kontrol uygulanacak, bunun mümkün olmaması halinde ancak tutuklanmasına karar verilebilecektir. Kanunda ilk defa yer alan bazı koruma tedbirleri de ilgili oldukları kısımda düzenlenmişlerdir. Koruma tedbirlerinin sonunda, ortak hüküm niteliğinde düzenlemeler yer almış, en sonunda ise, koruma tedbirlerinde tazminat düzenlenmiştir²⁶⁷. İnternet ortamında yapılan yayınlara erişimin engellenmesi ve tanık koruma tedbirleri ise CMK dışında, kendi özel yasalarında²⁶⁸ düzenlenen koruma tedbirleridir.

²⁶⁶Özbek vd., a.g.e., s. 283.

²⁶⁷Şahin, a.g.e., s. 267-268.

²⁶⁸Örnek: 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Hakkındaki Kanunun 8. maddesi vd. ile Tanık Koruma Kanununun 5. maddesi vd. hükümleri.

3.1.3. Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması

Koruma tedbirleri, yöneldikleri değerler, amaç ve uygulandıkları kişiler açısından sınıflandırılabilir²⁶⁹.

Yöneldikleri değerler açısından, koruma tedbirleri, kişilerin vücuduna, özgürlüğüne, özel hayatına, mülkiyet hakkına, zilyetliğine ve konut dokunulmazlığına yönelik olabilir. Vücuda ve özel hayata yönelik koruma tedbirlerine örnek olarak üst arama; özgürlüğe yönelik koruma tedbirleri yakalama ve tutuklama; mülkiyet hakkına ve zilyetliğe yönelik koruma tedbirleri el koyma; konut dokunulmazlığına yönelik olarak koruma tedbirine örnek ise aramadır.

Amaç açısından bakıldığında koruma tedbirleri sanığın muhakemede hazır bulunmasını temine, delilleri korumaya veya hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir. Örneğin, yakalama ve tutuklama bu belirtilen tüm amaçlara yönelik koruma tedbirleridir²⁷⁰.

Alman hukukunda ise koruma tedbirlerin amacı; 1. Sanığın ceza muhakemesinde hazır olmasını güvenceye almak, 2. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyen hususları ortadan kaldırmak, 3. Cezanın infazını olanaklı kılmak olarak kabul edilmektedir²⁷¹.

Uygulandıkları kişiler açısından koruma tedbirleri, şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere yönelik olabilir. Örneğin, telekomünikasyonun denetimi, tutuklama, yakalama, arama, el koyma kural olarak şüpheli veya sanığa; bazı hallerde el koyma ve arama üçüncü kişilere, koruma programı tanığa ve yakınlarına yönelik koruma tedbirleridir²⁷².

²⁶⁹Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 330.

²⁷⁰Hakan Hakeri, Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, 10.b., Ankara: Adalet Kitabevi, 2014, s. 139.

²⁷¹**a.g.e.**

²⁷²Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 330.

3.1.4. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

Koruma tedbirleri, kişinin henüz suçluluğunun kesinleşmemiş olduğu bir aşamada, temel bir hakkının sınırlandırılması gibi ağır bir sonuç doğurur. Bu sebepten yasayla düzenlenmeli , geçici olmalı ve maddi gerçeğe ulaşma amacına araç olmalıdır. Ayrıca koruma tedbirlerinin ayırıcı bir başka özelliği de zorlama niteliğine sahip olmalarıdır. Bu başlık altında koruma tedbirlerinin bahsettiğimiz özellikleri üzerinde durulacaktır.

3.1.4.1. Yasayla Düzenlenmiş Olma

Koruma tedbirlerinin her biri temel bir hakka müdahale niteliğindedir. Temel haklara müdahalenin sınırlarının yasayla düzenlenmesi esastır. Başka bir deyişle temel haklara müdahale ancak kanuni bir düzenleme varsa hukuka uygun sayılabilir. Ceza muhakemesinde yasallık ilkesi, en çok bu konuda ortaya çıkmaktadır²⁷³. Nitekim AİHM'nin koruma tedbirlerini yasal bir düzenleme olmaksızın uygulayan ülkeleri mahkum eden kararları bulunmaktadır.

*Abdolkhani ve Karimnia/ Türkiye Davasında*²⁷⁴, başvuran, gerçekten alıkonulduğunu ve tutukluluğunun iç hukukta herhangi bir yasal dayanağının bulunmadığını ileri sürmüştür. AİHM, başvuranların Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi'ne yerleştirilmeleri sonucu başvuranların özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları kanaatine varmıştır. AİHM, sınır dışı amacıyla tutukluluk kararı verme ve tutukluluk süresini uzatma ve böyle bir tutukluluk için süre koymaya ilişkin usulü belirleyen açık yasal hükümlerin yokluğunda, başvuranların maruz kaldığı özgürlükten yoksun bırakmanın, AİHS'nin 5. maddesi uyarınca "yasaya uygun" olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Yukarıda koruma tedbirlerinin işaret ettiğimiz özelliği nedeniyle, hukukumuzda bütün koruma tedbirleri kanunla düzenlenmiş olup, birçok koruma tedbirleri ile ilgili olarak ayrıca anayasal hükümler de bulunmaktadır. Any. md. 19 vd. gereğince koruma

²⁷³Centel, Zafer, a.g.e., s. 331.

²⁷⁴Abdolkhani ve Karimnia/ Türkiye, 22.10.2015, 30471/08.

tedbirlerinin bir kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Esasen Any. md.13 bunu tüm açıklığı ile düzenlemektedir.

Buna karşılık, AİHM elektronik verilere müdahaleye ilişkin özel elkoyma ve arama yapma düzenlemelerinin bulunmaması durumunda, ulusal hukuka göre bu tür bir genişletici yorum olanaklı olmak kaydı ile elektronik verilerin ele geçirilmesi için ulusal yargı organlarının AİHS md.8'e uygun içtihatları aracılığıyla bu kuralların yorumlanabileceğine karar vererek²⁷⁵, koruma tedbirlerinde kıyası kabul etmiştir ki, koruma tedbirlerinde kıyas yasağı ilkesi gereğince bu kararı kabul edebilmek mümkün değildir²⁷⁶.

Eğer tutuklamanın kanuni dayanağı yoksa kişi kanuni bir dayanak olmaksızın belirli bir süre özgürlüğünden yoksun bırakılırsa veya koruma tedbiri uygulamasına kanunda aranan şartlara aykırı biçimde gidilirse, bu durum AİHS'ye aykırılık teşkil edecektir. Zira AİHS 5. maddesinde “yasada belirtilen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” demek suretiyle yasa ile düzenleme zorunluluğuna vurgu yapmaktadır.

3.1.4.2. Zorlama

Koruma tedbirlerinin esasında zorlama niteliği vardır. Henüz hüküm verilmeden temel bir hakkı sınırlar ve bu çoğu kere tedbire maruz kalan bakımından bir zorlama olarak algılanır²⁷⁷. Ancak bütün koruma tedbirlerinde zor bulunmamaktadır. Örneğin, iletişimin denetlenmesi veya teknik araçlar ile izleme halinde bir zor kullanılması söz konusu değildir. Ancak bunlarda yine koruma tedbiridir.

Aslında bu özelliği, kişi hak ve özgürlüğünün sınırlandırılması ve bunun bazen muhatap kişiyi zorlayarak, cebren uygulanması veya muhatabın bu tedbirde bir zor-cebir algılaması olarak anlamak gerekir. Yakalama, gözaltı, tutuklama vs. zorlama

²⁷⁵Boicenco/Moldava kararı, 11.07.2006, No. 41088/05.

²⁷⁶Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 315.

²⁷⁷Özbek vd., **a.g.e.**, s. 284.

olarak kabul edilirken, iletişimin izlenmesi, teknik cihazlar ile izleme vs. de ise bu zorlamadan ziyade belirli temel hakka müdahalenin varlığı açıkça görülmektedir²⁷⁸.

Zorlama özelliği dışında, koruma tedbirlerinin tümü bakımından ortak iki temel özelliği vardır: Araç ve geçici olma...

3.1.4.3. Araç Olma

Koruma tedbirleri hüküm vermenin bir aracıdır. Yani bir yaptırım değildir. Koruma tedbirleri delillerin bulunması ve eski durumu yaşatmak suretiyle muhakeme sonucunda doğru kararın verilmesine ve hükmün yerine getirilebilmesine imkan vermiş olur²⁷⁹. Başka bir deyişle amaç maddi gerçeğe ulaşmak ve hükmün infazını sağlamaktır. Koruma tedbirleri ise bu amaçlara ulaşmada birer vasıta. Bunlar ceza muhakemesinin hizmetinde olan araçlardır²⁸⁰. Dolayısıyla tek başına bir mana ifade etmezler.

Araç oluş, ayrıca, bir koruma tedbirinin başka bir koruma tedbirine geçişi gerektirmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin yakalama gözaltının, yakalama ve gözaltı tutuklamanın, arama sonucunda elde edilen delillere el konulduğunda, arama el koymanın aracı olmuş olmaktadır²⁸¹.

Dikkat edilmelidir ki, önceki koruma tedbiri hukuka aykırı ise, bu her zaman araç olunan koruma tedbirinin hukuka aykırılığına yol açmaz. Örneğin, yakalama hukuka aykırı ve fakat sonraki gözaltı veya tutuklama hukuka uygun olabilir. Ancak önceki koruma tedbiri hukuka aykırı ise, bundan elde edilen deliller de bu deliller ile başvuru sonraki koruma tedbiri de hukuka aykırı olur²⁸².

Araç oluş, muhakemenin bütünü bakımındandır. Bu şekilde koruma tedbirleri kesin bir şekilde sınıflandırılmamakta, sınıflandırmalar hakim vasıflara göre

²⁷⁸Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 315.

²⁷⁹Özbek vd., **a.g.e.**, s. 284.

²⁸⁰Hakeri, Ünver, **a.g.e.**, s. 140.

²⁸¹Şahin, **a.g.e.**, s. 272.

²⁸²Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 315.

yapılmaktadır. Aynı sebeple bu tedbirlerin değiştirilebilmesi, birinden diğerine geçilebilmesi, bir kaçının bir arada uygulanabilmesi mümkündür²⁸³.

3.1.4.4. Geçici Olma

Koruma tedbirlerinin amaç olmamasının doğal sonucu, bunların aynı zamanda geçici olması, ihtiyaç olduğu sürece bunlara başvurulması ve sonrasında sona erdirilmesidir. Örneğin yakalama yol süresi hariç kural olarak en çok yirmi dört saat devam edebilir. Keza tutuklama içinde azami süreler öngörülmüştür. Bu süreler geçtikten sonra tedbire devam edilmesi, tedbiri hukuka aykırı hale getirir.

Yakalamanın geçiciliğine kanunumuzda da değinilmiştir: “...Herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir.” (CMK md.90/1).

Koruma tedbirlerinin geçici oluşu, bazı defa sadece zamanla sınırlama manasınadır. Örneğin, yakalama en yakın mahkemeye götürülmek için gerekli süre hariç, suçuna göre 48 saatten veya 4 günden fazla sürmeyecek (Any. “2001-4709” md. 19/5, CMK md. 94), sanığın gözlem altına alınması uzatmalarla en çok üç ay devam edebilecektir. (CMK md. 74). Ancak geçicilik sürenin açıkça gösterilmesini gerektirmez. Zira geçicilik, bir tedbiri haklı gösteren sebebin kalkmaması halinde o tedbirin sonlandırılmasını ifade eder. Tutuklama kararı verilince geçici olan “yakalama” tedbiri sona erdiği gibi, örneğin beraat hükmü verilince geçici olan “tutuklama” tedbiri de sona erer.

Geçici oluş bir koruma tedbirinin sadece geri alınabilmesini gerektirmez. Tedbiri haklı gösteren çoğalmasa veya çok defa rastlandığı üzere azalması ile de orantılılık ilkesi gereği, yerini daha ağır veya daha hafif başka bir koruma tedbirine bırakır²⁸⁴.

²⁸³Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 306.

²⁸⁴a.g.e.

3.1.5. Koruma Tedbirlerinin Ön Şartları

İnsan hak ve hürriyetlerini kısıtlayan koruma tedbirlerinin haklı görülebilmesi, temel şartlarda denilebilecek bazı ön şartların gerçekleşmesine bağlıdır:

Kanunlar bu önşartları, çok defa koruma tedbirinin çeşitlerine göre farklı şartlar öngörerek açıkça ararlar. Fakat bunların açıkça öngörülmediği koruma tedbirlerine rastlamak da mümkündür. Bu durum bu tedbirlere bu önşartlar aranmadan başvurulabileceğini göstermez. Zira gözükmeseler de bunlar koruma tedbirinin hukuki temelinde yatmaktadır. Tedbir sadece kanuna değil hukuka da uygun olmalı diğer bir söyleyiş ile haklı olmalıdır²⁸⁵.

Koruma tedbirlerine karar verilebilmesi için CMK'nın aradığı bütün şartların aynı anda bulunması gereklidir. Kanunun emrettiği şartların tamamı olmaksızın uygulanan bir koruma tedbiri, hukuka aykırı uygulanmış demektir.

Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gerekli şartlar, mevzuatımızda her bir koruma tedbiri bakımından ayrı ayrı düzenlenmekle beraber, bütün koruma tedbirleri için varlığı aranan ön şartlar şunlardır:

3.1.5.1. Suç Şüphesinin Bulunması

Şüphenin ansiklopedik anlamı, zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmasında duraksamasıdır. Buna göre, bir kanıyı destekleyen nedenler, karşıt kanıyı destekleyen nedenlerle eşit değerde olunca veya bize eşit değerde görününce, bu değerler arasında seçim yapamaz, ortada kalırız; yani şüphe ederiz²⁸⁶.

CMK'da düzenlenen koruma tedbirleri adli niteliklidir. Başka ifadeyle, bir suç şüphesi ile ilgili olarak uygulanacak tedbirlerdir. Ceza muhakemesinin başlangıcı için gerekli olan şüphe koruma tedbirlerine başvurulabilmesi içinde gereklidir. Nitekim kanunumuz yakalama koruma tedbirinde “suçüstü hali veya tutuklama kararı veya

²⁸⁵Kunter, a.g.e., s. 659.

²⁸⁶Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9.b., Ankara: Seçkin Hukuk Yayınları, 2015, s. 438.

yakalama emri düzenlenmesini gerektiren haller” den bahsederken; gözaltına almada “kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut deliller” den söz etmiştir²⁸⁷.

Muhakemenin her dalında söz konusu olabilen “ihtimal sebepleri” ceza muhakemesinde “suçluluk şüphesi sebepleri” olarak gözüktür ve isnadın esası hakkında bir araştırmayı gerektirir. Bu araştırma elbet ileride mahkumiyet ihtimalinin yüzde yüz olduğunu tespit etmek değildir. Ancak koruma tedbirine başvurulabilmesi için tedbirin korumak istediği durumun ileride gerçekleşeceğinin sadece mümkün olması yetmez. muhtemel görünmesi de lazımdır. Gerçekten muhakeme bir şüphe ve tereddüt safhasıdır. Şüpheden belliliğe gidilmesi, şüphenin yenilmesi, uyuşmazlığın doğrudan doğruya çözülmesi demektir. Hükümden önce alınan koruma tedbirleri bu sebeple isnat olunan suç konusunda belliliğe dayanacak değildir. Ancak bu tedbirlerin alınması için “imkan”dan daha fazla bir şey olan “ihtimal” aranacaktır²⁸⁸.

Yukarıda belirttiğimiz gibi şüphenin ansiklopedik anlamı zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmasında duraksamasıdır. Ceza Muhakemesi Hukukunda söz konusu olan şüphe ise soruşturmanın başında, yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaret iken, soruşturmanın daha sonraki devrelerinde ve kovuşturma evresinde iddiayı destekleyen deliller ile savunmayı destekleyen delillerin yetkililere eşit değerde görünmesinden ve bu yetkililerin bu yüzden savunma veya iddia lehine veya aleyhinde net bir kanıya varamamalarından ibarettir.

Demek oluyor ki, hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde yapılan bir ceza muhakemesinde delil olmadan şüpheden söz edilemez; o halde delil olmadan ceza muhakemesinin çarkları dönmeye başlayamaz; hiçbir ceza muhakemesi işlemi yapılamaz. Çünkü bir ceza muhakemesi yapılmasının ve böyle bir ceza muhakemesinin varlık sebebi suç şüphesidir. Bir hukuk devletinde böyle bir şüphe ancak deliller ile tarif edilebilir²⁸⁹.

Şüphe çeşitlerini ortaya koymak gerekirse konunun iki ana başlık altında incelenme zorunluluğu vardır. Öncelikle ceza muhakemesinde şüphe esas itibarıyla

²⁸⁷Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 316.

²⁸⁸Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 308.

²⁸⁹Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.**, s. 21.

soruşturma evresinin vazgeçilmez bir unsurudur. Kovuşturma evresinde ise amaç bu şüphenin yerini gerçekliğin almasını sağlamaktır. Soruşturma evresinde ise şüphe hem söz konusu evrenin başında (başlangıç ya da basit şüphe) hem de sonunda (yeterli şüphe) bir işleve sahiptir. Bu anlamda soruşturma evresinde amacın başlangıç şüphesinin yeterli şüphe seviyesine çıkartılmak olduğu söylenebilir²⁹⁰.

Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz ve/veya sayıca az olan şüphedir. Başka bir ifade ile bir suçun işlendiği izlenimini veren haldir. Soruşturmaya başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması şarttır. Yani soruşturmanın başlayabilmesi için basit şüphe gereklidir. Belirli olaylara ve belirti şeklindeki delillere dayanmayan ve sadece tahminden ibaret bulunan şüphe soruşturmaya başlanabilmesi için yeterli değildir; yeterli sayılırsa keyfiliğin önlenmesi yeterli olmaz²⁹¹. Basit şüphe soruşturmanın başlaması için yeterli olsa da kovuşturma ve hüküm verilmesi için yeterli değildir.

Yeterli şüphe, yapılacak olan yargılamanın neticesinde şüpheli veya sanığın mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yüksek olması halidir. Mutlaka somut delilin varlığı aranır. Kamu davası açılabilmesi için gereklidir. Gerçekten CMK md.170'e göre, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler²⁹².

Koruma tedbirlerinde geçerli olan şüphe dereceleri ise: kuvvetli şüphe ve kuvvetli şüphe sebepleridir.

Kuvvetli şüphe, yapılacak yargılama neticesinde şüpheli veya sanığın mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olmasıdır. Somut delillerin olayı aydınlatma açısından kesinlik boyutuna yaklaşmasıdır. Yakalama, tutuklama, adli kontrol, gözlem altına alma, arama ve elkoyma kararı için gereklidir.

²⁹⁰ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 285.

²⁹¹ Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.**, s. 22.

²⁹² Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 438.

Kuvvetli şüphe sebepleri ise basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama kuvvetli ve yeterli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlaşılmalıdır. Taşınmazlara hak ve alacaklara elkoyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlar ile izleme için gereklidir²⁹³.

Ancak, arama, elkoyma gibi belli bazı koruma tedbirlerinde, somut olay dikkate alındığında, yeterli şüphe hatta bazen ispatı son derece zor olan istisnai durumlarda, örneğin *organize suçların* söz konusu olduğu hallerde basit şüphe ile de yetinilebilmelidir. Böyle bir düşünce kaynağını oranlılık ilkesinde bulur²⁹⁴.

Diğer taraftan şüphenin derecesi başvurulacak koruma tedbirinin temel hak ve özgürlüklere getirdiği müdahalenin yoğunluğuna göre yasa koyucu tarafından ayrıca belirlenmektedir. Bu anlamda ise şüphenin CMK’da kuvvetli şüphe ve kuvvetli şüphe sebepleri gibi isimler aldığı görülmektedir. Ancak kanunun genelinde bu konuda tam bir yeknesaklığın sağlanabildiğini de söylemek mümkün değildir²⁹⁵.

3.1.5.2. Gecikmede Tehlike Bulunması

Her koruma tedbiri az veya çok da olsa hak ve hürriyetleri sınırlandırır. Muhakeme hukukundaki koruma tedbirleri de, uyuşmazlığın esasını inceleyip, çözmeğe henüz vakit olmadan başvurulmuş tedbirler olduğundan, bu sınırlama, hak ve hürriyetlerden bu fedakârlık, koruma tedbirinin bedeli olarak kabul edilir. Bu bedel ise “tedbire gecikmeden başvurma zorunluluğu veya kısaca gecikmezlik ile haklı görülebilir. Bu önşart çok defa “gecikmede tehlike” (*periculum in mora*) diye ifade edilir²⁹⁶.

Koruma tedbirlerine başvurulmasında zorunluluk bulunmalı, yani tedbire başvurmada zaman kaybı tehlike doğuracak olmalıdır. Gecikmede tehlikeden maksat, tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek; ceza muhakemesinin gerektiği gibi ve amacına uygun biçimde yapılamayacak hatta olanaksız olmasıdır. Örneğin, delil ortadan

²⁹³Özbek vd., a.g.e., s. 285.

²⁹⁴Öztürk vd., a.g.e., s. 439.

²⁹⁵Özbek vd., a.g.e., s.285.

²⁹⁶Kunter, a.g.e., s. 659.

kaldırılabilir veya sanık kaçabilir. Bu da muhakemeyi yapılamaz, hükmü infaz edilemez veya muhakeme masraflarını tahsil edilemez hale getirecektir²⁹⁷. Her somut olayda, gecikmede tehlike bulunup bulunmadığı, olayın özelliklerine göre bu konuda karar verme yetkisine sahip olan *suje* tarafından takdir edilmelidir. Yasa’da bu konuda bazı hallerde bir ölçü belirlenmiş olabilir. Belirli suçların işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde, tutuklama nedeninin var sayılması gibi (CMK md. 100/3)²⁹⁸. Kanunda kullanılan “gecikmede sakınca bulunması” ifadesi de birçok yerde bu hususu ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Gecikmede tehlike önşartını, kanunlar çok defa öngördükleri şartlar için belirledikleri ölçüler ile ararlar. Mesela “ şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular bulunması” gecikmede tehlike olduğunu gösteren ölçülerden biri olarak tutuklama adli koruma tedbirinin şartları arasında gösterilmiştir (CMK md.100/2)²⁹⁹. Kanaatimizce bir diğer tutuklama nedeni olan “ şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme, değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi niteliğinde olduğunu gösteren kuvvetli şüphe oluşturma durumu” da gecikmede tehlike olduğunu gösteren bir diğer durumdur.

Gecikmede tehlike tabiri sanıldığı kadar geniş değildir. Zira hem tehlikenin yakın olması şarttır hem hangi koruma tedbiri için söz konusu ise gecikme ve tehlikesi ona göre hesaplanacaktır³⁰⁰.

Gecikmezlik, koruma tedbirine karar verecek makam tarafından özenle değerlendirilmelidir. Bu konudaki kural bu değerlendirmeyi hakimnin yapması olmakla beraber kanunumuzda bu kurala tutuklama dışında birçok istisna getirilmiştir³⁰¹. Bu istisnalardan bir tanesi araştırma konumuz olan gözaltı koruma tedbirine ilişkindir. CMK 91. maddesine göre; kolluk tarafından yakalanan veya suçüstü halinde yakalanıp kolluğa teslim edilen kişi *savcı* tarafından bırakılmaz ise, gözaltına alınabilir. Yakalama koruma tedbirinde de durum farklı değildir. Yakalandıktan sonra kolluk görevlisinin

²⁹⁷Özbek vd., **a.g.e.**, s. 286.

²⁹⁸Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 332.

²⁹⁹Kunter, **a.g.e.**, s. 660.

³⁰⁰**a.g.e.**

³⁰¹Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 318.

elinden kaçan şüpheli veya sanık ile tutukevinden veya cezaevinden kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında *savcı* ve *kolluk amiri* yakalama emri verebilir (CMK md. 98/2). Ancak temel hak ve özgürlere belki de en yoğun müdahalenin söz konusu olduğu koruma tedbirlerine, hukukçu olmayan kolluk amirlerinin karar vermesi kanaatimizce sakıncalıdır.

Belirtelim ki, bir koruma tedbirine bir hakim veya mahkemenin karar vermesi, onun her halükarda hukuka ve/veya kanuna uygunluğu anlamına gelmemektedir. Bu karar, sadece görünüşte bir kanuna uygunluk için karinedir. Hukuka uygunluk için önemli olan, kararın verildiği ve icra edildiği anda gerek kararın gerek icrasının hukuk kurallarına uygun olması, koruma tedbirinin genel ve özel koşullarını taşımasıdır. Koruma tedbiri sonrasında bir delil veya emarenin elde edilip edilmemesi de hukuka uygunluk açısından bir ölçüt değildir. Koruma tedbirinden ne elde edildiği değil, o tedbire başvurulması kararı ve icrasının hukuka ve kanuni gerekliliklere uygunluğu esastır. Çünkü ceza muhakemesi önlemleri açısından Anayasa'nın gerekli kıldığı gerçekten etkili hukuksal koruma, sadece bu önleme hakim karar vermesi formalitesi değildir³⁰².

Kanun koyucu, koruma tedbirleri ile ilgili olarak gecikmesinde tehlike olan bazı halleri açıkça düzenlemiştir. Örneğin CMK "elkoyma" yetkisini kural olarak yargıca vermiştir. Ancak gecikmede sakınca bulunan hallerde savcının, savcıya ulaşılamazsa kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabilir (CMK md.127 f.1).

3.1.5.3. Görünüşte Haklılık

Koruma tedbiri bir tehlike tedbiri olduğundan bir hakkın tehlikede olmasını gerektirir. Ancak hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması zaman alır ve koruma tedbirindeki yakın tehlike gecikmeye müsaade etmez³⁰³. İçinde bulunulan şartlar nedeniyle koruma tedbirlerinin haklı olup olmadığı ancak muhakeme sonunda belli olur ve haksızlık riski daima vardır. Fakat bu tedbirlerin araç ve geçici olma nitelikleri dolayısıyla, bunlara bu haklılık daha belli olmadan başvurma zorunluluğu

³⁰²a.g.e.

³⁰³Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 308

bulunmaktadır. Bu yönü dolayısıyla, bu tedbirlerin kişilerin hak ve özgürlüklerinin ihlali niteliği taşıdığı açıktır. İşte bu noktadaki muhtemel olumsuz sonuçları önlemek bakımından, bu tedbirlerin en azından başvurulduğu anda haklı görünmesi gerekir. Bu haklılık ise özde değil, görünüşte haklılık olacaktır³⁰⁴. Yani ilk aşamada koruma tedbirinin haklı olmasına değil haklı görüldüğüne bakılacaktır.

Koruma tedbirine haksız olarak başvurulduğu gerekçesiyle AİHM tarafından Devletin tazminata mahkum edilmesi üzerine, koruma tedbirine karar veren kamu görevlisine rücu edilebileceği endişesi yersizdir. Çünkü koruma tedbirinin haksız olması nedeniyle ödenen tazminat dolayısıyla kamu görevlisine rücu, CMK'nın 143/2. maddesinde, kamu görevlisinin ancak bir icrai davranışla görevini kötüye kullanmaktan dolayı (TCK md.257/1) mahkum olması halinde mümkün olabilecektir. Böyle bir mahkumiyet halinde ise, koruma tedbirine başvurmada, en başından itibaren görünüşte haklılık dahi yoktur³⁰⁵.

Koruma tedbirlerinin koşullarından biri, soruşturma veya kovuşturmayaya konu olan suçun işlendiği konusunda belli derecede şüphe bulunmasıdır. Çoğu zaman bu şüphe, “kuvvetli şüphe” olarak belirlenmiştir (CMK md. 74, 100, 116, 128, 133, 135, 139, 140)³⁰⁶. Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüphenin varlığı kabul edilir. Şüphe yanında ayrıca her bir koruma tedbirine hangi şartlarda ve hangi sebeplerin varlığı halinde başvurulabileceği belirtilmektedir. Bütün bu hususlara uygun hareket edildiğinde, görünüşte haklılık zaten gerçekleşmektedir³⁰⁷.

Görünüşte haklılığın değerlendirilmesine, tartışılmasına da imkân tanımak gerekir. Bu nedenledir ki birçok koruma tedbirine muhatabının itiraz etmesi mümkün kılınmıştır³⁰⁸.

Özetle, önleme tedbirlerinden farklı olarak koruma tedbirine başvurulduğu anda, ancak “*görünüşte haklılık*” ile yetinme zorunluluğu vardır: Yani burada, suçu işlemiş

³⁰⁴Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 318-319.

³⁰⁵Şahin, **a.g.e.**, s. 272-273.

³⁰⁶Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 332.

³⁰⁷Şahin, **a.g.e.**, s. 273.

³⁰⁸Hakeri, Ünver, **a.g.e.**, s.142.

olma ihtimali üzerine hareket edilecektir. Kesin haklılık arandığı takdirde, muhakeme tamamlanmadan hiçbir koruma tedbirine başvurulmaması gerekir.

3.1.5.4. Oranlilik (Ölçülülük) İlkesi

Gecikmede tehlike ve haklı görünüş gibi iki değişken temele dayanarak muhakemeyi zarardan korumak amacı ile hak ve hürriyetlerden fedakârlık pahasına bir koruma tedbiri uygulanmasına karar vermek, bir riski göze almak demektir. Böyle bir tedbirin “haklı” dolayısı ile “caiz” görülebilmesi için, bütün tehlike tedbirlerinde olduğu gibi, riski mümkün olduğunca azaltmak, bunun için de amaç ile kullanılacak araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak gerekmektedir. Bunun da anlamı, aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse onun tercih edilmesi, kısaca, gerekenden daha değerli araç kullanılmamasıdır.

Muhakeme hukuku koruma tedbirlerinde amaç, yakın tehlikenin doğurabileceği zarar ihtimalinden yani riskten muhakemeyi korumaktır. Araç ise koruma tedbiri ve dolayısıyla hak ve hürriyetlerde yapılmak zorunda kalınan kısıtlamalardır ki bunu da önleme tedbiri olan sigortadaki prime, bir başka söyleyişle risk karşılığı ödenen bedele benzetebiliriz. Bunların orantılı olmaları, yani aralarında bir uygunluk, bir denge bulunması, yukarıda sözünü ettiğimiz iki değişken temelin, her karar verişte iyice belirlenmesine göre farklı sonuçlar doğurabilecektir. Bu demektir ki bedel, her seferinde, hem tehlikeden daha doğrusu ihtimali bizi korkutan zarardan daha fazla değerli olmamalı, hem de hakkı aramayıp haklı görünüşle yetinerek şüphe sebeplerine baktığımızdan, bu sebeplerin kuvveti ile de bir orantı aranmalı, şüphe sebeplerinin kuvveti azsa, ödenen bedel de az olmalıdır³⁰⁹.

Biz bu nedenlerle, koruma tedbirlerinin bir diğer ön şartı olarak açıkça gösterdiğimiz, “orantılılık” kavramını “hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile bir yandan korkulan zararın ağırlığı, bir yandan da zarar ihtimalinin kuvveti arasında, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili bir denge aranması” diye tarif ediyoruz.

³⁰⁹Kunter, a.g.e., s. 662.

Orantılık ilkesi ile anlatılmak istenen, failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir. Ceza yargılaması bir olayda daha hafif bir önleme başvurarak amacına ulaşabilecekse, bu hafif önlem ile yetinilebilmeli, daha ağır bir önlemden yararlanılmamalıdır. Diğer taraftan, ne kadar ağır bir suç söz konusu olursa, o ölçüde de ağır önlemlere başvurulabilecektir³¹⁰.

Koruma tedbirlerinin vasıta oluş ve gecikmezlik özellikleri bu dengenin zamanla değişmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten orantılılık araştırması sadece tedbire karar verilirken söz konusu değildir. Muhakemenin gidişi şüpheli veya sanık lehine gelişir ve koruma tedbirinin alınmasını gerektiren ihtimalin derecesi ile muhtemel zararın ağırlık derecesi gereken orantılılığın altına düşerse ya tedbir kararı geri alınacak yahut az zarara uygun daha az ağır bir tedbire başvurulacaktır. Muhakemenin gidişi şüpheli veya sanık aleyhine gerçekleştiğinde de daha önce uygun bulunmuş olan koruma tedbiri yerini daha ağırına bırakacaktır³¹¹.

Buraya kadar anlatılanlar özetlendiğinde, koruma tedbiri ile suçun ağırlığı arasında bir oran bulunmalıdır. Bunun takdirini de tedbire karar veren merci yapmalıdır. Ancak istisnai olarak bazı durumlarda yasa da bu oranın bulunup bulunmadığı ifade edilebilir. Örneğin CMK 100/4. maddesine göre; “sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.” Dolayısıyla kanun koyucu bahsi geçen suçlar bakımından tutuklama gibi ağır bir tedbire karar verilmesinin orantısız olacağını açık düzenleme ile hüküm altına almıştır³¹².

3.2. Genel Olarak Yakalama ve Gözaltına Alma

Günümüzde bütün devletler kişinin özgürlüğüne ve güvenliğine saygı gösterme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlük, bireyin keyfi olarak yakalanıp gözaltına alınmamasını da kapsar. Geleneksel Uluslararası Hukukun prensiplerine göre bireyi

³¹⁰ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12.b., İstanbul: Beta Basım, 2007, s. 318.

³¹¹Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 309.

³¹²Karakehya, **a.g.e.**, s. 214.

keyfi olarak yakalanma ve gözaltına alınmamaya karşı koruyacak olan, insan haklarına ilişkin antlaşmaları onaylasın veya onaylamasın devlettir³¹³.

Yakalama ve gözaltına alma hakim kararı olmaksızın kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran koruma tedbirlerinden olmaları nedeniyle anayasalarda, uluslararası bildirilerde ve sözleşmelerde ele alınmış, koşulları belirlenmiştir. İkinci bölümde detaylı bir şekilde üzerinde durduğumuz üzere, **1982 Anayasasının** 19. maddesine göre, herkes *kişi özgürlüğü ve güvenliğine* sahip olup, aynı maddede öngörülen koşullar dışında özgürlüğün kısıtlanması mümkün değildir. **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**'nin 9. maddesine göre de, *hiç kimse keyfi olarak tutulamaz, alıkonulamaz veya sürülemez.*

AIHS ise, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini 5. maddesiyle koruma altına almıştır. Maddenin 1. fıkrasında özgürlüğün kısıtlanabileceği haller sayılmış; yakalama, aynı fıkranın (c) bendinde bu hallerden biri olarak gösterilmiştir. Bu maddeye göre, her bireyin *özgürlüğe ve güvenliğe* hakkı bulunup; aynı maddede belirtilen istisnalar ve kanuni usuller dışında kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

CMK' da yakalama ve gözaltı farklı iki kurum olarak düzenlenmiştir. Buna göre; yakalamayı kural olarak kolluk yapacak, gözaltı kararını savcı verecektir. Öte yandan gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç (en fazla 12 saat) 24 saat olup; toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle gözaltı süresi her defasında ayrı ayrı karar alınmak koşuluyla en fazla 3 gün daha uzatılabilecektir. O halde gözaltı süresi toplam en fazla 4 gündür³¹⁴. Bu konudaki CMK hükümleri AIHS'nin 5. maddesi ile uyumludur.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 127 ve devamı maddelerinde yakalama ve gözaltı koruma tedbirlerinin uygulanabileceği iki durum öngörülmüştür. Bunlardan birincisi bütün vatandaşlar tarafından icra edilebilen yakalamadır. Bunun için suçüstü hali olmalıdır. İlave olarak ya şüphelinin ivedi olarak kimliğini belirleme imkanı

³¹³Lois Leslie, **Pre-Trial Release and the Right to be Presumed Innocent: A Handbook on Pre-Trial Release at International Law**, Vancouver BC: Lawyers Rights Watch Canada (LRWC), 2013, p. 11.

³¹⁴Özbek vd., **a.g.e.**, s. 286.

olmamalı ya da şüphelinin kaçma tehlikesi bulunmalıdır. İkinci durum ise kolluk personeli tarafından kişinin özgürlüğünden alıkonulması halidir. Bunun içinde yakalama emri düzenlenmesini gerektiren haller bulunmalı ve yargı merciine başvurmak için yeterli zaman bulunmamalıdır³¹⁵.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerini 90 vd. maddelerinde düzenlemiştir ve söz konusu hükümler 1412 Sayılı CMUK'dan önemli farklılıklar içermektedir. CMK, “gıyabi tutuklama” kurumuna yurt dışında olan “kaçak”a ilişkin istisna dışında yer vermemiş olmasının bir sonucu olarak, “emre dayalı yakalama” kurumuna yer vermiş ve bunun koşullarını da belirlemiştir³¹⁶.

3.2.1. Yakalama Kavramı

Yakalama bir kişi hakkında yargı merciinden alınmış bir karar olmamasına rağmen geçici olarak tutulması demektir. Tanımı biraz daha derinleştirirsek yakalama; işlenmiş olan bir suçla ilgili olarak sorgulanmak veya bir suçun işlenmesini engellemek amacıyla hukukun gözetimi altında kişinin özgürlüğünden alıkonulmasıdır³¹⁷.

AİHS, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini 5. maddesiyle koruma altına almıştır. Maddenin 1. fıkrasında özgürlüğün kısıtlanabileceği haller sayılmış; yakalama, aynı fıkranın (c) bendinde bu hallerden biri olarak gösterilmiştir.

AİHM'ye göre, hukuka uygun bir yakalamadan söz edilebilmesi için, maddi koşulları bulunmalı ve usulüne uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Ayrıca yakalama, yakalanan kişiyi yetkili bir adli merci huzuruna çıkarmak amacıyla yapılmalıdır. Bu amaca aykırı olan bir yakalama, AİHS'yi ihlâl eder³¹⁸.

³¹⁵Richard Frase, **For Foreign and International Criminal Law**, Freiburg: Max Planck Institute, 2001, pp. 8-9. (Çevrimiçi) <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/frase-endausdruck.pdf>. (Erişim Tarihi: 12.01.2016).

³¹⁶Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 14, S. 1, Yıl 2006, s. 154.

³¹⁷John J. Farmer, **The Criminal Law Digest**, 4.th. Ed., New Jersey: Division of Criminal Justice, Appellate Bureau, 2001, p. 23.

³¹⁸McBride vd., **a.g.e.**, s. 18.

Anayasa ve AİHS’de teminat altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliğine ağır bir müdahale olan yakalama işleminin nasıl ve ne şekilde yerine getirileceğine dair temel ilkeler CMK’nın 90. maddesinde sistemli bir şekilde açıklanmıştır. CMK’nın Dördüncü kısmında düzenlenen ve daha önceki maddede ayrıntıları ile incelenen “Koruma Tedbiri” başlığı altında hükme bağlanan yakalama, hiçbir hakim kararı olmadan özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurması nedeniyle en ağır koruma tedbirlerinden biri sayılır³¹⁹.

Yönetmelikte yapılan tanıma göre yakalama, suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına alınma işleminden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder (YGİY 4).

Yakalamanın amacı sadece Muhakeme Hukuku amacıdır. O halde yakalama ceza olmayıp, vasıtası olduğu tutuklama gibi, muhakeme hukuku işlemidir ve onun gibi bir koruma tedbiridir³²⁰.

Diplomatik dokunulmazlığı olanların 1961 Viyana Sözleşmesi gereğince yakalanmalarının mümkün olmadığı ve bunun yerine “istenmeyen adam” (*persona non grata*) ilan edilmesi usulünün işletilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde istisnası hariç, milletvekilleri de yakalanamazlar (Any. md. 83/2) ³²¹. Bu gibi özellik arz eden durumlar, önemi sebebiyle çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Özellikle gündelik konuşma dilinde yakalananın durumu için bazen “gözaltına alındı” veya “gözaltında bulunduruluyor” denilmektedir. Bu yanlış bir ifade tarzıdır. Zira “gözaltına alma” farklı bir koruma tedbiridir.

Kişi hürriyetinin hakim kararı olmadan sınırlanması demek olan yakalama ancak zorunlu hallerde haklı görülebilir. Geçici özellikte olması da bunun içindir. Yakalanan kimse gecikmeden hakim huzuruna çıkarılacaktır. Hakim tutuklama kararı verirse, yakalama tedbiri sona erecek, tutuklama tedbiri başlayacaktır. Hakim tutuklama kararı

³¹⁹Hüsnü Aldemir, **Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri**, 2.b., Ankara: Seçkin Hukuk, 2014, s. 27.

³²⁰Kunter, **a.g.e.**, s. 704.

³²¹Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 324.

vermezse, yakalanan kimse serbest bırakılacaktır, yani yakalama tedbiri yine sona erecektir³²². İzah ettiğimiz bu durum, yakalamadan ayrı bir koruma tedbiri olan gözaltı içinde geçerlidir. Bu amaçla, kolluk görevlilerince gerçekleştirilen yakama işleminin derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesi ve Cumhuriyet Savcısının emriyle serbest bırakılmadığı takdirde kişinin soruşturmanın tamamlanabilmesi amacıyla gözaltına alınması gerekir.

*Raninen/Finlandiya Davasında*³²³ AİHM, yakalama esnasında güç kullanılmasının gerekli ve zorunlu olduğu hallerde kişiye kelepçe takılmasının AİHS'yi ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Ancak devamında Mahkeme bu Sözleşmeye uygunluk hali için, somut olayda ilgili kişinin yakalanmaya direneceğine, kaçacağına, başkalarını yaralayacağına veya zarar vereceğine inanmak için geçerli bir sebebinin bulunmasının gerekliliğine de işaret etmiştir.

Suçüstü hali dışında, yakalama, soruşturmanın hemen başında ilk başvurulacak tedbirlerden değildir. Gözaltı sürelerinin kısıtlılığı da dikkate alındığında, bunun önemi kolayca anlaşılabilir. Gerçekten kanun, şüpheliyle fiilen temas kurulmadan önce kapsamlı bir delil araştırmasının hukuki altyapısını önemli ölçüde oluşturmuştur. Özellikle bilimsel ve modern yöntemlerle deliller toplandıktan, soruşturma dosyası belli bir olgunluğa ulaştırıldıktan sonra şüphelinin yakalanması ve gözaltına alınması sağlanmalıdır. Aksi durum kişi özgürlüğünü kısıtlamaktadır³²⁴.

Yakalama ve alıkoyma terimleri, Sözleşmenin 5. Maddesinin tüm hükümlerinde sık sık kullanılmaktadır. Bu terimler – ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun – Sözleşmede, temelde kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM, 5. Maddede yer alan yargı gözetimi teminatı şartını kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşmenin ihlâli anlamına gelir. Temel şart, çeşitli süreçlerin ne şekilde adlandırıldığı değil, bu süreçlerde neyin elde edildiği üzerinde durmaktır³²⁵.

³²²Kunter, **a.g.e.**, s. 704.

³²³Raninen/ Finlandiya, 16.12.1996, No. 20972/92.

³²⁴Şahin, **a.g.e.**, s. 276.

³²⁵Mocavei, **a.g.e.**, s. 30.

AİHM’ye göre, hukuka uygun bir yakalamadan söz edilebilmesi için, maddi koşulları bulunmalı ve usulüne uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Ayrıca yakalama, yakalanan kişiyi yetkili bir adli merci huzuruna çıkarmak amacıyla yapılmalıdır. Bu amaca aykırı olan bir yakalama, AİHS’yi ihlâl eder.

AİHM, *Brogan ve Diğerleri/İngiltere Davasında*³²⁶, başvuranların suçlu bulunmaması veya mahkeme önüne çıkarılmaması, yakalanma amaçlarının 5/1 (c) bendine uygun olmadığı anlamına gelmemektedir.

AİHM, kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen yakalama ve gözaltına alma iddialarını, AİHS’ in 5. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. “Gözaltı süresi”ne uyulmamasını da aynı çerçevede ele almaktadır. “Yakalama” ve “gözaltı” sırasında aşırı güç kullanılmasını, 3. madde açısından, ölüm olaylarını ise 2. madde “yaşam hakkı” açısından inceleyip değerlendirmektedir³²⁷.

AİHM, 10 Eylül 2013 tarihli *Fırat/Türkiye Davasında*, çalıştığı hastanede mesai saatleri içerisinde üyesi olduğu sendikaya ilişkin bildiri dağıtan başvurucunun, polis tarafından “bildirilerin içeriğini incelemek” maksadıyla bir saat süre ile alıkoyulmasını yakalama olarak değerlendirmiştir. Olayda başvuran kolundan zorla çekiştirilerek bir odaya konulmuş ve orada bir saat tutulmuştur. Hükümet polis memurlarının PVSK’ dan kaynaklanan yetkilerinden hareketle bildirilerde suç unsuru olup olmadığını tespiti için çalıştıklarını belirtmiştir. Ancak AİHM başvuranın mesai saatleri içinde bildiri dağıtmasının, iç hizmete ilişkin disiplin kurallarına aykırı olabileceğini değerlendirmiştir. Disipline aykırı davranışlar, AİHS md. 5 de kişinin hürriyetini kısıtlama için varlığı aranan suçlardan olmadığı için; olayda yakalanma ve alıkoyma işlemini Sözleşme’nin ihlali olarak değerlendirmiştir.

3.2.2. Yakalamanın Türleri

Yakalamanın iki türü vardır: önleme yakalaması ve adli yakalama.

³²⁶Brogan ve Diğerleri/İngiltere, 29.11.1998, No. 11209/84.

³²⁷McBride vd., a.g.e., s. 38.

CMK’da düzenlenen, adli yakalamadır. Çalışmamızın asıl konusunu adli yakalama oluşturacaktır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için kısaca önleme yakalaması hakkında da bilgi verilecektir.

3.2.2.1. Önleme Yakalaması

Kamu güvenliği ve düzeninin sağlanması ve korunması için başvuru bir tedbirdir. Bu konuda temel düzenlemeler PVSK md.13 (yakalama), md.4/A(durdurma)’dır. Önleme yakalaması yapmak yetkisinin kolluğa verildiği ifade edilmelidir. Kolluk görevlileri idari görevleri kapsamında topluma karşı gelecek tehlikeleri önlemek amacıyla kişi özgürlüğünü kısıtlamaktadırlar. Buradaki amaç kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunmasıdır³²⁸. Ancak bu yakalama türü de kişi özgürlüğünü sınırlandırdığından, eğer önleme yakalaması amacına ulaştı ise kişi derhal serbest bırakılmalıdır. Aksi halde hakim kararı alınması esasen AY. md. 19’un bir gereğidir. Öte yandan önleme yakalamasına maruz kalan kişiye neden yakalandığı, yakınlarına haber verme hakkının bulunduğu söylenmelidir. Nitekim Yönetmelik md. 6/son’a göre muhafaza altına alınan kişiye yakalama sebebi, yakalamaya itiraz etme hakkı ve bu hakkı nasıl kullanacağı derhal bildirilir. Muhafaza altına alınmak amacıyla kişinin yakalandığı, istediği kanuni yakınına derhal bildirilir³²⁹. Önleme yakalaması kolluk personelinin idari görevleri arasında sayılır. Dünya genelinde hukuk sistemlerine bakıldığında, önleme amaçlı yakalama için iki şartın varlığı aranır. Birincisi zorunluluk halinin varlığı ikincisi ise hangi durumlarda uygulanacağını ilan edilmiş olmasıdır³³⁰.

Polis hukukunun öngördüğü yakalama yetkileri PVSK md.13’ de düzenlenmiştir. Aşağıda belirtilen haller kolluğa yakalama yetkisi verir:

A) Suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri,

³²⁸Emrullah Aycı, **Ceza Yargılaması Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Ankara: Adalet Kitabevi, 2014, s. 151.

³²⁹Özbek vd., **a.g.e.**, s. 287.

³³⁰Douglass Cassel, “International Human Rights Law and Security Detention”, **Notre Dame Law School NDL Scholarship**, Vol. 40, 2009, p. 387.

B) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları,

C) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri,

D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,

E) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri,

F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,

G) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.

PVSK'nın 13. maddesine 2015 yılında 6638 Sayılı kanun ile eklenen (H) bendi "Kendisinin ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri" de yakalama yetkisini kolluğa vermiştir.

Kanaatimizce bu bent, kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından sorunludur. Zira 13 madde, suç işleyen ve tehlikeli nitelikteki kişileri (G) bendi de dahil olmak üzere gruplandırmıştır. (H) bendi ile yakalanması uygun görülen "kendisini ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler" diğer üst bentlerin içerisinde düşünülebilir. Örneğin aynı maddenin (A) bendinde "Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri" yakalama yetkisi zaten

düzenlenmiştir. 6638 sayılı Kanun ile eklenen “kişinin başkalarının can güvenliğini tehlikeye sokma” durumu, kişilerin beden bütünlüğünü ya da yaşamını tehlikeye sokan ya da bunlara zarar veren bir takım suçların işlenmesi ya da bunlara teşebbüs edilmesi halinde söz konusu olacaktır.

Kişinin “kendi can güvenliğini tehlikeye düşürmesi sebebiyle yakalanması” halleri de yine eklenen (h) bendi dışında ki bentlerde mevcuttur. Örneğin PVSK’nın 13. maddesinin (E) bendi, “Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri” ve (F) bendi, “bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,” yakalama yetkisini zaten kolluğa vermektedir. Bahsedilen bu durumlar kişinin kendi can güvenliğini tehlikeye düşürdüğü durumlardır. Bu sebepten PVSK’nın 13. maddesine 2015 yılında 6638 sayılı Kanun ile eklenen (H) bendi kanaatimizce gereksizdir.

Bu konuyla ilgili olarak son olarak belirtilmesi gereken bir husus da (H) bendinin temelindeki hukuki dayanaksızlıktır. Zira (H) bendi dışındaki kolluğa önleme yakalaması izni ve yetkisi veren tüm bentlerin gerisinde başka bir hukuki düzenleme vardır. Örneğin, hırsızlık yaparken suçüstü halinde yakalanan kişinin PVSK md. 13/A gereğince özgürlüğünün kısıtlanmasının temelinde TCK 141 de düzenlenen ceza normu bulunur. Ancak (H) bendindeki “kendisinin ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri” ifadesinde kanaatimizce bu açıklık ve hukuki dayanak yoktur. Bu belirsizliğin tehlikeli yanı, kolluğun kin ve husumet saikiyle bu maddeyi kötüye kullanarak kişiyi özgürlüğünden kolayca mahrum edebilmesindedir. Bir başka deyişle olumsuzluk, bu bendin keyfi kullanıma açık olmasıdır.

Bu başlık altında yakalamanın bir türü olan “tutma” kavramına dikkat çekmek isteriz. Kabahatler Kanununun “açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi tutularak derhal C. savcısı haberdar edilir”(KK. md. 40/2) şeklindeki düzenlemesi ile yakalama değil de “tutma”

diyerek değişik bir yakalama türü ortaya koymuştur. Bu durumda kişinin kontrol altına alınmak amacıyla tutulması yasaya uygundur³³¹.

3.2.2.2. Muhafaza Altına Alma ve Koruma Amaçlı Özgürlüğün Kısıtlanması

Teknik anlamda yakalama ve yakalamanın sonucu olan gözaltına alma kavramından farklı olan “muhafaza altına alma” kavramı, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 4. maddesinde tarif edilmiştir. Bu maddeye göre kanunun yetki verdiği hallerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasına muhafaza altına alma denir (YGİY md.4).

Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı gereken kişiler; toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu tutkunu kişiler veya serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişiler, kolluk tarafından yakalanarak muhafaza altına alınabilirler (YGİY md.5).

Haklarında tedbir kararı verilmiş olan çocuklar ve usulüne aykırı şekilde ülkeye girenler ile geri verilecek kişiler de yakalanarak muhafaza altına alınabilir (YGİY md. 5/J).

Bu tariften de anlaşılacağı üzere, muhafaza altına alma, önleme yakalamasının doğal bir sonucudur³³².

3.2.2.3. Durdurma ve Kontrol (PVS.K. md. 4/A ve YGİY md. 27)

Kolluk suç işlenmesini önlemek, kamu düzenini korumak amaçları doğrultusunda kişileri ve araçları durdurup, kişilere kimlik sorma yetkisine sahiptir. Kişilerin bu şekilde durdurulması yakalama sayılmaz. Durdurma için somut suç şüphesine gerek yoktur. Makul şüphe durdurma için yeterlidir.

³³¹Altıparmak, a.g.e., s. 141.

³³²Aldemir, a.g.e., s. 33.

Kolluk “durdurma” yetkisini resen kullanır. Bunun için adli makamlardan yetki almasına gerek yoktur. Bu yetkiye doğrudan haiz olsa da amaca aykırı olarak kişileri ve araçları gereksiz yere durdurulmaması gerekir. Bu durdurma esnasında kişiler bekletilebilir. Ancak bu bekletme makul süreyi aşmamalıdır. Kimlik sorgusu yapılan bilgisayar sistemlerinin çalışır durumda olması kolluğun sorumluluğundadır. Bu sistemlerin çalışmaması ya da yavaş çalışması bahane edilerek kişiler uzun süre bekletilmemelidir.

3.2.2.4. Adli Yakalama

Adli yakalamanın ilk şartı işlenenin suç olmasıdır: “kabahatte” yakalama değil “durdurma” (PVSK 4/A) veya “tutma” yetkisi vardır. Temel kural kişi özgürlüğünün hakim kararıyla kısıtlanmasıdır. Ancak adli yakalama bu kuralın bir istisnasını teşkil eder. Kolluk şartları oluştuğunda hakim kararı olmasa bile yakalama işlemi yapabilecektir.

Bir kişinin hakim kararı olmaksızın özgürlüğünün sınırlanabileceği hususunu vurgulayan, AİHS'nin 5/1(c) bendi uyarınca bir suç işlediği şüphesi altında olan yahut suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına mani olmak zarureti inancını doğuran makul sebeplerin mevcudiyeti dolayısıyla, yetkili adli makam önüne bir kişi çıkarılabilir³³³.

Suç dolayısıyla yapılan yakalama, yani adli yakalama ya fiili bir duruma ya da bir karara (müzekkereye) dayanır.

Müzekkeresiz yakalama da denilen fiili yakalama da, hakim kararı bulunmaksızın şüphelinin özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanmasını ifade eder. Fiili yakalamaya resmi sıfatı bulunmayan kişiler başvurabilecekleri gibi; savcı ve doğrudan doğruya kolluk memurları da başvurabilir (Any. md.19/3 cümle 2; CMK md. 90).

³³³Aldemir, a.g.e., s. 41.

Fiili yakalama, suç dolayısıyla yakalananın en yakın karakola gelmesi talebiyle icra edilir. Bu nedenle yakalama, Yasa'da belirtilen hallerde şüphelinin özgürlüğünün kısıtlandığı andan kolluk tarafından durumun bildirilmesi üzerine Cumhuriyet savcılığınca gözaltına alma veya serbest bırakma kararı verilmesine kadar devam eder³³⁴ (CMK md.91/1).

Kişinin fiilen denetim altına alındığı an, yakalama anıdır. Kısa süreli durdurmalar ve trafik kontrolü için durdurmalar yakalama sayılmaz³³⁵. Dolayısıyla kısa süreli durdurmalar ve aramalar için AİHS 5. maddesi bağlamında özgürlük kısıtlamasının varlığını iddia etmek zordur³³⁶.

3.2.2.4.1. Herkes Tarafından Yapılan Yakalama

Yakalama yetkisi kural olarak kolluk görevlilerindedir. Ancak herkesin yakalama yapabildiği durumlarda vardır (CMK md. 90/1). Herkesin yakalama yapabileceği haller şunlardır:

1. Kişiye suç işlerken (suçüstü) rastlanması.

2. Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin hemen kimliğinin belirlenmesi olanağının bulunmamasıdır.

Her iki durumda da kişilerin yakalama yetkisi suçüstü haliyle sınırlanmıştır. Henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek veya suçunun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da “suçüstü” sayılır (CMK md. 2/1-j).

Toplumdaki bütün bireylere, hakim kararı olmaksızın yakalama yetkisinin tanınması bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Suçüstü halinde harekete geçilmemesi

³³⁴Centel, Zafer, a.g.e., s. 307.

³³⁵Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 312.

³³⁶Keir Starmer, **European Human Rights Law**, London: Legal Action Group, 1999, p. 441.

durumunda failin bir daha ele geçirilememesi, bu şekilde ceza muhakemesinde ulaşılmak istenen maddi gerçeğe ulaşılması amacına ulaşılamaması tehlikesini doğurmaktadır³³⁷.

Burada özel kişilere, ceza soruşturması ve kovuşturması için şüphelinin ele geçirilmesini sağlamak amacıyla kullanılacak bir kamu görevi aktarılmaktadır. Bununla birlikte kolluk görevlileri dışındaki kişiler açısından yakalama bir yükümlülük değil, yalnızca bir haktır. Buradaki herkes deyimi, suçtan zarar görende dahil yaşı, cinsiyeti, uyruğu, toplumdaki görev ve işlevi ne olursa olsun tüm bireyleri kapsar³³⁸. Ancak herkes kavramına kolluk görevlileri de dahil olduğundan, somut olayda herkes tarafından yakalamanın koşulları bulunsa dahi, eğer kolluk görevlileri söz konusu ise, onlar açısından bu yakalamayı yerine getirmek bir yükümlülük niteliğindedir ve yerine getirilmemesi halinde görevin ihmalinden söz edilebilecektir³³⁹. Soyaslan'a göre, sanığın tüm vatandaşlar tarafından yakalanmasının mümkün olduğu hallerde, güvenlik güçlerinin de bu yetkiye sahip oldukları açıktır³⁴⁰.

Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, bu hükme göre yakalama yetkisinin kullanılabilmesi için *gerçekten ve fiilen* bir suçun işlenmiş olması gerekir. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler var ve bu nedenler yakalama yetkisini kullanan kişi tarafından bilinmiyorsa, yakalama hukuka uygundur. Suça teşebbüs durumunda da yakalama yapılabilir; ancak cezalandırılmayan hazırlık hareketleri yakalama yetkisi vermez. Bir suçtan dolayı yakalama söz konusu olduğu için, Kabahatler Kanununda düzenlenen fiiller için, yakalama yoluna gidilemez³⁴¹.

Suçüstü halinde her suç faili yakalanabilir. Ancak, söz konusu suç takibi şikayete bağlı bir suç ise, bu durumda şikayet şartı gerçekleşmeden yakalama işlemi devam edemez. Bununla birlikte, suçüstü halinde yakalamada, ister vatandaş ister kolluk tarafından gerçekleştirilmiş olsun, yakalama öncesi ve yakalama anında şikayetin bulunup bulunmadığının araştırılmasına gitmek hayatın olağan akışına uyumlu değildir.

³³⁷Yıldız, **a.g.e.**, s. 138.

³³⁸Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.**, s. 30.

³³⁹Yıldız, **a.g.e.**, s. 139.

³⁴⁰Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5.b., Ankara: Yetkin Kitabevi, 2014, s. 313.

³⁴¹Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.**, s. 30.

Böyle bir araştırma yakalamanın ön şartı olacak olursa, yakalama işlemi fiilen mümkün olmaktan çıkar³⁴². Kanaatimizce böyle bir olumsuz durumun meydana gelmemesi için şikayet şartının yakalama için değil, tutmaya devam için aranması gerekir. Yakalamadan sonra suçun takibinin şikayete bağlı olduğu anlaşılır anlaşılmaz, vakit geçirmeksizin şikayet şartı aranmalıdır. Ancak bu şart gerçekleşmediği takdirde hiç vakit geçirmeksizin yakalanan kişi serbest bırakılmalıdır.

Suç çocuklara beden ve akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendini idareden aciz olanlara karşı işlendiğinde, şüphelinin yakalanması için şikayet koşulu aranmaz (CMK. md.90 /1).

Yenisey ve Nuhoglu'na göre; yakalamada şikayet şartının aranması yakalama müessesesinin niteliğine aykırıdır. Yakalama zaten zaruretten doğan bir muhakeme hukuku kurumudur. Şikayetin gerçekleşmiş olması şart koşulursa yazarlara göre yakalama koruma tedbiri işlemez hale gelir³⁴³.

Herkesin yakalama yapabildiği durumlarda yakalama yapan kişi/kişiler yakalananın kaçmasını engelleyecek zor kullanma yetkisine sahiptirler. Bu anlamda makul oranda cebir kullanılabilir ise de silah kullanılamaz. Yakalanan silahlı olduğunda silah yakalananından uzaklaştırılır ise de yapılan fiil, arama ve elkoyma boyutlarına ulaşmamalıdır. En kısa zamanda kolluğa haber verilmeli ve yakalanan kişi kolluğa teslim edilmelidir (CMK md. 90/5). Öte yandan “herkes” teriminin kolluk memurlarını da kapsadığı açıktır. Ancak bu durumda, kolluk yasalarının kendisine verdiği yetkileri kullanabilir³⁴⁴.

Yakalama koşullarının gerçekleşmiş olması, kural olarak zor kullanma yetkisini de doğurur. Ancak kullanılan gücün yakalamanın amacını aşması ve orantısız olması halinde, kullanılan gücün neden olduğu neticeye ve zarar verdiği hakkın türüne göre AİHS md. 2, 3 ve 8'in ihlâli söz konusu olur. Kullanılan gücün, yakalamanın amacını

³⁴²Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 486.

³⁴³Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 329.

³⁴⁴Özbek vd., **a.g.e.**, s. 292.

aşıp aşmadığı ve “orantısız” olup olmadığı “somut olay”ın özellikleri ve koşulları dikkate alınarak belirlenir³⁴⁵.

*Dalan/ Türkiye Davasında*³⁴⁶, AİHM başvurusunun yakalandığı tarihten on iki gün sonra bile vücuduna görülen yaraların sayısı ve ciddiyeti nedeniyle, polisin uyguladığı zor kullanmayı orantısız olarak kabul etmiştir. Nitekim içlerinde başvururunda bulunduğu üç bayanı yakalayan polislerin sayısı sekizdir. Hükümetin savunmasında yakalama esnasındaki arbededen kaynaklanan yaralardan bahsedilse de bunu destekleyecek tıbbi rapor mahkemeye sunulmamıştır. Sonuç olarak AİHM, ne zaman oluşmuş olursa olsun polisin elinde bulunan bayan başvurusunun vücudunda tespit edilen yaralar nedeniyle, savunmacı Devlet’in, AİHS’nin 3. maddesinden doğan sorumluluklarından kurtarılmasını gerektirecek hiçbir makul neden tespit edememiştir.

3.2.2.4.2. Kolluk Tarafından Yakalama Emri Olmadan Yapılabilecek Yakalama

Herkes tarafından yakalama yapılabilen durumlarda kolluğun da suç faillerini yakalayabilmesi mümkündür. Ancak kolluk görevlilerinin bunun dışında da sırf kolluk personeli olmaları sıfatıyla sahip oldukları yakalama yetkileri vardır. Bu görevlerinin bir gereğidir. Burada söz konusu olan yakalamayı gerçekleştirecek kolluk görevlilerinin mutlaka “adli kolluk” olmasına gerek yoktur. Ceza muhakemesinin yürütülmesi sırasında Cumhuriyet savcısı her türlü araştırma işlemi kural olarak emrindeki adli kolluk aracılığıyla yürütecek olmakla birlikte, yakalama emrine dayanmayan yakalama durumlarında kolluğun adli kolluk olup olmaması önemli değildir³⁴⁷. Örneğin sadece polis ve jandarma değil gümrük ve orman muhafaza personeli de bu yetkiye sahiptir.

Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmede sakınca bulunan durumlarda; Cumhuriyet savcısına veya amirine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler (CMK md. 90/2). Burada söz konusu olan, kolluğun, verilmiş herhangi bir tutuklama

³⁴⁵Mcbride, **a.g.e.**, s. 42.

³⁴⁶Dalan/ Türkiye Davası, 07.06.2005, No. 38585/97.

³⁴⁷Yıldız, **a.g.e.**, s. 151.

veya yakalama emri olmadan (yakalama emrine dayanmayan yakalama), doğrudan yakalama yapabilme yetkisidir³⁴⁸.

CMK md. 90/1’de belirtilen durumlar dışında kolluk görevlilerince yakalama yapılabilmesi için üç koşul aranmaktadır.

1. Tutuklama kararı verilmesini veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren durumlar mevcut olmalıdır: CMK md.100’de tutuklama kararı verilebilecek haller düzenlenmiştir. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedenlerinden en az birisinin bulunması durumunda, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Bunlar, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması veya şüpheli veya sanığın davranışlarının; a) Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme veya b) Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma konusunda kuvvetli şüphe oluşturmasıdır³⁴⁹. Ancak CMK md. 100 ve ÇKK bazı suçlarda³⁵⁰ tutuklama yolunu kapatmıştır. Bu gibi hallerde kimlik tespit edildikten sonra birey Cumhuriyet savcısının “kararı” ile serbest bırakılır. Yani tutuklama yolu kapatılmış olan suçlarda şartları oluşmuş ise sadece kimlik tespiti yakalaması yapılabilir³⁵¹.

Genellikle fiili bir durum olan ve herhangi bir emre dayanması gerekmeyen yakalama işleminin yakalama emrine (müzekkereye) dayanılarak yapılması da mümkündür. Yakalama emrinde, kişinin açık eşkali, bilindiğinde kimliği ve yüklenecek suç ve yakalandığında nereye götürüleceği gösterilir (CMK md. 98/4).

2. Gecikmede Tehlike Bulunması: Yakalama için hakim kararı beklendiğinde yakalama ile gerçekleşeceği düşünülen amacın gerçekleşmemesi tehlikesi doğacaksa, *gecikmede tehlike* var demektir. Yönetmelikte gecikmesinde sakınca bulunan halin “derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya

³⁴⁸İsmail Ercan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8.b., İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 164.

³⁴⁹Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.**, s. 33.

³⁵⁰CMK md. 100/4’de “sadece adli para cezasını gerektiren suçlarla”, “hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda”, tutuklama kararı verilmesini yasaklamıştır. Ayrıca çocuk mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında ve beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren hallerde tutuklama kararı verilemez.

³⁵¹Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 315.

şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması” halini ifade ettiği gösterilmiştir.

Burada görevli kişi, gecikmede tehlike bulunup bulunmadığını takdir etmek durumundadır. Ancak söz konusu olan belirlenmesi güç objektif bir tehlike değil, memurun somut olayın durumuna göre kendi takdiriyle yakalamanın sonucunun tehlikeye girdiğini olası kabul edip edemeyeceğidir. Tutuklama kararının verilebileceği bir hal söz konusu olduğu halde, gecikmede tehlike bulunmuyorsa, yakalama yoluna başvurulmamalıdır³⁵².

3. *Amire Başvurulamaması*: Kolluk görevlileri yakalama öncesinde savcıya veya amirlerine başvurarak onların talimatlarını alma olanağına sahip iseler, artık yakalama yapmayacaklar ve bu talimata göre hareket edeceklerdir³⁵³.

Hukuk bilgisine sahip C. savcısına ulaşma imkanın kolluğun yakalama yetkisini ortadan kaldırması, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından yerinde bir düzenlemedir. Ancak aynı durumu kolluk amiri için söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Ayrıca kolluk amiri devriye personelini görev ve yetkilerini içeren maktu formlarla önceden zaten bilgilendirmektedir. Bu duruma rağmen amire ulaşma imkanının olmasının kolluğun yakalama yetkisini ortadan kaldırması izahı güçtür.

Aslında *gecikmesinde sakınca bulunan durumla* birlikte değerlendirilmesi gereken bu koşulun var olup olmadığının da yine somut olayın özellikleri çerçevesinde ve yakalamayı yapan kolluğun içinde bulunduğu somut koşullar çerçevesinde objektif olarak değerlendirilmesi gereklidir³⁵⁴.

Bu koşullara ilave olarak, faili yakalanan suçun takibi şikayete bağlı ise şikayet şartı gerçekleşmelidir. Şikayet şartı gerçekleşmeden şüphelinin yakalanması için suçun, suçüstü halinde çocuklara, beden ve akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendini idareden aciz olanlara karşı işlenmesi gerekir (CMK. md.90 /1).

³⁵²Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 312.

³⁵³Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 327

³⁵⁴Yıldız, **a.g.e.**, s. 154.

Yakalama, sıkı şartlara tabi kılınmış bir koruma tedbiridir, keyfi olarak uygulanamaz. İfade vermesi için bir kişi yakalanamaz. İfade vermesi istenen kişi, davet edilir. Gelmezse, zorla getirme (ihzaren celp) koruma tedbiri uygulanır³⁵⁵ (CMK md.146).

3.2.2.4.3. Kolluğun Yakalama Emrine İstinaden Yakalama Yetkisi

CMK'nın 90. maddesi çerçevesinde yakalama bir fiili durum olup, herhangi bir karara ve emre dayanmaz. Buna karşılık, müzekkereli yakalama olarak da ifade edilen ve 90. madde kapsamı dışında kalan hallerde kişinin yakalanabilmesi için bir yakalama emri çıkarılması gerekmektedir.

Genel bir ifadeyle, kaçak kişi, kaçan kişi veya kendisine ulaşılamayan kişi hakkında yakalama emri çıkarılmaktadır. 90. madde uyarınca (doğrudan, müzekkeresiz) yakalama, gerek kolluk gerekse diğer kişiler (herkes) için, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kanunun hükmünü yerine getirme, 98. madde uyarınca (yakalama emrine istinaden) yakalama ise, bir diğer hukuka uygunluk nedeni olarak yetkili merciin emrini yerine getirmedi. Ayrıca, doğrudan yakalamayı herkes yapabildiği halde, yakalama emrine dayanarak yapılan yakalamada sadece kolluk yetkilidir³⁵⁶.

Yeni ceza usul hukukumuzda kural olarak gıyabi tutuklama kararı verilmesi uygulamasına son vermiş olması nedeniyle; 1412 Sayılı CMUK'un 131. maddesinde yer alan tutuklama müzekkeresine dayanılarak yapılacak yakalamaya maddede yer verilmemiştir. Bunun doğurabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla, hakime "yakalama emri" düzenleme yetkisi verilmiştir. Buna uygulamada yakalamanın bir hakim veya mahkeme kararına dayandırılması nedeniyle "müzekkereli yakalama" da denilmektedir³⁵⁷.

Yakalama emrinde kişinin eşkali, biliniyorsa kimliği, yüklenen suç ve yakalanınca nereye gönderileceği yazılır (CMK md. 98/4).

³⁵⁵Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 327.

³⁵⁶Şahin, **a.g.e.**, s. 280.

³⁵⁷Aldemir, **a.g.e.**, s. 53.

Yakalamanın bir belgeye dayanması istisnadır. Hayatın olağan akışına göre “yakalama” anlık gelişen olaylar üzerine icra edilir. Bir suç şüphelisi varken ya da suçüstü hali varken mahkemeden belge talep etmek için gerekli zaman yoktur. Eğer bu yola gidilirse zaman kaybedilir ve bu koruma tedbirinin hiçbir anlamı kalmaz. İşte bu sebepten ötürü müzekkereye dayanan yakalama istisnadır ve muhatabı kolluk personelidir. Özel kişilerin bu konuda bir yetki veya görevleri yoktur.

Yakalama emri düzenlenmesini gerektiren durumlar şunlardır:

1) Şüphelinin soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmemesi veya ona çağrı yapılamaması durumunda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza yargıcısı tarafından yakalama emri düzenlenebilir (CMK md. 98/1, c.1).

Bu hüküm kaçak kişiler hakkında mahkemenin yakalama emri düzenleyebileceğini belirtmektedir. Ancak kamuoyu tarafından yakından takip edilen bazı davalarda ev adresleri ve iş adresleri belli olan bazı asker şahıslar hakkında bu hükme dayanarak yakalama kararı çıkartılması eleştirilmiştir³⁵⁸. Yine bir başka eleştiri konusu da bu hüküm uyarınca verilen yakalama kararlarının gerekçelerine tutuklama gerekçelerinin yazılmış olmasıdır.

2) Tutuklama isteminin reddi kararına itiraz durumunda, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.(CMK md.98/1, c.2).

3) Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler (CMK md. 98/2). Ancak burada da hakimın yakalama emri verme yetkisi kaldırılmamıştır³⁵⁹.

³⁵⁸Rıza Türmen, AIHM’ye Göre Yakalama, (Çevrimiçi) <http://t24.com.tr/haber/aihme-gore-yakalama-karari-son-care,88973>, (Erişim Tarihi: 10.09.2015).

³⁵⁹ Sadettin Arslan, **Soruşturma Evresi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 79.

4) Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri resen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine yargıç veya mahkeme tarafından düzenlenir (CMK md. 98/3).

5) Hükümlü hapis cezası ve güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen ağrı kağıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaar ya da kaçacağına ilişkin şüphe uyandırırrsa, Cumhuriyet savcısı yakalama emri çıkarır (CGTİHK md.19/1).

6. 2013 yılında 6411 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye göre, kasten işlenen suçlarda üç yıl, taksirle işlenen suçlarda ise beş yıldan fazla hapis cezasının infazı için doğrudan yakalama emri çıkartılır (CGTİHK md.19/2).

Yakalama emri üzerine soruşturma ve kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içerisinde yetkili yargıç veya yetkili mahkeme huzuruna çıkarılır. Bu sürede yargılama makamı huzuruna çıkarılması mümkün olmaz ise, aynı süre içerinde yakalandığı yer adliyesinde, bu yoksa en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili yargıç veya mahkeme tarafından ifadesi alınır ve sorgusu yapılır (CMK md. 94/2).

Yakalama emri uyarınca kişi yakalanırsa veya emre konu teşkil eden işlem yapılırsa, “yakalama emri kolluktan geri alınır.” Mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı bunun iadesini kolluktan ister (CMK md. 90/6). Yakalama emrinin kollukta kalması kişinin serbest kaldıktan sonra tekrar yakalanması tehlikesini doğurur. Bu yönde yaşanabilecek mağduriyetlerin önüne geçebilmek için getirilmiş bir hkmdr.

Bu bölümde son olarak değineceğimiz konu, tutuklama yasağının olduğu hallerdir. *CMK md. 100/4'e göre “sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının st sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”* rneğin çevrenin taksirle kirletilmesi suçu (TCK md.182/1 1.cümle). Bu amaçla tutuklama yasağı bulunduğuna göre yakalama da yapılamamalıdır. Ancak bu durumda

sadece kimlik tespitine yönelik yakalama yapılmalı ve bu tespitten sonra serbest bırakılmalıdır. Aksi halde hukuka aykırı yakalamadan söz edilecektir³⁶⁰.

3.2.3. Yakalamanın İcrası

Yakalama, kişinin denetim ve gözetim altına alınması demektir. Yakalamanın belli bir şekli yoktur. Hareket özgürlüğünün kaldırılması yeterlidir. Bazen güç kullanılarak bireyin hareket özgürlüğü kısıtlanır. Bazen de kişi, kolluğun emrine riayet ederek direnmeden yakalanır. Ancak bu halde de bireyin hareket özgürlüğü kısıtlanmıştır. Yani bu durum da teknik olarak yakalamadır ve yakalamanın hukuki sonuçlarını doğurur. Ayrıca bir işlemin yakalama sayılabilmesi için şahsa kelepçe takılması mecburi değildir. Yakalanacağını kişiye önceden bildirilmesi gerekmez. Ancak, yakalanan kişi, ne gibi bir önlem ile karşı karşıya kaldığını da bilmelidir³⁶¹. Alıkoyma kararının ilgiliye hukuken belli bir süre içerisinde bildirilmemesi, AİHS'nin ihlali olarak değerlendirilmiştir³⁶².

“Yakalandığı” ilgili kişiye yakalanma anında söylenmelidir. Bu birinci işlem olmalıdır. Mevzuatımızda bunu öngören bir hüküm mevcut bulunmamasına rağmen, bu bildirim yapılmazsa, yakalanan kişi tereddütte kalır. Yakalanma sırasında “kanun namına yakalandınız” şeklinde bir şey söylenmesi gibi, belli bir şekil şartı yoktur. Önemli olan tek şey, yakalanan kişinin hareket etme özgürlüğünün eylemli bir şekilde kısıtlandığının açıkça ve tereddüde yer vermeyecek şekilde belli edilmesi ve neticede bireyin kendisini serbest hissetmemesidir. Amerika Birleşik Devletlerinde yakalamanın işareti olarak kişiye kelepçe takılmaktadır³⁶³.

Yakalama; hakim kararı, savcının emri ile veya doğrudan kolluk kuvveti veya vatandaşlar tarafından yapılabilir. Doğrudan kolluk kuvveti tarafından yapılan yakalama halinde işlem, yakalanan kişi ve uygulanan tedbirler derhal savcıya bildirilir (YGİY md. 6/5).

³⁶⁰Özbek, a.g.e., s. 301-302.

³⁶¹Centel, Zafer, a.g.e., s. 313.

³⁶²Bu konuda bkz. Voskuil/Hollanda, 22.11.2007, No. 64752/01.

³⁶³Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 324.

Yakalamanın “ne zaman” ve “hangi anda meydana geldiğini” bilmek önemlidir. Yakalamayı tespit etmek üzere kullanılan ilk kriter “objektif” ölçüttür: Makul ve orta zekalı bir kişi kendisini serbest hissetmiyorsa ve “fiili denetim altına alınmışsa” yapılan işlem “yakalamadır”. Kişinin yakalanmış olup olmadığını belirleyen ikinci ölçüt “tüm olayların birlikte değerlendirilmesi” kriteridir.

Olayın bir bütün olarak değerlendirilmesi yapılırken şu noktalara bakılır:

- 1) Kişi ile ilk teması kimin yaptığı;
- 2) İlk temasın meydana geldiği, yakalamanın gerçekleştiği, soru sorulan yer;
- 3) Durdurma ve soru sormanın süresi;
- 4) Sorulan soruların niteliği;
- 5) Yakalama sırasında kaç memurun hazır bulunduğu;
- 6) Zor kullanıp kullanmadığı, silah çekilip çekilmediği;
- 7) Şüpheliye “isterseniz gidebilirsiniz” denilip denilmediği
- 8) Sorulan soruların esas amacı (kişinin tanık ya da şüpheli olarak düşünülmesi).

Yakalanan kişinin ilk olarak üst araması yapılır ve kendisine ve başkalarına zarar verebilecek silah gibi unsurlardan arındırılması sağlanır (YGİY md. 6/2). Yakalama sırasında suçun iz, emare, eser ve delillerinin yok edilmesini veya bozulmasını önleyecek tedbirler alınır (YGİY md. 6/3).

Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra yakalanan kişiye derhal yasal haklarını bildirir (CMK md.90/4; YGİY md.6/4). Bu konuda aşağıda detaylı bir şekilde incelenecektir.

Yakalamanın yerine getirilmesi için belli ölçüde güç kullanılabilir. Örneğin, yakalamak ve kaçan kimseyi durmaya zorlamak için bir kişi motorlu araçla takip edilebilir ve fakat ne o kişi ne de trafikteki diğer kişilerin ciddi tehlike içine sokulması yasaktır. Ayrıca yakalama, yakalama sonrası nakil ve gözaltına alma/gözaltında tutma için zorunlu olandan fazla güç kullanılmamalıdır. Aşırı cebir/güç kullanımı, özel suç tiplerinden biri gerçekleşmez ise, TCK md. 256'daki suça vücut verir. Bu işin asli görev olması nedeniyle de, bu gibi hallerde CMK md.161/5 uyarınca bu kolluk görevlisi re'sen soruşturulup kovuşturulacaktır³⁶⁴.

Kolluğun doğrudan zor kullanması, meşru müdafaa ve zorunluluk hali hakkındaki hükümler ile bağlantılıdır. Bu nedenle polis zorunluluk haline ilişkin hükümleri uygulayabilir. Zorunluluk hali, bir kimsenin bilerek meydana getirmediği tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu içinde, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan ve ceza normunca tanımlanmış bir eylemi işlemesi durumudur³⁶⁵. Konumuzla ilgili olarak örneğin, bir tehlike mevcuttur ve kolluğun işe elkoyması gecikirse zarar gerçekleşecektir. Yani o an olaya müdahale etmek zorunludur. Bu durumda kolluk zor kullanarak tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla yakalama yapabilir.

Yakalama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için zorunlu hallerde silah kullanılabilir. Ancak bu duraksamaksızın ateş etmek anlamına gelmemektedir. Polis şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanmaya yetkilidir.(PVSK md.16) Polis, bu kapsamda silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir³⁶⁶. Doğrudan hedef gözeterek ateş etme, uyarı yapmama, duraksamadan ateş etme durumunda ise kolluğun fiilinin silah kullanma yetkisi içerisinde olduğundan bahsedilmez. Bilakis bu tür fiiller suç teşkil eder.

³⁶⁴ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 331.

³⁶⁵ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 134.

³⁶⁶ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 331.

Öte yandan Yasa'da tutuklama için öngörülen *orantılık ilkesi*, yakalamada da söz konusu olmalıdır. Yani olayın önemi ve beklenen cezanın ağırlığıyla orantılı görünmüyorsa, yakalamaya başvurulmamalıdır. Bunun takdir edilmesi özellikle bireyler için zordur. Ancak yakalamada orantılılığa dikkat etme yükümlülüğü sadece resmi sıfatı bulunmayan kişiler için değil, resmi sıfatı bulunan kişiler için de söz konusudur. Daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşılabilecek durumlarda, yakalamaya başvurulmamalıdır. Örneğin, kimlik belgesine ya da oto anahtarına elkonulmasının yeterli olması gibi³⁶⁷.

Yakalama işlemi zaman bakımından bir sınırlamaya tabi değildir. Her zaman yapılabilir. Gündüz yapılabileceği gibi gece de yapılabilir³⁶⁸. Evin içindeki yakalama ise arama kuralına bağlıdır³⁶⁹. Başka bir ifade ile yakalanacak kişi ev veya işyeri gibi özel kişilere ait olan kapalı bir yerde bulunuyor ve kendi iradesi ile dışarı çıkmıyorsa, belirtilen yerlere yakalama amacıyla girilmesi için kolluğun elinde (CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca alınmış) arama kararı bulunması şarttır³⁷⁰. Ancak suçüstü yakalamada ve kaçan kişinin yapılan takip sonucu, evine veya işyerine girmesi durumunda, artık arama kararı alınmasına gerek yoktur (CMK md. 118). Bu gibi durumlarda kolluk arama kararı olmaksızın kamuya açık olmayan kapalı alana girerek şüpheliyi yakalayabilir. Burada kişinin suçüstü halinde görülmesi nedeniyle oluşan tehlikelilik, hem kişi özgürlüğü ve güvenliği hem de konut dokunulmazlığı hakkının önüne geçmektedir.

Bu başlık altında değinmemiz gereken son bir husus ise yakalanan kişinin kolluğun elinden kaçması durumudur. Yakalanan kişi kolluğun elinden kaçarsa kolluğun verebileceği “yakalama müzekkeresi” ile tekrar yakalanması sağlanır ve tekrar yakalanan kişi, tutuklama müzekkeresi ile tutuklanan gibi, hâkim önüne çıkarılır ve gerekiyorsa salıverilir³⁷¹(CMK md. 131/2).

3.2.4. Yakalanan Kişi Hakkında Yapılacak İşlemler

Çalışmamızın bu kısmında CMK ve YGİY'de ayrıntılı olarak düzenlenen, yakalama sonrası yapılacak işlemler açıklanmıştır.

³⁶⁷Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 340.

³⁶⁸Bıçak, **a.g.e.**, s. 489.

³⁶⁹Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 320.

³⁷⁰Aldemir, **a.g.e.**, s. 71.

³⁷¹Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 704.

3.2.4.1. Yakalanan Kişi ile İlgili Alınacak Önlemler

Yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine ve başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silah ve bunun gibi unsurlardan arındırılması sağlanır (YGIY md.6/2). Bunun için ayrıca bir arama kararına ihtiyaç yoktur. Yakalanan kişi gözaltına alınacak ise, intihar ve açlık grevi yoluyla kendisine zarar verme tehlikesini önlemek için özel bir koruma sağlamak, AİHS md. 2 ile güvence altına alınan yaşama hakkının bir gereğidir. AİHM'nin 6.10.2000 tarihli *Tanrıbilir kararında* da vurgulandığı üzere, her türlü fiziksel özgürlükten yoksun bırakma hali, doğası gereği gözaltına alınan kişilerde ruhsal gerilim yaratabilir ve sonuçta intihara yol açabilir. Bu nedenle gözaltına alınan kişilerin ölüm riskini ortadan kaldırmak için kişiler üzerindeki kesici ve delici maddeler, kemer, ayakkabı bağı gibi şeylerden arındırılması rutin tedbirler olarak gözükmektedir³⁷².

Yukarıda belirttiğimiz gibi Yönetmeliğin 6/2 fıkrası yakalama sırasında kişi üzerinde bulunan suç alet ve unsurlarının ele geçirilmesi için kaba üst araması yapılmasına izin vermektedir. Ancak Ceza Muhakemesinde arama ile ilgili kuralları düzenleyen CMK md. 116'da kaba üst aramasından bahsedilmemiştir. Bu kavram yönetmelikle hukuk sistemine dahil edilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere devlet müdahalesinin en yoğun yaşandığı alanlardan biri olan arama koruma tedbirine ilişkin her türlü düzenlemenin yasa ile yapılması Anayasal bir zorunluluktur. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin teminat altına alınabilmesi için yönetmelikle kavramlar oluşturulmamalıdır. Kanaatimizce Yönetmelik md. 6/2'de kaba üst araması yerine *yoklama* ifadesi kullanılırsa daha yerinde olur. Çünkü yoklama bir arama değildir ve arama koruma tedbiri kadar bireyin özgürlük alanına müdahale etmemektedir.

Kaba üst aramasından sonra, detaylı bir üst araması yapılmak istenirse usulüne uygun olarak arama izni alınması gerekir. Yapılan arama sırasında ele geçirilen suç delilleri muhafaza altına alınarak tahkikat evrakı ile birlikte Cumhuriyet savcılığına

³⁷²Öztürk vd., a.g.e., s. 451

gönderilir. Aramanın şekli ve sonuçları mutlak surette tanzim edilecek bir tutanakla tespit edilmesi gerekir³⁷³.

Yakalanan kişiye gerekli olan hallerde *kelepçe* takılabilir. Ancak bu son çare olarak düşünülmesi gereken bir tedbirdir. Nitekim CMK md. 93'e göre, yakalanan kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hallerinde kelepçe takılabilir. Görüldüğü gibi kelepçe takılması, yakalanan kişinin kaçmasını ya da kendisine veya başkasına zarar vermesini önlemek amacıyla mümkündür.

Çocuklar bakımından kelepçe yasağı daha katıdır. Çocuklara zincir kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak; zorunlu hallerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem alınabilir³⁷⁴(ÇKK md. 18). Kanun çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletlerin takılmasını kesinlikle kabul etmediğinden, çocukların ellerinin bağlanması mümkün değildir. Kanun sadece “yapılamayacak” olanı belirtmekle yetinmiş olmasının, buna karşı “yapılabilecek” olanın gösterilmemesinin bir eksiklik olduğu kanısındayım. Gerçekten de çocuğun kaçması ve başkalarına zarar vermesi hali bir kenara bırakılsa bile, en azından kendisine zarar verebileceği durumlarda ne yapılabileceği nasıl bir önleme başvurulabileceği belli değildir. Kanunun hali hazırdaki düzenlemesi açısından çocukların kaçmalarının veya kendileri ya da başkalarına zarar vermelerinin engellenmesi açısından kolluğun çocuğun kollarından tutması, gerektiği durumlarda bulunduğu yer ile götürüleceği yer arasında kendilerinden veya perdeleme gibi fiziksel engellerin oluşturulması yoluna gidilebilecektir³⁷⁵.

3.2.4.2. Cumhuriyet Savcısına Bilgi Verme

Kolluk kuvveti tarafından yapılan yakalama halinde işlem, yakalanan kişi ve uygulanan tedbirler derhal Cumhuriyet savcısına bildirmekle yükümlü bulunması nedeniyle; herkes tarafından yakalanıp kolluğa teslim edilen veya kolluk görevlilerince

³⁷³Aldemir, **a.g.e.**, s. 73.

³⁷⁴Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 451.

³⁷⁵Ali Kemal Yıldız, **Türk Ceza Kanunu Seminer Notları**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 79.

yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır(CMK md. 90/5). Cumhuriyet savcısı tarafından verilen sızlő emir, en kısa zamanda yazılı hale dőnőřtőrőlerek mőmkőn olması halinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirilir; aksi halde ilgili kolluk görevlilerince alınmasına hazır edilir. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hale getirilmesini beklemeden sızlő emrin gereğini yerine getirir (YGİY md. 6/8). Uygulamada bazen kolluk görevlilerinin bu hőkmdőn gereğini yerine getirmedikleri gőrőlmektedir. Özellikle kolluk personeli; sorumluluk sahasında meydana gelen olayların sayının fazla gözükmemesi için hiç tahkikat yapmama yoluna gitmektedir. Kolluk personelini bu yönde hareket etmeye iten saik genellikle amir baskısıdır. Ancak hangi saik sız konusu olursa olsun kolluk personeli sorumluluk bōlgesinde işlenen bir suç hakkında derhal Cumhuriyet savcısına bilgi vererek emirleri doğrultusunda tahkikat yapmak zorundadır. Aksi bir durum, adli görevi ihmal nedeniyle kolluğun cezai ve hukuki sorumluluğunu doğurur.

Belirtmek gerekir ki C. savcısının sızlő vereceği emirler ũzerine yapılan işlemler ũzerine doğabilecek hukuksal sorunlar karşısında ispata ilişkin zorluklar yaşanabilecektir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının emirlerinin somut olaylar açısından mőmkőnse yazılı iletişim araçlarını kullanmak suretiyle verilmesi daha doğru olacaktır. Őrneđin, e-mail aracılığıyla, cep telefonu mesajı kullanılmak suretiyle bu emirler verilebileceği gibi; Cumhuriyet savcısıyla karakollar arasında yapılacak telefon gőrőřmeleri açısından kayıt sisteminin kurulması da mőmkőn olabilir. Yani Cumhuriyet savcısıyla yapılan bu tőr gőrőřmeler kayda alınmak suretiyle ileride doğabilecek ispat sorunlarının ųnőne geçilebilir. Aksi halde Cumhuriyet savcısı tarafından verilip verilmediği belirlenemeyen işlemler açısından her zaman hukuka aykırılık ve icra edilen işlemler açısından sorumluluk tartişmaları yařanabilecektir³⁷⁶. Bu gibi olumsuzlukların ųnőne geçmek için kolluğun dikkat etmesi gereken bir diğer hususta, emirlerin telefonla alınması halinde araya fazla bir zaman dilimi girmeden, bu talimatları savcılık gőrőřme tutanağına aktarıp imza için C. savcısına sunmaktır. Uygulamada sık yapılan hata savcılık gőrőřme tutanağını, hazırlanan tahkikat evrakı ile imzaya çıkarmaktır. Savcılık gőrőřme tutanağının, bitirilen tahkikat dosyası içerinde sunulması gibi bir zorunluluk yoktur. Savcının telefonla emirlerinin alınmasını mőteakip bu sızlő emirleri içeren

³⁷⁶Aldemir, a.g.e., s. 74.

genellikle matbu olan tutanağı ilk fırsatta C. savcısına imzalatmakta fayda vardır. Bu sayede araya uzun zaman girmedeğinden C. savcısı verdiğı sözlü emrin içeriğini kuvvetle muhtemel hatırlayıp, bu konuda bir uyumsuzluğa düşülmeyecektir.

Bu konuda değineceğimiz son bir husus da, 2015 yılında 6638 Sayılı Kanun ile CMK'nın 91/4 fıkrası değışikliğidir. Bu değışikliğe göre, aynı fıkroda sayılan suçlarla ilgili olarak suçüstü halinde, C. savcısına *kolluk gözaltısı* bitince haber verilecektir. Bu hüküm kanaatimizce, bireyin hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak tarihsel süreçte elde edilen kazanımları ortadan kaldıracak niteliktedir. Her şeyden önce gözaltına alma başlığı altında daha detaylı inceleyeceğimiz üzere, gözaltı yetkisi yargıdan alınıp kolluğa verilmekte hem de bu md. 91/4 sayesinde C. savcısından saklanabilmektedir. Özetle, kişinin en temel değerli hakkı olan özgürlük hakkı olaya ilk elden müdahil olan kolluğun insafına bırakılmıştır. Bahsettiğimiz özelliğı nedeniyle bu düzenleme hukuk devletinden ziyade polis devleti mevzuatını çağrıştırmaktadır.

3.2.4.3. Yakalanan Kişiy e Haklarının Bildirilmesi

Kolluk, yakaladığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiy e yasal haklarını *derhal* bildirir. Yakalanan kişiy e, suç ayırımı gözetmeksizin yakalama nedeni ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ve diğ er yasal hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhalde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması durumunda sözlü olarak hemen bildirilir (AY md. 19/4; CMK md. 90/4; YGİY. md.6/4). Yıldız'a göre burada "hakların bildirilmesi"nden ziyade, yakalanan kişinin haklarla ilgili olarak "*aydınlatılması*", hakların "*açıklanması*", hakların "*öğ retilmesi*" gibi kavramlardan birisinin kullanılması daha doğru olurdu. Zira hakları bildirilen kişinin bu hakların hangi anlama geldiğı konusunda bir bilgisi bulunmayabilir ve bu haklarını nasıl kullanacağını da bilmiyor olabilir. Bu nedenle hakların sadece söylenmesiyle yetinilmemesi ve bunların hangi anlama geldiğ inin ve bu hakları hangi koşullarla ve usule göre kullanabileceğ inin de açıklanması ve öğ retilmesi gerekir. Nitekim CMK'nın yakalama tutanağ ını düzenleyen 97. maddesinde de yakalama tutanağ ına yazılacak hususlardan birisini "*hakların tam olarak anlatıldığı*" olarak

belirlenmiştir³⁷⁷. Kanaatimizce de burada önemli olan hakların bildirilmesi değil öğretilmesidir. Kişi içeriğini hiç bilmediği matbu bir belgeyi imzalamakla haklarını her zaman öğrenmiş olmaz. Bu durumda yapılan sadece bir şekli tamamlamaktır. Kişinin haklarını öğrenememesi kendisini savunamaması sonucuna yol açar.

Yakalamayı yapan kolluk dışındaki kişiler ise yukarıda bahsedilen hakları şüpheliye bildirmesi beklenemez. Çünkü bu hususlar hukuk bilgisini gerektirir. Sade vatandaşlardan bu kadar teknik muhakeme ve kolluk hukuku bilgisine sahip olmalarını beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır. Ancak Kolluk vatandaş tarafından yakalanan şahıs kendisine teslim edilir edilmez bu hakları bildirmelidir.

Buradaki diğer kanuni haklar terimi belirsizdir. Zira kanunda hakların ne olduğu belirtilmemiştir. Bu anlamda Yönetmelikte sayılmayan yakınlarına haber verme hakkı diğer kanuni haklar içinde sayılabilir.

CMK 90/4 fıkrası “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir” şeklinde bir ifade ile yetinmiş; bu hakların neler olduğunun belirtilmesi işini Yönetmeliğe bırakmıştır. YGİY’nin 6/4 fıkrasında , “yakalanan kişiye, suç ayırımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir.”demek suretiyle, isnadı öğrenme hakkının hukuki dayanağı olmuştur. Ancak evrensel haklar diyebileceğimiz bu hakların, yönetmelik yerine kanunda belirtilmesi, insan haklarına verilen önemi gösterme açısından daha olumlu olabilir diye düşünmekteyiz.

Hakların bildirilmesinin sebebi kişinin gerekirse yakalamaya etkili bir şekilde itiraz edebilmesini sağlamaktır³⁷⁸.Çünkü eğer kişi hangi nedenle yakalandığını ve ne ile

³⁷⁷Yıldız, a.g.e., s. 178.

³⁷⁸Özbek vd., a.g.e., s. 297.

suçlandığını bilirse, ancak bu takdirde yakalama işlemine karşı yargı denetimine gitme hakkını etkili biçimde kullanabilir³⁷⁹.

Nihayet burada CMUK ile CMK arasındaki önemli bir farka daha dikkat çekilmelidir. Eski yasada yakalanana haklarının ancak ifade ve sorgu sırasında bildirilmesi zorunluluğu bulunmaktaydı. Bu durum ifade ve sorgu anını beklemenin sanık hakları bakımından çok geç bir evreyi ifade etmesi nedeniyle haklı olarak eleştirilmekteydi. CMK ile daha yakalama sırasında yakalanana haklarının bildirilecek olması çok önemli bir ilerlemedir. Bunda AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği kararlar etkili olmuştur³⁸⁰. AİHM'ye göre bildirim *en kısa sürede* yapılması gerekir. *En kısa süre* herhalde yirmi dört saati aşmamalıdır. AİHM, 26.10.2006 tarihli *Danov/Bulgaristan Davasında*³⁸¹, yedi saat sonra bildirim yapılmasında AİHS md. 5/2' ye bir aykırılık görmemiştir.

Bir kişiye soru sorulurken, haklarının söylenmesi için, bu kişinin en az “şüpheli” ve ya “sanık” konumuna girmiş olması gerekir. Özellikle “yakalandıktan sonra gözaltına alınan” bakımından haklarının söylenmesi gereklidir³⁸².

Yakalanana haklarının öğretilmesi anladığı dilde olmak zorundadır. Bu anlamda yakalananın vatandaşlık durumu da önemli olmayıp, Türk vatandaşı olmasına rağmen Türkçe bilmeyen kişiye haklarını tam olarak anlayabileceği dilde öğretilmesi gereklidir. Sağır ve dilsiz olanlara da yine işaret diliyle haklarının öğretilmesi gereklidir³⁸³. Yabancı bir kişiye haklarını anladığı lisanda izah etme mecburiyeti olduğu halde yakalama emri için bu gerekli değildir. Yakalama emrinin, kişinin anladığı dile çevrilmesi zorunlu değildir.

Ancak bazı durumlarda, içinde bulunulan tehlikelilik hali ve diğer acil durumlar nedeniyle yakalama halinde kişiye hakları hatırlatılmaz. Bu istisnai durumlar:

³⁷⁹Van Der Leer/ Hollanda, 21.2.1990, No. 179.

³⁸⁰Özbek vd., **a.g.e.**, s. 297.

³⁸¹Danov/Bulgaristan, 26.10.2006, No. 56796/00.

³⁸²Mustafa Albayrak vd., **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 22.

³⁸³Yıldız, Yakalama..., **a.g.e.**, s. 181.

1) Yakalanan kişinin acil tıbbi yardıma ihtiyacı olan durumlarda haklarını söylemekle vakit kaybedilmez. Derhal tıbbi yardım için ilgili birimlerle irtibata geçilir.

2) Kişi bir suçtan yakalanmış ve hakları bildirildikten sonra başka bir suçtan da hakkında yakalama kararının ortaya çıkması durumunda tekrar haklarının söylenmesine gerek yoktur.

3) kişi yakalanıp, kaba üst araması yapıldıktan sonra tehlikelik durumu sonlandırılmakla beraber, içinde bulunulan ortamda kolluk personeli için tehlike devam ediyorsa bu durumda da haklar yakalama anında değil daha sonra söylenir. Örneğin silahlı bir çatışma esnasında şüphelilerden biri ele geçirilirse, çatışma devam ettiği için hakları o anda yakalandığı yerde hatırlatılmaz.

Uygulamada yakalanan veya gözaltına alınan şüphelilere sahip oldukları haklar anlaşılır ve yeterince açıklanmamakta bazı matbu formlar ve ifade tutanağının üzerine önceden bilgisayarla oluşturulmuş şablon bilgilerin altı ilgili kişiye imzalatılarak kolluğun veya işlemi yapan adli merciin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği varsayılmaktadır. Oysa hakların öğretilmesi kurumunun kanunlarda düzenlenmesinin nedeni, ilgili kişilerin yapacakları tercihler, işlemler ve takınacakları tutumlar açısından önemli olduğu gibi, bu işlem sonrası elde edilen delilin hukuka uygunluğu bakımından da sigorta niteliğindedir. Bu nedenle sözlü olarak bile sadece başlıklar halinde hakların hatırlatılması kabul edilebilir bir tutum değilken, hiçbir aydınlatma yapılmadan ifadesi alınan şüpheliye ifadesinin altı imzalatılarak ifade tutanağının üstüne önceden matbu şekilde bastırılmış neredeyse hemen her olayda her şüpheliye imzalatılan şablon bilgilerin bu aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiği ve işlem sonrasında elde edilen delillerin hukuka uygun olduğu kabul edilemez³⁸⁴.

Son olarak çalışmamızın sistematığının bozulmaması amacıyla, özgürlüğü kısıtlanan kişinin sahip olduğu haklar, konunun derinliği nedeniyle bir sonraki bölümde detaylı bir şekilde incelenecektir.

³⁸⁴Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 329.

3.2.5. Özellik Gösteren Kişilerin Yakalanması

Burada, diplomatik dokunulmazlığı olanların, milletvekillerinin, çocukların ve avukatların yakalanması üzerinde durulacaktır.

3.2.5.1. Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar

Diplomasi temsilcileri, görevli olarak buldukları ülkelerde herhangi bir baskı altında kalmadan görevlerini daha iyi yapabilmeleri için bazı muafiyetler ile donatılmışlardır. Bu muafiyetlerin amacı kişisel bazı avantajlar sağlamak değil, diplomatik misyonun işlevini en iyi şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır³⁸⁵. Bu sebepten diplomatik dokunulmazlığı bulunan kişiler yakalanamaz. “Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi” nin 29. maddesi *diplomatik ajanın hiçbir biçimde gözaltına alınamayacağı* hükmüne yer verdiği gibi; “Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi”nin 43. maddesi de *konsolosluk memurları ve hizmetlilerinin resmi görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri eylemlerden dolayı kabul eden devletin adli ve idari makamlarının yargısına tabi olmadıkları* hükmüne yer vermiştir. Türkiye her iki anlaşmayı imzalayıp onaylamak suretiyle iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir. Bu amaçla hazırlanan 1.3.2008 tarih ve 72/1 Sayılı Adalet Bakanlığı Genelge’sinde diplomatik dokunulmazlığa kimlerin sahip olacağı belirtilmiştir. Yukarı da sayılan diplomatik personel dışındaki yardımcı hizmetleri yerine getiren çalışanlar bu dokunulmazlığa sahip değildirler. Örneğin konsoloslukta şoför kadrosunda görevli bir personel suç sebebiyle yakalanabilir.

Diplomatik dokunulmazlığı olan kişiler uluslararası hukuk normlarının bir gereği olarak yakalanamazlar, gözaltına alınamazlar ve tutuklanamazlar. Ancak bu kişiler yaşadıkları ülkenin hukuk kurallarını ihlal ettikleri için istenmeyen adam (*persona non grata*) ilan edilerek, ülkeyi terk etmesi sağlanabilir.

Diplomatik dokunulmazlığı olmayan diğer tüm yabancılar yakalanabilir. Bunlara kanuni hakları anladıkları lisanda izah edilip, durumları hakkında konsolosluklarına bilgi verilir. Uygulamada kolluk kuvvetleri bu konuyla ilgili ciddi sorunlar

³⁸⁵Özbek vd., a.g.e., s. 298.

yaşamaktadır. Öncelikle yakalanan yabancıların lisanını bilen bir kişinin o bölge de bulunması her zaman mümkün olamamaktadır. Devlet otoritesinin zayıfladığı, savaş, iç karışıklık ve benzeri durumların yaşandığı ülkelerden gelen ve kitle halinde yakalanan kişilerin konsoloslukları da genelde konuya ilgisiz kalmaktadır.

3.2.5.2. Milletvekili Dokunulmazlığı

Any. md. 83/2'ye göre “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.” Bu maddede yer alan tutulamaz ifadesi milletvekillerinin yakalanmalarına engel teşkil etmektedir.

Ancak milletvekillerinin yakalanamayacağı genel kuralının istisnası yine aynı madde de düzenlenmiştir. Buna göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar da milletvekilleri tutulabilir ve yargılanabilir. Bunun mantıklı bir sonucu olarak da yakalanabilirler.

Milletvekillerine sağlanmış olan bu yargılanma bağımsızlığının sebebi yüklendikleri misyondur. Zira görevleri gereği ulus iradesinin tecellisini sağlarlar. Bu görevi özgürce ifa edebilmelerinde toplumun yararı en üst seviyededir. Bu sebeple cezai konularda yargısal dokunulmazlık sahibidirler.

3.2.5.3. Çocuklar Hakkında Yakalama

Fiili işlediği zaman on iki yaşını doldurmamış olanlar suç nedeniyle yakalanamazlar. Tek istisnası kimlik ve suç tespitidir. Kolluk kimlik ve suç tespiti için bu yaş grubundakileri yakalayabilir. Ancak kimlik tespiti yapıldıktan sonra derhal bu kişileri serbest bırakmak zorundadır (YGİY md.19/1).

12-18 yaş arasındaki çocuklar ise suç sebebiyle yakalanabilirler. Ancak bu kimseler ile ilgili işlemlerin yapılmasında kolluk yerine C. savcısı tercih edilmiştir. Kolluğun bu kişilerle ilgili olarak sahip olduğu tek yetki, çalışma konumuz olan yakalamadır. Kolluk 12-18 yaş grubundaki çocuklar hakkında yakalama dışında bir usul hukuku işlemi yapamaz. Bu çocuklar, yakınları ile müdafiyeye haber verilerek derhal C. Başsavcılığına sevk edilirler. Bunların soruşturmasını bizzat C. savcısı yapar.

Yönetmelik md.19/b' ye göre, çocuklar ile ilgili işlemler mümkün olduğu ölçüde sivil kıyafetli görevliler tarafından yerine getirilir. Kimlikleri ve eylemleri mutlaka gizli tutulur. Kendi talebi olmasa bile müdafiden yararlandırılır. Müdafisi hazır bulunmadan şüpheli çocuğun ifadesi alınamaz. Çocuklara kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak zorunlu hallerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkasının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınır.

ÇKK 18. maddesi de benzer bir düzenleme içermektedir. Ünver'e göre bu madde hem çocuğa kelepçe takılmayacağını belirtmekte hem de kaçmasını ve tehlikeyi önlemek için gereğinin yapılmasını emretmektedir. Dolayısıyla, hatalı ve çelişkili bir hükümle bir çözüm getirilmeden kolluğun işini daha da güçleştirdiğini belirtmiştir³⁸⁶. Kanaatimizce de hem kanunda hem yönetmelikte, olağan dışı tehlikeli durumlarda çocuğun ve diğer kişilerin güvenliği için kelepçe yerine nasıl bir uygulamanın yapılacağı açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira çocuklar ile ilgili yapılan işlemler yasal olarak da uygulamaya dönük olarak da son derece hassastır. Kolluğun yorumu ile uygulamayı şekillendirmesine imkan verilmemelidir.

Çocuk kollukta iken, yakınlarından birinin yanında bulunmasına imkan sağlanır (ÇKK 31/3). Yetişkinlerden ayrı yerde tutulurlar. Çocuklar yetişkinler ile birlikte suç işlediklerinde soruşturmaları ve kovuşturmaları ayrı yürütülür.

³⁸⁶Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 333.

3.2.5.4. Avukatların Yakalanması

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca, avukatlık (...) görevinden doğduğu ve ya görevi sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı soruşturma Adalet Bakanının vereceği izin üzerine yapılabilecektir. Bu izin alınca kadar sadece lehe ve aleyhe olan deliller tespit etmekle yetinilip, avukatın yakalanması yoluna gidilmeyecektir³⁸⁷.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, muhakeme için izin şartının, sadece avukatın avukatlık göreviyle ilgili olan fiillerini kapsamıdır. Avukatlık göreviyle ilgili olmayan durumlarda, avukat için de herkesin tabi olduğu uygulama yoluna gidilir. Yani avukat, Adalet Bakanının izni aranmaksızın yakalanabilir.

Konumuzla ilgili Yargıtay 4. Ceza Dairesi 31.5.2006 tarihinde vermiş olduğu kararda; Avukatlık Kanununun 58. maddesi hükmüne rağmen, müdafilik görevini yerine getirirken polis ile tartıştığı ve saldırgan sarhoşluğundan bahisle avukat hakkında, Adalet Bakanının izni olmaksızın gözaltı kararı veren C. savcısı hakkında kamu davası açılması gerektiğine karar vermiştir.

3.2.6. Tutanak Tanzimi ve Yakalamanın Sona Ermesi

AİHS'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği anlamında getirdiği hakların kullanılabilmesi için bir takım kayıtların tutulması ispat açısından zorunludur. Zira kolluk tarafından yapılan bir gözaltı işlemine rağmen, bu işlemin hangi tarihte kim tarafından ne şekilde gerçekleştiğine dair kayıt tutulmamış olması halinde ya da kayıt tutulmakla birlikte bu kayıtlarda eksiklik bulunması halinde sözleşme ile sağlanan bu haklardan yararlanma imkanı olmayacaktır³⁸⁸.

AİHM'nin Türkiye'yi mahkum ettiği davaların çoğunda yakalama ve gözaltı kayıtları ya hiç tutulmamış ya da eksik tutulmuştur. Bu kayıtlara ulaşamamak devleti

³⁸⁷Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 331-332.

³⁸⁸Kazancı, a.g.e., s. 85.

sorumluluktan kurtarmaz. Bilakis görevini yerine getirmediği için haksız duruma düşürür.

Yukarıda kısaca belirttiğimiz durum nedeniyle yakalama işlemi kolluk tarafından bir tutanağa³⁸⁹ bağlanır. Bu tutanağa; yakalamanın hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yapıldığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı yazılır (CMK md.97). Tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilir. Bu kişi ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten “Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu” tanzim edilerek imzalı bir örneği verilir (YGİY md. 6/7).

Tutanakta yer alacak bilgiler ayrıntıya ilişkindir. Özellikle yer ve zamana ilişkin detay bilgileri kişi özgürlüğü bakımından son derece önemlidir³⁹⁰. Ayrıca yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesi bakımından da bu tutanak önem taşımaktadır.

Yakalama işlemi kişi hürriyetini kısıtlayan bir işlem olduğu için, tutanak özellikle süreler bakımından önemlidir. Yakalanan kişinin direnip direnmediği, bedeninde buna bağlı ekimozlar olup olmadığı, nerede, ne zaman, hangi görevli tarafından yakalandığı tutanağa yazılır. Tutanağa sadece “CMK 147. maddesinde sayılan hakları hatırlatıldı” şeklinde bir ifadenin yazılması yeterli değildir. Yakalama tutanağının kişinin hangi koşullarda yakalandığını ortaya koyması gerekir. Ayrıntılı olarak düzenlenmemişse, insan hakkı ihlali olabilir³⁹¹.

CMK'nın 169. maddesine 2014 yılında eklenen 7. fıkraya göre, terör ile mücadele kapsamına giren suçlarda, tutanağın altına kolluk kuvvetleri isimlerini yazmayıp sadece sicillerini yazarlar. Ayrıca tebligat adresi olarak ev adresleri gösterilmez. Bunun yerine iş adresleri yazılır.

³⁸⁹Türk Dil Kurumuna göre tutanak, “belgelenmesi gereken bir durumu tespit edenler tarafından imzalanan belge, zabıt varakası, birçok kimsenin imzaladığı rapor, mazbata anlamındadır.

³⁹⁰Şahin, **a.g.e.**, s. 280.

³⁹¹Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 327.

3.2.7. Yakalananın Mahkemeye Götürülmesi

Yargıç ve mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma ve kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili yargıç veya mahkeme önüne çıkarılır (CMK md. 94/1). Bu düzenleme emredici nitelikte olup bu sürenin aşılması, ihmali olan kamu görevlilerinin sorumluluğunu doğurur. 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce; yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili yargıç veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza yargıcısı önüne çıkarılır ve serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili yargıç veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanırdı (CMK md. 94/1). Uygulamada buna “yol tutuklaması” ya da “sevk tutuklaması” denilmekteydi. Ancak 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle kişinin yetkili yargıç önüne çıkarılamaması nedeniyle tutuklu kalmasının önüne geçilmesi için yol (sevk) tutuklaması usulü kaldırılmıştır. Buna göre yakalanan kişi en geç yirmi dört saat içinde yetkili yargıç veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili yargıç veya mahkeme tarafından bu kişilerin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır. (CMK md. 94/2)³⁹². Donay’a göre esasen bu hükümlerin uygulanması diğer maddelere göre olanaklı olduğu için bunun kaldırılmasının bir sakıncası olmamıştır³⁹³. Kanaatimizce de sevk tutuklaması ismiyle tabir edilen uygulama, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının yasal ve meşru olduğu hiçbir evrensel hukuk normu ile bağdaşmamakta idi. Günümüz teknolojinin sağladığı imkanlardan faydalanmak suretiyle kaldırılması isabetli olmuştur.

Yakalanan kişi savcı tarafından bırakılabilir, gözaltına alınmasına karar verilebilir veya tutuklanması ya da adli kontrol uygulanması talebiyle yargıç huzuruna sevk edilebilir. Kolluk savcının emri olmadan yakalanan kişiyi bırakamaz³⁹⁴.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi E.2007/3678 K. 2008/4090 ve 15.5.2008 tarihli kararında; hakkında yakalama kararı çıkartılan sanık Yılmaz Bektaş’ın yakalandığında 5271 Sayılı CMK’nın 94. maddesi uyarınca yetkili mahkeme olan Konya 3. Ağır Ceza

³⁹²Ercan, a.g.e., s. 166-167.

³⁹³Süheyl Donay, *Ceza Yargılaması Hukuku Mevzuatı*, İstanbul: Beta Basım, 2013, s. 68.

³⁹⁴Toroslu, a.g.e., s. 238.

Mahkemesine çıkartılıp savunmasının alınması gerektiği gözetilmeden 25.12.2005 tarihinde Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesince savunmasının alınması ve usulsüz alınan bu savunmaya dayanılarak hüküm kurulmasının yasaya aykırı olduğunu belirtmiştir.

3.3. Yakalanan Kişinin Gözaltına Alınması

Yakalamadan sonra ortaya çıkan gözaltı koruma tedbiri, bu başlık altında ayrıntılarıyla incelenmiştir.

3.3.1. Genel Olarak

Gözaltı, yakalanan kişinin soruşturmanın tamamlanması amacıyla, kanunda öngörülen süre ile sınırlı olarak hakim önüne çıkarılincaya veya serbest bırakılincaya kadar, C. savcısının emri ile kişi özgürlüğünün geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır³⁹⁵. Bu şekilde el altında bulundurmaların amacı, ifade ve sorgu gibi soruşturma işlemlerinin tamamlanmasına imkan sağlanmasıdır³⁹⁶. CMUK'dan farklı olarak 5271 sayılı CMK, yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerini birbirinden ayırmıştır. Gözaltına alma Cumhuriyet savcılığınca verilen ayrı bir “ kararlar” yapılan bir usul işlemi olarak düzenlenmiş ve yakalanan kişinin durumunun bildirildiği Cumhuriyet savcılığı tarafından gözaltına alınmasına karar verilmesi sistemi getirilmiştir³⁹⁷.

CMK md. 91/1 hükmüne göre: “yakalanan kişi, Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir”.

Kolluk, resmi sıfatı bulunmayanlar tarafından yakalanıp kendisine teslim edilen veya doğrudan doğruya kendisinin yakaladığı kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi vermek ve onun emri doğrultusunda işlem yapmakla yükümlüdür (CMK md. 90/5). Durum kendisine bildirilen Cumhuriyet savcısı, yakalananın serbest bırakılacağına karar verebileceği gibi; soruşturmanın tamamlanması için yakalananın gözaltına alınmasına da karar verilebilir (CMK md. 91/1). Bu karar kolluğa bildirilir³⁹⁸.

³⁹⁵Öztürk vd., a.g.e., s. 452-453.

³⁹⁶Karakehya, a.g.e., s. 219.

³⁹⁷Yenisey, Nuhoglu., a.g.e., s. 332.

³⁹⁸Centel, Zafer, a.g.e., s. 342.

Gözaltına alınan kişi, serbest bırakılmazsa gözaltı süresinin içerisinde hakim karşısına çıkarılmalıdır. Hakim şüpheliyi tutuklayabileceği gibi serbestte bırakabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, gözaltı süresi dolduğunda kişinin bir dakika daha özgürlüğünden alıkonulmaması gerektiğidir. Bu hususta mazeret kabul edilemez. Şüpheli ister kolluk biriminde, isterse adliyede bulunsun, eğer tutuklama kararı verilmemişse gözaltı süresi bittiği an serbest bırakılması gerekir. Özellikle son dönemde kamuoyuna yansıyan bazı davalarda bu durum yaşanmıştır. Şüpheliler haklarındaki gözaltı süresi dolmasına rağmen, hakim karşısına çıkarılacakları bahanesiyle serbest bırakılmayıp adliyede bekletilmektedirler. Bu uygulama yanlıştır. Gözaltı süresi dolduktan sonra her ne saikle olursa olsun şüphelinin serbest bırakılmaması hukuka aykırılık teşkil eder.

CMK 90/5. maddesinin ilk şeklinde, *“birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi, düzenlenecek soruşturma belgesiyle birlikte hemen Cumhuriyet savcılığına gönderilir”* hükmü sevk edilerek, bir kimsenin gözaltına alınabilmesi için mutlak olarak savcıya çıkarılması öngörülmüş bulunmaktaydı. Ancak bu hükmün uygulamada sorunlar çıkarılabileceği, her an için savcıya ulaşmanın ve şüpheliyi savcı önüne çıkarmanın özellikle kırsal kesimdeki güçlükleri gözönünde bulundurularak, bu çok olumlu adımdan maalesef geriye gidilmiştir. Nitekim CMK’da 25.05.2005 tarihinde 5353 sayılı kanun ile yapılan değişiklik (md. 7) ile 90. maddenin 5. fıkrası şu şekli almıştır. *“Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi veya olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır”*³⁹⁹. Böylece savcı şüpheli şahıs önüne gelip ifadesini almadan da gözaltı kararı verebilecektir. Ancak, günümüzde kolluk güçlerinin sahip olduğu ulaşım vasıtaları, kırsal da dahi şüpheliyi C. savcısının yanına götürülmeye imkan vermektir. Zira gerek polis gerek Jandarma karakollarının hepsinde devriye aracı bulunmaktadır. Ayrıca kolluk, duruma ilk müdahale ettiği için, olayın yaratacağı heyecan kızgınlık vs. gibi kişisel duyguların tesiri ile bazen C. savcılarını yanlış yönlendirebilmektedirler. Yakalanan ise bu süreçte, C. savcıyla iletişim kuramamaktadır. Gözaltı süresince özgürlüğü kısıtlanıp, ancak bu sürenin sonunda C. savcısıyla doğrudan iletişime geçerek

³⁹⁹Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 51-52.

kendini ifade edebilmektedir. Bahsettiğimiz olumsuzluktan ötürü, maddenin ilk haline dönülmesi kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Gözaltı yetkisinin C. savcısında olduğuna dair genel kurala 2015 yılında 6638 sayılı Yasayla bir istisna getirilmiştir. Bu yasa ile kolluk amirine de gözaltı kararı verme yetkisi tanındı. Bu temel hak ve özgürlükleri gerileten bir düzenlemedir. 2005 reformundan geriye doğru atılan hatalı bir adımdır. Yargı yetkisine haiz olmayan ve olaya birincil derecede müdahil olan bir kişiye, bireyin özgürlüğünü kısıtlama yetkisi verilmiştir.

3.3.2. Gözaltına Almanın Koşulları

Gözaltına alma, kişi özgürlüğünün belirli bir süre ile sınırlandırılmasını gerektirdiğinden, sıkı koşullara bağlı tutulmuştur. Buna göre C. savcısının gözaltı emri vermesi için, iki koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekir.

1) *Gözaltına almanın soruşturma yönünden zorunlu olması*: Gözaltına alma işleminin soruşturma yönünden zorunlu olması, yakalanan kişi, gözaltına alınmadığında ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının tehlikeye girecek olması demektir. Sözgelimi suçüstü halinde şüpheli sayısı fazla veya işlendiği iddia edilen suç kaçma şüphesini akla getirebilecek nitelikte ise, örneğin bir terör eylemi veya adam öldürme gibi suçlardansa gözaltına alma işlemi yapılacaktır⁴⁰⁰.

2) *Kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı*: Gözaltına alma işlemi için varlığı aranan ikinci şart, kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığıdır. Bu düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu'na 2014 tarihli 6526 sayılı Kanun ile girmiştir. Bu Kanun ile değişmeden önce CMK'nın gözaltı için aradığı şart, somut delil yerine "*emarelerin varlığı*" idi. Ancak gözaltına alma kararı verilirken "delil" aranmadığı için bu düzenleme nedeniyle Türkiye AİHM önündeki davalarda mahkum olmuştur.

⁴⁰⁰Öztürk, Kazancı, Güleç, a.g.e., s. 40.

AİHM *Berktaş/Türkiye Davasında*⁴⁰¹, yakalama ve gözaltı işlemine gerekçe teşkil etmesi gereken “makul şüphenin”, keyfi özgürlükten mahrumiyet uygulamalarına karşı Sözleşmenin 5/1 (c) bendinde yer alan güvencenin asli bir unsuru olduğunu vurgulamıştır. “Makul Şüpheli” kavramı ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek ölçüde yeterli bulgu ve bilgilerin bulunması halidir. Somut olayda Mahkeme, dava dosyasında bulunan delillerin makul bir şüpheli bulunduğu sonucuna varmak için yeterli olmadığına kanaat getirmiştir. Ayrıca gözaltı tutanağı dışında, davacı devlet ikinci başvuru sahibi aleyhindeki şüpheleri destekleyen başka bir bilgi temin etmemiş olduğu için, davalı devletin yaptığı açıklamalar Sözleşmenin 5/1(c) bendindeki asgari koşulları sağlamadığına hükmetmiştir.

Gözaltı ile yakalama birbirinden bağımsızdır. Gerek amaç ve koşulları gerek kanuni düzenlemelerdeki yansımaları, CMK açısından bu iki koruma tedbirinin birbirinden farklı olduğunu göstermektedir. Yakalamadan gözaltına geçiş zorunlu olmadığı gibi, koşulları gerçekleşse dahi yakalama yapan her kişi ve merci, gözaltı kararı veremez ve fiilen icra edemez. Yakalamanın yalnızca bazen gözaltı kararının icrası için koruma önlemlerinin araç oluş niteliği gereği vasıta olarak kullanılması söz konusudur⁴⁰². Burada dikkat edilmesi gereken husus, gözaltının zorunlu bir koruma tedbiri olmadığıdır. Her yakalanan gözaltına alınacak şekilde bir kural yoktur. Böyle bir kanunun varlığı bile kişi hak ve özgürlükleri açısından sakıncalıdır.

Keyfi uygulamaların önüne geçilmesi ve kişilerin özgürlüklerinin hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırılmasının önüne geçilmesi amacıyla, gözaltına alma kararının verilmesi ve uygulanması sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Hükme bağlanan şekil şartına aykırı davranılması halinde gözaltına alma işlemi hukuka aykırı olur.

Kişi özgürlüğünü geçici süreyle sınırlayan bu koruma tedbiri ile ilgili genel bilgiler verildikten sonra, çalışmamızın bundan sonraki kısmında, süresi, şartları, icrası gibi alt konulara değinilecektir.

⁴⁰¹Berktaş/ Türkiye, 01.03.2001, No. 22493/93.

⁴⁰²Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 337.

3.3.3. Gözaltına Almayı Gerektiren Haller

Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin gözaltı kararı verebilmesi, aşağıda belirtilen hallerde mümkündür.

3.3.3.1. Serbest Bırakılmayan Yakalanan Kişinin Gözaltına Alınması (md. 91/1-2)

Bir suçtan yakalanan kişi, Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir.(CMK md. 91/1) Burada önceden hazırlanmış bir yakalama emri yoktur (müzekkeresiz yakalama).

Bu halde bir kişinin gözaltına alınabilmesi, soruşturmanın tamamlanması için zorunlu olmalıdır. Eğer soruşturma tamamlanmış ise yakalanan kişinin gözaltına alınması hukuka aykırı olur. Bu nedenle gözaltı kararı verilmeden önce, soruşturmanın tamamlanıp tamamlanmadığı hususunun takdir ve tayin edilmesi gerekir⁴⁰³.

3.3.3.2. Yakalama Müzekkeresine Dayanan Gözaltına Alma

Yakalama konusunda bahsettiğimiz üzere, kanunda belirtilen koşulların varlığına bağlı olarak belirli hallerde yakalama emri üzerine de yakalama yapılabilmektedir. Bu şekilde yakalananlar hakkında da gözaltı kararı verilebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, kanun koyucunun müzekkeresiz yakalamalar bakımından gözaltı süresine ilaveten öngördüğü, en fazla on iki saatlik yol süresini, müzekkereli yakalamalarda öngörmemiş olmasıdır. Bu düzenleme CMK'ya 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile girmiştir. Yakalama emri üzerine kişi yakalandığında, yirmi dört saat içinde yetkili hakim önüne çıkarılmıyorsa, yine aynı süre içinde sesli ve görüntülü iletişim sistemi vasıtasıyla ifade alma veya sorgu işlemine tabi tutulmalıdır. Bu tür yakalamalardan sonra ayrıca on iki saatlik yol süresi söz konusu değildir. Bu yeni düzenleme ile sevk tutuklaması hukukumuzdan kalkmıştır. İletişim imkanlarının bu denli geliştiği çağımızda kişi özgürlüğünü feda etme yerine

⁴⁰³Aldemir, a.g.e., s. 86.

teknolojiyi kullanmanın tercih edilmesi isabetli olmuştur. Ayrıca kanunla yapılan değişiklik ile AİHM'nin içtihatlarına⁴⁰⁴ paralel bir düzenlemeye gidildiği de kabul edilebilir.

3.3.3.3. Kimliğini İspat edemeyenlerin Yakalanması ve Gözaltına Alınması

Kolluk, PVSK md.4/A'da gösterilen kişilere kimliklerini sorabilir. Belgenin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır (PVSK md. 4/A-9).

Bu düzenleme kanaatimizce, temel hak ve özgürlüklerin günümüzde ulaştığı seviyenin gerisinde kalmıştır. Elbette ki kişi gerektiği zaman kimliğini kolluğa ibraz etmelidir. Toplumun güvenliği ve suçla mücadele için bu gereklidir. Fakat kişiye kimliğini ispat edemediği için özgürlüğü kısıtlanmadan önce kendisine her türlü kolaylık sağlanmalıdır. Doğrudan kimliği görülme bile, edinilecek bilgilerle kişinin herhangi bir suçun şüphelisi ya da tehlikelilik arz eden bir kimse olmadığı anlaşıldığında derhal serbest bırakılması gerekir. Zira özgürlüğünün kısıtlanması çok ağır bir koruma tedbiridir. Son çare olarak başvurulması insan hakları ilkelerinin gereğidir. Bu sebeplerden bu maddenin hak ve özgürler çerçevesinde yeniden düzenlenmesi yerinde olur.

3.3.3.4. Sınır Dışı Edileceklerin Gözaltına Alınması

Gerek AİHS gerekse Anayasa, sınırdışı edilecek kişilerin yakalanıp gözaltına alınmasına hukuken izin vermektedir.

AİHS 5. maddesi, kişinin özgürlüğünden mahrum edilebileceği istisnai halleri sayarken (f) bendinde sınırdışı edileceklerin gözaltına alınmasını da bu kategoriye dahil

⁴⁰⁴Bu konuda bkz. Rigopoulos/İspanya, 12.1.1999, No. 37388/97.

etmiştir. 5/1(f) e göre: “Kişiyi usulüne aykırı surete ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınırışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması” kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasının meşru olduğu hallerden kabul edilmiştir.

Bu konuya ilişkin anayasal düzenleme 1982 Anayasası’nın 19/2 fıkrasında yer almaktadır. Bu maddeye göre, “... usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” demek suretiyle sınırışı ve geri verme halleri özgürlüğün kısıtlanabileceği haller arasında sayılmıştır.

Meseleye CMK açısından baktığımızda ise açık bir hüküm göremiyoruz. Ancak Yönetmeliğin 5/1(i) bendi AİHS ve Anayasaya uyumlu bir şekilde kolluk kuvvetlerine “usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren veya hakkında sınırışı etme veya geri verme kararı alınan kişileri” yakalayabilme yetkisi vermektedir.

Yukarıda sırasıyla belirtilen bu hükümler birlikte yorumlandığında; kolluk güçlerinin 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun ve Pasaport Kanununa aykırı bir şekilde ülkeye girmek isteyen veya haklarında sınırışı etme ya da yabancı ülkeye iade edilme kararı verilen kişileri yakalama ve gözaltına alma yetkisi bulunmaktadır⁴⁰⁵.

3.3.4. Kararı Verecek Makam

Hukuk sistemimize 6638 sayılı Kanun ile giren kolluk amirinin gözaltına alınma kararı verme yetkisi, C. savcısının bu alandaki münhasır yetkisini sonlandırmıştır. Aşağıda her iki makamın bu konudaki yetkileri incelenmiştir.

⁴⁰⁵Aldemir, a.g.e., s. 90.

3.3.4.1. Cumhuriyet Savcısı

Gözaltı kararını kimin vereceği, Kanunda ve Yönetmelikte açık değildir. Bu konuda CMK'daki düzenleme şu şekildedir: “*Yakalanarak hemen C. savcılığına gönderilen kişi, Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir*” (CMK md. 91). Yönetmeliğe göre ise 5271 sayılı CMK'nın 90. maddesine göre yakalanan kişi, Cumhuriyet savcısı tarafından bırakılması emredilmezse, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınır (YGİY md. 13/1). Hem kanun hem de yönetmelik birlikte değerlendirildiğinde CMK 91. maddesi bağlamında gözaltı kararını vermeye C. savcısının yetkili olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak kişi özgürlüğünü çok ciddi bir biçimde kısıtlayan bu koruma tedbiri kararını kimin vereceğinin, açık bir şekilde yazılmasının daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

Cumhuriyet savcısı bu kararını yazılı veya sözlü olarak kolluğa bildirir. Uygulamada gözaltı kararları çoğunlukla kolluğa sözlü olarak bildirilmekte, ilerleyen saatlerde yazılı emir imzalanmaktadır. Bu da genellikle tahkikat evrakı hazırlanıp ifade için şüpheli şahıs adliyeye getirildiğinde olmaktadır. C. savcıları, tahkikat evrakının içerisindeki matbu savcılık görüşme tutağının altını imzalamak suretiyle verdikleri gözaltı emrini yazılı hale getirirler.

3.3.4.2. Mülki Amir Tarafından Belirlenen Kolluk Amirinin Gözaltı Kararı (CMK md. 91/4).

Kolluk amirlerinin toplumsal olaylardaki “suçüstü gözaltısı”, 2015 yılında 6638 sayılı Kanun ile Hukuk sistemimize girmiş bir kavramdır⁴⁰⁶. CMK md. 91/4 de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: “Suçüstü halleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması halinde veya işlemlerin tamamlanması

⁴⁰⁶Feridun Yenisey vd., **CMK Cep Kitabı**, 4.b., Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 82.

üzerine derhal ve her halde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından yakalanan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.

CMK md. 91/4 uyarınca kolluk amirine gözaltına alma yetkisi verilen suçlar şunlardır:

a) *Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar.*

b) *26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;*

1) *Kasten Öldürme (madde 81,82)*

2) *Kasten yaralama (madde 86, 87).*

3) *Cinsel saldırı (madde 102).*

4) *Çocukların cinsel istismarı (madde 103).*

5) *Hırsızlık (madde 141,142).*

6) *Yağma (madde 148,149).*

7) *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188).*

8) *Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195).*

9) *Fuhuş (madde 227).*

10) *Kötü muamele (madde 232).*

c) *12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan suçlar.*

d) *6.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar.*

e) *10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.*

Yukarıda sayılan hallerde mülki amirce belirlenen *kolluk amirine C.* savcısının bilgisi dışında bazı durumlarda 48 saate kadar varan gözaltı yetkisi verilmiştir. Sürenin sonunda söz konusu kişinin gözaltına alındığına ilişkin C. savcısına bilgi verilmesi de

söz konusu değildir. Öztürk'e göre, bu yolla ceza soruşturmasına ilişkin görevleri bakımından kolluk C. savcısının gözetim ve denetimi dışına çıkmaktadır. Kolluk amirinin mülki amir tarafından belirlenmesi ceza muhakemesine yürütmenin müdahale etmesine zemin hazırlamaktadır. C. savcısının tamamen denetimi dışında kolluk amirine tanınan bu yetki, gözaltı işlemlerinin hukuksal açıdan denetlenmesi olanağını da fiilen ortadan kaldırmaktadır⁴⁰⁷. Biz de yazarın bu konudaki eleştirilerine aynen katılmaktayız. Ayrıca kolluk amirinin, olaya ilk aşamada müdahil olan kamu görevlisi olması nedeniyle, şüpheliye karşı bir kızgınlık hatta öfke duyması kuvvetle muhtemeldir. Yukarıda belirtilen olumsuzluklara ilave olarak bu durumunda, kolluk amirine gözaltına alma kararını sağlıklı bir şekilde vermesine engel olacağını düşünmekteyiz.

Aynı konuyla ilgili Şen'e göre, kolluk amirlerine şüpheliyi gözaltına alma yetkisinin tanınması, 5271 sayılı CMK'nın sistemi ve disiplinine aykırıdır. Zira CMK md. 160 ve 161'e göre; soruşturmayı yürüten, soruşturmanın amiri, yönlendireni Cumhuriyet savcısıdır. Bu düzenleme, yürütme organı ve idareye bağlı idari kolluk teşkilatı amirlerine cumhuriyet savcılarının yetkileri verilmektedir. 5271 sayılı Kanunun sistematığına, disiplinine ve işleyişine aykırı yeni düzenleme, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını da etkisizleştirecek niteliktedir. Keyfi ve kötüye kullanımlara son derece açıktır⁴⁰⁸. Yenisey ise: Kolluk amirine gözaltı kararı verme yetkisinin tanındığı olaylarda, savcının hukuk garantisi teşkil eden denetiminin ortadan kalktığını belirterek düzenlemenin hatalı olduğunu ifade etmiştir⁴⁰⁹.

Her iki düşünce de kanaatimizce isabetlidir. İlave olarak kişi özgürlüğünün kısıtlamasına yargı mensupları karar vermelidir. Geçmiş dönemlerde kolluk teşkilatına girmiş ve halen görev yapan bazı kolluk amirleri lise mezunudur. Bırakın hukuk öğrenimini, yükseköğrenim bile yapmamış kolluk amirlerinin, kişi özgürlüğünü kısıtlarken olaya hukuk ve insan hakları penceresinden bakmaları zayıf bir ihtimaldir. Ayrıca bu düzenleme ile getirilen çift başlılık soruşturma evresinde kargaşa yaratacak niteliktedir.

⁴⁰⁷ Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 454.

⁴⁰⁸ Ersan Şen, "Savcının Yetkisine Müdahale ve Gözaltı" (Çevrimiçi)

<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1343099-savcinin-yetkisine-mudahale-ve-gozalti>

(Erişim Tarihi: 05.12.2015).

⁴⁰⁹ Feridun Yenisey, **Kolluk Hukuku**, 2.b., İstanbul: Beta Basım, 2015, s. 471-472.

Bu konuya ilişkin son olarak değineceğimiz konu Terörle Mücadele Kanununa İlişkindir. 2014 yılında TMK 10. maddesi yürürlükten kalktığı için, terör suçlarındaki tüm özellikler sona ermişti. Ancak 2015 tarihinde 6638 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bir tür olağanüstü hal düzenlemesi geldi ve TMK'daki suçlardan dolayı yapılan yargılamalarla gözaltı kararı özel yetkili kolluk amiri tarafından verilir oldu, süreside uzatıldı⁴¹⁰.

3.3.5. Gözaltı Kararı Üzerine Yapılacak İşlemler

3.3.5.1. Sağlık Kontrolü

Yakalanan kişinin, gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hallerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir (Yön. md. 9). Bu düzenlemenin nedeni zor kullanma sırasında vücutta meydana gelen deformasyonların belirlenmesidir. Bu şekilde hem kolluğun zor kullanmada sınırı aşmış olmadığı belirlenecek hem de ileride söz konusu olabilecek çeşitli işkence iddiaları bertaraf edilecektir. Bununla birlikte “Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir⁴¹¹”.

Yönetmeliğin 9. maddesinin devamında gözaltına alınan ile ilgili olarak yapılacak sağlık kontrolünün esasları şu şekilde düzenlenmiştir: Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır.

Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması

⁴¹⁰Yenisay, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 336-337.

⁴¹¹Özbek vd., **a.g.e.**, s. 306.

zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu durum belgelendirilir.

Tıbbî muayene, kontrol ve tedavi, adlî tıp kurumu veya resmî sağlık kuruluşlarınca yapılır. Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim raporunu verecek birime, yakalananın nezarethaneye giriş raporu mu, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir.

Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir.

Gözaltı süresinin uzatılması veya yer değişikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından; bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 157 nci maddesinde belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır.

Hekim muayene esnasında işkence (TCK md. 95) ve eziyet (TCK md. 96) suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlarsa durumu derhal Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu durumda, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğe göre işlem yapılır (Muayene Y. md.7,8).

Sağlık kontrolü, nitelikli müdahale, örneğin, vücuttan örnek alınması niteliğinde ise, CMK md. 75 vd. hükümleri dikkate alınarak uygulama yapılmalıdır⁴¹².

⁴¹²Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 339.

Hekim ile muayene edilen şahıs yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkileri çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi halinde müdafî de muayene gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir⁴¹³. AİHM'nin şüpheli ile doktor, hekim hasta ilişkileri çerçevesinde yalnız kalmadıkları için Türkiye'yi mahkum ettiği davalar vardır.

*Okur/Türkiye Davasında*⁴¹⁴ AİHM, hekim ile şüphelinin yalnız kalması kuralına uygun olarak düzenlenen bir doktor raporunun, tutuklu kimselere özellikle suçu itiraf ettirmek amacıyla uygulanma riski bulunan kötü muamelelerin tespiti ve engellenmesi bakımından temel teminatlardan birini oluşturduğunu hatırlatmaktadır. Böylesi bir doktor muayenesi özel olarak, güvenlik güçlerinin ya da başka görevlilerin bulunmadığı bir ortamda sadece tıbbi uzmanların kontrolü altında yapılmalıdır. Bir gözaltı sırasında yapılan sağlık kontrolü için bazı koşullarda güvenlik güçlerinin orada bulunması gerekli görülse bile (kanıtlanmak şartı ile) mevcut davada böyle bir ihtiyacın olmadığı anlaşılmaktadır. Dosya incelendiğinde, başvuranın yalnız kaldıkları takdirde doktor için bir risk teşkil ettiği söylenemez. AİHM somut davada Hükümetin güvenliğe bağlı herhangi bir neden ileri sürmediğini not etmiştir. Ayrıca, YGİY'nin 10. maddesi uyarınca, doktorun kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını istediği durumlarda, bu isteğin bir tutanakla belgelendirilmesi gerektiğini hatırlatmış ve olayda böyle bir tutanak olmadığından bahisle Sözleşmeye aykırılık tespit etmiştir.

Kadınların muayenesi, talebi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek kadının talebine rağmen kadın hekimin bulunmaması halinde, muayene sırasında hekim ile birlikte sağlık mesleği mensubu bir kadın personelin bulundurulmasına özen gösterilir (CMK md. 77).

3.3.5.2. Güvenlik Araması

Gözaltı birimine getirilen kişi güvenlik aramasına tabi tutulur. Nezarethaneye

⁴¹³Şahin, a.g.e., s. 290.

⁴¹⁴Okur/Türkiye, 17.01.2012, No. 31869/06.

veya zorunlu hallerde bu amaca tahsis edilen yerlere konulmadan önce üstü usulünce aranır. Gözaltına alınacak kişinin güvenlik amaçlı aranabilmesi için ayrıca hakim kararına gerek yoktur⁴¹⁵. C. savcısının yazılı veya sözlü olarak verdiği gözaltı kararının kolluğa bu aramayı yapma yetkisini verdiği de kabul edilir. Yeter ki güvenlik aramasının koşulları var olsun ve arama bu nitelikte ve çerçevede yapılsın. Savcının arama kararı verme yetkisinin, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sınırlı ve koşula bağlı olduğu unutulmamalı ve bu adli aramaya dönüştürülmemelidir⁴¹⁶.

Yönetmeliğe göre de, gözaltı birimine getirilen kişi nezarethaneye konulmadan önce usulünce aranır. Kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelere arındırılır. Üzerinden çıkan para ve eşya muhafaza altına alınır (YGIY md.10). Suç unsuru taşıyan herhangi bir şey bulunursa tutanakla kayıt altına alınır ve C. savcısı durumdan haberdar edilir. Bunun dışında kalan kişisel malları iade edilir.

Yönetmeliğin aynı maddesine göre, şüphelinin üzerinden çıkan eşya ve para muhafaza altına alınır. Paranın nev'i, seri numarası ve miktarı, eşyanın vasıfları ve markasını belirten bir tutanak düzenlenir ve bu tutanağın bir sureti üstü aranan kişiye verilir.

3.3.5.3. Nezarethane İşlemleri

Yakalanan ve gözaltına alınan kimse tutuklu ve hükümlü olmadığından tutukevine veya cezaevine konulamaz. Genel kolluğun nezarethanesinde tutulurlar⁴¹⁷. Bu başlık altında önce şüphelinin nezarethaneye kayıt ve kabulü ardından da nezarethanede müdafii ile görüşmesi konuları incelenmiştir.

3.3.5.3.1. Nezarethaneye Kabul ve Kayıt

Güvenlik araması yapılan kişinin nezarethaneye girişi “Nezarethaneye Alınanların Kaydına Dair Defter”e kaydedilerek tespit edilir (YGY md. 11/1). Bu deftere hangi bilgilerin kaydedileceği Yönetmeliğin 12. maddesinde sayılmıştır.

⁴¹⁵Bıçak, a.g.e., s. 493.

⁴¹⁶Ünver, a.g.e., s. 339.

⁴¹⁷ Kadir Gündoğan, Cihan Koç, Coşkun Özbudak, **Kolluk Hukuku**, Ankara: Kartal Yayınevi, s. 583.

Özetlersek, nezarethaneye alınan şüpheliye ait kimlik bilgileri, tarih, saat, işlemi yapan kolluk görevlisine ait bilgiler bu deftere kaydedilir. Özellikle gözaltında kayıplar ve işkence soruşturmalarında şüphelinin akıbeti ile ilgili olarak bazen elde bulunan tek belge, bu defterdir.

Kişinin gözaltına alınmasıyla ilgili olan bu hususlar C. Başsavcısı ya da onun görevlendireceği C. savcısının denetimine tabidir (CMK md. 92). Ancak 2015 tarih ve 6638 sayılı yasa ile hukuk sistemimize dahil edilen “kolluk gözaltısında” C. savcısının denetimi söz konusu değildir.

Nezarethanelerde; aynı suçla ilgisi olanlar, birbirine hasım olanlar, erkek ve kadınlar bir araya konulamaz, çocuklar yetişkinlerden ayrı tutulurlar, nezarethane de zorunlu haller dışında beşten fazla kişi bir arada bulundurulmaz (YGİY md. 11/2-a-b).

Nezarethanelerde, tuvalet, temizlik gibi zorunlu ihtiyaçların giderilmesi görevli memurun gözetiminde sağlanır. Yiyecek ve içecekler önceden kontrol edilir (YGY md 11/2-c-d).

Gözaltına alma muhakkak nezarethane veya başka bir kapalı yerde alıkoymayı gerektirmez. Kolluk nezaretinde bir yerden diğer bir yere sevk de gözaltına alma kavramına dahildir. Yakalanıp gözaltına alınana uygulanacak sınırlamalar, tutuklularinkine kıyasla, yakalama gayesi ile haklı görüleceklerden ibaret olmalıdır. Bunlar da isterlerse, kendi masrafları ile istirahat ve ihtiyaçlarını temin edebilmelidir⁴¹⁸. Örnek vermek gerekirse, gözaltında bulunan şahıs, kolluk birimince verilen yemek yerine ücretini ödemek şartıyla dışarıya yemek siparişi verebilir.

Herkes toplumdaki konum, saygınlık, kazanç ve kişisel durumundan bağımsız olarak, bir birey olarak onurunun korunmasını talep hakkına sahiptir ve bu durum ilke olarak, özgürlüğü kısıtlanan kimsenin hijyenik olmayan nezarethane, tutukevi ve infaz kurumunun gereklerine aykırı yerlerde bulundurulmasını yasaklamaktadır⁴¹⁹. Nezarethane odalarının yeterli havalandırma ve aydınlatma imkanına sahip olması

⁴¹⁸Kunter, a.g.e., s. 710-711.

⁴¹⁹Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 340.

gerekir. Bunun standartları Yönetmelikte belirtilmiştir. Örneğin YGİY 25. maddesine göre, Nezarethaneler en az 7 metrekare genişliğinde, 2,5 metre yüksekliğinde ve duvarlar arasında en az 2 metre mesafe olacak şekilde düzenlenecektir.

Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan, Devletin, işkence ve insanlık dışı onur kırıcı muameleyi önleme yükümlülüğü, gözaltına alınan kişileri de kapsar⁴²⁰. Nezarethanelere alınan kişilerin özgürlüğü kısıtlandığından dolayı burada karşılaştıkları fiziksel yokluklar ve olumsuzluklar AİHS 3. madde de düzenlenen *İşkence Yasağının* ihlali niteliğine bürünür.

Elçi ve Diğerleri/Türkiye Davasında AİHM, başvuranın alıkonma koşullarına – soğuk, karanlık ve rutubetli, yeterli yatak, yiyecek ve hijyen olanaklarından yoksun– ilişkin ifadesinin ve hakaret edildikleri, küçük düşürüldükleri, tokatlandıkları ve önlerine konulan her belgeyi imzalamak durumunda bırakılmalarını, AİHS'nin 3 maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.

Savcılar, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler, sonucu nezarethaneye alınanlar defterine kaydeder (CMK md. 92). Bu hüküm esas itibarıyla yerinde ve amaca uygundur. Ancak Başsavcı ve ya görevlendireceği savcıların nezarethaneleri hangi sıklıkla ve yılda kaç kez denetleyeceği belirtilmemiştir. Bu konunun yönetmelikte açıkça gösterilmesi isabetli olurdu. Bu eksiklik maddenin konuluş amacına uygun olmayıp, maddeden beklenen işlevi de tehlikeye düşürecek niteliktedir⁴²¹.

Türkiye'de özellikle son beş yılda nezarethanelerin, Avrupa standartlarına erişmesi için birtakım çabalar ve kaynaklar sarf edilmiştir. Ancak bazı karakol binalarının eski ve yüz ölçümlerinin küçük oluşu, Avrupa standartlarının yakalanmasını güçleştirmiştir.

⁴²⁰Mcbride vd., a.g.e., s. 34.

⁴²¹Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 340.

3.3.5.3.2. Nezarethanede Şüpheli ve Müdafî Görüşmesi

Bu konuyla ilgili son olarak nezarethanede şüpheli ve müdafî görüşmesine değineceğiz. Nezarethanede bulunan şüpheli, vekaletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir, hukuki yardımda bulunabilir (CMK md.149). Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz (YGİY md. 21).

Müdafî, şüpheliyle görüşme öncesi, kolluk birimlerinde bulunan şüpheliyle ilgili dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini alabilir. Böyle bir inceleme olmaksızın müdafîin etkin bir hukuki yardım sunabilmesi mümkün değildir⁴²². Kolluk bazı olaylarda hatalı olarak dosyayı inceleme talebinde bulunan müdafîinin bu talebini geri çevirerek, bunun için C. savcısından izin almaları gerektiğini ileri sürmektedir. Mahkeme tarafından yasaklama kararı olmadıkça müdafîin kollukta bulunan dosyayı incelemesine mani bir hal yoktur. Kolluk personeli bu tür yanlış uygulamaları ile bireyin en temel haklarından biri olan savunma hakkını engellemektedir. Bu konuyla ilgili olan “ kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili savcının yazılı emri gerekir” şeklindeki Yönetmelik hükmü hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 15.12.2005 tarih ve 2005/762 sayılı karar ile yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.

Şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı terör suçlarında 2014 yılına kadar kısıtlanabiliyordu. Ancak, 2014 değişikliğiyle Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hakim kararıyla yirmi dört saat kısıtlama yetkisi TMK 10/b fıkrasıyla birlikte kaldırılmıştır.

Müdafîin hiçbir kısıtlamaya tabi tutulamayan bir dosya inceleme yetkisi, 153. maddede 2014 yılında 6572 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tekrar kısıtlamaya tabi kılınmıştır. Yapılan değişikliğe göre, sadece 153. maddenin 2. fıkrasında liste halinde sayılan suçlarda, müdafîin dosyayı inceleme yetkisi kısıtlanabilecektir. Katalogda yer alamayan suçlarda ise, müdafîin dosyayı inceleme yetkisi hiçbir kısıtlamaya tabii

⁴²²Bıçak, a.g.e., s. 495.

tutulamaz⁴²³. Ayrıca CMK 154. maddesine göre şüpheli ile müdafinin görüşmesi için vekaletname aranmaz⁴²⁴.

Eğer kolluk veya Cumhuriyet savcılığı tarafından müdafinin savunmayı hazırlaması kısıtlanırsa, bu bir insan hakkı ihlali oluşturabilir. Bununla birlikte, “gözetiminde müdafinin hukuki yardımından yararlanamama itirazı” (AİHS md. 6/3-c), dava görülmekte iken bireysel başvuru konusu yapılamaz ve AİHM’de dava açabilmek bakımından da iç hukukta ileri sürülmüş olması gerekir⁴²⁵.

3.3.6. Gözetim Süreleri

AİHS md. 5/1 (c)’de öngörülen koşullar uyarınca yakalanan kişi, *hemen* bir hakim (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. Hakim önüne çıkarma, isteme bağılı olmayıp, kendiliğinden gerçekleşmelidir. Yakalanan kişinin hemen bir hakim huzuruna çıkarılması gerekir. Hemen deyimi her somut olayın özelliğine göre belirlenir. AİHM, *dört günü aşan* gözetim süresini gereğinden uzun ve bu nedenle de AİHS md. 5’i ihlal eder nitelikte görmektedir⁴²⁶. Bu nedenle sanık sayısı ne kadar çok ve dava ne kadar karmaşık olursa olsun, yakalanan kişi en fazla dört gün süre ile gözetiminde tutulabilir. Bu süre dolduktan sonra ya salıverilmesi veya tutuklanması için hakim önüne çıkarılması gerekir⁴²⁷.

*Alıcı ve Oymak /Türkiye Davasında*⁴²⁸, başvurular AİHS’nin 5/3 maddesi bağlamında gözetim süresinin uzunluğundan ve AİHS’nin 5/4 maddesi bağlamında gözetim süresinin yasallığına yönelik etkili bir başvuru yolunun bulunmadığından şikayetçi olmuşlardır. Hükümet gözetim süresinin olayın meydana geldiği dönemde yürürlükte bulunan yasal mevzuata uygun olduğunu savunmuştur. AİHM başvurularının

⁴²³Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 342.

⁴²⁴Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, 2.b., Ankara: Adalet Yayınevi, 2014. s. 36.

⁴²⁵Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 342.

⁴²⁶Bu konuda bkz. Brogan ve Diğerleri/ İngiltere, 29.11.1988, No. 11386/85.

⁴²⁷Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.**, s. 41.

⁴²⁸Alıcı ve Oymak Türkiye, 26.01.2010, No. 57653/00.

gözaltı süresinin yakalandıkları 16 Kasım 1999 tarihinde başlayıp Sulh Hakimi önüne çıkarıldıkları 22 Kasım 1999'da sona erdiğini tespit etmiştir. Belirtilen tarihler *altı günlük* bir süreyi işaret etmektedir. AİHM, terörle mücadele amacını taşıya bile gözaltı süresinin bu bağlamdaki zaman kısıtlamasının dışına çıktığını hatırlatıp, reşit olmayanlar söz konusu olduğunda ve şiddet içermeyen bazı suçlarda gözaltı süresi bahse konu süreden daha az olsa dahi AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığını hatırlatmıştır. AİHM somut olayda, başvuruların bir hakim karşısına çıkarılmalarından evvel *altı gün boyunca gözaltında tutulmalarını kabullenemeyeceğini* belirterek AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM yukarıda belirttiğimiz gibi terör suçlarında dahi yargı denetimi olmaksızın uygulanan uzun gözaltı sürelerini kabul edilemez bulmaktadır. (Örneğin Aksoy/ Türkiye Davasındaki⁴²⁹ on dört günlük süre) İlave olarak bu süreçte, şüpheli savunmasız bir durumdadır. Bu kadar uzun gözaltı süreleri, şüphelinin hem özgürlük hakkına keyfi müdahale hem de eziyet niteliğindedir⁴³⁰.

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin⁴³¹ 9. maddesi yorumlandığında ise, gözaltına almanın istisnai bir uygulama olması ve olabildiğince kısa sürmesi gerekliliği vurgusu göze çarpmaktadır⁴³².

Mesele iç hukuk açısından incelendiğinde, Anayasanın 19. maddesinde kişilerin hakim önüne çıkartılmaksızın gözaltında bulundurulabilecekleri maksimum sürelerle ilişkin genel bir çerçeve çizilmiştir. Buna göre; *“yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz* (Any. md. 19). Anayasa koyucu bu düzenlemede geçen en geç ifadesi ile açıkça kanun koyucunun gözaltı süresi olarak belirleyebileceği üst sınırı göstermiştir.

⁴²⁹Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, No. 21987/93.

⁴³⁰Jeremy McBride, **Human Rights and Criminal Procedure The Case Law of the European Court of Human Rights**, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009, p. 51.

⁴³¹BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 23 Mart 1976 itibariyle yürürlüğe giren çok taraflı bir antlaşmadır. Sözleşmeye taraf devletler, bireylerin sivil ve siyasal haklarına saygı göstermeyi taahhüt eder.

⁴³²Leslie, **a.g.e.**, s. 26.

Bu kişi özgürlüğünü teminat altına almak için atılan bir adımdır. Bu bağlamda kanun koyucu kırk sekiz saate kadar herhangi bir süreyi belirleyebilecektir. Herhangi bir süreden kasıt gerektiği kadardır. Ancak kırk sekiz saatin üstüne çıktığı zaman bu kanuni düzenleme Anayasaya aykırılık teşkil eder. Örnek vermek gerekirse, kanun koyucu, gözaltı süresini on iki saat, yirmi dört saat, otuz altı saat veya kırk sekiz saat olarak belirleyebilir. Anayasa açıkça üst sınırı kırk sekiz saat olarak gösterdiği için bu gözaltı süreleri Anayasaya aykırılık teşkil etmez. Buna karşın kanun koyucu gözaltı süresini kırk dokuz saat olarak belirlerse; bu düzenleme Anayasaya aykırılık teşkil eder⁴³³.

Gözaltı süresi, şüpheli ellerinde bulunan adli makamlara şüpheliyle yapılacak olan adli işlemlerin tamamlanması için tanınmıştır. Gözaltında, şüpheliyle yapılan önemli işlemlerden bazıları şunlardır: şüphelinin kimliğini tespit etme, ifadesini alma, yer gösterme işlemi yapma, teşhis etme, parmak izi alma ve muayene etme. Ancak, bu işlemlerin her biri için kendine özgü koşullar arandığı unutulmamalıdır. Gözaltındaki şüpheli bu işlemlerin yapılabilmesi için kolluk biriminde tutulur⁴³⁴.

Gözaltı süresi CMK'da, bireysel suçlar ve toplu olarak işlenen suçlar için farklı düzenlenmiştir. Buradaki süreler azami süreler olup, gözaltına alınan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede bitirilmesi esastır⁴³⁵. Başka bir deyişle, sürenin bitmesine vakit olduğundan bahisle, gerekmediği halde bireyin özgürlüğünden mahrum edilmesi hukuka aykırıdır. Gözaltına alınanlar, işlemleri bitirdikten sonra gözaltı süresinin dolması beklenmeksizin kolluk kuvvetince ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına derhal sevk edilir (YİGY md.17/3, 4). Kimse, gözaltı süresi geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden mahrum bırakılamaz (YGIY md.14/1).

Gözaltı süresi bireysel olarak işlenen suçlarda yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre, on iki saatten fazla olamaz (CMK md. 91/1). Madde metninin lafzından anlaşıldığı üzere, yakalanma ile başlayan gözaltı süresi, yol süresi ile birlikte toplam olarak otuz altı saati geçemeyecektir.

⁴³³Karakehya, **a.g.e.**, s. 219.

⁴³⁴Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 344.

⁴³⁵Şahin, **a.g.e.**, s. 285.

Yirmi dört saatlik gözaltı süresine ilave olarak on iki saatlik yol süresi de kullanıldığı durumda mutlaka on iki saatlik ek sürenin sadece yolda geçtiğinin ispatlanması gerekir⁴³⁶. Ek süre ulaşım dışında başka bir amaçla kullanılamaz.

Aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenebilen toplu suçlarda (md. 2/1-k), delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle, gözaltı süresi üç gün daha uzayabilmekte ve dört güne çıkabilmektedir. Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle gerçekleşecek olan bu süre uzatımı bir defada olamaz. Başka bir deyişle Cumhuriyet savcısı, her defasında bir günü geçmemek üzere gözaltı süresini uzatabilir (md.91/3). Bunun anlamı şudur ki, Cumhuriyet savcısı, her defasında delillerin toplanmışlık durumunu veya şüpheli sayısını dikkate almak suretiyle, en fazla üç gün olabilen uzatma süresinin tamamını kullanmayabileceği gibi, icabında bir günden az olacak şekilde yani belirli bir saati geçmemek üzere de süreyi uzatma emri verebilir. Gözaltı süresinin uzatılma emri gözaltına alınana derhal tebliğ edilir⁴³⁷. Bu yetki münhasıran C. savcısına aittir. Kolluk kararıyla gözaltı süresi uzatılamaz.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, bir kimsenin dört güne kadar gözaltında tutulmasının her zaman hukuka olmadığıdır. Ancak gerekli olduğu takdirde ve somut delillere dayanması halinde, *birer günlük ek süreler* ile gözaltı süresi *en fazla* dört güne kadar uzatılabilir. Fakat nezarethanede tutulan kimse hakkında hiçbir işlem yapılmaması, ilk iki üç boyunca ona hiçbir soru sorulmaması, sadece sürenin geçmesi beklenerek dört günün doldurulması durumunda AİHS md. 5 ihlal edilmiş olacaktır. Özellikle, son zamanlarda susma hakkını kullanan şüphelilerinde dördüncü günün sonuna kadar gözaltında bekletilmeleri, AİHM'ye başvuruların yapılmasına neden olacak bir sorun olarak görünmektedir⁴³⁸.

Nitekim *İpek ve Diğerleri/Türkiye Davasında*⁴³⁹ AİHM, 16 yaşında olan başvuruçuların hakim önüne çıkartılmadan, 3 gün 9 saat gözaltında tutulmalarını AİHS

⁴³⁶Özbek, a.g.e., s. 305.

⁴³⁷Şahin, a.g.e., s. 285.

⁴³⁸Tezcan vd., a.g.e., s. 197.

⁴³⁹İpek ve Diğerleri/ Türkiye, 03.02.2009, No. 17019/02 ve 30070/02.

md. 5/3'e aykırı bulmuştur. Zira başvurucular hakkında bu süre içerisinde hiçbir işlem yapılmamıştır. İfadeleri bile gözaltı süresinin sonunda hakim önüne çıkmadan az önce alınmıştır. Ayrıca başvurucuların yaşları küçük olmasına rağmen müdafiden yararlanmak dahil hiçbir usuli güvenceden faydalandırılmamışlardır.

Gözaltı kararını C. savcısının vereceği kuralına (kamuoyunda İç Güvenlik Yasası olarak bilinen) 6638 sayılı Kanunla CMK md. 91/4'te yapılan değişiklikle istisna getirilmiştir. Buna göre suçüstü durumlarıyla sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında katalog olarak belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedenin ortadan kalkması durumunda veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhal ve herhalde en geç yukarıda belirtilen sürenin sonunda C. savcısına yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır⁴⁴⁰.

Terörle Mücadele Kanununun gözaltı sürelerini düzenleyen 10. maddesi 21.02.2014 tarih ve 6526 Sayılı Kanun ile mülga olmuştur. Bu nedenle gözaltı sürelerindeki farklılık ortadan kalkmıştır.

Bu başlık altında son olarak inceleyeceğimiz konu, olağanüstü yönetim usullerinde gözaltı süreleridir. Olağanüstü yönetim usulleri veya olağanüstü hal rejimleri, devletin, hukuk düzeninin olağan kuralları ile üstesinden gelinmesine imkan olmayan olağanüstü bir tehdit veya tehlike karşısında başvurduğu usullerdir. Olağanüstü yönetim usulleri 1982 Anayasasının 119 ilâ 122'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa “olağanüstü hal” ve “sıkıyönetim” olmak üzere iki tür olağanüstü yönetim usulü öngörmüştür⁴⁴¹. Bu yönetim usullerinin yürürlüğe konması kişi hak ve

⁴⁴⁰Öztürk, a.g.e., s. 453.

⁴⁴¹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 810.

özgürlüklerine geçici olarak olağan rejimdekinden daha ağır sınırlandırmalar getirilmesine yol açar.

“Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı Anayasa m.19/5’e göre; “Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir”. Bu hükümden anlaşıldığı üzere olağanüstü hal ve sıkıyönetim uygulamalarında gözaltı süreleri uzatılabilecektir. Bu uzatma, olağan dönemde kanunla ve olağanüstü dönemde de kanun veya KHK ile yapılabilir. Uygulamaya baktığımızda 12 Eylül 1980 askeri darbesinden sonra azami gözaltı süreleri 90 güne çıkarılmış ancak zaman içerisinde bu süre kademeli olarak aşağı çekilmiştir.

Anayasanın 19. maddesinden dayanağını alan ve gözaltı sürelerini olağanüstü hal bölgelerinde yedi güne kadar çıkarılabileceği yönünde hüküm ihtiva eden CMK m. 251/5 c.2, 02.07.2012 tarihinde 6352 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 15. maddesinde ise sıkıyönetim komutanlarına, şüpheliyi 30 güne kadar gözaltına alma yetkisi verilmektedir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen AİHS 5. maddesine baktığımızda ise gözaltı süresine dair ne olağan ne de olağanüstü dönem için herhangi bir sınırlamanın olmadığını görmekteyiz. Bu madde “makul süre” den bahsedilerek gözaltı sürelerini olağanüstü dönemleri de kapsayacak şekilde iç hukukların takdirine bırakmıştır. Ayrıca Sözleşmenin 15. maddesinin 1. fıkrasına göre, olağanüstü yönetim usullerinde her sözleşmeye taraf devlet, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde, olağanüstü hal ve sıkıyönetim uygulamalarında normal dönemdeki gözaltı sürelerinin uzatılabileceğini görmekteyiz. Burada ortaya çıkan asıl mesele ise devletin bu uzatımdaki takdir hakkının herhangi bir sınırının olup olmadığıdır. Kanaatimizce iç ve dış hukukilik denetimi, kısıtlanmış bile olsa olağanüstü dönemde de varlığını korur. Kural koymada takdir hakkının sınırları, Anayasa m.15/2 ve AİHS

m.15/2'de gösterilmiştir ki, bu üst normlara bağlı kalınması ve somut gereklilik nedeniyle insan hak ve hürriyetlerinin kanun veya KHK ile kısıtlanması mümkün olabilir. Ayrıca ölçülülük de şarttır. AİHM 26.05.1993 tarihli *Brannigan ve Mc Bride - Birleşik Krallık*⁴⁴² kararında, Sözleşmeye Taraf Devletin olağanüstü rejimlerde bile sınırsız bir takdir yetkisini kullanamayacağını, krizin zorunluluklarının gerektirdiği ölçünün ötesine kesinlikle geçemeyeceğine karar vermiştir.

Nitekim AİHM Zeynep Avcı/ Türkiye Davasında⁴⁴³, Olağanüstü hal mevzuatının yürürlükte olduğu bir dönemde 21 günlük gözaltı süresini, başvuranın kişisel özgürlüğüne karşı alınan bir önlem olarak değerlendirip, Sözleşmenin 5. maddesine aykırı bulmuştur.

3.3.7. Gözaltının Sona Ermesi

Gözaltı işlemi, gözaltı süresinin dolması, gözaltına alınmasını gerektirecek nedenin ortadan kalkmasıyla savcı emriyle salıverilme veya gözaltına alınan kişi hakkında tutuklama veya adli kontrol kararı verilmesiyle sona erer⁴⁴⁴.

Gözaltına alınan kişi, gözaltı işlemleri tamamlanır tamamlanmaz derhal ya serbest bırakılır veya bırakılmazsa gözaltı süresi bitmeden sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir; işlemler tamamlandığında serbest bırakma veya sulh ceza hakimine gönderme için gözaltı sürelerinin sonunun beklenmemesi gerekir. Esas olan işlemlerin bir an önce bitirilmesidir. Bu aşamada kişiyi salıverme yetkisi C. savcısındadır. Ancak C. savcısı kişiyi tutuklanma ve adli kontrol talebiyle sulh ceza hakimine de gönderebilir. Burada gerçekleşen sorgu sırasında müdafii de hazır bulunur (CMK md. 91/7)⁴⁴⁵. Şüphelinin tutuklanması istenmiş ve bir müdafii de yoksa barodan kendisine bir müdafii atanması gerekir. Müdafii olmadan sorgu yapılması, kanuna aykırıdır ve bu surette elde edilen deliller de kanuna aykırı elde edilen yasak delillerdendir ve ceza muhakemesinde kullanılamaz (CMK md. 217/2).

⁴⁴²Brannigan ve Mc Bride/Birleşik Krallık, 26.05. 1993, No. 14553/89

⁴⁴³Zeynep Avcı/Türkiye, 06.03.2003, No. 37021/97

⁴⁴⁴Bıçak, **a.g.e.**, s. 496.

⁴⁴⁵Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 344-345.

Gözaltına alınan kişiler eğer tutuklanmıyorsa esasen serbest bırakılması gerekir. Bu karar derhal uygulanmalıdır. Hazırlanacak Sevk/Serbest bırakma tutanağının bir sureti gözaltından çıkarılan kişiye verilir (YGİY md.17). Şüpheli tutuklanmamakla beraber, tedavi veya ıslah için bir kurumda tutulması zorunlu ise serbest bırakılmayıp ilgili kuruma teslim edilir.

3.3.8. Tekrar Yakalama ve Gözaltına Alma Yasağı

Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hakiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz (CMK md. 91/6). Buradaki yeterli delil kamu davasının açılması için aranan yeterli delil olmayıp, yeniden yakalama yapılması için gerekli olan delildir. Yeni delil ise herhangi bir nedenden ötürü adli makamların eline geçmeyen delildir. Bu şartların gerçekleşmesi durumunda kolluğun yakalama yetkisi bulunmamakta olup, yeniden yakalama konusunda savcıdan karar alınmış bulunmalıdır⁴⁴⁶. Bu düzenleme ile gözaltı süresi biten şüphelinin, yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, gözaltı durumunun uzatılması engellenmek istenmektedir. Böyle bir ihtimalin varlığı, çalışma konumuz olan *kişi özgürlüğü ve güvenliği* açısından sakıncalı bir durumdur.

Bu kurala uymadan yapılan müdahale, hukuka aykırı ve çoğu kez de suç teşkil edebileceği gibi, bu ikinci yakalama sonrasında ifade alma işlemi yapılır ve yukarıdaki koşullar mevcut değilse, bu takdirde elde edilen diğer deliller (yasak ağacın meyvesi kuramı gereğince) hukuka aykırı olacaktır⁴⁴⁷.

Yakalama yasağı, aynı fiil bakımından söz konusu olduğu için, yakalanan kişinin başka bir suç nedeniyle yakalanmasını engelleyen bir durum yoktur⁴⁴⁸. Ancak başka bir suç nedeniyle yakalanma durumunun çok dikkatli bir şekilde denetlenmesi gerekir. Kişinin karakolun kapısından beş adım çıktıktan sonra ikinci bir suçtan yakalanmasının, hukuka uygun olup olmayacağı tartışmalı bir konudur.

⁴⁴⁶Özbek vd., a.g.e., s. 308.

⁴⁴⁷Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 347.

⁴⁴⁸Öztürk vd., a.g.e., s. 457.

3.3.9. Yakalama ve Gözaltına İlişkin Kararların Denetimi

Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvurabilir. Sulh ceza hakimi, incelemeyi evrak üzerinden yaparak derhal ve nihayet yirmi dört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalama veya gözaltına alma ya da gözaltı süresinin uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa, başvuru reddedilir. Aksi takdirde, yakalananın soruşturma evrakıyla birlikte derhal Cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir (CMK md. 91/5).

CMK md. 91/5'in son cümlesinde, başvurunun haklı olmadığı saptanması durumunda başvurunun reddedileceğinin düzenlenmesi yerinde olmakla birlikte “*ya da yakalananın derhal soruşturma evrakı ile Cumhuriyet savcılığı'nda hazır bulundurulmasına karar verilir*” ifadesi hem anlaşılır değildir, hem de yakalananın C. savcılığında hazır bulundurulduktan sonra ne yapılacağı belli olmaması nedeniyle hatalıdır. Bunun yerine gözaltı süresinin uzatılması dışında, gözaltına alma veya serbest bırakma konusunda karar vermek üzere C. savcılığı'nda bulundurulur denilseydi, uygulamada yaşanabilecek tereddütler önlenebilirdi⁴⁴⁹. İlave olarak itiraz incelemesinin dosya üzerinden yapılması ve bu aşamada müdafii zorunluluğu olmaması da bir eksikliklerdir.

Bu halde yapılacak itiraz, herhangi bir süreye tabi değildir. Ancak gözaltı süreleri dikkate alındığında, derhal itiraz edilmemesi itiraz hakkından beklenen sonuçları doğurmaz. Bu nedenle itiraz yolundan beklenen sonuçların doğurabilmesi için, yakalama anından hemen sonra itiraz hakkının kullanılması gerekir⁴⁵⁰.

Cumhuriyet savcılarının gözaltı işlemlerini denetlemeleri CMK md. 92'de düzenlenmiştir. Nezarethanelerin Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenmesi sorunu, kolluğun önleyici idari yetkileri ile adli yetkilerinin kesiştiği bir noktayı ilgilendirmesi

⁴⁴⁹Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 346.

⁴⁵⁰Aldemir, a.g.e., s. 110.

nedeniyle hassas bir konudur. Suç işlediği şüphesi ile yakalama ve gözaltına alma, kolluğun adli görevi olduğu için Cumhuriyet savcısının bu işlemleri denetlemesi zorunludur⁴⁵¹.

Bu bağlamda nezarethanelerin standartlara uygunluğunu sağlamak amacıyla kolluk kuvvetlerinin yetkili birimleri tarafından denetleme yapılabileceği gibi, savcılık tarafından da denetleme yapılabilir (YGİY md. 26). Başsavcılar veya görevlendirecekleri savcılar, adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler; sonucu “nezarethaneye alınanlar defteri”ne kaydeder (CMK md.92). Temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından bu hüküm önemlidir. Zira ne kadar itina ile gerçekleştirilse de kolluk kuvvetlerinin yetkili birimleri tarafından yapılacak denetleme tek başına yeterli olmaz. Aynı idari yapının içinde olduğundan çeşitli sebepler ile bazı olumsuzlukların üstü örtülmeye çalışılabilir. Adli denetim buna engel olur.

Nezarethanelerin donatımı ve korunması gibi hususlar kolluğun idari görevleri arasında olduğu için Cumhuriyet savcısının bu hususlara ilişkin yetkisi yoktur. Ancak Cumhuriyet savcısının adli kolluk sorumluları hakkında yıllık değerlendirme raporu düzenleyerek mülki amire gönderme yetkisi vardır. Bu rapor sayesinde yukarıdaki hususlar ile ilgili olarak dolaylı denetim yapılabilmektedir⁴⁵².

⁴⁵¹Yenisey,Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 343.

⁴⁵²**a.g.e.**

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAKALANAN VE GÖZALTINA ALINAN KİŞİLERİN AİHS VE CMK BAĞLAMINDA ORTAK HAKLARI

4.1. İsnadı Öğrenme Hakkı

4.1.1. Genel Olarak

AİHS 5/2 fıkrasında bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin yetkinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik çok önemli bir hüküm bulunmaktadır⁴⁵³: Yakalanan ve gözaltına alınan kişilere, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü isnadın açık anlaşılır bir şekilde bildirilmesi gerekmektedir. Benzer bir güvence Anayasanın 19/4. fıkralarında düzenlenmiştir.

AİHS 5/2 fıkrası: “*Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa bir sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur*”. İfadelerine yer vermiştir.

Anayasa 19/4 fıkrası: “*Yakalanan kişilere yakalanma sebepleri ve haklarındaki iddialar, herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.*” İfadelerine yer vermiştir.

1982 Anayasası’ndaki bu hüküm, AİHS’ye paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak ayrışan noktalarda vardır. Öncelikle bildirim yapılacağı zaman bakımından farklılık vardır AİHM 5/2 fıkrası yakalama sebebinin ilgisine *derhal* bildirileceğini belirtmekle beraber Anayasa bu bildirim yapılmasında toplu suçlarda *en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar* beklenmesine müsaade etmiştir. Bir diğer fark, Anayasa

⁴⁵³Mocavei, a.g.e., s. 84.

yazılı olarak isnadın bildirimine öncelik vermişken AİHS’de yazılı bildirim önceliği yoktur⁴⁵⁴.

Sözleşme böyle bir hüküm getirmekle, maddi bir hatayı önlemekten çok, özellikle maddenin 4. fıkrasında yer alan itiraz hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Çünkü kişi ancak kendisine bu yönde bilgi verilirse kollukta veya savcılıkta ifade verirken ve hâkim önüne çıkarıldığında kendini savunma hakkını kullanabilecektir. Bu nedenle kişiye verilecek bilginin, kendisinin hangi fiil nedeniyle suçlandığını ve bu fiilin hukuki niteliğinin ne olduğunu içermesi zorunludur. Kişiye verilen bilgideki eksiklikler hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder⁴⁵⁵.

Atı ve Tedik/Türkiye Davasında, başvurular, 31 Mayıs 1999 tarihinde yakalanmalarına ilişkin sebeplerin kendilerine bildirilmediğinden şikayetçi olmuşlardır. Hükümet, yakalama tutanaklarının başvuruların her ikisi tarafından imzalanmasının, yakalanma sebeplerinden haberdar olduklarını gösterdiğini ileri sürmüştür. Ayrıca Hükümetin bir diğer savunması da başvuranın evinde belirli sayıda materyal ele geçirilmesi nedeniyle başvuranın söz konusu materyallerin niteliklerinin farkında olacağı yönündedir. AİHM, kararında, AİHS’nin 5/2 maddesinde yakalanan her kişinin, özgürlüğünden ne sebeple mahrum bırakıldığının bilmesi gerektiği güvencesini yinelemiştir. Bu hüküm 5. maddenin sağladığı korumanın bütünleyici bir parçasıdır. AİHS’nin 5/2 maddesine göre, yakalanan kişiye, uygun gördüğü takdirde, 5/4 maddesine uygun olarak bir mahkemeye başvurarak yakalanmasının yasallığına itiraz edebilmesi için basit ve anlaşılır, teknik olmayan bir dille yakalanmasına ilişkin yasal ve fiili gerekçeler anlatılmalıdır. Bu bilgi, kişiye derhal iletilmelidir ancak yakalama eylemini gerçekleştiren memurun bilgiyi, yakalamanın gerçekleştirilme anında bütünüyle nakletmesi zorunluluğu yoktur. Mevcut davada AİHM, hükümetin iddiasının aksine, söz konusu kitapların ve dergilerin başvuranın yakalandığı evde ele geçirilmesinin, kendisine yakalanmasının “başlıca yasal ve fiili gerekçelerinin” bildirilmesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca başvurulara yakalanma sebeplerinin dört gün sonra bildirilmesinin mazereti olarak hükümetin ileri

⁴⁵⁴Altınkök, a.g.e., s. 300-301.

⁴⁵⁵Behiye Eker Kazancı, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, **TBB Dergisi**, S. 98, 2012, s. 87.

sürdüğü ivedilik iddiasını da kabul etmemiştir. AİHM, belirtilen tespitleri nedeniyle, davada AİHS'nin 5/2 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁴⁵⁶.

Konuya CMK açısından baktığımızda bu hak 90/4. fıkrada dolaylı olarak düzenlenmektedir. Bu hükme göre: *“Kolluk, yakaladığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir”*. Ancak Kanun bu hakların neler olduğunu sayılmamış, bu iş Yönetmeliğe bırakılmıştır. YGİY'nin 6/4 fıkrasına göre: *“Yakalanan kişiye suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhalde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal bildirilir”*. Görüldüğü üzere özgürlüğü kısıtlananın yasada sayılmayan hakları, yönetmelikte sayılmıştır. Bunlardan bir tanesi de bu başlık altında incelediğimiz, şüphelinin yakalama sebebini öğrenme hakkıdır. Kanaatimizce yakalanan kişinin haklarının Yönetmelik yerine Kanun'da belirtilmesi kişi özgürlüğünün teminatı açısından daha olumlu olurdu. Zira normlar hiyerarşisinde kanunların altında olan yönetmeliğin, yürürlüğe girme, değiştirilme ve mülga usulü daha kolaydır. Evrensel bir hak olarak nitelendirilen kişi özgürlüğü ve güvenliği ile özgürlüğünden mahrum kılınan kişinin haklarının, sıradan mevzular gibi yönetmelikte düzenlenmesi yerinde olmamıştır.

Bu hak sadece cezai soruşturma kapsamında alıkonulan şüphelilere değil, herhangi bir nedenle özgürlüğünden mahrum edilen tüm bireylere tanınmıştır. Herhangi bir nedeni somutlaştırmamız gerekirse; özellikle koşullu salıverildikten sonra cezaevine geri çağrılan hükümlüler, mahkemenin bir kararına uymayan ya da yasal bir yükümlülüğü yerine getirmesi istenen kişiler, suç şüphesiyle yakalanan kişiler, tutulan küçükler, akıl hastaları, alkol bağımlıları, bulaşıcı hastalık taşıyanlar, serseriler, sınır dışı edilecek ya da iade edilecek olanlar bilgilendirilme hakkından faydalanırlar⁴⁵⁷.

Bugün geldiğimiz noktada, bir kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği her durumda bu mahrumiyetin sebebinin açıklanması gerektiği tartışmasız bir biçimde

⁴⁵⁶Attı ve Tedik/Türkiye, 20.10.2009, No. 32705/02.

⁴⁵⁷Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, 1. C., 2012, s. 393.

kabul edilmektedir⁴⁵⁸. Tartışılan nokta kişinin yakalandığı anda *tüm bilginin* verilmesinin gerekli olup olmadığı yönündedir. Yukarı da değindiğimiz Fox, Campbell ve Hartley,/ İngiltere Davasında, başvuruçulara yakalandıkları anda çok az bilgi verilmiş, ancak birkaç saat içinde yapılan sorguları sırasında, terörist faaliyetlere karıştıkları şüphesiyle yakalandıkları kendilerine ayrıntılarıyla izah edilmiştir. Mahkeme, olayda AİHS'ye aykırılık görmemiştir.

Belirtelim ki, yakalama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar, kendilerine yazılı veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözlü bildirilmeyen kişilerin, uğradıkları her türlü maddi ve manevi zararı Devlet'ten isteme hakları vardır⁴⁵⁹ (CMK md. 141/1-g).

4.1.2. Yakalama Sebeplerinin Bildirilme Zamanı

Sözleşmenin 5. maddesinde yakalanma sebeplerinin ilgiliye *en kısa sürede* bildirilmesi gerektiğini belirtilmiştir. En kısa zaman (promptly) deyimini, *hemen* anlamına gelmediği gibi, sürenin gereksiz ve anormal bir şekilde uzatılmasına da engeldir. Kısa süre kavramı, somut olayın gösterdiği özelliğe göre değerlendirilecek olup, kişinin yakalanmasıyla eş zamanlı olarak, o anda bilgilendirilmesi anlamına gelmektedir⁴⁶⁰.

Bilgilendirmenin yeterince *kısa* bir sürede yapılıp yapılmadığı, her olayın kendine özgü koşullarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin, akıl hastanesine kapatılan başvuruçuya yakalama sebeplerinin on gün sonra bildirildiği *Van Der Leer/Hollanda*⁴⁶¹ davasında AİHM, bilgilendirme için geçen bu sürenin çok uzun olduğunu değerlendirmiştir. Yakalanan kişinin yakalanma sebepleri hakkında birkaç saat içinde bilgilendirilmesi durumunda ise, en kısa zaman kavramının getirdiği zaman kısıtlamalarına uyulduğu kabul edilmiştir. . Kuzey İrlanda'daki terör sorunu ile ilgili *Fox, Campbell ve Hartley/ Birleşik Krallık Davasında*⁴⁶², gözaltı ile bilgilendirme

⁴⁵⁸Mocavei, **a.g.e.**, s. 85.

⁴⁵⁹Centel, Zafer, **a.g.e.**, s. 340.

⁴⁶⁰Sarıgül, **a.g.e.**, s. 88.

⁴⁶¹Van Der Leer/Hollanda, 21.2.1990, No. 14310/88.

⁴⁶²Fox, Campbell ve Hartley/ Birleşik Krallık, 27.3.1991, No. 12244/86.

arasında geçen yedi saatle ilgili olarak AİHM “derhal” bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğuna karar vermiştir⁴⁶³.

4.1.3. Bilgilendirmenin Yapılacağı Dil

AİHS 5/2 fıkrasında geçen “*ilgilinin anladığı bir dilde*” deyimini, hem konuşulan dili hem de durumun fiili ve hukuki açıdan izah edilmesini ifade eder. Yani teknik bir anlatımdan çok, kişinin başına ne geldiğini onun anlayacağı dilde anlatmak önemlidir. Yaş ve akli durum dikkate alınarak, anlatım, gerektiğinde veli, vasi veya vekile yapılmalıdır. Yine, gerektiğinde anlatım dili körler alfabesi, dilsiz alfabesi de olabilecektir⁴⁶⁴. Bu amaçla, özgürlükten mahrumiyete yetki veren tutuklama emri ya da mahkeme kararı gibi resmi evraklar anlaşılabilir bir dille kaleme alınmalıdır⁴⁶⁵. Her bireyin hukuk fakültesi mezunu olmadığı düşünülüp, sadece hukukçuların anlayabileceği ağır bir hukuk dilinden uzak durulmalıdır.

*Z.H./ Macaristan Davasında*⁴⁶⁶ AİHM, sağır ve dilsiz olan başvurucuya kolluk biriminde hakkındaki suçlamaların işaret diliyle anlatılmamasının Sözleşme’nin 5/2 fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir.

4.1.4. Susma Hakkı

Susma hakkı, ceza yargılamasının tarihi gelişimi içinde uzun bir mücadelenin sonunda ulaşılmış bir noktadır. Bugün için yakalanan kimsenin yakalama esnasında sorulan sorulara ve ifadesi alınırken sorulacak sorulara cevap verip vermemek konusunda özgürlüğü vardır. Geçmişte şüpheli en büyük delil kaynağı olarak görüldüğünden, ikrar için işkence meşru kabul edilmekteydi. Bu nedenle bugün için özgürlüğü kısıtlanan kişinin susma hakkından söz etmek ve bunun yasalarda yer alması tarihi bir gelişimin sonucudur.

⁴⁶³Altınkök, a.g.e., s. 304

⁴⁶⁴Kazancı, a.g.e., s. 88.

⁴⁶⁵Bu konuda bkz. Nowak/Ukrayna, 31.3.2011, No. 60846/10.

⁴⁶⁶Z.H./ Macaristan, 8/11/2012, No. 28973.

Türk ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığın susma hakkı, anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Söz konusu bu düzenleme hem şüpheliye, hem de yakınlarına ilişkindir. Genel nitelikte olan bu düzenleme ile kişinin, susma hakkını kullanabilmesi için sanık sıfatını kazanması zorunlu değildir. Bu nedenle soruşturma evresinin her aşamasında, yakalanma anından itibaren şüpheli bu hakkını her zaman kullanabilir⁴⁶⁷.

4.2. Kısıtlanma Durumunun ve Nedeninin Yakınlarına Bildirilmesi

Sözleşmenin 5. maddesinde yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakınlarına haber verilmesi biçiminde açık bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşme'nin 5/2 fıkrasında yakalanan herkesin, yakalanma nedenleri ve kendilerine yöneltilen her türlü suçlama konusunda en kısa sürede ve anlaşıldığı bir dilde derhal bilgilendirileceği belirtilmesine rağmen, konu hakkında kişinin yakınlarına haber verilmesi yükümlülüğü öngörülmemiştir. Bununla birlikte AIHM içtihatları yoluyla yakalanan kişilerin yakınlarına haber verilmesine yönelik bir hak tanınmıştır⁴⁶⁸.

*Aksoy/Türkiye Davasında*⁴⁶⁹, Komisyon, AIHS 8. maddede özel hayatın korunmasıyla ilgili bir durumu incelerken, bu maddenin yakalandıktan sonra yakınlarına haber verme hakkını da içerdiğini ifade etmiştir.

AIHS 5. maddesinde özgürlüğü kısıtlanan kişinin yakınlarını durumdan haberdar etme biçiminde bir hak açıkça belirtilmemesine rağmen, Anayasanın 19/6 fıkrasında: “*kişinin yakalandığı ve tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir*” şeklinde açık hüküm vardır. Bu düzenleme *derhal bildirme* esasına AIHM içtihatlarının tersine, hiçbir istisna getirmemiştir⁴⁷⁰. Ancak yapıları gereği terör ve organize suçlarda derhal bir yakına bildirim, soruşturmanın seyrini kanaatimizce tehlikeye düşürebilir.

⁴⁶⁷Aldemir, **a.g.e.**, s. 132.

⁴⁶⁸Altınkök, **a.g.e.**, s. 303.

⁴⁶⁹Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, No. 21987/93.

⁴⁷⁰Cengiz Başak, “AIHM kararları ışığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, AÜHF Dergisi, C.51, S. 4, 2002, s. 66. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf> (Erişim tarihi: 12.01.2016).

Konu CMK md. 95 de: “*Şüpheli yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise yazılı olarak karşı çıkılmaması halinde, durumu vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. (CMK md. 95). Türkiye’nin de taraf olduğu 1963 tarihli Konsolosluk İşleri Hakkında Viyana Sözleşmesi uyarınca, yabancıların vatandaşı olduğu konsolosluğun talebi halinde, bu kişi hakkında konsolosluka bilgi vermek zorunluluğu vardır.

Belirtelim ki yakalamanın bildirilmesi Cumhuriyet savcısının emrine bağlanmıştır. Cumhuriyet savcısının soruşturmanın selameti için gerekli ise bildirim geciktirip geciktirmeyeceği konusunda Kanun’da bir açıklık yoktur⁴⁷¹. Kanaatimizce mevzuatın bu bildirim geciktirme konusunda açıkça yetki verdiği durumlarda, Cumhuriyet savcısı kolluğa bu yönde bir talimat verebilecektir. Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesi bu yönde bir düzenleme içermekteydi. Buna göre yakalanan, belirleyeceği bir kişiye haber verilmesi hakkına sahip değildi. Ancak bu hüküm 2014 yılında 6526 Kanun ile yürürlükten kalkmıştır. Eğer açık bir yetki yoksa Cumhuriyet savcısı kolluğa genel kural olan “yakalananın bir yakınına derhal haber verilmesi” şeklinde bir talimat vermelidir. Aksi yönde bir uygulamanın kişi hak ve özgürlüklerini daraltacağı açıktır.

Yönetmelik 8. maddesi haber verme hakkına ilişkin detayları düzenlemiştir:

Yakalanan kişinin;

a) Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla,

b) Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikâmet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile,

⁴⁷¹Centel, Zafer, a.g.e., s. 341.

c) Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla,

d) Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle, yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilir.

Yakalanan ve gözaltına alınan çocuğun, kendisini istismar eden veya suça azmettiren yakınlarına haber verilmeyecektir (ÇKK 31/2).

Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan suçlar hakkında 90. maddenin üçüncü fıkrasına göre şikayetten önce şüpheli yakalanmış olursa şikayete yetkili olan kimseye ve bunlar birden fazla ise hiç olmazsa birine yakalama bildirilir (CMK md. 96). Bu hüküm bünyesinde bazı sakıncalar içermektedir. Zira takibi şikayete bağlı suçlarda şikayet hakkı sahiplerinden yalnız birine şüphelinin yakalandığının bildirilmesi, diğerlerinin durumdan haberdar olmamasına yol açabilir. Haber verilen şikayet hakkı sahibinin, şüpheliyle menfaat ilişkine girip bunu diğerlerinden saklaması da ihtimal dahilindedir. Bu noktada diğer şikayet hakkı sahiplerinin, şüphelinin yakalandığını bilmesinin ne kadar önemli olduğunu hatırlatmaya gerek yoktur. Bu kişiler belki de olayın seyrini değiştirecek bilgilere haizdir ve bilgilendirilmedikleri için bunları adli merciler ile paylaşma imkanları olmayacaktır. Tüm bu sakıncaların önüne geçmek için kanunun “şüphelinin yakalandığı, iletişim adresi bilinen tüm şikayet hakkı sahiplerine bildirilir” şeklinde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

Yakalanmaları yakınlarına bildirilmeyen kişilerin uğradıkları tüm maddi ve manevi zararları Devlet'ten isteme hakları vardır (CMK md. 141/1-h).

4.3. Müdafiden Yararlanma Hakkı

AİHS'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesi, özgürlüğü kısıtlanan bir kişinin bir avukatla görüşmesi gerektiği yönünde bir düzenleme

içermemektedir⁴⁷². Bir avukata ulaşma konusu genellikle AİHS 6/3 (c) bendinde ele alınsa da adil yargılanma hakkını düzenleyen bu madde de tutulmanın ilk anından itibaren bir avukata ulaşma konusunda otomatik bir hak yoktur. Ancak silahların eşitliği ve savunma hakkı bakımından bakıldığında, fıkra hükmünün lafzi yorumuyla yetinilmemesi gerektiğini değerlendiriyoruz⁴⁷³.

Nitekim, *Salduz/ Türkiye Davasında AİHM*⁴⁷⁴, yargılama ve temyiz sırasında başvuranın aleyhindeki kanıtlara itiraz etme imkanı bulunmasına rağmen, gözaltındayken avukatının olmaması başvuranın savunma haklarını telafi edilemez bir biçimde etkilediğini ve buna göre somut olayda AİHS'nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) ihlal edildiğini belirtmiştir.

Bir suç isnadı nedeniyle yakalanan kimsenin, müdafiden olabildiğince erken yararlanmaya başlaması savunma hakkı bakımından oldukça önem taşır. Bu nedenle kişi ilk yakalanma anından başlamak üzere bir müdafiyeye başvurabilmesi, onunla görüşme ve yazışma olanağının kendisine sağlanması gerekir⁴⁷⁵. Bunun içinde kolluk tarafından yazılı olan şüpheli hakları formu imzalatılmakla yetinilmeyip, sözlü olarak da bu hakkı kendisine hatırlatılmalıdır.

CMK 149. maddesine göre, şüpheli, soruşturmanın her aşamasında vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir, hukuki yardım alabilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz. Müdafii ile görüşmesinden önce ve görüşmesi sırasında talebi halinde şüpheliye kağıt ve kalem verilir. Her kolluk biriminde görüşme için uygun şartları haiz görüşme odası ayrılır (YGIY md. 21).

Görüldüğü üzere yakalama ve gözaltı esnasında şüphelinin müdafininin olmaması sadece kişi özgürlüğü ve güvenliğini değil adil yargılanma hakkını da ihlal eder niteliktedir.

⁴⁷²Haris, O'Boyle, Warbrick, **a.g.e.**, s. 130.

⁴⁷³Sarıgül, **a.g.e.**, s. 90.

⁴⁷⁴Salduz/Türkiye, 26.04.2007, No. 36391/02.

⁴⁷⁵Şahin, **a.g.e.**, s. 191.

4.4. Derhal Yargı Mercii Önüne Çıkarılma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

4.4.1. Genel Olarak

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan haller arasında bilindiği gibi “yakalama” ve “gözaltı” önemli bir yer işgal etmektedir. Bu iki müessese asıl olarak hürriyetten yoksun bırakmayla kesinlik kazanmış olan mahkumiyet kararı niteliğinde olmayıp bir “emniyet tedbiri” olarak başvurulduklarından geçici bir niteliğe sahiptirler. Bu bakımdan bir an önce hakim önüne çıkarılıp durumlarının yakından görülmesinde mutlak gereklilik vardır⁴⁷⁶.

İşte bu gerekliliğin sonucu olarak, yakalanan kişinin diğer bir hakkı, Hakim önüne çıkarılmaktır. AİHS'nin 5/3. maddesinde yakalanan/gözaltına alınan kişinin derhal bir yargıç veya adli görev yapmaya yetkili merci önüne çıkarılma ile makul sürede yargılanma ve salıverilme hakkı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 5/3 fıkrasında, özgürlüğü kısıtlananın derhal hakim önüne çıkarılmasını öngören ilk kısmı şu şekildedir:

“İşbu maddenin 1(c) fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir.”

AİHS'nin bu hükmüne benzer bir düzenleme Anayasa'nın 19/5 fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir.

“Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için öngörülen süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler

⁴⁷⁶Kuzu, a.g.e., s. 203.

geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

AİHS 5/3 maddesi aynı Sözleşme'nin 5/1 (c) bendinden ayrı düşünülmemeyeceği gibi, birinci fıkranın diğer bentlerinde yer alan tutma sebeplerine ilişkin olarak uygulanamaz. Yakalanan veya gözaltına alınan kişi derhal Sözleşme md. 5/3'de sayılan yetkililer önüne çıkarılmalıdır. Aksi halde sözleşme ihlal edilmiş olacaktır⁴⁷⁷.

Bu fıkarda yer alan teminatlara, özgürlükten mahrumiyetin özgürlük kaidesi çerçevesinde istisnai bir uygulama olmasını ve yakalama ve alıkoyma hallerinin yargı gözetimine tabi olması sağlamak amacıyla yer verilmiş⁴⁷⁸. Amaç özgürlüğü kısıtlanan kişiyi en seri şekilde bağımsız ve tarafsız hakim önüne çıkarmaktır.

Bu düzenleme sadece 5/1(c) uyarınca özgürlüğünden mahrum kılınanlar için uygulanacağından, örneğin akıl hastalığı ve alkolik olması nedeniyle tutulan kişiler için uygulanmaz.

Özgürlüğü kısıtlanan kişilerin hakim önüne çıkartılması, hukuk dilinde “*Habeas Corpus*” güvencesi olarak tanımlanır. Yargı merci özgürlük kısıtlamasının hukuka aykırı olduğunu görürse, kişiyi serbest bırakma yetkisine sahiptir⁴⁷⁹. Kolluk yakaladığı şüphelileri, yargı mercilerinin emri olmaksızın serbest bırakamaz.

AİHM *Baranowski/Polonya Davasında*⁴⁸⁰, AİHS'nin 5. madde 1. fıkrası uyarınca, tutuklamanın birkaç aydan uzun sürmesi ve bu alıkoyma uygulamasına bir mahkeme, bir yargıç ya da adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli tarafından karar verilmemesi halinde bu uygulamanın bu madde hükümleri anlamında “hukuka uygun” kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Bu şart açıkça 5. madde 1. fıkrada belirtilmiş olmasa da 5. maddenin bütününden, özellikle de 1. fıkra c bendi hükmünden (yetkili merci önüne çıkarılmak üzere ifadesinden) ve 3. fıkranın lafzından (“hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli

⁴⁷⁷Ersan Şen, Bilgehan Özdemir, **Tutuklama**, Ankara: Seçkin Hukuk, 2011, s. 70.

⁴⁷⁸Mocavei, **a.g.e.**, s. 90.

⁴⁷⁹Yenisey, İnsan..., **a.g.e.**, s. 106.

⁴⁸⁰Baranowski/Polonya, 28.03.2000, No. 28358/95.

önüne çıkarılmalıdır”) anlaşılabilir. Ayrıca, 5. madde 4. fıkra hükümlerinde yer alan *habeas corpus* teminatı, alıkoyma uygulamasının 3. fıkrada öngörülen ilk süreyi aşacak şekilde uzatılması halinde, keyfi muameleye karşı “adli” müdahale gereğini de desteklemektedir. Mahkeme’nin kanaatine göre, 5. madde 3. fıkrada belirtildiği gibi, ancak sadece şeklen kişinin adli merciler önüne çıkarıldığı ve buna mütakip tutukluluğunun sonradan yalnızca bir savcı kararına dayalı olarak devam ettiği durumlarda, 5. madde 1. fıkra hükümlerinde keyfi olarak özgürlükten mahrumiyet ihtimaline karşı getirilen güvence ciddi bir şekilde zarar görmüş olacaktır. Sonuç olarak ve mevcut davanın esas itibarıyla, Mahkeme başvurusunun tutukluluğunun Sözleşme’nin 5. madde 1. fıkrası anlamında “hukuka uygun” olmadığına karar vermiştir. Bunun sonucunda AIHS’de kişi özgürlüğü ve güvenliğini teminat altına alan bu madde ihlal edilmiştir.

4.4.2. Yetkili Yasal Merciiin Özellikleri

Sözleşmenin 5. madde 3 fıkrasına göre öncelikle, 1(c) bendi uyarınca yakalanan ya da alıkonulan bir kişinin en kısa süre içinde bir hakim ya da kanunen yargı yetkisini haiz bir yetkili huzuruna çıkarılması gerekir. “Hakim” kelimesi herhangi bir tereddüde yol açmazken, “kanunen yargı yetkisini haiz yetkili ifadesi”, AIHM’yi hakim olmayan bu yetkilinin kim olduğunu belirlemek zorunda bırakmıştır⁴⁸¹.

AIHM’ye göre adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin yargıcın bazı niteliklerine haiz olması ve yakalanan kişi açısından her biri bir güvence teşkil eden belirli şartları taşıması gerekir. Bu şartlardan ilki “bağımsızlık”tır. Bağımsızlık ile kast edilen esas olarak görevlinin yürütme organı ve taraflardan bağımsız olmasıdır⁴⁸².

Bülbül/Türkiye Davasında başvuru, tutuklu yargılanması kararı veren askeri hakimnin bağımsız ve tarafsız olarak değerlendirilemeyeceğini iddia etmiştir. Söz konusu davada başvuru, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesi olan bir askeri hakimnin kararıyla tutuklu yargılanmaya başlamıştır. Bu aşamada, AIHM, DGM heyetinde askeri

⁴⁸¹Mocavei, a.g.e., s. 90.

⁴⁸²Altınkök, a.g.e., s. 325.

hakimlerin konumunu geçmişte incelemiş olduğunu anımsatmış ve Sözleşme'nin 6/1 fıkrası uyarınca DGM heyetinde yer alan askeri hakim aynı zamanda orduda görevli bir asker olduğu, ordunun da sonuçta yürütmeden emir alan bir kurum olduğunu, askeri hakim askeri disipline tabi olduğunu, tayin edilmesine ilişkin kararların büyük ölçüde idari makamlar ve ordu tarafından alındığını belirterek Sözleşme'nin 6/1 fıkrası uyarınca sorunlu olan bu saptamaların 5/3 fıkrası açısından da geçerli olduğunu değerlendirerek ihlal kararı vermiştir.

AİHS anlamında tarafsızlık ise davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu; özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkarıya sahip olmaması demektir⁴⁸³.

Mahkeme sivil ceza yargılamasıyla ilgili bir başka kararında, başvuru hakkında tutuklama kararı verilip soruşturmayı yürüttükten sonra iddianameyi hazırlayan savcının, duruşmaya savcı olarak çıkmamış olmasına rağmen, yasa gereği çıkabilme ihtimalini göz önünde tutarak, savcının Sözleşmenin aradığı tarafsız görevli olamayacağını kabul etmiş ve Sözleşme'nin 5/3 fıkrasının ihlaline karar vermiştir⁴⁸⁴.

Bu başlık altında incelememiz gereken diğer bir meselede bu yargı yetkisine haiz merciinin görevidir. Kişinin huzuruna çıkacağı yargı merciinin, söz konusu kişinin alıkonulma halinin devam edip edemeyeceğine karar verme sorumluluğuna ve yetkisine sahip olması (alıkonulan bir kişinin "makul bir süre" içinde yargılanması şartı gereği) gerekir. Bu konuda alınacak kararın bağlayıcı olması gerekir. Bu çok önemli bir husustur. 5. madde 3. fıkra hükümlerine göre, alıkonulan kişinin makul bir süre içerisinde salıverilmesi ya da yargılanması seçenekleri bulunmaktadır. Ancak özgürlükten mahrumiyet halinin uzatılması da yalnızca yeterli ve gerekli sebeplerle (kişinin kaçma riski, yargı sürecine müdahale riski, yeniden suç işleme ya da kamu düzenini bozma riski bulunduğu hallerde) söz konusu olabilir. Her ne kadar bu sebeplerden biri veya birkaçı kişi ilk alıkonulduğunda geçerli olsa da zaman içinde bu sebeplerin geçerliliği azalabilir ve bu durumda da söz konusu kişinin salıverilmesi

⁴⁸³Dilan Mızrak, **İnsan Hakları Çalışma Metinleri**, Ankara: AÜSBF Yayınları, 2006. s. 4.

⁴⁸⁴Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 398.

gerekir⁴⁸⁵. Bu noktadan hareketle, görevin gerekli kıldığı öteki güvenceler de sözü edilen “mercii”nin önüne getirilen kişiyi bizzat dinlemesi (şekil şartı); özgürlükten yoksun kılınma önleminin gerekliliği, ya da gereksizliği koşullarını inceleyip bu önlemi meşru kılan nedenlerin varlığı konusunda hukuki ölçütlere dayanarak karar vermesidir⁴⁸⁶.

4.4.3. Yargısal Denetimin Derhal Gerçekleştirilmesi

AİHS 5/3 fıkrası; özgürlüğü kısıtlanan kişinin *derhal*, hakim ya da hukuken yetkili kişinin önüne çıkarılması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak Sözleşmede derhal kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu kavramla ilgili somut kriterleri AİHM vermiş olduğu kararlarında oluşturmuştur.

Mahkemeye göre gözaltındaki bir kişinin tutulmasının ilk yargısal denetimi, her şeyden önce kötü muamele olup olmadığını araştırmaya imkan verebilmek ve kişi özgürlüğüne haksız müdahaleyi asgaride tutmak için, derhal/hemen yapılmalıdır. Bu şartın getirdiği zaman kısıtlaması, esnek bir yoruma yer bırakmaz. Aksi takdirde bu fıkra ile getirilen güvence, bireyin aleyhine önemli ölçüde zayıflayacak ve bu hükümle korunmuş olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçlara yol açacaktır⁴⁸⁷.

Olağan hallere ilişkin mahkeme içtihatlarını incelediğimiz takdirde; Mahkeme somut durumun gösterdiği özelliklere göre *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davasında* dört gün altı saat ve dört gün on bir saatlik süreleri; *Duinhof et Duijf/Hollanda*, *De Jong, Baljet et Van der Brink/Hollanda* ve *Van der Sluis ve Zuiderveld et Klape/Hollanda Davalarında* da yedi günü aşan süreleri “derhal” kavramının gerektirdiği süreyi aşacak nitelikte uzun ve Sözleşme hükmünü ihlal eder nitelikte bulmuştur⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵Mocavei, **a.g.e.**, s. 94.

⁴⁸⁶Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 237.

⁴⁸⁷Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 395.

⁴⁸⁸Sarıgül, **a.g.e.**, s. 95.

*Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davasında*⁴⁸⁹, İngiltere'nin olayın terörizm ile bağlantılı olması nedeniyle soruşturma açısından güçlük arz ettiği şeklindeki savunmasına rağmen, hakim önüne çıkarılmadan dört gün altı saatlik bir sürenin, Sözleşmenin 5/3 maddesindeki “*derhal*” kavramıyla bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre 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, yani devletin derhal yargısal makam önüne çıkarma görevini ortadan kaldırma noktasına getirilmemelidir.

CMK'da 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce; yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili yargıç veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza yargıç önüne çıkarılır ve serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili yargıç veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanırdı (CMK md.94/1). Uygulamada buna “yol tutuklaması” ya da “sevk tutuklaması” denilmekteydi. Ancak 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle kişinin yetkili yargıç önüne çıkarılamaması nedeniyle özgürlüğünden mahrum kalmasının önüne geçilmesi için yol (sevk) tutuklaması usulü kaldırılmıştır. Buna göre yakalanan kişi en geç yirmi dört saat içinde yetkili yargıç veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili yargıç veya mahkeme tarafından bu kişilerin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır. (CMK md. 94/2). Kanaatimizce de sevk tutuklaması ismiyle tabir edilen uygulama, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının yasal ve meşru olduğu hiçbir evrensel hukuk normu ile bağdaşmamakta idi. Kaldırılmasıyla AİHM'nin içtihatlarına uygun bir adım atılmıştır.

4.4.4. Salıverilmenin Bir Güvenceye Bağlanması

AİHS 5. maddenin 3. fıkrasının son cümlesine göre “sanığın yargılama sırasında kaçmasını önlemek için, salıverme bir güvenceye bağlanabilecektir.” Bu hükme göre alınacak güvencenin amacı, sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaktır. Yargılamanın devamı için öngörülmüştür. Ancak kişi hak ve özgürlüklerini ihlal etmemek için güvence miktarı tespit edilirken bireyin kişisel durumuna dikkat etmek

⁴⁸⁹Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davası, 29.11.1998, No. 145.

gerekir. Kanaatimizce fiilin ağırlığının ve kişinin ekonomik durumunun çok üzerinde bir güvence miktarının istenmesi de AİHS 5. maddede ki hakkın ihlali niteliğini taşır.

Alınacak teminatın amacı, suçtan doğan zararın tazminini karşılamak değil, sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaktır. Duruşmaya gelmemesi halinde ödediği teminatı kaybedeceğinden, teklif edilen teminat miktarının sanığı kaçırmaktan caydıracak nitelikte olması gerekmektedir.

4.5. Tutulmanın Hukukilik Denetimi İçin Başvurma Hakkı

4.5.1. Genel Olarak

Sözleşmenin 5/4 fıkrası, gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve hukuki değilse salıverilmesine hükmedilebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır⁴⁹⁰. Bu güvenceye daha önceki bölümde izah ettiğimiz *habeas corpus* güvencesi adı verilir. Bu yasa ile kişinin yakalanması ve tutuklanmasına ilişkin kurallar sistemleştirmiş ve mükemmelleştirilmiştir. İngiltere’de ilk kabul edildiğinde bireyler bu bildiri sayesinde kralın tutuklama yetkisine meydan okudular. Sonunda bu bildiri İngiltere’de, kişinin özgürlüğünü kısıtlarken başvurulması zorunlu standart kontrol prosedürü haline gelmiştir⁴⁹¹

5. maddenin 4. fıkrasına göre:

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

Sözleşme’nin 5/4 fıkrası, suç şüphesiyle yakalanan kişi açısından 5/3 fıkrasıyla yargılama usulü itibariyle benzerlik göstermekle birlikte, amaçlarının farklılığı

⁴⁹⁰Doğru, Nalbant, a.g.e., s. 405.

⁴⁹¹Laurent Marcoux, “Protection From Arbitrary Arrest And Detention Under International Law”, **Boston Colloge International and Comparative Law Review**, Volume 5, Issue 2, 1982, p. 347.

nedeniyle karıştırılmamalıdır. 4. fıkranın öngördüğü denetim, 3. fıkroda sanıklar için öngörülen denetimden tamamen bağımsızdır ve hangi şekil ve nedenle olursa olsun, her türlü özgürlükten yoksun bırakılma durumunda uygulama alanı bulmaktadır⁴⁹². Örneğin akıl hastalığı nedeniyle özgürlüğü kısıtlananlar hakkında bu fıkra uygulama alanı bulur. Oysa AİHS'nin 5/3 fıkrasıyla getirilen hukuki güvence sadece Sözleşmenin 5/1(c) bendine münhasırdır. Her iki fıkra arasında ki bir diğer fark ise süreci başlatan kişilere ilişkindir. AİHS'nin 5/3 fıkrasındaki hukuki güvenceye ilişkin süreci başlatma kamu görevlilerinin vazifesidir. Ancak 5/4 fıkrasında özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin başvurusundan bahsedilmektedir.

Bu hak şüpheliye, tutulmasının hukuki denetiminin makul aralıklarla yapılmasını bir mahkemeden isteme yetkisi verir. Hem de bu talep uyarınca, denetim çok kısa sürede yapılmalıdır. Bu unsurların herhangi birini taşımayan denetim, Sözleşme'nin 5/4 fıkrasında ifade bulan "*habeas corpus*" güvencesini içermez.

AİHM, özgürlüğü kısıtlatan kararın idari bir makam ya da mahkeme tarafından verilmiş olmasına göre bir ayrıma girmiştir. Buna göre; kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan karar idari bir makam tarafından verilmiş ise, 4. fıkranın gözetimine alınan veya tutulan kişiye mahkemeye başvurma hakkı tanıdığına kuşku yoktur. Ancak tutma kararı bir yargılama sonunda verilmiş ise, bu karar için başka bir mahkemeye başvurulabileceğine işaret eden bir hüküm bulunmamaktadır. Sarıgül'e göre, bu durumda 4. fıkranın gerektirdiği denetim, tutma kararının içinde yer almakta, bu karara içselleştirilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, bir karar verilmesi halinde, fıkradaki şartın, "*habeas corpus*" güvencesinin yerine getirildiğini kabul etmektedir⁴⁹³. Biz bu düşünceye katılmamaktayız. Zira özgürlüğün kısıtlanması kararı bir yargılama sonunda verilse dahi, serbest kalmak için bir başka yargı merciine ivedi şekilde müracaat hakkını kabul etmek gerekir. İdari bir makam hatalı bir karar verebileceği gibi yargılama makamı da hataya düşebilir. Bu sebepten denetimden yoksun tutulmamalıdır. Aksi takdirde 5/4 fıkrasındaki güvence işlevsiz hale gelir.

⁴⁹²Sarıgül, a.g.e., s. 108.

⁴⁹³a.g.e., s. 109.

Sözleşmenin incelediğimiz bu hükmü, açıkça mahkemeye atıfta bulunarak, bu durumun bir savcı tarafından kararlaştırılacak bir konu olup olmadığı konusunda tereddüde mahal bırakmamıştır. Kişi derhal serbest bırakılmasını mahkemeden isteyecektir⁴⁹⁴. Sözleşmenin 5/4. fıkrasında geçen “mahkeme”nin ülkenin yargısal sistemiyle bütünleşmiş klasik anlamda bir mahkeme olması zorunlu değildir. Buradaki “mahkeme” kelimesi yürütme organı ve taraflardan bağımsızlığın yanı sıra, söz konusu özgürlükten yoksun bırakma türüne uygun, bir hukuk sisteminden diğerine değişebilen “yargısal usul güvenceleri” taşıyan organlara sahip olmayı da gerektirir⁴⁹⁵.

AİHM *Varbanov/Bulgaristan davasında*⁴⁹⁶, başvuru sahibinin alıkonulması, bölge savcısının kararıyla olmuş, daha sonra aynı savcı, başvuru sahibinin bir psikiyatri hastanesine yatarak tedavi görmesi yönünde başvuru sahibi hakkında yürütülen takibatta görev almıştır. Bölge savcısının kararı yalnızca üst savcılarının kararıyla bozulabilmektedir. Bu durumda AİHM, 5. madde 4. fıkraya aykırı bir şekilde, başvuru sahibinin alıkonulmasının hukuka uygun olup olmadığının tespiti için mahkemeye başvurma hakkından yoksun bırakıldığını tespit etmiştir.

Çeşitli sebepler ile özgürlüğünden mahrum bırakılanın serbest kalması için bir mahkemeye başvurabilme hakkı, AİHS’ye paralel bir şekilde Anayasa’nın 19/8 fıkrasında düzenlenmiştir:

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

Anayasa Mahkemesi, *Mehmet Haberal* davasında, fıkarda serbest bırakılmak amacıyla yetkili yargı merciine yapılması gereken başvurudan söz edildiğinden, anılan hakkın talep halinde uygulanabileceğinin anlaşıldığını ifade etmiştir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴Mocavei, **a.g.e.**, s. 105-106.

⁴⁹⁵Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 406.

⁴⁹⁶Varbanov/Bulgaristan, 5.10.2000, No. 31365/96.

⁴⁹⁷AYM, Mehmet Haberal.B., 4.12.2013, No. 2012/849.

CMK, hukukilik denetimini, md. 91/5’de yakalama, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı Sulh Ceza Hakimine başvurulabileceğini, md.104/1’de soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanığın salıverilmelerini isteyebileceklerini belirterek düzenlemiştir⁴⁹⁸.

CMK md. 91/5 uyarınca: Yakalama işlemine gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin C. savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafî veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımlı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvurabilir. Yakalanan kişinin dilekçesi yetkili hakime en seri biçimde ulaştırılır. Sulh ceza hakimi incelemeyi dosya üzerinden yaparak derhal ve en geç yirmi dört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhal soruşturma evrakı ile C. savcılığında hazır bulundurmasına karar verilir. Kanaatimizce bu maddede kişi özgürlüğünün korunması maksadıyla, “*hazır bulundurulmasına*” ifadesi yerine “*derhal serbest bırakılır*” ifadesi daha uygun olurdu. Nitekim AİHM 5/4 deki hukuki güvencenin esaslarından biriside başvuru mahkemenin özgürlüğü kısıtlanan kişiyi serbest bırakma yetkisine sahip olmasıdır.

4.5.2. Hukuki Denetimin Kısa Sürede Gerçekleşmesi

AİHS’nin 5/4 fıkrası uyarınca, özgürlüğü kısıtlanan kişi hakkında hukuki denetim, “*kısa bir zamanda*” yerine getirilmelidir. AİHM kararlarında⁴⁹⁹ bu kavramın her somut olayın özelliğine göre belirleneceğini ifade etmiştir.

“*kısa süre*” deyimi, ne “*hemen*” anlamına gelebilecek kadar dar, ne de “*makul*” kavramı kadar geniş yorumlanacak bir anlama sahiptir. Amaç, özgürlükten mahrumiyet gibi sonuçları bakımından, kişi için, ağır ve önemli bir tedbiri keyfilikten kurtarmak, kanuna aykırı kısıtlamanın kısa sürede son bulmasını sağlamaktır. Fıkra hükmü, kişi hakim önüne çıkarıldıktan sonra uygulanmaya başlanacaktır. Hakime hitap

⁴⁹⁸Kazancı, **a.g.e.**, s. 96.

⁴⁹⁹Bu konuda bkz. Sanchez-Reisse/Avusturya, 21.10.1986. No. 107.

eden ve karar süresini kısıtlayan bu hüküm uyarınca hakim, yakalamanın kanuna uygunluğu konusundaki kararını, vakit geçirmeden, kısa bir süre içerisinde vermelidir⁵⁰⁰.

Bu fıkrada ifade edilen “kısa süre”, 3.fıkrada belirtilen “en kısa süre”den farklıdır. Zira 5.madde 4. fıkrada hükümlerine müracaat edilen hukuki meseleler daha karmaşık olabilir. Dolayısıyla, başvuru tarihinden itibaren başvuru sonuçlandırılıncaya kadar geçen sürenin bir ila iki hafta olması, genellikle pek çok davada kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir. Ancak, alıkoyma uygulamasının başladığı anda bu uygulamanın yasallığına itiraz söz konusu olmuş ve 5. madde 3. fıkrada hükümleri uyarınca “en kısa süre” şartı yerine getirilmemişse, artık 5/4. fıkradaki sürenin uzunluğu özellikle dikkate alınmalıdır⁵⁰¹.

4.5.3. Hukukilik Denetiminin Makul Aralıklarla Tekrarlanması

Özgürlük kısıtlaması durumunun, değişen koşullara göre yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Çünkü, yasadaki tutma sebebi olarak kabul edilen tehlikeli durum ortadan kalkmış veya tedavi amaçlı özgürlük kısıtlamasına başvurulmuş olup iyileşme sağlanmış olabilir. Bu hallerde yine 4. fıkrada gereğince, belli aralıklarla durumun yeniden gözden geçirilmesini isteme hakkı vardır⁵⁰². AİHM, özgürlüğü kısıtlanan kişi ile ilgili yeni bazı durumların ortaya çıkması ihtimaline karşı, tutukluluk halinin düzenli aralıklarla gözden geçirilmesi ve tutuklamayı gerektiren sebepler ortadan kalkmışsa serbest bırakılmayı tutuklunun doğal bir hakkı olarak kabul etmektedirler⁵⁰³.

AİHM’ye göre özellikle akıl hastalarının ve tutukluların durumlarında değişiklik olabileceğinden, tutma düzenli olarak incelenmelidir (*automatic periodic review*). Başvurucunun salıverilme talebini içeren başvuruları, yetkililerin tutukluluğun devamına ilişkin Sözleşme’nin 5/3 fıkrası gereğince resen yaptıkları denetimden bağımsız olarak incelenmelidir. Ayrıca tutuklu başvurucunun serbest bırakılmayı talep etme sayısının ulusal hukuk normlarınca sınırlandırılması Sözleşmenin 5/4 fıkrası

⁵⁰⁰Sarıgül, a.g.e., s. 114.

⁵⁰¹Mocavei, a.g.e., s. 113.

⁵⁰²Şahbaz, a.g.e., s. 222.

⁵⁰³Sarıgül, a.g.e., s. 340.

bakımından bir sorundur⁵⁰⁴. AİHM, *Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan* davasında⁵⁰⁵, başvurucunun iki yıl tutuklu kaldığı halde sadece bir kez salıverilme talebinde bulunabilmesini, hukukiliğin makul aralıklarla denetimi şartına aykırı görmüş ve Sözleşme'nin 5/4 fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

CMK'da tutukluluğun makul aralıklarla düzenli olarak incelenmesine ilişkin kural CMK'nın 108. maddesinde yer almaktadır:

“1. Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibariyle tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafî dinlenilmek suretiyle karar verilir.

2. Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkra da öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

3. Hakim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda ve koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkra da öngörülen süre içinde de re'sen karar verir.”

Bu düzenlemenin CMK'da yer almasında, yukarıda izaha çalıştığımız AİHS'nin 5/3 ve 5/4. fıkraların etkisi büyüktür. Nitekim CMUK döneminde, soruşturma evresinde savcı dava açmazsa veya tutuklamaya gerek görmezse sanığı salıverir; Ancak savcı salıvermedikçe tutukluluk hali bir hakim kararı olmadan uzayıp gidebilmekte idi. Tutuklunun makul süre içinde serbest bırakılmasından ve yargılanmasından söz eden Anayasa'ya (Any. md.19/7) , AİHS 3 ve 4. fıkraları ve düzenli aralıklarla tutuklamanın zorunluluğunun araştırılmasını tavsiye eden Avrupa Konseyi Kararlarına aykırı düşen bu uygulamayı önlemek için CMK madde 108'de en geç otuzar günlük süreler itibariyle tutukluluk halinin yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğu getirilmiştir⁵⁰⁶. Maddeye “*şüpheli veya müdafî dinlenilmek suretiyle*” ibaresi 2013 yılında 6459 Sayılı Kanun ile

⁵⁰⁴Altınkök, **a.g.e.**, s. 402.

⁵⁰⁵Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan, 28.10.1998, No. 24760/94.

⁵⁰⁶Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 389.

eklenmiştir. Kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir ve AİHS'ye uyum için atılmış bir adımdır. Zira tutukluluk durumunun devamına ilişkin karar verilirken, şüpheli ve ya müdafii de dinlemek somut durumun tespiti açısından son derece faydalıdır. Evrak üstünden yapılan inceleme kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunması için tek başına yeterli değildir.

*Öz/Türkiye davasında*⁵⁰⁷, çocuk başvuruçunun uzun tutukluluk süresinden şikayetini inceleyerek, üç aydan fazla bir süre sonra yeniden mahkeme önüne çıkarılmasını yeterli görmeyip sürenin “makul” olması koşulunun karşılanmadığına hükmetmiştir.

⁵⁰⁷Öz/Türkiye davası, 3.7.2012, No. 6840/08.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ VE HUKUKA AYKIRI YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMANIN HUKUKİ SONUÇLARI (TAZMİNAT)

5.1. Genel Olarak

Özgürlükçü demokrasilerde suç sanıklarının özgürlüklerinin kısıtlanması sıkı kurallara bağlanmış, bir koruma tedbiri olarak özgürlüğü kısıtlanan kişilerin bu yüzden bir haksızlık ile karşılaşmamaları için gösterilen bütün özene rağmen, haksız olarak özgürlüklerinin kısıtlandığı durumlar olursa, bunların da giderilmesi yoluna gidilmiştir. Bu giderim, haksız olarak özgürlüğü kısıtlanan kişinin, aynı dönemde işlediği bir başka suçtan yargılanması sırasında mahkum edilmesi halinde bu sürenin mahkumiyetten indirilmesi şeklinde olabileceği gibi böyle bir durumun bulunmaması halinde de devletçe maddi ve manevi tazminat ödenmesi biçiminde olabilir⁵⁰⁸. İlave olarak insan haklarının korunması anlamında etkili bir mekanizma olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir yaptırım mekanizması olarak son dönemde öne çıkmıştır.

Yasadışı olarak özgürlüklerinden yoksun kılınan ya da haksız yakalanan kimselere tazminat verilmesi düşüncesi oldukça eskidir. Birçok Batılı Ülke tazminat kurumunu yüzyıla yakın bir süredir hukuk sistemlerine yerleştirmişlerdir. Örneğin Almanya'da 1898 yılından bu yana tazminat düzenlemesi mevcuttur. Ancak insan haklarıyla ilgili açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere hakkın temeli 1679 tarihli *Habeas Corpus* belgesidir⁵⁰⁹.

Türk hukukunda ise haksız ve hukuka aykırı olarak yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kimselere tazminat ödenmesi esası, ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenmiş ve bu düzenlemenin gereği olarak 466 sayılı "Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun" 1964 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 2005 yılına kadar haksız yere özgürlüğünden mahrum

⁵⁰⁸Durmuş Tezcan, *Haksız Yakalama ve Tutuklama*, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1989, s. 22.

⁵⁰⁹Kuzu, *a.g.e.*, s. 231.

edilenlere tazminat verilmesinde esas alınan bu kanun, 1.6.2005 tarihinde 5320 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak CMK'nın yürürlük tarihinden önce işlenen suçlarda 466 sayılı Kanunun uygulanmaya devam olacağı hükme bağlandı (5320 Sayılı Yürürlük Kanunu). Bununla birlikte 466 sayılı Kanun sadece yakalama ve tutuklama koruma tedbirlerine ilişkin olduğu için diğer koruma tedbirlerine uygulanmaz.

Koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanmış olmasından doğabilecek maddi ve manevi tüm zararlar devlet tarafından tazmin edilecektir. Böylece, “ Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.” Şeklindeki Any. md. 40/3 hükmünün gereği kısmen de olsa yerine getirilmiş olmaktadır⁵¹⁰.

5.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Tazminat

AİHS'nin 5. maddesinin 5. fıkrasına göre, aynı maddeye aykırı olarak yapılan yakalama ve gözaltı nedeniyle özgürlüğünden mahrum edilen kişinin tazminat isteme hakkı vardır. Bu tazminat maddi veya manevi olabilir.

AİHS 5/5. fıkrasına göre:

“ Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama ve tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”

AİHS'nin bu hükmüne benzer bir düzenleme Anayasa'nın 19/9. fıkrasında şu şekilde yer almaktadır:

“Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”

AİHS 5. maddesinin 5. fıkrasına göre, tazminat talebinde bulunma hakkı mağdur olduğunu iddia eden kişinin 5. maddenin 1-4 fıkrasındaki hükümlerden herhangi birine

⁵¹⁰Özbek, a.g.e., s. 548.

aykırı bir işleme tabi tutulduğu hallerde geçerlidir. Yani, sözleşmeye yönelik bir ihlalin bulunması gerekir. Bu ihlalin de kişi özgürlüğünün ihlali kapsamında olması gerekir⁵¹¹.

Sözleşmenin 5/5. fıkrasında belirtilen ilkelere aykırı olarak yakalanan veya tutuklanan herkese, maddi veya manevi tazminat isteme hakkı tanınmıştır. Kişiye tanınan bu hak, sözleşmenin 50. maddesinde öngörülen “adli tatmin” hakkı ile birbirini tamamlamaktadır. Ancak ikisi arasında uygulama açısından bir fark vardır. 5. maddede öngörülen tazminat talebi milli makamlara karşı ve ancak milli mahkemeler önünde öne sürülebildiği halde, 50. maddede belirtilen adli tatmin yöntemi, Sözleşmenin ihlali halinde Mahkeme tarafından kararlaştırılarak gereği yapılmak üzere devletlere bildirilmektedir⁵¹². Sözleşmeye taraf devlet, 5. maddenin ihlali nedeniyle oluşan tazminat yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda ise, mağdurlar tarafından 50. madde hükümlerine dayanılarak AİHM’ye de müracaat edilebilir.

Usule ilişkin izlenen süreç AİHM’nin, Sözleşmenin 5 maddesinin fıkralarından herhangi birinin ihlal edildiğini tespit etmesi ile başlar. AİHM 5/5 fıkrasına göre verilecek tazminat miktarını “gizli” bir “hesap tablosu”na göre belirler. Bu hesap tablosuna göre hesaplanan tazminat başvurucaya ödenmektedir. Tazminat miktarı belirlenirken hem maddi zarar hem de manevi zarar dikkate alınmaktadır. Hükmedilen bu tazminat miktarı, “net” olup ayrıca tahakkuk edilebilecek bütün vergilerinde ödenmesine hükmedilmektedir. Söz konusu ödemelerin, Sözleşme’nin 44/2 fıkrasına göre üç ay içinde ifa edilmesi gerekir⁵¹³. Devlet tazminatı, AİHM tarafından belirlenen para birimi üzerinden ödemek zorunda değildir. Kendi ulusal para birimi ile de ödeme yapılabilir. Ancak ödeme tarihindeki döviz kurunu esas almak zorundadır.

5.3. CMK’da Haksız Yakalama ve Gözaltı İçin Tazminat

5.3.1. Genel Olarak

Etkin bir ceza muhakemesi yapılabilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için, muhakeme sürecinde çeşitli koruma tedbirlerine başvurmak gerekebilir. Bunlardan ikisi

⁵¹¹Düzgün, Elmacı, **a.g.e.**, s. 100.

⁵¹²Kuzu, **a.g.e.**, s. 232.

⁵¹³Altınkök, **a.g.e.**, s. 412.

de araştırma konumuz olan yakalama ve gözaltına almadır. Koruma tedbirleri başlığı altında belirttiğimiz üzere, herhangi bir koruma tedbirine başvurulduğu sırada, bu tedbire başvurmanın kesin olarak hukuka uygun olup olmadığını tam olarak belirleyebilme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle tedbire başvurulduğu andaki duruma göre görünüşte hukuka uygunluk değerlendirmesi ile yetinilmek zorundadır. Tedbire hukuka uygun olarak başvurulduktan sonraki bir dönemde verilen kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat gibi kararlar dolayısıyla, bu işlemin aslında haklı olmadığı bilahare anlaşılmış olmaktadır⁵¹⁴. Bu bağlamda, en kusursuz hukuk sistemlerinde bile haklı olmayan koruma tedbirleri istemeden de olsa uygulanabilmektedir. Söz konusu durumda oluşacak maddi ve manevi zararın tazmin edilmesinden, birinci derecede sorumlu “devlet” olacaktır. Bu sorumluluk “hukuk devleti” olmanın bir gereğidir.

Hukuk devleti olmanın gerektirdiği sorumluluğu yerine getirmek ve AİHS 5. maddesinin son fıkrasındaki tazminat güvencesine uyum sağlamak amacıyla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tazminat konusu “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” başlığı altında düzenlenmiştir. Çalışma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine ilişkin tazminat talepleri de bu yasaya göre sonuçlandırılacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda haksız ve hukuka aykırı olarak yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kimselere tazminat ödenmesi esası, ilk kez 1961 Anayasası’nda düzenlenmiş ve bu düzenlemenin gereği olarak 466 sayılı “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun” 1964 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 2005 yılına kadar haksız yere özgürlüğünden mahrum edilenlere tazminat verilmesinde esas alınan bu kanun, 1.6.2005 tarihinde 5320 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlükten kaldırılan 466 Sayılı Kanuna göre kapsam bakımından daha dardır. Tazminat bakımından tüm koruma tedbirlerini kapsamamaktadır⁵¹⁵. Örneğin iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlar ile izleme beden muayenesi, moleküler genetik

⁵¹⁴Şahin, a.g.e., s. 369.

⁵¹⁵Centel, Zafer, a.g.e., s. 469.

inceleme gibi koruma tedbirleri CMK md.141 vd. düzenlenen tazminat hükümlerinin kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak kişinin belki de en fazla mağdur olabileceği koruma tedbirleri de bunlardır. İlave olarak kapsam içinde tutulan koruma tedbirleri için de sadece CMK 141/1. fıkrasında tek tek belirtilen nedenler için tazminat istenebilir. Bu nedenler kıyas yoluyla genişletilemez. Görüldüğü üzere CMK hükümlerine göre, haksız koruma tedbirleri nedeniyle tazminat alabilme imkanı, insan haklarının temel felsefesiyle pek de bağdaşmayacak şekilde daraltılmıştır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konuda, ceza mahkemesinin hiç de uzmanlık alanı olmayan maddi ve manevi tazminat talepleriyle ilgili yetkili kılınması durumudur. Karakehya'ya göre, tazminat uyuşmazlıkları konusunda uzmanlığı bulunmayan bir mahkemeye böyle bir görevin verilmesi uygun değildir. Yazar, bunun yerine söz konusu tazminat taleplerinin yargısal faaliyetlerin idari sorumluluğunu taşıyan Adalet Bakanlığı'na karşı açılacak idari davalara konu edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindedir⁵¹⁶.

5.3.2. Tazminat Nedenleri

Tazminat nedenleri CMK md. 141/1 de sayılmıştır. Ancak biz bu başlık altında sadece araştırma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma ile ilgili olan nedenleri inceleyeceğiz.

5.3.2.1. Kanunlarda Belirtilen Koşullar Dışında Yakalanma

CMK'nın 141/1(a) bendine göre: "*kanunlarda belirtilen koşullar dışında, yakalanan, tutuklanan ve ya tutukluluğun devamına karar verilen*" kişiler tazminat isteminde bulunabilirler. Örneğin kişi, hakkında hiçbir yakalama kararı yokken, yakalanarak iki gün nezarethanede tutulması durumunda tazminat talep edebilecektir. "*kanunlarda belirtilen koşullar dışında*" ibaresinde geçen "*kanunlarda*" teriminden kasıt, sadece 5271 s. CMK hükümleri değildir. Kanunlar ve bu arada Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'de bu kapsamda kabul edilmek gerekir⁵¹⁷.

⁵¹⁶Karakehya, a.g.e., s. 300-301.

⁵¹⁷Erhan Günay, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014, s. 58.

Uygulamada bu nedenin çok nadiren söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir. Esasen yasalarda aranan koşulların gerçekleşmemesine rağmen kişinin yakalanması veya tutuklanması halinde bu işlemler hakkında karar veren kamu görevlisinin, koşulların gerçekleşmesi haline cezai sorumluluğu da söz konusu olabilir⁵¹⁸.

Önleme amaçlı yakalamayı düzenleyen PVSK md. 13'e aykırı yakalama açısından Öztürk, genel hükümlere göre tam yargı davası açılabileceği düşüncesindedir⁵¹⁹. Ünver'e göre de, yakalama konusunda herkesin yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin kullanıldığı hallerde devletin tazminat sorumluluğu yoktur. Kanunun lafzı bu takdirde de tazminat ödenmesine engel değilse de, devlet yetkisinin kullanılmasının söz konusu olmadığı bu halde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tazminata ilişkin hükümleri uygulanamaz⁵²⁰. Ancak burada tartışılması gereken mesele kanaatimizce, vatandaş tarafından kişi yakalanıp kolluğa teslim edildiği andan itibaren yakalamaya ilişkin işlemler devam ediyorsa bu takdirde CMK'nın haksız yakalamaya ilişkin tazminat hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Nitekim herkes tarafından yapılan yakalamayı kolluk personeli yapmasa da kolluğa ait bir yetki kullanılmaktadır. Bizim bu konuda düşüncemiz, vatandaş tarafından yakalanıp kolluğa teslim edilen kişi hakkında yakalama süreci işlemeye devam ediyorsa, oluşacak zarar CMK 141. maddesi uyarınca devletçe karşılanmalıdır.

Meseleye AİHS açısından baktığımızda, yakalama ve gözaltı işlemlerinde hukukilik şartını taşımadığı için Sözleşmenin 5. maddesinin ihlalinin saptanacağı olaylar şu şekilde sınıflandırılabilir; bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin kaydı bulunmuyorsa veya iç hukukta sebebi bulunmuyorsa veya iç hukuktaki sebebi Sözleşmenin 5/1-a,f bentlerinden birine girmiyorsa veyahut hukuki sebebi bulunduğu halde, iç hukukta tutmanın nasıl yapılacağını gösteren bir usul hukuku bulunmuyorsa veya usul bulunduğu halde uygulamada bu usule aykırı davranılmış ise veya görünen bir sebebe veya usule uygun olduğu halde bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına aykırı ise, Sözleşmenin 5. maddesi ihlal edilmiş olur⁵²¹.

⁵¹⁸Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 498.

⁵¹⁹Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 565.

⁵²⁰Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 499.

⁵²¹Albayrak vd., **a.g.e.**, s. 76.

*Sultan Öner ve Diğerleri/ Türkiye Davasında*⁵²², başvuru kadın ve iki çocuğu ile birlikte cezaevindeki eşini ziyaret sonrası cezaevi bahçesinde gözaltına alınmışlardır. Polisin bu işlemi yapmasındaki sebep, başvuru adının arananlar bilgi bankasında bulunmasıdır. Ancak daha sonra isim listelerinin güncellenmemesinden dolayı hataya düşüldüğü fark edilmiştir. AİHM bu davada, başvuru ve çocuklarının hukuki sebep olmaksızın 18 saat gözaltına tutulmaları ve bu hatanın anlaşılmasındaki gecikmeyi Sözleşmenin 5/1.fıkrasına aykırı bulmuştur. Bu durum TCK md. 141/1-a’ da düzenlenen “kanunda belirtilen koşullar dışında” yakalama durumuna da örnek teşkil eder.

Sultan Öner ve Diğerleri/Türkiye davasında görüldüğü üzere, yakalama emirlerinin geçerliliklerinin devam edip etmediklerinin takibi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili olası mağduriyetleri önleyecektir. Bu konuda yaşanacak aksaklık ve sorunlar ise, AİHM nezdinde taraf ülkelerin sorumluluğuna yol açabilecektir⁵²³.

5.3.2.2. Gözaltı Süresi İçinde Şüpheliyi Hakim Önüne Çıkarmamak

Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hakim ve mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre ise on iki saatten fazla olamaz (CMK md. 91). Ancak toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı, gözaltı süresini, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir (CMK md. 91/3). Gözaltına alınan kişi hakkında Kanun’da belirtilen bu sürelerle riayet edilmemesi durumunda hem devletin tazminat sorumluluğu (CMK md.141/1-b) hem de ilgili görevlilerin cezai sorumluluğu oluşabilecektir.

⁵²²Sultan Öner ve Diğerleri/Türkiye, 17.10.2006, No. 73792/01.

⁵²³Cüneyd Altıparmak, **100 Başlıkta Soruşturma Evresi**, 5.b., Ankara: Seçkin Hukuk, 2013, s. 176.

Görüldüğü üzere, CMK md. 141, koşulları gerçekleşmemesine rağmen kişi hakkında gözaltı kararı verilmesini bir tazminat nedeni olarak öngörmüş değildir. Bu nedenle CMK md. 91/2 'de gözaltına alma için gerekli koşullar mevcut olmadığı halde, gözaltına alınan kişilerin, süresi içinde hakim önüne çıkarılmış olmaları durumunda, tazminat istemeleri söz konusu değildir⁵²⁴. Ancak haksız gözaltına alınlar, kanundaki sürelerin dışında hakim önüne çıkarılırlarsa bu takdirde CMK md. 141 ve devamı maddeleri uyarınca tazminat talep edebileceklerdir.

Kanuni gözaltı süresi içinde, hakim önüne çıkarılmama sebebine dayalı olarak tazminat davası açabilmek için asıl (ceza) davasının sonuçlanmış veya hükmün kesinleşmiş olmasına gerek olmadığı Yargıtay kararlarında vurgulanmıştır⁵²⁵.

5.3.2.3. Kanuni Hakları Hatırlatılmamak ve Hatırlatılmasına Rağmen Bu Haklardan Yararlandırılmadan Tutuklanmak

Tutuklama kararı verilmeden CMK 147. maddesi gereğince şüpheliye veya sanığa kanuni haklarının hatırlatılması zorunludur. Yakalanan kişinin haklarının neler olduğunu yukarıda detaylı olarak incelediğimizden dolayı bu başlık altında tekrar değinmeyi uygun görmemekteyiz. Ancak ilave olarak söyleyebiliriz ki, bu hakların hatırlatılmaması bir tazminat nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu hakların hatırlatılmasına rağmen, bu haklardan yararlanılma isteğinin yerine getirilmemesi de devletin sorumluluğunda bir tazminat nedenidir. İsnadı öğrenme talebinin yerine getirilmeden ceza muhakemesi işlemlerine devam edilmesi, bu tazminat nedenine örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hakların zamanında hatırlatılması gerektiği gibi, hatırlatmanın tüm hakları içerecek biçimde olması da gerekir.

Şüpheli ya da sanığın, haklarının hatırlatılmaması veya hatırlatılmasına rağmen fiilen kullanmasına izin vermemesi sebebiyle tazminat hakkının doğabilmesi için, tutuklanmış olması da gerekir. Başka bir deyişle, şüpheli veya sanık tutuklanmamışsa bu hükme dayanarak tazminat isteyemez⁵²⁶.

⁵²⁴Öztürk vd., a.g.e., s. 566.

⁵²⁵Günay, a.g.e., s. 65.

⁵²⁶Öztürk vd., a.g.e., s. 566.

Kişiye, tutuklanmadan önce haklarının hatırlatılmaması tazminat sebebi olduğu halde savunması alınırken haklarının hatırlatılmaması tazminat konusu değil, temyiz nedeni olan “savunma hakkının kısıtlanması” sayılır ve bozma sebebidir. İlave olarak, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma talebi yerine getirilmeden yakalanma ve tutuklanma sebebine istinaden tazminat davası açılabilmesi için, asıl ceza davasının sonuçlanmasına veya hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmadığı Yargıtay kararlarında vurgulanmıştır⁵²⁷.

5.3.2.4. Kanuna Uygun Olarak Yakalandıktan ve Tutuklandıktan Sonra Haklarında Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Beraatlarına Karar Verilenler

Kanunun bu hükmü ile sadece hukuka aykırı olarak yakalanan veya tutuklananlara değil, kanuna uygun olarak yakalanıp veya tutuklanıp da bilahare haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilen kimselere de tazminat ödenmesi olanağı sağlanmıştır (CMK md. 141/1-e). Bu tür hallere “haksız yakalama veya tutuklama dolayısıyla tazminat ödenmesi” adı verilmektedir⁵²⁸.

Madde metnin de hangi kararların verilmesi halinde tazminat hakkının doğacağı sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar Kovuşturmaya yer olmadığı ve beraat kararlarıdır. Bu sebepten *zamanaşımı*, *ön ödeme*, *erteleme*, *hükmün açıklanmasının geri bırakılması* gibi kararların varlığı, haksız yakalama veya tutuklama dolayısıyla tazminat ödenmesine imkan vermez.

C. savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı veya mahkemenin beraat kararının gerekçesinin, tazminat talebi açısından önemi yoktur. Önemli olan özgürlüğü kısıtlanan kişi hakkında yukarıda bahsedilen iki karardan herhangi birisinin verilmiş olmasıdır. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi 07.07.2005-417/2088 sayılı kararında, tazminat istemini, “*delil yetersizliğinden beraat etmesi sebebiyle tutuklamanın haksız sayılamayacağından*” bahisle reddeden ilk derece mahkemesinin kararını yasaya aykırı

⁵²⁷Günay, a.g.e., s. 68.

⁵²⁸Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 501.

bulmuştur. Ayrıca gözaltında ya da tutuklu kalınan sürenin kısa olmasının da tazminatın doğması açısından bir önemi yoktur. Yargıtay kararları⁵²⁹ da bu yöndedir.

Tazminat talebine dayanak teşkil eden, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda veya beraat kararında bu kararı veren merci tarafından, CMK md. 141/2. fıkrası hükmü gereğince, ilgiliye tazminat hakkı bulunduğu bildirilmeli, bu husus karara geçirilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.04.2010 tarihli kararında⁵³⁰, kanun koyucunun sonradan verilen ve kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığı ve beraat kararları ile zararın gerçekleştiğini başkaca hiçbir inceleme ve araştırmaya gerek olmaksızın kabul ettiğini, hakime zararın doğup doğmadığını belirlemek yönünde herhangi bir takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmadığını beyan etmiştir.

Birden fazla suçtan tutuklanmış ve yüklenen bu suçlardan bazısı hakkında savcılıkça kovuşturmayaya yer olmadığı, mahkemece beraat kararı verilmiş olması halinde, kişinin tazminata hak kazanıp kazanmayacağı meselesi üzerinde durmamız gereken bir diğer durumdur. Günay'a göre; kişi tutuklandığı suçlardan sadece birinden dahi mahkum olsa tazminat isteyemez. Çünkü yüklenen suçlar bir bütün olarak düşünülmüş, tutuklama kararı verilirken olayın bu bütünlüğü dikkate alınarak değerlendirilme yapıldığını ifade etmektedir⁵³¹. Biz de bu görüşün isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

5.3.2.5. Gözaltı ve Tutuklulukta Geçen Sürenin Mahkum Olunan Cezadan Fazla Olması

CMK md. 141/1-e bendinde kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kimselere dahi tazminat ödenmesini öngördükten başka, bir ileri adım daha atarak mahkum olan kimselere de tazminat ödenmesine olanak sağlamıştır. (CMK md. 141/1-f). Buna göre, kişinin gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği sürenin sonuçta mahkum olunan süreden fazla olması durumunda tazminat talep hakkı doğmaktadır. Zira kişinin

⁵²⁹Bu konuda bkz. 12.CD 09.02.2012-502/2485 Sayılı Kararı.

⁵³⁰CGK. 30.03.2010, 11-37/66.

⁵³¹Günay, a.g.e., s. 87.

mahsuba rağmen fazladan gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği bir süre bulunmaktadır ve bunun tazmin edilmesi hakkaniyet gereğidir. Örneğin; altı ay hapis cezasına mahkum olmasına karşın bir yıl tutuklu kalan kişi, fazladan yattığı altı ay hapis için tazminat talep edebilir. Benzer şekilde yeni bir hüküm olarak, mahkum olunan suçun cezasının kanunda sadece para cezası olması nedeniyle, para cezasına çarptırılan, ancak bu arada gözaltında ve tutuklulukta geçirilen bir sürenin varlığı durumunda, ilgiliye tazminat ödenmesi imkanı sağlanmış bulunmaktadır⁵³².

Seçenek yaptırıma tabi bir suçtan bir süre tutuklu kalan sanığa seçenek yaptırım olarak adli para cezası verilmiş ise tutuklulukta kaldığı günler ancak mahsuba konu olabilir. Yoksa cezanın adli para cezası türünde olduğu, hapis cezası olmadığından söz edilerek tutukluluk süresi için tazminat isteminde bulunulamaz⁵³³.

Yargıtay 12. CD 03.01.2013 tarihli kararında⁵³⁴, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen AİHS'nin 5. maddesine atıfta bulunarak, davacının koruma tedbirine konu mahkum olduğu ceza davasında tutuklu kaldığı sürenin sonuç olarak tayin edilen ceza miktarından uzun olması sebebiyle, zararının tazmininin gerektiğine karar vermiştir.

5.3.2.6. Özgürlüğü Kısıtlanana Hakkındaki İsnadın Söylenmemesi

AİHS'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“yakalanan her kişiye, yakalama nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.”* Bu düzenlemeye uyumlu olan Anayasa md. 19/3'e göre de: *“Yakalanan ve tutuklanan kişilere, yakalama ve tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.”*

CMK md. 97 uyarınca yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır ve bu tutanağın bir sureti yakalanana verilir. Bu tutanakta kişinin hangi suç nedeniyle yakalandığı da açıkça

⁵³²Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 502.

⁵³³Günay, **a.g.e.**, s. 97.

⁵³⁴12.CD., 03.01.2013, E. 2013/24083.

belirtilmelidir. Bu sayede kişi hakkındaki isnadı öğrenerek adil yargılanma hakkı çerçevesinde kendini savunma imkanını elde etmiş olacaktır.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin karşılığı olarak CMK 141/1-g bendinde, devletin tazminat sorumluluğuna işaret edilmiştir. Amaç kişinin yakalama ve tutuklamaya karşı itiraz hakkını etkin ve zamanında kullanabilmesidir.

5.3.2.7. Özgürlüğü Kısıtlananın Bir Yakınına Haber Vermeme

CMK md. 95/ 1 gereğince şüpheli ve ya sanık yakalandığında bir yakınına gecikmeksizin haber verilir. Bu hükme paralel olarak CMK md. 107/1'de de tutuklamanın yakınlarla bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu hükümlere aykırı işlem tesis etmenin yaptırımı ise devletin tazminat sorumluluğu olarak kabul edilmiştir (CMK md.141/1-h).

Yakalanan ve tutuklanan kişi yakalandığını ya da tutuklandığını gizli tutmak isteyebilir. Bu hakka sahiptir. Bu durumda bildirim yükümlülüğü kişinin iradesi ile engellendiğinden devletin tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz⁵³⁵.

5.3.3. Başvuru Koşulları

5.3.3.1. Karar veya Hükümlerin Kesinleşmesi

CMK'nın 142/1. maddesinde, koruma tedbirleri bakımından tazminat isteminde bulunulabilmesi için öncelikle ilgili karar veya hükmün kesinleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Kanun maddesinde ilgili karar veya hükmün kesinleşmesi gerektiği belirtildiği için, ilgili kişi hakkında soruşturma aşamasında verilecek kesinleşmiş karar veya kovuşturma aşamasında verilecek kesin hüküm olmadan doğrudan tazminat davası açılmayacaktır⁵³⁶.

⁵³⁵Günday, a.g.e., s. 97.

⁵³⁶Düzgün, Elmacı, a.g.e., s.152.

Ancak Yargıtay son yıllarda vermiş olduğu kararlarda ikili bir ayrıma giderek, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı olmayan talepler bakımından asıl davanın sonuçlanmasının gerekli olmadığı yönünde hüküm kurmaktadır. Nitekim, Yargıtay 12. Ceza Dairesi 17.09.2012 tarihli kararında⁵³⁷, “gözaltı süresi içinde kişinin hakim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esası ile herhangi bir ilgisi bulunmadığını belirterek, bu konudaki talep konusunda karar verilmesi için davanın esası hakkında karar verilmesine de gerek bulunmadığını” ifade etmiştir.

5.3.3.2. Yetkili Mahkeme

Tazminat istemi, zarara uğrayan kişinin oturduğu yerdeki ağır ceza mahkemesi tarafından karara bağlanır. Zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, yetkili mahkeme zarara uğrayanın oturduğu yere en yakın ağır ceza mahkemesidir (CMK md. 142/2). Bu hüküm ile zaten mağdur durumunda olan kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız şekilde hakkını arayabilmesi amaçlanmıştır. Bu açıdan kişi hak ve özgürlükleri ile adil yargılanma hakkı bağlamında olumlu ve yerinde bir düzenlemedir.

Davanın yetkisiz mahkemede açılması mahkemenin ne tür karar vereceği 5271 sayılı Kanun’da düzenlenmemiştir. Yargıtay, 5271 Sayılı Kanuna tabi yetkisiz mahkemeye açılan tazminat talebinde yetkisizlik kararı verilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur⁵³⁸.

5.3.3.3. Başvurmaya Yetkili Kimseler

CMK’nın 141. maddesindeki nedenlere maruz kalan kişiler tazminat isteminde bulunacaklardır. Zira CMK’nın 142/2. maddesine göre “zarara uğrayan” kişiler bu hakka sahiptir. Tüzel kişilere yakalama ve gözaltı koruma tedbirleri uygulanmadığı için en azından bu iki koruma tedbirine bağlı olarak tüzel kişilerce tazminat talep edilemez.

⁵³⁷12.CD., 17.09.2012, E.2012/20227.

⁵³⁸Bu konuda bkz. 12.CD., 09.10.2012, E.2012/22677, K.2012/21216.

5271 sayılı CMK'da, 141. maddede sayılan koruma tedbirlerinin uygulandığı kişilerin tazminat talebinde bulunabileceği açıkça ifade edildiği için bu kişilerin yakınları, akrabaları bu hakka sahip değildir. Tedbirden zarar gören üçüncü kişilerin de tazminat talebinde bulunamayacakları kanundan anlaşılmaktadır⁵³⁹. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 04.10.2012 tarihli kararında⁵⁴⁰, “üçüncü kişinin, kendisine ait olup, suçta kullanılması nedeniyle el konulan aracı dolayısıyla uğradığı zararı CMK md. 141 uyarınca devletten talep edemeyeceğini” ifade etmiştir.

Davacı, dava açılmadan ölmüş ise, mirasçıları onun yerine dava açamazlar. Buna karşılık davacı dava açtıktan sonra ölmüş ise, mirasçılar açılan davaya devam edebilirler⁵⁴¹. Nitekim Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 5271 sayılı CMK döneminde açılan tazminat davasında beraat hükmü kesinleştikten sonra ölen davacının mirasçısının süresinde açtığı davanın kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁴².

Buna karşılık; tazminata hak kazanmadığı halde, sonradan yürürlüğe giren ve lehe düzenleme getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hale dönüşenler, genel veya özel af, şikayetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenler ile hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler, kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler, adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar tazminat talep edemezler (CMK md.144).

Mümeyyiz küçüklerin münhasıran şahsa bağlı haklarından dolayı dava açma hakları bulunduğu gibi vasinin de vesayeti altındaki küçüğü temsilen dava açma hakkı bulunmaktadır. Mümeyyiz küçüğün hüküm verilmeden önce 18 yaşını doldurması

⁵³⁹Düzgün, Elmacı, **a.g.e.**, s. 160-161.

⁵⁴⁰12.CD., 04.10.12, E.2012/21598, K.2012/20868.

⁵⁴¹Öztürk vd., **a.g.e.**, s. 574.

⁵⁴²12. CD., 23.09.2013, E.2013/14865, K. 2013/21107.

halinde davayı kendisinin veya bizzat vekaletname verdiği vekilin devam ettirmesi gerekir⁵⁴³.

CMK md. 141'de zararın toplum adına Devlet tarafından ödenmesi ilkesi benimsendiği için, davanın Devlet Hazinesi'ne karşı açılması gerekir. Tazminata dayanak oluşturan işlemi gerçekleştiren kişilere doğrudan dava açılmasına olanak yoktur⁵⁴⁴.

5.3.3.4. Başvuru Süresi

CMK md. 142/1 başvuru süresini üç ay olarak belirlemiştir. Bu süre bir hak düşümü süresidir. Bu sürenin başlangıcı karar veya hükümlerin kesinleştiğinin tebliği tarihidir. Tebliğ yapılmadığı müddetçe bu süre başlamayacaksa da, kanun kesinleşmeyi takip eden 1 yılın nihai süre olduğunu tespit etmiştir. Böylece karar veya hükümlerin kesinleşmesinden sonraki 1 yıl içinde talepte bulunulmadığı takdirde artık tazminat talebinde bulunulamaz. Burada ortaya çıkan sorun, bireyin kararın kesinleşmesinden haberdar olmaması nedeniyle bir yıllık süre sonunda hak kaybına uğrama ihtimalidir. Kanaatimizce bahsettiğimiz olumsuzluğun yaşanmaması ve bireye hukuki güvence sağlanması maksadıyla bu maddede belirtilen 1 yıllık hak düşürücü sürenin arttırılması yerinde olacaktır.

5.3.3.5. Tazminat Talebinin Mahkeme Tarafından İncelenme Usulü

Tazminat talebinde bulunan kişi, bunu süresi içinde bir dilekçe ile yapmalıdır. Dilekçede, tazminat talebinde bulunan kişinin açık kimliği ve adresi, zarara uğradığı işlemin ve zararın niteliği ve niceliği yazılmalı ve bunların belgeleri dilekçeye eklenmelidir(CMK 142/3). Dilekçe ve ekinde bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin neden ibaret olduğunu ve duyuru tarihinden bir ay zarfında tamamlanıp mahkemeye ulaştırılmadıkça davanın reddedileceğini, ilgiliye duyuracaktır. Bu karara karşı itiraz olunabilecektir(CMK md.142/4).

⁵⁴³Düzgün, Elmacı, a.g.e., s. 162.

⁵⁴⁴Öztürk vd., a.g.e., s. 574.

Davacı, gözaltı ve tutuklamayla ilişkili dosyada belgelenenler dışında, her türlü zararını ispat belgelerini de dilekçesine ekleyecektir. Gözaltı veya tutuklamayla ilişkili dosyada bulunan belgeleri ise, mahkeme kendisi getirecektir⁵⁴⁵.

CMK 142. maddenin 5. fıkrası uyarınca mahkeme dilekçe ve ekli belgeleri yeterli görürse, kişinin haksız yakalama ve gözaltı dolayısıyla mağduru olduğu tahkikat dosyasını getirtip inceler. Tutuklu kalınan süreyi, davacının yaptığı işi, aldığı ücreti, sosyal durumunu sorup araştırır. Ayrıca mahkeme davacının mahsuba konu mahkumiyetinin olup olmadığını da araştırır⁵⁴⁶.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, süre hak düşürücü nitelikte olduğu için geçirildikten sonra açıldığı anlaşılırsa dava reddolunur. Mahkeme, tazminata konu olan işlemle kendisini ilişkili görmüş ve davayı görülebilir olduğunu saptamış ise dilekçe ve ekli belgelerin bir örneğini devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ eder. Varsa beyan ile itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. Devlet hazinesinin temsilcisi illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğüdür⁵⁴⁷.

İstem ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir (CMK md.142/6).

5.3.4. Hüküm ve Tazmin Edilecek Zararlar

Mahkeme kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezse, yokluklarında karar verilebilir (CMK md. 142/7). Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır (CMK md. 142/8). Ancak hukuk sistemimizde istinaf mahkemeleri henüz faaliyete

⁵⁴⁵Düzgün, Elmacı, a.g.e., s. 169.

⁵⁴⁶Hülya Poyraz Giyik, **Kanun Dışı Yakalama, Tutuklama, Arama ve Elkoymaya İlişkin Tazminat Davaları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 62.

⁵⁴⁷Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 495.

geçmediğinden dolayı kanaatimizce buradaki kanun yolunu temyiz olarak anlamamız gerekir.

Davacı maddi zararına ilişkin ispat belgelerini dilekçesine eklemiş ve maddi zararını ispat etmiş ise maddi tazminat isteminin kabulüne karar verilecektir. Ayrıca koruma tedbirinin uygulanması nedeniyle manevi olarak üzüntü duyulması durumunda manevi tazminata da hükmedilecektir⁵⁴⁸. Burada özel hukuktaki taleple bağlılık kuralı geçerlidir. Mahkeme hukuka aykırı yakalama ve gözaltı nedeniyle talep edilen tazminattan daha fazla bir zarar tespit etse de istemle bağlıdır. Yani mağdurun talep ettiği miktardan fazlasına hükmedilemez.

Kişinin işini devam ettirememesinden doğan zararlar maddi tazminatın temelini oluşturur. Bunun yanı sıra, tutuklama ya da yakalamadan doğan bazı giderler, örneğin avukata ödenen vekalet ücreti ve ya zararlar söz konusu olabilir. Bu giderler de devletin tazminat sorumluluğunun kapsamındadır⁵⁴⁹.

Yakalanan veya tutuklanan şahsın gerek aile gerekse iş çevresinde itibarının sarsılması, aile, çocuk ve yakınları için tutukevinde hasret çekilmesi, kişisel hürriyetin kısıtlanmasının doğurduğu ruhi sıkıntılar, cezaevi şartlarının zorluğu, buralarda duyduğu acı ve ızdırap kişinin manevi zararının giderilmesini zorunlu kılar⁵⁵⁰. Manevi zararın, zararın niteliğinden ötürü maddi zararın aksine belgelendirilmesi gerekmemektedir. Zaten yapısı itibarıyla de buna müsait değildir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin, 05.04. 2015 tarihli kararında⁵⁵¹; “Manevi tazminat miktarı belirlenirken objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre, tazminat davasının kesinleştiği tarihe kadar davacının elde edeceği parasal değer ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle, hakkaniyet ölçüsünü aşmayacak bir şekilde, hak ve nefaset kurallarına uygun makul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekir.”

⁵⁴⁸Albayrak vd., **a.g.e.**, s. 285.

⁵⁴⁹Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 509.

⁵⁵⁰Ünver, Hakeri, **a.g.e.**, s. 510.

⁵⁵¹1.CD, 05.04.2011, 327/2053.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 31.10.2002 tarihli kararında, haksız tutuklama nedeniyle bir kimsenin iş akdi feshedilirse, ilgili kişinin ücret alacağıının çalıştığı günlerdeki ücret üzerinden hesaplanması ve fesih tarihine kadarki kıdem tazminatı ile sosyal yardım ve ikramiye konularındaki talep haklarının da bu tazminatla karşılanması gerektiğini belirtmiştir⁵⁵².

Centel ve Zafer'e göre haksız yakalama ve tutuklama nedeniyle hükmedilecek maddi tazminatlarda, tazminat miktarı TCK md. 63 mahsup hükümlerine göre yapılabilir. Bu hükümle yasa koyucu, kişinin özgürlüğünün bir gün süre ile kısıtlanmasının bedelini yüz Türk Lirası olarak belirlemiştir. Yazarlar, bu değer üzerinde bir miktarın belirlenebileceğini ancak altına düşülmemesi gerektiği görüşündedirler⁵⁵³.

5.3.5. Tazminatın Geri Alınması ve Rücu

CMK md. 143/1'de kanun koyucu belirli şartlarda tazminatın geri alınacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre: “ kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkum edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkum edilenlere ödenmiş tazminatların mahkumiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararlarla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır. Bu karara itiraz edilebilir. Bu hüküm ile devletten aldığı tazminat ile kişinin haksız zenginleşmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Ayrıca, burada tazminatın geri alınması sadece CMK md. 141/1(e) bendi için geçerlidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur. Ödenmiş bulunan tazminattan sadece mahkumiyet süresine ilişkin kısmı geri alınacaktır. Kişinin örneğin tutuklulukta

⁵⁵²9.CD, 31.10.2002, 5926/10056.

⁵⁵³Centel, Zafer, a.g.e., s. 475.

geçirdiği süreden daha az süre mahkumiyeti söz konusu ise ödenmiş tazminatın hepsi değil, mahkumiyette geçen kısmı alınacaktır⁵⁵⁴.

Kişiyeye tazminat verilmiş olduğu dosyasında belgelenmiş olduğundan, şartları gerçekleştiğinde C. savcısı hazine vekilinin talebini beklemeden harekete geçerek tazminatı veren mahkemeden geri alması için istemde bulunur. Mahkeme incelemesini dosya üzerinden yapar. Tazminatın geri alınmasında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümleri uygulanır.

Tazminatın geri alınmasıyla ilgili kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak bu sürenin sınırsız şekilde kabul edilmesi bireyleri hukuki güvenceden yoksun kılar. Bu sebep dolayısıyla kamu alacakları ile ilgili mevzuatta belirtilen en uzun zamanaşımı süresinin kanaatimizce burada uygulanması yerinde olacaktır.

CMK 143. maddede, tazminatın geri alınmasına ilave olarak iftira ve yalan tanıklık nedeniyle ödenen tazminatın üçüncü kişilere rücu edilmesi de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, iftira konusunu oluşturan suç (TCK md. 267/4) veya yalan tanıklık (TCK md. 272/5) nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde; Devlet, mağdura ödediği tazminatı, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder.

5.3.6. Hakim ve Savcıların Tazminat Sorumluluğu

18.6.2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun ile CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkra, bu konudaki yoğun tartışmaları sona erdirilmek amacıyla hazırlanmıştır. Nitekim kamuoyunca yakından takip edilen bazı davalarda, uzun tutukluluk sürelerine rağmen sanıkların hepsi beraat etmiştir. Bu durum hem toplum vicdanını yaralamış hem de hakim ve savcıların konumuzla ilgili tazminat sorumluluğunu ön plana çıkarmıştır.

İşte bu ortamda CMK md. 141'e eklenen 3. fıkraya göre: *“Birinci fıkrada yazan haller dışında, suç soruşturması ve kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri de dahil olmak üzere hakimler ve Cumhuriyet savcılarının*

⁵⁵⁴Öztürk, Kazancı, Güleç, a.g.e., s. 281.

verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.”

Ancak aynı Kanun ile 141 maddeye eklenen 4. fıkraya rücu müessesesini düzenlemiştir. Buna göre:“ *Devlet ödediği tazminattan dolayı görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hakimler ve Cumhuriyet savcularına bir yıl içinde rücu eder.*”



SONUÇ DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Bu çalışmamızda AİHS 5. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı çerçevesinde ceza muhakemesi hukukunda düzenlenen yakama ve gözaltına alma koruma tedbirleri incelenmiştir. Bu inceleme esnasında hem yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerinin ayrıntılarına inilmiş hem de bu ayrıntıların AİHS 5. maddede belirtilen ilke ve kurallar ile ne kadar uyumlu olduğu tespit edilmiştir. Yeri geldiğinde iç hukukun AİHS ile çatışan, ters düşen yanları da sebepleri ile birlikte ele alınmıştır. İşte çalışmamızın bu kısmında ulaştığımız sonuçları, tespitleri ve önerilerimizi çalışmanın sistematigindeki sıraya uygun şekilde ifade etmeye çalışacağız.

Tüm özgürlüklerin temelinde bulunan kişi özgürlüğünün sağlanıp korunmasına ilişkin hükümler, önemleri nedeniyle, bütün insan hakları bildirileri ve bunların peşi sıra ulusal anayasaların temel hükümlerinden birini oluşturmuştur. AİHS'nin de en önemli hükümleri arasında yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği kişi için olduğu kadar polis kuvvetleri ve yargı makamları açısından da hayati önem taşıyan bir haktır.

Özgürlük hem bireysel hem de toplumsal-siyasal anlamıyla, en temel insanî değerler arasında yer alır. Özgürlük medenî bir toplumsal siyasal varoluşun vazgeçilmez esaslarından. Özgürlük ve ona bağlı insan hakları temel insanî değerlerdir; çünkü insanlar özgürlük aracılığıyla kendilerini ifade edebilir, kendi potansiyellerini geliştirebilir ve hayatı kendileri için değerli bir şekilde yaşayabilirler. Bu çerçevede kişisel özgürlük bireylerin sınırları belli edilmiş bir alan içerisinde kendi tercih ettikleri gibi karar verebilme ve eylemde bulunabilmelerini ifade eder.

Güvenliğe gelince, onun da toplumsal hayat için önemi inkâr edilemez. Elbette insanlar ancak güvenli bir ortamda özgür hissedebilir ve özgürce hareket edebilirler; onun için özgürlüğün yanında güvenlik de özgür bir toplum için temel önemdedir. Özgürce hareket edebilmeleri ve temel haklarını kullanabilmeleri için insanların güvenliğe –güvenlik içinde olmaya veya güvenli bir ortama- ihtiyaçları vardır.

AİHS, özgürlük ve güvenlik hakkını şu şekilde düzenlemektedir: “ Herkesin özgürlüğe ve güvenliğe hakkı vardır. Hiç kimse belirtilen haller ve yasal yollar dışında

özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Burada *kişi özgürlüğü hakkı*, kişilerin fiziksel ve bedensel özgürlüğünü içermektedir. Kişi güvenliği hakkı ise, kişilerin fiziksel/bedensel özgürlükten mahrum bırakılması durumunda sahip oldukları hakları kapsamaktadır. Dolayısıyla AIHS'deki *özgürlük* ve *güvenlik* kavramları, birbirinden bağımsız olmayıp, birbirini tamamlayıcı kavramlar olarak ele alınmalıdır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, devlete, maddede sayılan esaslara aykırı olarak bir kişinin özgürlüğüne müdahale etmeme sorumluluğu yüklemektedir. Bu yönüyle düzenleniş şekli açısından maddede sadece *negatif* yükümlülüğünden bahsedilmiş olsa da devletin bireyleri üçüncü kişilerin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlayan fiillerine karşı koruma şeklinde *pozitif* yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Konu ceza hukuku açısından tahlil edildiğinde ceza yasalarının, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili olduğunu görmekteyiz. İnsan hakları tarihi, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun sınırlanması tarihidir denebilir. İnsan hakları komisyonları ve mahkemeleri önüne gelen birçok olayın ceza hukuku ile ilişkili olması rastlantısal değildir. Niteliği ve getirdiği yaptırımların ağırlığı nedeniyle, insan hak ve özgürlüklerine en fazla müdahale, ceza hukuku alanından kaynaklanmaktadır. Kişi Özgürlüğü ve güvenliği hakkı da kanaatimizce ceza hukuku ve ceza usul hukuku uygulamalarının yol açtığı haksızlıkları gidermeye hizmet eden araçlardan bir tanesidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin garanti altına aldığı bazı temel hak ve özgürlükler, ceza hukukuna özgü değildir ama ceza yasalarının bu ilkelere de saygı göstermesi gerektiği açıktır. Hatta 1982 Anayasası'nın 90. maddesindeki değişiklikten sonra ceza yasalarının AIHS ilkelerine uyumu bir zorunluluk halini almıştır.

Son olarak, yakalama ve gözaltına almaya ilişkin mevzuatın kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından değerlendirilmesiyle ulaşılan sonuçları maddeler halinde belirteceğiz.

1) CMK ya göre C. savcılarını kovuşturmanın öncesi aşamada şüpheliyi yakalama ve gözaltına karar verme ile alıkoymasına devam edilip edilmemeye karar verme

yetkisine sahiptir. Aynı C. savcısı genellikle kovuşturma evresinde ise iddia makamı olarak söz konusu kişinin yargılanmasını da gerçekleştirmektedir. Burada ortaya çıkan sorun, soruşturma evresinde yakalama gözaltı kararı veren C. savcısının kovuşturma evresinde tarafsız kalıp kalamayacağıdır. AİHM'nin Brincat/İtalya davasında, konuyla ilgili görüşüne göre soruşturma ve yargılamaya ait bu iki işlev aynı merci tarafından yürütülmemelidir. Zira yakalama ve gözaltına karar veren C. savcısının aynı davada yargı işlevini yerine getirirken tarafsız olmasının beklenememesidir. Bizim bu mesele ile ilgili olarak çözüm önerimiz, soruşturma evresinde yakalama ve gözaltına karar veren C. savcısının aynı kişiyle ilgili kovuşturma aşamasında görev almaması şeklindedir.

2) AİHS 5/1 (c) bendinde kişinin yakalanmasını meşru kılan üç sebep mevcuttur. Bunlar: (i) kişinin suç işlemiş olması şüphesiyle yakalanması (ii) kişinin suç işlemesine engel olunması için yakalanması (iii) kişinin suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak için yakalanması ve ya tutulmasıdır. Kanaatimizce madde metninde düzenlenen ilk iki özgürlüğün kısıtlanması sebebi açık olmakla birlikte, üçüncü sebep ilk ikisi kadar net değildir. Zira suç işlendikten sonra kaçan bir kişinin birinci sebebe dayanarak da özgürlüğünden alıkonulması mümkündür. Kişinin suç işlemiş olması şüphesinin bir yakalama sebebi olarak kabul edildiği metinde, kişinin suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma amacını bir yakalama sebebi olarak ifade etmek fikrimizce tekrara düşmek gibi görünmektedir.

3) AİHM bazı kararlarında Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrası (c) bendindeki düzenlemenin, polisin gözaltına alma anında veya gözaltında tutarken, başvurucuya suç isnat etmek için yeterli delil toplamış olmasını gerektirmediğini, gözaltında tutma sırasında sorgulamanın amacının gözaltına almaya sebep olan somut kuşkuyu teyit etme veya çürütme yoluyla soruşturmayı ilerletmek olduğunu belirtmiştir. Böylece AİHM, hakim önüne çıkmadan serbest bırakmanın Sözleşmeyi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu düşünceye kısmen katılmaktayız. Özellikle kolluk kuvvetinde, özgürlüğü kısıtlanan kişi hakkında kovuşturma açılmamasının açılması kadar normal olarak algılanması bizi tehlikeli sonuçlara götürebilir. Gerek kolluk kuvveti gerekse yargı merci, kişinin özgürlüğünü kısıtlarken, bu kişi hakkında kovuşturma aşamasına geçilmesinin çok kuvvetle muhtemel olmasını dikkate almaları

gerekir. Eğer böyle bir durumun ihtimali zayıf ise soruşturma evresinde kişi özgürlüğünden alıkonulmamalıdır.

4) zgrlğn herhangi bir yazılı kayıt tutulmaksızın kısıtlanması, sadece kayıp ve gözaltına ölenleri gizlemek için değil, salıverilen kişi hakkında yapılan keyfi ve kötü muameleyi gizlemek amacı taşır. Zira bu gibi iddialara dayanan soruşturmalarda gözaltı kayıtlarının bulunmaması olayın aydınlatılmasının ve dolayısıyla faillerin cezalandırılmasının önündeki en büyük engellerden biridir. Kanaatimizce bu olumsuzluğu giderebilmek için kolluk birimlerinde sadece nezarethanelerin değil diğer birimlerin de kamera ile izlenip, görüntülerin kaydedilmesi gerekir. Bu sayede kişinin yakalanması veya gözaltı durumu kayda geirilmese bile inkar edilemeyecektir. Uygulamada bu konuyla ilgili olarak sık karşılaşılan bir olumsuzluk da, talep edilen zaman aralıklarında kameraların arızalı olması nedeniyle kayıt yapmadığı iddiasıdır. Bu gibi durumların yaşanmaması için C. savcılarının kolluk birimlerindeki kameraların durumunu planlı/plansız denetlemesi gerekir.

5) Sözleşme'nin 5/1 (d) bendindeki "kk" (*minor*) terimi Sözleşme kapsamında özerk bir anlama sahiptir. Avrupa standartları ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 72 sayılı kararına göre on sekiz yaşından kk herkes "kk" olarak kabul edilmektedir. Bir devletin erginlik için on sekizinden daha büyük bir yaş belirlemiş olması halinde ise, on sekiz yaşından büyük kişilerin tutulmasının 5/1 (d) maddesine uygun olup olmayacağı tartışmalı bir konudur. Bizim bu konudaki fikrimiz, bir devletin erginlik yaşını on sekizden daha büyük kabul etmesi halinde bile bu kişiye AİHM 5 /1 (d) bendinin uygulanması yönündedir. Zira söz konusu düzenleme bireyin reşit olmaması nedeniyle kişisel özgürlüğünü daha fazla güvenceye almaktadır. zgrlk b bir bakış açısıyla olaya baktığımızda bireyin on sekiz yaşından büyük olup da ulusal yasalarında kk kabul edildiği durumlarda bu hükümden istifade etmesi yerinde olacaktır.

6) Gerek AİHS'de gerekse ulusal mevzuatımızda kişiye özgürlüğünden mahrum etmeyi meşru sayan düzenlemeler vardır. Çalışmamızın ilgili kısımlarında bunlara değindik. Ancak konuyla ilgili genel kanaatimiz kişinin özgürlükten yoksun bırakılmasının çok ağır bir tedbir olduğu yönündedir. Elbette ki kişinin ve toplumun

korunması için kişi gerektiğinde özgürlüğünden kısmen mahrum edilebilir. Ancak, kişinin tutulmasını gerektirecek bireysel veya kamusal çıkarın korunması için daha az şiddete sahip başka önlemler düşünülüp bu önlemler yetersiz görülmedikçe tutma hakkı görünemez. Bu bağlamda davranışları, görünüşü ve ya düşünceleri toplumdaki genel yapıdan farklı olan bireylerin potansiyel tehlike olarak görülmesi içine düşülecek en büyük yanlış olacaktır. Zira potansiyel tehlikeli kişiye karşı ister istemez toplumsal savunma refleksi gelişip, ihtiyacın çok ötesinde bir bireysel özgürlük kısıtlanması yaşanacaktır.

7) PVSK'nın 13. maddesine 2015 yılında 6638 Sayılı Kanun ile eklenen (H) bendi "Kendisinin ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri" de yakalama yetkisini kolluğa vermiştir.

Kanaatimizce bu bent, kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından sorunludur. Zira 13 madde, suç işleyen ve tehlikeli nitelikteki kişileri (G) bendi de dahil olmak üzere gruplandırmıştır. (H) bendi ile yakalanması uygun görülen "*kendisini ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler*" diğer üst bentlerin içerisinde düşünülebilir. Örneğin aynı maddenin (A) bendinde "Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri" yakalama yetkisi zaten düzenlenmiştir. 6638 sayılı Kanun ile eklenen "kişinin başkalarının can güvenliğini tehlikeye sokma" durumu, kişilerin beden bütünlüğünü ya da yaşamını tehlikeye sokan ya da bunlara zarar veren bir takım suçların işlenmesi ya da bunlara teşebbüs edilmesi halinde söz konusu olacaktır.

Kişinin "kendi can güvenliğini tehlikeye düşürmesi sebebiyle yakalanması" halleri de yine eklenen (H) bendi dışında ki bentlerde mevcuttur. Örneğin PVSK md. 13 (E) bendi, "Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri" ve (F) bendi, "bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri," yakalama yetkisini zaten kolluğa vermektedir. Bahsedilen bu durumlar kişinin kendi can güvenliğinin

tehlikeye düşürdüğü durumlardır. Yaptığımız izah ve verdiğimiz örneklerden hareketle PVSK'nın 13. maddesine 2015 yılında 6638 Sayılı Kanun ile eklenen (H) bendi fikrimizce gereksizdir.

Bu konuyla ilgili olarak ifade edilmesi gereken son husus, (H) bendinin temelindeki hukuki dayanaksızlıktır. Zira (H) bendi dışındaki kolluğa önleme yakalaması izni ve yetkisi veren tüm bentlerin gerisinde başka bir hukuki düzenleme vardır. Örneğin, hırsızlık yaparken suçüstü halinde yakalanan kişinin PVSK md. 13/A gereğince özgürlüğünün kısıtlanmasının temelinde, TCK 141 de düzenlenen ceza normu bulunur. Ancak (H) bendindeki “kendisinin ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri” ifadesinde kanaatimizce bu açıklık ve hukuki dayanak yoktur. Bu belirsizliğin tehlikeli yanı, kolluğun kin ve husumet ile bu maddeyi kötüye kullanarak kişiyi özgürlüğünden kolayca mahrum edebilmesindedir.

8) Suçüstü halinde her suç faili yakalanabilir. Ancak, söz konusu suç takibi şikayete bağlı bir suç ise, bu durumda şikayet şartı gerçekleşmeden yakalama işlemi devam edemez. Bununla birlikte, suçüstü halinde yakalamada, ister vatandaş ister kolluk tarafından gerçekleştirilmiş olsun, yakalama öncesi ve yakalama anında şikayetin bulunup bulunmadığının araştırılmasına gitmek hayatın olağan akışına uyumlu değildir. Böyle bir araştırma yakalamanın ön şartı olacak olursa, yakalama işlemi fiilen mümkün olmaktan çıkar. Kanaatimizce böyle bir olumsuz durumun meydana gelmemesi için şikayet şartının olay anında yakalama için değil, tutmaya devam için aranması gerekir. Yakalamadan sonra suçun takibi şikayete bağlı olduğu anlaşılır anlaşılmaz, vakit geçirmeksizin şikayet şartı aranmalı. Şikayet şartı gerçekleşmezse de hiç vakit geçirmeksizin yakalanan kişi serbest bırakılmalıdır. Nitekim suç şüphelisi olan kişinin yakalanmasına olanak sağlayan AİHS 5/1 (c) bendinde de şikayet şartı aranmamıştır.

9) Kolluk görevlileri yakalama öncesinde savcıya veya amirlerine başvurarak onların talimatlarını alma olanağına sahip iseler, artık yakalama yapmayacaklar ve bu talimata göre hareket edeceklerdir (CMK 90/2).

Hukuk bilgisine sahip C. savcısına ulaşma imkanının, kolluğun yakalama yetkisini ortadan kaldırması, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından yerinde bir

düzenlemedir. Ancak aynı durumu kolluk amiri için söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Zira kolluk amiri devriye personelini, görev ve yetkilerini içeren matbu formlarla önceden zaten bilgilendirmektedir. Bu duruma rağmen amire ulaşma imkanının olmaması nedeniyle kolluğun yakalama yetkisine sahip olması izahı güç bir durumdur.

10) YGİY md. 6/2, yakalama sırasında kişi üzerinde bulunan suç alet ve unsurlarının ele geçirilmesi için kaba üst araması yapılmasına izin vermektedir. Ancak Ceza Muhakemesinde arama ile ilgili kuralları düzenleyen CMK md. 116'da kaba üst aramasından bahsedilmemiştir. Bu kavram yönetmelikle hukuk sistemine dahil edilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere devlet müdahalesinin en yoğun yaşandığı alanlardan biri olan arama koruma tedbirine ilişkin her türlü düzenlemenin Kanun ile yapılması Anayasal bir zorunluluktur. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin teminat altına alınabilmesi için yönetmelikle kavramlar oluşturulmamalıdır. Kanaatimizce Yönetmelik md. 6/2'de kaba üst araması yerine *yoklama* ifadesi kullanılırsa daha yerinde olur. Çünkü yoklama bir arama değildir ve arama koruma tedbiri kadar bireyin özgürlük alanına müdahale etmemektedir.

11) Yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirleri birer cezalandırma vasıtası değildir. Diğer koruma tedbirleri gibi birer muhakeme hukuku işlemleri olması ve yargılamanın amacına ulaşabilmesi için geçici olarak başvurulması zorunluluğu nedeniyle konuluş amacına uygun kullanılmalıdır. Aksi yönde uygulama suç teşkil eder. Bu iki koruma tedbirinin birer cezalandırma vasıtasına dönüşmemesi için uygulayıcıların çok dikkatli davranması gerekir. Eğer imkan varsa kişinin özgürlüğünün kısıtlanmadığı diğer tedbirlere başvurulmalıdır. Ne kadar maddi olarak tazmin edilmeye çalışılsa da, kişinin hukuka aykırı bir şekilde özgürlüğünün kısıtlanması karşısında uğradığı zararın parasal bir karşılığı olamaz. Yine bu tür olumsuzlukların yaşanmaması için, C. savcılarının kolluğun uygulamalarını çok sıkı takip ve kontrol etmeleri ve sürece daha aktif olarak katılmaları gerekir. Bu kolluk personelinin de, kişinin özgürlüğünü kısıtlarken daha dikkatli ve özenli davranmasını sağlar.

12) Şüpheli yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye

gecilmeksizin haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise yazılı olarak karşı çıkılmaması halinde, durumu vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir (CMK md. 95).

Madde metninden de anlaşılacağı üzere yakalamanın bildirilmesi Cumhuriyet savcısının emrine bağlanmıştır. Kolluk doğrudan yakalananın bir yakınına kişinin durumu bildiremez. Ancak, Cumhuriyet savcısının soruşturmanın selameti için gerekli ise bildirimini geciktirip geciktirmeyeceği konusunda Kanun'da bir açıklık yoktur. Kanaatimizce mevzuatın bu bildirimini geciktirme konusunda açıkça yetki verdiği durumlarda, Cumhuriyet savcısı kolluğa bu yönde bir talimat verebilecektir. Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesi bu yönde bir düzenleme içermekteydi. Buna göre yakalanan, belirleyeceği bir kişiye haber verilmesi hakkına sahip değildi. Ancak bu hüküm 2014 yılında 6526 Kanun ile yürürlükten kalkmıştır. Eğer açık bir yetki yoksa Cumhuriyet savcısı kolluğa genel kural olan “yakalananın bir yakınına derhal haber verilmesi” şeklinde bir talimat vermelidir. Aksi yönde bir uygulamanın kişi hak ve özgürlüklerini daraltacağı açıktır.

13) Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı olan suçlar hakkında 90. maddenin üçüncü fıkrasına göre şikayetten önce şüpheli yakalanmış olursa şikayete yetkili olan kimseye ve bunlar birden fazla ise hiç olmazsa birine yakalama bildirilir (CMK md. 96). Bu hüküm bünyesinde bazı sakıncalar içermektedir. Zira takibi şikayete bağlı suçlarda şikayet hakkı sahiplerinden yalnız birine şüphelinin yakalandığının bildirilmesi, diğerlerinin durumdan haberdar olmamasına yol açabilir. Haber verilen şikayet hakkı sahibinin, şüpheliyle menfaat ilişkine girip bunu diğerlerinden saklaması da ihtimal dahilindedir. Bu noktada diğer şikayet hakkı sahiplerinin, şüphelinin yakalandığını bilmesinin ne kadar önemli olduğunu hatırlatmaya gerek yoktur. Bu kişiler belki de olayın seyrini değiştirecek bilgilere haizdir ve bilgilendirilmedikleri için bunları adli merciler ile paylaşma imkanları olmayacaktır. Tüm bu sakıncaların önüne geçmek için kanunun “şüphelinin yakalandığı, iletişim adresi bilinen tüm şikayet hakkı sahiplerine bildirilir” şeklinde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

14) Kolluk kuvveti, yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapar (CMK md. 90/5). Cumhuriyet

savcısı tarafından verilen sözlü emir, en kısa zamanda yazılı hale dönüştürülerek mümkün olması halinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirilir; aksi halde ilgili kolluk görevlilerince alınmasına hazır edilir. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hale getirilmesini beklemeden sözlü emrin gereğini yerine getirir (YGİY md.6/8). Uygulamada bazen kolluk görevlilerinin bu hükmün gereğini yerine getirmediği görülmektedir. Özellikle kolluk personeli; sorumluluk sahasında meydana gelen olayların sayının fazla gözükmemesi için hiç tahkikat yapmama yoluna gitmektedir. Kolluk personeli bu yönde hareket etmeye iten saik genellikle amir baskısıdır. Ancak hangi saik söz konusu olursa olsun kolluk personeli sorumluluk bölgesinde işlenen bir suç hakkında derhal Cumhuriyet savcısına bilgi vererek emirleri doğrultusunda tahkikat yapmak zorundadır. Aksi bir durum, adli görevi ihmal nedeniyle kolluğun cezai ve hukuki sorumluluğunu doğurur.

15) 2015 yılında 6638 Sayılı Kanun ile CMK'nın 91/4 fıkrası değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre, aynı fıkra da sayılan suçlarla ilgili olarak suçüstü halinde, C. savcısına, *kolluk gözaltısı* bitince haber verilecektir. Bu hüküm kanaatimizce, bireyin hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak tarihsel süreçte elde edilen kazanımları ortadan kaldıracak niteliktedir. Her şeyden önce gözaltına alma başlığı altında daha detaylı incelediğimiz üzere, gözaltı yetkisi yargıdan alınıp kolluğa verilmekte hem de bu md.91/4 sayesinde C. savcısından saklanabilmektedir. Özetle, kişinin en temel ve değerli hakkı olan özgürlük hakkı olaya ilk elden müdahil olan kolluğun insafına bırakılmıştır.

16) ÇKK 18 ve YGİY 19. maddeleri benzer bir düzenleme ile soruşturma evresinde hem çocuğa kelepçe takılmayacağını belirtmekte hem de kaçmasını ve tehlikeyi önlemek için gereğinin yapılmasını emretmektedir. Ancak bunun nasıl ve hangi araçlar vasıtasıyla yapılacağı her iki düzenlemede de belirtilmemiştir. Kanaatimizce hem kanunda hem de yönetmelikte, olağan dışı tehlikeli durumlarda çocuğun ve diğer kişilerin güvenliği için kelepçe yerine nasıl bir uygulama yapılacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira çocuklar ile ilgili yapılan işlemler yasal olarak da uygulamaya dönük olarak da son derece hassastır. Kolluğun yorumu ile uygulamayı şekillendirmesine imkan verilmemelidir.

17) CMK 90/5. maddesinin ilk şeklinde, *“birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi, düzenlenecek soruşturma belgesiyle birlikte hemen Cumhuriyet savcılığına gönderilir”* hükmü sevk edilerek, bir kimsenin gözaltına alınabilmesi için mutlak olarak savcıya çıkarılması öngörülmüş bulunmaktaydı. Ancak bu hüküm uygulamada sorunlar çıkarılabileceği, her an için savcıya ulaşmanın ve şüpheliyi savcı önüne çıkarmanın özellikle kırsal kesimdeki güçlükleri değerlendirilerek, değiştirilmiştir. Nitekim, CMK’da 25.05.2005 tarihinde 5353 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik (md. 7) ile 90. maddenin 5. fıkrası şu şekli almıştır. *“Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi veya olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır”* Bu değişiklik ile savcı şüpheli şahıs önüne gelip ifadesini almadan da gözaltı kararı verebilecektir. Ancak, günümüzde kolluk güçlerinin sahip olduğu ulaşım vasıtaları, kırsal da dahi şüpheliyi C. savcısının yanına götürülmeye imkan vermektedir. Zira gerek polis gerek Jandarma karakollarının hepsinde devriye aracı bulunmaktadır. Ayrıca kolluk, duruma ilk müdahale ettiği için, olayın yaratacağı heyecan kızgınlık vs. gibi kişisel duyguların tesiri ile bazen C. savcılarını yanlış yönlendirebilmektedirler. Yakalanan ise C. savcıyla iletişime giremediği için kendini ifade edememektedir. Bahsettiğimiz bu olumsuzluktan ötürü, maddenin ilk haline dönülmesi kanaatimizce daha isabetli olur.

18) Kolluk, PVSK md.4/A’da gösterilen kişilere kimliklerini sorabilir. Belgenin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır (PVSK md. 4/A-9).

Bu düzenleme kanaatimizce, temel hak ve özgürlüklerin günümüzde ulaştığı seviyenin gerisinde kalmıştır. Elbette ki kişi gerektiği zaman kimliğini kolluğa ibraz etmelidir. Toplumun güvenliği ve suçla mücadele için bu gereklidir. Fakat kişiye kimliğini ispat edemediği için özgürlüğü kısıtlanmadan önce kendisine her türlü kolaylık sağlanmalıdır. Doğrudan kimliği görülme bile, edinilecek bilgilerle kişinin

herhangi bir suçun şüphelisi ya da tehlikelilik arz eden bir kimse olmadığı anlaşıldığında derhal serbest bırakılması gerekir. Zira özgürlüğünün kısıtlanması çok ağır bir koruma tedbiridir. Son çare olarak başvurulması insan hakları ilkelerinin gereğidir. Bu sebeplerden bu maddenin hak ve özgürler çerçevesinde yeniden düzenlenmesi yerinde olur.

19) CMK özgürlüğü kısıtlanan kişilere haklarının bildirmesinin zorunlu olduğunu belirtmekle beraber bu hakların neler olduğunu sayma işini Yönetmeliğe bırakmıştır. YGİY'nin 6/4 fıkrasına göre: *“Yakalanan kişiye suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhalde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal bildirilir”*. Görüldüğü üzere özgürlüğü kısıtlananın yasada sayılmayan hakları, yönetmelikte sayılmıştır. Kanaatimizce yakalanan kişinin haklarının Yönetmelik yerine Kanun'da belirtilmesi kişi özgürlüğünün teminatı açısından daha olumlu olurdu. Zira normlar hiyerarşisinde kanunların altında olan yönetmeliğin yürürlüğe girme, değiştirilme ve mülga usulü daha kolaydır. Evrensel bir hak olarak nitelendirilen kişi özgürlüğü ve güvenliği ile özgürlüğünden mahrum kılınan kişinin haklarının, sıradan mevzular gibi yönetmelikte düzenlenmesi yerinde olmamıştır.

20) Gözaltına alınan kişi, serbest bırakılmazsa gözaltı süresinin içerisinde hakim karşısına çıkarılmalıdır. Hakim şüpheliyi tutuklayabileceği gibi serbestte bırakabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, gözaltı süresi dolduğunda kişinin bir dakika daha özgürlüğünden alıkonulmaması gerektiğidir. Bu hususta mazeret kabul edilemez. Şüpheli ister kolluk biriminde, isterse adliyede bulunsun, eğer tutuklama kararı verilmemişse gözaltı süresi bittiği an serbest bırakılması gerekir. Özellikle son dönemde kamuoyuna yansıyan bazı davalarda bu durum yaşanmıştır. Şüpheliler haklarındaki gözaltı süresi dolmasına rağmen, hakim karşısına çıkarılacakları bahanesiyle serbest bırakılmayıp adliyede bekletilmektedirler. Bu uygulama yanlıştır. Gözaltı süresi dolduktan sonra her ne saikle olursa olsun şüphelinin serbest bırakılmaması hukuka aykırılık teşkil eder.

21) Hukuk devleti olmanın gerektirdiği sorumluluğu yerine getirmek ve AİHS 5.maddesinin son fıkrasındaki tazminat güvencesine uyum sağlamak amacıyla, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tazminat konusu "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat" başlığı altında düzenlenmiştir. Çalışma konumuz olan yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine ilişkin tazminat talepleri de bu yasaya göre sonuçlandırılacaktır. Ancak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlükten kaldırılan 466 sayılı Kanuna göre kapsam bakımından daha dardır. Tazminat bakımından tüm koruma tedbirlerini kapsamamaktadır. Örneğin iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlar ile izleme beden muayenesi, moleküler genetik inceleme gibi koruma tedbirleri CMK 141 vd. düzenlenen tazminat hükümlerinin kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak kişinin belki de en fazla mağdur olabileceği koruma tedbirleri de bunlardır. İlave olarak kapsam içinde tutulan koruma tedbirleri için de sadece CMK 141/1. fıkrasında tek tek belirtilen nedenler için tazminat istenebilir. Görüldüğü üzere CMK hükümlerine göre, haksız koruma tedbirleri nedeniyle tazminat alabilme imkanı, insan haklarının temel felsefesiyle pek de bağdaşmayacak şekilde daraltılmıştır.

22) Önleme amaçlı yakalamayı düzenleyen PYSK md. 13'e aykırı yakalama açısından Öztürk, genel hükümlere göre tam yargı davası açılabilceği düşüncesindedir. Ünver'e göre de, yakalama konusunda herkesin yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin kullanıldığı hallerde devletin tazminat sorumluluğu yoktur. Kanunun lafzı bu takdirde de tazminat ödenmesine engel değilse de, devlet yetkisinin kullanılmasının söz konusu olmadığı bu halde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tazminata ilişkin hükümleri uygulanamaz. Ancak burada tartışılması gereken mesele kanaatimizce, vatandaş tarafından kişi yakalanıp kolluğa teslim edildiği andan itibaren yakalamaya ilişkin işlemler devam ediyorsa bu takdirde CMK'nın haksız yakalamaya ilişkin tazminat hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Nitekim herkes tarafından yapılan yakalamayı kolluk personeli yapmasa da kolluğa ait bir yetki kullanılmaktadır. Bizim bu konuda düşüncemiz, vatandaş tarafından yakalanıp kolluğa teslim edilen kişi hakkında yakalama süreci işlemeye devam ediyorsa, oluşacak zarar CMK 141. maddesi uyarınca devletçe karşılanmalıdır.

KAYNAKÇA

- ALBAYRAK, Mustafa vd. **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2014.
- ALDEMİR, Hüsnü. **Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri**. 2.b. Ankara: Seçkin Yayınları. 2014.
- ALTINKÖK, Serhat. **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**. Ankara: Orion Kitabevi. 2015.
- ALTIPARMAK, Cüneyd. **100 Başlıkta Soruşturma Evresi**. 2.b. Ankara: Seçkin Yayınları. 2013.
- ARSLAN, Sadettin. **Soruşturma Evresi**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.
- AYBAY, Rona. **İnsan Hakları Hukuku**. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. 2015.
- AYCI, Emrullah. **Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2014.
- AYDIN, Öykü Didem. "Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu". **TBB Dergisi**, Sayı: 53, 2004. ss. 63-140.
- BAŞAK, Cengiz. "AİHM kararları ışığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri". **AÜHF Dergisi**. C.51. S.4. 2002. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2591.pdf> (Erişim Tarihi:10.02.2016). ss. 41-73.
- BİLGE, Necip. **Hukuk Başlangıcı**. 26.b. Ankara: Turhan Kitabevi. 2009.
- BOVEN, Theo Van. "Categories of Rights". **International Human Rights Law**, ed. Daniel Moeckli, Oxford: Oxford University Press. 2010. pp. 173-188.
- BOZKURT, Enver. **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**. Ankara: Asil Yayın. 2006.
- CASSEL, Douglass. **International Human Rights Law and Security Detention**. **Notre Dame Law School Scholarship**. Vol.40. 2009.
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 12.b. İstanbul: Beta Yayım. 2015.

- CLAPHAM, Andrew. **İnsan Hakları**. çev. Hakan Gür. Ankara: Dost Kitabevi. 2010.
- COSTAS, Douzinas. **Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları Eleştirel Bir Yaklaşım**, çev. Rabia Sağlam- Kasım Akbaş. Ankara: Notabene Yayınları. 2015.
- DA SİLVA, Juan Carlod, Albrecht STANGE ve Mesut Bedri ERYILMAZ. **Yakalama ve Gözaltına Alma Tedbirleri Eğitim Modülü**. Ankara: Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi Yayını. 2014.
- DOEHRİNG, Karl. **Genel Devlet Kuramı**. çev. Ahmet Mumcu. İstanbul: İnkılap Kitabevi. 2002.
- DOĞAN, İlyas. **İnsan Hakları Hukuku**. Ankara: Astana Yayınları. 2015.
- DOĞRU, Osman, “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu”. **TBB Sempozyum**. Ankara: TBB Yayınları: 72. 2003.
- DOĞRU, Osman, Atilla NALBANT. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**. 2.b. İstanbul: Legal Yayıncılık. 1. Cilt. 2012.
- DONAY, Süheyl. **Ceza Yargılaması Hukuku Mevzuatı**. İstanbul: Beta Basım. 2013.
- DONNELLY, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**. çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut. Ankara: Yetkin Kitabevi. 1995.
- DÜZGÜN, Nuri, Şerafettin ELMACI. **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**. 2.b. Ankara: Adalet Yayınevi. 2014.
- EEKELAAR, Jhon. “Personal Rights and Human Rights”, **Human Rights Law Review** Volume 5, Issue 2, 2002, pp.181-197.
- EGM, **Polis Uygulamalarıyla İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Özetleri-II**. Ankara. 2013.
- EMİNİ, M.Emin. “Hak Kavramı”. **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**. Sayı 12. 2004. ss. 203-216.
- ERCAN, İsmail. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 8.b. İstanbul: XII Levha Yayınları. 2014.

- ERDOĞAN, Mustafa. **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**. 9.b. Ankara: Orion kitabevi. 2012.
- ERDOĞAN, Mustafa. **Anayasal Demokrasi**. 9.b. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2012.
- ERDOĞAN, Mustafa. “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik”. **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**. Yıl:12. Sayı: 24 Güz. 2013/2. ss. 21-29.
- EREM, Faruk. “İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği”. **TODAIİE İnsan Hakları Yıllığı**. C.14. 1992. ss. 25-46.
- FARMER, John J. **The Criminal Law Digest**, 4.th. Ed. New Jersey: Division of Criminal Justice Appellate Bureau. 2001.
- FLOWERS, Nancy. **The Human Rights Education Handbook**. Minneapolis: Human Rights Resource Center University of Minnesota. 2000.
- FRASE, Richard, “For Foreign and International Criminal Law”. Freiburg: Max Planck Institute. 2001. <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/frase-endausdruck.pdf>. (Erişim Tarihi: 12.01.2016).
- GEMALMAZ, M.Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**. İstanbul:Beta Basım. 2001.
- GİRİTLİ, İsmet, Atilla GÜNGÖR. **Günümüzde İnsan Hakları**. İstanbul: Der Yayınları. 2002.
- GİYİK, Hülya Poyraz. **Kanun Dışı Yakalama, Tutuklama, Arama ve Elkoymaya İlişkin Tazminat Davaları**. Ankara: Adalet Yayınevi. 2012.
- GOMIEN, Donna, David HARRIS and Leo ZWAAK, **Law and Practise of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter**. Germany: Council of Europe Publishing. 1996.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa:Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref. **Anayasa Hukuku**. 10.b. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref. Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**. 10.b. Ankara: Turhan Kitabevi. 2013.

GREER, Steven. **The European Convention on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GÜNAY, Erhan. **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

GÜNDOĞAN, Kadir, Cihan KOÇ ve Coşkun ÖZBUDAK. **Kolluk Hukuku**. Ankara: Kartal Yayınevi. 2007.

GÜNEŞ, Seyithan. **Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi**. İstanbul: Kazancı Yayınları. 1998.

GÜRİZ, Adnan. **Hukuk Başlangıcı**. 4.b. Ankara: Siyasal Kitabevi. 1995.

HAKERİ, Hakan, Yener ÜNVER. **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**. 10.b. Ankara: Adalet Kitabevi. 2014.

HARRIS, David vd. **Law of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press. 2009.

İÇEL, Kayıhan, Feridun YENİSEY. **PVSK ve Polis Hukukuna Giriş**. İstanbul: Beta Basım. 1990.

İÇEL, Kayıhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. İstanbul: Beta Yayınları. 2013.

JANIS, Mark W. Richard S. KAY and Anthony W. BRADLEY. **European Human Rights Law**. Third Edition. New York: Oxford University Press. 2008.

KABOĞLU, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku -I-**. 7.b. Ankara: İmge Kitabevi. 2013.

KABOĞLU, İbrahim. **Anayasa Hukuku Dersleri**. 5.b. İstanbul: Legal Yayıncılık. 2009.

KALABALIK, Halil. **İnsan Hakları Hukuku**, 3.b. Ankara: Seçkin Hukuk, 2013.

KAPANİ, Münci. **Kamu Hürriyetleri**. 7.b. Ankara: Yetkin Yayınları. 2013.

KARAKEHYA, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**. Ankara: Savaş Yayınevi. 2014

KARAOSMANOĞLU, Fatih. **İnsan Hakları**. 2.b. Ankara: Seçkin Yayınları. 2012.

KAZANCI, Behiye Eker. “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”. **TBB Dergisi**. S. 98. 2012. ss. 74-105.

KESER, Hayri. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Devletin Pozitif Sorumlulukları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

KIZILYEL, Serkan. **Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü**. İstanbul: Beta Basım. 2014.

KUÇURADİ, İoanna. **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu. 2007.

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

LESLİE, Lois. **Pre-Trial Release and the Right to be Presumed Innocent: A Handbook on Pre-Trial Release at International Law**, Vancouver BC: Lawyers Rights Watch Canada (LRWC). 2013.

LORD, Janet E.,vd. **Human Rights Yes**. Minneapolis: University of Minnesota Human Rights Resource Center. 2007.

MACOVEİ, Monica. **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**. Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları. No.5. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları. 2007.

MARCOUX, Laurent. “Protection From Arbitrary Arrest And Detention Under International Law, **Boston Colloge International and Comparative Law Review**. Volume: 5. Issue 2. 1982. pp. 345-375.

MCCRİDGE, Jeremy vd. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları. 2008.

MCCRİDE, Jeremy. **Human Rights and Criminal Procedure The Case Law of the European Court of Human Rights**. Strasbourg: Council of Europe Publishing. 2009.

MERRİLLS, J.G., A.H. ROBERTSON, **Human Rights in Europe**, Manchester: Manchester University Press, 2001.

- MIZRAK, Dilan. **İnsan Hakları Merkezi Çalışma Metinleri**. Ankara: AÜSBF Yayınları. 2006.
- MUMCU, Ahmet Elif KÜZECİ. **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**. Ankara: Turhan Kitabevi. 2007.
- OVEY, Clara, WHITE, Robin. **The European Convention on Human Rights**. New York: Oxford Universty Pres. 4th. Ed. 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer vd. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 7.b. Ankara: Seçkin Yayınları. 2015.
- ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**. 15.b. Ankara: Yetkin Yayınları. 2014.
- ÖZKAN, Işıl. **Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk**. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık. 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri. Behiye Eker KAZANCI, Sesim Soyer GÜLEÇ. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**. Ankara: Seçkin Yayınları. 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri vd. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**. 9.b. Ankara: Seçkin Hukuk Yayınları. 2015.
- PAZARCI, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri**. Birinci Kitap. 10.b. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- PINAR, Atilla. Terörle Mücadelede Özgürlük ve Güvenlik Dengesi/Hukuk ve Sevgi Evrenseldir. **Ankara Barosu Dergisi**. Sayı:1. Yıl. 2015. ss. 445-454.
- REID, Karen. **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakları**. çev. Bahar Öcal Düzgören. İstanbul: Avesta Yayın. 2000.
- SARIGÜL, Ali Tanju. **Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**. Ankara: Seçkin Hukuk. 2013.
- SASTRY, Tamma, **Introduction to Human Rights and Duties**. Pune: University of Pune Press. 2011.
- SHESTACK, Jerome J. İnsan Haklarının Felsefi Temelleri. **Liberal Düşünce Dergisi**. Cilt:11. No 43. Yaz 2006. ss. 87-119.

- SOYARSLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 5.b. Ankara:Yetkin Kitabevi, 2014.
- STARMER, Keir. **European Human Rights Law**. London: Legal Action Group. 1999.
- ŞAHBAZ, İbrahim. Avrupa insan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği. **TBB Dergisi**. S. 55. 2005. ss. 201-225.
- ŞAHİN, Cumhuriyet. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 5.b. Ankara: Seçkin Yayınları. 2014.
- ŞEN, Ersan, Bilgehan ÖZDEMİR. **Tutuklama**. Ankara: Seçkin Yayınları. 2011.
- ŞEN, Ersan, “Savcının Yetkisine Müdahale ve Gözaltı” (Çevrimiçi) <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1343099-savcinin-yetkisine-mudahale-ve-gozalti>. (Erişim Tarihi: 05.12.2015).
- TANÖR, Bülent. **İki Anayasa**. 4.b. İstanbul: XII Levha Yayınları. 2012.
- TANÖR, Bülent, Necmi YÜZBAŞIOğLU. **Türk Anayasa Hukuku**. 9.b. İstanbul: Beta Basım. 2009.
- TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, Rıfat Murat ÖNOK. **İnsan Hakları El Kitabı**. 5.b. Ankara: Seçkin Yayınları. 2014.
- TEZCAN, Durmuş. Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR. **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**. Ankara: Seçkin Yayınları. 2004.
- TEZCAN, Durmuş. **Haksız Yakalama ve Tutuklama**. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları. 1989.
- TOROSLU, Nevzat, Metin FEYZİÖğLU. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. Ankara: Savaş Yayınevi. 2015.
- TÜRMEEN, Rıza. AİHM'ye Göre Yakalama. (Çevrimiçi) <http://t24.com.tr/haber/aihme-gore-yakalama-karari-son-care,88973>. (Erişim Tarihi: 10.09.2015).
- ÜNAL, Şeref. **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları. 1997.
- ÜNVER, Yener, Hakan HAKERİ. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 10.b. Ankara: Adalet Yayınevi. 2015.

YAYLA, Atilla. **Özgürlük Yolu**. İstanbul: Profil Yayıncılık. 2014.

YENİSEY, Feridun, Ayşe NUHOĞLU. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 3.b. Ankara: Seçkin Yayınları. 2015.

YENİSEY, Feridun. **CMK Cep Kitabı**. 4.b. Ankara: TBB Yayınları: 295. 2015.

YENİSEY, Feridun. **Kolluk Hukuku**. 2.b. İstanbul: Beta Basım. 2015.

YERDELEN, Onur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Türk Hukukundaki Yansıması. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Karaman. 2011.

YILDIZ, Ali Kemal. “ Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”. **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt 14. Sayı 1. 2006. ss. 131-214.

YILDIZ, Ali Kemal. **Ceza Muhakemesi Kanunu Seminer Notları**. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. 2007.

YURTCAN, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**. 12.b. İstanbul: Beta Basım, 2007.