Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

AİHS'NİN 5. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ VE TUTUKLAMA

İsmail TENRUH

Diyarbakır 2013

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

AİHS'NİN 5. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ VE TUTUKLAMA

İsmail TENRUH

DANIŞMAN

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM

Diyarbakır 2013

TAAHHÜTNAME

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum "**AİHS' nin 5. Maddesi Çerçevesinde Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği Ve Tutuklama**" adlı Tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

☐ Tezim/Raporum sadece Dicle Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

☐ Tezimin/Raporumun 1 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

..../..../.....

İsmail TENRUH

YÖNERGEYE UYGUNLUK SAYFASI

AİHS'nin 5. Maddesi Çerçevesinde Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği Ve Tutuklama adlı Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

İsmail TENRUH

Danışman

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM

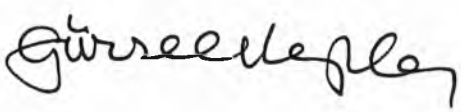
KABUL VE ONAY

İsmail TENRUH tarafından hazırlanan AİHS'nin 5. Maddesi Çerçevesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Tutuklama adındaki çalışma, 07/06/2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

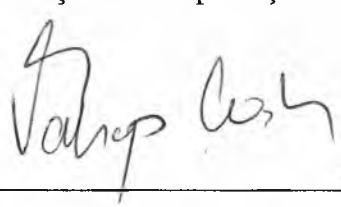
[Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM] (Başkan)



[Doç. Dr. Gürsel KAPLAN] (Üye)



[Yrd. Doç. Dr. Vahap COŞKUN] (Üye)



Enstitü Müdürü

..../..../20

ÖNSÖZ

İnsan Hakları, bütün insanların doğuştan sahip oldukları haklardır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı da diğer bütün hakların kullanımının esas koşulu olması bakımından insan hakları içerisinde önemli bir haktır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yüzyıllardan beri tüm insan hakları belgelerinde ve anayasalarda temel hükümlerden birisi olarak yerini almıştır.

Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yargılanıp mahkum olduğu davalar içerisinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili olan 5. maddesinin en çok ihlal edilen maddelerden biri olduğunu görmekteyiz. Son yıllarda yapılan reform niteliğindeki değişikliklerle, iç hukukumuz büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uyumlu hale getirilmeye çalışılmış ancak bu değişikliklere rağmen hala Sözleşme ile ilgili ihlallerin vuku bulması, değişiklilerin bir ölçüde kâğıt üzerinde kaldığını göstermektedir. İç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olan AİHS ve bu konudaki AİHM içtihatlarının özümsenerek bu içtihatlar ile getirilen ilkelerin uygulayıcılar tarafından yaptıkları işlemlerde göz önünde bulundurulması sağlanarak kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının keyfi olarak sınırlandırılmasmın önüne geçilebilir.

Bu zor ama zevkli çalışmanın ilk aşamalarından sonuçlanmasına kadar hem bilimsel hem de manevi desteğini esirgemeyen, derin bilgi ve tecrübesini paylaşmaktan çekinmeyen çok değerli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM'e teşekkürü bir borç bilir ve en içten dileklerimle teşekkürlerimi sunarım.

İsmail TENRUH

Diyarbakır 2013

ÖZET

Tez çalışmamızın konusu AİHS'nin 5. Maddesi çerçevesinde kişi özgürlük ve güvenliğinin ne şekilde tanımlandığı, kişi özgürlük ve güvenliğinin kısıtlanmasında temel alınması gereken ilkeler, bu doğrultuda kişi özgürlük ve güvenliğine en ağır kısıtlama getiren tedbirlerden olan tutuklama kurumunun tanımı, keyfi uygulanmaması için AİHM içtihatlarında ortaya konan ilkeler ve Türk Hukuku'ndaki tutuklama ile ilgili durumdur.

Bu çalışmada AİHS'nin 5. maddesi çerçevesinde kişi özgürlük ve güvenliği, buna getirilen kısıtlamalar, özellikle tutuklama açısından AİHM içtihatları ve Komisyon kararları çerçevesinde ele alınmış, bu suretle uygulayıcılara hürriyetin kısıtlanması sonucunu doğuran kararlar alınırken göz önüne almaları gereken, dolayısıyla kişi özgürlük ve güvenliğinin keyfi olarak kısıtlanmasının önüne geçmeye yarayacak ilkeler ortaya konmuştur.

Çalışmanın birinci bölümünde kişi özgürlük ve güvenliği hakkı ve bu hakkın hangi durumlarda ve ne şekilde sınırlandırılabileceği incelenmiştir.

İkinci bölümde ise hürriyetin kısıtlanması sonucunu doğuran tedbirlerden tutuklama kurumu ele alınmış AİHS ve Türk Hukuku'nda tutuklama içtihatlar ve mevzuat çerçevesinde açıklanmış ve AİHM'nin bu konudaki yerleşmiş ilkeleri ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler

AİHS, Kişi Özgürlük ve Güvenliği, Özgürlüğün Kısıtlanması, Tutuklama, Makul Süre.

ABSTRACT

Subject of our thesis study is how liberty and safety of persons are defined within the scope of Fifth Article of the European Convention on Human Rights, principles to be taken as basis for restricting people's freedom and security, accordingly definition of the detention on remand which is one of the precautions that imposes the most severe restrictions on the liberty and security of the person, principles laid down in the European Court of Human Rights and Turkish Law in order to prevent arbitrary application of such arrests.

In this study, freedom and security of a person is discussed within the scope of Fifth Article of the European Human Rights Convention, and the restrictions brought to them are especially discussed in terms of the related jurisprudence of the European Court of Human Rights and of the respective Commission decisions, in this way, while practitioners take decisions that result in restricting the freedom, principles they have to take into consideration, thus would prevent the restriction of the freedom and security of a person have been revealed.

In the first part of the study, freedom and security rights of a person, and how and in which situations these rights might be restricted have been examined.

In the second part, detention on remand which is one of the precautions that result in restricting the freedom has been approached and detention on remand in the European Convention on Human Rights and Turkish Law has been explained within the scope of jurisprudence and legislations, and permanent principles of the European Court of Human Rights have been exhibited.

Key Words

European Convention on Human Rights, Liberty and Security of Person, Restriction of Liberty, Detention on Remand, Reasonable Time.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

TAAHHÜTNAME.....i

YÖNERGEYE UYGUNLUK SAYFASI.....ii

KABUL VE ONAY.....iii

ÖNSÖZ.....iv

ÖZET.....v

ABSTRACT.....vi

İÇİNDEKİLER.....vii

KISALTMALAR.....xi

GİRİŞ.....1

BİRİNCİ BÖLÜM

AİHS' NE GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLANDIRILMASI 3

I. GENELOLARAK 3

II. AİHS'NDE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ 12

A. 5. Madde Çerçevesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı 16

B. Kişi Özgürlüğünden Mahrumiyet 18

C. Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanmasının Genel Olarak Hukuka Uygunluğu ... 21

a-) Ulusal Hukuka Uygunluk 22

b-) Ulusal Hukukun Niteliği ve Uygulanışı 23

D. AİHS'NE GÖRE ÖZGÜRLÜK KISITLAMASINA İZİN VERİLEN HALLER 33

a-) Mahkumiyet kararı üzerine hürriyetin kısıtlanması 33

b-) Bir Mahkeme Tarafından Verilen Karara Uymama veya Yasa ile Belirlenen Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak Amacı ile Yakalama veya Tutuklama 37

c-) Bir Suç İşlediği Hakkında Geçerli Şüphe Bulunan veya Suç İşlemesine ya da Suç İşledikten Sonra Kaçmasına Engel Olmak Zorunluluğu İnancını Doğuran Makul Nedenlerin Bulunması Dolayısıyla Bir Kimsenin Yetkili Merci Önüne Çıkarılmak Üzere Yakalanması veya Tutuklu Durumda Bulundurulması 40

d-) Küçüklerin Islah Amaçlı Olarak Özgürlükten Yoksun Bırakılmaları .. 46

e-) Bulaşıcı Bir Hastalık Yayabilecek Bir Kimsenin Bir Akıl Hastasının, Bir Alkoliğin, Uyuşturucu Madde Bağımlısı Bir Kişinin veya Bir Serserinin Usulüne Uygun Tutulması 49

f-) Bir Kişinin Usulüne Aykırı Suretle Ülkeye Girmekten Alıkonulması veya Kendisi Hakkındaki Sınır dışı Etme veya Geri Verme İşleminin Yürütülmekte Olması Nedeni İle Yakalanması veya Tutulması 51

İKİNCİ BÖLÜM

TUTUKLAMA 55

I. GENEL OLARAK TUTUKLAMA 55

II. TÜRK HUKUKUNDA TUTUKLAMA 57

A. Tutuklamanın Maddi Koşulları 59

a-) Kuvvetli Suç Şüphesi 59

b-) Tutuklama Nedenlerinin Varlığı 60

aa-) Kaçma Şüphesi 60

bb-) Delilleri Karartma Şüphesi 61

cc-) Tutuklama Nedeninin Varsayılması 62

B. Tutuklamanın Biçimsel Koşulları 63

a-) Tutuklama Yasağının Bulunmaması 63

b-) Muhakeme Şartının Gerçekleşmesi 63

c-) Sanığa Güvence Belgesi Verilmemiş Olması 64
d-) Tutuklamanın Orantılı Olması 64
e-) Hakim veya Mahkeme Kararı Bulunması 65
C. Tutuklama Kararının Verilişi ve Gerekçesi 66
D. Şüpheli veya Sanığın Yokluğunda Tutuklama Kararı Verilememesi 68
E.Tutuklananın Durumunun Yakınlarına Haber Verilmesi 68
F. Tutuklama Süresi 69
G. Tutuklama Tedbirinin Devam Zorunluluğunun Araştırılması 71
H. Tutuklama Kararına veya Tutukluluğa İlişkin Kararlara İtiraz 72
İ. Tutuklunun Müdafi ile Yazışma ve Görüşme Hakkı 73
J. Adli Kontrol Kararı Vererek Serbest Bırakma 74
K. Adli Kontrol Tedbiri Kapsamındaki Yükümlülükler 75
L. Güvence Gösterilmesi 77
M. Haksız Tutuklamadan Doğan Zararın Tazmini 78
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE TUTUKLAMA 80
A. Tutuklamanın Hukuka Uygun Olması 81
B. Yargılama Öncesi ve Yargılama Esnasında Tutma İhtiyacı 84
a-) Kaçma Tehlikesi 84
b-) Yargı Sürecine Müdahale Riski 86
c-) Suçu Önleme İhtiyacı 88
d-) Kamu Düzenini Muhafaza Etme İhtiyacı 90
C. Tutukluluk Süresi ve Tutuklamada Gerekçe Sorunu 91
D. Güvence İle Serbest Bırakılma 97
E. Tutukluluğun İncelenmesi 99
a-) Bu konuda bir düzenleme bulunması 100
b-) Tutuklamanın Hukukilik Denetiminin Bir Mahkeme Tarafından Yapılması 102
c-) İncelemenin En Kısa Sürede Yapılması 104
d-) Hukukilik Denetiminin Makul Aralıklarla Yapılması 105

e-) Denetimin Hukukilik Konusunda Yapılması **106**

F. Tazminat **108**

SONUÇ.....**110**

KAYNAKÇA.....**113**

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
A.B.D.	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerine "Mahkeme" terimi kullanılacaktır.
AİHM Kararı	(Başvuranın adı) W (Devletin Adı) İsviçre, (karar tarihi) 26/01/1993 (Başvuru numarası) no: 14379/88 şeklinde belirtilmiştir.
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak da geçen İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi, Kısaca "Sözleşme" terimi kullanılacaktır.
A.K.	Avrupa Konseyi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	Anadolu Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bknz.	Bakınız
CMK	5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CGİK	5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
Çev.	Çeviren
Dpnt	Dipnot
f.	Fıkra
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi

İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
Komisyon	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
Komisyon Kararı veya Raporu	(Başvuranın adı) X (Devletin adı) İsveç (tarihi)08/02/1973 (Başvuru numarası) no: 14379/88 şeklinde belirtilmiştir.
KOÜHFD	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	Madde
No	Numara
par.	Paragraf
S.	Sayı
s.	Sayfa
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBB- İHAUM	Türkiye Barolar Birliği- İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi
TCK	Türk Ceza Kanunu
vd	ve devamı

GİRİŞ

İnsan hakları, bütün insanların doğuştan sahip oldukları haklardır. Bu haklardan yaşama hakkı kuşkusuz en temel haktır. Bunun yanında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı da diğer bütün hakların kullanımının esas koşulu olması bakımından insan hakları içerisinde önemli bir haktır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bu önemi, onsuz diğer birçok hakkın kullanılmasının zorlaşmasından ve hatta imkansızlaşmasından kaynaklanmaktadır. Zira bir kişi bir hakkından yararlanmak istediğinde fiziksel hürriyetinden yoksun kalma tehdidi ile karşılaşıyorsa artık bu kişi için hakları, kağıt üzerinde tanınmış haklar olmaktan öte bir anlam taşımayacaktır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bu öneminden dolayı tarih boyunca ve günümüzde tüm insan hakları belgelerinde ve anayasalarda temel hükümlerden birisi olarak yerini almıştır.

Tutuklama, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal eden en ağır ceza muhakemesi tedbiri olması sebebiyle, tutuklama kurumunun sınırlı olarak uygulanması ve daha da önemlisi keyfi uygulamanın önlenmesi kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunması bakımından çok önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi kişi özgürlük ve güvenliğinin korunması bakımından temel bir yapı taşı oluşturmaktadır. Bireysel başvuru mekanizması sayesinde birey, uluslararası hukukta hak süjesi haline gelmiş ve diğer hakların yanında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali durumları AİHS' nin organları tarafından saptanıp sözleşmeci devletlere bu ihlalleri sebebiyle yaptırımlar uygulanması yolu açılmıştır.

Tutuklama, henüz kesin hükümle suçluluğu sabit olmadan bireyin hürriyetini en ağır şekilde sınırlandırdığından, ceza yargılaması açısından ancak son çare olarak ve gerekli olan durumlarda başvurulması gereken bir tedbirdir. Tutuklamanın amacına uygun olarak kullanılması için uygulanmasında esas alınması gereken ilkeler

uygulayıcılar tarafından özümsenmeli ve her somut olayda bu ilkeler taviz verilmeden uygulanmalıdır.

Çağdaş hukuk sistemlerinde tutuklama, bir ceza değil; ceza muhakemesinin amacına ulaşmasını sağlamak için başvurulan bir tedbirdir. Buna karşın; ceza muhakemesinin amacının sanığı cezalandırmak olduğu, eski devirlerdeki alışkanlığı sürdüren toplumlarda tutuklama, peşin bir ceza olarak değerlendirilmekte, tutukluluğun keyfi olması veya somut olayın koşullarında orantısız bulunması yahut makul süreyi aşması, ilkel düşüncelerin etkisi ile doğal karşılanmaktadır[1].

Bu sebeplerle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve önemi, tutuklama kurumunun amacı, hem bireyler hem de uygulayıcılar tarafından doğru olarak anlaşılmalıdır, bu sayede uygulayıcılar amaçtan sapmadan keyfilikten uzak bir şekilde tutuklama ile ilgili kararları verecekler ve toplumda bu kararlar yanlış tepkiler meydana getirmeyecektir. İşte bu bakımdan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunması açısından önemli ilkeler ortaya koyan AİHS ve Sözleşme Organları'nın yorumları ve tutuklama kurumu ayrıntılı olarak irdelenmelidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kavramı, tarihi gelişimi de göz önünde bulundurularak ele alınacak, daha sonra AİHS'de bu hakkın ne şekilde ortaya konulduğu, özgürlükten mahrumiyetin hangi hallerde söz konusu olduğu ve kişi özgürlüğünün sınırlamasının hukuka uygunluğu genel olarak anlatıldıktan sonra 5. maddede yer alan münferit hürriyeti sınırlama sebepleri açıklanacaktır. İkinci bölümde ise önce tutuklama kurumu genel olarak açıklanacak, daha sonra Türk Hukuku'nda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tutuklama kurumu mevzuat ve içtihatlar dikkate alınarak anlatılacaktır.

[1] Metin Feyzioğlu, Güneş Okuyucu Ergün, ''Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre'' , [http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-01/AUHF-2010-59-01-feyzioglu-okuyucu-ergun.pdf] AÜHFD, 2010, 59, 1 (08/04/2012), s.36.

BİRİNCİ BÖLÜM

AİHS'NE GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özgürlük ve güvenliğin yan yana düşünüldüğü, insanlık tarihi kadar eski bir haktır. Bilinen ilk yazılı metin olan Hammurabi Kanunları'nda dahi insan hak ve özgürlüklerine rastlanmaktadır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yakalama (gözaltı) ve tutuklama ile doğrudan ilgisi, insanlığı tutuklama ve yakalamanın keyfi uygulanışını önleme arayışları içine sokmuştur[2].

Diğer bütün özgürlüklerin kullanımının esas koşulu, bireyin iktidar karşısında hukuksal güvenliğinin güvencesi, diğer özgürlüklerin sert çekirdeği olarak nitelenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, bu öneminden ötürü insan hakları içinde en temel hak olduğu ve tüm uluslararası insan hakları belgelerinin ve anayasaların temel hükümlerinden birini oluşturduğu gayet açıktır. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin bu önemi, onsuz diğer birçok hakkın tanınmasının ve kullanılmasının zorlaşmasından ve hatta imkansızlaşmasından kaynaklanmaktadır[3].

Örneğin, özgürlükten mahrumiyet üzerine, aile hayatı ve özel hayat, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi birçok hak ve özgürlükten yararlanabilme, doğrudan olumsuz biçimde etkilenmektedir[4].

Zira bir kişi, bir hakkından yararlanmak istediğinde bedensel bütünlüğü ve hürriyetinden yoksun kalmakla tehdit ediliyorsa o kişi için temel hak ve hürriyetleri kağıt üzerinde tanımanın da bir anlamı olmayacaktır[5].

---

[2]Serap Keskin, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", **İnsan Hakları-Cogito Dergisi-Yapı Kredi Yayınları**, İstanbul, Aralık 2000,s. 64.

[3]Mahmut Göçer, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku- Türkiye'de İnsan Hakları**, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi No:301, Ankara, 2000, s. 211.

[4]İbrahim Şahbaz, ''Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği'', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 55, Kasım/Aralık 2004, s. 204.

İnsanların hak ve hürriyetlerini en iyi kullanabilecekleri alan hiç şüphesiz hukuk devleti aracılığıyla sağlanabilir. Hukuk devleti ilkesi sayesinde hem kişinin temel hak ve özgürlüklerinin keyfi olarak sınırlandırılması önlenmekte, hem de devletin varlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir alanda ve anlamda kullanılması engellenmektedir[6].

İnsan haklarına saygılı demokratik bir devlette, insan haklarının ve özgürlüklerinin varlık sebebi, doğrudan doğruya insan olduğundan, kişinin korunması her durumda baş koşuldur[7].

Özgürlük, doğrudan doğruya insanın kendi kişiliği ve benliğinden doğar. Kişi açısından somutlaşması toplum düzeni ile ilgilidir. Toplumun hukuk ve siyaset düzeni kişinin iç dünyasındaki isteklerine, kararlarına uyduğu, bunların gerçekleşmesine cevap verdiği takdirde özgürlükten söz edilebilir[8].

Hürriyet sorunu, çok eski zamanlardan beri insan düşüncesini kurcalayan büyük sorunlardan biridir. Üzerinde anlaşmaya varılmış bir hürriyet kavramı ortaya çıkmış değildir."Hürriyet nedir?" sorusuna verilen cevaplar da çeşitliliği biraz daha arttırarak çoğaltmaktadır. Montesquieu, bu çözümsüzlüğe -daha doğrusu çözüm bolluğuna- on sekizinci yüzyılda işaret ederek "Hiçbir kelime yoktur ki, hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun" demiştir. Hürriyetin net bir tanımının yapılamaması onun tek yönlü değil, çok yönlü bir kavram oluşundandır[9].

Doktrinde, "hürriyet" (özgürlük, freedom, liberty, liberté) çok değişik şekillerde tanımlanmış ve anlaşılmış bir kavramdır[10].

---

[5]Burhan Kuzu, **Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 1.

[6]Burhan Kuzu, ''Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma", **KOÜHFD**, Vecdi Aral'a Armağan, 2001, s. 183.

[7]Ahmet Mumcu, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1994, s.205.

[8]Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları**, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004, s.6.

[9]Münci KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, 7.Baskı, Yetkin, Ankara, 1993, s. 3.

[10]Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s.109

Tanör'e göre; "Özgürlük, bir şeyi yapma ya da yapmama serbestliğidir ve kamu otoritelerinin dayatacağı buyrukların tutsağı olmama anlamına gelir[11].

Montesquieu, "Hürriyet kanunların müsaade ettiği her şeyi yapabilmek hakkıdır" derken; Barthelemy, "Hürriyet daha çok duyulan, hissedilen bir şeydir" demiştir[12].

Hürriyet (özgürlük) için başka tanımlar da vermek mümkündür. Buna göre özgürlük, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır. Kişisel ve özel olan bu kesim, bireyin insiyatif, hatta mahremiyet mekanıdır[13].

Acton, "Benim özgürlükten anladığım herkesin kendine düşeni yapması ve bunu yaparken iktidardan, çoğunluktan ve yerleşmiş törelerden çekinmemesidir" demiştir[14].

Balta ise; " Hürriyet geniş anlamıyla kişiye belirli bir hayat alanını saklı tutan ve devletin bu alana karışmasını önleyen bir haktır." şeklinde bir tanım getirmiştir[15].

Burada hürriyet ve dolayısıyla kişi hürriyeti için tanımları çoğaltmak mümkündür. Ancak hürriyetin daima eksik ve yetersiz kalmaya mahkum görünen ve sonunda sübjektif tercih ve eğilimleri yansıtmaktan öteye gidemeyecek olan genel tarifini aramakta ısrar etmemek belki de en doğrusu olacaktır[16].

Kişi güvenliği, kişi özgürlüğünün hukuken güvence altına alınmasıdır. Güvenlik ilkesi, kişiyi keyfi cezalandırma ve tutuklamadan koruma anlamına gelir. Yani bir kimsenin suç islemedikçe tutuklanamayacağına, herhangi bir kamu görevlisi tarafından kanunsuz olarak rahatsız edilmeyeceğine, özgürlüğüne gereksiz yere el konulamayacağına gönülden inanmasıdır[17]. Kişi özgürlüğünün doğal sonucu kişi güvenliğidir[18].

---

[11]Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1990, s.16.
[12]KAPANİ, **a.g.e**. s. 5.
[13]İbrahim Özden Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6.Baskı, İmge, Ankara, 2002, s.14.
[14] KUZU, **a.g.e.** s.11.
[15]Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1970, s.99.
[16] KAPANİ, **a.g.e.** s.5.
[17]İlhan Akın, **Kamu Hukuku**, 7.Baskı, Beta Basım Yayım ve Dağıtım, İstanbul, 1993, s.321.
[18]KABOĞLU, **a.g.e.** s.304.

İnsan hakları belgelerinde kişi özgürlük ve güvenlik hakkı birlikte ele alınmışlardır. Bu sebeple iki kavramın birlikte ele alındığı tanımlar daha somut sonuca götürücü niteliktedir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, ikisi birlikte, kişinin, kanunla belirlenmiş sınırlı haller dışında, hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun kılınamaması demektir. Bu iki kavramın diğer hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemi nedeniyle, bunlara koruyucu haklar da denilmektedir[19].

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; kişinin keyfi olarak yakalanmamasını, gözaltında tutulmamasını, zorla bir yere götürülmemesini, tutuklanmamasını, cezalandırılmamasını, hareket serbestisinin kısıtlanmamasını, istediği yere gidip gelebilme ve dolaşabilme olanağının ortadan kaldırılmamasını ve bu hakkın güvencesi altında yaşamını sürdürmesi ile geliştirmesini ifade etmektedir. Bir başka deyişle, kişinin yasayla belirlenmiş ve sınırlanmış durumlar dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmamasıdır[20].

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının gerçekleştirildiği bir toplumda, kişiler hiç kimsenin keyfine göre yakalanmayacaklarını (gözaltında tutulmayacaklarını), zorla bir yere getirilmeyeceklerini, tutuklanmayacaklarını, cezalandırılmayacaklarını bilirler ve herhangi bir yöneticinin elinde oyuncak olup özgürlüklerine gereksiz yere el konmayacağına gönülden inanırlar[21].

Şayet, kişi özgürlüğü, kişinin hareket serbestliği ise; kişi güvenliği, bu serbestliğin kanunla korunması; bir kişinin, suç işlemediği sürece tutuklanamayacağını, herhangi bir idarî görevli tarafından kanunsuz olarak rahatsız edilemeyeceğini, özgürlüğünden gereksiz yere mahrum bırakılamayacağını bilmesi ve buna inanmasıdır[22].

---

[19] A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Anayasa Hukuku**, S Yayınları, Ankara, 1986, s. 156.

[20] Serap Keskin, ''Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler'', **İÜHFM**, Cilt 60, S. 1-2, 2002, s.49.

[21] KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.64.

[22] İlhan Akın, **Kamu Hukuku Devlet Doktrinleri – Temel Hak ve Özgürlükler**, İÜHFY No: 440, İstanbul, 1974, s. 319.

Bu kavramın tarihi gelişimindeki ilk basamağı İngiltere'de kabul edilen Magna Carta Libertatum'dan başlatmak yerinde olacaktır. Zira kişi hürriyeti ve güvenliğinde büyük yer tutan yakalama ve tutuklamanın düzenlenerek "kişinin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağına" ilişkin ilk düzenleme Magna Carta'da yer almıştır[23].

1679 tarihli Habeas Corpus Act, kişi hürriyeti ve güvenliği açısından ayrı bir yere sahip olup bu belgenin "kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sağlam temellere oturtan ilk belge" olduğu ileri sürülmüştür[24].

Öyle ki bu belge ile getirilen güvencelerle sağlanan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakları günümüzde, "Habeas Corpus Güvencesi" olarak adlandırılmaktadır. Habeas Corpus Act ile özgürlüğü kısıtlayıcı işleme karşı yargıç denetimi getirilmiştir. Hiç kimse yargıç kararı olmadan cezaevinde veya tutukevinde tutulmayacaktır. Özgürlüğü kısıtlanan kişi hakkında kısa süre içinde yargıç karşısına çıkarılmak zorunluluğu kabul edilmiş ve kişiye bu şekildeki bir özgürlüğü kısıtlayıcı işlemin yasaya aykırılığını ileri sürebilmek ve iddiasını dinletebilmek için yargıca başvurabilmek hakkı tanınmıştır. Kişi, yargıçtan kefaletle salıverilmesini de isteyebilecek, bu isteği reddedildiği takdirde, ret kararına karşı üst mahkemeye başvurabilecektir[25].

Esasen bu müessesenin doğum tarihi tam olarak bilinmemekle beraber 1215 Magna Carta Libertatum öncesi izine rastlanmaktadır. Önceleri bir mahkeme sırasında davalı veya tanık olarak getirilmesi gereken kişiler hakkında kraliyet memurlarına verilen emir şeklinde muhakeme öncesi işlemlerde kullanılmıştır. Daha sonra Magna Carta ile güç kazanan "kimsenin hukuka aykırı olarak hapse atılamayacağı" ilkesini etkili kılmak için başvurulmuştur[26].

Habeas corpus usulü, özgürlüğü kısıtlanan kişinin ya da bu kişi yerine başkasının mahkemeye başvurusuyla başlar. Başvuruyla, kısıtlamanın hukuka aykırı olma ihtimalinin bulunduğu yönünde mahkemenin ikna edilmesi halinde mahkeme, habeas corpus emri vererek hukuka aykırı olarak hürriyeti kısıtlandığı iddia edilen

[23]KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.65.
[24]KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.65.
[25]KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.64
[26]KUZU, **a.g.e.** s. 2

kişinin derhal serbest bırakılmasını, serbest bırakılmadığı takdirde kısıtlama gerekçesiyle birlikte mahkemenin huzuruna belirtilen gün ve saatte çıkarılmasını emreder. Mahkeme, ya kişiyi serbest bırakacak ya da hürriyeti kısıtlamanın hukuka uygun olduğuna karar verirse muhakemenin bir an önce başlamasını emredecektir. Habeas corpus emri, bir başkasının hürriyetini haksız olarak kısıtladığı iddia olunan herkese karşı verilebilir. Bunlar özel kişiler veya devlet memurları olabilir. Ancak uygulamada bu emir en çok yürütme organının alıkoymalarına karşı verilmektedir[27].

1689 tarihli Haklar beyannamesi ile birlikte hakimlerin serbest bırakmak için aşırı şartlar ileri süremeyecekleri veya aşırı kefalet belirleyemeyecekleri ilan edilmiştir[28].

Amerika'ya göç eden İngilizlerle birlikte Habeas Corpus ile getirilen haklar Amerika kıtasına taşınmıştır[29].

1787 tarihli A.B.D. Anayasası'nın "Kongre'ye Yasaklanan Yetkiler" kenar başlığını taşıyan 9. bölümün 1/2 maddesinde "İsyan ve istila halleri dışında habeas corpus hakkı askıya alınamaz" hükmü yer almakla birlikte, habeas corpus hakkının askıya alınması için isyan veya istilanın yanında, askıya almayı kamu güvenliğinin zorunlu kılması gereklidir. Habeas corpus hakkının hangi organ tarafından askıya alınacağı ise 1863'te çıkarılan bir kanunla belirlenmiş ve bu yetki A.B.D. Başkanı'na verilmiştir[30].

Kıta Avrupası'nda, kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesi bugünkü anlamıyla ilk olarak kaynağını İngiltere'den almak suretiyle, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde yer almıştır[31].

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (değişik ifade biçimleriyle de olsa) Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan insan hakları belgelerinde de yerini ve önemini korumuştur. Birleşmiş Milletler Anlaşması, insan haklarını ve temel

---

[27]Metin Feyzioğlu, ''Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu'', **AÜHFD**, Cilt 44, S. 1-4, 1995 ,s. 687-688

[28]KUZU, **a.g.e.** s. 3.

[29]KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.65.

[30]FEYZİOGLU, a.g.m. s.684.

[31]KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.65.

hürriyetlerini sadece anmakla yetiniyor, ancak bunları teker teker belirlemiyor ve açıklamıyordu. Bu eksiklik Birleşmiş Milletler bünyesindeki "İnsan Hakları Komisyonu"nca hazırlanan, 10 Aralık 1948 günü Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul ve ilan edilen, insanlık tarihinin sayılı belgelerinden olan, insanlığın gelişme süreci içinde bir dönüm noktasını simgeleyen "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi" ile giderilmiştir[32].

Bu bildiri, herkesin kişi özgürlük ve güvenliğine sahip olduğunu (md.3), hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınamayacağını, tutulamayacağını, sürülemeyeceğini belirtmiştir.(md.9) 8. maddesinde, "Herkesin anayasa veya yasa ile kendisine tanınmış olan temel haklarını çiğneyen işlemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler önünde etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır," hükmü ile kişi güvenliği ilkesini koruyan hak arama özgürlüğü belirtilmiştir. Bildirinin yaptırım öngörmemesi onu benzer hükümler ihtiva eden ve esas konumuzu teşkil eden AİHS' den ayıran özelliğidir.

04.11.1950 tarihinde Roma'da, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerce kabul edilen ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'nin 5.maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yerini alarak bir denetim mekanizmasına kavuşmuştur. AİHS'nin asıl önemi, evrensel bildiriden esinlenerek güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin nevi bakımından değil, fakat "ortak güvence" sistemine dayanan uluslararası bir yargısal denetim mekanizması kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından dolayıdır[33].

Konuyla ilgili olarak Türk hukukundaki gelişim sürecine kısaca göz atacak olursak, Osmanlı'da insan hakları "İslam Hukuku" çerçevesinde söz konusu olurken yasal güvenceye kavuşturulması, 1839 tarihli Tanzimat (1839–1870) ve sonrasındaki döneme rastlar Tanzimat Fermanı'nda kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda doğrudan bir düzenleme yoktur. Ancak kişi hürriyeti ve güvenliğine olumlu katkılar yapacak

---

[32]KAPANİ, **a.g.e.** s.62.

[33]Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002, s. 11

düzenlemeler mevcuttur. Bunlar, "yasa dışı nedenlerle suçlanmama ve cezalandırılmama, adil ve aleni usullerle yargılanma" gibi hükümlerdir[34].

Türk hukukunda net bir şekilde kişi güvenlik ve özgürlüğü ile ilgili ilk kaydı 23.12.1876 tarihli Kanun-i Esasi'de görmekteyiz. Bu Anayasa'nın 10. maddesinde, kişi özgürlüğünün her türlü saldırıya karşı dokunulmaz olduğu, hiç kimsenin yasanın öngördüğü sebep dışında bir bahane ile cezalandırılamayacağı hüküm altına alınmıştır[35].

1921 Anayasası temel hak ve özgürlüklere yer vermemiştir. Bununla birlikte o tarihte halen yürürlükte olan 1876 Anayasasının temel hak ve özgürlüklere dair hükümleri geçerliliğini devam ettirmiştir.

1924 tarihli "Teşkilat-ı Esasiye" Kanunu ile 1921 Anayasası'nın eksiklikleri giderilerek 18. yy. felsefesi ve Fransız İhtilali prensipleri doğrultusunda yeni bir anayasa yapılmıştır. Osmanlı Kanunu Esasisi gibi temel hak ve özgürlükler sıralanarak, kısaca açıklanmakla yetinilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması kapsamında bir düzenlemeye gidilmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırının belirlenmesi yasama organının takdirine bırakılmıştır. Sosyal ve ekonomik haklara ilişkin hükümler bulunmadığı gibi kişiye yargısal denetim sağlayan bir mekanizma da düzenlenmemiştir. 1924 Anayasası'nın özgürlükleri güvence altına alma konusundaki kısalığının gerisinde, devlet felsefesinin yattığı ve Meclis İradesi dışında ulusal iradenin kabul edilmediği belirtilmiştir[36].

Ülkemizde "Habeas Corpus" anlayışını, tam olarak ilk kez 09.07.1961 tarihinde anayasamızda bulmaktayız. 1961 Anayasası 30. maddesinde "Kişi Güvenliği" başlığı altında söz konusu hak, hukukumuzda ilk kez ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[37].

1961 Anayasası "Kişi Güvenliği" Madde 30 : "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler ancak kaçmayı veya delilerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı ile veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen

---

[34]Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 2.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 89

[35]KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.66

[36]Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.30-31.

[37]KESKİN,"Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", s.66,

diğer hallerde hakim kararı ile tutuklanabilir. Tutukluğun devamına karar verilmesi aynı şartlara bağlıdır. Yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir, bunun şartlarını kanun gösterir. Yakalanan veya tutuklanan kimselere, yakalama veya tutuklama sebeplerini ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir." 1961 Anayasası'nın 30. maddesinin ilk 3 fıkrası ve son fıkrası ilk yapılışındaki gibi kalmıştır. Dördüncü fıkra 1971 ve 1973 yılında iki kez değişiklik görmüştür. Söz konusu 4. fıkranın değişiklikten sonraki biçimi şöyledir:"Yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç 48 saat ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda ve genellikle savaş veya sıkıyönetim hallerinde, kanunlarda gösterilen süre içerisinde hakim önüne çıkarılır; bu süre 15 günü geçemez, kimse bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına bildirilir." Son fıkra ise: " Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre devletçe ödenir."

1982 Anayasası'nın 13 ve 19. maddelerinde, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sınırlandırılması esasları ile kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlali sayılmayan hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. 40. maddede de, genel bir kişi güvenliği düzenlemesi bulunmaktadır. Hâkim önüne çıkarılma, tutuklunun yakınlarına bildiride bulunma zorunluluğu ve devletin tazminat ödeme yükümlülüğüne ilişkin olarak 2001 yılında 19. maddeye yeni teminatlar eklenmiştir[38].

10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı onay yasası ile iç hukukumuzun bir parçası haline getirilen AİHS'nin iç hukukumuzdaki yeri ve iç hukukumuza etkileri Türkiye'nin 21 Nisan 1987 tarihinde İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini tanıması ile daha da bir önemli olmuştur. Zira bu gelişmeler neticesinde, Türkiye aleyhinde yapılan başvurular sonucunda gelen ihlal tespitleri ile birlikte Sözleşme'nin ne şekilde uygulanacağı sorunu ortaya çıkmıştır.

[38]KESKİN, ''Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler'', s. 54 .

1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına 22.5.2004 tarihinde eklenen bir cümle ile andlaşmalarla kanunlar arasındaki değerlendirme konusundaki tereddütler ortadan kaldırılmıştır[39]. "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşmalar esas alınır" kuralı gereğince AİHS hükümleri ile iç hukuk kuralları çeliştiği zaman Sözleşme hükümlerinin esas alınacağı açık hale getirilmiştir.

II. AİHS' DE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ

Sözleşme' nin 5. maddesi bireyin korunması bakımından önemli bir yapı taşıdır. Sözleşme'nin 5. maddesinin ilk cümlesi "herkes kişi özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir." şeklindedir ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesini içerir. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 7. maddesi ve Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi de aynı cümleyi tekrarlamıştır[40]. Kişi özgürlüğünün keyfi sınırlamalara karşı korunması Sözleşme'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir[41]. Bu hüküm gözaltına alma ve tutuklama sürelerini kısıtlayıp bazı şartlara bağlayarak, kişi özgürlüğünün devlet tarafından keyfi bir şekilde ihlal edilmesini önlemeyi amaçlamaktadır[42]. Ancak bu hak mutlak değildir. Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci paragrafının ilk cümlesinden sonra yakalama veya tutuklamaya izin verilen hallerin listesi sunulmaktadır. 2 ila 5. paragraflar ise keyfi yakalama veya tutuklama hallerinde kişiye usuli güvenceler sağlayan düzenlemeler getirmiştir[43].

AİHS' nin 5.maddesi aşağıdaki şekildedir.

---

[39]Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 13. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Ekim 2009, s.11.

[40]Donna Gomien, David Harris ve Leo Zwaak, **Law and Practice of the European Convention on Human Rights and The European Social Charter**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996, s. 127.

[41]Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, **İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 208.

[42]Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumlanması**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.89, Ankara, 1995, s. 136.

[43]GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 220.

Madde 5: Özgürlük ve güvenlik hakkı.

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

a. Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi.

b. Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması.

c. Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması.

d. Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması.

e. Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması.

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

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1 c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasa ile yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde

yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama ve tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır[44].

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası, çeşitli bakımlardan eleştirilebilir. Öncelikle 1. fıkranın kişi özgürlüğünü sağlayacak güvencelerden daha çok bu hakkın sınırlanmasına izin veren istisnaları belirleme yoluna gittiğini, bu durumun ise özgürlükçü bir tutumdan ziyade, sınırlayıcı bir yaklaşımı yansıttığını belirtmek gerekir. Söz konusu fıkranın kişi özgürlüğüne getirdiği genel güvenceler, "istisnaların sınırlı olarak sayılması" ile "hukuk tarafından öngörülen usule uygun olmak" koşullarından ibarettir. Hukuk tarafından öngörülen usule uygun olma güvencesi de açık değildir, iç hukuktaki usullere uygun olarak gerçekleştirilen her özgürlükten yoksun bırakılma durumunun teorik olarak Sözleşme'ye uygun sayılabilmesine açık kapı bırakmıştır. Ayrıca 1. fıkrada bireylerin keyfi olarak alıkonulmasını açıkça yasaklayan bir kurala rastlanmaması da ciddi bir esikliktir. Buna karşılık kişi özgürlüğünün sınırlanmasına izin veren istisnai haller çok geniş tutulmuştur[45].

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası istisnai halleri sınırlı sayma yoluna gitmiştir[46]. Birey bu durumlar dışında hiç bir surette özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır[47]. Ancak bu sınırlı sayım komple bir sistem oluşturmamıştır ve uygulamada sınırlı sayım sisteminin zayıflıkları ortaya çıkmıştır. Örneğin Sözleşme'nin

---

[44]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 220.
[45]Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye**, 1. Baskı , Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 180-181.
[46]GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 142.
[47]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 226.

5. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin belirsizliği tutuklu ve hükümlülere yapılacak muameleye ilişkin maddede açıklık bulunmaması uygulamada sorunlar yaratmıştır[48].

Sözleşme maddesinin revize edilmesi zor ve uzun bir prosedür gerektirdiği için AİHM içtihatları ile bu sorunları aşmaya çalışmıştır. AİHM, 5. maddenin tüm hükümlerini belli bir niyetle ve dinamik bir şekilde yorumlamış ve hangi hükümlerin dikkate alınması gerektiğini belirlerken kaçınılmaz olarak bir hükmün Sözleşme metninin kelime anlamının ötesine taşıyarak değerlendirmiştir. Bu tür pek çok Sözleşme hükmüne de Mahkeme tarafından özerk bir anlam kazandırılmıştır[49].

5. madde ile Sözleşme'nin diğer hükümleri ve özellikle 6. maddesi arasında çok yakın bir bağ vardır. Kişinin makul bir süre içerisinde adil bir şekilde yargılanmasını öngören 6. madde, 5. maddeyi tamamlamakta ve böylece her iki hüküm kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından bir bütün oluşturmaktadır[50].

Yine Sözleşme'nin ilgili maddeleri bireyin fiziksel ve kişisel özgürlükleri ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Örneğin 4. protokolün 2. maddesi yerleşme ve seyahat özgürlüğünü içermektedir. Yine 5. maddeyi tamamlayıcı hüküm olarak 4. protokolün 1. maddesinden bahsedebiliriz. Bu madde "hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getiremediği için özgürlüğünden mahrum edilemez" hükmünü içermektedir[51].

5. maddenin anlaşılması bakımından öncelikle bu madde ve AİHM ve Komisyon kararları çerçevesinde kişi özgürlük ve güvenliği kavramları açıklanacak, daha sonra kişi özgürlüğünden mahrumiyet ve özgürlüğün kısıtlanması üzerinde durulacak, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasının genel olarak hukuka uygunluğu ayrıntılı olarak ele alındıktan sonra AİHS'de özgürlüğün kısıtlanmasına izin verilen haller incelenecektir.

---

[48] GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 142.

[49] Monica Macovei, **Avrupa İnsan Halkları Sözleşmesinin 5. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz İnsan Hakları El Kitapları No.5**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 7.

[50] ÜNAL, **a.g.e.** s. 136.

[51] GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 127.

A. 5. Madde Çerçevesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

5. maddenin ele aldığı özgürlükten yoksunluk fiziksel özgürlüktür. Bu maddedeki kişi özgürlüğü kavramı öncelikle tutulma veya yakalamaya karşı özgürlüktür. Kişi güvenliği hakkı, bireylerin, sadece yasada öngörülen sebeplerle ve hukuka uygun usuller izlenerek hürriyetlerinden yoksun bırakılabileceklerine dair güvence içermektedir. Bu güvence bireyin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı durumlarda keyfiliğe karşı ona koruma sağlar[52].

Kişilere toplum veya devlet tarafından günlük olarak bulundukları yerler ile ilgili hesap sorulamayacağı açıktır. Evlerinde veya başka bir yerde bulunabilirler ve hiç kimse nerede olduğunu bildirmekle yükümlü değildir. Bu bireyin şahsi ve fiziksel özgürlüğüdür[53].

Ancak Komisyon ve AİHM toplumun bütününe uygulanacak genel kısıtlamalar (bunlara 5. madde uygulanmayacaktır.) ile belirli bir kişiye uygulanacak kısıtlamalar (bunlara 5. madde uygulanacaktır.) arasında ayrıma gitmiştir. Örneğin bir yerde sakin olanların daimi ikametgahlarını kamu otoritelerine bildirmelerine ilişkin yükümlülük veya trafik kurallarına uyma zorunluluğu 5. madde kapsamı dışındadır[54].

Devlet makamlarının bir kişiyi polis nezaretinde, ceza evinde veya başka bir yerde alıkoyarak özgürlüğünden yoksun bırakması madde kapsamına girer. Bu tür özgürlük kısıtlamalarının maddede öngörülen çerçevede ve şartlar altında yapılıp yapılmadığı, Komisyon ve Mahkemenin denetimi altındadır.

5. maddenin girişinde kişi özgürlük ve güvenliği hakkından bahsedilmiş, maddenin geri kalanında ise sadece kişi özgürlüğü kavramı üzerinde durulmuştur. Maddenin bu şekilde kaleme alınmış olması, Komisyon'un özgürlükten ayrı olarak güvenlik kavramına farklı bir anlam vermesi ve kişi güvenliği hakkının mutlak olduğu ve sınırlanamayacağı sonucuna varmasına yol açmıştır[55]. Komisyon; güvenlik hakkının mutlak olması nedeni ile hiç bir sınırlamaya ve kısıtlamaya tabi tutulmazken, özgürlük

---

[52]Komisyon Raporu, Arrowsmith / İngiltere, 12/10/1978, no: 7050/75, s. 31, par. 64.
[53]GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 127.
[54]GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 128.
[55]Komisyon Kararı, Kamma / Hollanda, 14/07/1974, no: 4771/71.

hakkının sözleşmenin 1. fıkrasının a ila f bentlerinde sayılan sebepler ile sınırlanabileceğini belirtmiştir[56].

Diğer davalarda ise AİHM ve Komisyon bu iki kavramı bir bütün olarak ele almıştır. Örneğin Dyer / İngiltere davasında Komisyon "kişi güvenliğinin" sözleşmenin 5. maddesinin 1. paragrafında "özgürlük" kelimesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve bu kavramın kişi özgürlüğüne karşı olan keyfi müdahalelere karşı güvence sağladığını, bu şekilde kişilerin ancak mevcut bir hukuki düzenlemenin öngördüğü esas ve usuli şartlar izlenerek yakalanacak veya tutulabileceklerini belirtmiştir[57].

Yine AİHM Bozano / Fransa davasında " burada çözümü gereken asıl mesele davaya konu olan tutuklama olayının kanunun öngördüğü usule uygun olması da dahil olmak üzere, kurallara uygun bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu konuda esas itibari ile ulusal mevzuata atıfta bulunmakta ve iç hukukun koyduğu kuralları uygulama gereğini emretmekte ise de, bunun yanında, kişiyi özgürlüğünden mahrum eden her tedbirin 5. maddenin amacına uygun olmasını da istemektedir. Bu amaç da bireyi keyfiliğe karşı korumaktır. Burada söz konusu olan sadece özgürlük hakkı değildir. Aynı zamanda güvenlik hakkıdır[58]." diyerek güvenlik hakkı ve özgürlük hakkını bir bütün olarak ele almıştır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramları birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Kişi güvenliği, kamu otoriteleri tarafından yapılacak keyfi müdahaleleri önlemek anlamında kişi özgürlüğünü korumaktadır. AİHM kişi özgürlüğünü, demokratik bir toplumun en önemli ve vazgeçilmez bir hakkı olarak nitelemiştir[59].

---

[56]Ergin Ergül, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2003, s.128.
[57]Komisyon Kararı, Dyer / İngiltere, 09/10/1984, no: 10475/83, s. 256, par. 25.
[58]AİHM Kararı, Bozano / Fransa, 18/12/1986, no: 9990/82, par. 54.
[59]ÜNAL, **a.g.e.** s. 137.

B. Kişi Özgürlüğünden Mahrumiyet

AİHM'ye göre AİHS'nin 5. maddesi özellikle özgürlükten yoksunluğa karşı koruma sağlamaktadır. Diğer fiziksel kısıtlamalar bu madde kapsamında değerlendirilmemiştir. AİHM bu sonuca maddede kullanılan "özgürlüğünden yoksun bırakılan" , "yakalama", "tutuklama'', gibi ifadelerden ulaşmıştır. Ayrıca 4. protokolün 2. maddesinde seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin ayrı bir düzenlemenin varlığı da AİHM' nin bu sonucu çıkarmasına yol açmıştır[60].

Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı tespit edilirken kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut şartlardır ve tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bütün faktörler dikkate alınmalıdır. Özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark sadece bir derece ve yoğunluk farkı olup, nitelik ve öz farkı değildir. Bıçak sırtındaki bazı olayların, bu kategorilerden hangisinin içine girdiğini tespit etmek bazen güç olmasına rağmen, Mahkeme 5. madenin uygulanıp uygulanamayacağını saptamak için bundan kaçınamayacaktır[61].

Kişi özgürlüğüne müdahale, gözaltı, tutuklama, hapislik, muhafaza altında tutma hallerinde olduğu gibi kural olarak kilit altında tutmaktır. Ancak Mahkeme 06/11/1980 tarihli Guzzardi kararında, 50 kilometrekarelik bir adanın 2,5 kilometrekarelik bir

---

[60] P. Dijk., G.J.H Hoof, **Theory and Practice of The European Convention on Human Rights**, Third edition, Kluwer Law İnternational, The Hague, 1998, s. 345.

[61] Osman Doğru, ''Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5'inci Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu''. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu**, Ankara, TBB-İHAUM, 26-27 Eylül 2003, s. 186. AİHM Kararı, Engel ve diğerleri/Hollanda, 08/06/1976, no: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 par. 58-59, bu kararda, Hollanda askeri disiplin hukuku sistemindeki, sıkı göz hapsi, ağır göz hapsi ve disiplin odasına hapsedilme tedbirlerini özgürlükten yoksun bırakma açısından incelenmiştir. Kanuna göre bir kimsenin. Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlükten yoksun kalıp kalmadığını tespit ederken başlangıç noktası kişinin içinde bulunduğu somut şartlardır. Askerlik hizmetleri, Sözleşme'nin 4. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde açıkça öngörüldüğünden, kendi başına Sözleşme' deki kişi özgürlüğüne ters düşmez. Bununla birlikte ceza ve tedbirler sözleşmeci devletlerin silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan kısıtlama biçimi aldığında, Sözleşme' nin 5. maddesi uygulanacaktır. Bunun böyle olup olmadığının tespiti için tartışma konusu ceza veya tedbirin niteliği süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler dikkate alınmalıdır.

bölümünde sadece 800 metre çaplı bir alanında zorunlu ikamete tabi tutma tedbirini hürriyetten yoksunluk saymıştır[62].

Sözleşme'nin 5. maddesi çok kısa süre özgürlükten mahrumiyet hallerinde dahi uygulanacaktır. AİHM, başvuranların arama için durdurulmaları ve bekletilmeleri 30 dakikayı aşmamış olsa da bu zaman aralığında hareket özgürlüklerinin tamamen ortadan kalktığını, zira bulundukları yerde beklemek zorunda bırakıldıklarını ve arama işlemine tabi tutulduklarını, eğer itiraz etseler yakalama, polis karakolunda tutulmaya maruz kalabilecekleri veya suçlama ile karşı karşıya kalabileceklerini belirtmiştir. Dolayısıyla zorlama unsuru Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası anlamında hürriyetten yoksunluğa sebebiyet vermiştir[63]. 5. madde ancak kamu otoritelerince bireyin özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarda uygulanabilir[64]. Nielsen davasında AİHM akıl hastalığı nedeni ile başvuranın devletçe hürriyetinden yoksun bırakılmadığı, anne babanın velayet hakkının sınırsız olmaması ve devletin, bireyi, bu hakkın kötüye kullanılmasına karşı koruma yükümlülüğü bulunmasına rağmen bu yükümlülüğün 5. madde çerçevesinde değerlendirilemeyeceği, annenin velayet hakkına dayanarak gerekliliğine inandığı ve doktor tavsiyesi üzerine çocuğu tedavi amaçlı hastanenin psikiyatri bölümüne yatırılmasına karar verdiği için devletin 5. madde anlamında sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir[65].

AİHM'ne göre maddenin 1. fıkrası " her kimsenin" deyimi ile başlayıp " hiç kimse" diye devam ettiğinden kişisel durumu ne olursa olsun (çocuk, ergin, serbest kişi veya tutuklu veya hasta ya da sağlıklı) kısacası herkes bu hakkın yararlanıcısıdır. Tutululuk durumu kişinin kendi talebi ile meydana gelmiş olsa dahi söz konusu madde hükmüne aykırılığın gereğinde ileri sürülebileceğine karar vermiştir. Yani başlangıçtaki rıza tek başına Sözleşme'nin korunmasından yararlanmayı ortadan kaldırmaz[66].

---

[62] AİHM Kararı, Guzzardi / İtalya, 06/11/1980, no: 7367/76 par. 90-95. DOĞRU a.g.m. s. 4. Bu davada başvuranın bir adada geceleri bir binada, gündüzleri de adanın küçük bir bölümünde oturmaya zorlandığı için, hareket serbestliğin sınırlanması, adanın ıssız bölümünde oturmaya zorlandığı için ailesi ile dahi görüşmekte zorluklar yaşaması ve sosyal ilişkilerinin çok zayıf kılınması, özgürlükten mahrumiyet derecesine varan bir sınırlama olarak kabul edilmiştir.

[63] AİHM Kararı, Gilan ve Quinton / İngiltere, 12/01/2010, no: 4158/05, par. 57.

[64] GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 128.

[65] AİHM Kararı, Nielsen / Danimarka, 28/11/1988, no: 10929/84, par. 72.

[66] AİHM Kararı, De Wilde, Ooms, Versyp / Belçika, 18/06/1971, no: 2832/66; 2835/66; 2899/66 par. 65.

Komisyon ve Mahkeme kararlarından; somut olayın özelliklerine göre kişinin normal yaşamını sürdürmesini imkansız hale getirecek şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması hallerinde 5. maddenin uygulama alanı bulduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle örneğin bir yabancının seyahat özgürlüğünün ülke içinde belli bir şehir sınırlaması ile kısıtlanması gibi durumlarda 5. madde anlamında hürriyetten mahrumiyet yoktur[67]. Komisyon'a göre gece sokağa çıkma yasağı uygulaması bir sınırlama; buna karşılık bir bölge veya mahalle halkını evlerinde kapalı tutma özgürlükten mahrumiyettir[68].

Çok sayıda başvurunun Komisyon tarafından geçersiz sayılması da söz konusu maddenin; trafik kurallarının uygulanması, yabancıların ya da yurttaşların kaydedilmesi, şartlı salıverilen mahkumların gözetimi ile ilgili pek çok dava, sokağa çıkma yasağı ya da bir kişinin topluluk içinde hareket etme özgürlüğünü ciddi bir biçimde kısıtlamayan diğer denetim türleri gibi kişisel özgürlükler üzerine ağır olmayan kısıtlamalara karşı koruma sağlamadığını göstermiştir[69].

Kamu görevlileri kenara çekilerek kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine göz yumamaz. Riera Blume davasında aleyhine başvurulan İspanya Hükümeti başvuranların otel odasına alınmalarının, orada tutulu vaziyette bulunmalarının ve gözetim altında tutulmalarının aileleri tarafından organize edildiğini ileri sürmüştür. AİHM başvuranların sorgu hakiminin kararı doğrultusunda polis tarafından resmi araçlarla polis karakolundan otele transfer edildiğini, başvuranların böyle bir taleplerinin olmadığını ve onlara zorla bunun kabul ettirildiğini, ailelerine teslim edildikten sonra hapis durumuna benzer bir durum ile karşılaştıklarını, otelde kaldıkları sürede polisin başvuranları sorguladığı, dolayısıyla polisin başvuranların otelde tutulduklarından haberdar olduğunu belirtip başvuranların 10 gün boyunca hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarından doğrudan aileleri sorumlu olsa da polisin aktif işbirliği olmasa başvuranların hürriyetlerinden yoksun kalamayacakları gerekçeleri ile 5. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir[70].

---

[67]ÜNAL, **a.g.e.** s. 137.

[68]Komisyon Raporu, Kıbrıs/Türkiye, 10/07/1976, no: 6780/74 ve 6950/75 par. 235 ve 236.

[69]Donna Gomien, **Short Quide To The Europen Convention On Human Rights, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi),** Çev. Levent Bıçakçı, 1.Baskı, Renk Ajans - Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara, 1995, s. 30.

[70]AİHM Kararı, Riera Blume ve diğerleri/İspanya, 14/01/2000, no: 37680/97.

C. Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanmasının Genel Olarak Hukuka Uygunluğu

AİHS'nin 5. maddesinde hukuka uygunluk kavramını yansıtan iki ibare kullanılmıştır. Bunlardan birincisi "yasa ile belirlenmiş" (prescribed by Law) ibaresidir ki genel olarak usuli konulara ilişkindir. Bu ibare kamu otoritesine genel olarak bireyin özgürlüğünü sınırlayabileceği yolları gösteren bir rehber niteliğinde olan " aşağıdaki hallerde (birinci paragrafın a ile f bentleri) ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. " cümlesinin içinde geçmektedir[71]. Bu ibarenin ikinci olarak geçtiği yer Sözleşme' nin 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendidir. Bu bent uyarınca kamu otoritesi bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına "yasa ile belirlenen" bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacı ile karar verebilecektir. İlk bakışta bu ifade muğlak bir anlam taşımaktadır. AİHM içtihatları ile bu yükümlülüğün somut ve belirli olmasını aramıştır[72].

Yine Guzzardi davasında AİHM bireye belirli bir şekilde davranması ihtaratının yasa ile belirlenen bir yükümlülük olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir[73].

Yasallık kavramının 2. görünüşü daha esasa yönelik bir nitelik taşır. 5. maddenin 1. paragrafında yer alan hürriyetin kısıtlanabileceği öngörülen halleri açıklayan altı bendin hepsinde en az bir kere "hukuka uygun" ibaresi kullanılmaktadır. Yani denilebilir ki hukuka uygunluk Sözleşme gereği özgürlük kısıtlanabilmesi için temel faktördür[74]. Ayrıca hukuka uygunluk, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin ulusal hukuka ve AİHS'ne uygun olması ve keyfi olmaması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır[75].

---

[71] GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 129.
[72] AİHM Kararı, Lawless/İrlanda, 01/07/1961, no: 332/57, par. 9.
[73] AİHM kararı, Guzzardi / İtalya, 06/11/1980, no: 7367/76.
[74] GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 129.
[75] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 9.

a-) Ulusal Hukuka Uygunluk

Bir tutulu olmanın yasa ile belirlenen usullere uygun olup olmadığı, bu tutulu olmanın hukuka uygunluğu ile doğrudan ilişkilidir. AİHM burada özellikle ulusal hukuku referans olarak almaktadır. Bunun anlamı hürriyetten yoksunluğa yol açan tedbirin ulusal hukukta uygulanan esasa ve usule ilişkin kurallara uygun olmasıdır[76].

Bu düzenleme ile AİHS devletlerin iç hukuklarına da göndermeler yapmaktadır. Yani iç hukukta kişilerin yakalanması ve tutuklanması belli kurallara bağlanmalıdır. Bu usul kuralları da şüphesiz sözleşme ile uyumlu olmalıdır. Doğaldır ki bu kuralların uygulanıp uygulanmadığının denetimi ilk önce iç hukuktaki denetim organlarınca yapılacaktır. İç hukukta yapılan denetimde aksaklıklar çıkması durumunda AİHM devreye girecektir[77].

AİHM'ne göre; Sözleşme'nin 5. maddesinde olduğu gibi doğrudan doğruya ulusal hukuka gönderme yaptığı hallerde, iç hukuka riayet, sözleşen devletlerin taahhütlerine dair ve taahhütlerinin ayrılmaz parçasıdır. Bu nedenle Mahkeme, gereğinde bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini kontrol yetkisine sahiptir. Bununla birlikte mahkemenin yerine getirmekte olduğu bu görevin alanı sınırlıdır, zira söz konusu ulusal hukukun yorumu ve uygulanması öncelikle ulusal mercilere ait bir yetkidir[78].

Ulusal hukukun önemli bir usul kuralına uymama veya bazı durumlarda esaslı olmayan bir usul kuralına uymama da 5. maddenin 1. fıkrasının ihlaline yol açabilmektedir. Örneğin Wassink davasında AİHM, başvuranın hürriyetinden yosun bırakılmasına ilişkin kararın, ulusal hukukun öngördüğü biçimde bir katibin de katıldığı

---

[76] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 348-349.

[77] Enver Bozkurt, **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Nobel Yayım Dağıtım, Ankara, 2003, s. 136.

[78] AİHM kararı, Bozano / Fransa, 18/10/1986, no: 9990/82, Mahkeme kararında "5. maddenin 1. fıkrasında hukukun öngördüğü bir usul deyiminde geçen hukuk terimi iç hukuka atıfta bulunulduğundan, ancak iç hukukun da Sözleşme' nin amacına uygun olması gerektiğinden Sözleşme' nin iç hukuka atıfta bulunduğu hallerde iç hukuka uygun davranmak devletin Sözleşme' ye göre yükümlülüğü haline geldiğinden, hükümetin iç hukuka uygun davranıp davranmadığı mahkeme tarafından denetlenebilir..." diyerek bu durumu açıklamıştır. Aynı şekilde bknz. AİHM Kararı, Winterwerp / Hollanda, 24/10/1979 no:6301/73 par. 46.

duruşma sonucunda alınması gerekirken buna uyulmamış olması sebebi ile 5. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır[79].

Yine Van der Leer / Hollanda davasında bir kadın psikiyatri hastanesine kapatılmış, ancak bu emri veren hakim başvuranın karardan önce ifadesinin dinlenmesine ilişkin yasal şartı yerine getirmemiştir. Başvuranın hakim huzuruna çıkartılmasının maksada ters düşmeyeceğine ve tıbben sakınca bulunmadığına dair uzman görüşe rağmen ve yasal zorunluluğa rağmen başvuranın dinlenmeden özgürlüğün kısıtlanması kararı verilmesi Sözleşme' ye uygun düşmemektedir[80].

b-) Ulusal Hukukun Niteliği ve Uygulanışı

AİHM Sunday Times ve daha sonra gördüğü davalarda hukuk sözcüğünü sadece yazılı hukuk olarak değil, yazılı olmayan hukuku da kapsar şekilde değerlendirmiştir[81]. AİHM " Common Law" ile yaratılan hukukun " hukuka uygun" deyimi kullanılırken dikkate alınmamasının Sözleşme' yi hazırlayanlarca amaçlanmış olamayacağını, eğer " Common Law" ile yaratılan hukuk yeterince belirli hale gelmiş ise kabul edilebileceğini belirtmiştir[82].

AİHM 'ne göre hukukun öngördüğü usule uygun tutulma deyimi iç hukuktaki usule göndermede bulunmakta ve bu iç hukukta öngörülen usule uygun davranmayı öngörmektedir. Ancak iç hukuktaki usulün de Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olması gerekmektedir. Burada usul kavramı, bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir işlem için yetkili makamlar tarafından verilmiş bir kararın bulunmasını, bu kararın yetkili merciler tarafından uygulanmış olmasını ve işlemin keyfi olmamasını gerektirir[83].

Sözleşme'nin 5. maddesinin genel amacı bireyi keyfi tutulmalara karşı korumaktır. Keyfi olarak yapılan hiç bir hürriyet kısıtlaması Sözleşme'nin 5.

---

[79] AİHM Kararı, Wassink / Hollanda, 27/09/1990, no: 12535/86, par. 27.
[80] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 9.
[81] AİHM Kararı, Sunday Times/ İngiltere, 26/04/1979, no: 6538/74, par. 47.
[82] AİHM kararı, Malone/ İngiltere, 02/08/1984, no: 8691/79, par. 66.
[83] AİHM Kararı, Winterwerp / Hollanda, 24/10/1979, par. 45.

maddesinin 1. fıkrasına uygun kabul edilemez. Buradaki keyfilik kavramı ulusal hukuka uygunluğun da ötesinde bir anlam kazanır. Öyle ki bir hürriyetten mahrumiyet ulusal hukuk anlamında yasaya uygun olabilir ancak keyfi olabilir ve Sözleşme'ye aykırılık oluşturabilir[84].

AİHM kamu otoritelerinin hangi tür davranışlarının Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına aykırı olarak keyfilik oluşturduğu konusunda genel bir formül oluşturmamıştır. Daha çok uygulanan tedbir dikkate alınarak her somut olay değerlendirilmiş ve keyfilik olup olmadığı saptanmıştır. Yine de bazı içtihatlar dikkate alınarak belirli genel prensiplerin ortaya çıktığı söylenebilir. Eğer kamu otoritelerinin kötü niyet veya hile (deception) unsuru taşıyan işlemleri söz konusu ise şekli anlamda ulusal hukuka uygunluk olsa da keyfilik bulunduğu kabul edilecektir. Örneğin Komisyon'un incelediği Bozano olayında İtalyan vatandaşı, İtalya'da işlediği ağır cürümler dolayısıyla İtalyan mahkemesince ömür boyu hapse mahkum edilmiş ve Fransa'ya kaçmıştır. Adı geçen, İtalya'ya iade edilmek üzere Fransız makamlarınca tutuklanmıştır. Fransız mahkemesi Bozano'nun gıyapta yargılanarak mahkum edildiğini tespit ile iade kararının Fransa kamu düzenine aykırı olacağı gerekçesi ile iade talebini reddetmiştir. Bozano daha sonra Fransız polisinin sınır dışı etme kararı ile eşi ve avukatı ile görüşmesine fırsat verilmeden İsviçre ve İtalya arasında suçluların iadesi sözleşmesi bulunduğu için bu sözleşme çerçevesinde İtalyan makamlarına teslim edilmiş ve ceza evine konulmuştur. AİHM, Fransız polisinin sınır dışı etme kararını, başvuranın dolaylı yoldan İtalya'ya iadesini sağlama amacına yönelik keyfi ve Sözleşme'ye aykırı bir işlem olarak kabul etmiştir[85].

Keyfilik olmaması şartının yerine getirilmesi için hem hürriyetin kısıtlanmasına ilişkin kararın hem de bu kararın uygulanmasının gerçekten Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerin amaçları ile uyuşur vaziyette olması gerekir[86].

Ayrıca uygulanan tedbirler dikkate alındığında keyfilik olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken, tedbirin alınmasının istenen amaca ulaşmada gerekli olup

---

[84] AİHM Kararı, Saadi / İngiltere, 29/01/2008, no: 13229/03, par. 67.
[85] ÜNAL, **a.g.e.** s. 138.
[86] AİHM Kararı, Winterwerp/Hollanda, par. 39, ayrıca bknz. AİHM Kararı, Bouamar/ Belçika, 29/02/1988, no: 9106/80, par. 50.

olmadığı da araştırılacaktır. Bir insanın hürriyetinin kısıtlanması o denli ciddi bir tedbirdir ki ancak son çare olarak başvurulmalıdır. Önce daha hafif tedbirler değerlendirilmeli, eğer bu tedbirlerin kişinin ya da kamu yararının korunmasında yetersiz kalacağı anlaşılıyor ise ilgili kişi hakkında tutulu olma sonucunu doğuran tedbir alınmalıdır[87].

AİHM her bir tedbiri bu anlamda somut olayda değerlendirmiştir. Örneğin 5. maddenin 1. fıkrasının b bendinde belirtilen kanunen öngörülen yükümlülük sebebi ile bir tutulu olma durumunda, demokratik bir toplum da bireyin kanunen öngörülen yükümlülüğün derhal yerine getirmesini sağlama ile kişi özgürlüğü hakkı arasında bir denge kurulmasının gerekliliğini belirtmiştir[88].

Mahkeme Quinn/Fransa davasında, mahkemece verilen derhal tahliye kararının ancak işlemler nedeni ile 11 saat sonra yerine getirilmiş olmasının 5. maddedeki istisnaların hiç birisine girmemesi sebebi ile 1. fıkranın ilk cümlesinde yer alan hükmün ihlali saymıştır[89].

Yine AİHM iç hukukun yanlış yorumlandığı ve uygulandığı durumlarda 5. maddenin birinci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Lukanov kararında Mahkeme başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, iç hukuka göre yolsuzluk suçunun kurucu unsuru kendisine veya bir başka kişiye menfaat sağlamak olduğuna ve başvuranın kendisine veya başkasına menfaat sağladığına dair makul şüphe oluşturacak delil bulunmadığına göre hukuka uygun olmadığına karar vermiştir[90]. AİHM iç

---

[87] AİHM Kararı, Hilda Hafsteinsdottir / İzlanda, 08/06/2004, no:40905/98, par. 51.

[88] AİHM kararı, Vasileva / Danimarka, 25/09/2003, no: 52792/99, par. 37.

[89] AİHM Kararı, Quinn /Fransa, 22/03/1995, 18580/91, par. 42-43.

[90] AİHM Kararı, Lukanov/Bulgaristan, 20/03/1997, no: 21915/93, par 41-46. Bulgaristan'da daha önce Başbakanlık yapmış olan ve 1992 yılında halen milletvekili olan başvuran, önceki dönemde eski rejime yakın olan bazı ülkelere hibe veya düşük faizli kredi veren hükümet kararlarını imzalamak suretiyle hazineyi zarara uğratmaktan ve yolsuzluktan suçlanmış, dokunulmazlığı kaldırılmış ve 114 gün tutuklu kalmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bu davadaki temel sorun başvurucunun 7 Eylül 1992 den 30 Aralık 1992 ye kadar tutulmasının, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında " hukuka uygun" olup olmadığı ve " hukukun öngördüğü bir usule göre" yapılıp yapılmadığıdır. Ne var ki, tutuklamayı haklı göstermek için dayanılan Ceza Kanunu'nun 201-203 ile 219 ve 282. maddeleri bir kimsenin bu tür bir toplu karara katılmakla cezai sorumluluk altına girdiğini belirtmemekte ve hatta ima dahi etmemektedir. Bu tür kararların Bulgaristan Anayasası'na veya mevzuatına aykırı olduğuna, kararların yetkinin aşımı suretiyle alındığına dair hiçbir delil yoktur. Bu duruma göre Mahkeme eylemin suç oluşturduğuna ikna olmamıştır. Mahkeme, "başvuranın özgürlüğünden mahrum bırakılmasının suç işlendiğinden makul bir kuşku duyulması üzerine hukuka uygun bir tutma olarak kabul edemez. Bu sonuca ulaşan Mahkeme, bu tutmanın bir kimsenin suç işlemesini engellemek veya suç işledikten sora kaçmasını önlemek için

hukuktaki yerleşik mahkeme içtihatlarının keyfi bir şekilde göz ardı edilmesini de 5. maddenin 1. fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir. Tsirlis ve Kouloumpas kararında Yunan Yüksek İdare Mahkemesinin 1975 tarihli kararı ile Yehova şahitliğinin tanınmış bir din olarak kabul etmesi ve bu içtihadın daha sonra yerleşik bir içtihat oluşturmasına rağmen askeri makamların başvuruculaın cezai sorumlulukları ve bu suretle tutulmalarının hukukiliği hakkında karar verirken bu içtihadı bariz şekilde göz ardı ederek başvuranların 13 ay ve 2 ay hapiste kalmalarına yol açılmasını 5. maddenin 1. fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir[91].

Bir konuda yetki olsa ve bu yetki kötüye kullanılmasa bile ilgili yasada AİHM açısından herhangi bir konunun kabul edilebilir olmasında temel teşkil eden niteliklerin bulunmaması durumunda AİHM özgürlükten mahrumiyet uygulaması için bu kanunun gerekli yasal dayanağı temin etmediğine hükmeder. Bu da yasalarda erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve kesinlik ilkelerinin gözetilmiş olması ve bu yasalara tabi olan kişilerin keyfi muameleye maruz kalma riskine karşı bazı teminatların bulunmasını gerektirir[92].

Özgürlükten mahrumiyete yol açan işlem yayınlanmamış bir yasal hükme göre yapılmış ise yasanın erişilebilirliği ilkesine uyulmamış demektir. Erişilebilirliğin bulunması için yasaların uygulanmasını gösteren diğer mevzuat hükümleri de erişilebilir olmalıdır. Mahkeme Amuur davasında ne 27/05/1982 tarihli kararnamenin, ne de yayınlanmamış 26/06/1990 tarihli genelgenin AİHM içtihatlarında belirtilen şartları taşıyan hukuk normu olarak kabul edilemeyeceğini, zira içtihatlara göre hukuk kuralının Sözleşme'de güvence altına alınan haklara keyfi müdahaleyi önleyici nitelikte yasal koruma sağlamadığını belirtmiştir. Genelge de yayınlanmamış olduğu için yasanın erişilebilirliği söz konusu değildir[93].

Wloch/Polonya davasında AİHM hakkında yalnızca birbiri ile çelişen görüşler olan ve her hangi bir belirleyici içtihat bulunmayan yasa hükmüne dayanarak

---

makulce gerekli olduğu kabul edilen bir tutma olup olmadığını incelemeyi gerekli görmemiştir." Dolayısıyla bu olayda Sözleşme'nin 5/1 maddesi ihlal edilmiştir.

[91] AİHM Kararı, Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan, 29/05/1997, no: 19233/91;19234/91 par. 59.

[92] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 14-15.

[93] AİHM Kararı, Amuur / Fransa, no: 19776/92; 25/06/1996, par. 53.

gerçekleştirilen bir özgürlükten mahrumiyetin AİHS'nin 5. maddesine aykırı olduğunu kabul etmiştir[94].

AİHM iç hukukun doğru uygulanmadığı durumlarda AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Güvenlik güçleri tarafından göz altına alınan bir kimsenin kaydedilmemesi, Sözleşme'nin 5. maddesindeki haklardan yararlanma imkanını ortadan kaldırır; dahası, göz altına alınan kimsenin yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğünü korumaz hale gelir. Kişi kendisini gözaltına alan güvenlik güçlerinin insafına terk edilmiş olur. Bir kimsenin gözaltında kayıp edilmesi halinde, sorumluluktan kurtulmak için o kimseye ilişkin gözaltı kaydı tutmamak sureti ile gözaltının inkar edilmesi mahkemenin önünde bir çok davaya konu olmuştur[95].

Sözleşme'nin 5. maddesi, keyfi olarak gözaltında tutmanın risklerini asgariye indirebilmek için özgürlükten yoksun bırakma işlemini bağımsız yargı denetimine tabi kılmayı ve bu işi yapan yetkililerin sorumluluğunu sağlamayı amaçlayan maddi haklar bütünü getirmiştir. Bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkar edilmesi, bu güvencelerin bütünü ile reddedilmesi anlamına gelir ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ağır bir biçimde ihlalini meydana getirir. Yetkililerin denetimleri altında bulunan bireyler nedeni ile sorumlulukları bulunduğundan, Sözleşme'nin 5. maddesi, kayıp edilme tehlikesine karşı bireyleri korumak üzere yetkililerin etkili tedbir almaları ve bir kimsenin gözaltına alınıp da bir daha görülmediği şeklinde savunulabilir bir iddia hakkında derhal ve etkili bir soruşturma yapmalarını gerektirir[96].

Reddolunan kayıt dışı iddialarında 5. madde, kişinin bu madde hükmüne aykırı olarak tutulduğu (yasal dayanak yokluğu) ; nerede olduğunu saptamaya elverişli etkili bir soruşturma yokluğu ve nihayet davalı devletin bu durumu izah edemediği gerekçesi ile çiğnenmiş olmaktadır[97].

---

[94] AİHM Kararı, Wloch/Polonya, 19/10/2000, no: 27785/95.

[95] DOĞRU, a.g.m. s.188.

[96] AİHM Kararı, Kurt/Türkiye, 25/05/1998, no: 24276/94, par. 124.

[97] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, a.g.e. s. 226. AİHM Kararı, Çakıcı/ Türkiye, 08/07/1999, no: 23657/94. Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçlerince yakalandığı 08/11/1993 gecesini geçirdiği Hazro'ya götürüldüğü, 02/12/1993 tarihine kadar göz altında tutulduğu Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığı'na gönderildiği ve göz altıların kayda geçirilmediği, bir kimsenin gözaltında tutulmasının Sözleşme' nin 5. maddesinin 1. fıkrası bakımından hukukilik şartına uygun olabilmesi için gözaltında tutulanların tutulma tarihi, zamanı ve yeri, ayrıca gözaltı sebepleri ve gözaltına alan kişilerin adları ile ilgili gerçeğe uygun

Kayıtsız gözaltı, sadece kişinin gözaltında kaybedilmiş olması ve gözaltında ölen bir kimsenin ölüm sebebinin gizlenmeye çalışılması hallerinde ortaya çıkmaz, gözaltına alınıp tutulduktan sonra salıverilmiş kimsenin gözaltına alındığına ve salıverildiğine dair kayıt tutulmaması gözaltının keyfiliğini gizleme anlamına da gelir. Yukarıdaki kararlardan anlaşılmaktadır ki kayıtsız geçen bir tutma süresi ne iç hukukta ne de Sözleşme' de bir dayanak bulabilir. Kişinin fiilen gözaltına alındığı tarihi ve zamanı (saat ve dakikayı) yansıtmayan, fiilen gözaltına alındığından daha geç bir tarihi ve zamanı gösteren, kişi daha geç bir tarihte veya zamanda salıverildiği halde, daha erken bir tarih veya zamanı gösteren, kişiyi yetkili makamlar önüne daha geç tarihte çıkarıldığı halde, daha erken bir tarih veya zamanı gösteren bir gözaltı kaydı, kişinin Sözleşme'deki haklarını kullanmasını engellediği için, Sözleşme' nin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki hukukilik şartını ihlal edecektir[98].

Gözaltında kayıp iddiasıyla ilgili bir başka dava olan İpek/Türkiye davasında, başvuran, Diyarbakır İli Lice İlçesi, Türeli Köyü dışındaki Çaylarbaşı Mezrası'nda yaşamaktayken, 18 Mayıs 1994 tarihinde güvenlik güçleri tarafından köye düzenlenen operasyon sırasında, Servet ve İkram İpek isimli iki oğlunun gözaltına alındığını, bir daha kendilerinden haber alamadığını iddia etmiştir. Böyle bir iddia karşısında AİHM kanıtları değerlendirirken kullandığı makul şüpheye yer vermeyecek kanıt standardını uygulamıştır. Bu standart, yeterince ciddi, açık, belirgin ve tutarlı çıkarımlardan, çürütülmemiş karinelerden hareket edilmesi ve tarafların kanıtlar toplanırken takındıkları tutumun göz önünde bulundurulmasıdır. AİHM, davada üstlendiği rolün ikincil olduğunu, ancak gözaltına alındıktan sonra bir kimsenin kaybolması ve devlet görevlilerince malın mülkün yok edilmesi durumunda bazı iç kovuşturma ve soruşturma süreçleri zaten işletilmiş olsa bile özellikle kapsamlı bir inceleme yapmak zorunda olduğunu ifade etmiş ve Sözleşme'nin 38/1 a maddesi kapsamında, bir soruşturma

---

verilerin kaydedilmesinde yaptıkları uygulama konusunda, yani bir kimsenin resmi bina dışında bir yerde tutulması halinde veya herhangi bir amaçla gözaltı biriminden çıkarıldığında veya nakil amacı ile tutulduğunda, o kimsenin kayda geçirilmemesi konusunda Komisyon'un kaygılarını paylaşmaktadır. Mahkeme, gözaltında tutulan bir kimsenin belli bir zamanda nerede olduğunu tespit etmeyi sağlayan kayıtların tutulmamasının kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın göz altında tutulduğuna dair 3 tanığın bulunduğu başvuranın ailesi tarafından yetkililere bildirildiği halde yeterli soruşturmanın yapılmamasını 5. maddenin 1. fıkrasının ihlali olduğuna karar vermiştir.

[98]DOĞRU, a.g.m. s. 189-190.

yürüterek Ankara'da düzenlenen duruşmalarda ifade alması için üç delegeyi görevlendirmiş ve olay mahallindeki tanık ifadelerine başvurmuştur. Yapılan incelemeler sonucunda başvuranın iki oğlunun 18 Mayıs 1994 tarihinde güvenlik güçlerince yakalandığı, Çaylarbaşı mezrasından götürüldüğü ve en son Lice'de güvenlik güçleri ile birlikte görüldüğünü, gözaltı durumlarının ilgili kayıtlara geçirilmediğini ve akıbetleri ile ilgili resmi kayıt olmadığını, yetkililerin İpek kardeşlerin Çaylarbaşı'ndan götürüldükten sonraki akıbetleri hakkında makul bir açıklama yapmadıkları ve yapılan soruşturmanın etkili olmadığı ve çok kısa sürede tamamlanmadığı tespit edilmiştir. Söz konusu incelemeler sırasında AİHM, yetkililerin İpek kardeşlerin tutuklanıp gözaltına alınmadığı iddialarını araştırma konusunda isteksiz davrandıklarını tespit ettiğini de ifade etmektedir. AİHM, bütün bu tespitlere dayanarak başvuranın oğullarının gözaltında kayıp edildiği hakkında somut bir delile ulaşamamasına rağmen, Sözleşme'nin 5'inci maddesindeki güvencelerden yoksun, kayıtsız olarak gözaltına alındığı ve bu madde ile güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır. AİHM yukarıda değindiğimiz Kurt ve Çakıcı davalarında yaptığı tespitleri yinelemiş ve kayıtsız gözaltı durumunun kendi içinde çok ciddi bir eksiklik olduğunu belirtmiştir. Söz konusu durum "....gözaltında kayıptan sorumlu olan suça karışanların kimliklerini gizlemelerini ve gözaltına alınan kimsenin akıbeti hakkında sorumluluktan kaçmalarını kolaylaştırır. Gözaltı tarihi, zamanı, yeri ve ilgili kişinin ismine ilişkin bilgilerin kayıtlara alınmaması 5'inci maddeye aykırıdır. Ulusal yetkililer, kendi kontrolü altındaki kimselerden sorumlu olduğu için 5'inci maddenin teminat altına aldığı hak kapsamında, kaybolma riskine etkili tedbirler almak ve gözaltına alınan kimsenin o tarihten sonra görülmediği iddiası karşısında daha detaylı, çabuk ve etkili bir soruşturma yapmakla görevlidirler. Kayıtsız gözaltı, sadece kişinin gözaltında kaybedilmiş olması ve gözaltında ölen bir kimsenin ölüm sebebinin gizlenmeye çalışılması hallerinde ortaya çıkmaz, gözaltına alınıp tutulduktan sonra salıverilmiş bir kimsenin, gözaltına alındığına ve salıverildiğine dair kayıt tutulmamasında da ortaya çıkar ve gözaltının keyfiliğini gizleme anlamına gelir." Sonuç olarak AİHM, demokratik toplumlarda bireylerin otoritelerce keyfi olarak gözaltına alınmasını engellemek için 5'inci madde ile sağlanan güvencelerin önemli olduğunu, özgürlükten yoksun bırakmanın ulusal hukukun usul ve esası ile uyumlu olması gerektiğini, aynı zamanda 5'inci maddenin amacının bireyin keyfi gözaltına

alınmasını önlemek ve keyfi gözaltı risklerini en aza indirgemek, özgürlükten yoksun bırakma durumunu adli incelemeye tabi tutmak ve yetkililerin bu hususta ki güvenirliğini güvence altına almayı amaçladığını ifade ederek, bireyin kayıtsız olarak gözaltına alınmasının söz konusu güvencelerin yok sayılması anlamına geldiğini ve dolayısıyla 5'inci maddenin ihlali anlamını taşıdığına karar vermiştir[99].

Hukuka uygunluğun tartışıldığı Ak davasında başvuranın tutuklanmasının sonrasında jandarma karakoluna gönderilmesi etkili adli bir denetimi ortadan kaldırdığı, ayrıca, hali hazırda hapiste olan bir tutuklunun sorgulanmak üzere jandarmaya teslim edilmesinin gözaltı sürelerine ilişkin uygulanan mevzuatta hile yapmak anlamına geldiğini belirterek 5/1 maddesinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır[100].

AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesindeki amaca uygun olma şartını iç hukuka uygun kararlarda da aramıştır. 24/10/1997 tarihli Johnson kararında akıl hastalığı iyileşen başvuranın tamamen salıverilmesi için bir süre daha rehabilitasyon amacı ile kalacağı uygun bir yurt bulunamaması nedeni ile 3,5 yıl daha tutulu kalmasının iç hukuka uygun olduğunu kabul etmiş; ancak bunun tek başına belirleyici olmadığını, başvuranın tutulmasının 5. maddenin 1. fıkrasının amacına da uygun olması gerektiğini de vurgulamış, başvuranın tutulmasını denetleyen makamın başvurana makul sürede uygun yurt sağlama veya yer bulmada güçlük nedeni ile tutulma koşullarını değiştirme yetkisine sahip olması nedeni ile Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki hukuka uygunluk şartına aykırılık olduğuna karar vermiştir[101].

Sözleşmeci devletlerin kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakma eylemlerinin ulusal bir düzenlemeye dayanıp dayanmadığı ve işlemin ulusal hukuktaki usullere uygun olarak yapılıp yapılmadığı, AİHM tarafından denetlenmektedir. Ancak bu konuda bir ulusal düzenlemeye uygunluğun bulunması da yeterli değildir. Ayrıca iç

---

[99] AİHM Kararı, İpek/Türkiye, 17.02.2004, no: 25760/94.

[100] AİHM Kararı, Ak/Türkiye, 08.01.2008, no:16006/02 AİHM başvuranın ilk olarak 13 Kasım 2001 tarihinde gözaltına alındığını ve 16 Kasım 2001'e kadar gözaltında kaldığını gözlemlemektedir. Bu tarihte nöbetçi hakim kararıyla tutuklanarak Diyarbakır cezaevine konulmuştur. Başvuran daha sonra cezaevine sevk edildiği gün nöbetçi hakimin izniyle sorgulanması için jandarma karakoluna götürülmüştür. Başvuran 6 Aralık 2001 tarihine kadar burada tutulmuş, böylelikle yirmi üç güne denk düşen bir süre boyunca gözaltında kalmıştır

[101] DOĞRU, a.g.m. s. 199.

hukuktaki düzenlemelerinde Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olması, yani bireyi keyfilikten koruması gerekmektedir[102].

AİHM'nin bu yorumu önemlidir. Çünkü sözleşmeci devletlerin yalnız bir ulusal düzenleme ile Sözleşme'ye göre sorumluluklarından kurtulmalarını engellemektedir. Başka bir deyişle sözleşmeci devletlerin yalnız bir ulusal düzenlemede bulunarak biçimsel bir yükümlülüğü yerine getirmeleri yetmemekte, aynı zamanda bu düzenlemenin özünde Sözleşme'ye uygun olması gerekmektedir. Böylece Mahkeme, Sözleşme'nin 5.maddesinin getirdiği "hukuka uygunluk" koşulunun yalnız biçimsel bir yükümlülük olarak değerlendirmeyerek Sözleşme'ye uygunluğun denetim alanını genişletmiş ve ulusal düzenlemelerinde 5.maddenin amacına uygun olarak keyfiliğe izin vermemesi gerektiği yaklaşımını benimsemiştir[103].

Hapsedilmek için rıza gösterilmiş olması mutlak suretle özgürlükten mahrumiyet olmadığı anlamına gelmez, bir bireyin özgür iradesi ile yetkili mercilere teslim olması ve alıkonulmayı kabul etmesi, bu mercilerin 5. madde hükümlerine uyma yükümlülüğünü kaldırmaz

Benham / İngiltere davası kararında mevcut durumda asıl tespit edilmesi gereken husus şikayet edilen alıkoyma uygulamasının "yasada belirlenen yollara uygunluğu" da dahil olmak üzere "hukuka uygun" olup olmadığıdır. AİHS bu konuda temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak buna ilaveten, herhangi bir alıkoymanın 5. madde hükümlerine uygun olması, yani bireylerin keyfi uygulamalardan korunması şartını da yerine getirmesi gerekir[104].

Ulusal kanunları yorumlamak, aslen ulusal makamların ve özellikle de mahkemelerin görevleridir. Ancak 5. madde 1. fıkra hükümleri çerçevesinde, ulusal

---

[102]MACOVEİ, **a.g.e.** s.12.

[103]ÖZDEK, **a.g.e.** s.182-183.

[104]AİHM kararı, Benham / İngiltere 10/06/1996, no: 19380/9, par. 40, AİHM Kararı, AİHM Kararı Quinn/ Fransa, 22/03/1995, no: 18580/91, par. 47.

kanunlara uyulmaması Sözleşme'nin ihlali anlamına gelir ve bu durumlarda Mahkeme, söz konusu ulusal kanuna uyulup uyulmadığını belirleme yetkisini kullanabilir[105].

Ulusal kanunlara uyulması ve bu kanunların yorumlanmasının her hangi bir zorluk arz etmediği durumlarda, örneğin belirli sürelere uyulması gereken hallerde, yasada belirlenen şartlara uyulmaması, 5. maddenin ihlali anlamına gelecektir. Örneğin K.F./Almanya davasında yasada belirtilen gözaltı süresinin aşılması başlı başına 5. maddenin ihlali anlamına gelir şeklinde karar alınmıştır[106].

Mahkeme özgürlükten mahrumiyet tedbiri alındığında, yasal belirlilik şartına ilişkin genel ilkenin gözetilmemesinin özellikle önemli olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla ulusal kanunlarda özgürlükten mahrumiyete ilişkin şartların açıkça tanımlanmış olması ve kanunun uygulanmasının öngörülebilir olması, bu şekilde Sözleşme'nin ortaya koyduğu hukuka uygunluk standardının yerine getirilmesi esastır. Bu standart, tüm kanunların kişinin – gerekirse yasal yardım alarak – belli şartlarda makul ölçüde, herhangi bir fiilin sonuçlarını öngörmesini sağlayacak şekilde sarih olmasını gerektirir[107].

---

[105] AİHM Kararı, Boumar/Belçika, 29/02/1988, no:9106/80, par. 49, AİHM kararı, Wloch/Polonya, 19/10/2000, no 27785/95, par. 10.

[106] AİHM kararı, K.F/Almanya, 27/11/1997, no: 25629/94, par. 70-73, söz konusu davada ulusal kanunlar kimlik tespitinin yapılabilmesi için bir kişinin on iki saate kadar alıkoyulmasına müsaade ederken, başvuru sahibi bu on iki saatlik süreden kırk dakika daha uzun bir süre alıkoyulmuştur. Alman Devleti, bu sürenin söz konusu kişiye ait bilgilerin kaydedilmesi için gerektiğini iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişiye ait bilgilerin kaydedilmesinin de kimlik tespit işlemlerinin bir parçası olduğuna işaret ederek, bu amaçla kanunen tanınan süre dahilinde bu işlemin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu şartlar altında, başvuranın alıkoyulma hali hukuka uygun olmaktan çıkmıştır. Mahkeme bu durumda, 5. maddenin ihlâl edildiği kararına varmıştır.

[107] AİHM Kararı, S.W./İngiltere, 22/11/1995, no: 20166/92, par. 33-36.

D. AİHS'NE GÖRE ÖZGÜRLÜK KISITLAMASINA İZİN VERİLEN HALLER

AİHS 'nin 5. maddesinde, özgürlüğün kısıtlanmasının yasal olduğu, 6 kategoriden oluşan bir liste bulunmaktadır. Bu listede yer alan özgürlükten mahrumiyet halleri sınırlı bir sayımdır[108]. Birey bu durumlar dışında hiçbir surette özürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır[109].

Özgürlüğe getirilecek kısıtlamalar istisnai nitelikleri gereği dar yoruma tabidirler. Fıkrada öngörülen tutukluluk nedenlerinden bir kaçının aynı zamanda birlikte bulunması mümkündür[110]. Yani bir alıkoyma tedbiri, koşullara bağlı olarak birden fazla bent hükümlerinde öngörülen gerekçelere göre haklı olabilir[111]. Aşağıda 5. maddenin 1. fıkrasının a-f bentlerinde yer alan bu istisnai haller sırası ile incelenecektir.

a-) Mahkumiyet Kararı Üzerine Hürriyetin Kısıtlanması

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde kişinin mahkemece suçlu bulunarak bir cezaya mahkum edilmesi hali öngörülmüştür. Hakkında ceza hükmü verilen bir kimsenin bu cezasını çekmek üzere tutuklanması doğaldır[112]. Bu hüküm, bir kimsenin mahkeme kararıyla mahkum olmasından sonra bu karara dayanılarak, tecil edilmiş cezanın veya şartla tahliyeden sonra kalan sürenin infazı gibi bir kararla tutulması olaylarına uygulanır. Özetle, iç hukukta infaz hukuku ile ilgili sorunlar bu bent kapsamında değerlendirilmektedir.

Mahkeme sözcüğü ile burada mahkumiyet kararının yargısal bir organ tarafından verilmesi gerektiği ortaya konmuştur. Polis veya savcının kararı yeterli değildir. Aynı şekilde askeri bir amirin kararı veya idari bir organın kararı yeterli olmayacaktır. Eğer idari organın kararı bir mahkeme kararına dayanıyorsa 5. maddenin 1. fıkrasının a

---

[108] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 348.
[109] AİHM Kararı, Engel ve diğerleri / Hollanda, 08/06/1976, par. 57.
[110] AİHM Kararı, Herczegfalvy/Avusturya, 24/09/1992, no: 10533/83.
[111] AİHM Kararı, X/İngiltere, 05/11/1981, no. 7215/75, par. 36-39.
[112] ÜNAL, **a.g.e.** s. 139.

bendindeki koşul gerçekleşmiş kabul edilecektir, yeter ki mahkeme kararı ile idari işlem arasında doğrudan ilişki olsun[113].

Mahkumiyet kararının "yetkili mahkeme" tarafından verilmiş olması demek, bu kararı veren mercinin yargısal nitelik taşıması, yani söz konusu mercinin taraflar ve yürütme organı önünde hem bağımsız ve tarafsız olması, hem de kararın güvenceli bir yargılama usulü izlenerek verilmiş bulunması demektir[114]. Mahkemenin üyelerinin hukukçu olması şartı aranmamıştır[115]. Aynı şekilde hakimlerin belirsiz bir süre için atanmış olması koşulu da aranmamıştır. Hollanda Yüksek Askeri Mahkemesi Engel davasında yargısal organ olarak kabul edilmiştir. Bu mahkemenin 4 askeri üyesi, kral tarafından her an görevden alınabilir. Mahkeme burada asker üyelerin yargı yemini yanında askeri yemin etmiş olmalarını bağımsızlığa engel olarak görmemiştir[116].

Hürriyet kısıtlamasının hukuka uygun olması şartı sadece verilen cezanın ilgili mahkemenin mahkumiyet kararında bulunuyor olması ile sağlanmayacaktır. Aynı şekilde suçun işlendiği zamanda genel hukuka göre cezalandırılabilir fiil bulunması gerekir. (AİHS'nin 7. maddesi cezada ve suçta kanunilik ilkesi) Bunun yanında cezalandırma kararının Sözleşme'nin düzenlemelerine de uygun olması gerekir. Örneğin Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında adil ve açık bir yargılama sonucunda cezalandırma kararının verilmiş olması gerekir[117].

Mahkumiyet deyimi bir suçun varlığının yasal yoldan saptanması üzerine ilgilinin, bu fiilden sorumluluğunun da tespiti ve sonuç olarak kendisinin bu nedenle özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya çarptırılmış olması koşullarını birlikte içermelidir[118].

Öte yandan hükmü veren mahkemenin, cezanın infaz edileceği ülke mahkemesi olması da zorunlu değildir. Komisyon'a göre söz konusu hüküm, kararı veren mahkemenin bulunduğu yer konusunda her hangi bir ayrım yapmamakta ve dolayısıyla yabancı devlet mahkemelerince verilmiş ceza ilamlarının infazını engellememektedir.

---

[113]DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 350.
[114]AİHM kararı, Neumeister / Avusturya, 27/06/1968, no: 1936/63, par. 24.
[115]Komisyon Kararı, X/İsveç, 08/02/1973, no: 5258/71.
[116]AİHM Kararı, Engel ve diğerleri / Hollanda, 08/06/1976
[117]DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 351.
[118]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 227.

Böylece ceza yargılarının uluslararası değerine ilişkin 1970 tarihli A.K. Sözleşmesi çerçevesinde bir yabancı ceza ilamının infazı da hüküm bağlamında değerlendirilecektir[119].

İlk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararı hükümlünün hapsedilmesi için yeterlidir. Bu karara karşı istinaf yahut temyiz yoluna başvurulmuş olunması, fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez[120]. İtiraz üzerine mahkumiyete ilişkin kararın ortadan kaldırılmış olması, bu kararın infazı için yapılan hapsetme işlemini tek başına hukuka uygun olmaktan çıkarmaz. Ancak eğer kararın bozulmasının sebebi özellikle iç hukukun açık bir ihlali veya Sözleşme'nin düzenlemelerinden birine (özellikle 6. ve 7. maddeler) açıkça aykırılık söz konusu ise durum tam tersi şekilde değerlendirilecektir. Örneğin Komisyon'un Artico/ İtalya kararında ilk derece mahkemesinin tutukluk süresinin aşıldığını gözetmemesinin bozma sebebi yapıldığı dikkate alınarak tutuklamanın yasal olmadığı sonucuna varılmıştır[121].

Eğer bir kişi ceza yargılaması devam ederken tutuklu ise (detention on remand) ve bu kişi hakkında ilk derece mahkemesi tarafından bir mahkumiyet kararı verilirse, artık bu kişinin mahkumiyet kararı üzerine tutulu bulunduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla mahkumiyet kararından itibaren 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi değil kişinin durumu 5. maddenin 1. fıkrasının a bendi kapsamında değerlendirilecektir[122]. İç hukukun bu kişiyi halen tutuklu olarak saydığı hallerde dahi bu durum 5. maddenin 1. fıkrasının a bendi kapsamında değerlendirilecektir[123].

AİHM Bozano / Fransa davasında, mahkumiyet kararı sonrası hapis ifadesi ile ilgili bir yorum getirilmekte ve aradaki illiyet bağına işaret edilmektedir. Mahkeme kararında inkar edilen zorla sınır dışı etme işlemi belirtilen mahkumiyet kararından yalnızca kronolojik olarak sonra gerçekleşmiştir. Öte yandan 5. maddenin 1. fıkrası a bendi uyarınca sonra kelimesi olayların zaman içindeki sırasını belirtmenin yanı sıra, bir

---

[119]ÜNAL, **a.g.e.** s 140.
[120]Komisyon Kararı, Krzycki/ Almanya, 09/03/1978, no: 7629/76, s.58.
[121]DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 351 bknz. AİHM kararı, Artico/İtalya, 13/05/1980, no:6694/74.
[122]AİHM Kararı, Wemhoff / Almanya, 27/06/1968, no: 2122/64.
[123]DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 351.

illiyet bağına da işaret etmektedir. Bu şekilde alıkoyma, yalnızca ceza mahkemesinin kararından sonra değil, aynı zamanda bu tür bir karar üzerine de olmalıdır[124].

Van Droogenbroeck davasında, başvuran bir ceza mahkemesi tarafından iki yıl hapis cezasına mahkum edilmiş, ayrıca cezanın infazından sonra 10 yıl hükümet emri altında bulundurulmasına karar verilmiştir. AİHM bu davada mahkeme kararı ile Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında, Adalet Bakanı'nın başvuranın ortadan kaybolması sonucu ikinci defa kişi hakkında hürriyetten mahrumiyete neden olacak şekilde verdiği kararlar arasında yeterli bağlantı olup olmadığını değerlendirmek durumunda kalmıştır. AİHM 'ne göre cezaya mahkumiyet ve hükümet emrine verme ayrılmaz bir bütün oluşturmaktadır. Bu kararın bakanlıkça yerine getirilmesi çeşitli şekillerde olabilir ve bu Adalet Bakanı'nın takdirinde olan bir durumdur. Bu davada Bakan'ın takdirini kullanma biçimi de Sözleşme'nin aradığı şartlara uygun bulunmuştur[125].

V/İngiltere davasında AİHM, cinayet suçundan hüküm giymiş bir küçüğün kanunlara göre kraliçe uygun gördüğü sürece hapsedildiği durumu incelemiştir. Mahkeme başvuranın yetkili bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararı neticesinde hapsedildiğini kabul etmiştir. Zira bu hem İngiliz iç hukukuna uygundur, hem de 5. maddenin 1. fıkrasının a bendinde belirtilen amaçlara aykırı olacak şekilde keyfi bir özgürlükten mahrumiyet tedbiri olarak değerlendirilemez[126].

Gerger/Türkiye davasında başvuran 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu uyarınca mahkumiyet sebebiyle cezasının ¾ ünü çekmeden şartlı salıverilmediğini, halbuki genel kanuna göre cezalandırılanların cezalarının yarısını tamamladıktan sonra bu hükümden istifade edebildiklerini belirterek bunun Sözleşme'ye uygun olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ce her ne kadar Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendi hükümleri kişileri otomatik olarak salıverilmesi teminatı getirmese de yerleşik bir ceza usulünün kişileri ayrımcı bir şekilde etkilediği hallerde bu madde ve sözleşmenin 14. maddesi hükümleri çerçevesinde konunun incelenmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Ayrıca 3713 sayılı kanunun amacının ilke olarak terör suçu işleyen kişileri cezalandırmak ve bu kanun uyarınca hüküm giymiş kişilere otomatik tahliye gibi

[124] AİHM Kararı, Bozano/ Fransa, 18/12/1986, par. 53.
[125] AİHM Kararı, Van Droogenbroeck /Hollanda, 24/06/1982, no: 7906/77.
[126] AİHM Kararı, V/İngiltere, 16/12/1999, no : 24888, par. 104.

konularda genel kanunlar uyarınca hüküm giymiş kişilere tanındığından daha sınırlı haklar tanınmasının kişiler arasında değil, kanun koyucunun ağırlık ölçüsüne göre suç tipleri arasında bir ayrıma gittiğini belirterek 5. maddenin 1. fıkrasının a bendi ve 14. madde birlikte değerlendirildiğinde bu durumda herhangi bir ihlal olmadığına karar vermiştir[127].

b-) Bir Mahkeme Tarafından Verilen Karara Uymama veya Yasa ile Belirlenen Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak Amacı ile Yakalama veya Tutuklama

Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde hürriyetin kısıtlanabileceği iki durum düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi, bir mahkeme tarafından verilen yasaya uygun bir karara uymamadır. Örneğin mahkemenin ihtarına uymama, nafaka kararına uymama gibi durumlarda ilgili, tutuklama veya yakalama ile karşılaşabilir. Aynı şekilde duruşmaya katılması istenen bir tanığın katılmasını sağlamak, babalık davasında kan testi yapılmasını sağlamak veya akıl hastalığı olup olmadığının tespiti için kişinin gözaltına alınmasına karar verilebilir. Bu durumda eğer yasallık şartı sağlanmış ise uygulamada genel olarak bir sorun çıkmamaktadır[128].

Söz konusu maddenin bu bendinde düzenlenen ikinci konu, kişinin kanunda öngörülen yasal bir yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınması halinde yakalanmasıdır. Örneğin polis, üzerinde kimlik taşımayan bir kişiyi, kimliğini belirlemek üzere karakola davet ederek orada bir kaç saat alıkoyabilir. Burada kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ceza karakteri taşımayıp amaç onun yasal yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamaktır[129].

Ancak bu düzenleme yoruma açık alanlar bıraktığı için daha hassas bir durum ortaya çıkarmıştır. Örneğin düzenleme kimin karar almaya yetkili olduğunu belirlememiştir. Eğer yasa ile belirlenecek herhangi bir kamu otoritesince bireyleri yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak amacı ile haklarında yakalama kararı

[127] AİHM Kararı, Gerger/Türkiye, 08/07/1999, no: 24919/94, par. 68-69.
[128] GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 134.
[129] ÜNAL, **a.g.e.** s. 134.

verme yetkisi tanınırsa, bu durum polis devleti kurulmasına izin vermek anlamına gelecektir ya da en azından idari veya önleyici kararlarla kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanabilmesinin yolu, olması gerektiğinden fazla bir şekilde açılarak hukuk devleti ile bağdaşmaz bir duruma neden olabilecektir[130].

Mahkeme, Lawless davasında konuyu incelemiştir. İrlanda Antiterör Yasası'nda, devlet güvenliği aleyhinde faaliyet gösterme tehlikesi bulunan kişilerin tutuklanabileceği öngörülmüştür. Lawless, bu kanun çerçevesinde tutuklanmış ve hakim önüne çıkarılmadan 5 ay tutuklu kalmıştır. İrlanda Hükumeti, bireyin suç işlememe yükümlülüğü altında olduğuna işaretle, adı geçenin, kamu düzeni ve devlet güvenliği açısından, suç işlemesinin önlenmesi amacı ile tutuklandığı görüşünü savunmuştur. AİHM belirli bir yasal yükümlülüğe dayanmayan bu tür bir tutuklamanın Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendine aykırı olduğunu ve dolayısıyla İrlanda'nın söz konusu hükmü ihlal ettiğine karar vermiştir[131].

Engel davasında AİHM, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendine uygun bir özgürlük kısıtlamasından bahsedebilmek için yasanın bireye somut ve belirli bir yükümlülük yüklemiş olmasının ve (eğer o ana kadar birey bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş ise) bu yükümlülüğün yerine getirilmesi amacı ile bireyin özgürlüğünün kısıtlanmış olmasını aramıştır[132]. Bir askerin emirlere itaat etmesi onun görevi gereğidir. Ancak geçmişteki bir eylemi nedeni ile disiplin hapsine çarptırılması bu kişinin gelecekte disipline uyma yükümlülüğünü sağlamak amaçlı olarak kabul edilemez. Disiplin cezası önleyici bir etkiye sahiptir ancak gelecekteki yükümlülükler belirsiz olduğu için disiplin cezası 5. maddenin 1. fıkrasının b bendi anlamında yükümlülüğü sağlamak amaçlı olarak kabul edilemez[133].

Jorgen Johansen kararında Komisyon askere gitmek istemediği için sivil hizmeti yerine getirmesi istenen başvuranın tutulmasının 5. maddenin 1. fıkrasının b bendine uygun olduğunu kabul etmiştir. Zira başvuranın tutulmasının amacı bellidir. Ayrıca Norveç sistemi sivil hizmeti yerine getirmediği için tutuklanan kişinin tutuklu kaldığı

---

[130] GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s. 134.
[131] AİHM Kararı, Lawless/İrlanda, 01/07/1961, no: 332/57.
[132] AİHM Kararı, Engel ve diğerleri / Hollanda, 22/06/1976, par. 69.
[133] Komisyon Raporu, Eggs / İsviçre, 05/03/1985, no: 10313/83, par. 71.

süreyi hizmetinden saymaktadır. Yani 16 ay tutuklu kaldıktan sonra kişi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaktır. (bu sürede hiç bir çalışma yapmasa da) Bu durumun tutuklamanın, başvuranı hizmeti yerine getirmeye zorlama amaçlı yapılmadığı anlamına gelmeyeceği, zira Komisyonca tutuklu kalınan süre hizmetten sayılmasa da maddenin ihlalinin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. 5. maddenin 1. fıkrasının b bendi, geçmişteki bir eylemi cezalandırma amaçlı tutulma ile bir kişiyi bir yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlama amaçlı tutulma arasındaki farkı ortaya koyacak şekilde yorumlanmalıdır. Komisyona göre başvuranın durumu cezalandırma amaçlı tutulmadan farklıdır. Zira başvuran tavrını değiştirip yükümlülüğünü yerine getirirse her an bırakılabilecektir. Oysa ceza almış bir kişi hapisten bir davranış değişikliği ile kurtulamayacaktır[134].

McVeigh, O'Neil Evans / İngiltere davasında b bendi hükmünün uygulanması bakımından Komisyon istisnai bir karar almıştır. Bu davada tartışılan konu 1976 tarihli Birleşik Krallık Anti Terör Kanunu'dur. Bu kanuna göre Birleşik Krallık'a giren ya da buradan ayrılan herkesin herhangi bir terör faaliyetinde bulunup bulunmadığı konusunda sorgulanmaya tabi tutulması ve gerektiğinde 7 gün süre gözaltında tutulması söz konusudur. Olayda İngiltere ve İrlanda vatandaşı olan 3 başvuran, İrlanda'dan İngiltere'ye giderken sorgulanmak üzere gözaltına alınmışlardır. Polis tarafından, terörle ilgili bir faaliyette bulunma amacıyla ülkeye giriş yapıp yapmama konusunda sorgulanmışlar, üstleri aranmış fotoğrafları çekilmiş, parmak izleri alınmış ve kendilerine hiçbir suç isnat edilmeksizin 45 saatlik gözaltı sonrasında serbest bırakılmışlardır. Komisyon bu başvurudaki kararını başvuruculların böyle bir soruşturmaya tabi tutulma konusundaki kanuni yükümlülere hiçbir şekilde aykırı davranmasalar bile, Kuzey İrlanda'da var olan terörün önlenmesi amacının İrlanda'dan İngiltere'ye giriş yapan kişilerin böyle bir uygulamaya tabii tutulmalarını haklı kıldığını belirtmiştir[135].

5. maddenin 1. fıkrasının diğer bentlerinde olduğu gibi bu bentteki hürriyeti kısıtlama gerekçelerinin kapsamı da sınırlayıcıdır. Aynı şekilde hiç bir devlet bu düzenlemeyi bireyin özgürlüğünün belirsiz gerekçelerle sınırlanmasını meşru göstermek

[134]Komisyon Kararı, Jorgen Johansen/ Norveç, 14/10/1985, no: 10600/83, s. 163.

[135]Komisyon Kararı, McVeigh, O'Neil ve Evans/İngiltere, 18.3.1981, no:8022/77; 8025/77, no: 8027/77, s.15, par. 168-196.

amacı ile öne süremeyecektir meğerki bu konuda özel bir ulusal yasa olsun. Bu hem genel olarak yasallık koşuluna gönderme yapar ki böylece bireyin yasanın talebini ve uymadığı takdirde karşılaşacağı durumu anlaması sağlanır, hem de özgürlük kavramının bizzat kendisine gönderme yapar zira devlet artık sosyal kontrol için keyfi olarak hürriyet kısıtlamasını kullanamayacaktır[136].

c-) Bir Suç İşlediği Hakkında Geçerli Şüphe Bulunan veya Suç İşlemesine ya da Suç İşledikten Sonra Kaçmasına Engel Olmak Zorunluluğu İnancını Doğuran Makul Nedenlerin Bulunması Dolayısıyla Bir Kimsenin Yetkili Merci Önüne Çıkarılmak Üzere Yakalanması veya Tutuklu Durumda Bulundurulması

Sözleşme' nin 5. Maddesinin birinci fıkrasının c bendine göre, bir suç işlediği şüphesi altında olan yahut suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zaruretini ortaya koyan makul sebeplerin varlığı dolayısıyla bir kimse yetkili adli makamın önüne çıkarılmak üzere yakalanıp tutuklanabilir. Bu hüküm Sözleşme'nin yakalanan kişinin makul bir sürede yargılanmak üzere hemen bir hakim önüne çıkarılmasını öngören Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. paragrafı ile yakından ilgilidir ve onunla birlikte değerlendirilmelidir[137].

Bu bentte belirtilen üç tutuklama gerekçesi ayrı ayrı sebeplerdir ve üç sebebin de bir arada bulunması aranmamıştır. Bu şekilde formüle edilmiş olması, bir kişinin henüz suç işlemeden sadece suç işleyeceği şüphesi içinde bulunması sebebi ile tutuklanmasını görünüşte meşru kılmaktadır[138].

Sözleşme organları bu üç kategorinin sınırlı sayım olmadığını kabul etmişlerdir. Delillerin karartılma şüphesi, anlaşma tehlikesi (şerik sanıklar arasında anlaşma) ve tanıkların baskı altına alınacağı şüphesini de yakalama ve tutuklama sebepleri olarak kabul etmişlerdir[139]. Eğer bir kişinin hürriyeti, suç işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunması veya bir suç işlemesini engellemek maksadıyla ya da kaçmasını önlemek

[136]GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s.135.
[137]GOMİEN, HARRİS, ZWAAK, **a.g.e.** s.136.
[138]DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 355.
[139]DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 355.

amacıyla kısıtlanmışsa, buradaki hürriyeti kısıtlamanın mutlaka suçlanan kişiyi yetkili mahkeme önüne çıkarmak amacıyla yapılması Sözleşme' nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendindeki koşulların karşılanmış sayılması için aranmıştır[140].

Dolayısıyla bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine yönelik bir tedbirin ceza kanununun herhangi bir hükmü uyarınca alındığı öne sürülmekle beraber eğer hiçbir şekilde kişinin bu kanun hükmüne tabi tutulması söz konusu olmamışsa, bu tür bir mahrumiyet tedbir, 5. maddenin 1.fıkrasının c bendi uyarınca kabul edilemez.

Örneğin Cuilla/İtalya davasında, hakkında herhangi bir takibat başlatma amacı dışında bir amaç güderek özgürlüğünden mahrum edildikten sonra kişinin hakim karşısına çıkarılması söz konusu olmuştur. Başvuran yakalanmış ve mafya benzeri davranışları sebebi ile zorunlu ikamet emri çıkartılması amacıyla hakim karşısına çıkartılmıştır. Bu tür mafya benzeri davranışların çeşitli suçlara yol açabilmesi söz konusu olmasına rağmen, ikamet emri şartının aranması ve bu emrin çıkartılması ve takibatın aslen bu emre dayandırılması kanıtlanmamış bir şüpheye dayanmaktadır; bu emir, başvuranın o anda somut ve belli bir suça karışmış olmasına değil, geçmişte işlediği ağır suçlara ve bu sebeple gelecekte de toplumsal açıdan tehdit oluşturabileceği ihtimaline dayandırılmıştır. Dolayısıyla, başvuranın özgürlüğünden mahrum edilmesi, yargı öncesi kişinin alıkonulmasını gerektirecek herhangi bir fiilden ziyade, önleyici bir tedbirden kaynaklanmaktadır. Bu kişinin daha sonra hakim karşısına çıkartılmış olması, kişi hakkında alınan mahrumiyet tedbirinin ceza yargılamasının bir parçası olmadığı gerçeğini değiştirmez[141].

5. maddenin 1. fıkrasının c bendinde kabul edilen önleyici tedbir yetkisi, ceza kanununun uygulanmasına da bağlıdır ve bu yetkinin kullanımı belirli somut suçların işlenmesinin önlenmesine yönelik olmalıdır. Özgürlükten mahrumiyet yetkisinin kullanımında bu tür bir şart aranması, tabi ki hem söz konusu fiilin hem de özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu fiili gerçekleştirme ihtimalinin sarih olmasını gerektirmektedir[142].

---

[140] AİHM Kararı, Lawless/İrlanda, 01/07/1961, no:332/57, par.14.
[141] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 24.
[142] MACOVEİ, **a.g.e.** s.24.

AİHM. Brogan ve diğerleri/İngiltere davasında başvuranlar hakkında ne bir suç isnadında bulunulmamış olması, ne de mahkeme huzuruna çıkarılmış olmamaları, bu kişilerin tutulmalarının Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendine aykırılık oluşturduğu anlamına gelmeyeceği, amacın neticeden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve 5. maddenin 1. fıkrasının c bendine polisin yakalama anında veya başvuru sahipleri gözaltında tutulurken suç isnat etmeye yetecek delil temin etmiş olması şartını getirmediğini, bu tür delillerin elde edilmesinin mümkün olmayabileceğinin, ya da bu tür delillerin şüphelenilen suçların özellikleri sebebi ile diğer şahısların can güvenlikleri tehlikeye atılmadan mahkemeye ibraz edilemeyen delillerden olabileceği, dolayısıyla, polisin yürüttüğü soruşturmanın iyi niyetli olmadığı ya da başvuranların tutulmalarının bu tedbire yol açan somut şüpheleri teyit ya da bertaraf etmeye yönelik bir soruşturmanın ilerletilmesi olmadığını düşünmek için hiçbir sebebin bulunmadığını, dolayısıyla maddenin ihlal edilmediğini belirtmiştir[143].

Bu bendin sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği yukarıda belirtilmiştir, işte burada AİHM bu bende göre yapılan hürriyet kısıtlamasının yetkili bir adli otorite önüne çıkarmak amacıyla yapılması gerektiğini belirtirken Sözleşme' nin 5.maddesinin 3. fıkrasını da göz önüne almıştır.

Tutulu bulunan kişinin götürüleceği merci Fransızca metninde "autorité judiciaire" (adli merci),İngilizce metinde ise " Legal authority" (yasal merci) olarak nitelendirilmiştir. Bu iki farklı deyimi maddenin üçüncü fıkrası ışığında " yargıç veya adli görev yapmaya yasa ile yetkili kılınmış diğer bir görevli" olarak anlamlandırmak gerekir ki bu da Fransızca metinde ve Türkçe resmi çeviride de dendiği gibi taşınan isme bakılmaksızın fonksiyon olarak yetkili adli görevlidir. Başka bir deyişle yargıç sıfatı taşımayan başka bir görevlinin yargıçlık güvencelerine (bağımsızlık ve tarafsızlık) sahip olması gerekir[144]. AİHM aynı kararında yetkili adli mercinin aynı zamanda tutulu durumdaki şahsı bizzat kendisinin dinlemesi gerektiği sonucuna da varmıştır[145].

---

[143] AİHM kararı, Brogan ve diğerleri / İngiltere, 29/11/1988, no:11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85 par. 52,53,54.
[144] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, a.g.e. s.230 bknz. AİHM kararı, Schiesser/İsviçre, 04/12/1979, no:7710/76, par. 29.
[145] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 372.

Skoogström davasında Komisyon savcının bu kriterlere sahip olmadığını, zira tutulu olmanın devamına karar verirken tarafsız olmadığını; çünkü aynı zamanda soruşturma görevinin bulunduğunu ve tutulu olan şahsı bizzat dinlemediğini, bu dinlemenin başkaları tarafından yapılamayacağını belirtmiştir[146].

Mahkemenin yetkili olup olmadığı veya tutulu olmanın yasallığı, ilgili ülkenin iç hukuku ile belirlenecektir. İç hukukun uygulanması ve yorumlanması yerel otoritelere bırakılmıştır. Ancak AİHS organlarına, ulusal mercilerin bir karara varırken iyi niyetli ve kabul edilebilir bir çerçevede hareket edip etmediklerinin denetlenmesinin imkanını vermektedir[147].

Jecieus/Litvanya davasında başvuran cinayet zanlısıdır. Ancak dava kanıt yetersizliği nedeni ile tıkanmıştır. Bunun üzerine başvuran suç örgütleri ile bağlantı yolu ile bir kişiyi tehdit etmek suçu çerçevesinde ve bu suçun önlenmesi amacıyla gözaltına alınmıştır. Başvuran aleyhinde belirli hiç bir suçlama getirtilmemiş ve önleyici gözaltı uygulamasına konu olan suçla ilgili olarak da hiçbir soruşturma yapılmamıştır. Gözaltı emrinin çıkarılmasından bir ay sonra, kişinin hakkında yeniden cinayet suçlamasında bulunulmuş ve bu suçlama başvuranın gözaltında tutulmasının gerekçesi haline gelmiştir. AİHM ilk gözaltının ceza soruşturması ile ilgili olmaması sebebi ile 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi hükümlerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu bent hükümlerine göre özgürlükten mahrumiyet tedbirlerinin amacı yalnız cezai yargılama sürecini başlatmak olmalıdır, yasal çerçevenin de, eğer hala serbest bırakılmadıysa, alıkonulan kişinin yetkili merci huzuruna çıkartılmasının özgürlükten mahrumiyet tedbirinin otomatik sonucu olmasına imkan vermesi gerekir. Yetkili mercinin görevi yargılama öncesi alıkoyma halinin devam edip etmeyeceğine ve eğer devamına karar verilirse de süresine karar vermektir[148].

Kişiye suç isnat edildiği, bu kişinin mahkemeye çıkartılmadan önce gözaltına alındığı, ancak gözaltı emrinin süresinin dolduğu ve yasalarda bu duruma ilişkin her hangi bir hüküm bulunmadığı Baranowski/Polonya davasında AİHM "Sözleşme'nin 5.

---

[146]Komisyon Raporu, Owe Skoogström/ İsviçre, 15/07/1983, no:8582/79.
[147]DİJK, HOOF, **a.g.e.** s.357.
[148]MACOVEİ, **a.g.e.** s.25.

maddesinin 1. fıkrası gereğince, tutulma uygulamasının birkaç aydan uzun sürmesi ve bu alıkoyma uygulamasına bir mahkeme, bir hakim ya da adli görev yapmaya yasa ile yetkili kılınmış diğer bir görevli tarafından karar verilmesi halinde bu uygulamanın bu madde hükümleri anlamında hukuka uygun kabul edilemeyeceği, bu şart açıkça 5. madde 1. fıkra c bendinde belirtilmiş olmasa da 5. maddenin bütününden ve özellikle de birinci fıkra c bendi hükmünden (yetkili merci önüne çıkarılmak üzere ifadesinden) ve 3. fıkranın lafzından (hemen bir yargıç veya adli görevi yapmaya yasada yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmadır) çıkarılabileceğini, ayrıca 5. maddenin 4. fıkra hükümlerinde yer alan "habeas corpus" teminatı, alıkoyma uygulamasının üçüncü fıkrada öngörülen ilk süreyi aşacak şekilde uzatılması halinde keyfi muameleye karşı adli müdahale gereğini de desteklemektedir." demiş ve 5. maddenin 3. fıkrasında belirtilen adli merci önüne getirme şartının yalnızca şeklen yerine getirilmesi ve alıkoyma kararının idari bir tasarruf neticesinde olmasını Sözleşme'ye aykırı saymıştır[149].

Bu bent gereği hürriyeti kısıtlanan kişi Sözleşme' nin 5. maddesinin 3. fıkrası gereği en kısa zamanda yetkili merci ve mahkeme önüne çıkarılmalıdır. 5. maddenin 3. fıkrasındaki hemen ifadesi, 5. maddenin 4. fıkrasındaki hızla ifadesinden daha sert bir ölçüt tanımlar. Ne Komisyon ne de AİHM kesin bir alt sınır koymamışsa da her iki organ da 6 günden 11 güne kadar olan sürelerin çok uzun olduğuna karar vermiştir[150]. Brogan/İngiltere davasında AİHM terör suçlarının araştırılmasına ilişkin özel zorluklara karşın 4 gün 6 saatlik bir sürenin kabul edilemeyecek kadar uzun olduğunu kabul etmiştir[151].

Koster davasında başvuran askeri mahkemenin önüne 5 günlük bir gözaltı süresinin ardından çıkartılmıştır. AİHM 'ne göre bu süre çok uzundur. Bu süre zarfında hafta sonu olması ve mahkeme üyelerinin de katıldığı iki yılda bir yapılan askeri tatbikatın yapılıyor olması sebebi ile başvuran mahkeme önüne çıkartılamamıştır.

---

[149] AİHM kararı, Baranowski/Polonya, 28/03/2000, no:28358/95, par. 58.
[150] AİHM Kararı, De Jong, Baljet, Van den Brink/ Hollanda, 22/05/1984, no: 8805/79 ; 8806/79 ; 9242/81.
[151] GOMİEN, **a.g.e.** s.36.

AİHM burada askeri yaşam ve askeri yargının gereklerinin sürenin uzamasını meşru kılamayacağını kabul etmiştir[152].

Aksoy/Türkiye davasında Mahkeme, Devletin Sözleşme' nin 15/3 maddesi gereği terör sebebi ile yükümlülük azaltmış olmasına rağmen denetimsiz gözaltında tutma uzunluğunun en az 14 gün olarak kabul edilen bu davada 5. maddenin idarenin kişi özgürlüğüne müdahalesinin yargısal denetim getirerek keyfiliği asgariye indirmeyi amaçladığı ve hukukun üstünlüğünü güvence altına aldığı, dahası hemen yapılacak bir yargısal denetim Sözleşme'nin mutlak ve yükümlülük azaltılamaz bir biçimde yasakladığı ciddi kötü muamelelerin önlenmesi ve ortaya çıkarılmasına yarayacağı ve söz konusu tedbirin durumun zorluklarının gerektirdiği bir tedbir olmadığı gerekçeleri ile Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği kararını vermiştir[153].

Yine Dikme/Türkiye kararında Mahkeme 16 gün süre ile gözaltında tutma, terörle mücadele ile ilgili ulusal mevzuata uygun olmakla birlikte, bu kadar uzun bir süre gözaltında tutulduktan sonra yargıç önüne çıkartılma, tutmanın Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında bir mahkeme tarafından hızla denetlenmesi şartına aykırı olduğu, sadece hızlı bir yargısal müdahalenin bu incelemeyi mümkün kılabileceği ve gözaltında tutulma sırasında kötü muameleyi önleyebileceği gerekçeleri ile olayda bu maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir[154].

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi makul şüphenin bulunmasını aramaktadır. İlk gözaltı anında suçun gerçekten işlenmiş olduğunun ortaya konması veya suçun niteliğinin tam olarak saptanmış olması aranmaz[155]. Makul şüphe kavramı, objektif bir gözlemcinin ilgili kişinin suç işlemiş olduğuna dair kanaate ulaşması için gerekli olan olgu ve bilginin mevcudiyetini gerektirir. Dolayısıyla makullük davanın bütün şartlarına bağımlıdır. Bu davada kuzey İrlanda'da özel şartlar söz konusudur. Başvuranlar Terörist Fiillerin Önlenmesine İlişkin Ceza Kanunu uyarınca yakalanmalarının makul şüpheye dayanmadığını ileri sürmüşlerdir. AİHM terör suçlarının özel bir kategori olduğunu kabul etmekle beraber bu durumun makul olma

---

[152] AİHM kararı, Koster/Hollanda, 02/11/1991, no:12843/87.
[153] AİHM Kararı, Aksoy/Türkiye, 18/12/1996, no:21987/93.
[154] AİHM Kararı, Dikme/Türkiye, 11/07/2000, no:20869/92.
[155] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s.357.

kavramının 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinin sağladığı korumanın özünü ortadan kaldıracak şekilde yorumla genişletilemeyeceğinin altını çizmiştir. AİHM şahısların yaklaşık 7 yıl önce terör suçundan mahkum olmuş olmalarının yakalanmaları için yeterli şüphe oluşturacak bir sebep olmadığı sonucuna varmıştır[156].

Komisyon ve Mahkeme'ye bu hüküm çerçevesinde yapılan şikayetler genelde kişinin idari bir makamın kararı ile yakalanması olayları üzerine yoğunlaşmıştır. Yapılan incelemelerden Konsey Üyesi Ülkeler iç hukuklarının, özellikle de örgütlü terör suçlarının soruşturulması açısından kişinin idari bir makamın kararı ile yakalanmasına izin verdiği anlaşılmaktadır. Ancak; AİHM bu hükmün çok geniş bir şekilde yorumlanarak, suç işleme ihtimali bulunun herkesin gelişi güzel gözaltına alınmasına karşı çıkmakta ve bu önlemlerin ancak somut bir suç işleme tehlikesi dolayısıyla ve makul nedenlerle alınabileceğini kabul etmektedir. Örneğin; Mahkeme İrlanda'nın İngiltere'yi şikayet ettiği davada İngiliz hukukuna göre kişinin hakkında suç işleme şüphesi olmaksızın sadece barış ve düzenin korunması amacı ile yakalanarak gözaltına alınmasını Sözleşme'nin söz konusu hükmüne aykırı bulunmuştur[157].

d-) Küçüklerin Islah Amaçlı Olarak Özgürlükten Yoksun Bırakılmaları

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının d bendi küçükler hakkında önlem alınmasına ilişkindir. Bu tür bir inceleme, ana babalarına karşı gelen çocukların ilgili kanun gereği bir kuruma yerleştirilmelerinde olduğu gibi, bir özel hukuk önlemi olarak başvurulacağı gibi, hakim kararına dayanılarak suçlu çocukların bir ıslah evine konulmaları gibi, ceza hukukunda öngörülen bir önlem çerçevesinde de başvurulabilir[158]

Burada çocuklar için öngörülen bir iyileştirme önleminin yerine getirilmesi (özgürlüğü kısıtlayan bir denetim altında eğitim) yahut küçüğün kendisi konusunda gerekli uygun kararın alınabilmesi amacı ile yetkili merci önüne götürülmesi amacı ile tutulması söz konusudur.

---

[156]Fox, Campbell ve Hartley /İngiltere, AİHM kararı, 30/08/1990, no. 12244/86; 12245/86; 12383.
[157]ÜNAL, **a.g.e.** s.144.
[158]ÜNAL, **a.g.e.** s. 146.

Gözetim altında eğitim konusunda Bouamar davasında d bendi hükümlerine işaret edilmiştir. Bu davada ağır suçlar işlemiş bir küçük olan başvuran, dokuz kere iki haftadan uzun olmamak üzere tutukevine kapatılmıştır. Küçüğün derhal teslim edilebileceği bir kişinin ya da bu küçüğü kabul edebilecek bir başka kurum bulunamaması durumunda tutuk evinde alıkoyma Belçika Kanunları'na uygundur. Mahkeme " bir çocuğun tutuk evinde hapsedilmesi, her ne kadar d bendi kişinin eğitim gözetimi konusunda hüküm getirmiş olmasa da bu madde hükümlerine aykırılık oluşturmaz. Bu maddede belirtilen alıkoyma "için" kelimesinden de anlaşılacağı gibi, söz konusu kişinin eğitim gözetim altına alınmasını sağlamak amacını taşımaktadır. Ancak kişinin bu amaçla her hangi bir kuruma yerleştirilmesinin derhal gerçekleştirilmesi gerekmez. 5 maddenin 1. fıkra c ve a bentlerinde yargılama öncesi alıkoyma (tutuklu yargılama) ve mahkumiyet kararı sonrası alıkoyma (hapis cezası) arasındaki farka işaret edilmektedir; dolayısıyla d bendi hükümleri, kişinin gözetim altında eğitimine ilişkin tedbirin uygulanmasına yönelik olarak gözaltında tutulmasına, bu tür bir gözaltı herhangi bir gözetim altında eğitim ihtiva etmese de engel değildir. Ancak bu şartlar altında kişinin hapsedilmesini takiben süratle, gözetim altında eğitim tedbirinin bu amaca yönelik olarak hazırlanmış ve yeterli imkanların bulunduğu bir ortamda (açık ya da kapalı) fiilen bulunması gerekmiştir." şeklinde karar vererek bu bent kapsamında bir tutulmanın amacının küçüğün eğitim altında ıslahı olduğuna vurgu yapmıştır[159]. Dolayısıyla küçüklerin ceza yargılaması ile ilgili tutulmalarına bu bent değil duruma göre c ve a bentleri uygulanabilecektir.

Kimlerin küçük sayılacağı milli hukuka göre belirlenecektir. Komisyon ve Mahkeme bu hüküm çerçevesinde yapılan başvuruları, küçük ve ana babaların hakları, küçüğün geleceği açısından değerlendirmiştir[160].

Sözleşme'nin bu bendinde de "usulüne uygun karar"dan söz edilmektedir. Buradaki usulüne uygun karar hakim kararı olabileceği gibi idari bir karar da olabilir önemli olan burada alınacak hürriyeti kısıtlayıcı tedbire karşı etkili bir yargı denetimi

[159] AİHM kararı, Bouamar/ Belçika, 29/02/1988, no: 9106/80, par. 50.
[160] ÜNAL, **a.g.e.** s. 146.

bulunması ve kararın Sözleşme'nin amacına uygun bir karar alınarak buna uygun bir uygulama yapılmasıdır[161].

Suzie Koniarska/Birleşik Krallık davasında, ulusal mahkemelerin reşit olmayan bir kişinin güvenli bir yerde ikamet ettirilmesi doğrultusundaki kararlarını inceleyen AİHM, ulusal mahkemelerin başvuru sahibinin velayet hakkına sahip olmaması sebebiyle, başvuranın özgürlüğünden mahrum edildiğini tespit etmiştir. Ancak AİHM, başvuranın alıkoyulması şeklindeki ulusal mahkeme kararının "eğitimini gözetmek" amacıyla verildiğini ve dolayısıyla bu kararın, başvuranın– reşit olmayan bir kişi – psikopatik bir hastalıktan muzdarip bir kişi olması sebebiyle, ciddî psikolojik bozuklukları olan gençlerin, özel bir eğitim programına tâbi tutulduğu uzman bir merkezde ikamet ettirilmesi doğrultusunda olduğunu, bu durumda da özgürlük kısıtlamasının 5. Madde 1.fıkra d bendine uygun olduğunu tespit etmiştir[162].

Fıkrada sözü edilen ikinci hal ise; küçüğün herhangi bir konuda karar alınması için yetkili merci önüne çıkarılması amacı ile tutulmasıdır. Burada genellikle küçüklerin suç işlemesini önlemek amacı ile tutulması söz konusudur[163].

Komisyon'un kabul edilemez bulduğu X/İsviçre başvurusunda 16 yaşında bulunan ve işlediği hırsızlık ve trafik suçlarından ötürü gözlem altına alınmış başvurucu hakkında, mahkeme tarafından karar verilebilmesi için gerekli psiko-medikal raporunun beklenilmesi sırasında başvurucu kapalı bir kurumda toplam sekiz ay gözetim altında tutulmuştur. Komisyon bu olayda başvurucunun gözlem amaçlı tutulmasını d bendi kapsamında yetkili kanuni makamlar önüne çıkarılmak amacıyla, küçüğün tutulması şeklinde yorumlanmıştır[164].

---

[161] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 233.
[162] MACOVEİ, **a.g.e.** s.48.
[163] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s.233.
[164] Komisyon Raporu, X/İsviçre, 1977, no. 7754/77.

e-) Bulaşıcı Bir Hastalık Yayabilecek Bir Kimsenin Bir Akıl Hastasının, Bir Alkoliğin, Uyuşturucu Madde Bağımlısı Bir Kişinin veya Bir Serserinin Usulüne Uygun Tutulması

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde bulaşıcı hastalıklar, akıl rahatsızlığı olanlar, alkolikler, uyuşturucu madde bağımlıları ve serseriler ibarelerine yer verilmiş ancak bu kavramların tanımı verilmemiştir. Ancak Komisyon ve AİHM başvurular dolayısıyla yaptığı incelemelerde yol gösterici olarak belirli kriterler ortaya koymuştur[165].

Winterwerp davasında AİHM akıl hastası kavramı ile ilgili olarak e bendi hükümlerinin kapsamını ele almıştır. Sözleşme'de akıl hastası (akli dengesi bozuk kişi) ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu ifade kesin bir yorum getirilebilecek bir ifade değildir. Komisyon, davalı devlet ve başvuran tarafından da belirtildiği üzere bu ifade, psikiyatri alanındaki araştırmaların ilerlemesi neticesinde tedavide giderek artan bir esnekliğe yönelinmesi ve toplumun akıl hastalığına bakışının değişmesi, özellikle de akıl hastalarının sorunlarının daha çok anlaşılmasının yaygınlaşması neticesinde sürekli olarak gelişmektedir. Her halükarda 5. maddenin 1. fıkrasının e bendi hükümlerinin, bir kişinin yalnızca düşünce ya da davranışlarının belirli bir toplumun hüküm normlarından farklı olduğu gerekçesi ile tutulmalarına imkan sağlayacak şekilde yorumlanamayacağı açıktır[166].

Bu kararda AİHM ayrıca, akıl hastası olan bir kişinin hukuka uygun bir şekilde tutulabilmesi için yerine getirilmesi gereken üç asgari koşulu tanımlamıştır. Mahkemenin görüşüne göre acil durumlar dışında, kişi güvenilir bir şekilde akıl hastası olduğu kanıtlanmadığı sürece özgürlüğünden mahrum edilmemelidir. Yetkili ulusal merci huzurunda kanıtlanması gereken gerçek bir akıl hastalığının varlığı tarafsız bir tıbbi raporu gerekli kılar. Ayrıca akıl hastalığının türü ve derecesi zorunlu tecridi gerektirecek ölçüde olmalıdır[167]. Ayrıca mahkeme akıl hastalığı olan kişinin sadece akıl

---

[165] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 341.
[166] AİHM Kararı, Winterwerp / Hollanda, 24/10/1979, no:6301/73, par. 37.
[167] AİHM Kararı, Winterwerp / Hollanda, 24/10/1979, no:6301/73, par. 39.

hastalığının ağırlığı kendisi veya başkaları için gerçek bir tehlike oluşturuyorsa tutulu olma kararını Sözleşme'ye uygun olarak kabul etmiştir[168].

AİHM Luberti davasında akıl hastalığı sebebi ile kısıtlamanın devam ettirilebilmesi için akıl hastalığının akıl hastanesinde tutulmayı zorunlu kılacak derecede devam ediyor olması gerektiğini belirtmiştir[169]. AİHM X/İngiltere davasında tıbbi raporun kısıtlama kararının alınması için aciliyet gereken bazı durumlarda aranamayacağını kabul etmiştir. Çevresindekilere tehlike arz edebilecek kişilerin acilen tecrit edilmesi ihtiyacı olması durumunda herhangi bir yakalama veya tutulma tedbiri öncesinde detaylı bir tıbbi muayene gerçekleştirilemeyeceğini kabul etmiştir[170]. Ancak bu aciliyet gerekçesi keyfi olarak uygulanamayacaktır[171].

De Wilde, Ooms, Versyp davasında AİHM serserilik konusunu ele almıştır. Sözleşmede "serseri" ifadesi ile ilgili bir tanım bulunmamaktadır. Belçika Ceza Kanunu'nun 347. maddesinde şu şekilde bir tanım yer almaktadır. " Serseri, sabit bir ikametgahı, düzenli bir geliri ya da mesleği olmayan kişidir". Bu üç koşulun bulunduğu hallerde yetkili merciler tarafından söz konusu kişilerin devlet nezdinde serseri olarak kabul edilmeleri mümkündür. Mahkemeye göre bu tanım Sözleşme' ye uygundur ve kişilerin 5. maddenin 1. fıkrasının e bendi gereğince tutulmaları Sözleşme' ye uygun kabul edilmiştir[172].

Witold Litwa/ Polonya davasında ise alkolik kavramı ele alınmıştır. Alkolik ifadesi yaygın kullanımı itibari ile alkole bağımlı kişileri tanımlamak için kullanılır. Sözleşme' nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde bu ifade, bulaşıcı hastalık yayan kişiler, akli dengesi yerinde olmayan kişiler, uyuşturucu bağımlıları ve serseriler gibi çeşitli kategorilerle birlikte sayılmıştır. Tüm bu kategoriler arasında bir bağlantı bulunmaktadır. Zira bu kategorilere giren kişiler bir tedavi altına alınmak üzere sosyal politikalar gereği ya da hem tıbbi hem de sosyal sebeplerle özgürlüklerinden mahrum edilebilmelerinin sebebinin sadece bu kişilerin kamu güvenliği açısından bir tehlike

[168] AİHM Kararı, Winterwerp / Hollanda, 24/10/1979, no:6301/73, par. 38.
[169] AİHM Kararı, Luberti / İtalya, 23/02/1984, no: 9019/80, par. 27.
[170] AİHM Kararı, X/İngiltere, 05/11/1981, no: 7215/75. par. 41.
[171] AİHM Kararı, 05/10/2000, no: 31365/96, par. 48.
[172] AİHM Kararı, De Wilde, Ooms, Versyp/ Belçika, no: 2832/66; 2835/66; 2899/66, par. 68.

oluşturmaları değil aynı zamanda alıkonulmalarının kendi yararları gereği de olabilmesidir[173].

Birey, sırf alkol tükettiği gerekçesi ile alıkonulamaz, ancak aşırı alkol alan bir kişi, alkol kendisine ve topluma zarar verdiği takdirde gerekli tedbir alınacaktır. Alkolün kendisine ve topluma verdiği zararın ya da içki içme sonrasında tehlikeli davranışlarda bulunmasının önlenmesi amacı ile kişi hakkında hürriyeti kısıtlayıcı bir tedbirin uygulanması Sözleşme'nin 5. maddesine aykırılık oluşturmaz. Mahkeme burada, alkol bağımlısı olunsun veya olunmasın, alkolün zararlı bir şekilde tüketiminin toplum açısından bir tehlike oluşturabileceğinin ve alkolün etkisi altında kişinin kendisine ve başkalarına zarar verebileceğini belirterek bu şartlardaki kişilerin Sözleşme gereği tutulabileceğini belirtmiştir[174].

AİHM toplum için tehlike oluşturma halinin her durumda bu bent kapsamında ileri sürülmesini ise kabul etmemiştir. Guzzardi davasında başvuranın kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğu gerekçesi ile tutuklanarak bir adaya konulmasını, başvuranın gerçek anlamda serseri olarak kabul edilemeyeceği, bu kavramın dar yorumlanması gerektiğini belirterek sadece kamu güvenliği açısından tehlikeli olmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda eylemlerinin tutuklanmasını gerektirecek nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir[175].

f-) Bir Kişinin Usulüne Aykırı Suretle Ülkeye Girmekten Alıkonulması veya Kendisi Hakkındaki Sınır dışı Etme veya Geri Verme İşleminin Yürütülmekte Olması Nedeni İle Yakalanması veya Tutulması

Sözleşme'nin bu hükmü ancak yabancılar ve vatansızlar hakkında uygulanmaktadır. Vatandaşlar hakkında bu hükme göre özgürlüğün kısıtlanması kararı verilmesi kabul edilmemektedir. Zira vatandaşların yurda girmelerine engel olunamamakta ve vatandaş iadesi söz konusu olmamaktadır. Avrupa Birliği içinde serbest dolaşma hakkı nedeniyle maddenin uygulama alanı genişlemiştir. Bir ülke

[173] AİHM Kararı, Witold Litwa/ Polonya, 04/04/2000, no: 26629/95, par. 62.
[174] AİHM Kararı, Witold Litwa/ Polonya, 04/04/2000, no: 26629/95, par. 63-65.
[175] AİHM Kararı, Guzzardi / İtalya, 06/11/1980, par. 97-98.

sınırlarına usule aykırı olarak girmek bir yabancının pasaport kanunundaki düzenlemeleri ihlal etmesi ile gerçekleşmektedir[176].

Aslında Sözleşme, yabancıların bir ülkeye giriş çıkışını düzenlemez ancak devletlerin yabancıların ülkeye girişlerini engellemeye veya bunları ülkeden çıkarmaya hakları olduğu için bu gibi durumlarda f bendi devletlere ülkelerine olan göçü kontrol için hürriyetin kısıtlanması yetkisini vermiştir. Komisyon'a göre 5. maddenin 1. fıkrasının f bendi eğer hürriyetin kısıtlanması kişinin yurt dışına çıkartılması amacı ile yapılmış ise, bu bende uygundur. Bunun anlamı, yurt dışına çıkarma kararının hukuka uygunluğu, yurt dışına çıkarma amacı ile yapılan hürriyetin kısıtlanmasının 5. maddenin 1. fıkrasının f bendine uygun olması için bir ön şart değildir[177].

Komisyon X/İsviçre kararında tutulma kararının yasaya uygun olup olmadığının İsviçre hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğini, ulusal yasaların suçluların iadesi (extradition) amacı ile federal idari otoritelere kişileri tutuklama veya gözaltına alma yetkisini vermiş olduğu, dolayısıyla Sözleşme'ye aykırılığın bulunmadığına karar vermiştir[178].

Komisyon eğer ülkeye yasa dışı olarak giren şahısları tutuklama yetkisi veren bir ulusal yasa var ise, tutuklamanın yasal olup olmadığı konusunda başvuranın gerçekten ülkeye yasa dışı yol ile girmiş bir şahıs olup olmadığı konusunu incelemiştir[179].

Devletler, yabancıların ülkeye giriş ve ülkede kalma koşullarını serbestçe saptama hakkına sahip olmakla beraber bu hakkın kullanım şeklinin Sözleşme'ye aykırı olmaması gerekir[180].

AİHM iade ile ilgili Quinn/ Fransa davasında Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının f bendi hükümlerinin hem Fransızca hem de İngilizce versiyonlarında açık bir şekilde, bu bent hükümleri uyarınca bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin sadece iade işleminin yürütüldüğü süre boyunca haklı olacağını, bu şekilde bu tür

---

[176]ERGÜL, **a.g.e.** s. 134.
[177]Komisyon Kararı, Franco Caprino / İngiltere, 03/03/1978, no: 6871/75.
[178]Komisyon Kararı, X/İsviçre, no: 9012/80, 09/12/1980, s. 220.
[179]Komisyon Kararı, X/İngiltere, 05/05/1982, no: 9403/81, s. 237-238, par. 10-11.
[180]AİHM Kararı, Amuur/Fransa, 25/06/1996, no. 19776/92, par. 41.

işlemler gerekli titizlikle yürütülmediği takdirde, tutulmanın 5. maddenin 1. fıkrasının f bendi uyarınca haklı bir gerekçeden yoksun olacağını belirtmiştir[181]. Ancak, hakkında iade işlemi yapılacak kişinin tavır ve davranışlarının sebep olduğu gecikmelerden ilgili devlet sorumlu değildir. "Suçluların iadesi amacı ile kişinin tutulması birinci fıkranın f bendine kural olarak uygun olduğundan iade yargılaması sürer iken tutuklu olarak geçirilen 2 yıl 8 aylık süre çok uzun olmasına rağmen iade ile ilgili muhakeme, başvuranın Belçika'da işlediği suçlar nedeni ile yaptığı temyizin kesinleşmesinden bir ay kadar önce sona erdiğinden, uzama sebeplerinin başvurana yüklenmesi mümkün olduğundan, kişinin sınır dışı edilmesi veya iadesi için tutulması şartının ihlal edilmediğine" karar verilmiştir[182].

Aslında bu madde hükümlerine göre gereken tek şey sınır dışı etme işlemlerinin yürütülmesidir. Dolayısıyla 5. maddenin 1. fıkrasının f bendi hükümleri çerçevesinde, kişinin sınır dışı edilmesine ilişkin kararın ulusal hukuk ya da sözleşme hukukuna göre haklı bir gerekçeye dayanmaması bu itibarla önemli olmayacaktır. Ancak Komisyon sınır dışı etme işleminin aşırı uzun olup olmadığına bakmaktadır[183].

Komisyon, Lynas davasında Sözleşme'nin 5. maddesinin 1 fıkrasının f bendine göre kişinin ancak hakkında suçluların iadesi çerçevesinde bir dava varsa yasal olarak tutuklanabileceğine işaretle başvuranın böyle bir dava olmadan tutuklanması ile İsviçre Hükümeti'nin Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar vermiştir[184].

Suçluların iadesi, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Sözleşme onaylayan devletlere ülkelerindeki suçluyu iade yükümlülüğü getirmektedir. Askeri ve siyasi suçlar ile vatandaşın iadesi bu yükümlülükten istisna edilmiştir. Sözleşme'de "Non Bis in İdem" , (aynı suçtan dolayı

---

[181] AİHM Kararı, Quinn/ Fransa, 22/03/1995, no:18580/91, par. 48.

[182] AİHM Kararı, Colompar/Belçika, 24/09/1992, no: 11613/85, par. 43.

[183] Komisyon Raporu, Chahal/ İngiltere, 27/06/1995, no:22414/93par. 117-118, Komisyon bu durumda başvuranın aşırı şekilde uzun bir süre alıkonulmuş olmasına rağmen, davanın istisnai koşulları ve ulusal makamların başvuranın hakkındaki sınır dışı etme işlemini gerekli titizlikle yürütmüş olmaları ve şahsın keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesine karşı yeterli güvencelerin bulunuyor olması sonucu ihlal olmadığına karar vermiştir.

[184] Komisyon Kararı, William Posnett Lynas/ İsviçre, 06/10/1976, no: 7317/75.

birden fazla ceza verilemez) "sadece iadeye konu olan suçtan dolayı yargılama" ilkeleri kabul edilerek iade edilen suçlar bakımından önemli güvenceler sağlanmıştır[185].

[185] ÜNAL, **a.g.e.** s. 148.

İKİNCİ BÖLÜM

TUTUKLAMA

I. GENEL OLARAK TUTUKLAMA

Tutuklama, suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün, hakim kararı ile geçici olarak kaldırılmasıdır. Tutuklamanın amacı, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi veya muhtemel bir mahkumiyetin ileride yerine getirilebilmesidir[186].

Kişi özgürlüğünün kısıtlanması, insan hakkının kısıtlanması niteliği taşır. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler'in İnsan Hakları Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında tutuklama detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tutukluluk konusunda (65) 11 numaralı kararı vardır[187].

09/04/1965 tarihli bu tavsiye kararı ile üye devletlere tutukluluk konusunda kanuni düzenlemelerle ilgili tavsiyelerde bulunulmuştur. Buna göre tutuklama hiç bir zaman mecburi olmamalıdır. Her olayda işin bütün özellikleri hesaba katılarak tutuklama kararı verilmelidir. Tutuklama istisnai tedbir olarak kabul edilmelidir. Tutuklamaya ve tutukluluğun devamına dair karar ancak zorunluluk varsa verilmelidir, asla cezalandırma gayesi ile bu yola başvurulmamalıdır. Tutuklama kararında kovuşturma konusu ve tutuklamayı haklı gösteren sebep mümkün oldukça açık şekilde belirtilmeli ve karar tutukluya derhal bildirilmelidir. Tutuklama halinin buna başvurulmasını gerektiren zorunluluğun gerektirdiğinden daha fazla uzamasını önleyecek çarelere başvurulmalıdır. Özellikle tutuklamanın süresini kanun veya hakim

---

[186]Nur Centel ve Hamide Zafer, **CMK Teknikleri El Kitabı**. 2. Baskı, Beta Yayınları. İstanbul, 2009, s. 241.

[187]Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak CMK Hukuku**, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Nisan 2010, s.174.

tespit etmelidir. Kanun yoluna başvurma hakkı tanınmalıdır. Düzenli aralıklarla karar gözden geçirilmelidir. Tutukluya müdafiden yararlanma hakkı verilmelidir[188].

Bir koruma tedbiri olarak tutuklama, şüpheli veya sanığın adaletten kaçma ihtimalinin önlenmesi ile şüpheli veya sanığın davranışlarının; delilleri ortadan kaldırma, gizleme veya değiştirme hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hallerinde uygulanabilecektir[189]. Geçici nitelikte bir Ceza Muhakemesi Hukuku kavramı olan tutuklama, bir ceza olmayıp, koruma tedbiridir, amaç değil araçtır; hükmedilen cezadan tutukluluk süresi düşülür. Hakimlerin tutuklama yetkilerini kullanırken özen göstermeleri ve kişinin özgür olmaktaki çıkarı ile toplumun suç işlediğinden kuşku duyulan kişinin el altında tutulmasındaki çıkarını iyi dengelemeleri gerekir[190].

Tutuklamanın amacı, ceza muhakemesinin yapılabilmesi veya muhtemel bir mahkumiyet hükmünün infazının sağlanabilmesidir. Tutuklamanın amacına ulaşılabilmesi için şüpheli veya sanığın özgürlüğü kısıtlanmak sureti ile devletin eli altında bulundurulması gerekmektedir[191]. Tutuklama tedbiri şüpheli veya sanıktan ikrar elde etmek, suçun işlendiğinin kovuşturma aşamasında kabulünü sağlamak, ya da şüpheli veya sanığın ifade değiştirmesini önlemek amacı ile kullanamaz. Şüpheli veya sanığa karşı tutuklama tedbirini "silah" olarak kullanıp, "Suçu işlediğini kabul et, yoksa tutuklu kalmaya devam edersin" anlayışı ile yaklaşılması kabul edilemeyeceği gibi, bu tür bir anlayışın modern ispat hukukunda yeri de bulunmamaktadır[192].

Tutuklamanın bu amaçları dışında uygulamada "ikrar temin etmek", " öç almak", devletin gücünü göstermek veya sanığın kulağına küpe olmasını temin için korkutmak amacı ile de tutuklama kararı verilebilmektedir. Böylece tutuklama amacından sapmış ve bir tür öne alınmış bir ceza gibi uygulanmaya başlanmış ve ceza

---

[188]Tutuklama, http:www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/tutuklama_mevzuat.htm (08/04/2012)

[189]Ersan Şen. **Yorumluyorum Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 20.

[190]Nur Centel, ''Tutuklama ve Yakalama'', (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989), s. 7.

[191]Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 219.

[192]ŞEN, **a.g.e.** s. 20.

adaletinin bir an önce gerçekleşmesine yönelik toplumun beklentisini karşılamaya dönük bir duruma dönüşmüştür[193].

Tutuklama, bir koruma tedbiri olarak gecikmenin tehlikelerinden korunmak zorunluluğunun ifadesidir[194]. Tutuklama ile özgürlüğün tahdidinde ilk ön şart bu işlemin hemen yapılmasında zaruret bulunması, gecikmenin tehlike doğuracak olmasıdır. Bu tehlike telafisi güç bir durum halinde tezahür edebilir. Tutuklamaya başvurmada haklı olunup olunmadığı, yargılamanın sonunda anlaşılacaktır. Ve tutuklanan kişi sonuçta beraat edebileceğinden, bu tedbirlere başvurmasında ancak görünüşte haklılık ve ihtimal üzerine hareket edilecektir[195].

Tutuklama, masumiyet ilkesi ile de bağlantılıdır. AİHM, gereğinden uzun süren tutukluluk durumlarını Sözleşme' nin 6/2 maddesi açısından da ele alıp incelemektedir[196]. Özellikle tutuklama tedbiri infazının hapis cezasına benzer şekilde ve cezaevi koşullarında yapılması, masumiyet karinesine sahip olan ve masum olduğuna inanıp soruşturma ve davasının bir an önce bitirilmesini isteyen / bekleyen tutuklu şüpheli ve sanıklar yönünden son derece ağır ve istenilmeyen sonuçların doğmasına yol açabilmektedir[197]. Bu sebeple tutuklamaya son tedbir olarak başvurmalıdır.

II. TÜRK HUKUKUNDA TUTUKLAMA

Tutuklama kişi özgürlük ve güvenliği hakkını doğrudan ilgilendirdiği için Anayasa'da düzenlenmiştir. Tutuklama, henüz kesin bir kararla mahkum olmadan önce, yargıç kararına dayanarak şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğünden mahrum edilmesidir.Tutuklama ancak ceza muhakemesinin amaçları, gerçeklerin ortaya

---

[193]Bahri Öztürk, ve diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 403.
[194]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 177.
[195]CENTEL, **a.g.e.** s.11.
[196]Serkan Cengiz, ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s. 37.
[197]ŞEN, **a.g.e.** s.19.

konulması ve kararların uygulanması yönünden zorunlu olan hallerde başvurulan bir tedbirdir[198].

01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'nin 100/1-2 maddesinde tutuklama nedenleri, " kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni varsayılabilir:

a-) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa

b-) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1- delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2- tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa'' şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca 100/3 maddesinde suçlar sayılarak bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklanma nedeni var sayılabilir denilerek bir yasal karine öngörülmüştür.

Hükümet tasarısının 119. maddesinde yer alan "suçun ağırlığı, işlendiği hal ve koşullar veya meydana gelen zararın önemi dolayısıyla fiilin kamu düzeni üzerinde neden olduğu istisnai ve ısrarlı düzensizliğe son verilmesi" gerekçesi kanuna alınmamıştır. Ayrıca tasarıdaki suçun yinelenmesinin engellenmesi amacı da kanuna alınmamıştır[199].

CMK kişi hürriyetine büyük değer verdiği için, kanunda yazılı hallerde bile kararı hakimin ihtiyarına bırakmıştır. "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında

---

[198]Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, **CMK Hukuku**, 7. Baskı , Savaş Yayınları, Ankara, Eylül 2009, s. 216.

[199]Zekeriya Yılmaz, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2005, s. 387-388.

tutuklama kararı verilebilir." (CMK 101/1)Bu ibare, tutuklamanın ihtiyari olduğunu açıkça ortaya koymaktadır[200].

Türk hukukunda, hakimin tutuklama kararı vermeye mecbur olduğu hiç bir hal yoktur. Tersine hakim tutuklama kararı verip vermemekte tamamen özgürdür. Kural sanığın tutuklanmamasıdır. İstisna ise suçluluğu hakkında kuvvetli suç şüphesi uyandıran olgular bulunan kişinin kaçma şüphesi veya delilleri karartma şüphesi varsa tutuklanabilmesidir[201].

A. Tutuklamanın Maddi Koşulları

Tutuklamanın iki maddi koşulu vardır.

1- Olguya dayanan kuvvetli suç şüphesi veya başka bir anlatımla kuvvetli suç şüphesi bulunduran olguların bulunması,

2- Kanunda gösterilen tutuklama nedenlerinden birinin gerçekleşmesi,

Duruşma sırasında bir suç işlenmesi de tutuklama nedenidir[202].

a-) Kuvvetli Suç Şüphesi

Şüpheli veya sanığın tutuklanabilmesi için, her şeyden önce, kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerekir. Kuvvetli suç şüphesi bir takım olgulara dayanmak zorundadır. Basit ve herhangi bir olguya dayanmayan şüphe halinde tutuklama kararı verilemez. Başka bir ifadeyle, sadece soyut şüphe yeterli olmamakta, tutuklama kararı verebilmek için, olaylara, somut delillere dayanan, belli bir yoğunluğa ulaşmış şüphe aranmaktadır[203]. Demek ki, belirti daha doğrusu şüphe sebebi elde edilmiş olması

---

[200] KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 177-178.
[201] CENTEL, ZAFER, **a.g.e.** s. 246.
[202] Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. baskı, Beta, İstanbul, 2007, s. 350.
[203] ŞAHİN, **a.g.e.** s. 220-221.

yetmemektedir. Bunların kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu niteliğinde olması da gerekmektedir. Aksi takdirde tutuklama kararı verilemeyecektir[204].

Bu açıdan tutuklama kararı verilebilmesi için, tutuklamanın talep edildiği andaki delillere göre, kişinin fail veya suç ortağı olarak bir suçu işlediği konusundaki ihtimal büyük olmalıdır. Öyle ki burada kamu davası açılması için aranandan daha kuvvetli bir şüphe aranmalıdır[205].

b-) Tutuklama Nedenlerinin Varlığı

Kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunması onun tutuklanması için yeterli değildir. Bunun yanı sıra tutuklama sebeplerinden her hangi birinin de bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Kanunda:

Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa, davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması tutuklama nedeni olarak sayılmıştır[206].

aa-) Kaçma Şüphesi

Kaçma şüphesi, şüpheli veya sanığın yurt içinde bir yerde saklanması, bulunamayacağı bir yere gitmesi ya da yurt dışına kaçma şüphesini ifade eder.

Kaçma şüphesinin varlığından söz edebilmek için yalın bir şüphe yeterli olmayıp, bunun somut bir takım olgulara dayanması gerekmektedir. Kaçma şüphesi değerlendirilirken somut olayın bütün özellikleri değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede özellikle şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun türü, şüpheli veya sanığın kişiliği, yaşam şartları, suç isnadından önceki yaşamı ve isnat edilen suçun

[204]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 180.
[205]CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 350.
[206]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 183.

işlenmesinden sonraki davranışları göz önünde bulundurulmalı; şüpheli veya sanığın kaçma tehlikesi ile kaçmayacağını gösteren olgular birbiri ile karşılaştırılmalıdır[207].

Mesela kişinin pasaport alması, uçak bileti satın alması, yataklık şüphesi altında bulunan kimselerle ilişki kurması, ikametgahının bulunmaması, yabancı olması gibi olgular kaçma şüphesini uyandırır. Buna karşılık örneğin bir çok tanık önünde bir suç işleyen bir kişinin kaçıp, sonra kendiliğinden kolluk kuvvetlerine teslim olması durumunda kaçma şüphesi yoktur[208].

bb-) Delilleri Karartma Şüphesi

Yasaya göre, şüpheli veya sanığın davranışları şu hususlarda kuvvetli şüphe uyandırıyorsa delilleri karartma şüphesinden söz edilir.

- Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme

- Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması [209]

Sanık serbest bırakılması durumunda rahatça aleyhinde tanıklık yapacaklara baskı uygulama, soruşturmaya alınacak diğer kişilere taktik verme, davaya karışan herhangi birine yapılacak sorguda ne tür yanıtlar vermesi gerektiği konusunda hileye başvurma, soruşturmada gerekli belge ve diğer somut delilleri yok etme, değiştirme veya soruşturma ile kovuşturmayı kesintiye uğratacak yöntemlere başvurması olanaklarına sahip ve bunlara girişme yolunda davranışlarda bulunuyor veya bulunmaya kalkışıyor ise bunları engellemek ve maddi gerçeğin ortaya çıkışını sağlamak için şüpheli veya sanık tutuklanabilir[210].

---

[207] ŞAHİN, **a.g.e.** s.221.

[208] Hakan Hakeri ve Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**,1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 362.

[209] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.352.

[210] İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Cilt 1, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s. 488.

cc-) Tutuklama Nedeninin Varsayılması

Kaçma şüphesi ve delil şüphesinin dışında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda liste halinde sayılan ağır suçlarda bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni varsayılabilmektedir[211].

CMK. m. 100 f. 3 hükmü, listede yer alan suçlarda tutuklama kararı verilmesini zorunlu kılmamaktadır. Bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında da tutuklama kararı verilebilmesi için, öncelikle, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren deliller bulunmalıdır. Suçun CMK 100/3'de sayılan suçlardan olması halinde tutuklama nedeninin varsayılabilmesi, hakimin kaçma şüphesi veya delil karartma şüphesini ortaya koyan ikinci olguyu tamamen ihmal etmesi sonucunu doğurmaz. Hakime CMK 100/3 ile takdir yetkisi verilmiş ve ikinci olguyu değerlendirmede bir karine yaratılmıştır[212].

Bu suçlar bakımından tutuklama kolaylaştırılmış, tutuklama kararı verecek olan yargılama makamı, adeta somut bir tutuklama nedeninin varlığı konusunda gerekçe göstermekten muaf tutulmuştur. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu suçlar söz konusu olduğunda dahi tutuklama zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim CMK 100/3 fıkrasında bu hallerde bir tutuklama nedeninin var sayıldığından değil, var sayılabileceğinden söz edilmektedir. Böylece, bu suçlar bakımından dahi tutuklama bir koruma tedbiri olmaktadır[213].

Tutuklama tedbirinde katalog suç uygulaması devam ettiğinden, şüpheli veya sanığın kaçma ve/veya delil karartması peşin olarak varsayılabilmekte bu konuda ayrıca bir incelemeye girilmemekte, dolayısıyla tutuklama tedbiri, katalog kapsamına giren suç isnatlarında kolaylıkla uygulanabilmektedir[214].

---

[211]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 185
[212]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 186.
[213]ŞAHİN, **a.g.e.** s. 221.
[214]ŞEN, **a.g.e.** s. 62.

B. Tutuklamanın Biçimsel Koşulları

a-) Tutuklama Yasağının Bulunmaması

Daha önceden Yasa Koyucu, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı 1 yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama yasağı öngörmüş iken, 5271 Sayılı Kanunun 100. maddesinin 4. fıkrasını değiştiren 02.07.2012 tarih ve 6352 Sayılı Kanunun 96. maddesi ile hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir. Basit suçlardan dolayı özgürlüğü kısıtlayıcı ağır tedbirlere başvurulamaz[215].

Soruşturma veya kovuşturma konusu suç için kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmalıdır. 15 yaşını doldurmamış çocuklar açısından ise hapis cezasının üst sınırı beş yılı aşmalıdır[216]. (5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu madde 21)

b-) Muhakeme Şartının Gerçekleşmesi

Tutuklama Ceza Muhakemesi gayesi ile yapıldığına göre, muhakemenin yapılması bir şarta bağlanmış ve bu şart da gerçekleşmemişse, tutuklama işleminin de yapılamaması gerekir[217]. Ancak, durum şüpheli ise tutuklama söz konusu olabilir. Örneğin takibi şikayete bağlı olup, küçüklere veya beden ya da akıl hastalığı veya diğer engel dolayısıyla kendini yönetemeyenlere karşı işlenen suçlarda şikayet aranmaksızın şüphelinin yakalanması mümkündür. O halde şikayetin söz konusu olup olmayacağı anlaşılıncaya kadar şüphelinin hakimin önüne çıkarılıp tutuklanması durumu ortaya çıkabilir. Ayrıca ağır cezalık meşhut suçlarda, olumsuz bir muhakeme şartı olan yasama

---

[215] CENTEL, ZAFER, **CMK Teknikleri El Kitabı**, s.243.
[216] TOROSLU, FEYZİOĞLU, **a.g.e.** s. 218.
[217] KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 179.

dokunmazlığının kaldırılması aranmaksızın tutuklamaya başvurulabilmektedir[218]. (Anayasa madde 83/2)

c-) Sanığa Güvence Belgesi Verilmemiş Olması

Gaip olan sanığın duruşmaya gelmesi için bir tedbir olarak tutuklanamayacağı hakkında " güvence belgesi" (CMK 246/1) verilebilmesi ve bunun koşullara bağlanması kabul edilmiştir[219]. Güvence belgesi verilen sanık duruşmaya geldiğinde hakkında tutuklama kararı verilemez.

d-) Tutuklamanın Orantılı Olması

CMK 100/1 fıkrasına göre, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez. Esasen koruma tedbirlerinin hepsi bakımından oranlık ilkesi tutuklama bakımından özel olarak düzenlenmiş ve ölçülülük ilkesi olarak ifade edilmiştir. Aşırılık yasağını da içinde barındıran ölçülülük ilkesi üç alt ilkeden oluşur. Bunlar amaca uygunluk, gereklilik ve yararlılıktır[220].

Ceza yargılamasında öncelikle, müdahale araçları yasayla belirlenmiş olup yargılama organlarının yasa ile öngörülmeyen bir aracı seçmesi olanaklı değildir. Ayrıca ceza yargılamasında orantılılık ilkesi, koruma tedbirlerine başvuracak organın seçimi açısından önem taşımaktadır. Bu kapsamda daha hafif bir tedbirle beklenen amaca ulaşmanın olanaklı olması durumunda daha ağırına başvurma orantılılık ilkesine aykırılık oluşturacaktır[221].

---

[218]CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.354.
[219]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 179.
[220]Veli Özer Özbek, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı - CMK İzmir Şerhi**, 1.Baskı, Seçkin, Ankara, 2005, s. 347.
[221]Tutuklama raporu, 2010, http://eski.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/Tutuklama_Raporu.pdf (08/04/2012)

e-) Hakim veya Mahkeme Kararı Bulunması

Tutuklama sanığın kişi hürriyetini çok ağır bir şekilde kısan bir tedbir olduğundan, buna hakimin karar vermesi teminat olmak üzere kabul edilmiştir[222].

Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına cumhuriyet savcısının istemi üzerine yetkili sulh ceza hakimi karar verir[223]. Sulh ceza hakimi tutuklama kararını sorgudan sonra verir. Hakim, yakalanarak kendi önüne tutuklama talebi ile gönderilmiş olan şüpheliyi önce CMK 147'de belirtilen usule göre sorguya çeker. Sulh ceza hakimi sorgu sonucunda tutuklama talebini yerinde görürse tutuklamaya, aksi taktirde tutuklama talebinin reddine ve şüphelinin derhal serbest bırakılmasına karar verir[224].

Ayrıca, tutuklama talebinin reddedildiği hallerde ret kararına karşı cumhuriyet savcısının itiraz etmesi durumunda, itiraz merciinin tutuklamaya karar verme yetkisi vardır[225]. (CMK 271)

Kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen yetkili ve görevli mahkeme karar verir. (CMK 101/1) Sanığın sorgusu yapılmışsa, sorgu üzerine tutuklama kararı verilebilir, ancak sorgusu yapıldıktan sonra sanığın bulunduğu bir oturumda tutuklanması talep edilmişse veya mahkeme re'sen tutuklamaya karar verecekse, bu halde tutuklama sebebine ilişkin olarak sanığın savunması alınacaktır[226].

Ceza Muhakemesi Kanununun 101/3 maddesine göre "tutuklama istenildiğinde şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafiin yardımından yararlanır." Bu hüküm emredici nitelik taşıyıp, tutuklamaya konu suçun cezasının alt ve üst sınırı ile bağlı olmaksızın, tutuklamaya sevk edilen tüm şüpheli ve sanıkların avukat yardımı almasını öngörmektedir. Bu nedenle "müdafiin görevlendirilmesi" başlıklı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin üçüncü fıkrası, özel ve emredici nitelik taşıyan m.101/3 karşısında uygulama alanı bulamayacak

---

[222] KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 188.
[223] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 355.
[224] CENTEL, ZAFER, **CMK Teknikleri El Kitabı**, s. 244.
[225] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 356.
[226] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.357.

ve tutuklamaya sevk edilen her şüpheli ve sanık mutlak şekilde müdafiin hukuki desteğinden yararlandırılmak zorundadır[227].

C. Tutuklama Kararının Verilişi ve Gerekçesi

Cumhuriyet savcısı, tutuklama isteminde bulunduğunda mutlaka gerekçe gösterir ve adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağını, hukuki ve fiili yönleri ile açıklar[228]. (CMK 101/1)

Tutuklama kararı mutlaka gerekçeli olmalıdır. Gerekçede kararın verilmesini gerektiren hukuki ve fiili nedenler ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. [229].

02.07.2012 Tarih ve 6352 Sayılı Kanunun 97. maddesi ile değiştirilen 5271 Sayılı Kanunun 101. maddesinin 2. fıkrası gereğince; tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususstaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.

Yasakoyucu, mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olacağına ilişkin anayasal ve yasal hükmü uygulamadaki aksaklıklar nedeni ile tutuklama açısından yeniden vurgulamıştır[230]. Tutuklama kararının gerekçesinin yararı, bir taraftan hakimin karar verirken kendi kendisini denetlemesini, verdiği kararın üst mahkeme tarafından denetlenmesini ve diğer yandan ise, tutuklanan kişinin neden tutuklandığını anlamasını sağlamaktır[231].

Tutuklama kararında, tutuklama sebepleri, buna ilişkin vakıalar, başkaca deliller, iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler, delillerin irdelenmesi, değerlendirilmesi,

---

[227]ŞEN, **a.g.e.** s. 25.
[228]CENTEL, ZAFER, **CMK Teknikleri El Kitabı**, s. 245.
[229]TOROSLU, FEYZİOĞLU, **a.g.e.** s. 221.
[230]CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 357.
[231]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s .191.

karara esas alınan ve reddedilen deliller, dosyadaki hukuka aykırı deliller, açıkça gösterilmelidir[232].

Gerekçe, kararın akla uygun çelişkisiz, inandırıcı açıklaması demektir. Bu nedenle sadece tutuklama nedeninin yani kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunduğunun belirtilmiş olmasıyla karar, gerekçeli yazılmış sayılmaz[233].

Tutuklamanın gerekçeli olması bireylerin keyfi uygulamalarla özgürlüklerinden mahrum olmalarını engeller, ancak tutuklamayı sınırlayan ve keyfi uygulanmasını önlemeyi hedefleyen bu hükümlerin teoride kalıp pratikte uygulamaya geçemediğini görmekteyiz[234].

Uygulamada ihsası rey anlamına gelir diye tutuklama kararları yeterli gerekçeli olarak yazılmamakta, genel olarak kanun metninin tekrarı şeklinde gerekçeler yazılmaktadır. Oysa tutuklama ile ilgili kararlarda " kuvvetli suç şüphesi" kavramının tartışılacak olması, işin esası bakımından değil tutuklama tedbirinin uygulanmasına ilişkin şartlardan birisi olarak dikkate alınmaktadır. Bu nedenle her yargı kararında olduğu gibi tutuklama tedbiri ile ilgili kararlarda da yeterli gerekçeye yer verilmelidir[235].

Sonuç olarak tutuklama kararları gerekçeli olmalıdır. AİHM'de ulusal hukuka göre verilen kararın gerekçeli olup olmadığını denetlemektedir. Gerekçenin denetlenmesinin iki dayanağı vardır. Bunlardan birincisi bir mahkeme tarafından dinlenilme hakkı, diğeri ise tarafsız muhakeme hakkıdır[236].

---

[232]ŞAHİN, **a.g.e.** s. 225.
[233]CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.358.
[234]CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 358.
[235]ŞEN, **a.g.e**. s. 22.
[236]ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, **a.g.e.** s. 412.

D. Şüpheli veya Sanığın Yokluğunda Tutuklama Kararı Verilememesi

Tutuklama kararı yüze karşı verilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iki istisnası dışında sadece "sanığın yüzüne karşı tutuklama kararı vermek" sistemini benimsemiştir. Tutuklama kararının vicahi olarak, sanığın hazır bulunduğu bir ortamda verilmesi öngörülmüştür[237]. İstisna olarak, yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında sulh ceza hakimi veya mahkeme tarafından yokluklarında tutuklama kararı verilebilir[238].

Bu yolla ancak şüpheli veya sanığın savunma hakkının tanınıp kullandırılması sureti ile kişi hak ve özgürlükleri ihlal edilmeksizin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını kısıtlayan tedbirin tatbiki mümkün olabilecektir. Aksi halde, şüpheli /sanık hakkında ifade ya da sorguya başvurmaksızın gıyapta tutuklama kararı verilmesi, savunma hakkını zedeleyecek ve yoklukta verilen tutuklama kararı ile şüpheli ve sanığın hürriyeti kısıtlanabilecektir ki, bunun Anayasa m.36 ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.5 ve m.6 karşısında kabulü mümkün değildir[239].

E. Tutuklananın Durumunun Yakınlarına Haber Verilmesi

Yargıç, tutuklama kararının ve tutukluluk halinin devamı kararının, tutuklunun yakınına veya belirlediği bir kişiye bildirilmesine karar verir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse bu bildirim doğrudan doğruya tutuklu tarafından yapılabilir. Tutuklanan kişinin yabancı uyruklu olması durumunda tutuklama kararı kişinin vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna da bildirilebilir[240].

Yakınlarına bildirme, devlet otoritesinin, en azından özgür bir kişinin haberi olmaksızın, hiçbir iz bırakmadan, bir vatandaşı serbest yaşamdan çekip almasının önlenmesine ve bu şekilde muhakemenin hukuk devleti kurallarına uygun bir şekilde yapılmasının güvencelenmesine yöneliktir[241].

---

[237] KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s . 195.
[238] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 359.
[239] ŞEN, s. 37.
[240] TOROSLU, FEYZİOĞLU, **a.g.e.** s. 221.
[241] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.360.

F. Tutuklama Süresi

Tutukluluğun süresi, yargılamada makul süre ile aynı olmamakla birlikte, muhakemenin makul süre içerisinde yapılıp bitirilmesi ile yakından bağlantılıdır. Anayasa'ya göre tutuklanan kişinin makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı vardır[242]. (AY.m.19/7)

Sanık mahkum olana kadar masum kabul edildiği için, tutuklu olarak geçen sürenin makul olup olmadığının incelenmesi ve makul olmaktan çıktığında, sanığın serbest bırakılması gerekmektedir[243]. Yargı sisteminin ana hedefi ve amacı, masumiyet karinesine saygı göstermek, tutuklama tedbirinin bir istisna olduğunu kabul etmek, mümkünse kişiyi tutuksuz yargılamak, eğer buna imkan yoksa da bir an önce ceza davasını bitirmek ve davayı uzatmamak olmalıdır[244].

Sanığın suç işlediğine dair makul kuşku olması ilk tutuklama için yeterlidir, ancak tutuklamanın devam edebilmesi için, bu kuşkunun kuvvetlenmesi gerekmektedir. Kuvvetli kuşku olması, tutuklamanın devamı için onsuz olmaz koşul ise de tek başına yeterli değildir. Tutuklama süresi uzadıkça, başlangıçta tutuklama için yeterli olan nedenlerin hala devam edip etmediği, her salıvermenin reddinde yeniden yargı makamlarınca incelenmeli ve kararda belirtilmelidir. Örneğin kaçma tehlikesi başlangıçta yeterli neden oluştursa da, kefalet gibi başka önlemler alınabileceğinden, tutukluluk uzatılırken yeterli neden olmaktan çıkabilmektedir[245].

Tutukluluk süresinin hükmedilmesi beklenen ceza kadar sürdürülmesi, suçsuzluk karinesinin ihlali olarak belirtilmektedir. Mesela Wemhoff davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu görüşü kabul etmiştir[246].

Makul süre kavramı kesin olmadığı için temel hak ve hürriyetlerin daha güçlü bir şekilde korunabilmesi için tutuklamada azami süreler öngörülmüştür. Türk hukukunda da yürürlükten kalkan 1412 sayılı CMUK 'da tutuklamada azami süreler

---

[242] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 361.
[243] Sibel İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Şen Matbaa, Ankara, 2007, s. 111.
[244] ŞEN, **a.g.e.** s. 63.
[245] İNCEOĞLU, **a.g.e.** s.111-112.
[246] KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 177.

öngörülmüştür. Buna göre soruşturma evresinde tutukluluk süresi en çok 6 aydır. Kamu davasının açılması halinde bu süre soruşturma evresinde tutuklulukta geçen süre ile birlikte 2 yılı geçemez ancak 7 sene ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın kişisel hallerine göre tutukluluk halinin devamına karar verilebiliyordu[247].

5271 Sayılı CMK'nin 102. Maddesinde ise tutuklulukta geçen süre hakkında aşağıdaki şekildeki düzenleme getirilmiştir:

1- Ağır Ceza Muhakemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

2- Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.

3- Bu maddede öngörülen uzatma kararları, cumhuriyet savcısının, şüphelinin veya sanık ile müdafiinin görüşleri alındıktan sonra verilir.

5271 Sayılı yasa yürürlüğe girdikten sonra sulh cezalık ve asliye cezalık suçlarda tutukluluk süresi 5271 sayılı yasaya göre belirlenmiştir. Ağır cezalık suçlarda ise madde 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

CMK 252. maddenin 2. fıkrasına göre " 250. maddenin birinci fıkrasının c bendinde öngörülen suçlar bakımından, Kanun'da öngörülen tutuklama süresi iki kat uygulanır." Kanunkoyucu, terör suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmada azami sürenin iki kat olarak uygulanmasını öngörmüştür[248]. Ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi iki yıl olarak düzenlenmiştir. Zorunlu hallerde sürenin uzatılması mümkündür, kanun uzatma süresini üç yıl olarak belirlemiştir. Burada normal süre ve uzatma süresi toplamının mı, yoksa yalnızca uzatma süresinin mi

[247] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.361.
[248] ŞEN, **a.g.e.** s.31.

üç yıl olduğu tartışılmaktadır[249]. Uygulamada 2011 Ocak ayından itibaren ağır cezalık suçlarda tutukluluk süresi 2+3 yıl olarak yani toplamda 5 yıl, CMK madde 250/1 c kapsamına giren işlerde bu süre on yıl olarak uygulanmaktadır.

Tutukluluğun normal olarak uzayabileceği süreyi kanunun göstermesi yerinde olmuştur. Zira herkesin makul sürede yargılanma hakkı vardır. Bunun dışında tutuklunun da makul süre içinde yargılanma hakkı vardır[250].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, tutuklanan kişinin makul bir süre içinde muhakeme edilme ve adli bir soruşturma sırasında serbest bırakılma hakkını içeren madde 5/3 hükmünü belli bir tutukluluk süresi bulunması gerektiği biçiminde yorumlamamakta, somut olayın özelliklerini göz önüne almaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'ye üye ülkelerin hukuk sistemlerinde tutuklama için sınırlandırıcı bir süre bulunması, Sözleşme açısından şart değildir.

Karşılaştırmalı hukukta tutuklama için üst sınır öngören ülkeler olduğu gibi bunu öngörmeyenler de vardır. Örneğin Belçika, Danimarka ve Norveç hukuk sistemlerinde, tutuklama için bir üst sınır öngörülmüş değildir. Buna karşılık İsviçre, Alman, Avusturya, İtalyan ve Polonya hukuk sistemlerinde tutuklama için üst sınır öngörülmüştür[251].

G. Tutuklama Tedbirinin Devam Zorunluluğunun Araştırılması

Tutuklama tedbirinin uygulanmasını gerektiren şartlar ortadan kalktığında, tedbire de son verilmelidir. Bu nedenle tutukluluk hali devam ettiği sürece, tutuklamayı gerektiren şartların varlıklarını devam ettirip ettirmediği, düzenli olarak incelenmelidir[252]. Şüpheli tutuklandıktan sonra delil durumu değişebilir. Ortaya yeni delil çıkabilir. Suçun mahiyeti değişmiş veya sanığın delilleri karartma ihtimali ortadan

---

[249]Metin Feyzioğlu, Güneş Okuyucu Ergün. ``Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre'' [http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-01/AUHF-2010-59-01-feyzioglu-okuyucu-ergun.pdf] AÜHFD, 2010, 59, 1, (08/04/2012), s.43.

[250]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 206.

[251]CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 362-363.

[252]TOROSLU, FEYZİOĞLU, **a.g.e.** s. 223.

kalkmış olabilir. Bu nedenle tutukluğun devam edip etmeyeceği hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde incelenecektir[253].

Kanun (CMK 108) tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda kendiliğinden denetim yapılmasını emretmektedir. Soruşturma aşamasında savcı otuzar günlük süreler içinde sulh ceza hakiminden inceleme talep eder[254]. Ancak şüphelinin de talepte bulunması mümkündür[255]. Soruşturmanın sonunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilirse, şüpheli serbest kalacaktır. (CMK 103/2) 11.04.2013 tarihinde kabul edilen 6459 Sayılı Kanunun 16. maddesi ile CMK'nin 108. maddesine eklenen hüküm gereği soruşturma aşamasında tutukluluk durumunun değerlendirilmesi ile ilgili talepler üzerine sulh ceza hakimi tarafından şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilecektir.

Kovuşturma evresinde, tutukluluk halinin devam edip etmeyeceğini mahkeme (hakim) inceler. Bu inceleme her oturumda yapılabileceği gibi; koşullar gerektiğinde oturumlar arasında veya 30'ar günlük süreler içinde re'sen yapılabilir. Mahkeme, tutuklamanın gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, re'sen sanığı serbest bırakır[256].

H. Tutuklama Kararına veya Tutukluluğa İlişkin Kararlara İtiraz

CMK m. 104'te şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilme talebinde bulunabileceği ve talep üzerine karar verecek merciler düzenlenmiştir. Buna göre soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında sanık, her zaman salıverilme talebinde bulunabilir.

CMK m. 105'e göre 103. ve 104. maddeler uyarınca yapılan istem üzerine, merciince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiin görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulamasına karar verilir. 11.04.2013 tarihinde kabul edilen 6459 Sayılı Kanunun 15. maddesi ile CMK'nin 105.

---

[253]Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2007, s.316.
[254]KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 203.
[255]TOROSLU, FEYZİOĞLU, **a.g.e.** s. 223.
[256]CENTEL, ZAFER, **CMK Teknikleri El Kitabı**, s. 250.

maddesine eklenen hüküm gereği duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya müdafiinin görüşü alınmaz.

Soruşturma evresindeki yargılama makamı kararları, yargıçlık makamı niteliğindedir. Dolayısıyla bu evrede verilen tutuklama kararına ve tutuklamanın devamı kararına şüpheli, müdafi, şüphelinin yasal temsilcisi ve eşi tarafından itiraz edilmesi mümkündür. (CMK 260/1, 262) Sulh ceza yargıcınca soruşturma evresinde verilen tutuklama talebinin reddi ve tutuklama kararının geri alınması kararlarına karşı ise savcı ve suçtan zarar gören itiraz edebilir[257].

11.04.2013 tarihinde kabul edilen 6459 Sayılı Kanunun 20. maddesi ile CMK'nin 270. maddesine eklenen 2. fıkra gereği 101. ve 105. maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş şüpheli, sanık veya müdafiine bildirilir. Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir.

Kovuşturma aşamasında ise mahkeme kararlarına karşı itiraz edilebilecektir. İtiraz, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren 7 gün içinde yapılır. Kararı veren makama itirazı gösteren bir dilekçe verilir. Kararma itiraz edilen hakim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmez ise en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili mencine gönderir[258]. İtirazı incelemeye yetkili merci de en kısa süre de kararını vermelidir. Yasada öngörülen bu süreler içinde hüküm verilmemesi, bundan kaynaklanan tüm maddi ve manevi zararların devletten istenmesi hakkını doğurur[259].

İ. Tutuklunun Müdafi ile Yazışma ve Görüşme Hakkı

Tutuklu, müdafi ile her zaman görüşebilir ve mektuplaşabilir; söz konusu yazışma ve görüşmeler denetlenemez. Yasa'da şüpheli veya sanığın, vekaletname aranmaksızın müdafi ile her zaman ve konuşulanların başkalarının duyamayacağı bir

[257] TOROSLU, FEYZİOĞLU, **a.g.e.** s. 224.
[258] CENTEL, ZAFER, **a.g.e.** s.264.
[259] CENTEL, ZAFER, **CMK Teknikleri El Kitabı**, s. 249.

ortamda görüşebileceği, bu kişilerin müdafi ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı açıkça gösterilmiştir[260]. (CMK m. 154; CGİK m.114/5)

AİHM kararlarına göre sanığın müdafi ile sadece ilk görüşmesi sırasında polis memurunun bulunması dahi savunma haklarını etkili bir biçimde kullanma hakkına aykırı olabilmektedir. Tutuklu bulunan kimsenin müdafi ile görüşmelerinin delilleri karartma şüphesi ile sorgu hakimi önünde yapılması yönünde sınırlanması dahi aykırılığa yol açabilmektedir[261].

J. Adli Kontrol Kararı Vererek Serbest Bırakma

Cumhuriyet savcısının, hakkında tutuklama kararı verilmiş olanın müdafiinin, şüphelinin, adli kontrol altına alınarak serbest bırakılması istemleri (CMK 103/1) veya şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmelerini istemeleri (CMK 104/1) üzerine mercice, cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiinin görüşü alındıktan sonra üç gün içerisinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulanmasına karar verilir. Adli kontrol kararı itiraz merciince de verilebilir[262].

Oranlık, sadece tutuklama kararı verilirken değil, tutukluluk halinin devamı süresince de göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir. Tutuklama, tutuklama kararının verildiği sırada ölçülü bir tedbir olmakla beraber, daha sonra ölçüsüz bir tedbir haline gelebilir. Bu halde ise haksız tutuklama söz konusu olur. Bu durumda 103. madde uyarınca, tutukluluk hali devam eden şüpheli hakkında oranlılık ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapılarak adli kontrol tedbirinin uygulanmasına, yani tutuklama tedbirinin adli kontrole dönüştürülmesine karar verilebilir[263].

Adli kontrol, şüpheli veya sanığın CMK 109/3 maddesinde öngörülen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir. CMK ölçülülük ilkesine büyük önem

---

[260] CENTEL, ZAFER, **CMK Teknikleri El Kitabı**, s. 252.
[261] İNCEOĞLU, **a.g.e.** s. 55.
[262] KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 212.
[263] ŞAHİN, **a.g.e.** s. 235.

vermiştir. Kanun'da tutuklamaya son çare olarak başvurulması amacı ile adli kontrol tedbirinin uygulanmasına olanak sağlayan yeni düzenlemeler yapılmıştır. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü değil ise, tutuklama kararı verilememektedir[264].

Adli kontrolün CMK'da düzenlendiği yer, CMK m.100`deki "ölçülü olma" kriteri, CMK 109/1'deki düzenleme birlikte dikkate alındığında, adli kontrolün amacı, tutuklamanın amacı ile aynıdır. Bu amaç, şüpheli veya sanığın kaçmasını ve delilleri karartmasını önleyerek muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlamak ve muhakeme sonunda verilecek kararın infazını mümkün kılmaktır[265].

K. Adli Kontrol Tedbiri Kapsamındaki Yükümlülükler

Adli kontrol tedbiri kapsamında, şüpheli veya sanığın tabi olacağı yükümlülükler, CMK 109. maddenin 3. fıkrasında dokuz bent halinde sayma yöntemi ile gösterilmiştir. Adli kontrol tedbirleri birey hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıdığından ve birey hak ve özgürlükleri de ancak kanun ile sınırlanabileceğinden (Anayasa 13. madde), kanunda sınırlı olarak sayılmış tedbirlerden başkasına karar vermek mümkün değildir[266].

Bu yükümlülükler şu şekildedir;

- Yurt dışına çıkamama

- Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurma

- Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslek uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uyma

---

[264]Burhan Caner Hacıoğlu, ''5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'unda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Tedbiri Üzerine Bir İnceleme'', **AÜEHFD**, Cilt. 9. S. 1-2, 2005, s. 168.

[265]Neslihan Coşkun, ''Adli Kontrol'', **HPD**, S. 3, Nisan 2005, s. 86-87.

[266]Mahmut Koca, ''Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi'', **DEÜHFD**, Cilt 5, S. 2, 2003, s. 133.

– Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamama ve gerektiğinde kaleme makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etme

– Uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacı ile, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olma ve bunları kabul etme

– Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırma

– Silah bulundurmama veya taşıyamama, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etme

– Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hakim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere ayni veya kişisel güvenceye bağlama

– Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence verme

02.07.2012 Tarih ve 6352 Sayılı Kanunun 98. maddesi ile 5271 Sayılı Kanunun 109. maddesinin 3. fıkrasına üç bent halinde;

– Konutunu terk etmemek

– Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek

– Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek

şeklinde tedbirler de eklenmiştir.

Bu tedbirlere tutuklama kararı verildikten sonra başvurulabileceği gibi, ilgili kişi hiç tutuklanmadan, bu tedbirlere başvurulabilecektir.

Yurt dışına çıkamamak yükümlülüğüne karar verilmesi halinde mahkemesince bu karar cumhuriyet başsavcılığına ve onun aracılığı ile kolluğa bildirilmekte, bu suretle kişinin yurt dışına çıkmama yükümlülüğüne uyması temin edilmiş olmaktadır. Bu çerçevede ilgili kişiden pasaport veya yurt dışına çıkmaya yarayan diğer belgeler alınmakta, bu konuda bir başvuru var ise işlemin yürütülmemesi sağlanmaktadır[267].

Adli kontrol tedbirinin uygulanması açısından kanunda bir üst sınır belirlenmemiştir. Bununla birlikte bir koruma tedbiri olması nedeni ile adli kontrol geçici olup, bunu haklı kılan şartlar ortadan kalkınca veya muhkeme bir hüküm ile sona erince tedbire son vermek gerekir[268].

L. Güvence Gösterilmesi

Güvence gösterilmesi, Ceza muhakemesinde tutuklama kararı verilmesinin veya tutuklama kararının infazını engelleyen alternatif kurumlardan birisidir. Hakim, sanığın güvenceyi yakmak yerine kaçmamayı tercih edeceğini tahmin ettiği bir miktarı güvence olarak belirler (CMK m. 113) Güvence gösterilmesi, adli kontrol yükümlülüklerinden birisidir. Ancak bu yükümlülük diğer adli kontrol yükümlülüklerinden kapsamlı olarak düzenlenmiştir[269].

Güvencenin miktarı ve konusu hakkında Kanun, hakime takdir yetkisi tanımıştır. Güvencenin konusunun para veya para yerine geçebilen kıymetli kağıtlar olduğu belirtilmektedir.[270]

Şüpheli veya sanık bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunmasını ve kanunda gösterilen sıraya göre belirli ödemelerin yapılmasını sağlamak amacı ile güvence göstermeye zorlanabilmektedir. Şüphelinin gösterdiği güvenceden, kanunda gösterilen sıraya göre katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve

---

[267]Mahmut Koca, ''Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurt Dışına Çıkarmama'', **AÜEHFD**, Cilt 7, S. 1-2, 2003, s. 162 .
[268]ŞAHİN, **a.g.e.** s.340.
[269]CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 385.
[270]HACIOĞLU, **a.g.m.** s. 170.

eski haline getirme, şüpheli veya sanık nafaka borçlarını ödememeleri nedeni ile kovuşturuluyorsa, nafaka borçları, kamusal giderler ve para cezalarına ilişkin ödemelerin yapılması sağlanmaktadır[271].

M. Haksız Tutuklamadan Doğan Zararın Tazmini

Hiçbir hukuk düzeni kusursuz değildir. Her hukuk düzeninde hatalı işlemler yapılmış ve hatta yanlış mahkumiyet kararları verilmiş olabilir. Bunlardan doğan zararların, devlet tarafından giderilmesi gerekir. Ceza davası kamu yararına açıldığından bu tür zararları da kamu adına devlet yüklenmelidir. Böylece devlet, hukuk kurallarını ihlal eden kendisi olduğunda yaptırıma kendisi katlanmış ve bireylere örnek teşkil etmiş olacaktır[272].

Kamu görevlilerinin kanunda öngörülen bazı yükümlülükleri çeşitli sebep ve gerekçelerle yerine getirmemiş olmaları dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerine koruma tedbirine başvurulması dolayısıyla müdahale edilmiş bulunan kişiler, maddi ve manevi zarar görmüş olabilirler. Bu nedenle Devlet, Anayasanın 19/son, ve 40/3 maddeleri uyarınca hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, kişilerin bu yolla uğradığı her türlü maddi ve manevi zararları tazminat hukukunun genel prensiplerine göre karşılamayı üstlenmiştir. (CMK 142/6) Böylece, bu zararların makul bazı zararlar belirleyerek görünüşte değil gerçekten tazmini amaçlanmıştır[273].

Tutuklamanın haksızlığının veya hukuka aykırılığının sonuçlarını telafi edici olarak ilk akla gelen mağdurlara bir miktar para ödenmesidir. Zarardan sorumlu olmak demek onu tazminle yükümlü olmak demektir[274].

Haksız tutuklama, bu tedbire başvurulurken hukuka aykırı olabileceği gibi hukuka uygun şekilde bu tedbirlere başvurulmakla birlikte, sonradan ortaya çıkan yeni durumlardan dolayı gerçek suç sanığının ortaya çıkması veya suçunu inkar eden sanığın

---

[271] COŞKUN, a.g.m. s. 88-89.
[272] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s .431.
[273] ŞAHİN, **a.g.e.** s. 279.
[274] Hakan Hakeri, **Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat verilmesi**, 1.Baskı, Seçkin Yayın Evi, Ankara, 1999, s. 19.

suçunu işlediğini kanıtlayan delillerin bulunamaması gibi sebeplerle sonradan hukuka aykırı bir görünüme bürünebilmektedir. Tutuklamaya ilişkin kurallara uymaksızın ya da uymakla birlikte uygulanan tedbirin kovuşturmaya yer olmadığı kararı, beraat kararı veya sadece para cezasına çarptırılma gibi nedenlerle yersiz olduğunun sonradan anlaşıldığı hallerde başvurulan tutuklamaya haksız tutuklama denilmektedir[275].

5271 sayılı Yasa'da, koruma tedbirlerine başvurmasından kaynaklanan haksızlıkların giderilmesi için verilecek tazminata ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu yasadan önce bu konu 07/05/1964 gün ve 466 sayılı kanun dışı yakalanan ve tutuklanan kimselere tazminat verilmesi hakkında kanun ile düzenlenmiştir[276].

CMK 141/1 de diğer koruma tedbirleri ile birlikte hangi hallerde haksız tutuklamadan doğan zararların tazminin istenebileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kanunlarda belirtilen koşullar dışında tutuklanan veya tutukluluğun devamına karar verilen, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklardan yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılanma merci huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, kanuna uygun olarak tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilen, mahkum olup da tutuklulukta geçirilen süreleri hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeni ile zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan, tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine yazılı veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözlü açıklanmayan ve tutuklamaları yakınlarına bildirilmeyenler maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebileceklerdir[277]. 6459 Sayılı Kanunun 17. maddesi ile CMK 141. maddeye eklenen bent ile yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkanlarından yararlandırılmayan kişinin de tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Aynı Yasanın 18. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 144. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi yürürlükten kaldırılmış böylece haksız olarak

[275] HAKERİ, **a.g.e.** s. 20.
[276] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 431.
[277] CENTEL, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 431.

göz altına alınmış veya tutuklanmış olanların gözaltında veya tutuklulukta geçirdikleri süre başka bir hükümlülüklerinden indirilse de tazminat talep etmelerinin önü açılmıştır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ' NDE TUTUKLAMA

Ceza muhakemesi hukuku açısından bir koruma tedbiri olan tutuklamanın hakkında henüz bir mahkumiyet kararı verilmemiş olan şüpheli veya sanığın zorunlu hallerde hakim kararı ile özgürlüğünden yoksun bırakılması olup bunun da CMK 100 ve devamı maddelerinde düzenlendiği yukarıda belirtilmişti. Tutuklama, kişi özgürlüğünün ortadan kalkmasına neden olduğu için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni de yakından ilgilendirmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde bir kimsenin suç işlediğinden şüphelenmek için yeterli sebep varsa yahut bir suç işlemesine veya suç işledikten sonra kaçmasına engel olmak amacı ile yetkili hakim önüne çıkarılmak üzere hakkında yakalama ve hürriyetinden yoksun bırakılma kararı verilebileceğinin düzenlendiği yukarıda anlatılmıştı. Buradaki özgürlüğünden yoksun bırakılma kavramı ceza muhakemesi hukuku anlamındaki tutuklamadan(detention on remand) daha geniş bir kavramdır. Ancak tutuklamayı da içine almaktadır. Yukarıda 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi gözaltı ve yakalama açısından değerlendirilmiştir. Burada tutuklama açısından ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Ayrıca AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen 5. maddenin 1. fıkrasının c bendine göre yakalanan kişinin derhal bir hakim veya yargı gücünü kullanmaya yasa ile yetili kılınmış merci önüne çıkarılması ve herkesin makul bir süre içinde yargılanma veya yargılanıncaya kadar salıverilme hakkı da tutuklama ile ilgilidir.

Sözleşme' nin 5. maddesinin 4. fıkrası yakalananların ve tutuklananların yakalama ve tutuklanmasının kanunsuzluğunu iddia ederek salıverilmelerini mahkemeden isteyebileceklerini düzenlerken tutuklunun yararlanabileceği bir hakkı ortaya koymaktadır.

AİHS' nin 5. maddesine aykırı olarak yakalanan ve tutuklananların tazminata hakkı olduğu beşinci maddenin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir.

Koşulları bulunmadığı halde bir kimsenin kanuna aykırı olarak tutuklanması ve tutuklu haklarına aykırı davranması sözleşmenin 5. maddesini ihlal eder. Tutuklama yasağı bulunan hallerde, bu yasağa aykırı olarak tutuklama kararı verilmesi de aynı sonucu doğurur. Keza tutukluluk halinin devamı kararları, AİHM tarafından Sözleşme' nin 5. maddesi çerçevesinde ele alınıp incelenmektedir. Buna karşılık tutukluya yapılan kötü muameleler ölüm ile sonuçlanmış olup olmamasına göre 2 veya 3. maddeleri kapsamında değerlendirilmektedir[278].

A. Tutuklamanın Hukuka Uygun Olması

Yukarıda AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde bahsedilen hukuka uygunluk koşulları elbette burada da kullanılacaktır. AİHM Jecius/Litvanya davasında, kişinin belirli bir yasal dayanak olmaksızın alıkonulmasının, kişinin sınırsız bir süre adli bir denetim olmaksızın özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği sonucu ile tutuklunun durumu hususunda belirli kurallar olmaması nedeni ile AİHS ve hukukun egemenliği arasındaki ortak yol olan kanuni kesinlik ve keyfilikten koruma ilkelerine aykırılık olduğuna karar vermiştir[279].

AİHM Boicenco/Moldova davasında, ulusal hukuk mevzuatına uygun olmayan tutuklama kararının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir. Davada ilgili hükümet 23/07/2005 tarihli tutuklama emrini, süresinin dolmasının ardından başvuranın tutukluluğunun yasal dayanağını teşkil ettiğini ileri sürdüğü ceza usul kanununun bazı maddelerini ileri sürmüştür. AİHM hükümetin ileri sürdüğü bu maddeleri incelemiş ve maddelerin hiç birisinin tutuklama emri olmaksızın ilgili kişinin tutuklanmasını öngörmediğini, ayrıca bu maddeler bu şekilde yorumlansa bile ülke anayasasının tutuklamanın yalnızca emre dayalı olması halinde mümkün olduğunu ve otuz günden fazla süremeyeceği hükmüne aykırı olacağını, zira ilgili ülke anayasasının 25. maddesinin tutuklu yargılamanın ancak mahkeme emrine dayandığı takdirde

[278] CENGİZ ve diğerleri, **a.g.e.** s. 38.
[279] AİHM Kararı, Jecius/ Litvanya, 31/07/2000, no: 34578/97.

uygulanabileceğini düzenlediğini, dolayısıyla tutuklama emrinin süresi dolduktan sonra başvuranın yeniden tutuklanmasının hukuka uygun olmadığına karar vermiştir[280].

AİHM, ayrıca tutukluluk durumunda şüphelinin suçu işlediğine dair makul şüphenin varlığını da tutuklamanın AİHS'ne uygun olup olmadığını tayin etmek amacı ile değerlendirmiştir. Labita/İtalya davasında, Mahkeme, şüpheli hakkında soruşturma başlangıcında itirafçının verdiği ifadeler ile tutuklama kararı verilmesini makul karşılarken, itirafçının ifadelerinin soruşturmanın devamında, özellikle açığa çıkarılamayan bir delil kalmadığında, tutuklamanın makul kabul edilebilmesi için gerekçe oluşturamayacağını belirtmiştir[281].

AİHM, verdiği kararlarında makul şüphenin tutuklama kararının verildiği anda mevcut olmasını yeterli kabul etmiştir. İlgilinin yargılama sonucunda beraat etmesinin tek başına tutuklamanın sözleşmeye aykırı olduğunu göstermeyeceğini belirtmiştir. N.C/İtalya davasında tutuklama kararı verildiğinde yetkili makamların haberdar oldukları unsurların, suçu başvuranın işlediğine inanmak için yeterli olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiş ve olayda bu unsurları incelemiş ve yetkili makamların vardığı makul olmayan ya da keyfi bir sonucun bulunmadığını, bu nedenle yetkili makamların değerlendirmeye aldıkları unsurların söz konusu tarihte başvuranın suçu işlediğine inanmak için yeterli olduğuna karar vermiştir[282].

AİHM, Murray/İngiltere davasında şüphede dürüstlük ve iyi niyet ilkelerinin aranmasının şüphenin makul olmasında ayrılmaz bir unsur olduğuna işaret etmiştir. Söz konusu şüphenin makul olabilmesi için şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki olması gerekir. Dolayısıyla söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek fiillere ait kanıt, belge ya da bu tür adli 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 etkenler)

---

[280] AİHM Kararı, Boicenco/Moldova, 11/07/2006, no: 41088/05.

[281] AİHM Kararı, Labita/İtalya, 06/04/2000, no: 26772 /95, Bu davada AİHM, Trapani bölge mahkemesi ve Palermo temyiz mahkemesinin başvuranın beraatına ilişkin kararlarında doğruladıkları gibi, başvuranın, itirafçının, kulaktan dolma verdiği bilgileri destekleyen hiç bir delil olmadığını, ayrıca itirafçının beyanlarının, soruşturma sürecinde başvuranı tanımadıklarını söyleyen itirafçıların beyanları ile çeliştiğini belirtmiş, dolayısıyla başvuranın tutukluluk halinin 2 yıl 7 ay sürmesinin 5. maddenin 3. fıkrasına aykırı olduğuna karar vermiştir.

[282] AİHM Kararı N.C/İtalya 18/12/2002 no: 24952/94.

diğer önyargılara dayandırılan bir gerekçe ile özgürlükten mahrumiyet gerçekleştirilemez[283].

Yalnızca özgürlüğünden mahrum edilen kişi ve bir suç teşkil edebilecek olaylar arasında bir ilişki olduğunun değil aynı zamanda bu olayların iddia edilen suç kapsamına girdiğini gösteren bulgulara da ihtiyaç vardır. Bu durum özellikle yeni ya da pek bilinmeyen suç türleri için sorun yaratabilmektedir. Ancak belirli bir fiilin yasaklanmasına dair kanun hükmünün özellikle sıra dışı bir şekilde yorumlanması da şüphenin makul olmadığı sonucuna varılmasına yol açabilir[284].

AİHM tutuklama ve tutukluluğun devamının iç hukukta mecburi kılındığı hallerde AİHS'ne aykırılık oluştuğuna karar vermiştir. Örneğin, Caballero/İngiltere davasında mahkeme başvuranın yargılama sürecinde iç hukuktaki bir yasal düzenleme sebebi ile kefalet ile serbest bırakılma talebinin otomatik olarak reddedilmesini AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali olduğuna karar vermiştir[285].

Yine Boicenco/Moldova davasında AİHM, Moldova Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 191. maddesi gereğince 10 yıldan fazla süreli hapis cezası öngörülen kasıtlı suçlardan yargılananların tutuksuz yargılanmasının mümkün olmamasını, AİHS'nin 5/3 maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir[286].

---

[283] MACOVEİ, a.g.e. s.25, 28/10/1994, tarihli Murray/ İngiltere davası *no: 14310/88* AİHM, hükümetin başvuranın silah alımı için para topladığı suçunu işlediğinden makul kuşku duymak için güçlü şüpheler bulunduğunu, bu bilgilerin bir kısmının gizli kaynaklardan elde edildiğini, yine başvuranın ABD'de İRA'ya silah alımından mahkum olan kardeşleri ile ilişkisi bulunduğunu, yakın zamanda ABD'yi ziyaret edip, kardeşleri ile görüştüğü iddiası ile ilgili olarak, hürriyetin kısıtlanması konusunda kuşkunun düzeyi bakımından yapılan sorgunun amacının, hürriyeti kısıtlamanın dayandığı somut kuşkuyu teyit etmek veya gidermek suretiyle soruşturmayı ilerletmek olduğu, bir olayda makul kuşkunun bulunup bulunmadığının her olayın özel şartlarına dayandığını, hükümetin başvuran hakkında kuşku duyulmasını gerektiren gizli ve fakat güvenilir kaynaklardan elde edilen bilgiler bulunduğu yolundaki açıklamasının inandırıcı olduğunu, başvuran hakkındaki kuşkuyu haklı göstermek için var olan olguların terör suçlarının soruşturulmasındaki güçlükler dikkate alındığında, başvuranın terör örgütü İRA 'ya silah alımı için para topladığından kuşkulanmak için objektif ve ikna edici yeterli olay ve bilgi bulunduğunu belirtip suç işlediğinden makul kuşku duyulması koşulunun ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

[284] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 26.

[285] AİHM Kararı, Caballero/İngiltere, 08/02/2000, no: 328/9.

[286] AİHM Kararı, Boicenco / Moldova, 11/07/2006, no: 41088/05.

B. Yargılama Öncesi ve Yargılama Esnasında Tutma İhtiyacı

Her ne kadar bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişi hakkında cezai takibat başlatmak ya da, bir suçun işlenmesini önlemek, ilk bakışta şüphelilerin özgürlüklerinden mahrum edilmelerinde haklı bir gerekçe olarak görülebilse de bu durum bu amaçla başlatılmış bir mahrumiyet tedbirinin sürdürülmesi için yeterli bir mesnet teşkil etmez. AİHM müteaddit olarak bir şüphenin mevcudiyetinin esas olduğunu, ancak belli bir süre geçtikten sonra kişinin alıkoyulma halinin uzatılması için yeterli olmadığını belirtmiştir. Kişinin yargılanması devam ederken alıkoymanın sürmesi de yalnızca özgürlükten mahrumiyet tedbiri ile ilgili, bir ya da birden fazla makul ve yeterli gerekçe olması ile mümkündür[287].

AİHM bir suç işlediğine dair hakkında hala makul şüphe bulunan bir kişinin yargılama öncesi alıkoyulma halinin devamına ilişkin dört gerekçe belirtmiştir. Bu gerekçeler kişinin kaçma riski, yargı sürecine müdahale riski, suçu önleme ihtiyacı, kamu düzenini muhafaza etme ihtiyacıdır.

Bir kişinin özgürlüğünden mahrumiyet halinin devamı uygulamasını haklı göstermek için yukarıda belirtilen gerekçelerin bir ya da bir kaçının kullanılması, bu gerekçelerin ancak kişinin durumuna gerçekten uygulanabileceğinin yeterli ve açık bir şekilde ortaya konmasından sonra geçerli olması esastır. Bu gerekçelerin hiç birinin geçerli olmaması halinde ise 5. maddenin 3. paragraf hükümleri çerçevesinde kişinin tahliye edilmesi gerekir[288].

a-) Kaçma Tehlikesi

AİHM çeşitli kararlarında kaçma tehlikesinin yalnızca muhtemel suçun ciddiyetine göre değil; kaçma tehlikesinin mevcudiyetini doğrulayan veya kişiyi gözaltına alacak kadar büyük olmadığını gösteren diğer etkenler de göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini; bu bağlamda özellikle; ilgili kişinin karakteri, ahlaki

---

[287] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 27.
[288] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 28.

yapısı, mal varlığı, aleyhindeki takibatta bulunan devlet ile bağlantıları ve uluslararası bağlantılarının da göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir.[289]

AİHM Wemhoff/Almanya davasında "kaçma tehlikesinin bulunması için, kaçmanın yaratacağı ve doğuracağı riskin, kişiye tutukluğunun devamına göre daha hafif görünmesini sağlayan bütün şartlar bulunmalıdır. Kaçma tehlikesi tek başına mahkumiyeti halinde alması muhtemel cezaya dayandırılamaz. Kişinin karakteri, ev durumu, mesleği, mal varlığı gibi hususlar bu durumu değerlendirirken göz önünde bulundurulmalıdır." şeklinde karar vermiştir[290].

AİHM, çok ağır bir cezanın beklenebilecek olmasını tek başına alıkoyma halinin devamım haklı çıkarmayacağım müteaddit davalarda açıklamıştır[291].

Mamedova/Rusya davasında AİHM, başvuranın suç ortağının kaçmış olmasının tutuklunun kaçma riskinin değerlendirilmesinde belirleyici bir faktör olamayacağını, kaçma tehlikesinin değerlendirilmesinde, ilgilinin şahsi durumunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu davada, ulusal mahkemelerin, başvuranın sürekli olarak kaçma eğiliminde olduğunu haklı çıkaracak bir karaktere ya da davranışa sahip olup olmadığını değerlendirmedikleri tespit edilmiştir. Diğer yandan başvuran sürekli olarak kaçma riskini azaltan deliller ileri sürmüştür. Buna rağmen mahkemeler, başvuranın sabıka kaydı olmadığını, daimi bir adresi ve işi, istikrarlı bir yaşam tarzı, iki küçük çocuğu olduğu ve babasının çok ciddi hasta olduğuna dair iddiaları dikkate almamıştır. Ayrıca dairesinin aranmasının ardından başvuranın kaçma fırsatı olmasına rağmen soruşturma yapan kişinin kontrolünde kaldığı değerlendirilmemiştir. Bu durumda AİHM kaçma riskinin mevcudiyetinin tespit edilemediği sonucuna varmıştır[292].

Punzelt/ Çek Cumhuriyeti davasında, Çek Cumhuriyeti Mahkemeleri, başvuranın daha önce Almanya'daki soruşturmadan kaçtığını, yurt dışında çok sayıda iş bağlantıları olduğunu ve başvuranın nispeten ağır bir ceza alma olasılığını ileri sürerek

---

[289] CENGİZ ve diğerleri, **a.g.e.** s.42.

[290] AİHM Kararı, Wemhoff/Almanya, 27/06/1968, no: 2122/64, par. 14.

[291] MACOVEİ. a.g.e. s. 29, bknz. AİHM Kararı, Matznetter /Avusturya 10/11/1969 *no: 2178/64*; AİHM Kararı Letellier/Fransa 26/06/1991 *no: 12369/86*, AİHM Kararı W/İsviçre 26/01/1993 *no: 14379/88;* AİHM kararı, Yağcı Sargın/Türkiye 08/06/1995 no: 16419/90 ; 16426/90 ve AİHM Kararı Muller/ Fransa 17/03/1997 no: 21802/93.

[292] AİHM Kararı, Mamedova/Rusya, 01/06/2006, no: 7064/05.

kişinin kaçma şüphesinin varlığını kabul etmişlerdir. AİHM bu değerlendirmenin yeterli ve uygun olduğuna karar vermiştir[293].

Kişinin ailevi sebeplerden kalmak zorunda olduğu ya da en azından kaçması ihtimalinin düşük olduğunun düşünüldüğü durumlar olabilir. Ayrıca kişinin karakterinden, ahlak anlayışından, statüsünden ve sorumluluklarından, geride bırakmak zorunda kalacağı varlığı, geçmişte serbest bırakıldığında gösterdiği güvenilir tavırlar ve adli kovuşturmaya katılmasını sağlamak için verilen teminatlardan kaynaklanan sebeplerden ötürü kaçma riski düşük olabilir. Tüm unsurlar, (hem kaçmak hem de kaçmamak ile ilgili) dikkate alındıktan sonra genel bir risk değerlendirmesi yapılması gerekir[294].

b-) Yargı Sürecine Müdahale Riski

Yargı sürecine müdahale riski, yargı görevini yürüten herkesin paylaştığı meşru bir endişe olup bu sebeple bir kişinin alıkoyma halinin devamına karar verilmesi şaşırtıcı değildir. Sanık durumunda olan bir kişi, serbest bırakılmasından istifade ederek, şahitlere aleyhte tanıklık yapmamaları konusunda baskı uygulama, soruşturmaya alınabilecek diğer kişilere taktik verme, davaya karışan herhangi bir kişiye sorgulamada ne tür cevaplar vermesi gerektiği konusunda hileye başvurma ve hatta çeşitli belge ve diğer somut kanıtları imha etme veya tahkikatı kesintiye uğratacak başka yöntemlere başvurma yolu ile kendisi aleyhine bir dava açılmasını engelleyebilir[295].

Letellier / Fransa davasında yargılamanın ilk aşamasında şahitlere baskı uygulanması konusunda ciddi risk olduğu kabul edilmiş, ancak bu riskin daha sonra azaldığı ve zaman içinde fiilen ortadan kalktığı belirtilmiştir[296].

I.A./Fransa davasında AİHM tanıklara yapılan baskı ve yok edilen delillerin başlangıçta başvuranın tutukluluğunu haklı göstermesine rağmen davadaki az sayıdaki

---

[293] AİHM Kararı, Punzelt/Çek Cumhuriyeti, 25/04/2000, no:31315/96.
[294] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 30.
[295] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 31.
[296] AİHM Kararı, Letellier /Fransa, 26/06/1991, no:12369/86.

görgü tanığının sorgulanması ve soruşturmanın ilerlemesi ile birlikte bu riskin azaldığını belirtmiştir[297].

Mamedova/Rusya davasında da AİHM soruşturmanın ilk aşamalarında başvuranın yargılama sürecine müdahale etme riskinin tutuklu kalmasını haklı gösterdiğini, ancak deliller toplandıktan sonra, bu gerekçenin geçersiz hale geleceğini belirtmiştir[298].

W/İsviçre davasında, davanın istisnai içeriği (60 şirketin yönetimini ilgilendiren bir dolandırıcılık suçu), el konulan belgelerin çok sayıda ve kasıtlı olarak karışık tutulmuş olması, çok sayıda şahidin ifadelerinin alınmasının gerekmesi, başvuranın sistematik olarak salıverilme öncesi ve sonrası sorumlu tutulmasına yol açabilecek kanıtları ortadan kaldırma niyetini yansıtan davranışları, (hesaplarda sahtecilik yapma ya da hesapları imha etme gibi) hali hazırda bulunamayan kanıtların başvuran tarafından yok edilebileceği, sahte kanıt hazırlanabileceği ve şahitler ile iş birliği yapılabileceği riskinin varlığı, ayrıca soruşturmanın Almanya'da işlenen suçları da kapsaması sebebi ile kişinin mahkemeye çıkartılıncaya kadar geçecek süre içerisinde suç ortakları ile iş birliğine girme riskinin yüksek olduğunu AİHM saptamıştır. Zira başvuranın soruşturmanın çeşitli aşamalarında kendisini aklayacak kanıtlar hazırladığı, evrak üzerine geçmiş tarihler attığı ve şahitleri yönlendirdiğine ilişkin dava dosyasında bir çok bulgu mevcuttur[299].

Tomasi/Fransa davasında AİHM tanıklar üzerinde baskı yapma ve şerik sanıklar arasında iş birliğini değerlendirmiştir. Bu olayda yerel mahkemeler, tanıklar üzerinde baskı uygulama ve şerik sanıklar arasında iş birliği riskine dayanarak tutukluluk ve tutukluluğun devamı kararları vermişlerdir. Aleyhine başvurulan hükümete göre Tomasi kovuşturmanın kökeninde yer alan ve intihara teşebbüs eden Moracchini üzerinde yapılan baskının etkililiğini arttırabilecektir. AİHM bu davada da başlangıçta tanıklar

[297] AİHM Kararı, I.A/Fransa, 23/09/1998, no:28213/95.
[298] AİHM Kararı, Mamedova/Rusya, 01/06/2006, no: 7064/05.
[299] AİHM Kararı, W/İsviçre, 26/01/1993, no: 14379/88.

üzerinde baskı yapılması riskini kabul etmiş ancak bu tehlikenin tamamen ortadan kalkmasa da zamanla azaldığını belirtmiştir[300].

AİHM'nin yukarıda bahsedilen kararlarından anlaşılacağı üzere yargılamayı etkileme tehlikesi ile ilgili olarak bu ihtimallere yalnızca soyut düzeyde itibar edilemez; özgürlüğünden mahrum edilen kişi açısından bu ihtimalleri somut ve fiili olarak destekleyen şartların bulunması gerekir. Ayrıca, çoğu durumda bu ihtimaller soruşturmanın ilerleyen aşamaları (ifadelerin alınması, bulguların tespit edilmesi) tamamlandıktan sonra daha az geçerli olacak ve tüm soruşturma süreci tamamlandıktan sonra da özgürlükten mahrumiyet uygulamasının sürdürülmesi için genellikle kabul edilebilir bir gerekçe olmaktan çıkacaktır. Ancak AİHM her zaman, davaya özgü bulgular ışığında değerlendirmesini yapacaktır. Bu bulgular bazı son derece istisnai durumlarda kişinin yargı huzuruna çıkarılıncaya kadar özgürlüğünden mahrum edilmesini haklı kılabilir[301].

c-) Suçu Önleme İhtiyacı

Suçu önleme ihtiyacı, ağır bir suçun söz konusu olduğu durumlarda özgürlükten mahrumiyet uygulamasının sürdürülmesi için meşru bir gerekçe olarak kabul edilir, ancak gelecekte suç işlenebileceği doğrultusundaki endişe haklı ve bu özel durumda alınacak tedbir de gerekli olmalıdır. Bu konularda değerlendirme yaparken, özellikle söz konusu kişinin geçmişi ve kişiliği başta olmak üzere dava ile ilgili tüm şartların dikkate alınması gerekir.

Matznetter/Avusturya davasında AİHM Avusturya hukukunda bulunan suçta tekerrür tehlikesi nedeni ile tutuklama sebebinin haklı bir neden olabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre ulusal yargıç bu sebeple tutukluğun devamına karar verirken, işlenmesi muhtemel suçların ağırlığını dikkate alabilir; cezalandırılabilir faaliyetin uzun süre devam etmiş olması, mağdurların büyük miktarda kayıplarının

---

[300] AİHM kararı, Tomasi /Fransa, 27/08/1992, no: 12850/87.
[301] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 31.

bulunması, hakkında suç isnat edilen kişinin kurnazlığı gibi unsurları da dikkate alabileceğini belirtmiştir[302].

Clooth/Belçika davasında, Jerge Clooth bir genç kızın öldüğü cinayet ve kundaklama davasının sanıklarından biridir. Almanya'da işlediği iddia edilen bir başka cinayet suçu için başvuran gözaltına alınmış, ancak daha sonra delil yetersizliğinden serbest bırakılmış ve Belçika'ya iade edilmiştir. Başvuranın ayrıca birçok nitelikli hırsızlığa teşebbüs suçlarından sabıkası mevcuttur. Ulusal yargılama mercileri başvuranın üzerine atılı suçu işlediğine dair ciddi kuşku oluşturacak delillerin mevcut olması yanında, tekrar suç işleme tehlikesine de dayanmıştır. Hükümet, başvuranın akıl rahatsızlığı ve cinayetin vahşice işlenmiş olması nedeni ile serbest bırakılması durumunda yeni suçlar işleyebileceğini, (özellikle psikiyatri uzmanlarının şahsı tehlikeli olarak nitelendirmeleri de dikkate alındığında) ileri sürmüştür. AİHM suçlamanın ciddiyeti karşısında yargılama otoritelerinin sanık hakkında yeni suç işlemesini önlemek için tutuklama kararı verebileceğini, bu durumda tehlikenin makul olmasının ve alınan tedbirin uygun olmasının aranacağını ve bunun da davanın şartları ve sanığın geçmişi ve kişiliği değerlendirilerek tespit edilebileceğini belirtmiştir. AİHM'ne göre sanığın önceki mahkum olduğu suçlar bu olayda isnat edilen suçla ağırlık bakımından kıyaslanamazlar, akıl rahatsızlığı ile ilgili uzman görüşü ise tutuklamadan 9 ay sonra mahkemelere sunulmuştur. Dolayısıyla mahkemeler artık akıl rahatsızlığı ile ilgili tedbirler kapsamında tutuklamayı uzatmaya karar vermeli idiler. Bu sebeplerle AİHM suçun tekrarı riskini bu durumda tutuklamanın sürdürülmesi için yeterli bir gerekçe olarak kabul etmemiştir[303].

Stögmüller/Avusturya davasında AİHM başvuranın ilk tutukluluktan salıverildikten sonra benzer suçları işlediği yolunda ihbarlar bulunmasına rağmen savcılık bunlardan sadece iki tanesini kovuşturmaya almıştır; suçta tekerrür tehlikesi ile tutukluluğunun devamına karar verilirken başvuranın alıştığı yaşam tarzını devam ettirebilmek için yeterli mali imkana sahip olmadığı ve yeniden suç işleyebileceği

[302]Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)**,2. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2003, s. 60.
[303]AİHM Kararı, Clooth/Belçika, 05/03/1998, no: 12718/87.

belirtildiği halde başvuran pilot olabilmek için faizcilik işini bıraktığından suçta tekerrür tehlikesinin kalmadığını belirtmiştir[304].

N.C./İtalya davasında başvuran, bir şirketin teknik yöneticisi, teknik ve ekonomik müşaviri ve özel temsilcisi sıfatlarını taşımaktadır. Yapılan soruşturma sonucunda yetkinin kötüye kullanılması ve rüşvet (corruption) suçlarını işlediği yönünde deliller elde edilmiş ve diğer sebeplerin yanında eğer şirkette aynı görevi devam ettirirse, benzer suçları işleyebileceği gerekçesi ile tutuklanmıştır. İtalyan Ceza Usul Kanununun (Code Of Criminal Procedure) 274 c maddesinde suç işlenmesinin önlenmesi bir tutuklama sebebi olarak öngörülmüştür. AİHM yerel mahkemenin başvuranın teknik yönetici olarak görevine devam eden başvuranın benzer başka suçlar işleyebilecek bir pozisyonda bulunmasına dayandırdığı kararın açıkça mantıksız ve keyfi olmadığına karar vermiştir. Ayrıca tespit edilen menfaatlerin kanuna aykırı şekilde ele geçirmekte nasıl başarılı olduğunun dayanak gösterilmesinin, İtalyan Usul Kanunu'nun 274 c maddesindeki şartları karşıladığını belirten AİHM, başvuranın gerçekten yeni bir suç işleme tehlikesinin mevcut olduğunu ve ulusal otoritelerin keyfi karar verdiklerinin söylenemeyeceğini belirtmiştir[305].

d-) Kamu Düzenini Muhafaza Etme İhtiyacı

AİHM, bazı davalarda hakkında soruşturma yapılan kişinin güvenliğinin en azından belirli bir süre için tutukluluk halinin devamını gerektirdiğini kabul eder ancak bu yalnızca, ilgili suçların niteliğine; işlendikleri ve gerçekleştikleri koşullara ilişkin istisnai durumlarda olabilmektedir[306].

Sanığın korunması dahil olmak üzere kamu düzenin muhafaza etme ihtiyacı, Letellier/Fransa davasında alıkoyma halinin devamına mesnet teşkil edebilecek bir gerekçe olarak tespit edilmiştir[307]. Bu davada AİHM, istisnai hallerde, belirli suçların özel ağırlıkları ve bu suçlara toplumun tepkisi nedeni ile doğabilecek toplumsal

---

[304]DOĞRU, **a.g.e.** s. 65
[305]AİHM Kararı, N.C./İtalya, 11/06/2001, no: 24952/94.
[306]CENGİZ ve diğerleri, **a.g.e.** s. 46.
[307]MACOVEİ, **a.g.e.** s. 32.

huzursuzluğun, en azından belirli bir süre tutuklamayı haklı kılabileceğini kabul etmiştir. Ancak burada böyle bir sebebin iç hukukta tanınmış olması ve olaydan sanığın salıverilmesi halinde kamu düzeninin gerçekten bozulacağının gösterilmesi gerekir. Bu sebebe dayanan tutuklama da belirli bir süre sonra ağırlığını yitirir[308].

Tomasi/Fransa davasında yerel yargılama makamları, özgürlükten yoksun bırakmayı sürdürme gereğini sadece suçların ağırlığını vurgulayarak veya bunların etkilerini not ederek, tamamen soyut bir bakış açısı ile değerlendirmişlerdir. Yabancı Lejyon dinlenme merkezine yapılan saldırı, silahlı mücadeleyi savunan gizli bir örgütün sorumluluğu üstlendiği düşünülen bir terör eylemidir. Bu eylem bir kişinin ölümü ve bir başkasının çok ciddi bir biçimde yaralanması ile sonuçlanmıştır. AİHM bu nedenlerle başlangıçta kamu düzenine zarar verme riski bulunduğunu varsaymanın makul olabileceğini ancak bu riskin, belirli bir zaman sonra kaybolmuş olması gerektiğini, tutukluluğun sadece kamu düzeninin gerçekten tehlikede olması halinde meşrululuğunu sürdürebileceğini, tutukluluğun devamının hapis cezası verilmesini beklemek için kullanılamayacağını belirtmiştir[309].

Ayrıca İ.A/Fransa davasında, cinayet kurbanının yakınlarının misilleme yapabileceğine ilişkin olarak endişeler de hem muğlak olmaları, hem de maktulün yakınlarının büyük bir bölümünün Lübnan'da yaşıyor olmalarından hareketle, AİHM tarafından imkan dahilinde görülmeyerek geçerli bulunmamıştır. Ayrıca AİHM bu gerekçenin yalnızca kamu düzeninin zarar görmesi tehlikesi bulunduğu süre zarfında gerekli olabileceğini vurgulamıştır[310].

C. Tutukluluk Süresi ve Tutuklamada Gerekçe Sorunu

AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrası gözaltına alınan ya da tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanma ya da yargılama sürerken salıverilme hakkını içermektedir[311]. Böylece tutuklama makul yani kabul edilebilir bir süre ile

---

[308] AİHM Kararı, Letellier /Fransa, 26/06/1991, no:12369/86.
[309] AİHM kararı, Tomasi /Fransa, 27/08/1992, no: 12850/87.
[310] AİHM kararı, İ.A/Fransa, 23/11/1998, no: 28213/95.
[311] ÖZDEK, **a.g.e.** s. 192.

sınırlandırılmıştır. Bunun nedeni tutuklamanın öne alınmış bir ceza olarak kötüye kullanılması yönündeki uygulamayı düzeltme amacıdır[312].

Makul süre değerlendirmesinde göz önünde tutulacak zaman diliminin başlangıcı fiilen tutuklama anı, sonu da sanığın fiilen serbest bırakıldığı ya da yargılama sırasında tutukluluk devam etmiş ise, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararını tebliğ (yahut tefhimi) tarihidir; istinaf, temyiz gibi yargılama dereceleri, mahkeme içtihadına göre bu süreye dahil değildir[313]. Kesinleşmemiş de olsa, yerel mahkemenin hükmünden sonra da tutukluluk halinin devam etmesi halinde 5. maddenin 3. fıkrası değil 5. maddenin 1. fıkrasının a bendi hükmü uygulanacaktır[314].

Mahkemeye göre tutukluluk süresinin makul niteliği somut olay göz önünde tutularak değerlendirilir[315]. Bu çerçevede, sanığın kaçma, delilleri karartma, tanıklara baskı yapma, suçta tekerrür gibi olasılıklar, olayın karmaşıklığı, gecikmeye neden olan kaçınılmaz nedenlerin varlığı gibi ulusal yargı yerlerince tutukluluğun sürmesi için gerekçe olarak gösterilen faktörler, tutukluluk süresinin makullüğünün değerlendirilmesinde göz önünde tutulmaktadır[316].

Mahkemenin yerleşmiş içtihatlarına göre, ulusal adli merciler bir somut olayda tutukluluk halinin makul süreyi aşmadığına karar verirken, suçsuzluk karinesini de göz önünde tutarak, kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirmesini meşru kılan bir kamu yararının varlığını kabul veya redde gerekçe teşkil edecek tüm koşulları araştırıp inceleyecekler ve ilgilinin salıverilme istemine ilişkin olarak verdikleri ret kararında, reddin gerekçesini açıkça belirteceklerdir. Nitekim mahkeme, denetim görevini yerine getirirken büyük ölçüde ve esas itibari ile söz konusu (ret) kararlarında yer alan gerekçeler ve ilgilinin salıverilme istemine ilişkin başvurularında ileri sürülüp yalanlanmayan olgulara dayanarak 5. madde hükmünün çiğnenip çiğnenmediğini saptamaktadır[317]. Mahkemeye göre bir sanığın tutukluluk süresinin makul süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu amaçla, ulusal

---

[312]TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, **a.g.e.** s. 212.
[313]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 238.
[314]ERGÜL, **a.g.e.** s. 137.
[315]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 238.
[316]ÖZDEK, **a.g.e.** s. 192.
[317]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 239.

yargı makamları, masumiyet karinesine gereği gibi saygı göstererek salıverilme taleplerini reddederken gerekçelerini kararlarında açıklamak zorundadırlar[318].

AİHM' ye göre, tek başına suç işleme şüphesi zorunlu bir koşul ise de, belirli bir aşamadan sonra bu tek başına tutuklamaya gerekçe oluşturmaz, ulusal mahkemelerin tutuklamanın devamına karar verirken, dayandıkları gerekçenin hala bu tedbiri gerekli kılıp kılmadığını kararlarında belirtmek zorundadırlar. Uygulamada bazen olduğu gibi, gelişi güzel basmakalıp gerekçelerle tutuklamanın devamına ilişkin kararlar AİHS'nin 5. maddesinin ihlali niteliğindedir[319].

Ayrıca her ne kadar AİHM yalnızca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir devlet tarafından imzalanarak onaylanmasını takip eden sürede o devlet tarafından gerçekleştirilen alıkoyma uygulamalarını değerlendirme yetkisine sahip ise de; söz konusu devletin Sözleşme'yi onayladıktan sonraki uygulamalarının makul olup olmadığının tespit edilmesinde, o devletçe Sözleşme'nin onaylanması öncesinde gerçekleştirilen alıkoyma uygulamalarının sürelerinin de AİHM tarafından dikkate alınacağını unutmamak gerekir[320].

Ulusal adli mercilerin sanığın tutuklanması ile ilgili olarak verdikleri kararlar yerinde olsalar da yargılamanın sürüncemede bırakılması nedeni ile sanıkların tutukluluklarının devamına ilişkin kararları bakımından AİHM ihlal kararı vermektedir. Çünkü tutukluluk süresi uzadıkça 5. madde ile getirilen güvence özgürlük aleyhine bozulmakta olduğundan başlangıçtaki kısıtlanma nedenleri artık varlıklarını yitireceklerdir. Kişi güvenliğinin önemi nedeni ile özgürlük kısıtlamasının kısıtlama amacı ile sınırlı olması gerekir. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde makul şüphe, tutukluluğunun devamı için zorunlu bir koşul olmakla beraber, bu koşul yok olmuş ise, tutukluluğun da sona ermesi gerekecektir. Yani makul şüphe sona ermiş ise, tutukluluk ile ilgili makul süre sorunu da kalmayacaktır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 26/07/2001 tarih ve 1996/33977 sayılı Ilijkov/Bulgaristan kararına göre "şüphelinin üzerine atılı suçu işlediğine yönelik makul

---

[318]ÖZDEK, **a.g.e.** s. 192.
[319]TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, **a.g.e.** s. 213.
[320]MACOVEİ, **a.g.e.** s.35.

şüphenin varlığı, tutukluluğun devamı için olmazsa olmaz koşuldur, ancak tutukluluğun belirli bir süreyi geçmesi halinde artık tek başına yeterli değildir. Mahkeme tutukluluğun devamı için diğer yasal gerekçelerin varlığını da aramalıdır. Bu koşul ile yasal gerekçelerin varlığı halinde soruşturmanın yürütülmesinde özel bir ihtimam/titizliğin var olup olmadığı hususu da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından araştırılmaktadır. Tutukluluğun devamı için somut olguların varlığı, inandırıcı ve bireysel özgürlüklere saygı ilkesini ortadan kaldıracak şekilde ortaya konulmalıdır. Burada somut olguların ispatı, ulusal yargı organlarınca yerine getirilmelidir. Aksi bir durum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki ispat yükünün yer değiştirmesine neden olacağı gibi, tutuklamanın belirli sayıda ve son derece sınırlı koşullarda uygulanabileceğine ilişkin hükmün de ihlali sonucunu doğurur. Sadece yasal ya da farazi çıkarımlar tutukluluğun devamı için yeterli değildir[321]."

AİHM Mansur/Türkiye kararında, başvuranın tahliye taleplerinin Ağır Ceza Mahkemesi'nce sanığa isnat edilen suçun niteliği ve delillerin durumu gerekçesi ile ve iki defa da gerekçesiz reddedilmesi durumunu ele almıştır. Başvuran söz konusu kararların tekerrür etmesinden şikayetçi olmuş ve sürekli Türkiye'de yaşadığını, İstanbul'da kapalı çarşıda ikamet ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla yetkili yargısal makamlar, kendisinin durumuna ilişkin mevcut olayları dikkate almayı ihmal etmişlerdir. Mahkeme "kaçma tehlikesinin sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilemeyeceğini işaret eder. Kaçma tehlikesi bir dizi başka unsurlara dayandırılarak değerlendirilmek zorundadır; bu unsurlar, kaçma tehlikesinin varlığını ya teyit eder ya da tutukluluğu haklı kılacak kadar ağır görülmezler. Eldeki delillerin durumu ifadesi, suçluluğa ilişkin ciddi belirtilerin var olduğu ve devam ettiği şeklinde anlaşılabilir. Genel olarak bu tür delillerin varlığı kayda değer unsurlar olarak kabul edilebilirse de, bu durumda, şikayete konu olan tutukluluğun devamını haklı göstermeye tek başlarına yeterli değildirler. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, söz konusu süre içerisinde başvuranın devam eden tutukluluğunun Sözleşme' nin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmaktadır[322].

---

[321] ŞEN, **a.g.e.** s. 57.

[322] Osman Doğru, **İnsan Hakları Kararları Derlemesi cilt 2**, İstanbul Barosu, İstanbul, 1998 sayfa 166.

Neyin makul olduğunun tespitinde AİHM, hiçbir zaman "yargılama öncesi azami bir alıkoyma süresi vardır " şeklinde bir görüşü kabul etmemiştir. Zira böyle bir yaklaşım soyut bir değerlendirme yapılmasına yol açar. Halbuki kararın her zaman, her bir davaya ait bütün özellikler dikkate alınarak verilmesi gerekir, ne kadar kısa olursa olsun, her zaman her sürenin haklılığının kanıtlanması gerekir[323].

AİHM soruşturma yeterli titizlik içerisinde yürütülmüş ise, olayın karmaşıklığını ve başvuranın davranışları sebebi ile tutuklamanın uzun sürmüş olması durumunu tutuklama uzun sürse de makul süre olarak kabul etmiştir. Örneğin W/İsviçre davasında "Soruşturmacıların soruşturmalarını gerekli titizlik içerisinde yürütmedikleri bir dönem ya da muhtemel personel ya da ekipman yetersizliğinden kaynaklanan bir gecikme tespit etmemiştir. Sonuç olarak, söz konusu tutuklamanın uzunluğu, davanın istisnai karmaşıklığına ve başvuranın tutumuna atfedilmiştir. Hiç şüphesiz başvuran yetkili makamlar ile işbirliği yapmaya zorlanmamıştır. Ancak tutumunun, soruşturma sürecine yansıyan etkilerinin sorumluluğunu üstlenmelidir." şeklinde karar vermiştir[324].

Contrada/İtalya davasında AİHM görgü tanıklarının dinlenmesi ve sanıkların yüzleştirme gibi soruşturma tedbirlerinin ceza davalarında olağan olmasına rağmen mafyanın üyesi oldukları varsayılan veya mevcut davada olduğu gibi devlet kurumlarına dahil olup da örgütü destekledikleri şüphelenilen kişilerin yargılanmalarının özellikle hassas ve karışık bir konu olduğu unutulmamalıdır. Katı hiyerarşik yapısı, oldukça katı kuralları, sessizlik kuralına dayanan gözdağı verme gücü ve destekçilerini tespit etmenin güç olması ile mafya, kamu hayatını doğrudan ve dolaylı olarak etkileme ve kurumlara sızabilme kabiliyetinde bir çeşit cezai direniş gücünü temsil etmektedir. Bu nedenle, daha önceleri üyelerin sağladığı bilgiler aracılığı ile örgütü içten ele geçirmeyi başarmak için ayrıntılı soruşturma yapılması gerekir. AİHM, yukarıda kaydedilenler ışığında, davaya bakan yetkili makamların söz konusu tutuklamayı makul olarak ilgili ve yeterli gerekçelere dayandırabildiği ve yargılamayı gecikmesiz olarak yürüttükleri kanaatindedir[325].

---

[323] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 35.
[324] AİHM Kararı, W/İsviçre, 26/01/1993, no: 14379/88.
[325] CENGİZ ve diğerleri, **a.g.e.** s.70.

Bu tür durumlarda istisnai özellikleri olan bir dava için bu davanın özel olarak oluşturulmuş bir birim tarafından ele alınmış olması ya da mevcut kaynaklara ilaveten ek kaynak yaratılmış olması özellikle önem kazanabilir. AİHM Chraidi/Almanya kararında daha önceki (Korchuganova/Rusya no 75039/01 paragraf 77, 08/06/2006 I.A/Fransa paragraf 112, Khudoyorov/Rusya no 6874/02 par. 189 08/11/2005) kararlarında 5 yılı aşan tutukluluk sürelerinin 5. maddenin 3. paragrafını ihlal ettiğine karar vermiş olmasına rağmen, "mevcut dava, oldukça karmaşık bir soruşturmayı ve üç kurbanın ölümü ile yüzden fazla kişinin acı çekmesine neden olan ciddi nitelikte uluslar arası terörizm suçlarına ilişkin yargılamayı kapsamaktadır." Tespitini yaptıktan sonra 5 yılı aşan tutukluluk süresi için " bu istisnai koşullar altında AİHM başvuranın tutukluluk süresinin halen makul olduğunu kabul edilebileceği" sonucuna varmıştır. Zira yetkili yerel mahkeme bu davada yargılamayı gerçekleştirirken gerekli özel titizliği göstermiştir[326].

Muller/Fransa davasında ise adaletin yerine getirilmesi için yargılamanın çeşitli aşamalarının birleştirilmesi gerekirken, birbirini izleyen hakim değişiklikleri soruşturmanın yavaşlamasına neden olmuştur. Başvuran soruşturma başlar başlamaz suçlamaları kesin olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla soruşturmanın uzamasına neden olacak bir başvuru yapmamıştır. Buna rağmen adli makamlar gereken hızlılıkta hareket etmemişlerdir. Bu sebeplerle AİHM başvuranın tutukluluğunun makul süreyi aştığına karar vermiştir[327].

Punzelt/Çek Cumhuriyeti davasında şehir mahkemesi daha fazla delil toplayabilmek için ilk duruşmadan sonraki oturumları üç kez ertelemiştir. Sonuç olarak ilk kararını 6 aylık bir gecikme süreci sonunda vermiştir. Yargıtay şehir mahkemesinin davaya ilişkin tüm delilleri tespit etmediği, değerlendirmediği, kanunu yanlış uyguladığı ve kararın belirsiz olduğu gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay'ın bu kararına rağmen yerel mahkeme ikinci kararını on ay sonunda vermiştir. AİHM, yargılama gerçekleştirilirken özel bir titizlik gösterilmediği sonucuna varmıştır ve dolayısıyla tutuklamanın sürmesinin 5. maddenin 3. fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir.

---

[326] AİHM Kararı, Chraidi/Almanya, no: 65655/1, 26/10/2006, par. 47-48.
[327] AİHM Kararı, Muller/Fransa, 17/03/1997, no: 21802/93.

Scott/İspanya davasında başvuran 4 yıl 16 gün tutuklu kalmıştır. AİHM, başvuranın tutukluğuna ilişkin sebepleri ilgili ve yeterli görmüş, ancak bu denli uzun süreli tutukluluğu gerekli özen açısından değerlendirmiştir. AİHM karmaşık olmayan bu olayda yerel mahkemedeki makamların tutuklu sanığın davasının görülmesinde gerekli özeni göstermediği için 5. maddenin 3. paragrafının ihlal edildiğine karar vermiştir[328].

Tutuklulukta makul süre ile 6. maddedeki yargılamada makul süreyi bir birinden ayırmak gerekir[329]. Madde 6/1'de yer alan makul süre kavramı bütün yargılama hukukunu ilgilendirdiği için tutuklulukta makul süre (5/3) kavramından farklıdır. Madde 5/3 tutukluluk işinin makul süre içerisinde yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkı olduğunu belirtir. Madde 5/3 yargılamanın makul sürede yapılmasından çok tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkindir. Madde 5/3 den farklı olarak, madde 6/1 deki makul süre, kanun yolları da dahil olmak üzere yargılamanın bütününü içerir. Madde 5/3'ün amacı, kimsenin tutuklu olarak çok uzun süre geçirmemesi iken, ceza davalarında madde 6/1'in amacı sanık kişinin akıbetinin ne olacağına ilişkin belirsiz bir konumda uzun süre kalmamasıdır. Bununla beraber bu iki hüküm arasında çok yakın bir bağ vardır. Tutuklu sanığın yargılanmasında bu iki güvence birlikte yer almaktadır[330].

D. Güvence İle Serbest Bırakılma

Tutukluluk ana kural serbestliğe istisna getiren ağır bir önlem olduğuna göre, alternatifinin bulunduğu hallerde bu önleme başvurmamak gerekir. Sanığın kaçma tehlikesi nedeni ile tutuklanması halinde bir güvence alınarak bu olasılık ortadan kaldırılabiliyorsa sanığı tutuklamaya gerek kalmayacaktır[331].

AİHM, tutuklama yerine geçen seçeneklerin değerlendirme dışı bırakılarak şüpheli veya sanığın tutukluluk durumunun sürdürülmesini, Sözleşme'nin 5.

---

[328] AİHM Kararı, Scott/İspanya, 18/12/1996, no: 21335/93.
[329] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 240.
[330] İNCEOĞLU, **a.g.e.** s. 110-111.
[331] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s.240.

maddesinin 3. fıkrasının ihlali açısından incelemektedir[332]. Alınacak güvencenin amacı suçtan doğan zararın tamir ve tazminini karşılamak değil; sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaktır. Bu nedenle güvence miktarı saptanırken ilgilinin kişisel durumu her yönü ile gözden geçirilecek; kısaca kaçması halinde uğrayacağı zararın onda yapacağı etkiye bakılacaktır[333].

Bu teminatın miktarı sanık, sanığın serveti, teminatı sağlayan kişiyle olan ilişkisi dikkate alınarak belirlenmelidir. Yetkili makamların sanığın servetine ilişkin kendilerine iletilen bilgi çerçevesinde kefalet miktarını doğru bir şekilde belirleme sorumluluklarının bulunmasının yanı sıra, sanığın da kendisine ait servete ilişkin bilgi vermesi gerekir. Sanığın kaçması ihtimali karşısında yeter ve caydırıcı olmanın ötesinde yüksek bir kefalet tutarı belirlenmesi, kefalet hakkının ihlali anlamına gelir[334].

Komisyon Bonnechaux/İsviçre kararında kefalet bedelinin şüphelinin mal varlığına göre belirlenme gereği nedeni ile tutuklu, bedelin belirlenmesi için gereken bilgileri vermemişken tutukluluk halinin haddinden fazla kefalet istenmesi nedeni ile uzadığını iddia edemez. Bir diğer deyişle, adli makamların kefalet ile serbest bırakılabileceğini açıkladığı bir sanık, yetkili makamların kefalet nedenini tespit edebilmesi için mal varlığına ilişkin olarak, gerekirse kontrol edilebilecek, yeterli bilgiyi vermelidir[335].

Mamedova / Rusya davasında, başvuran tutuklu kaldığı süre boyunca yetkili makamlar, başvuranın yasal temsilcileri birçok kez kefalet ile veya kasabayı terk etmeyeceğine dair bir taahhüt ile serbest bırakılmasını istedikleri halde, daha hafif bir önleyici tedbir kullanarak başvuranın yargılanmaya devamını sağlama olasılığını değerlendirmemişlerdir. Yetkili mahkemeler kararlarında özgürlükten mahrum bırakmaya seçenek olan tedbirlerin neden başvuranın yargılamaya katılımını sağlamaya yetmeyeceğini açıklamamışlardır. Dolayısıyla AİHM sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık tespit etmiştir[336].

---

[332]CENGİZ ve diğerleri, **a.g.e.** s.48.
[333]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 240-241.
[334]MACOVEİ, **a.g.e.** s. 33-34.
[335]Komisyon Kararı, Bonnechaux/İsviçre, 8224/78, 05/12/1978.
[336]AİHM Kararı, Mamedova/Rusya, 01/06/2006, no: 7064/05.

AİHM Iwanczuk/Polonya davasında kefaletin bedeline ve ödenme şekline ilişkin işlemlerin 4 ay 14 gün sürdüğü ve başvuranın bu süre boyunca tutuklu kaldığı göz önüne alındığında tutukluluğunun uzamasının gereksiz olduğuna ve yetkili makamların, kefaletin ödenme şekli hususunda birbirini izleyen karar değişikliklerini haklı çıkaracak nedenler göstermediklerini belirterek AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır[337].

Maddi teminatlar dışında kişinin pasaportunu teslim etmesi gibi teminatlar da aynı şekilde sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaya yönelik olarak talep edilebilir[338].

E. Tutukluluğun İncelenmesi

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. paragrafı hükümlerinde yer alan ve kişiyi alıkoyan mercilerin başlatması gereken yargı gözetimine ilaveten 5. madde 4. paragraf hükümlerinde de alıkonulan kişinin alıkoyma uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının süratle tespit edilmesi ve alıkoyma uygulaması hukuka aykırı ise kişinin salıverilmesine karar vermek için, alıkoyma uygulamasına itiraz etme hakkından bahsedilmektedir[339].

AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrası "habeas corpus" hakkı olarak adlandırılan güvenceyi içermektedir[340].

Bu hak ceza mahkemesi ile ilgili olarak gözaltında tutma ve tutuklama hallerine olduğu gibi 1. fıkradaki diğer tutma hallerine de uygulanır. Sözleşme' nin 5. madde 4. paragrafında belirtilen yükümlülük, alıkoymanın gerekçesi ne olursa olsun geçerlidir. Ulusal mercilerin, 5. madde 1. paragraf hükümlerinde belirtilen gerekçeler dahil olmak üzere tüm davalarda kişinin mahkemeye başvurmasını temin etmesi gerekir[341].

---

[337] AİHM kararı, Iwanczuk/Polonya, 15/11/2001, 25196/94.
[338] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 34.
[339] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 59.
[340] ÖZDEK, **a.g.e.** s. 194.
[341] MACOVEİ, **a.g.e.** s.59.

4. fıkranın öngördüğü bu denetim, 3. fıkrada sanıklar için öngörülen denetimden tamamen bağımsızdır. Ve hangi şekil ve nedenle olursa olsun her türlü yakalama ve tutuklama işlemleri konusunda uygulama bulacaktır. Bununla beraber 4. fıkra hükmünün 3. fıkra hükmü ile birlikte uygulanması: yani duruma göre 3. fıkranın 4. fıkranın yerini alması da mümkündür[342]. Mahkeme özgürlük kısıtlanmasının 1. fıkra hükmüne aykırı bulunmadığı durumlarda dahi Habeas Corpus yolunun açık olup olmadığını denetlemektedir[343].

Bu fıkra, idari makamlar tarafından gerçekleştirilen bir tutma işleminin hukuka uygunluğunun denetlenmesi konusunda iç hukukta belirli bir yol öngörmektedir. Eğer bir olayda mahkeme tarafından bir tutuklama kararı verilmiş ise, bu kararda hukukilik denetiminin içselleştirilmiş olduğu kabul edilir[344].

Ancak başlangıçtaki tutuklama kararının mahkeme tarafından verilirken hukukilik denetiminin yapılmış olması, artık bir kez daha denetim yapılmayacağı, anlamına gelmez, gerçekten tutukluluk süresi içinde bu durumun kanuna uygunluğu bakımından yeni koşullar ortaya çıktığı zaman, yeni durumun meşruluğunu 4. fıkra yolu ile makul aralıklar ile yeniden inceletme yolu açıktır[345].

a-) Bu konuda bir düzenleme bulunması

AİHM incelediği olaylarda somut olarak etkili bir başvuru imkanının bulunup bulunmadığını araştırmıştır. R.M.D/İsviçre davasında başvuranın her bir kantonda serbest bırakılmak için başvuru yapma imkanı vardır. Ancak başvuran bir kantondan diğerine aktarıldığı için başvuran, kanton mahkemelerinden yargı yetkisindeki kısıtlamalar nedeni ile tutukluluğu ile ilgili bir karar elde edememiştir. Yalnızca bir kantonda tutuklanmış olsa yaptığı başvurulardan sonuç alabilecekken, her bir kantonun kendi ceza muhakemesi usullerinin olduğu İsviçre'nin federal yapısından kaynaklanan sorunlar nedeni ile sonuç alınamamıştır. AİHM, bu koşulların başvuranın 5. maddenin

[342] AİHM Kararı, De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda, 22/05/1984, par. 56-57.
[343] AİHM kararı, Winterwerp/Hollanda 24/10/1979 par. 63.
[344] AİHM Kararı, De wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 18/06/1971, no: 2832/66 ; 2835/66; 899/66.
[345] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 241.

4. paragrafı bağlamında haklarından mahrum bırakılmasını meşrulaştıramayacağını belirtmiştir. Zira tutuklu kişinin devamlı olarak bir kantondan diğerine gönderildiği durumlarda, devletin, adli sistemi AİHS' nin 5. maddesinin 4. fıkrası gereklerine uyacak şekilde düzenleme görevi mevcuttur[346].

Özel koşullar nedeni ile fiilen etkili bir başvuru imkanının bulunmaması durumunda da AİHM 5. maddenin 4. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM Öcalan/Türkiye kararında," Öncelikle başvuranın tutulduğu koşullar ve tecrit altında tutulması, iç hukuk yoluna bizzat başvurmasını engellemiştir. Polis gözetimi altında tutulduğu sırada yasal yardım alma olanağı olmamıştır. Başvuranın, söz konusu koşullar altında yasal yardım almaksızın tutukluluğunun yasallığına ve uzunluğuna itiraz edebilmesi beklenemez" demiş ayrıca başvurandan veya yakınlarından talimatlar alan avukatların, kendisine danışmadan tutukluluğuna itiraz edebileceği iddiasına ilişkin olarak AİHM, " Başvuranın hukuk ekibinin tek üyesinin, kendisini temsil etme yetkisine sahip olma eğilimlerinin polis tarafından engellendiğini, başvuranın ailesi tarafından tutulan diğer avukatların, gözaltında tutulduğu süre içerisinde kendisi ile iletişim kuramadıklarını, ayrıca tutuklamanın sıra dışı koşulları göz önüne alındığında, başvuranın soruşturmanın bu aşamasında tutuklamanın yasallığına itiraz edilmesinde işe yarayabilecek Nairobi olaylarına ilişkin doğrudan bilginin tek kaynağı" olduğunu da belirtmiştir. AİHM, 5. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen mahkemeye başvuru haklarının yetkili ve etkili olması gerektiğini, yalnız teoride tanınmayıp pratikte de uygulanabilir olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu gerekçelerle AİHM 5. maddenin 4. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir[347].

Asenov/Bulgaristan davasında başvuranın tutuklu bulunmasına rağmen resmi olarak tutuklu yargılanmadığı, fakat teminat yükümlülüğü nedeni ile tutulu bulundurulduğu gerekçesi ile başvuranın serbest bırakılmasına ilişkin talepler reddedilmiştir. AİHM bu ret kararlarının ilgili dönemde uygulanan usul kuralları gereğince verildiğini, buna göre, hazırlık soruşturması sırasında, talep edilen teminatın yatırılmamış olması nedeni ile tutulu bulundurma halinde bu tutulu olmaya karşı başvuru imkanı yasa gereği bulunmamaktadır. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları

---

[346] AİHM Kararı, R.M.D/İsviçre, 26/09/1997, no:19800/92.
[347] AİHM Kararı, Öcalan/Türkiye, 12/05/2005, no:46221/99.

Mahkemesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasına aykırılığın bulunduğunun saptanmasının zorunlu olduğunu belirtmiş ve dolayısıyla ihlal olduğuna karar vermiştir.[348]

b-) Tutuklamanın Hukukilik Denetiminin Bir Mahkeme Tarafından Yapılması

Başvurulacak mahkeme durumun kanuna uygunluğu hakkında karar verip ve kararı kanuna aykırı bulduğu takdirde ilgilinin salıverilmesini emredeceğine göre kendisinin karar alma ve salıverme yetkisine sahip bulunması gerekir[349].

Öte yandan itirazı inceleyen mahkemenin, tutuklamanın dayanağını teşkil eden hukuki ve fiili sebepleri tartışmadan otomatik olarak itirazın reddine karar vermesi Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının gereklerini karşılamaz[350].

4. fıkradaki mahkeme kelimesi yalnızca bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesine sahip bir merci değil aynı zamanda güvenceli bir inceleme usulünü de ifade eder[351]. İtiraz hakkını kullanan kişi, tutuklanmasına gerekçe olarak ileri sürülen nedenleri çürütmek olanağına sahip olmalı, yani soruşturma dosyasının içeriği konusunda gerekli ve yeter bilgiye ulaşabilmelidir. Bu imkanın kendisine sağlanmaması halinde itiraz yolu tüm anlamını yitireceğinden fıkra hükmü çiğnenmiş olur[352].

Mahkeme, tutuklu sanığa kendisini savunma ve salıverilmesini haklı gösterecek delillerini sunma imkanı tanımak, duruşma yapmak zorundadır[353].Kampanis/Yunanistan kararında AİHM, tutuklu bulunan başvuranın salıverilme talebine karşılık iddia makamının görüşünün alınmasından sonra başvurandan görüş alınmamış olması nedeni ile yürürlükteki yasaya göre başvuranın tutukluluk yargılamasına katılmak bakımından

---

[348]AİHM Kararı, Asenov/Bulgaristan, 15/07/2007, no: 42026/98.
[349]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 242.
[350]CENGİZ ve diğerleri, **a.g.e.** s .60.
[351]GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 242.
[352]AİHM Kararı, Lamy/Belçika, 30/03/1989, no :10444/83, par. 29, Bu olayda başvuranın avukatı ulusal Mahkemelerin yaptığı yorum nedeni ile tutukluluğun ilk 30 gününde tutuklama kararı dışında soruşturma dosyasını inceleyememiş, tutuklamaya itiraz aşamasında da dosyayı inceleme imkanı verilmemiştir.
[353]ÜNAL, **a.g.e.** s. 161.

yeterli bir imkan verilmediğini ve bunun da silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu belirtmiş, bunun da 5. maddenin 4. fıkrasına aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir[354].

AİHM 28/10/1998 tarihli Assenov ve diğerleri/ Bulgaristan kararında başvuranın salıverilme talebinin incelenmesi sırasında duruşma yapılmamış olması nedeni ile 5. maddenin 4. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir[355]. AİHM, Nikolova/Bulgaristan kararında başvuranın salıverilme talebine karşılık savcılıktan görüş alınmasına rağmen başvurana bu görüşün bildirilmemiş olması ve salıverilme talebine ilişkin müzakerenin kapalı yapılmış olması nedeni ile 4. fıkranın ihlal edildiğine karar vermiştir[356].

Niedbala/Polonya davasında, o tarihte geçerli olan kanun gereğince, başvurana ya da yasal temsilcisine mahkeme oturumlarına katılma hakkı verilmemiş, ayrıca savcının, başvuranın tutukluluğunun doğru olduğu yönündeki görüşleri, başvurana ya da yasal temsilcisine bildirilmemiştir. Neticeten, başvuran, soruşturma makamlarının tutukluğunu haklı göstermek için başvurdukları nedenlere karşı görüşlerini bildirebilmek imkanından yoksun bırakılmıştır. Ayrıca ceza usul kuralları gereği savcının, mahkemenin tutukluluğun yasallığını incelediği oturumlara katılma hakkı bulunmaktadır. Ve oturumlardan birisine savcı katılmıştır. AİHM özellikle tutukluluğun devamı kararma itirazın incelendiği bir davada taraflar, yani savcı ve tutuklu kişi arasında silahların eşitliği ilkesinin gözetilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu nedenlerle 5. maddenin 4. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir[357].

Ilijkov/Bulgaristan davasında AİHM, tutuklanmaya karşı itirazları inceleyen mahkemenin yargılama süreci ile ilgili teminatları sağlaması gerektiğini, bu nedenle işlemlerin çekişmeli olması gerektiği, savcı ve tutuklu arasında tarafların eşitliğinin yeterince sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Mevcut davada Yüksek Mahkeme önündeki inceleme esnasında tarafların eşit düzeyde olmadığı, zira savcının, mahkemeye, tutukluya bildirmediği iddiaları yöneltme ayrıcalığı bulunması sebebi ile

[354] AİHM Kararı, Kampanis/ Yunanistan, 13/807/1995 no: 7977/91.
[355] AİHM Kararı, Assenov ve Diğerleri/ Bulgaristan, 28/10/1998 no:24760/94.
[356] AİHM Kararı, Nikolova/Bulgaristan, 25/03/1999 no: 31195/96.
[357] AİHM Kararı, Niedbala/Polonya, 27915/95, 04/07/2000.

yargılamanın çekişmeli olmadığı anlaşıldığından 5. maddenin 4. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir[358].

c-) İncelemenin En Kısa Sürede Yapılması

4. fıkrada öngörülen başka bir koşul da itiraz üzerine yapılacak incelemenin kısa bir zamanda yerine getirilmesidir. Bu deyim ne "derhal" anlamına gelecek kadar dar ne de, "makul" kavramı kadar geniştir[359]. Bu durumda dikkate alınacak sürenin tespiti için mahkeme başlangıç noktası olarak serbest bırakılma için yapılan başvuru anını almaktadır. Dikkate alınacak süreç için son nokta başvuru üzerine mahkemenin kararını verdiği andır[360]. Eğer itiraz prosedürü yargılama makamları tarafından iki aşamalı bir şekilde yerine getiriliyorsa incelemenin süratle yapılıp yapılmadığının tespiti sürecin bütünü değerlendirilerek yapılacaktır[361]. Hukukilik denetimi için ulusal mahkemeden önce bir idari makama başvurmak gerekiyorsa, inceleme süresi başvuranın idari makama yapıldığı anda başlayacaktır.

İncelemenin süratle yapılıp yapılmadığı değerlendirilirken başvuranın davranışları, kamu otoritelerinin olayı ele alış tarzı dikkate alınacaktır. Ne hakimin izinde olması, ne de aşırı iş yükü yargılama makamlarının gecikmelerini meşru hale getirmeyecektir[362].

Her ne kadar ilk alıkoyma ve yargı gözetimi arasında 5. maddenin 4. paragrafı uyarınca kabul edilebilir süre daha uzun olabilse de, pek çok davada da görüldüğü üzere (özel olarak karışık bir davada uzun süre verilebilmesine rağmen) bu sürenin birkaç haftadan daha uzun olmaması gerekir. Bezicheiri/İtalya ve Sanchez-Reisse/İsviçre gibi pek çok davada bir aydan uzun süreler kesinlikle kabul edilmemiştir[363].

---

[358] AİHM Kararı, Ilijkov/Bulgaristan, 26/07/2001 no: 33977/96.
[359] AİHM Kararı, Neumeister/Avusturya, 27/06/1968, no:1936/63, par. 24.
[360] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 388.
[361] AİHM Kararı, Luberti/İtalya, 23/02/1984, no: 9019/80.
[362] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 388.
[363] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 63.

Letellier/Fransa davasında, adam öldürmeye teşvik suçundan tutuklu bulunan başvuranın altı defa yaptığı salıverilme talebi sekiz gün ile yirmi gün arasında değişen süreler sonucunda neticelenmiş, ancak başvuranın ikinci talebi hakkında nihai karar 13 ay 3 hafta sonunda verilmiştir. AİHM bu incelemenin süresini kuşku ile karşılamak ile birlikte, başvuranın bu süreçte her zaman yeni bir talepte bulunabilme imkanı olması, ve diğer talepler hakkında kısa sürede karar verilmiş olmasını dikkate alarak Sözleşme' nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır[364].

Mamedova/Rusya davasında başvuranın tutuklama kararına karşı yaptığı itirazların incelenmesi, sırasıyla otuz altı, yirmi altı, otuz altı, yirmi dokuz gün sürmüştür. Başvuranın incelemede gecikmeye yol açtığına ilişkin bir belirti yoktur. AİHM söz konusu 4 dönemin uzun sürmesinin yetkili makamlardan kaynaklandığını belirterek, Sözleşme' nin 5. maddesinin 4. fıkrasına aykırılık olduğunu tespit etmiştir[365].

Ilowiecki/Polonya davasında AİHM tutuklamanın hukuka uygunluğunun incelenmesi için soruşturma aşamasında tıbbi kanıtların temin edilmesinin gerekmesi ve bunun karmaşık bir süreç olduğu açık olsa da, başvuranın her bir tahliye talebinin 3 ila 7 ay gibi uzun süreler sonucu değerlendirilmesinin Sözleşme' nin 5.maddesinin 4. fıkrasına aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir[366].

d-) Hukukilik Denetiminin Makul Aralıklarla Yapılması

AİHS 'nin 5. maddesinin 1. ve 4. paragrafları kapsamına ilişkin AİHM içtihadına göre, AİHS'nin gereklerini yerine getirmek için bu tür bir inceleme, yerel mevzuatın esasa ve usule ilişkin kurallarının her ikisine de uymalıdır ve 5. maddenin

---

[364] AİHM Kararı, Letellier /Fransa, 26/06/1991, no:12369/86

[365] AİHM Kararı, Mamedova /Rusya, 01/06/2006, no: 7064/05

[366] AİHM kararı, Ilowiecki/Polonya, 27504/95; 04/10/2001, Ayrıca bkız. AİHM Kararı Baranowski / Polonya, 28/03/2000, no:28358/95, Bu olayda Lodz Bölge Mahkemesi bir kardiyoloji uzmanından rapor alınmasını altı hafta beklemiş, ayrıca bir nörolog ve psikiyatri uzmanından görüş almak için bir ay beklemiştir. Sonuçta diğer tespit edilemeyen delillerin de tespiti için bir ay daha gerekmiştir. AİHM, her bir karar arasında delil elde etmek için harcanan bu oldukça uzun aralıkların aleyhine başvurulan hükümetin belirttiği soruşturmanın gerçekleştirilmesinde özel titizlik ile tutarlı görülmediğini ve tıbbi delil elde etme ihtiyacının, dava işlemlerinin uzunluğunu açıklayabileceği iddiasının yeterli olmaktan uzak olduğunu belirterek söz konusu işlemlerin 5. maddenin 4. fıkrasındaki süratlilik gereğini karşılamadığına karar vermiştir.

kişinin keyfiliğe karşı korunması koşulu ile uyumlu şekilde yürütülmelidir. Bu koşul yetkili mahkemelerin hızlı şekilde karar vermesini, ancak aynı zamanda da kararların makul aralıklarla verilmesini gerektirmektedir[367].

Herczekfalvy davasında başvuranın salıverilme talepleri karşısında 3 karar verilmiş, bunlar 5 aylık, 2 yıllık ve 9 aylık aralıklarla verilmiştir. AİHM buradaki kararların makul aralıklarla verildiğinin kabul edilemeyeceğini dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. paragrafının ihlal edildiğine karar vermiştir[368].

Assenov ve diğerleri / Bulgaristan davasında AİHM, başvuranın iki yıl tutuklu kaldığı halde, sadece bir kez salıverilme talebinde bulunabilmesini, hukukiliğin makul aralıklarla denetimi şartına aykırı görmüş ve 4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır[369].

Eğmez/Kıbrıs davasında AİHM, AİHS'nin söz konusu " özgürlükten yoksun bırakma" çeşidine uygun teminatlar ile birlikte adli özellikte bir prosedür gerektirdiğini, tutukluluğun kanuna uygunluğunun mahkeme tarafından periyodik olarak incelenmesine ilişkin sistemin 5. maddenin 4. fıkrası gereklerine uyulmasını garanti edeceğini belirterek, 8 Ekim 1995'de Larnaka Hastanesinde yapılan duruşmadan sonra başvuranın tutuklanmasının kanuna uygunluğunun 16 Ekim 1995 ve geçici serbest bırakma başvurusun yapıldığı 20 Ekim 1995 tarihinde olmak üzere iki aşamada incelendiği ve başvuranın her iki aşamada da yasal olarak temsil edildiğini belirterek AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermiştir[370].

e-) Denetimin Hukukilik Konusunda Yapılması

Sözleşme' nin 5. madde 4. paragraf hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, yasallık kavramı her zaman Sözleşme standartlarına uygunluk anlamı taşımaktadır. Alıkonulan kişinin kendisinin alıkonulmasının ulusal

---

[367] CENGİZ ve diğerleri, **a.g.e.** s .56.
[368] AİHM Kararı, Herczekfalvy/Avusturya, 24/09/1992, no:10533/83.
[369] AİHM Kararı, Assenov ve diğerleri/ Bulgaristan, 28/10/1998, no: 24760/94.
[370] AİHM Kararı, Eğmez/Kıbrıs, 21/12/2000, no: 30873/96.

kanunlara ve Sözleşme' ye uygun olup olmadığını, dolayısıyla keyfi olup olmadığını sorgulama hakkı olmalıdır. Örneğin bir kişi suç olduğu öne sürülen bir ifadede bulunmaktan ötürü alıkonuluyorsa bu tür bir suç Sözleşme tarafından sağlanan ifade özgürlüğü hakkına aykırı olacağı için bu suç ile ilgili takibat öncesinde, kişinin ahkoyulmasının haklı olmayacağı doğrultusunda mütalaaları dikkate almaya açık olunması gerekir. Bu mütalaa böyle bir durumda alıkoyma yetkisi bulunmadığından ya da yetkinin uygun olmayan bir şekilde kullanıldığını öne sürmenin de ötesine taşınabilir. Ayrıca bu usulün, alıkonulan kişiye, bir suç işlediğine dair hakkındaki şüphenin makul olduğuna itiraz etme imkanı da sağlaması gerekir[371].

Jecius/Litvanya davasında AİHM, başvuru sahibinin gözaltında tutulmasına yetki veren mahkemelerin, başvuru sahibinin ahkoyulmasının hukuka aykırı olduğu doğrultusundaki şikayetlerini hiç dikkate almadığını tespit etmiştir. AİHM ayrıca, her ne kadar başvuru sahibinin alıkonulmasının hukuka uygunluğu konusunun sorgulanabileceğine işaret etmiş olsalar da yüksek mahkemelerin başvuru sahibinin şikayetlerini o tarihte yürürlükte olan kanuni engeller çerçevesinde incelemediklerini belirlemiştir[372].

AİHM Ilijkov/Bulgaristan davasında "Bir asliye mahkemesi hakiminin kişinin tutuklanmasına karar vermiş olması, tek başına, bu hakimin tarafsız olmadığına ilişkin endişeleri haklı çıkarmaz, normal şartlarda kişinin tutukluğunun devamı kararını verirken bir hakimin cevaplandırması gereken sorular ve nihai kararları verirken cevaplandırması gereken sorular aynı değildir. Kişinin tutuklu olarak bulundurulması kararı ve yargılama öncesi buna benzer kararlar verirken, hakim, özetle kişi hakkında yürütülen soruşturmanın söz konusu şüphe açısından ilk bakışta haklı olup olmadığına ilişkin mevcut bulguları değerlendirir; davanın sonunda dava hakkında hüküm verirken de ortaya konan ve mahkemede ele alınan tanıkların suçlanan kişinin suçlu bulunmasına yetip yetmediğini değerlendirmelidir. " şeklinde karar vermiştir[373].

Bu davada mahkemeler başvuranın tutukluluğunun sona erdirilmesi için ortaya koyduğu olayları değerlendirmeye almamışlardı. Bunun sebebi de böyle

---

[371]MACOVEİ, **a.g.e.** s. 62.
[372]MACOVEİ, **a.g.e.** s. 62.
[373]AİHM Kararı, İljkov/Bulgaristan, 26/07/2001, no:33977/96.

değerlendirmeler yapmaları durumunda daha sonra işin esası ile ilgili karar verecekleri için ihsası reyde bulunmaktan çekinmeleridir. AİHM, yetkililerin tarafsızlık ilkesini korumak endişesinin, başvuranın bu madde gereğince sahip olduğu haktan mahrum edilmesini haklı kılamayacağı gerekçesi ile AİHS'nin 5. madde 4. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir[374].

F. Tazminat

Sözleşme' nin 5. maddesinin 5. paragrafı kişiye eğer Sözleşme'nin 5. maddesinin diğer paragraflarındaki düzenlemelere aykırı bir tutuklama veya yakalama olması durumunda bir tazminat hakkı vermiştir[375]. Bireylere bu tür bir hakkın tanınmamış olması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde dava açma hakkı doğar[376]. Fıkrada söz konusu olan husus böyle bir işlemden kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazminidir[377].

Sözü edilen tazmin zorunluluğu yalnızca 5. madde hükmünün ihlaline ilişkin olup, sözleşmenin genel hüküm niteliğindeki 41. maddesi hükmünden, yani hakkaniyete uygun tazminat isteminden tamamen bağımsızdır[378]. Ancak kişiye tanınan bu hak, Sözleşme'nin 41. maddesindeki hak ile birbirini tamamlamaktadır.

5. maddede öngörülen tazminat talebi, milli makamlara karşı ve ancak mahkemeler önünde ileri sürülebildiği halde, 41. maddede belirtilen hakkaniyete uygun tatmin yöntemi, Sözleşme' nin ihlali halinde AİHM tarafından kararlaştırılarak gereği yapılmak üzere devletlere bildirilmektedir. Doğrudan doğruya sözleşmeye taraf olan devletlere hitap eden bu hüküm elbette gerekli şartların varlığı halinde 41. maddenin mahkeme tarafından uygulanmasına da engel değildir[379]. Mahkeme 5. maddenin ihlali

---

[374] MACOVEİ, **a.g.e.** 63.
[375] DİJK, HOOF, **a.g.e.** s. 389.
[376] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 66.
[377] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s.244
[378] AİHM Kararı, Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere, 30/08/1990, no:12244/86; 12245/86; 12383/86, par. 46
[379] AİHM Kararı, Neumeister/Avusturya, 27/06/1968, no: 1936/63, par. 30.

halinde 41. maddeyi uygularken ilgilinin iç hukuk uyarınca aldığı tazminatı göz önünde tutmaktadır[380].

Sözleşme'nin 5. madde 5. paragrafı devlete tazminat talebinde bulunulacak merci konusunda bir takdir hakkı tanımamaktadır. 5. madde 5. paragrafa göre tazminat talebi ile mahkemeye başvurulması gerekir, bu da tazminatın yasal olarak bağlayıcı özelliği olan bir karara bağlanması gerektiği anlamına gelir. Tazminat hakkının ne tür bir hukuki usul çerçevesinde aranabileceğine ilişkin olarak ulusal mercilerin yeterli serbestisi bulunmaktadır. Diğer merciler tarafından ödenen (ombudsman gibi) ya da devletin yasal bir yükümlülük olmadan, lütuf mahiyetinde temin ettiği türden tazminatlar 5. madde 5. paragraf çerçevesinde yeterli değildir[381].

Sözleşme'deki yeri ve ifade ediliş biçimi itibari ile 5. fıkra hükmünün uygulama bulabilmesi için her şeyden önce Strazburg organlarınca 5. maddenin ihlal edildiği yönünde bir tespitin yapılması gerekir[382].

Ulusal kanunlar ya da Sözleşme çerçevesinde 5. madde hükümlerine aykırılık bulunduğuna dair bir karar olmaksızın, tek başına 5. madde 5. paragraf hükümleri çerçevesinde bir tazminat talebinde bulunulması istisnai bir durumdur[383].

Aykırılık saptanmasını takiben ilgilinin, ulusal merciler önünde ileri sürdüğü tazminat istemine olumlu yanıt alamaması halinde bu sefer 5. fıkra hükmünün ihlali iddiası ile Mahkemeye yeni bir başvuruda bulunması elbette ki mümkündür. İç başvuru yollarının tüketilmesi koşulu nedeni ile bu yolun uzunluğundan ötürü, hiç de pratik ve tatmin edici olmadığı açıktır. Bu nedenle mahkeme 5. maddeye aykırılığın saptandığı davalarda, gerekiyorsa talep üzerine 41. madde uygulaması ile tazminata da hükmederek sorunu kısa yoldan çözmektedir[384].

---

[380] AİHM Kararı, Clooth/Belçika, 12/12/1991, no:12718/87, par. 52.
[381] MACOVEİ, **a.g.e.** s. 66.
[382] AİHM Kararı, K. Murray /İngiltere, 28/10/1994, no: 14310/88, par. 81-82.
[383] MACOVEİ, **a.g.e**. s. 66.
[384] GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **a.g.e.** s. 245.

SONUÇ

AHİS'nin 5. maddesinde ele alınan kişi güvenlik ve özgürlüğü hakkının temeli AİHM ve Komisyona göre yakalama ve tutuklamanın olmamasıdır. Dolayısıyla bu maddeye göre özgürlükten yoksunluk fiziksel özgürlüğün ortadan kalkmasıdır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bireylerin sadece yasalarda öngörülen sebeplerle ve hukuka uygun usuller izlenerek hürriyetlerinden yoksun bırakılabileceklerine dair güvence içermektedir.

Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. Maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığının tespitinde, kişinin içinde bulunduğu somut şartlar dikkate alınmalı ve kişiyi özgürlükten yoksun bırakan tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bütün faktörler dikkate alınmalıdır.

AİHS'nin 5. Maddesinin 1. Fıkrasında altı bent halinde hürriyetin kısıtlanabileceği haller sınırlı sayım şeklinde sıralanmıştır. Özgürlük kısıtlaması öngören bu haller dar yoruma tabidirler.

Bireyin hürriyeti hem ulusal hukukta öngörülen usullere uygun olarak kısıtlanabilecek hem de ulusal hukuk AİHS'ne uygun olacaktır. Aksi halde hukuka uygun bir özgürlük kısıtlanmasından söz edilemez. AİHM ve Komisyon inceledikleri olaylarda bireye uygulanan hürriyeti kısıtlayıcı tedbirin hem iç hukuka uygun olup olmadığını incelemiş, hem de iç hukukun ve tedbirin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını incelemiştir. Amaç bireyin keyfi işlemlere karşı korunmasıdır.

Tutuklama, suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün, hakim kararı ile geçici olarak kaldırılmasıdır. Tutuklamanın amacı, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi veya muhtemel bir mahkumiyetin ileride yerine getirilebilmesidir.

Tutuklama kişi özgürlük ve güvenliği haklarını doğrudan etkileyen bir tedbir olduğundan AİHM ve Komisyonun incelediği bir çok başvurunun konusunu oluşturmuştur. Komisyon ve Mahkemenin önüne gelen olaylarda tutuklamanın

Sözleşme'ye uygun olup olmadığını incelerken keyfi tutuklama kararı verilmesinin önüne geçmeye yarayacak bir çok ilke ortaya koymuştur. Tutuklama kararı verirken mutlaka yasal bir dayanak olmalıdır. İlgili kişinin suçu işlediğine dair makul şüphe oluşturacak deliller mutlaka mevcut olmalıdır. Mahkeme ve Komisyonun kararlarına göre makul şüphe yanında, kişinin kaçma şüphesi, yargılama sürecine müdahale tehlikesi bulunmalı, eğer ulusal mevzuatta öngörülmüş ise kişinin yeniden suç işlemesinin önlenmesi gereği bulunmalı veya kamu düzenini muhafaza etme ihtiyacı mevcut olmalıdır.

AİHM ve Komisyon kararlarında tutuklama kararlarının keyfi verilmesinin önlenmesi açısından mutlaka gerekçeli olması gerektiği vurgulanmıştır. Masumiyet karinesi de dikkate alınarak kişi hakkındaki yargılama bitirilmeli veya kişi serbest bırakılarak yargılamaya bu şekilde devam edilmelidir. Dolayısıyla başlangıçta tutuklama sebepleri mevcut olsa dahi tutuklama makul süreden daha fazla sürmüş ise 5. maddenin ihlal edilmesi söz konusudur.

AİHM kararlarında tutuklamanın uygulanması bakımından her somut olaydan kişinin durumunun ele alınması gerektiği ve gerekirse kişinin kaçma tehlikesini önleyecek alternatif tedbirlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Sözleşme gereği tutuklama hakkında mutlaka bağımsızlık ve tarafsızlık özelliği taşıyan yargı organları tarafından karar verilmelidir. Ayrıca tüm hürriyetten mahrumiyet hallerinde olduğu gibi tutuklama kararlarına karşı da etkili bir yargı denetimi mevcut olmalıdır. Ayrıca haksız tutuklamalarda bireylere bu haksızlığın bir ölçüde de olsa giderilmesi için tazminat hakkı tanınmalıdır.

Ülkemizde 5271 sayılı CMK ile tutuklama konusunda AİHM içtihatlarına ve Sözleşmeye uygun bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için mutlaka kuvvetli suç şüphesi mevcut olmalıdır. Ayrıca tutuklama kararı orantılılık ilkesi çerçevesinde verilmelidir. Kuvvetli suç şüphesi yanında şüpheli veya sanığın kaçma, delilleri karartma, tanıkları etkileme yönünde şüphenin bulunması da aranmıştır. Tutuklamanın yargısal denetimi konusunda da ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Tutuklama alternatif olarak uygulanacak Adli Kontrol

tedbirleri de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bütün bunların yanında tutuklama ile ilgili olarak azami sureler yasa ile öngörülmüştür.

Ancak şüpheli veya sanığın suç işlediğine dair bulgular ile kaçma şüphesinden veya delilleri karartma şüphesinin oluşmasına neden olan olguların belirtilmemesi yaygın bir uygulama olarak devam etmektedir. Tutuklama ve özellikle tutukluluğun devamı kararlarında, klişeleşmiş talep ve gerekçelerin kullanıldığı sıkça görülmektedir. Oysa yukarıda açıklandığı üzere AİHM, bu tür gerekçeleri kabul etmemektedir. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcısının talebinde ve Mahkeme veya Hakim kararında şüpheli veya sanığın suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesi oluşturan deliller ortaya konulmalı, ayrıca hangi olguların delilleri karartma veya kaçma şüphesine yol açtığı açıklanmalıdır. Tutukluluğun uzatılması taleplerinde ortaya konan olgulara karşı ilgiliye savunma hakkı tanınmalı ve ilgilinin savunmasında ortaya koyduğu gerekçelerin neden kabul edilmediği, tutukluluğun uzatılmasına ilişkin kararlarda açıklanmalıdır.

Uygulamada tutuklama tedbirine çok sık başvurulmakta ve tutuklanan kişiler uzun süreler tutuklu kalmaya devam etmektedirler. Mevzuattaki şartların sıkı tutulmasına rağmen kararlardaki gerekçeler yetersiz kalmakta ve benzer olaylarda farklı uygulamalara yol açmaktadır. Bu durumda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri açısından sorunlara yol açmaktadır.

Hukukta güvenlik ve belirlilik önemli ilkelerdendir. Yasayla getirilen kavram ve kurumların, bireyi keyfiliğe karşı koruyucu ve objektif kriterler ortaya koyacak şekilde yorumlanması ve uygulanması önemlidir. Bu açıdan tüm tutuklama ve tutukluluğun uzatılması talep ve kararları gerekçeli olmalı, böylece hakimin hem kendi kendini denetlemesi hem de yargısal denetimde denetimi yapan merciin hakimin kararı verirken ne sebeple karar verdiğini denetlenmesi sağlanmalıdır.

AİHS Türk Hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Dolayısıyla uygulayıcılar hürriyeti kısıtlayan kararlar verdiklerinde AİHM içtihatlarını dikkate almalıdırlar. Tutuklama kararları verilirken AİHM tarafından ortaya konan ve yerleşmiş ilkeler dikkate alınmak zorundadır. Bu bireyin keyfi uygulamalara karşı korunması açısından temel oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

Kitap

AKIN, İlhan, **Kamu Hukuku,** 7. Baskı, Beta Basım Yayım ve Dağıtım, İstanbul, 1993.

AKIN, İlhan, **Kamu Hukuku Devlet Doktrinleri – Temel Hak ve Özgürlükler,** İÜHFY No:440, İstanbul, 1974.

BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku**, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1970.

BOZKURT, Enver, **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Nobel Yayım Dağıtım, Ankara 2003.

CENGİZ, Serkan, Fahrettin DEMİRAĞ, Teoman ERGÜL ve Jeremy MCBRIDE, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008.

CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, **CMK Teknikleri El Kitabı**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

DİJK, P., G.J.H. HOOF, **Theory and Practice of The European Convention on Human Rights**, Third edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)**, 2. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2003.

DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Kararları Derlemesi cilt 2**, İstanbul Barosu, İstanbul, 1998.

ERGÜL, Ergin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2003.

GOMIEN, Donna, **Short Guide to The European Convention on Human Rights - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi**, Çeviren: Levent Bıçakçı, 1. Baskı, Renk Ajans – Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara, 1995.

GOMIEN, Donna, David Harris, Leo Zwaak, **Law and Practice of The European Convention on Human Rights and The European Social Charter**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996.

GÖÇER, Mahmut, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku – Türkiye'de İnsan Hakları**, Türkiye Ortadoğu

Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi No:301, Ankara, 2000.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, **Anayasa Hukuku**, S Yayınları, Ankara, 1986.

HAKERİ, Hakan, **Haksız Yakalama ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

HAKERİ, Hakan, Yener ÜNVER, **Ceza Muhakemesi Hukuku - Temel Bilgiler**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

İNCEOĞLU, Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Şen Matbaa, Ankara, 2007.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge, Ankara, 2002.

KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları**, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1993.

KUNTER, Nurullah, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak CMK Hukuku**, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

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

MACOVEI, Monica, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz – İnsan Hakları El Kitapları No:5**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2002.

MALKOÇ, İsmail, Mert YÜKSEKTEPE, **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Cilt 1**, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.

MUMCU, Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1994.

ÖZBEK, Veli Özer, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı – CMK İzmir Şerhi**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÖZDEK, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi – AİHM Kararlarında Türkiye**, 1. Baskı, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 2004.

ÖZTÜRK, Bahri, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve Özge SIRMA, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

ŞEN, Ersan, **Yorumluyorum – Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul, 1990.

TANÖR, Bülent, **Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri**, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1998.

TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku Genel Esasları**, 13. Baskı, Beta Basın Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2009.

TOROSLU, Nevzat, Metin FEYZİOĞLU, **CMK Hukuku**, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2009.

ÜNAL, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumlanması**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89, Ankara, 1995.

YILMAZ, Zekeriya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2005.

Makale, Yayınlanmamış Doktora Tezi

COŞKUN, Neslihan, ''Adli Kontrol'', **HPD**, S.3, 2005, s. 85-88.

CENTEL, Nur, ''Tutuklama ve Yakalama'', (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1989.

DOĞRU, Osman, ''Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5'nci maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu'', **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu**, TBB – İHAUM, Ankara, 26-27 Eylül 2003, s.181-286.

FEYZİOĞLU, Metin, ''Anglo – Sakson ve Anglo – Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu'', **AÜHFD,** Cilt.44, S. 1-4, 1995, s. 665-688.

HACIOĞLU, B. Caner, ''5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Tedbiri Üzerine Bir İnceleme'', **AÜEHFD**, Cilt.9 S.1-2, 2005, s. 167-192.

KESKİN, Serap, ''Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler'', **İÜHFM**, Cilt.60, S.1-2, 2003, s.109-142.

KESKİN, Serap, ''Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı'', **İnsan Hakları – Cogito Dergisi - Yapı Kredi Yayınları**, İstanbul, 2000, s.64-97.

KOCA, Mahmut, ''Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının Adli Kontrol Tedbirinin Değerlendirilmesi'', **DEÜHFD**, Cilt.5, S.2, 2003, s.109-142.

KOCA, Mahmut, ''Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurt Dışına Çıkarmama'', **AÜEHFD**, Cilt.7, S.1-2, 2003, s.161-198.

KUZU, Burhan, ''Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bakımından Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma'', **KOÜHFD**, Vecdi Aral'a Armağan, 2001, s.183-210.

ŞAHBAZ, İbrahim, ''Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği'', **TBB Dergisi**, S.55, 2004, s.201-225.

İnternet Kaynağı

FEYZİOĞLU, Metin, OKUYUCU ERGÜN, Güneş, ''Türk Hukuku'nda Tutuklulukta Azami Süre'' [http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-01/AUHF-2010-59-01-feyzioglu-okuyucu-ergun.pdf] AÜHFD, 2010, 59, 1, s.35-59, (08/04/2012)

Tutuklama Raporu, 2010,

http://eski.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/tutuklama_raporu.pdf (08/04/2012).

Tutuklama, http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/tutuklama_mevzuat.htm (08/04/2012).