T.C
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

AİHS ÇERÇEVESİNDE KİŞİ GÜVENLİĞİ

HAZIRLAYAN
Fikret KIRMAZ

DANIŞMAN
Prof. Dr. E. Ethem ATAY

ANKARA - 2010

ONAY

FİKRET KIRMAZ tarafından hazırlanan *"AİSH ÇERÇEVESİNDE KİŞİ GÜVENLİĞİ "* başlıklı bu çalışma, *17.06.2010* tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda *oybirliği* ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda *Yüksek Lisans* tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan
Prof. Dr. Attila ÖZER

Üye
Prof. Dr. Ethem ATAY

Üye
Prof. Dr. Hasan TUNÇ

ÖNSÖZ

Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yargılanıp mahkum olduğu davalara baktığımızda; son zamanlarda her ne kadar azalma gösterse de; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili olan 5. maddesinin en çok ihlal edilen maddelerden biri olduğunu görmekteyiz. Son 15 yılda yapılan reform niteliğindeki değişikliklerle, iç hukukumuz büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uyumlu hale getirilmiştir. Fakat, bu değişikliklere rağmen hala Sözleşme ile ilgili ihlallerin vuku bulması, değişiklilerin biraz kağıt üzerinde kaldığını göstermekte. Bu ihlallerin önüne geçmek için söz konusu değişikliklerin kanunların uygulayıcısı pozisyonunda olan yargı ve yargıya yardımcı durumdaki kolluk birimlerince benimsenmesini sağlamak zorunludur.

Bu çalışmayla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi güvenliği ile ilgili olan 5. maddesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda incelenecektir. Bu suretle hem yargılama makamlarına, hem de kolluk kuvvetlerine özgürlüğünden mahrum edilen kişiye hangi güvenceleri sağlamaları gerektiği ve hangi davranışların kişi güvenliğini ihlal anlamına geleceği ortaya konulacaktır.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ I
İÇİNDEKİLER DİZİNİ II
KISALTMALAR V
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
AİHS' E GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK 4
II. AİHS' DE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ 13
A. Kişi Özgürlüğü ve Özgürlükten Yoksunluk Kavramı 15
B. Kişi Güvenliği Kavramı.....21
C. Kişi Güvenliği İçin Öngörülen Güvenceler 25
1. Hukuka Uygunluk Genel Şartı 25
2. Sınırlı Sayım 37
3. Özgürlüğünden Yoksun Kılınan Bireye Tanınan Haklar 37
III. AİHS' E GÖRE YASAL ÖZGÜRLÜĞÜ SINIRLAMA SEBEPLERİ.....38
A. Mahkumiyet Kararı Üzerine Hapsedilme.....39
1. Yetkili Mahkeme Kavramı.....39
2. Mahkum Edilmesi Üzerine.....40
3. Usulüne Uygun Hapsedilme 42
B. Mahkeme Emri veya Kanunen Tanımlanan Yükümlülük Dolayısıyla Yakalama veya Tutuklama.....43
1. Bir Mahkeme Tarafından Yasaya Uygun Olarak Verilen Bir Karara Uymama 43
2. Kanuni Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak Amacıyla Kişinin Tutuklanması.....44

C. Suç İşlediği, İşleyeceği ya da Kaçacağı Şüphesi Üzerine Yakalama veya Tutuklama.....46
1. Suç İşlediği Şüphesi Üzerine Yakalama veya Tutuklama 48
2. Suç İşlemesini Önlemek Üzere Yakalama veya Tutuklama 50
3. Suç İşlendikten Sonra Kaçmasını Önlemek Üzere Yakalama veya Tutuklama 53
D. Küçüklerin Alıkonulması.....54
E. Kişinin Kendi Sağlığı ve Kamu Güvenliği Açısından Alıkonulması56
F. Sınırdışı Etme ya da İade Amacıyla Alıkonulma 60

İKİNCİ BÖLÜM
AİHS'NE GÖRE ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİYE TANINAN HAKLAR

I. BİLGİLENDİRME HAKKI 65
A. Genel Olarak 65
B. Bilgilendirmenin İçeriği ve Şekli 66
C. Bilgilendirme Zamanı 68
II. HEMEN BİR YARGIÇ VEYA YASAYLA YETKİLİ KILINMIŞ BİR GÖREVLİ ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI 69
A. Genel Olarak 69
B. Yetkili Yasal Merciin Özellikleri 70
C. Hemen Çıkarılma 73
1.Olağan Hallerde 74
2. Olağanüstü Hallerde 75
III. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI.....80
IV. KEFALETLE SALIVERİLME HAKKI 86
V. ALIKONULMANIN YASALLIĞINA İTİRAZ HAKKI 88
VI. TAZMİNAT HAKKI.....100

SONUÇ **104**
KAYNAKÇA **108**
TÜRKÇE ÖZET **117**
İNGİLİZCE ÖZET **118**

KISALTMALAR

A(no)	:Seri A (cilt no izlemektedir.) (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları – Mahkemenin Resmi Yayını) Series A: Judgemens and Decisions European Court of Human Rihgts) 31.12.1995 tarihine kadar 338 sayı yayınlanmıştır. 01.01.1996 tarihinden itibaren Recuil Des Arrets Et Decions Reports Of Judgements And Decisions başlığı altında fasiküller halinde no 1 den başlayarak yayınlanmaktadır. Resmi olmamakla birlikte Fransızca " Rec. Fasc) İngilizce " Rep. and Dec." Olarak kısaltılmaktadır.
Ann (Cilt no izlemektedir)	:İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Yıllığı
AYMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
B.	:Basın, Bası
Bknz.	:Bakınız
C.	:Cilt
CMUK	:1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DGM	:Devlet Güvenlik Mahkemesi
D.R. (no)	:İnsan hakları Avrupa komisyonu karar ve raporları (Cilt no izlemektedir.)Decisions and Reports Bu yayın 1960 yılında komisyonun lağvolduğu 31.10.1999 yılına kadar bu ad ile (D.R.) yayınlanmıştır.
E.	:Esas no
Fasc	:Fasikül
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerine (mahkeme)terimi kullanılacaktır.

AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak da geçen İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi, Kısaca "sözleşme" terimi kullanılacaktır.
K.	:Karar no
Kom.	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
Md. Mad.	:Madde
Öte	:Ötekiler
P.,par.	:Paragraf
Reg.No.	:Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru numarası
Rec.	:Recuil Des Arrets Et Decisions'un resmi olmayan kısaltması
R.G	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa numarası
S.	:Sayı
Sec.(no)	:İnsan Hakları Mahkemesi Dairesi (Daire numarası izlemektedir.)
Vb	:ve benzeri
vd.	:ve devamı
Mah. Kar., mahkeme kararı	:(Başvuranın adı) Yaman (Devletin Adı) Türkiye (Karar Tarihi) 10.02.2004, (ilgili sayfa) s. (veya paragraf no) pa. 74 (veya başvuru no) 83644/98 olarak belirtilmiştir.
Kom. Kar. Komisyon Kararı veya Raporu	:(Başvuranın adı) Yaman (Devletin adı) Türkiye, (Başvuru no) Req.no 1287/77, (Karar tarihi) 10.02.2004, (ayın organı sayfası veya paragrafı) D.R.5,s. olarak belirtilmiştir.

GİRİŞ

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

İnsanların, vazgeçilmez kabul ederek devretmedikleri haklardan en önemlilerinden birisi, diğer bütün özgürlüklerin kullanımının esaslı koşulu, bireyin iktidar karşısında hukuksal güvenliğinin güvencesi, diğer özgürlüklerin sert çekirdeği olarak nitelenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıdır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin bu önemi, onsuz diğer bir çok hakkın tanınmasının ve kullanılmasının zorlaşmasından ve hatta imkansızlaşmasından kaynaklanmaktadır. 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.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bu öneminden ötürü tüm insan hakları belgelerinde ve ulusal anayasaların temel hükümlerinde yerini almıştır.

Diğer bir çok hak ve özgürlüğün kaynağı, olmazsa olmaz koşulu olan bu özgürlük, 1215 “Magna Carta’dan” beri etkin bir şekilde varlığını hissettirmektedir. “Habeas Corpus Act” ile ölümsüzleşen bu özgürlük 1789 Bildirisi’nin tanıdığı dört temel hak ve özgürlükten birisidir. Bu özgürlük uluslararası alanda İnsan Haklar Evrensel Bildirisi ile edindiği yeri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından getirilen Komisyon ve Mahkeme tarafından kullanılan etkin koruma mekanizması ile sağlamlaştırmıştır.

Sözleşmeye aykırı uygulamalar sonucu, taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülükleri yerine getirmelerini sağlamak amacı ile Sözleşme'nin bir organı olan "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu" ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" oluşturulmuştur. Sözleşme'nin getirdiği mekanizmaya göre, güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğün sözleşmeci devlet tarafından ihlali durumunda mağdur olan birey devleti Mahkeme'ye şikayet edebilecektir. Bu mekanizma uluslararası hukukta bir reform gerçekleştirmiş, bireyi ilk kez uluslararası hukukta hak sujesi yapmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi klasik anlamda kişi özgürlüğünü korumaktadır. Maddede öngörülen özgürlük kısıtlaması, kişinin fizik özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Güvenlik kelimesi, özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder. Özgürlük, mutlak olmayıp hukuka uygun olmak şartıyla altı bent halinde sayılan sınırlı durumda kısıtlanabilecektir. Bunun yanında özgürlüğün keyfiliğe karşı korunması anlamında güvenlik hakkı ise mutlaktır, hiçbir kısıtlama kabul etmez.

Sözleşme'nin 5. maddesi yazılış tekniği bakımından 2 ana bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde yani birinci fıkrada, önce hak tanınmış, hangi durumlarda ve hangi koşullarda sınırlama yapılabileceği belirtilmiştir. İkinci bölümde ise, ikinci ve beşinci fıkralar arasında, bu hakkın sınırlanması durumunda bireyin ne gibi güvencelere sahip olduğuna yer verilmiştir.

Mahkeme içtihatlarına baktığımızda bireysel başvuruların konusu bakımından 5. madde başvurucular tarafından en çok ihlali öne sürülen ve en çok tartışılan maddelerin başında gelmektedir. Yazıldığı tarihten günümüze yarım asırdan uzun bir süre geçmesine rağmen ve Mahkeme tarafından maddenin anlamı ve kapsamı konusundan yüzlerce karar verilmesine rağmen, maddenin tanıdığı hakların neler olduğunun henüz tam olarak anlaşıldığını söylemek güçtür.

Bu çalışmamızda özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesini nasıl yorumladığı üzerinde durulmuştur.

Birinci bölümde, genel olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramı, tarihi gelişim süreci içerisinde kısaca ele alındıktan sonra, Sözleşme'de bu hakkın ne şekilde tanındığını, kapsamını ve hangi yasal sınırlama sebepleri öngörüldüğünü AİHM kararları ışığında belirlemeye çalıştık, ikinci bölümde ise, yine özgürlüğünden yoksun bırakılan bireye Sözleşme'nin 5. maddesi 2 ve 5. fıkralar arasında tanınan hakları AİHM kararları ışığında ortaya koymaya çalıştık.

BİRİNCİ BÖLÜM

AİHS' E GÖRE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLANDIRILMASI

I. GENEL OLARAK

İnsanın kişiliğine bağlı ve sosyal bir varlık olması dolayısı ile sahip olduğu soyut ve değişmez nitelikteki yetkiler demeti olarak tanımlanan[1] insan hakları, tarihi ve felsefi açıdan doğal hukuk anlayışına dayalı doğal haklar kavramı ile paralel bir gelişme göstermiş ve insan hakları doğal haklar kavramı ile açıklanmaya çalışılmıştır.[2] İnsanların hak ve hürriyetlerini en iyi kulanabilecekleri alan hiç şüphesiz hukuk devleti aracılığıyla sağlanabilir. Hukuk devleti sayesinde, hem kişinin temel hak ve hürriyetlerinin keyfi olarak sınırlandırılması, hem de devletin bütünlüğünü, güvenliğini tehlikeye düşürecek bir anlamda kullanılabilmesi önlenebilmektedir.[3]

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

---

1 Akad Mehmet, **Genel Kamu Hukuku**, 2.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997, s.141., benzer bir tanım için ayrıca bknz. Donay Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.3.

2 Doğal Haklar Öğretisine göre, insan hakları, insanın doğuştan var olan hak ve özgürlüklerini topluma devretmiş ve böylece belli yasal güvencelere sahip olmuştur.

3 Derdiman R.Cengiz, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Yakalama ve Tutuklama Yoluyla Sınırlandırılması", **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 1987, s.1.

ve hatta imkansızlaşmasından kaynaklanmaktadır.[4] Örneğin, özgürlükten mahrumiyet üzerine, aile hayatı ve özel hayat, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi bir çok hak ve özgürlükten yararlanabilme, doğrudan olumsuz biçimde etkilenmektedir.[5] 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.[6] Bunun yanında, bir kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği hallerde diğer hakların ihlali olasılığı da artmaktadır.[7]

Demokratik toplumlar, özgürlüklere büyük önem veren rejimler olduklarından, diğer tüm özgürlüklerin kullanımındaki öneminden dolayı kişi özgürlüğü büyük öneme sahiptir. Bir yazar; "özgürlük keyfiliğe ve adaletsizliğe direnme cesaretiyle başlar, hukukun kurumsallaşması yoluyla demokratik bir rejime dönüşür" demektedir. Demek ki, özgürlükten bahsedebilmek için demokratik bir rejim olması gerekir. Ancak demokratik bir rejimde kişi özgürülüğü ve diğer özgürlüklerden söz edilebilir.[8]

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.[9]

Özgürlük, yasaların üstünlüğünü zorunlu kılar ama, aynı zamanda kişiye devletin karışamayacağı bir alanı da sağlar; işte bu alan içinde kişi

---

4 Göçer Mahmut, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku", **Türkiye'de İnsan Hakları**, 1.Bası, Ankara, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2000, s. 211.

5 Şahbaz İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.55, 2004, s.204.

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

7 Göçer, a.g.m., s.211.

8 Şahbaz, a.g.m., s.204-205.

9 Kalabalık Halil, **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları,** Değişim Yayınları, 2004, s.6 vd.

gerçekten özgürdür.[10] Denebilir ki; “özgürlük, toplumun bireye ayırdığı bağımsızlık alanı”dır. Bu yapısı ile de toplumsal ve kurumsal alanın sınırıdır.[11]

Montesquieu; “Hiçbir kelime yoktur ki hürriyet kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun” diyor. Bu çeşitliliğin nedeni hiç şüphesiz, hürriyetin tek yönlü değil, çok yönlü bir kavram oluşudur.[12]

Hak bildirilerinde, anayasalarda, yasalarda genelde özgürlüğün tam tanımını yapan ifadelere rastlanmaz. Ayrıca doktrinde konu üzerinde fikir yürüten yazarlar tanım vermekten ziyade, tanımlamanın güçlüğü üzerinde duruyorlar. Fakat yine de bu konuda tanım verme girişiminde bulunulmuştur. Bu bağlamda, Acton; "benim özgürlükten anladığım herkesin üzerine düşeni yapması ve bunu yaparken iktidardan, çoğunluktan ve yerleşmiş törelerden çekinmemesidir" der. Laski'ye göre özgürlük, "kısıtlamanın kalkmasıdır." Montesquieu'nun yaptığı bir tanıma göre de; "hürriyet kanunların müsade ettiği her şeyi yapabilmek hakkıdır".[13]

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

---

10 Akın İlhan, **Kamu hukuku**, 7. Bası., İstanbul, Beta Basım Yayım, 1993, s.261.

11 Kaboğlu İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul, Afa Yayınları, 1994, s.11.

12 Kuzu, a.g.e., s.11.

13 Akın, a.g.e., s.259-260.

14 Balta Tahsin Bekir, **İdare Hukuku**, Ankara, 1970, s.99.

15 Tanör Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul, 1990, s.16.

Bu yer verdiğimiz tanımlar sadece birkaçıdır. Bunun yanında daha birçok düşünür tanım verme girişiminde bulunmuştur. Fakat buna rağmen üzerinde anlaşmaya varılmış bir özgürlük tanımı ortaya çıkmış değildir. Bunun sebebi daha önce de belirttiğimiz gibi özgürlüğün çok yönlü bir kavram oluşudur.

Özgürlüğün farklı yönlerini ele almak suretiyle yapılan tanımlama girişimlerinin yanı sıra, AİHS'nin uygulanmasının denetiminde etkin rol oynayan Komisyon'un, Sözleşmenin 5. maddesi kapsamında özgürlükten anladığı; " yakalama ve tutuklamanın yokluğudur." Özgürlük "kişinin klasik bireysel hakkı olup, gidiş-geliş fizik özgürlüğüdür", diyen Divan da neticede Komisyon'un yaklaşımı ile örtüşmektedir.[16]

Anayasa Mahkemesi'nce kişi özgürlüğünün özel bir türü olarak nitelendirilen[17] ve aynı zamanda kişi hürriyetinin tabii bir sonucu olan kişi güvenliği hakkı, kişinin bedeni hareket serbestisinden yoksun bırakılmamasını konu edinmektedir. Kişinin keyfi olarak tutuklanıp tutuklanmayacağını, tutuklanan veya yakalanan kişinin durumundan yakınlarının haberdar edilip edilmeyeceğini ve hangi kişilerin hangi hallerde kişi hürriyet ve güvenliğinden mahrum bırakılabileceğinin genel bir çerçevesini çizen bir kavramdır.[18]

Kavram, öğretide değişik yazarlar tarafından farklı olarak tanımlanmaktadır. Bir kısım yazarlar kişi güvenliğini özgürlükten farklı bir kavram olarak algılamakta, kişinin şahsına tecavüz edilemeyeceğinden emin olunmasını ifade ettiğini belirtmektedir.[19] Bir başka yazar ise; "Bir kimsenin suç işlemedikçe tutuklanmayacağına, herhangi bir yöneticinin

---

16 Kuzu, a.g.e., s.13.

17 Bknz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E.1985/8-K.1986/27 26.11.1986 tarih AMKD, Sayı:22, s.364.

18 Korkusuz M.Refik, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürülükler,** İstanbul, 1998, s.239.

19 Kunter Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** İstanbul, 1989, s.362.

elinde oyuncak olmayacağına gönülden inanmasıdır",[20] şeklinde tarif etmektedir. Yine bir yazarın görüşüne göre; Kişi özgürlüğünü ayakta tutan bir hak"[21], bir başka yazara göre ise sadece devlete karşı bireyin korunmasıdır.[22]

Kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramları ayrı ayrı tanımlanmalarının yanı sıra, bir kısım yazar tarafında da birlikte kullanılmakta "aynı köşenin iki yüzü"[23], ya da bir birinin doğal sonucu, "sine qua non" koşulu[24] olarak tanımlanmaktadırlar.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kavramsal bütünlüğünde, bireyin bedensel olarak hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olmasını ifade eder. Bir başka değişle bu hak, kişinin güvenlik içinde olmasını, onun keyfi olarak yakalanmak (gözaltında tutulmak), tutuklanmak, cezalandırılmak suretiyle hareket özgürlüğünden kısıtlanıp, istediği yere gidip gelebilme, dolaşabilme serbestliğinin ortadan kaldırılmamasını ve bunun güvencesi içinde yaşamını sürdürmesini ve geliştirilmesini ifade eder.[25]

Kişi özgürlüğü ve güvenliği birlikte insanın yasa ile belirli ve sınırlı durumlar dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaması demektir. AİHS'in 5.maddesinde yer alan "Özgürlük" kavramını "Güvenlik" gibi anlamak zorunludur. [26]

---

20 Akın, a.g.e., s.321-322.

21 Dal Kemal, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, Ankara, 1984, s.174.

22 Aldıkaçtı Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1973, s.174. benzer tanım için bknz, Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1989

23 Karakaş Işıl, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Jürisprüdansiyel Bir Yaklaşım", **MHB**, S.2, İstanbul, 1988, s.307.

24 Akın İlhan, Akad Mehmet, **Cumhuriyetin 50. Yılında Temel Hak ve Özgürlükler**, İÜHF 50. yıl Armağanı, İstanbul, 1973, s.32.

25 Keskin Serap, **"**Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı**", İnsan Hakları,** Cogito, 1.Bası, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.64.

26 Requetes, no:5573/72 ve 5670/72,DbR.-q 5¸ Alderson, J., **Human Rights and Police**, Çev. Kuntbay İhsan, **İnsan Hakları ve Polis,** Ankara**,** Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları no: 232, 1998, s 38.

Komisyon ve Divan da bu iki kavramı kararlarında genelde birlikte zikretmiştir. Komisyona göre kişi güvenliği özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder[27] ve güvenlik hakkı mutlak surette güvence altındadır.[28] Komisyon yine bir kararında özgürlük ve güvenlik deyimlerinin bir bütün olarak anlaşılması gerektiğini ve bu kavramların kişinin yalnızca beden özgürlüğü ve güvenliğine yönelik olduğunu belirtiyor.[29] Divan da benzer bir yaklaşımla özgürlük ve güvenlik hakkının birlikte bir anlam ifade ettiklerine ve güvenlik kavramının keyfilikle olan ilişkisine değinmektedir.[30];

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yakalama (gözaltı) ve tutuklama ile doğrudan ilgisi, insanlığı tutuklama ve yakalamanın keyfi uygulanışını önleme arayışları içerisine sokmuştur.[31]

İnsanlık tarihinde, kişinin keyfi olarak tutuklanıp özgürlüğünün ortadan kaldırılamayacağına ilişkin ilk kayıt, hak ve özgürlük mücadelesinin Batı'da ilk ve önemli ürünü İngiltere'de 1215 tarihinde kabul edilen Magna Carta Libertatum'dur. Bu ferman ile kralın yetkileri sınırlandırılmış, kimi hak ve özgürlükler dünyevi ve ruhani liderlere devredilerek, kral ile baronlar arasında hak ve özgürlükler garanti altına alınmıştır. Fermanın 39'uncu maddesinde, kendi zümresinden olanların verdiği bir karar ya da ülkenin bu konuda bir yasası olmadıkça, hiçbir kişinin yakalanmayacağı, zindana atılmayacağı kararlaştırılmıştır.[32] Kral ve soylular arasında yetki ve sorumluluk ilişkilerini yeniden belirleyen ve soylulara çok önemli ayrıcalıklar sağlayan bu ferman feodal ayrıcalıklara sahip olan çok küçük bir azınlığı

---

27 Başuru no:4626/70, 4715/70, 4783/71,4827/71 karar tarihi 6.3.1973, bknz., Gölcüklü Feyyaz, "Kişi Özgürülüğü ve Güvenliği, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması", A.Ü.SBF Yayını, **Hukuksal Kollokyum 13-14 Eylül 1990,** Ankara, 1992, s.41.

28 Komisyon Raporu, 4771/71, karar ve Kamma/Hollanda, 4.71974, bknz., Gölcüklü, a.g.m., s.41

29 Karar no, 5573/72 karar tarihi: 16.07.1976, bknz Gölcüklü, a.g.m., s.41.

30 18.12.1986 tarihli karar, seri A, no.111, par. 54 ve 60, bknz. Gölcüklü, a.g.m., s.41.

31 Keskin, a.g.e., s.64-65.

32 Çeçen Anıl, **İnsan Hakları Rehberi,** Turhan Yayınları, 1999, s. 7.

kapsamasına ve bir sistematiğe sahip olmamasına rağmen insan haklarına ve bu arada sanığın haklarına ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir.[33]

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ilk defa sağlam temellere oturtan belge ise, 1679 yılında kral Charles II. tarafından kabul edilen "Habeas Corpus Act."tır.[34] Bugün kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına "Habeas Corpus Güvencesi" de denmektedir.

Bu kanun, yakalanan ve tutuklanan kişilere kısa bir süre içinde hakim önüne çıkarılmayı isteme hakkını vermektedir. Hakim, yakalamayı veya tutuklamayı haklı kılacak sebepler yoksa, yakalanan veya tutuklanan kişinin salıverilmesini "Writ Of Habeas Corpus" ile emreder. Böylece kişi güvenliği sağlanmış olur. "Habeas Corpus", latince "Vücuda sahip ol" demektir.[35]

"Amerikan Haklar Bildirileri" [36] ile insanların doğuştan bir takım tabii haklara sahip bulundukları, bunların devletten önce mevcut olduğu ve dolayısıyla devlet iktidarının bu haklar ile sınırlanması gerektiği yolundaki fikirler, hukuki formüllerle doktrin alanından uygulama alanına geçmişlerdir.[37]

Kıta Avrupası'nda, kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesi bugünkü anlamıyla ilk olarak kaynağını İngiltere'den (1215 Magna Carta) almak suretiyle, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde yer almıştır.[38] Kişi güvenliği, 1789 tarihli Fransız Bildirisinin 7, 8 ve 9. maddelerinde tabi hak olarak düzenlenmiştir. Düzenlemelerin amacı, bir hukuk devletinde bireyin, hem diğer kişilere hem de devlete karşı fiziki ve

---

33 Bu belge, Feodalizmin Manifestosundan başka bir şey değildir. Bknz. Kapani Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7.Bası, Ankara, Yetkin Kitapevi, 1993, s.41.

34 Centel Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, Beta Basım, İstanbul, 1992, s.12.

35 Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Kitapevi, 2004, s.137.

36 Hak bildirileri (Bill Of.Rights) içersinde en önemlisi 12 Haziran 1776 tarihli "Virginia Haklar Bildirisidir". Bu bildirinin 8,9 ve 10 maddelerinde kişi güvenliği ile ilgili hükümler bulunmaktadır.

37 Kapani, a.g.e., s.45.

38 Keskin, a.g.m, s.65.

moral bakımlarından korunmasını güvence altına almaktı.[39] Bildiri, insanların eşit olduğunu, kendilerine karşı eşit muamele yapılacağını öngörerek farklı kişilerin sanık olmalarının eşitliği bozmayacağını zımnen belirtmekte, tutuklamanın ve bunun devamının ancak yasanın öngördüğü şekil ve şartlarda olacağını ifade etmekte, masumluk karinesini getirmektedir.[40]

Birleşmiş Milletler Anlaşması, İnsan Haklarını ve Temel 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.[41] 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 işlemlerine 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

---

39 Şahbaz, a.g.m., s.207.

40 Donay, a.g.e., s.2.

41 Kapani, a.g.e., s.62.

kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından dolayıdır.[42]

Konuyla ilgili olarak Türk hukukundaki gelişim sürecine kısaca göz atacak olursak, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ilk kaydı 23.12.1876 tarihli Kanun-i Esasi'de görmekteyiz. Bu anayasanın 10. maddesinde, kişi özgürlüğünün her türlü saldırıya karşı dokunulmaz olduğu hiç kimsenin yasanın öngördüğü sebep dışında bir bahane ile cezalandırılamayacağı hüküm altına alınmıştır. 20 Nisan 1924 tarihli "Teşkilat-ı Esasi Kanunu" 72. maddesi hükmüne göre ise; "Kanunen muayyen olan ahval ve eşkalden başka bir suretle hiçbir kimse derdest ve tevkif edilemez" hükmüne yer verilmiştir. 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. [43] 1982 Anayasası'nda ise milletlerarası antlaşmaların durumunun anayasal düzeyde belirlendiği ve AİHS ile tanınan temel haklara yer verildiği görülmektedir. Ancak 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemesi, kapsam ve

---

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

[43] Keskin, a.g.m., s.66, 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 diğer hallerde hakim kararı ile tutuklanabilir. Tutukluğun devamına karar verilmesi aynı şartlara bağlıdır.

Yakalama ancak suçüstü haline 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 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."

sistematik bakımdan 1961 Anayasası'na benzemekle birlikte, temel hak ve özgürlüklerin anayasal sınırları ve sınırlama sebepleri 1961 Anayasası'ndan farklı olarak oldukça artırılmıştır. Özellikle olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ve hatta durdurulmasına dair düzenlemelere yer verilmiştir.

II. AİHS' DE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ

Kişi özgürlüğünün tüm keyfi sınırlamalara karşı korunması anlamında kişi güvenliği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir.

AİHS' nin 5.maddesi şu şekildedir.

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 maddelerin 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.

Bu maddenin 1.fıkrasının 1.cümlesinde özgürlük ve güvenlik hakkı tanınmakta; yine 1.fıkranın (a)-(f) bendlerinde meşru özgürlükten yoksun bırakılma sebepleri gösterilmekte; maddenin 2-5.fıkralarında ise özgürlüğünden yoksun bırakılanların hakları düzenlenmektedir.[44]

A. Kişi Özgürlüğü ve Özgürlükten Yoksunluk Kavramı

Sözleşmenin 5.maddesi klasik anlamda kişi özgürlüğünü korumaktadır. Anglo-Sakson hukukundan esinlenen bu hüküm gözaltına alma ve tutuklama sürelerini kısıtlayıp bazı şartlara bağlayarak kişi özgürlüğünün devlet tarafından keyfi bir şekilde ihlal edilmesini önlemeyi amaçlamaktadır.[45]

Maddenin 1.fıkrası "her ferdin" deyimi ile başlayıp "hiç kimse" diye devam ettiği cihetle kişisel durumu ne olursa olsun (çocuk, ergin, serbest kişi ya da tutuklu, hasta ya da sağlıklı) herkes bu hakkın yararlanıcısıdır.[46]

Özgürlük kavramı maddede bu kavramın genel anlamından çok daha dar bir çerçevede kullanılmaktadır. Sözleşmenin 5.madde bağlamında kişi özgürlüğü ilkesi yalnız bireyin fiziksel özgürlüğü ile ilgilidir.[47]

---

44 Doğru Osman, "Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5'inci Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu'nda Sunulan Bildiri**, Ankara, TBB- İHAUM, 2004, s.3.

45 Ünal Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumlanması)**, Ankara, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, no.89, 1995, s.136.

46 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.222.

47 Özdek Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye**, 1.Bası, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2004, s.179, Engel ve diğerleri kararı 08.06.1976 Par.58 "Mahkemeye göre sözleşmenin 5/1. fıkrası kişi özgürlüğü terimini kullanırken bu terime klasik anlamıyla yani kişinin fiziksel özgürlüğü

Beşinci maddede belirtilen "özgürlükten yoksun bırakma" deyimi sadece gözaltına alma veya tutuklama olarak nitelendirilmemelidir. Mahkemeye yapılan başvurulardan bu kavramın daha geniş bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu hüküm sadece ceza hukuku anlamında değil, tanığın duruşmada hazır bulundurulması, babalık davasında DNA testi, psikiyatrik bir muayenenin yaptırılması gibi özel hukuk bağlamındaki özgürlükten yoksun bırakılma hallerinde de uygulama alanı bulmaktadır.[48]

Kişi özgürlüğünden mahrumiyeti gidip gelme serbestisinin kısmen kısıtlanmasından ayırmak gerekir. Örneğin; sağlığı korumak için salgın hastalık (karantina) bölgesinden çıkma yasağı yahut kamu güvenliği nedeniyle kişinin belli bir yerde oturma zorunluluğu gibi durumları 5.madde kapsamında değil, gereğinde belki de sözleşmeye ek dört nolu protokol çerçevesinde düşünmek gerekir. Birbirinden her zaman kolayca ayrılması zor söz konusu iki durum arasındaki fark Mahkeme'nin deyimi ile "...bir nitelik ve öz farkı değil, sadece bir derece ve yoğunluk farkıdır."[49] Komisyon'a göre gece sokağa çıkma yasağı uygulaması bir sınırlama; buna karşılık bir bölge yahut mahalle halkını evlerinde kapalı tutma ise, özgürlükten mahrumiyet yani tutukluluktur.[50]

Hapsin özellikleri ve bu uygulamadan etkilenen kişinin durumu gibi unsurlar, belli bir uygulamanın özgürlükten mahrumiyet özelliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde esastır. AİHM, hapsin ne özellikler taşıdığını da dikkate alacaktır. Kişinin bir karakolda ya da hapishane hücresinde zorla alıkonulması halinde, kesinlikle bir özgürlükten mahrumiyet söz konusu olacaktır. Ancak, 5. Madde hükümleri tanımına giren çok çeşitli hapis türleri de bulunmaktadır. Örneğin, zor kullanarak ya da kullanmayarak kolluk

---

biçiminde düşünmüştür. Bu fıkranın amacı bir kimseyi keşfi bir anlamda özgürlüğünden yoksun bırakmaya karşı korumaktır. Bu fıkranın sadece 4.protokolün ikinci maddesinde bulunan seyahat özgürlüğü üzerine getirilen kısıtlamalarla bir ilgisi yoktur. Bu durum 5.maddede özgürlükten yoksun bırakma, göz altına alma, tutma terimlerinin kullanılmasından da anlaşılmaktadır.

48 Ünal, a.g.e., s.137.

49 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.222.

50 Kom. R., Kıbrıs/Türkiye, 10.07.1976, no.6780/74 ve 6950/75, par. 235 ve 286

kuvvetlerinin bir kişiye bir yerden ayrılamayacağını ya da kendileriyle başka bir yere gelmek zorunda olduğunu söylediği haller. Bu durum, bir kişinin yolda durdurulduğu ya da kendi özgür iradesiyle karakola geldikten sonra buradan ayrılamayacağının kendisine söylendiği haller için de geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür durumlarda asıl önemli unsurun kişiyi mecbur kılma olduğuna De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika davasında işaret etmiştir. Ayrıca, özgürlüğünden mahrum edilen kişinin bu durumdan haberdar olmaması da önemli değildir; önemli olan kişinin artık bulunduğu mekânı terk edemeyecek olmasıdır.

Kişinin belli bir noktadan – ister sokakta ister başka bir açık alanda – ayrılamaması ya da belli bir araç ya da odada (mutlaka bir hücre olmak zorunda değil) kalmaya zorlandığı ve bu şekilde kişinin tamamen belli bir mekâna hapsedildiği durumlarda genellikle 5. Madde hükümlerine başvurmak söz konusu olacaktır. Ancak, kişinin hapsedildiği mekânda bir miktar hareket özgürlüğüne sahip olması da 5. Madde hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmez. Bu durum, Ashingdane-Birleşik Krallık davasında görülmüştür. Bu davada, zorla akıl hastanesinde tutulan bir kişi, zorla alıkonulduğunun belli olmaması için kapıları kilitli olmayan bir koğuşta tutulmakta ve yanında kimse olmadan gündüzleri ve hafta sonları hastane dışına çıkmasına izin verilmektedir. Guzzardi-İtalya davasında da benzer bir durum görülmektedir. Bu davada, ıssız bir adada çevresi çitle çevrilmemiş 2,5 km^2'lik bir arazide kendisi gibi örgütlü suça katıldığından şüphelenilen diğer kişilerle birlikte tutulan bir kişi söz konusudur. Bu kişi her ne kadar o mekânda karısı ve çocuğuyla birlikte yaşayabilse de kişinin tecrit edilmiş ve kısıtlanmış olması sebebiyle, bu davada bir özgürlükten mahrumiyet uygulaması söz konusudur. Tecrit ve kısıtlanma, mekândan daha önemlidir. Dolayısıyla, Kıbrıs-Türkiye[51] davasında olduğu gibi, son derece katı bir sıkıyönetim uygulaması sebebiyle yalnızca görevlilerin eşliğinde kişilerin evlerinden dışarı çıkmasına izin verilen durumlarda da olsa, kişinin kendi evinde alıkoyulduğu haller de 5. Madde hükümleri kapsamına girecektir.

---

[51] Başvuru No. 6780/74 ve 6950/75 (Komisyon Raporu).

Belli bir köy ya da kasabada tutulma haline tecridin eşlik etmediği durumlar – bu durum Guzzardi davasında söz konusudur – özgürlükten mahrumiyetten ziyade hareket özgürlüğüne müdahale olarak değerlendirilir.

Aynı şekilde, bir ülkeye giriş yapmak isteyen kişilere getirilen kısıtlamalar – yabancıların muhafaza edildiği özel bir merkezde zorla tutulmalarından ziyade, hava alanında belli bir mekânda tutulmaları hali – genellikle özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmez, Zira bu durumda bu kişilerin hâlâ başka bir ülkeye gitme imkânları bulunmaktadır.[52]

Komisyon ve Mahkeme kararlarında somut olayın özelliklerine göre normal yaşamın sürdürülmesini imkansız hale getirecek şekilde özgürlükten yoksun bırakılma hallerinde 5.maddenin uygulama alanı bulduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle örneğin salıverilen bir hükümlünün belli aralıklarla polise başvurmasının istenmesi veya bir yabancının seyahat özgürlüğünün ülke içinde belirli bir şehir sınırıyla kısıtlanması gibi durumlarda 5. madde anlamında özgürlük kısıtlaması yoktur.[53]

Uygulamadan etkilenen kişinin statüsü de bir uygulamanın özgürlükten mahrumiyet özelliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde önemlidir. Bu durum, özellikle silâhlı kuvvetlerde görevli kişilerin normal disiplin uygulamasının bir parçası olarak belli bir yerde tecrit edilmelerinin konu olduğu 08.06.1976 tarihli Engel ve diğerleri/ Hollanda davasında dikkate alınmıştır. Normal yaşamın sürdürülmesinin imkansız hale gelip gelmediği hususunun somut olayın özelliklerine göre AİHM tarafından belirlenmesi açısından örnek bir davadır. Dava konusu olayda beş astsubaya askerlik hizmetini Hollanda ordusunda yaparlarken izinsiz göreve gelmeme, dikkatsiz otomobil kullanma, askerlikle bağdaşmayan makale yayınlama gibi nedenlerle üstleri tarafından suçların ağırlığına göre göz hapsi, oda hapsi, ağır oda hapsi yahut özel bir birlikte ve gözaltında

---

52 Macovei Monica, **Avrupa İnsan Halkları Sözleşmesinin 5. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz,** İnsan Hakları El Kitapları, no.5 Avrupa İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, s.20-21.

53 Ünal, a.g.e., s.137.

askerliklerini yapma gibi üstleri tarafından verilen askeri disiplin cezaları itiraz üzerine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından onanmıştır. Beş astsubay komisyona yaptığı başvuruda kendilerine verilen ve özgürlüklerini kısıtlayan söz konusu yaptırımların Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.(Hollanda hukukunda askeri disiplin cezası olarak uygulanan göz hapsinde normal askerlik hizmeti devam eder. Fakat ilgili ceza süresince kışladan ayrılamaz. Oda hapsi cezasında normal olarak askerlik hizmeti devam eder fakat çalışma saati bittikten sonra aynı cezayı almış olanlar bir arada ve bir yerde tutulurlar. Ağır oda hapsi cezasında ise cezayı almış olanlar hizmet göremezler ve tek başlarında bir odada hapis tutulurlar ve burada geçen süre askerlikten sayılamaz.) Komisyon göz hapsi cezası verilmesinin sözleşmenin 5. maddesine aykırı olmadığına, oda hapsi ve ağır oda hapsi gibi özgürlüğü kısıtlayıcı disiplin cezalarının Sözleşme'ye aykırı olduğunu ve Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanmaya ilişkin kuralların disiplin cezalarını kapsamadığını da belirterek işi Divan'a götürmüştür. Divan, Sözleşme'nin yalnız sivilleri değil askerleri de kapsamı içine aldığını, Sözleşme kurallarını askerlere uygularken askerliğin özelliklerini göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir. Divan'a göre askerlik özgürlüğü kısıtlayan bir durum değildir. Dolayısıyla bir sivile uygulandığında özgürlüğü kısıtlayıcı kabul edilen bir durum, askerlere uygulandığında her zaman aynı sonucu vermeyip, özgürlüğün kısıtlanması anlamına gelmeyebilir. Böyle olmakla birlikte silahlı kuvvetlerin bünyesindeki yaşamın normal sınırlarını aşan kısıtlamalar, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına girer. Divan bu değerlendirme ışığında göz hapsi ile oda hapsini Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı saymamış, buna karşılık ağır oda hapsini özgürlüğü kısıtlayıcı ceza olarak görmüş ve Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı bulmuştur.[54]

---

[54] Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sancaktar Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.208-209.

Yine 5.madde, kişi özgürlüğünün devlet organlarınca kısıtlanması halinde uygulanır. Nielsen'in[55] Danimarka'ya karşı açtığı davada 5. maddenin 12 yaşındaki bir çocuğu bir psikiyatri hastanesinde nezaret etmek zorunda olan bir anne ve baba için uygulanmamasına karar verdi. Nielsen'in Danimarka'ya karşı açtığı davada, evli olmayan anne babası çok küçükken ayrılan Danimarkalı bir çocuk babası ile birlikte yaşamayı tercih etmişti ve aslında vesayetini anneye veren bir dizi mahkeme kararını çiğneyerek, birkaç yıldır zaten babası ile birlikte yaşıyordu. En sonunda anne, çocuğun bir devlet ruh hastalıkları hastanesine kabul edilmesini istedi. Divan Sözleşme'nin 5. maddesinin "herkesi" kapsadığını onayladığı ve 5.1.d. maddesinin 18 yaşından küçükleri koruduğunu özellikle belirttiği halde "Başvuru sahibinin hastaneye yatırılmasının 5.maddenin kapsamı içinde bir özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelmediği, ancak annesinin gözetimle ilgili haklarını içeren sağ duyulu bir uygulama olduğu" gerekçesi ile 5. maddenin uygulanmamasına karar verdi.[56] Bununla birlikte 5. Madde hükümlerine aykırı bir uygulama söz konusu olduğunda, kamu görevlileri kenara çekilerek kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine göz yumamaz. Kamu görevlilerinin bu tür bir ihlâle rıza göstermesi durumu Riera Blume ve Diğerleri-İspanya davasında görülmektedir. Bu davada, başvuru sahiplerinin aileleri – bir tarikata üye oldukları düşünülen – başvuru sahiplerini bir otelde alıkoymuş ve bir psikolog ve psikiyatr tarafından "beyinlerinin yıkanacağı" düşünülmüştür. Bu davada söz konusu fiil, başvuru sahiplerinin ilk adlî soruşturma aşamasında yakalanmalarını takiben mahkemenin önerisiyle gerçekleştirilmiştir. Ancak ne bu karar ne de ailelerin yaptığı şeyle ilgili yasal bir yetki bulunmamaktadır. Yetkili makamların faal işbirliği olmadan böyle bir şeyin yapılamayacağından hareketle, bu davada İspanya'nın 5. Madde hükümlerini ihlâl ettiğine karar verilmiştir. 5. Madde hükümlerine aykırı bir şekilde kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesiyle neticelenecek hiçbir özel

---

55 Nielsen/Danimarka, 28.11 1998, Seri A, no.144

56 Gomien Donna, **Short Quide To The Europen convention On Human Rights**, Çev. Bıçakçı Levent, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi**, 1.Bası, Ankara, Renk Ajans, Kültür Bakanlığı Yayını,1995, s.33.

eyleme kamu görevlilerince müsaade edilmemesi gerekir. Kamu mercileri de hiçbir zaman özel kişileri, gerçekleştirmeleri yasaklanmış olan fiillere teşvik etmemelidir.[57]

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.[58]

Mahkeme, önüne gelen somut kuralları değerlendirirken, 5. maddede öngörülen hakların maddenin amacına uygun olarak "demokratik toplum" için anlamını devamlı şekilde ifade etme gereğini duymuştur.[59] Mahkeme Kurt-Türkiye davasında[60] , bu hususu bireylerin demokratik bir toplumda yetkililerin keyfi tutuklamalarına maruz kalmama hakkının korunması açısından 5. Madde'de yer alan teminatların ana önemini belirtmektedir.

B. Kişi Güvenliği Kavramı

"Kişi özgürlüğünün yanında güvenlik hakkı, kişinin özgürlüğüne yönelik keyfi işlemlere karşı korunmasını ifade eder." Kişi özgürlüğü Sözleşme'nin 5. maddesinin 1.fıkrasına istinaden kısıtlanabildiği halde

---

57 Macovei a.g.e., s.23. AİHM ayrıca, 10 Mayıs 2001 tarihli Kıbrıs-Türkiye davasında, Devlet namına bir kamu merciinin özel kişilerin diğer kişi/kişilerin haklarını ihlâl etmelerine göz yumması ya da müsamaha göstermesi halinde, söz konusu kamu merciinin Sözleşme hükümleri çerçevesinde yetkisi dahilinde sorumlu tutulacağını vurgulamıştır. Ancak bu davada bu tür bir göz yumma ya da müsamaha gösterme olduğu tespit edilememiştir.

58 Gomien, a.g.e., s.30.

59 Yıldız Mustafa, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, İstanbul, Alfa Kitapevi, 1998, s.124.

60 Bknz.Kurt/Türkiye davası, 25.05.1998, Başvuru no: 15/1997/799/1002, par.122 Kararın Türkçe çevirisi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/kurt.htm. Erişim Tarihi: 05.07.2009

güvenlik hakkı mutlaktır, hiçbir sınırlamayı kabul edemez.[61] Kişi güvenliği bu anlamda; kişinin, kanunlarda yazılı şekil ve şartlar altında yetkili kılınan organlar tarafından yapılan yakalama ve tutuklamaların dışında yakalanmaması, tutuklanmamasıdır.

Komisyon'a göre "özgürlük ve güvenlik terimleri bir bütün olarak ele alınıp anlaşılmalıdır. Güvenlik kelimesi, özgürlüğe karşı yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder."[62] Bu suretle kişi güvenliği, hakkı bireyin fiziksel (bedensel) özgürlüğü olarak anlaşmalı, sosyal güvenlik hakkı gibi tamamen farklı konularla karıştırılmamalıdır. Komisyon'un bir kararında da belirtildiği üzere [63], kişi güvenliği kavramı devletlere 3. kişilerin saldırılarına karşı özel koruma görevlileri verme gibi bir yükümlülük de getirmemektedir.

Kişi güvenliğinin sağlanabilmesi için 5. madde kapsamında alınacak her kararın önceden var olan ulusal hukuka hem esas, hem de şekil yönünden uygun olması gerekir."[64]

Bu konuya ilişkin olarak Mahkeme'nin görüşünü belirttiği Bozano davasında[65], Mahkeme bunun güvenlik kavramı ile olan ilişkisine değinmiş ve kişi güvenliğinden, yakalama ya da tutuklamanın "keyfi" olmaması anlamının çıkartılması gerektiğini belirtmiştir. Şöyle ki; özünde bir suçlunun geri verilmesi niteliğindeki bir işlemin, "bir yabancının sınır dışı edilmesi " etiketi altında yapılmasının konu olduğu bu davada Mahkeme şöyle der : ".... Burada çözümü gereken asıl mesele, davaya konu teşkil eden 'tutuklama' olayının ' kanunun öngördüğü usule' riayet de dahil olmak üzere, 'normlara uygun' bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu

---

61 Keskin, a.g.m., s.93.

62 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.222-223., (Kom. K. Doğu Afrikalı Asyalılar,Yirmibeş başvuru / İngiltere, 10.10.1970, no.4403/70 ve ötekiler,Ann.,13,1970,s.997; Kom.K.,Doğu Afrikalı Asyalılar/ İngiltere, 6.3.1978, no.4626/70 ve ötekiler ve 6.3.1978,no.4715/70, 4783/71, 4827/71, DR 13,s.5,17).

63 Kom.K., X/İrlanda, No.6040/73,1973

64 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.208.

65 Mah.K., Bozano/Fransa, Seri A no.111, 18.2.86, par.54 ve 60.

konuda, esas itibariyle, ulusal mevzuata atıfta bulunmakta ve ulusal mevzuatın koyduğu kuralları uygulama gereğini emretmekte ise de, bunun yanında fazla olarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin 5.madde ile güdülen amaca uygun olmasını da istemektedir. Bu amaç da bireyi keyfiliğe karşı korumaktır." Burada söz konusu olan husus yalnız 'özgürlük hakkı ' değil, ayni zamanda 'güvenlik hakkıdır' da ."[66]

Öte yandan, yine kişi güvenliği hakkının yorumlandığı Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuruda[67]tutuklu bulunan bir PKK teröristinin Irak sınırına yakın bir yerdeki örgüt cephaneliğini göstermesi için götürüldüğünde kaçmaya çalışması üzerine, polis tarafından bacağından vurularak yakalandığı olayda, başvurucu polisin kendisine ateş etmesi nedeniyle, 5.maddenin birinci paragrafında güvence altına alınan kişi güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon ise kararında, yine kişi güvenliğinin farklı bir anlamının olmasını göz önüne alarak, başvurucunun bu şikayetini Sözleşme'nin 2.maddesinin 2(b) paragrafı altında incelemiştir.

Bu konuda Komisyon'un görüşünü belirttiği davalardan ikisi, Türkiye'ye karşı yapılan Akdivar ve Diğerleri başvurusu [68] ile Menteş ve Diğerleri [69] başvurusudur. Her iki davada da başvurucular güvenlik kuvvetleri tarafından evlerini ve köylerini terk etmeye zorlanmalarının kişi güvenliği haklarının ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Komisyon ise kararlarında[70] öncelikle, 5.maddenin 1.paragrafında düzenlenen, kişi güvenliği hakkının amacının, bireylerin özgürlüklerinden keyfi olarak mahrum edilmelerine karşı korunmak olduğunu, kişi güvenliği kavramının bağımsız olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir.

---

66 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.223.(aynı anlamda bknz., Mah.K., Kurt/Türkiye, 25.5.1998. s. 122-125; Çakıcı/Türkiye, 8.7.1999, s.104; Akdeniz/Türkiye,31.05.2001, s.104 ve son) (Mah. K., 18.12.1986, A lll, s.23,26-27, s.54,60).

67 Kom.K.,M.D./Türkiye,No.28518/95, 30.6.97

68 Kom.K Akdivar ve diğerleri/Türkiye,No.21893/93, 26.10.1995, s.33, par.226-231

69 Kom.K.,Menteş ve diğerleri/Türkiye,No.23186/94,7.3.1996,s.39, par.191-197.

70 Akdivar ve diğerleri/Türkiye, par.229; Menteş ve Diğerleri/Türkiye, par.195.

Daha sonra ise, başvuruculardan hiçbirinin yakalama ya da tutuklama gibi nedenlerle özgürlüklerinden mahrum edilmediğini tespit eden Komisyon[71], başvuruculaın içinde bulundukları güvenli olmayan koşulların 5.madde 1.paragrafta düzenlenen kişi güvenliği kavramının kapsamına girmediğini belirterek, başvuruculaın 5.maddeye ilişkin şikayetleri bakımından ihlal olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ancak, AİHS'nin 5.maddesi ile güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, Sözleşme'nin 15.maddesinin 1.fıkrasına göre askıya alınabilir. " Söz konusu 15.madde, savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir olağanüstü durumda, sözleşmeci taraflardan her birinin, durumun zorunlu olarak gerektirdiği ölçüde Sözleşme'de öngörülen yükümlülükleri askıya alan önlemleri alabileceğini belirtmektedir. Aynı maddede, söz konusu önlemlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle çatışmaması koşulu da aranmaktadır. " Sözleşme'nin 15.maddesinin 3.fıkrası ise, belirtilen askıya alma hakkını kullanan her taraf devletin, almış olduğu tedbirler ve bunların gerekçeleri konusunda Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bilgi vermesi zorunluluğunu getirmiştir. Aynı sözleşmeci taraf ayrıca, bu tedbirlerin ne zaman yürürlükten kalkacağını ve Sözleşme hükümlerinin yeniden ne zaman tam olarak uygulanacağı konusunda Genel Sekreter'i bilgilendirmek zorundadır.[72] Anlaşıldığı üzere, Sözleşme kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarının sözleşmeci devletler tarafından olağanüstü durumlar nedeniyle bile olsa kısa süreli olarak askıya alınmasını, tamamiyle devletlerin keyfi uygulamasına bırakmamıştır.

---

71 Akdivar ve diğerleri/Türkiye, par.230; Menteş ve Diğerleri/Türkiye, par.196.

72 Keskin, a.g.m., s.94.

C. Kişi Güvenliği İçin Öngörülen Güvenceler

5. Maddede "kişi güvenliği" olarak adlandırılan hakkın sağlanması, yani "kişi özgürlüğü"nün keyfi kısıtlamalara karşı korunabilmesi için bu maddede öngörülen önlemler 3 kümede toplanabilir.[73]

-Kişi özgürlüğüne istisna getirilen kısıtlamaların hukuk güvencesine bağlanması; yani yakalama, tutuklama, gözaltına alma, bir yere kapatma, kısaca bireyi kişi özgürlüğünden mahrum kılan her türlü işlemin hukuka uygunluğu; keyfiliğin önlenmesi anlamında "Kişi güvenliği";

-Kişi özgürlüğünün kısıtlanması nedenlerinin, maddede, sınırlı sayıda saptanıp belirlenmiş olması;

-Özgürlüğünden yoksun kılınan bireye tanınan bazı haklar;

1. Hukuka Uygunluk Genel Şartı

5.Madde 1. paragrafta, özgürlükten mahrumiyetin "yasada belirlenen yollara (usule) uygun" olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, özgürlükten mahrumiyete hangi şartlarda izin verildiğinin belirtildiği diğer tüm alt paragraflarda bu tedbirin "usulüne uygun" olması gerektiğine işaret edilmektedir. Hukuka uygunluk şartı, hem usul hem de esasa yönelik olarak yorumlanmıştır. Ayrıca, hukuka uygunluk, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin ulusal hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olması ve keyfi olmaması şeklinde anlaşılmaktadır.[74] Diğer bir anlatımla kişi özgürlüğünü kısıtlayan tutma, tutuklama vb. işlemler yapılırken yürürlükteki mevzuatın öngördüğü usul izlenecek (usule ilişkin koşullar) ve

---

73 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.223.

74 Macovei, a.g.e, s.9.

aynı zamanda işlem, tüm yönleri ile, gene mevcut hukuk kurallarına (esasa ilişkin koşullar) uygun olarak gerçekleştirilecektir.[75]

Ulusal mevzuatın öngörmüş olduğu usulün ulusal mercilerce izlenip izlenmediği konusunda Komisyon ve Mahkeme'nin sahip olduğu denetim yetkisi bu organlarca sınırlı şekilde kullanılmakta; iç hukukun yorum ve uygulamasında öncelikle yetkili olan ulusal mercilere geniş bir takdir marjı tanınmaktadır.[76] Fakat, her ne kadar bir kanunun yorumlanması ve uygulanmasının ilke olarak bir devletin yetkili merciinin özellikle de mahkemelerin yetkisinde olduğu kabul edilse de AİHM, bu kanuna uyulup uyulmadığına dair yetkisini saklı tutmaktadır.[77] Zira, Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5.maddesinde olduğu gibi doğrudan doğruya ulusal hukuka gönderme yaptığı hallerde, iç hukuka riayet, sözleşen devletlerin taahhütlerine dahil ve bu taahhütlerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, Mahkeme gereğinde bu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilip getirilmediğini kontrol yetkisine sahiptir.(m.19)[78]

Bir kişi özgürlüğünden mahrum edilmişse öncelikle ilgili ulusal kanunun gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek esastır. Bu tespit temel bir usule uygun davranılıp davranılmadığının ya da alınan tedbire ilişkin yasada bir hüküm bulunup bulunmadığının belirlenmesi için

---

75 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.224.

76 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.224, Bknz. Winterwerp-Hollanda, 24.10.1979, seri A, no.33, par.37, kararın Türkçe çevirisi için bknz. Doğru Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ)**, 2.Bası, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2003, s.332 vd. AİHM "Mahkeme bir olayda hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisine sahip olduğundan, mahkemenin buradaki görevi ulusal makamlar tarafından verilen kararın sözleşmeye uygun olup olmadığını denetlemek olduğundan (……..)" diğer paragrafta sözleşmenin 5.maddesinin birinci fıkrasındaki hukukun öngördüğü usule uygun tutma kavramı iç hukuktaki usule göndermede bulunduğundan, iç hukuktaki usulünde sözleşmeye uygun olması gerektiğinden, bu kavram bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir işlem için yetkili makamlar tarafından verilmiş bir karar bulunmasına ve bu kararın yetkili kişilerce uygulanmış olmasını ve işlemin keyfi olmamasını gerektirdiğinden, (…..) sözleşmenin iç hukuka göndermede bulunduğu 5.maddedeki gibi durumlarda mahkeme ulusal makamların iç hukuka uygun davranmış olup olmadıklarını inceleyebildiğinden, hukukun öngördüğü bir usule göre özgürlükten yoksun bırakma şartı bakımından akıl zayıflığı nedeniyle tutulma şartının ihlal edilmediğine" karar vermiştir.

77 Macovei, a.g.e, s.10.

78 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.224.

gerçekleştirilir. İkinci husus yani yasada bir hüküm bulunup bulunmadığının belirlenmesi, belli bir yasa hükmünün kapsamını yorumlamak anlamına geldiği kadar, böyle bir hükmün uygulandığı durumun fiilen mevcut olduğunun kanıtlanması anlamına da gelebilir[79] Örneğin, Van der Leer/Hollanda olayında kanunun öngördüğü usulün ulusal mercilerce izlenmediğinin saptanması üzerine, Komisyon ve Mahkeme şikayet konusu önlemin ayrıca Sözleşme'nin 5.Madde hükümlerinde yer alan sınırlı sayıdaki mahrumiyet gerekçelerinden birisine girip girmediği hususunu incelemeye gerek görmemiştir.[80] Eski bir Bulgaristan Başbakanı'nın bazı kamu fonlarını gelişmekte olan ülkelere aktarmış olması sebebiyle özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin ulusal mahkeme kararının görüşüldüğü Lukanov-Bulgaristan[81] davasında da benzer bir durum söz konusudur.

---

79 Macovei, a.g.e, s.1.

80 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.225, Bknz. Van Der Leer /Hollanda, 21.02.1990, Seri A. 170-A par.22-23, Kendi iradesiyle akıl hastanesinde tedavi görmekte olan bayan başvurucunun eşinin talebi üzerine yerel mahkeme, başvurucunun 6 ay süreyle hastanede zorunu olarak muhafaza edilmesine karar vermiştir. Bu karar başvurucuyu iki gün önce muayene eden bir psikiyatrın verdiği rapora dayamıştır. Raporda, başvurucunun bir yargıç tarafından inlenmesinin gereksiz veya tıbben tavsiye edilmez olmadığı belirtilmiştir. Yargıç, söz konusu kararı verirken duruşma yapmamış ve başvurucuyu dinlememiştir. Oysa, Akıl Hastalarına Dair Kanunun 17. maddesine göre gereksiz veya tıbben tavsiye edilmez olmadıkça, yargıcın hakkında muhafaza tedbiri istenen kimseyi dinlemesi gerekmektedir. Mahkemeye göre, bu davada karar verilmesi gereken temel sorun, tartışma konusu tutma kararının "hukukun öngördüğü bir usule" uygunluğunu da içerecek bir biçimde "hukuki" olup olmadığıdır. Sözleşme burada esas itibariyle ulusal hukuka göndermede bulunmakta ve ulusal hukukta yer alan maddi ve usul hükümlerine uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Kanton Mahkemesi yargıcı Akıl Hastalarına Dair Kanunun şartlarını dikkate almayıp başvurucuyu dinlemeden hastanede tutulmasına karar verdiğinden hukukun öngördüğü bir usule aykırı hareket ettiğinden Sözleşme'nin 5(1) fıkrasının ihlaline karar verilmiştir.

81 Bknz 20.3.1997 Lukanov/Bulgaristan kararı par. 41-46 Bulgaristan' da daha önce Başbakanlık yapmış olan ve 1992 yılında halen milletvekili olan başvurucu, 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 karaların Bulgaristan Anayasası'na veya mevzuatına aykırı olduğuna karaların yetkinin aşımı suretiyle alındığına dair hiçbir delil yoktur. Bu duruma göre mahkeme eylemin suç oluşturduğuna ikna olmamıştır.(...)Mahkeme, başvurucunun 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

Hukukilik şartı özgürlükten yoksun bırakılmanın her aşamasında gerekli şart olarak kabul edilmektedir. Hukuki zemin, özgürlükten yoksunluk devam ettiği sürece muhafaza edilmelidir. Bu nedenle AİHM pek çok defa başlangıçta hukuka uygun olduğu halde sonradan hukuki zeminin ortadan kalktığı kararlarda özgürlük kısıtlamasının Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar vermiştir.[82] Örneğin, tutuklu sanığın beraati halinde tahliyesi geciktirilmişse 5 maddenin 1. fıkrası ihlal edilmiş sayılmaktadır.[83] Benzer şekilde bir kimsenin yasal gözaltı süresi dolduktan sonra çok kısa bir süre de olsa tutulmasının ardından salıverilmesi, yine Sözleşme'nin 5(1) fıkrasındaki hukukiliğe aykırılık oluşturabilir.[84]

Ulusal mevzuatın hatalı yorumu üzerine oluşan bir içtihada dayanan tutuklama da yasal dayanaktan mahrum bir uygulamadır. Bu doğrultuda AİHM, pek çok davada ulusal mercilerin hukuka uygunluğu bile

---

için makulce gerekli olduğu kabul edilen bir tutma olup olmadığını incelemeyi gerekli görmemiştir.(...) buna göre bu olayda Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.

82 Macovei, a.g.e, s.11.

83 Bknz. AİHM. kararı, Labita /İtalya, 06.04.2000, par. 170 ve son , kararın Türkçe tercümesi için bknz. Doğru, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, C.3, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998 s.302 vd. "Sözleşme'nin 5(1)(c) maddesinin amacı bakımından tutukluluğun haklılığı, suç isnadının karara bağlandığı gün sona erer. Ve bu nedenle beraat kararından sonra tutma bu madde içinde yer almaz, ancak tutulan bir kişinin salıverilmesi ile ilgili bir kararın icra edilmesinde biraz gecikme olması genellikle kaçınılmazdır. Ancak,S bu gecikme asgari düzeyde olmalıdır.

Bununla birlikte Mahkeme, bu olayda başvurucunun salıverilmesindeki gecikmenin, idari formaliteleri yerine getirme gereğine sadece atfedilemeyeceğini gözlemlemektedir. Başvurucunun gece 00.25'te l3 Kasım l993 sabahına kadar salıverilmesindeki ek gecikmeye kayıt memurunun bulunmaması sebep olmuştur. İşte sadece bu memurun gelmesinden sonra başvurucunun tutuklu kalması için bir başka sebep bulunup bulunmadığına bakmak ve salıverilme için diğer idari formülleri yoluna koymak mümkün olmamıştır.

Bu koşullarda başvurucunun Termini İmerese Cezaevi'ne geri getirildikten sonra tutulmasının devam etmesi, kendisinin salıverilmesine dair kararın icrası için bir ilk adım olmayıp bu nedenle Sözleşme'nin 5(l)(c) maddesine girmemektedir. Buna göre Sözleşme'nin 5. maddesinin l. fıkrası ihlal edilmiştir.

84 27.11.1997 tarihli K.-F. Almanya davası 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, başvuru sahibinin alıkoyulma hali hukuka uygun olmaktan çıkmıştır. Mahkeme bu durumda, 5. maddenin ihlâl edildiği kararına varmıştır.□

sorgulanmamış ve uzun süreden beri devam eden uygulamalara itibar etmesi sebebiyle 5. Madde ihlâlleri tespit etmiştir.[85]

Sözleşmeci devletlerin kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakma eylemlerini 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 hukuktaki düzenlemelerinde Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olması, yani bireyi keyfilikten koruması gerekmektedir.[86] AİHM'in 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 özününde 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

---

85 Macovei, a.g.e, s.12, Bknz. AİHM kararı, Baranowski/Polonya, 28.03.2000, Baranowski-Polonya davasında, başvuru sahibi ilk başta usule uygun bir şekilde yakalanmış, daha sonra ise kendisine isnat edilen suç sebebiyle (dolandırıcılık suçu) gözaltına alınmıştır. Ancak, kişinin alıkoyulma hali, savcılığın iddianameyi hazırlamasından sonra mahkeme tarafından ele alınmamıştır. Polonya'da alıkonulan kişinin "mahkemeye çıkarılmasına" yönelik uygulama çerçevesinde, soruşturma aşamasında verilen alıkoyma emri belirsiz bir süre uzatılmış olmaktadır. Mahkeme, kendi alacağı kararda o esnada devam eden alıkoyma halinin uzatılıp uzatılmaması doğrultusunda ayrıca karar vermek zorunda değildir. Bu uygulama, şüphesiz – ve anlaşılır bir şekilde – bir boşluğu giderme amacıyla düşünülmüştür. Ancak ne yasalarda ne de içtihatta bu uygulamayı destekleyen herhangi bir dayanak bulunmamaktadır. Bu uygulamanın hukuka uygunluğunun daha önce hiç incelenmemiş olması şüphelidir. Zira, alıkoyma halinin devam etmesi ihtiyacı açıktır – ve muhtemelen de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne son derece uygundur. Bir uygulamanın geliştirilmiş olması, bu uygulamanın genel anlamdaki meşruiyetinin, kişiyi nasıl söz konusu uygulamanın meşru olup olmadığını göz ardı etmeye ya da meşru olmaması halini sorgulamamaya sevk edebileceğinin iyi bir göstergesidir. Bu davada Mahkeme, öngörülebilirlik ve kesinlikten uzak olması ve dolayısıyla keyfiyete mahal verebileceği gerekçesiyle, söz konusu uygulamanın 5. madde 1. paragraf hükümlerini ihlâl ettiği kararına varmıştır.

86 Bozana/Fransa başvuru no.9900/82 Mahkeme'nin 18 Aralık 1986 tarihli kararı par.54; Chahal /Birleşik Krallık, başvuru no.22414/93, Mahkeme'nin 15 Kasım 1996 tarihli kararı, par.118.

vermemesi gerektiği yaklaşımını benimsemiştir.[87] Bir özgürlükten mahrumiyet uygulaması gerçekten gerekli olmadığı hallerde bu doğrultuda yetki kullanılması durumunda[88] ya da bu uygulama yasadışı bir amaca yönelik olduğunda[89] keyfilik arz edecek ve işlem hukuka aykırı olacaktır.[90]

Hukukilik şartının gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için aranan bir diğer unsur da, iç hukuk düzenlemelerinin, belirli kalitede ve yeterli olmasıdır. Belirli kalitede ve yeterli olmayan iç hukuk düzenlemelerinin, hukukilik şartını ihlal ettiği kabul edilmektedir. Kaliteli hukukun gözetilmesinde erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve kesinlik önem arz eder. Kaliteli hukuk tanımından kasıt, iç hukuk mevzuatının, tutulanların haklarını açık bir şekilde göstermesi ve her kısıtlama durumu için mutlaka bir mevzuatın bulunması gerekliliğidir. Aksi halde hukukilik şartı ihlal edilmiş kabul edilmektedir. AİHM, Amuur/Fransa davasında, birer sığınmacı durumunda olan ve havaalanında bekleme alanı olarak ayrılan bir otelde bekletilen başvurucular hakkında, uluslararası bir alan olan havaalanının neticede ülke dışı bir alan olmadığına, Fransa'nın bu gibi durumlar için kaliteli hukuka ve hukuki metinlere sahip olmadığına, o tarihte yürürlükte

---

87 Özdek, a.g.e., s.182-183.

88 AİHM, Witold Litwa/Polonya davasında bir gözü tamamen kör diğer gözü ise görme yeteneğini önemli ölçüde yitirmiş bir kişinin, posta idaresi görevlilerine karşı saldırgan davranışlar göstermesi nedeniyle polis memurları tarafından ayıltma merkezine kapatıldığı olayda; kişinin kendisi veya kamu için bir tehdit oluşturmadığı, görme özürlü olması sebebiyle alıkoyma yetkisinin kullanılmasının açıkça gereksiz olduğu, bu gibi hallerde kişi hakkında uygulanabilecek daha yumuşak tedbirler bulunduğundan (sağlık kurumuna gönderilmesi, evine gönderilmesi gibi) yetkinin amaca uygun kullanılmadığını belirlemiş ve sonuç olarak, mahrumiyet uygulaması, formel hukukî zemine rağmen yetkinin keyfî kullanımına dönüştüğü gerekçesiyle sözleşmeye aykırılık kararı vermiştir.

89 18.12.1986 Bozano/Fransa davasında, Bu davada başvuru sahibi, sözde sınır dışı edilmek üzere alıkoyulmuş, ancak alıkoyulma hali kişinin bir başka ülkeye iadesiyle ilgili kısıtlamalardaki boşluktan yararlanmak amacıyla kullanılmıştır. Bu şekilde, söz konusu kişinin İtalya'ya iadesi Fransız mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak, Fransız mahkemeleri tarafından serbest bırakılmasından bir aydan daha uzun bir süre sonunda, başvuru sahibi tutuklanmış ve kendisine, aslen gözaltında tutulduğu esnada, ülkesine iadesiyle ilgili işlemler sürerken çıkartılmış bir sınırdışı bildiriminde bulunulmuştur. Başvuru sahibi daha sonra, İspanya sınırı çok daha yakında olmasına rağmen İsviçre sınırına getirilmiş ve İsviçre polisine teslim edilmiştir. Bu ülkede kişinin İtalya'ya iade işlemleri tamamlandıktan sonra da başvuru sahibi cezasını çekmek üzere İtalyan hapishanesine kapatılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tüm bu işlemlerin keyfî olduğunu tespit ederek 5. madde 1. paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği kararına varmıştır.

90 Macovei, a.g.e, s.14.

bulunan hukuk kurallarının başvurucunun özgürlük haklarını yeterince güvence altına almadığına ve hukukilik şartının ihlal edildiğine karar vermiştir.[91]

Güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınan bir kimsenin kaydedilmemesi, Sözleşme'nin 5. maddesindeki haklardan yararlanma imkanını ortadan kaldırır. Dahası, gözaltına alınan kimsenin yaşamı ile maddi manevi bütünlüğü korunamaz hale gelir. Kişi kendisini gözaltına alan güvenlik güçlerinin insafına terk etmiş olur. Bir kimsenin gözaltında kayıp edilmesi halinde, sorumluluktan kurtulmak için o kimseye ilişkin gözaltı kaydı tutmamak suretiyle gözaltının inkar edilmesi, Mahkeme'nin önünde birçok davaya konu olmuştur.[92] Bu konudaki prensipler Mahkeme'nin 25.05.l998 tarihli Kurt [93] kararında ortaya çıkmaya başlamış, 08.07.l999 tarihli Çakıcı[94]

---

91 Macovei, a.g.e, s.16.

92 Doğru, a.g.m., s.191, Mahkeme'nin 25.05.l998 tarihli Kurt kararında, 08.07.l999 tarihli Çakıcı kararında, l3.06.2000 tarihli Timurtaş kararında, l4.ll.2000 tarihli Taş kararında, 27.02.200l tarihli Çiçek kararında, 3l.05.200l tarihli Akdeniz ve Diğerleri kararında l7.07.200l tarihli İ.Bilgin kararında Sözleşme'nin 5.maddesinin bu yönden ihlal tesbit edilmiş; l6.ll.200l tarihli l,l, l.S, K. E ve A.O. kararında 09.04.2002 tarihli Toğcu kararında, l8.06.2002 tarihli Orhan kararında dostane çözüme gidilmiş; 22.05.200l tarihli Şarlı kararında ise kişinin güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığı kanıtlanamadığı için reddedilmiştir.

93 Bknz. Kurt/Türkiye Davası, Mahkeme'nin 25.05.1998 tarihli kararı başvuru no.15/1997/799/1002, kararın Türkçe çevirisi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/kurt.htm, Erişim Tarihi: 05.07.2009"Mahkeme bu açıdan bireyin kayıt dışı tutuklanmasının bu güvencelerin tamamen inkarı ve 5. Madde'nin en ciddi ihlali olduğunu vurgulamaktadır. İlgili bireye üzerinde kontrolü üstlenen yetkililerin kişinin akıbetinden sorumlu olmaları zorunludur. Bu sebeple, 5. Madde'nin yetkililerin kaybolma riskine karşı etkin önlemler almalarını ve bir kişinin gözaltına alınıp daha sonra görülmemesine ilişkin bir iddiaya yönelik acil ve etkin bir soruşturma yapmalarını gerektirdiği kabul edilmelidir"

94 Çakıcı/Türkiye Davası, başvuru no. 23657/94, Mahkeme'nin 8.Temmuz l999 tarihli kararı , par .104 kararın Türkçe tercümesi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/cakici.htm, Erişim Tarihi: 05.07.009, **"……** Mahkeme, demokrasilerde yetkililer tarafından gerçekleştirilen keyfi gözaltına alınmalardan, bireylerin haklarını koruyan Sözleşme'nin 5. maddesinin sağladığı güvencenin önemini sıklıkla tekrarlamıştır. Bu bağlamda, özgürlüğün engellenmesi sadece iç hukukun esasla ve usulle ilgili kurallarına değil, ayrıca bireyin keyfi gözaltına alınmasından koruyan Sözleşme'nin 5. maddesi ile de uyum içinde olmalıdır. Sözleşme'nin 5. maddesi keyfi olarak gözaltına alınma riskini minimuma indirmek amacıyla, özgürlüğün kısıtlanmasını bağımsız adli bir incelemeye tabi tutmak açısından asli bir hak sağlar ve yetkililerin sorumlu olmasını gerektirir. Mahkemenin Kurt Davası'nda daha önce almış olduğu karar gibi bir bireyin yakınlarına haber verilmeksizin gözaltına alınması, bu güvencelerin reddedilmesini ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ciddi bir biçimde ihlalini ortaya koyar. Kendi denetimleri altındaki bireyler için, yetkililerin hesap verme sorumluluklarına bağlı olarak, 5. madde kaybolma riskine karşı etkili tedbir alınmasını ve bir şahsın gözaltına alındığı ve o tarihten sonra tekrar görülmediği iddiası hakkında etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir…."

kararında yerleşmiştir.[95] Kurt başvurusunda Komisyon, Ü. Kurt'un askerlerce ve köy korucularınca alıkonulduğunu saptamıştır. Ancak, Ü. Kurt'un gözaltına alındığı kayıtlara geçmemiştir. Daha sonraki akıbeti hakkında da resmi bir iz bulunmamaktadır. AİHM, bu durumun çok ciddi bir kusur olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Çünkü, kayda geçmeyen gözaltı özgürlükten yoksun bırakma eyleminden sorumlu olanların, suç ile olan ilgilerini gizlemelerini izlerini örtmelerini ve gözaltına alınan kişinin akıbeti ile ilgili sorumluluktan kurtulmalarını mümkün kılmaktadır. Mahkeme'ye göre gözaltı tarihi, saati ve yeri gözaltına alınan kişinin adı, gözaltı sebepleri ve gözaltına alan yetkilinin adı gibi bilgilerin içeren verilerin bulunmaması Sözleşme'nin 5. maddesi amacına aykırı olarak görülmelidir.[96]

Çakıcı başvurusunda da, A.Çakıcı'nın gözaltına alındıktan sonra kendisinden bir daha haber alınamadığı iddiasıyla başvuru yapılmış hükümet ise, Çakıcı'nın gözaltına alındığı iddiasına itiraz ederek, Çakıcı'nın adının yer almadığı gözaltı kayıtlarını kanıt olarak sunmuştur. Komisyon ise A.Çakıcı'nın güvenlik güçlerince keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığı kanaatine ulaşmış, hükümetin bu konuda güvenilir ve delillere dayalı bir açıklama yapmadığını belirtmiştir. Komisyon delilleri incelediği sırada, Lice, Hazro ve Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığındaki gözaltı kayıtlarının eksiklik, düzensizlik ve tutarsızlık gösterdiğini gözlemleyerek, bu kayıtların güvenilir ve ya da doğru olarak dikkate alınamayacağı sonucuna varmıştır. Mahkeme'de, Komisyon'un gözaltı kayıtlarının genel olarak güvensizliğine ilişkin görüşünü paylaşmıştır. AİHM, gözaltındaki bir kişinin belirli bir zamanda bulunduğu yeri belirleyebilecek kayıtların tutulmamasını kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme Çakıcı'nın 5.maddedeki güvencelerden tamamen yoksunluk içinde kayıt dışı gözaltına alındığını ve bu durumun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ciddi bir ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir.[97]

---

95 Doğru, a.g.m., s.191.

96 Özdek, a.g.e., s. l83-l84.

97 Özdek, a.g.e., s.l84-l85.

Gözaltında kayıp iddiasıyla ilgili bir başka dava olan İpek/Türkiye davasında[98], başvuran, Diyarbakır İli Lice İlçesi, Türeli Köyü dışındaki Çaylarbaşı mezrasında 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 karsısında 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 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, Çaybaşı 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 tamamlanmadığını 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

[98] AİHM Kararı, İpek/Türkiye, 17.02.2006 tarihli karar

alınan kisi 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 eksik 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 karsısında daha detaylı, çabuk ve etkili bir soruşturma yapmakla görevlidirler. Kayıtsız gözaltı, sadece kişinin gözaltında kaybedilmiş olması ve gözaltında ölen bir kimsenin ölüm sebebinin gizlenmeye çalışması 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 korumak ve keyfi gözaltı risklerini en aza indirgemek, özgürlükten yoksun bırakma durumunun adli incelemeye tabi tutmak ve yetkililerin bu hususstaki 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.

Timurtaş [99], Çiçek[100], Akdeniz ve diğerleri[101], İrfan Bilgin [102] ve Orhan [103] kararları da benzerdir. Bu başvurulurda da Hükümet, kayıp kişilerin

---

[99] Timurtaş v. Türkiye, başvuru no 2353l/94 , mahkemenin l3.Haziran 2000 tarihli kararı,

[100] Çiçek v. Türkiye, başvuru no 25704/94, mahkemenin 27.Şubat 200l tarihli kararı, .

[101] Akdeniz ve diğerleri v. Türkiye, başvuru no 23954/94 mahkemenin 3l.Mayıs 200l tarihli kararı,.

[102] İrfan Bilgin v. Türkiye , başvuru no 25659/94, mahkemenin l7.Temmuz 200l tarihli kararı,

gözaltına alındığı iddiasını reddetmiştir. AİHM ise, Türk Hükümeti'nin kayıp kişilerin akıbeti hakkında makul bir açıklama sunamadığını ve kaybedilme iddiasına karşı iç hukukta etkili ve yeterli bir soruşturmanın yapılmadığını belirtmiş ve kayıp kişilerin gözaltına alındıkları ancak gözaltının kayda geçmediği sonucuna ulaşarak 5.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Taş[104] başvurusunda ise hükümet, başvurucunun gözaltına alındıktan sonra kaçtığını ileri sürmüş , ancak Komisyon hükümetin bu açıklamasını çelişkili ve tutarsız bulmuştur. AİHM'de M.Taş'ın gözaltına alındıktan sonraki akıbetine ilişkin hükümetin makul bir açıklama yapmadığını, bu konuda iç hukukta yürütülen soruşturmanın da yetersiz ve etkisiz olduğunu dikkate alarak, 5.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Aynı yöndeki kimi başvurulurda ise AİHM, Sözleşme'nin 5.maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. [105]

Hukuka uygunluğun tartışıldığı Ak davasında[106] başvuranın tutuklanmasının sonrasında jandarma karakoluna gönderilmesi etkili adli bir

---

103 Orhan v . Türkiye, başvurun 25656/94 , mahkemenin 18.Haziran 2002 tarihli kararı,

104 Taş/Türkiye, başvuru no.24396/94, Mahkeme'nin l4 Kasım 2000 tarihli kararı, par.84 kararın Türkçe tercümesi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tas.htm**,** Erişim Tarihi: 05.07.2009**"**Mahkeme içtihatları, bireylerin yetkililer tarafından keyfi olarak gözaltına alınmasına karşı güvence sağlamak için 5. madde kapsamındaki hakları vurgulamıştır. Bu bağlamda özgürlüğün kısıtlanmasının, kişinin keyfi olarak gözaltına alınmasını engellemek için, sadece ulusal kanunlarla değil, 5. madde ile de uyumlu olması gerektiğini tekrarlamıştır. 5. Madde, bir kişinin keyfi olarak gözaltına alınması riskini asgariye indirmek için özgürlüğün kısıtlandığı hallerde bu konunun bağımsız yargı tarafından inceleneceğini ve yetkililerin güvenilirliğini garanti etmek amacıyla kişilere birçok haklar sağlar. Bir kimsenin yakınlarına bilgi verilmeksizin gözaltına alınması söz konusu güvencelerin reddedildiğini ve 5. maddenin ihlal edildiğini ortaya koyar. Yetkililerin kendi kontrolleri altındaki kimselerden sorumlu oldukları gözönüne alınırsa, 5. madde kaybolma tehlikesine karşı etkili tedbirler almayı ve bir kimsenin gözaltına alındıktan sonra kaybolduğu iddiaları karşısında etkili ve yeterli bir soruşturma yapmayı gerekli kılar."

105 Örneğin, Şarlı/Türkiye Başvuru no 24490/94 mahkemenin 22.05.2001 tarihli kararı bu davada komisyon kayıp kişileri alıp götüren kimselerin güvenlik güçleri olup olmadığını kesin olarak saptayamamış, AİHM'de bu nedenle sözleşmenin 5.maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

106 AİHM Kararı, Ak/Türkiye, 08.01.2008 tarihli karar. "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.

AİHM'nin daha önceki mezkur Karagöz kararında da belirttiği üzere, başvuranın tutuklanmasının sonrasında jandarma karakoluna gönderilmesi etkili adli bir denetimi ortadan

denetimi ortadan kaldırdığı, ayrıca, hali hazırda hapiste olan bir tutuklunun sorgulanmak üzere jandarmaya teslim edilmesi gözaltı sürelerine ilişkin uygulanan mevzuatta hile yapmak anlamına geldiğini belirterek 5/1 maddesinin ihlali sonucuna varmıştır.

Hukuka uygunluk şartı ile ilgili prensipleri şu şekilde sıralanabilir: Bir özgürlük kısıtlamasının hukuka uygun olabilmesi için, ilkin Sözleşme'deki hallerden birine girmelidir. Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, iç hukukta gösterilen bir sebebe dayanmalıdır; ancak bu yeterli değildir. İç hukuktaki sebebin de, Sözleşme'de bulunan bir sebep olması gerekir. O halde, iç hukukta dayanağı olmayan bir kısıtlama, iç hukukta dayanağı olsa bile Sözleşme'de dayanağı olmayan bir kısıtlama Sözleşme'nin 5. madde 1. fıkrasını ihlal eder. Yine bir özgürlük kısıtlamasının hukuki olabilmesi için "hukukun öngördüğü bir usule uygun" olması gerekir. Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, iç hukukta gösterilen bir usule dayanmalıdır. Ancak, bu yeterli değildir. İç hukukta gösterilen usulün de Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olması gerekir. O halde bir kısıtlama ile ilgili iç hukukta bir usul öngörülmemiş ise, iç hukukta bir usul öngörülmüş olsa bile, kısıtlama bu usule ve Sözleşme'nin amacına aykırı düşüyorsa, Sözleme'nin 5.madde 1. fıkrasını ihlal eder. Yine bir özgürlük kısıtlamasının hukuki olabilmesi için, ilgili bend içindeki "hukuka uygun tutma" şartını yerine getirmiş olmalıdır. Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, 1. fıkranın bendlerinde birine girse bile, Sözleşme'nin o bend ile izlenen amaca aykırı ise, yine Sözleşme'nin 1. fıkrası ihlal edilmiş olur.[107]

Kısaca ve özetle amaç; bireyi, özgürlük kısıtlamasında keyfiliğe karşı korumaktır. AİHS bu bağlamda, ilgili devletin iç hukukuna yollama

---

kaldırmaktadır. Ayrıca, hali hazırda hapiste olan bir tutuklunun sorgulanmak üzere jandarmaya teslim edilmesi gözaltı sürelerine ilişkin uygulanan mevzuatta hile yapmak anlamına gelmektedir. Nitekim tutuklanmasından birkaç gün sonra yeni sorgulamalara maruz kalan başvuranın durumu da budur. Bu husus AİHS'nin 5/1 maddesiyle öngörülen düzenlemelere aykırı olup, sorgulanan kişiyi özellikle avukata erişim hakkı da dahil ilgili güvencelerden yoksun bırakmaktadır.

Bu nedenle AİHS'nin 5/1 maddesi ihlal edilmiştir."

[107] Doğru, a.g.m., s.189-191.

yapmaktadır. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakacak her türlü eylemin keyfi olarak değil, iç hukukun öngördüğü usuller çerçevesinde yetkili organın kararı ile dürüst bir şekilde alınması ve uygulanması zorunludur. İç hukukun usul kurallarının da Sözleşme hükümleri ile uyum içinde olması gerekir. Somut bir olayda iç hukukta öngörülen usul kurallarına riayet edilip edilmediği, kuşkusuz ilk aşamada ulusal makamların denetiminde olmakla beraber bu görevin ulusal makamlarca ihmal edilmesi halinde, AİHM'de olayın özelliğine göre bu alanda sınırlı bir denetim yetkisi kullanmakta ve eksikliği tespit etmektedir.[108]

2. Sınırlı Sayım

5.maddenin l. fıkrasında yer alan özgürlükten mahrumiyet halleri sınırlı bir sayımdır; bireyler bu durumlar dışında hiçbir surette özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır.[109] Özgürlüğe getirilecek kısıtlamalar istisnai nitelikleri nedeniyle dar yoruma tabidir.[110]

3. Özgürlüğünden Yoksun Kılınan Bireye Tanınan Haklar

Yakalama ve tutuklama için aranan bütün koşulların gerekleşmesi nedeniyle kişi yakalanmış ve tutuklanmış olsa bile AİHS, bu yolla özgürlüğü

---

108 Ünal, a.g.e., s.138-139.

109 Engel ve diğerleri / Hollanda, 08.06.l976, seri A, no. 22, par. 57, kararın Türkçe tercümesi için Doğru Osman, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, C.1 İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1998, s. l79-203, kararda şu şekilde belirtilmektedir " (……) ayrıca 5(l).fıkrasında gösterilen özgürlükten yoksun bırakma halleri sınırlı sayıdadır. Bu fıkradaki " aşağıdaki haller hariç" ifadesi özgürlükten yoksun bırakma hallerinin sınırlı sayıda olduğunu göstermektedir. "

110 Şahbaz, a.g.m., s.2l0, Winterwerp/Hollanda, 24.l0.l979, seri A no. 33 par.37 "5.maddenin l.fıkrası bir kimsenin özgürlüğünün yoksun bırakılmasına izin verilen hallerin bir listesini içermektedir. Bu sınırlı bir listedir. Listenin sınırlılığı fıkrada yer alan aşağıdaki haller dışında ifadesinde anlaşılmakla l7.maddede bunu teyit etmektedir.", Wassink/Hollanda, 27.09.l990, seri A, no. 185-A, par. 24 karar özeti için bknz. Doğru Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi**, (1960-1994) İstanbul Barosu, İstanbul, 1999, s.182. "Özgürlükten yoksunluk hallerinin istisnai oluşu nedeniyle, getirilecek sınırlama geniş yorumlamaya elverişli olmayıp dar yorumlaması gerekir."

kısıtlanan kişiye bazı haklar tanımıştır. Bunlara uyulmaması da AİHS 5. maddesinin ihlalini gündeme getirebilir. Bu haklar şöyledir:

- İsnadı (yakalamanın niteliği ve nedenini) öğrenme hakkı (5. maddenin 2. fıkrası)
- Hemen hakim önüne çıkarılma hakkı (5. madde 3. fıkra)
- Makul süre içinde yargılanma hakkı (5. madde 3. fıkra)
- Teminatla salıverilme hakkı (5. madde 3. fıkra)
- Başvuru (Habeas Corpus) hakkı (5. madde 4. Fıkra)
- Tazminat isteme hakkı (5. madde 5. fıkra)

III. AİHS' E GÖRE YASAL ÖZGÜRLÜĞÜ SINIRLAMA SEBEPLERİ

Sözleşmenin 5. maddesinin 1.fıkrasının (a)-(f) bentlerinde, kişinin özgürlüğünden meşru olarak yoksun bırakılabileceği istisnai haller, bir başka deyişle kamu makamlarına kişiyi özgürlükten yoksun bırakabilmeleri için yetki verilen sebepler gösterilmiştir.[111] 5. maddenin 1.fıkrasında yer alan özgürlükten mahrumiyet halleri sınırlı bir sayımdır. Birey bu durumlar dışında hiçbir surette özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır.[112] Özgürlüğe getirilecek kısıtlamalar istisnai nitelikleri nedeniyle dar yoruma tabidir.[113]

---

111 Doğru, a.g.m., s.220-221.

112 Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.l976, seri A, no. 22, par.57, kararın Türkçe tercümesi için Doğru, **İnsan Hakları Kararları Derlemesi**, C.l, s l79-203, kararda şu şekilde belirtilmektedir: " (……) ayrıca 5.l.fıkrasında gösterilen özgürlükten yoksun bırakma halleri sınırlı sayıdadır. Bu fıkradaki " aşağıdaki haller hariç" ifadesi özgürlükten yoksun bırakma hallerinin sınırlı sayıda olduğunu göstermektedir. " Mutadis , Mutandis, Ashingdane /İngiltere, 28.05.l985, seri A, no. 93, par 35, karar özeti için bknz. Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (l960 – l994),** s. 59.

113 Winterwerp/Hollanda, par.37. Doğru, **İnsan Hakları Kararları Derlemesi,** C.1, s.332.

A. Mahkumiyet Kararı Üzerine Hapsedilme

1.fıkranın (a) bendinde ön görülen hal özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya örneğin hapis cezasına, yetkili mahkeme tarafından mahkum edilen bireyin hapsedilmesi, yani cezanın yerine getirilmesidir.[114] Strazburg Mahkemesi'nin bu sebebe göre yaptığı inceleme kural olarak ulusal mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararlarının veya cezanın iç hukuka uygunluğunu değil, mahkumiyet kararından sonra tutulmayı (hapisliği) kapsamaktadır. Ceza süresinin uzunluğu da bu bend bakımından yapılan incelemenin dışındadır. Bu bend içindeki 'mahkumiyet kararından sonra' sözcüğü, hapisliğin sadece zaman bakımından sonra gelişini değil ama daha çok hapisliğin mahkumiyet kararına dayanılmasını ifade eder. 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 bend kapsamında değerlendirilmektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre dava mahkemesinin mahkumiyet kararıyla birlikte eğer sanık tutulu ise hapis cezasının infazı da başlamaktadır.[115]

1. Yetkili Mahkeme Kavramı

Mahkumiyet kararının 'yetkili mahkeme' tarafından verilmiş olması demek, bu kararı veren merciinin yargısal (kazai) nitelik taşıması, yani söz konusu merciin taraflarla yürütme organı önünde hem bağımsız ve tarafsız olması, hem de kararın 'güvenceli bir yargılama usulü ' izlenerek verilmiş bulunması demektir.[116]

---

[114] Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.227.

[115] Doğru, a.g.m., s.221.

[116] Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.227, AİHM Kararı, De Wilde, Oooms verspy/Belçika 18.06.1971 Seri A no.12, par. 77, kararın Türkçe tercümesi için bknz. Doğru, **İnsan Hakları Kararları**

AİHM tarafından mahkemenin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, her olayın kendisine özgü şartları içerisinde değerlendirilmelidir. AİHM Hollanda ile ilgili Engel davasında, şikayetçi hakkında karar veren askeri disiplin mahkemesinin de taraflara ve özellikle de yürütme organına karşı bağımsızlığı güvence altına alındığı sürece, madde anlamında yetkili mahkeme sayıldığını belirtmiştir.[117]

2. Mahkum Edilmesi Üzerine

Birinci fıkranın (a) bendinde geçen mahkum edilmesi üzerine (after conviction) deyimi anlamlandırılırken, 6.maddenin ikinci fıkrası ile (suçsuzluk karinesi) 7.maddenin l.fıkrası (ceza kanunların geçmişe uygulanmaması) hükümlerini göz önünde tutmak gerekir. Ortada yasal yoldan yasaklanmış bir suç yoksa, bu fıkradaki anlamında bir mahkumiyet de yok demektir. "Mahkumiyet" kelimesinin bir önleyici tedbir, ya da herhangi bir suç ile ilgili bulunmayan bir güvenlik önlemi alma anlamında kullanılması ne dar yorum metoduyla, ne de bendin, ingilizce metni ile bağdaşır. İngilizce conviction kelimesi suçtan sorumluluk hususunun

---

Derlemesi, C.1, s. 80, "Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde geçen mahkeme terimi, sadece yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızlık gibi temel ortak özelliklere sahip olma özelliğine değil, yargısal usulü güvenceleri uygulama özelliğine sahip olmayı da göstermektedir. Ancak Sözleşme'nin aradığı usulün, bir mahkemenin işine karıştığı her olayda tamamıyla aynı olması gerekmez. Bu muhakemenin yeterli usulü güvenceler sağlayıp sağlamadığını, yargılamanın yapıldığı şartlara bakılarak karar verilebilir."

117 Ünal, a.g.e., s.l39. Bknz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, Seri A, no.22 kararın Türkçe çevirisi için bknz. Doğru, **İHAM**, C.1, s.147. Par. 68. " Bu mahkumiyet kararı sözleşmenin 5(1)(a) bendi anlamında 'yetkili mahkeme' tarafından mı verilmiştir? Askeri Mahkeme organizasyon açısından bir mahkemedir, 4 askeri üye hukuken görevlerinden alınabilirler; ancak asker üyeler sivil üyeler gibi 'mahkeme' kavramının içerdiği bağımsızlığa sahiptirler. Dava dosyasında Dona ve Schul'un Yüksek Askeri Mahkeme önündeki yargılamada sözleşmenin 5(1)(a) bendindeki güvenceden yararlanmadıklarını gösteren herhangi bir şey yoktur. Kaldı ki 5(1)(a) bendindeki şartlar her zaman sözleşmenin 6. maddesindeki şartlar kadar geniş değildir. Yargılamanın yapıldığı özel nitelikteki şartlar dikkate alındığında başvuruculara sağlanan güvenceler sözleşmenin 5(1)(a) bendi bakımından yeterlidir. Sonuç olarak, verilen ve uygulanan cezalar hukuka uygun olup Sözleşme'nin 1.fıkrasındaki hukuken öngörülen usule göre verilmişlerdir."

saptanmış bulunduğunu ifade eder.[118] Engel ve Diğerleri kararında da belirtildiği üzere buradaki kavram ulusal mahkemelerce ister adli, ister disiplin cezası olarak nitelendirilsin, bir mahkeme tarafından verilen hürriyeti bağlayıcı cezayı ifade eder.

Özetle mahkumiyet deyimi; bir suçun varlığının yasal yoldan saptanması üzerine, ilgilinin bu fiilden sorumluluğunun da tesbiti ve sonuç olarak kendisinin bu nedenle özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya (yahut ceza yerine geçen bir emniyet tedbirine) çarptırılmış olması ve nedensellik bağının varlığı koşullarını birlikte içermektedir. Sözleşme'nin, fransızca metninde yer alan "Detention Apres Condamnation", İngilizce "after conviction" (mahkumiyetten sonra) deyimi sadece zaman içinde bir sıralamaya değil, aynı zamanda hapsolmanın gerekçesine de atıfda bulunmaktadır.[119]

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet kararı vermiş olması hapsedilme için yeterlidir. Bunun istinaf veya temyize götürülmesi 1.fıkra hükmünün uygulanmasına engel değildir.[120] Ancak uygulanacak bendin belirlenmesi bakımından kararın kesinleşmesi gerektiği yönünde mahkeme kararları vardır. Zira hakkında kuvvetli suçluluk emareleri bulunduğundan bahisle fıkranın (c) bendi gereğince tutuklanan, ancak hüküm giydikten sonra ikinci derece mahkemesi tarafından tutukluluğun devamına karar verilen biri hakkında artık yakalama ile ilgili (c) bendi değil mahkumiyet ile ilgili (a) bendi uygulanacaktır.[121] Ancak, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu

---

118 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.227, Guzzardi/İtalya, 06.ll.l980, Seri A, No. 39 par. l00, De Wilde Ooms ve Versyp/Belçika, 8.06.1971, Seri A, No. l2, par. 7, Türkçe tercümesi için bknz. Doğru, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi,** C.l, s.388.

119 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.227.

120 Kom.Raporu, H.Krzycki/Almanya 09.03.l978, reg.no 7629/76 DR, l3 s.58.

121 Mutadis Mutandis Herczegfalvy /Avusturya 24.09.1992, tarihli AİHM kararı

durumda Sözleşme'nin 5/3 maddesi değil 5/1 (a) hükmünün uygulanması gerekir.[122]

3. Usulüne Uygun Hapsedilme

Burada söz konusu olan hapsedilmenin usule uygunluğudur. Mahkumiyetin usule uygunluğu değil. Bu sebeple ilgili mahkeme kararının yasal, isabetli veya adalete uygun olup olmadığı 5.md 1.fıkra (a) bendinin değerlendirilmesi kapsamında önem arz etmez. Komisyon'un, Kirzycky davasında[123] belirttiği gibi, kararın başvuru üzerine istinaf mahkemesince iptal edilmesi, mahkumiyet kararının yasallığını ortadan kaldırmaz.[124] Bu sebeple hatalı mahkumiyet kararı, tek başına özgürlükten yoksun kılmanın Sözleşme'ye aykırı sayılması sonucuna yol açmaz. Çünkü AİHM, ulusal mahkeme kararlarının yerindeliği yönünde bir inceleme yapmaz.[125]

Komisyon'a göre söz konusu hüküm, kararı veren mahkemenin bulunduğu yer konusunda herhangi bir ayırım yapmamakta ve dolayısıyla yabancı devlet mahkemelerince verilmiş ceza ilamlarının infazını engellememektedir.[126] Meğer ki hapse dayanak teşkil eden mahkeme kararının adil yargılanma sonucu olmadığı açıkça belli olsun.[127]

---

122 Şahbaz, a.g.m., s.210-211.

123 Kom.Raporu, H.Krzycki/Almanya 09.03.l978, reg.no 7629/76 DR, l3 s.58

124 Ünal, a.g.e., s.139.

125 Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sancaktar Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2004, s.170

126 Ünal, a.g.e., s.140, Kom. kararı X/Almanya, 14.12.1963, req.no. 1322/62.

127 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.228.

B. Mahkeme Emri veya Kanunen Tanımlanan Yükümlülük Dolayısıyla Yakalama veya Tutuklama

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinde mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma ve hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü sağlamak için tutma olmak üzere iki tane özgürlükten yoksun bırakma sebebi gösterilmiştir.

1. Bir Mahkeme Tarafından Yasaya Uygun Olarak Verilen Bir Karara Uymama

Birinci durumda kararı bir mahkemenin vermesi esastır. Mahkemenin ne olduğu ise AİHM tarafından " bağımsız ve tarafsız ve aynı zamanda adil bir yargılama usulü güvencesine sahip yargı makamı" olarak tanımlanmıştır.[128] Bu bentte sözü edilen mahkeme kararı, esas hakkındaki mahkumiyet hükmü dışındaki veya öteki bentlerde belirtilenlerden başka kararlardır. Bunlar arasında mahkemenin yargılama düzenini korumak ya da görevin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla verdiği; örneğin duruşmaya gelmeyen ya da gelip de konuşmayan tanığa yahut duruşmada düzeni bozan sanığa verilen disiplin cezası mahiyetindeki tutuklama ya da hapis kararları gibi verilen kararlar yer alır.[129]

Keza bir hukuk mahkemesi tarafından bir kararın yerine getirilmesini sağlayacak, bir anlamda baskı tedbiri niteliğindeki cezayı bu hüküm çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Nafaka borcunu ödememesi veya ayrılan eşinin çocuğunu görmesine izin verilmemesi, mahkemece hükmedilen para cezasının tahsili ya da mahkemece istenilen kan ya da

---

128 Şahbaz, a.g.m., s.211.

129 Gölcüklü, Gözübüyük a.g.e., s.229, bknz. Mah.K. Guzzardi/İtalya 06.11.1980 par.101, Lawless/ İrlanda 01/07/1961 par.47.

DNA testini veya mal beyanını red gibi mahkeme kararlarının gereğini yerine getirmemeleri halinde bireylerin tutuklanmaları mümkün olacaktır.[130]

2. Kanuni Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak Amacıyla Kişinin Tutuklanması

Kişi bu hüküm çerçevesinde belirsiz ve genel bir yükümlülük dolayısıyla özgürlüğünden yoksun bırakılabilir. Bu nedenle, kişinin üstlendiği yükümlülük belirli ve somut olmalıdır. Mahkeme Lawless olayında konuyu irdelemiştir. İrlanda Anti-Terör kanununda "devlet güvenliği aleyhine zararlı faaliyet gösterme" tehlikesi bulunan kişilerin tutuklanabilecekleri öngörülmüştür. Lawless bu kanun çerçevesinde tutuklanarak hakim önüne çıkarılmadan 5 ay tutuklu kalmıştır. İrlanda hükümeti ise, bireyi suç işlememe yükümlülüğü altında olduğuna işaretle, adı geçenin, kamu düzeni ve devlet güvenliği açısından, suç işlemesinin önlenmesi amacıyla tutuklandığı görüşünü savunmuştur. Ancak AİHM belirli bir yasal yükümlülüğe dayanmayan bu tür tutuklamanın sözleşmenin 5/l (b) maddesine aykırı olduğunu ve dolayısıyla İrlanda devletini söz konusu hükmü ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Mahkeme'ye göre bu hüküm, "bir vatandaşı yasaya riayet genel hükmünü belli bir hususta yerine getirmeye zorlamak için kendisinin idari bir kararla hapsedilmesini" meşru kılmaz. Komisyon ise Lawless kararında 5. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi son cümle düşünüldüğünde G. R. Lawless'in devlet güvenliği veya kamu huzuru ve kamu düzeninin korunmasına zarar veren faaliyetlerde bulunduğu, kuşkusu üzerine bir devlet bakanının emri ile gözaltında tutulmasının hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesinin sağlamak için alınmış bir tedbir sayılamayacağını çünkü bu cümlenin hukukun yüklediği

[130] Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.229.

özel yükümlüklerin yerine getirilmesini sağlamak için öngörüldüğünü belirtmiştir.[131]

Tutuklama, geçmişe yönelik bir yaptırım değil, yerine getirilmemiş bir yükümlülüğün ifasını temin etmeye yönelik bir işlem niteliğinde olmalıdır. Ayrıca tutuklamaya esas olan yasal yükümlülük, AİHS ile de çelişmemelidir.[132] Örneğin polis, üzerinde kimlik taşımayan bir kişiyi kimliğini tespit edebilmek amacıyla karakola davet ederek, orada kimlik tespiti yapılıncaya kadar birkaç saat alıkoyabilir. Burada kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması cezai amaçlı olmayıp kişiyi yasal yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamaktır.[133]

McVeigh, O'Neil Evans / Birleşik Krallık 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 bulunulmadığı konusunda sorgulanmaya tabi tutulması ve gerektiğinde 7 gün süre gözaltında tutulmasıdır. Olayda İngiltere ve İrlanda vatandaşı olan 3 başvurucu, 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 tabii tutulma konusundaki kanuni hükümlülere hiçbir şekilde aykırı davranmasalar bile, Kuzey İrlanda'da var olan terörün

---

131 Ünal, a.g.e., s.l40, AİHM kararı için bknz. Lawless /İrlanda 0l.07.96l tarih Seri A no. 3 kararın Türkçe tercümesi için Doğru, **İHAMİ,** s.l.vd.

132 Reisoğlu Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s. 98.

133 Ünal, a.g.e., s.140.

önlenmesi amacının İrlanda'dan İngiltere'ye giriş yapan kişilerin böyle bir uygulamaya tabii tutulmalarını haklı kıldığını belirtmiştir.[134]

C. Suç İşlediği, İşleyeceği ya da Kaçacağı Şüphesi Üzerine Yakalama veya Tutuklama

Sözleşmenin 5(1)(c) bendi ceza muhakemesi amacıyla ulusal makamlar tarafından şu üç durumda bir kimseyi gözaltına alma, gözaltında tutma ve tutuklama yetkisi vermektedir. Birincisi, kişinin suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutulması, ikincisi, suç işlemesini engellemek için tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulması, üçüncüsü, suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulmasıdır.[135] Bu hükümde sayılan üç yakalama nedeni sınırlıdır. Yani kişi, bu nedenler dışında başka bir sebeple yakalanamaz. Örneğin, kişinin bu hükme göre suçluların iadesi sözleşmesi çerçevesinde yakalanarak tutuklanması mümkün değildir.[136] Sırf kendisinden bazı bilgiler almak amacıyla tutulması da Sözleşme'nin c bendine aykırıdır.[137]

Kişinin yukarıdaki nedenlerle yakalandıktan sonra tutulu durumunun devamı için kaçması tehlikesinin bulunması ya da suç işlemeye devam etme riskinin mevcudiyeti yanında başka ihtiyaçlarda söz konusu olabilir. Nitekim Mahkeme'ye göre bu son varsayıma çeşitli olasılıklar girebilir delillerin yok edilmesi veya karartılması tehlikesi gibi.[138]

Ancak ceza muhakemesi ile ilgili bir tutmanın (c) bendindeki bu hallere girmesi yeterli değildir. Gözaltına alma veya tutma kişiyi kanunen

---

134 Kom.McVeigh,O'Neil ve Evans/Birleşik Krallık, No.8022/77, 8025/77, 18.3.1981, D.R.25, s.15, par. 168-196 8027/77

135 Doğru, a.g.m., s.227.

136 Ünal, a.g.e., s.142.

137 AİHM K. İrlanda/İngiltere par.212.

138 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.230, Mah.K. Wemhof/Almanya 27/06/1965 par.25.

yetkili makamların önüne çıkartmak amacıyla gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bu şart yukarıda belirtilen üç halden her biri için aranmaktadır.[139]

Yakalama veya tutuklamadan sonra bu kişi aleyhine ceza kovuşturmasına geçilip geçilmediği hususu ayrı bir sorundur. Yani söz konusu kişi hakkında ceza kovuşturmasına geçilmemiş olması, yapılan işlemin yasal ve Sözleşme'ye aykırı olduğu anlamına gelmez. Dikkate alınacak husus, böyle bir mahrumiyetin ortaya çıkmasındaki amaçtır. Dolayısıyla, netice itibarıyla bu amacın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği önemli olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk hususun diğerinden daha önemli olduğuna işaret etmiş olması, cezaî süreci doğuran unsurlara yaklaşımı yansıtmaktadır. Mahrumiyet tedbiri alındığı andaki şüpheler geçerli olsa da olmasa da, bu tür bir takibatın başlatılması gereksiz (şüpheli fiilin ortadan kalkması sebebiyle), imkânsız (çok önemli kanıtların bulunamaması sebebiyle) ya da arzu edilmeyen (yargılanmanın şüphelinin sağlığı açısından sorun teşkil etmesi sebebiyle) bir hal alabilir. Örneğin, hem Brogan-Birleşik Krallık[140] hem de Murray-Birleşik Krallık davasında özgürlüklerinden mahrum edilen kişilerin, haklarında hiçbir suçlamada bulunulmadan ya da yetkili yasal merci huzuruna çıkarılmadan salıverilmiş olmaları sebebiyle AİHM 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerinin ihlâl edilmiş olduğu kararına varmamıştır. Bu davalarda Mahkeme, yetkili mercilerin söz konusu kişilerin sorgulanmalarından sonra haklarındaki şüpheleri kanıtlamanın imkânsız olduğu ve bu şartlarda herhangi bir suçlama getirilemeyeceği kararına vardıklarını gözlemlemiştir. Yine de bu sonuç, takibatın gerekip gerekmeyeceği ancak özgürlüğünden mahrum edilen kişi sorgulandıktan sonra belirlenebileceği için, takibatın amacının şüpheli olduğu anlamına gelmez.[141]

---

139 Doğru, a.g.m., s.227, Bknz. 01/07/1961 tarihli Lawless/İrlanda Kararı par.39-41.

140 AİHM K. 29 Kasım 1989 tarihli

141 Macovai, s. 23-24, Bu davalarda takibatın başarısı önemli ölçüde şüphelilerin ifadelerine bağlıydı. Şüpheliler sorulara cevap vermedikleri için, herhangi bir suçlamada bulunmak mümkün olmayacaktı.

Tutulu bulunan kişinin götürüleceği mercii fransızca metinde “autorite judiciaire (adli mercii) “ ; ingilizce metinde ise “ Legal Authority (yasal mercii) “ olarak nitelendirilmiştir. Bu iki farklı deyimi maddenin 3.fıkrası ışığında yargıç ve adli görev yapmaya yetkili kılınmış diğer bir görevli olarak anlamlandırılmak gerekir ki bu da fransızca metinde ve türkçe resmi çeviride de dendiği gibi taşınan isme bakılmaksızın fonksiyon olarak yetkili adli bir görevlidir; başka bir deyişle yargıç sıfatı taşımayan başka görevlinin yargıçlık güvencelerine (bağımsızlık ve tarafsızlık) sahip olması gerekir.[142]

Bu bend uyarınca kişinin özgürlüğünden kısıtlanabilmesi için belirtilen her üç durum bakımından da makul nedenlerin mevcudiyeti yani makul şüphe gerekmektedir. Mahkemeye göre yakalamaya neden olan şüphenin makul niteliğe sahip bulunması gereği 5 maddenin (1) fıkrasının (c)bendi ile sağlanan ve özgürlüğün keyfi kısıtlanmasına karşı getirtilen himayenin bir temel unsurudur.[143] Bu anlamda makul şüphe söz konusu kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olmasını gerektirir.[144]

1. Suç İşlediği Şüphesi Üzerine Yakalama veya Tutuklama

Sözleşme’nin 5(1)(c) bendindeki özgürlükten yoksun bırakma hallerinden birisi suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutma hükmüdür. Bu hüküm hem gözaltına alma ve tutma işlemi sırasında hem de tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilirken uygulanan bir hükümdür.[145] Bu suç iç hukuka göre bir cürüm veya kabahat olabilir.

Mahkeme’ye göre yakalamaya neden olan şüphenin makul niteliğe sahip bulunması gereği 5 maddenin (1) fıkrasının (c)bendi ile sağlanan ve

---

142 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s .230.

143 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.230.

144 Tezcan, Erdem, Sancaktar, **AİHS ve Uygulaması**, s.172.

145 Doğru, a.g.m., s.227.

özgürlüğün keyfi kısıtlanmasına karşı getirilen himayenin bir temel unsurudur.[146] Bu anlamda makul şüphe, söz konusu kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olmasını gerektirir.[147] AİHM, Murray-Birleşik Krallık davasında, şüphede dürüstlük ve iyi niyet ilkelerinin aranmasının, şüphenin makul olmasında ayrılmaz bir unsur olduğuna işaret etmiştir. Ancak söz konusu şüphenin makul olabilmesi için şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki olması gerekir. Dolayısıyla söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek fiillere ait kanıt, belge ya da bu tür adlî bulgular olması gerekmektedir. Yani, bir kişinin bir suç işlemesinde bir gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da (etnik, dinî ya da diğer) önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyet gerçekleştirilemez.[148] Mahkeme'nin içtihatlarına göre makul kuşkunun var olabilmesi için suçun işlenmiş olduğunu açıkça göstermek veya suç işlenmiş ise bu suçu gözaltına alınan kişinin işlemiş olduğunu kanıtlamak gerekmez. Bunun yerine makul kuşku suçun gözaltına alınan kişi tarafından işlenmiş olabileceğini, objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar olayların veya bilginin varlığını gerektirir. Neyin makul olduğu olayın bütün koşullarına bağlıdır.[149] Brogan-Birleşik Krallık ve Murray-Birleşik Krallık davalarında da görüldüğü şekilde, 5 (1) (c) maddesi uyarınca alınmış bir özgürlükten mahrumiyet tedbiri çerçevesinde yürütülen bir sorgulama sürecinin amacı, yalnızca bu aşamada kaçınılmaz olarak kesinleşemeyecek olan suçla ilgili mevcut şüphenin kanıtlanması ya da bertaraf edilmesine yönelik olası bir suçla ilgili takibatın derinleştirilmesi olabilir. Ancak yine de, itibar edilen şüphenin belli bir gerekçeye dayanması gerekir.[150] Son olarak ekleyelim ki, geçmişte suç işlemiş bir kişinin gene suç işleyebilir şüpheli kişi olarak tutuklanması madde hükmüne aykırıdır.

---

146 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.230.

147 Tezcan, Erdem, Sancaktar, **AİHS ve Uygulaması**, s.172.

148 Macovei, a.g.e, s.29.

149 Doğru, a.g.m., s.227-228.

150 Macovei, a.g.e, s.29-30.

Şüphenin somut bir durumdan neşet etmesi gerekir.[151] Brogan ve diğerleri[152] olayında dört şikayetçi, terörist faaliyetlerinde bulundukları şüphesiyle yakalanmış ve 4-6 gün arasında gözaltında tutularak, mahkeme önüne çıkartılmışlardır. Şikayetçiler kendilerinin belirsiz bazı terör olaylarına kapılmış olma şüphesiyle gözaltına alındıklarından yakınmışlardır. Ancak AİHM polisin kendilerine somut ve belirli bazı olaylar dolaysıyla gözaltına aldığının ve bu olayların ve haklarındaki şüphenin doğruluk derecesini belirlemek üzere soruşturma yapmanın polisin asli görevi olduğunun tespitiyle şikayeti geri çevirmiştir. Mahkeme Sözleşme'nin 5(1) c maddesine göre, suç isnadında bulunabilmek için polisin ne yakalama anında, ne de gözaltında iken yeterli delille sabit olmasının şart olmadığına işaret etmiştir.[153]

2. Suç İşlemesini Önlemek Üzere Yakalama veya Tutuklama

Sözleşme'nin 5(1) c bendindeki özgürlükten yoksun bırakma hallerinden ikincisinin yani suç işlenmesini engellemek üzere tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutma hükmünün anlamı mahkemenin 01/07/1969 tarihli Lawless kararında ve 06/11/1980 tarihli Guzzardi davasında tartışılmıştır. Mahkeme Lawless kararında bu hükmün idari makamlara önleyici tutma şeklinde genel bir yetki verdiği tezini reddetmiş, bu tezin kabulü halinde Sözleşme'nin temel prensiplerine aykırı sonuçlara yol açacağını belirtmiştir. Guzzardi kararında Mahkeme'ye göre şikayet konusu tedbirin alınma nedeni daha yakın bir hipotez "başvurucunun suç işlemesini önlemek için makul nedenlerin bulunması " veya " kaçmasının engellenmesidir " ancak bu durumda bu tedbirin hukuka uygunluk sorunu ortaya çıkacaktır. Çünkü 1956 ve 1965 tarihli yasalara

---

151 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.232.

152 Bknz. Brogan ve diğerleri/İngiltere, 29.11.1988, Seri A no.145-b, par. 23-52, karar özeti için bknz. Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994),** s.118-119.

153 Ünal, a.g.e., s.l42.

dayanarak verilen bu tür bir zorunlu ikamete tabi tutma kararı, uygulama tarzı hariç tutulduğunda özgürlükten yoksun kılma oluşturmaz(...)Her halükarda suç işlenmesini önlemek için makul nedenler bulunması halinde tutma deyimi, mafya üyesi gibi sürekli bir biçimde suça eğilimli olması nedeniyle tehlike arz eden bir kişiye veya kişiler kategorisine karşı önleyici bir politika için kabul edilmiş değildir. Bu hüküm belirli ve somut bir suçu önlemek için sözleşmeci devletlere verilmiş bir araçtır. Bunun böyle olduğu hem fransızca metindeki bir suçu şeklinde tekil kullanımından, hem de hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacından anlaşılmaktadır şeklinde belirtilmiştir.[154]

Kişinin, suç işlediği şüphesiyle kaçmasının önlenmesi dışında kalan suç işlenmesinin önlenmesi amaçlı özgürlük kısıtlaması, hemen her olayı bahane ederek başvurulabilecek bir önleme olmayıp somut koşullara göre belli suçun gelecekte işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurulan bir tedbirden ibarettir. Bu tedbirin, yine suç işleyebilir şeklinde değerlendirilip yeniden peş peşe uygulanması doğru değildir. Çünkü böyle bir anlayış bizi bir suç işleyenin yeniden suç işleyebileceği ve bu nedenle özgürlüğünden kısıtlanması gerekire götürür ki, Sözleşme'nin bunu öngördüğünü söyleyemeyiz.[155]

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 gelişigüzel gözaltına alınmasına karşı çıkmakta ve bu önlemlerin ancak somut bir suç işleme

---

154 06/11/1980 tarihli Guzzardi kararı par.102.

155 Şahbaz a.g.m., s.213.

tehlikesi dolayısıyla ve makul nedenlerle alınabileceğini kabul etmektedir. Örneğin; Mahkeme İrlanda'nın İngiltere'yi şikayet ettiği davada,[156] İngiliz hukukuna göre kişinin hakkında suç işleme şüphesi olmaksızın sadece barış ve düzenin korunması amacı ile yakalanarak gözaltına alınmasını sözleşmenin söz konusu hükmüne aykırı bulunmuştur.[157]

Suçu engellemek üzere tutma teriminin aslında suça teşebbüs halinde tutmayı ifade ettiği düşünülebilir; bir suça teşebbüs fiili de cezalandırılabilir olduğundan suça teşebbüse bu bendin birinci hükmü olan suç işlediğinden makul kuşku duyma üzerine tutma halinin uygulanabileceği, dolaysıyla ikinci hükmünün bir anlamı olmadığı ileri sürülmüştür.

Ancak Mahkeme 27/05/1997 tarihli Eriksen kararında, suçu işlemek üzere tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde tutma hükmünü yorumlayarak uygulamış ve olayda hükme aykırılık görmemiştir. Bu davadaki başvurucu geçirdiği bir trafik kazası sonucu beyni hasara uğramış ve saldırgan bir kişiliğe sahip olmuş, işlediği çeşitli müessir fiil suçlarından aldığı mahkumiyetler sonucu hapis yapmış raporlara göre gelişmemiş ve daimi zayıf zihinsel durum nedeniyle akıl hastanelerinde tutulmuştur. Bir mahkeme 1984 yılında başvurucu hakkında 4 ay hapis cezası vermiş ve savcılığı 5 yıl süreyle başvurucuya yasada belirtilen güvenlik tedbirini uygulamakla yetkili kılmıştır. Cezası biten başvurucu önleyici tutmaya tabi tutulmuş, bu arada başvurucu saldırgan davranışlara devam etmiştir. Başvurucu hakkındaki güvenlik tedbiri sona erdikten sonra bu tedbirin sağlık raporlarına dayanılarak 3 yıl daha uzatılmasına mahkeme tarafından karar verilinceye kadar başvurucunun tutuklanmasına karar verilmesi istenmiş, ulusal mahkeme de uzatma kararına kadar salıverilmesi halinde, başvurucunun yeni suçlar işleyebileceği gerekçesiyle tutuklama kararı vermiştir. Başvurucu toplam 1,5 ay kadar tutuklu kalmış, ancak daha sonra salıverilmiştir. Başvurucu salıverildikten sonra yeni suçlar işlemiştir.

---

156 İrlanda/İngiltere 18.01.1978 seri A no.25 kararın Türkçe tercümesi için bknz. Doğru, **İHAMİ** s.194 ve devamı

157 Ünal, a.g.e., s.144.

Başvurucu söz konusu 1,5 aylık tutukluluk döneminin Sözleşme'ye aykırı olduğunu Sutrazburg organları önünde ileri sürmüştür. Mahkeme bu tutuklama kararının (a) bendine göre yetkili mahkemenin mahkumiyet kararıyla bağlantı görmüş, ayrıca (c) bendindeki suç işlemesini engellemek için tutma hükmü bakımından incelemiştir. Mahkeme başvurucunun geçmişteki tehlikeli davranışlarını ve müessir fiilden ötürü mahkumiyetlerinin niteliğinin çokluğunu vurgulayarak benzer suçları işleyeceğine inanmak için maddi temeller bulunduğu ve hattı salıverildikten sonra da işlediğini belirtmiş ve başvurucunun tutuklanmasının (c) bendindeki bu hükme uygun olduğu sonucuna varmıştır.[158]

3. Suç İşlendikten Sonra Kaçmasını Önlemek Üzere Yakalama veya Tutuklama

Sözleşme'nin 5(1) (c) maddesinde düzenlenen üçüncü ve son konu suç işleyen bir kimsenin kaçmasına engel olunması için yakalanması ve tutuklanmasıdır. Suç işleyen kişinin yurt dışına kaçma tehlikesinin bulunması, ağır cezayı gerektiren bir suç işlemiş olması, belirli bir ikameti olmaması, makul nedenler genelde kendisinin yakalanması ve tutuklanmasını gerektirecek sebepler olarak kabul edilmektedir.[159]

AİHM'e göre ise sanığın kaçma tehlikesi sebebiyle tutuklanması sadece işlediği suçun ve beklenen cezanın ağırlığı ile makul gösterilmez. Kişinin kaçma tehlikesinin var olup olmadığının belirlenmesine bütün faktörler göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, sanığın karakteri, evi, mesleği, malları ve aile çevresine ilişkin tüm bilgiler ve yargılanacağı ülke olan bağlarının sanığın kaçıp kaçmayacağı konusunda isabetli tahminler

---

158 Doğru, a.g.m., s.238-239.

159 Ünal, a.g.e., s.146.

yapılmasına yardımcı olur. Yani sanığın kaçma tehlikesi bir bütün olarak tüm kriterler göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.[160]

D. Küçüklerin Alıkonulması

Birinci fıkranın (d) bendinde küçükler için öngörülen bir iyileştirme önleminin yerine getirilmesi (özgürlüğü kısıtlayan bir denetim altında eğitim) yahut küçüğün kendisini konusunda gerekli uygun kararın alınabilmesi amacıyla yetkili mercii önüne götürülmek üzere tutulması söz konusudur. Yani küçük, kendisi farkında olmasa dahi kendi iyiliği için eğitimini gözetim altında devam ettirmesi maksadıyla bir kuruma kapatılabilecektir.[161] Bu bend küçüklerin ceza muhakemesi ile ilgili olarak gözaltına alınmalarına ,tutulmalarına, tutuklanmalarına veya hapsedilmelerine uygulanmaz. Böyle durumlarda bu fıkranın (c) bendi veya (a) bendi uygulanır.[162] Bu hükümde yer alan usulüne uygun ibaresine dayanarak denilebilir ki; "özgürlüğü kısıtlayan bu tedbirin yargıç tarafından verilmesi gerekmez. Usule (yasaya) uygun olarak idare tarafından küçük hakkında verilmiş kararlar da Sözleşme dahilinde meşrudur. Bu konu ile ilgili olarak gerek kimlerin küçük olarak değerlendirileceği gerekse küçüğün önüne götürüleceği yetkili mercii konularında yasal mevzuat hükümleri uygulanır."[163] Eğitim amaçlı tutma şartına 29/02/1988 tarihli Boumar Kararında inceleyen Mahkeme başvurucuya çocuk mahkemesi tarafından verilen 9 ayrı kararla 15 günü geçmeyen sürelerle 1 yılda toplam 119 gün tutuk evinde bulunmasına (d) bendindeki hukuka uygun tutma şartına aykırı bulmuştur. Mahkeme bu olayda (d) bendini uygularken ulusal mahkeme tarafından başvurucunun eğitim amacıyla tutulmasına karar verildiği halde, kuruma yerleştirilinceye

---

160 Bozkurt Enver, **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Ankara, Nobel Yayım Dağıtım, 2003, s.140-141.

161 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.233.

162 Doğru, a.g.m., s.240.

163 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.233.

kadar tutuk evinde olmasını dikkate almıştır.[164] Mahkeme Nielsen Danimarka davasında kendi iradesi dışında ancak annesinin talebi üzerine çocuğun bir psikiyatri hastanesine kapatılmasının özgürlükten mahrumiyet değil, çocuğun menfaatleri doğrultusunda annesinin velayet hakkından doğan bir sorumluluk olarak telaki etmiş ve özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirmemiştir. Suzie Koniarska-Birleşik Krallık davasında, ulusal mahkemelerin reşit olmayan bir kişinin güvenli bir yerde ikâmet ettirilmesi doğrultusundaki kararlarını inceleyen AİHM, ulusal mahkemelerin başvuru sahibinin velâyet hakkına sahip olmaması sebebiyle, başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edildiğini tespit etmiştir. Ancak AİHM, başvuru sahibinin alıkoyulması şeklindeki ulusal mahkeme kararının "eğitimini gözetmek" amacıyla verildiğini ve dolayısıyla bu kararın, başvuru sahibinin – 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 ikâmet ettirilmesi doğrultusunda olduğunu, bu durumda da 5. Madde 1.fıkra (d) bendine uygun olduğunu tespit etmiştir.[165]

Fıkrada sözü edilen ikinci hal ise; küçüğün herhangi bir konuda karar alınması için yetkili mercii önüne çıkarılması amacı ile tutulmasıdır. Burada genellikle küçüklerin suç işlemesini önlemek amacı ile tutulması söz konusudur.[166] 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 8 ay gözetim altında tutulmuştur. Komisyon bu olayda başvurucunun gözlem amaçlı tutulmasının (d) bendi kapsamında

---

164 Doğru, a.g.m., s.240.

165 Macovei, a.g.e, s.48.

166 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.233.

yetkili kanuni makamlar önüne çıkarılmak amacıyla, küçüğün tutulması şeklinde yorumlanmıştır.[167]

5. maddenin 1. fıkrasının (d) bendinde yer alan her iki alıkoyma durumunda da alıkoyma işlemi hukuka uygun olmalıdır; 5. maddenin birinci fıkrasının diğer bentlerinde şart koşulduğu gibi öncelikle iç hukuka ve daha sonra Sözleşme'ye uygun olmalıdır ve en önemlisi de özgürlüğün sınırlanmasının 5. maddenin amacına da uygun olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bireyin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum edilmesinin önleme amacını gütmesi gerekmektedir.

E. Kişinin Kendi Sağlığı ve Kamu Güvenliği Açısından Alıkonulması

Sözleşme'nin 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrasında, "bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin" usulüne (hukuka) uygun olarak alıkoyulmasına müsaade edilmiştir.[168] Sözleşme'nin 5(1)(e) maddesinde yer alan bu hüküm kamu güvenliği kadar, bireyin kendi geleceğini de korumaktadır.[169] Hükümde belirlenen kişiler hakkında alınacak kısıtlayıcı önlemlerin tedavi, ya da eğitim amacı gütmesi lazımdır. Hükümdeki kavramlar " bulaşıcı hastalık, akıl hastalığı, uyuşturucu bağımlısı ve alkoliklik" tıbbi açıdan değerlendirilip anlamlandırılacaktır.[170] Akıl hastalığı nedeniyle kişi özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için davranış bozukluğunun "hastalık" niteliğinde olması aranır. Mahkeme'ye göre 5. maddenin 1.fıkrasının (e) bendinin sırf fikirleri ve davranışları bakımından kural dışı

---

167 Doğru, a.g.m., s.240.

168 Macovei, a.g.e, s.48.

169 Ünal, a.g.e., s.147, devamla bknz. Doğru, **İHAMİ,** 1.cilt, s.387, Guzzardi/İtalya davası par.98 " Sözleşme'nin 5/1(e) bendinde serserilerin yanında akıl bozukluğu bulunan alkolik, uyuşturucu müptelalarına da yer verilmiştir. Sözleşme'nin bu son sayılan topluma uyumsuz kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmasına imkan vermesinin nedeni bu kişilerin sadece bazen toplum içinde tehlike teşkil edebilmeleri değil ama aynı zamanda kendi menfaatlerinin de tutulmalarını gerektirebilmesidir.

170 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.234.

bulunan bir kişinin, bu nedenle bir yere kapatılmasına izin vermediği muhakkaktır.[171]

Bir kişinin aklî dengesinin yerinde olup olmadığına, ulusal kanunlar, bu kanunların belli bir durumda nasıl uygulandığı ve kişinin durumuna ilişkin mevcut psikiyatrik bilgilere göre karar verilmelidir.

Ancak, alıkoymanın "hukuka uygun" olması gerekir. Yani, alıkoyma hem esasa, hem usule ilişkin kurallar bakımından, hem de Sözleşme açısından hukuka uygun olmalı ve keyfî bir uygulama olmamalıdır. Winterwerp davasında AİHM, aklî dengesi yerinde olmayan bir kişinin alıkoyulmasının "keyfî" bir uygulama olmaması için yerine getirilmesi gereken şartları belirtmiştir:

- aklî bozukluk objektif bir tıbbî uzman tarafından tespit edilmiş olmalıdır;
- bozukluğun özellikleri veya derecesi alıkoymayı gerektirecek ölçüde ağır olmalıdır;
- alıkoyulma hali, yalnızca tıbbî bozukluk ve bu bozukluğun şiddeti devam ettiği süreyle kısıtlanmalıdır;
- alıkoyulma halinin süresiz olma ihtimali bulunduğu durumlarda, kişiyi salıverme yetkisine haiz bir mahkeme tarafından, kişinin durumu düzenli olarak değerlendirilmelidir;

---

171 Winterwerp/Hollanda 24.10.1979 seri A, no.33, par.37-38-39, kararın Türkçe özeti için bknz. Doğru, **İHAMİ** s.332 vd. "... akıl hastası olan başvurucu periyodik olarak yinelenen mahkeme kararı ile tutulmaya devam etmiş bu kararların verildiği sırada mahkeme önüne çıkarılmamış ve temsil edilmemiştir. Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak kişi özgürlüğünün ve mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu bentteki akıl zayıflığı terimi kesin bir tanımı olmayıp araştırmalar ve tedavi şekilleri toplumun akıl hastalığına bakışı değiştikçe kavramında içeriği değiştiğinden bu bend bir kimsenin sadece görüş ve tutumu belirli toplumda hüküm süre normlara aykırı olması nedeniyle zorunlu kapatılmaya izin verecek şekilde yorumlanamayacağından, Hollanda mevzuatındaki akıl hastalığı tanımı Sözleşme'deki akıl zayıflığı kavramına aykırı düşmediğinden, yine birinci fıkranın (e) bendindeki hukuka uygun olarak deyimi sözleşmenin 5. maddesinin amacına uygun olan iç hukuka uygunluğu gerektirdiğinden buradaki hukuk sözcüğü iç hukukun hem maddi ve hemde usuli hükümlerini kapsadığından keyfi bir tutma hukuka uygun sayılamayacağından akıl zayıflığı bulunduğu kanıtlanmadıkça istisnai haller dışında bir kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağından …".

- alıkoyma bir hastanede, klinikte ya da bu tür kişileri alıkoyma yetkisine sahip bir diğer kurumda olmalıdır.[172]

Tutma bu şartla yapıldığı takdirde usulüne uygun yapılmış sayılacaktır. Aksi halde kısıtlamanın neden ve gerekçesiyle güdülen amaç arasında varlığı zorunlu olan bağdan söz edilemez. Bu tür bir müessesede kişiye uygulanacak tedavi şekli ve günlük yaşam koşulları her ne kadar bu fıkra hükmü dışında ise de bireyin maruz kalabileceği bazı tür muamelelerinin 3. madde hükmünün " insanlık dışı ve onur kırıcı " ihlal edebileceğini unutmamak gerekebilir.[173]

Bu konuda alınacak özgürlüğün kısıtlayıcı önlemlerin amacı suç işleme eğilimdeki kişinin tehlikeli halini ortadan kaldırmak yani bir iyileştirme önlemi almaktır.[174] Sözleşme'de ve Mahkeme'de "serseri" kelimesinin herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Konu milli hukuklara bırakılmıştır konu ile ilgili olarak Belçika devletinin yaptığı "belirli ikametgahı, geçim vasıtaları ve meslek sanatı olmayan kimselere serseri denir", tanımı benimsenmiş ve tanım içerisinde makul derecede başvurulan önlemlerin Sözleşme'ye aykırı olmadığı belirtilmiştir.[175]

Bununla beraber, suç öncesi tehlikeli halin başka türlü ortaya çıkış şekillerine geniş yorum yahut kıyas yolundan serseri kavramı içerisine sokarak bu hükmü örneğin bir mafya üyesi gibi diğer tehlikeli kişilere

---

172 Macovei, a.g.e, s.49.

173 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.234.

174 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.235.

175 Ünal, a.g.e., s.142, bknz. De Wılde, Ooms Ve Versyp/Belçika 18.06.1971 seri a no.12, par.68-70 kararın Türkçe tercüme için Bknz. Doğru, **İHAMİ,** s.78, Mahkemeye göre sözleşme serseri kavramının tanımına yer vermemektedir. Belçika Ceza Kanunu'nun 347. maddesine göre "Sabit bir ikametgahı bulunmayan geçim kaynağı olmayan ve düzenli bir işi ve mesleği bulunmayan kişiler serseri sayılır" yetkili makamlar bu üç şartın bulunması halinde, bu durumdaki kişilerin serseri olarak hükümet gözetimine alınmalarına karar verebilirler. Bu serseri tanımı Sözleşme'nin 5/1 (e) bendindeki "Serseri" kavramı ile uzlaşmaz görülmediğinden bu bendeki istisnaya girmektedir. Başvurucular "Derbeder" özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle iç hukuka uygun olarak yetkili makamlar tarafından tutulmalarını öngören sözleşmenin 5/1 (e) bendine göre tutulabilirler. Başvurucular, Belçika makamları tarafından usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından hükümet gözetimine alınıp tutulduklarından bu işlemlerde Sözleşme'ye bir ayrılık ve keyfilik bulunmamaktadır. Mahkeme, olayda serserilerin hukuka uygun olarak tutulması şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

uygulamak mümkün değildir.[176] Nitekim Mahkeme Guzardi[177] olayında İtalyan Hükümeti'nin, Sözleşme'yi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Olayda şikayetçi güvenlik ve kamu ahlakı açısından tehlike arz ettiği gerekçesiyle tutuklanarak küçük bir adada tecrit edilmiştir. Mahkeme, gerçek anlamda bir serseri olmayan şikayetçi hakkında, İtalyan Hükümeti'nce alınan önlemin Sözleşme'nin 5(1)(e) maddesi hükmünü amacından saptırdığını belirtmiştir.

Alkolik tanımı ise, Witold Litwa/Polonya davasında[178] ortaya çıkmış ve alkolikler, tıbben alkolik olarak tanımlanmamakla birlikte, ancak alkollüyken sergiledikleri tavır ve davranışları kamu düzeni ya da kendileri açısından bir tehlike oluşturan kişiler olarak tanımlamıştır. Bu kişilerin, kamu düzeni, sağlık durumları ya da kişisel güvenlikleri bakımından kendilerinin ve başkalarının korunması amacıyla gözaltına alınabileceklerini kabul edilmiştir. Alkolik ve uyuşturucu bağımlısı terimleri, günlük dildeki anlamlarında ve dar yorumlanmamalıdır. İç hukukun nitelendirmeleri dikkate alınabilir, ancak AİHM nitelendirmenin aşırı olup olmadığını kontrol hakkına sahiptir.[179] AİHM, söz konusu Witold Litwa davasında başvuru sahibinin davranışlarının kamu düzeni ya da kendisine zarar verebilecek türde olduğunun kanıtlanmadığı, bir sarhoş hakkında alternatif tedbirler bulunduğu halde bu tedbirlerin dikkate alınmamasını keyfi bir uygulama olarak tespit etmiştir. AiHM'e göre, her zaman sarhoş bir kişinin alıkonulma tedbiri uygulanmadan önce, polis tarafından evine götürülmesi, sağlık kurumuna veya bir ayıltma merkezine teslim edilmesi mümkündür.

Bulaşıcı bir hastalık yayabilecek kişiler hakkında AİHM'in herhangi bir içtihadı bulunmamaktadır. Bazı yazarlarca, bu kavramın yorumlanmasında Dünya Sağlık Örgütünün kabul ettiği Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün kullanılabileceği savunulmaktadırlar. Ancak henüz hasta olmayan, ancak

---

176 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.235.

177 Mah.K.Guzardi İtalya 06.11.1980 par. 97,98.

178 AİHM Kararı, Witold Litwa/Polonya, 04.04.2000 tarihli karar.

179 Ergül Ergin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003, s.134.

bulaşıcı bir hastalığı başkasına geçirme riski bulunan kişilerin bu hüküm kapsamı içinde olduğu açıktır.[180]

F. Sınırdışı Etme ya da İade Amacıyla Alıkonulma

Maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde göre kişi, ülkeye yasalara aykırı olarak girmesinin önlenmesi veya sınırdışı edilme veya geri verilme işlemine başvurulması nedeniyle usulüne uygun olarak gözaltına alınabilir veya tutuklanabilir.

Sözleşme'nin bu hükmü ancak yabancılar ve vatansızlar hakkında uygulanmaktadır. Vatandaşlar hakkında bu hükme göre özgürlüğün kısıtlanması kabul edilmemektedir. Zira vatandaşların yurda girmelerine engel olunamamakta ve vatandaş iadesi söz konusu olmamaktadır. Bir ülke sınırlarına usule aykırı olarak girmek, bir yabancının pasaport kanunundaki düzenlemeleri ihlal etmesi ile gerçekleşmektedir.[181]

Maddenin bu bendinde sözü edilen yakalama veya tutuklama önleminin usulüne uygun olduğunun kabulü için yapılan işlemin hem şeklen hem de esas bakımından ulusal ve uluslararası mevzuata uygun olması gerekir. Hukuka uygunluk şartı ulusal kanunların niteliklerini de kapsar. Bir başka deyişle ulusal kanunlara erişilebilmeli ve ulusal kanunlar tahmin edilebilir ve yeterince açık olmalıdır.[182]

AİHM'e göre bu bent hükmüne göre gerçekleştirilecek tutuklama sadece bu bent hükmünde belirtilen amaçları yönelik işlemlerin gerektirdiği zaman dilimi için meşru kabul edilebilir. Yani bir kimsenin kendisini isteyen ülkeye iade edilmek üzere bir başka ülkede tutuklanması ve iadeye ilişkin

---

180 Ergül, a.g.e., s.134.

181 Ergül, a.g.e., s.134.

182 Macovei, a.g.e, s.45.

işlemler için gerekli olan süreden uzun süre özgürlüğünden yoksun kılınması fıkraya aykırılık oluşturur.[183]

Komisyon, intikal eden olaylarda incelemelerini olayların özelliklerine göre kişinin tutuklanması için yasal bir neden bulunup bulunmadığı ve karara karşı yargı yolunun açık olup olmadığı konuların üzerinde yoğunlaştırmaktadır. Komisyon Lynas olayında Sözleşme'nin 5/1(f) maddesine göre kişinin ancak hakkında suçluların iadesi çerçevesinde bir dava mevcut olması halinde, yasal olarak tutuklanabileceğine işaretle şikayetçinin böyle bir dava olmadan tutuklanması ile İsviçre Hükümeti' nin Sözleşme'yi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Suçluların iadesi Türkiye'nin de onayladığı, " 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 İn İdem" (aynı suç yüzünden birden fazla ceza verilemez) sadece iadeye konu olan suçtan dolayı yargılama ilkeleri kabul edilerek iade edilen suçlular hakkında önemli güvenceler sağlanmıştır.[184]

Devletler yabancıların ülkeye giriş ve ülkede oturmak koşullarını serbestçe belirlemekle beraber bu hakkın kullanış şeklinin Sözleşme'ye aykırı olmaması gerekmektedir.[185] Diğer taraftan yabancıların ülkeye giriş ve orada oturma koşullarının belirlenmesi, o ülkenin serbestçe takdir

---

183 Şahbaz, a.g.m., s.215.

184 Ünal, a.g.e., s.148.

185 Ülkeye girişin engellenmesi ve sınırdışı etme önlemlerine bir anlamda, getirilen istisnalar ve bu konuda öngörülen güvenceler için bknz. 4 nolu ek protokolün 3 ve 4 , 7 nolu ek protokolün 1. maddeleri, Kolompar/Belçika 24.9.1992, seri A. No:235-c par.36-42. "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 başvurucunun Belçika'da işlediği suçlar nedeni ile yaptığı temyizin kesinleşmesinden bir ay kadar önce sona erdiğinden, uzama sebeplerinin başvurucuya yüklenmesi mümkün olduğundan, kişinin sınırdışı edilmesi veya iadesi için tutulması şartının ihlal edilmediğine" karar verilmiştir.

edebileceği bir husus olmakla beraber, bu yetkinin kullanım biçimi AİHS'ne uygun olması şartı aranmaktadır.[186]

[186] Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.235, Bknz. Mah. K., Amuur/Fransa 25.6.1996 seri a par.41.

İKİNCİ BÖLÜM

AİHS'NE GÖRE ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİYE TANINAN HAKLAR

Özgürlükten yoksun kılınan kişiye tanınan ve kötüye kullanıma karşı birer önlem teşkil eden bu güvenceler, keyfi bir alıkonulmaya karşı kişiye kendini savunma imkanı tanıma amacına yöneliktir. AİHS'nin 5. maddenin 1.fıkrasında Divanın "dar yoruma tabi sınırlı nedenler" şeklinde nitelediği, özgürlükten mahrumiyete izin verilen altı durumu birer birer sayarak diğer uluslararası insan hakları belgelerinin aksine, doğrudan belirleme yoluna gittikten sonra aynı maddenin 2 ila 5. fıkralarında kişiye güvence niteliğinde bir takım haklar tanımaktadır.[187] Suç işlediğinden kuşkulandığı için gözaltına alınan veya tutulan kişiler bütün bu fıkralardaki haklardan yararlanır. Öte yandan diğer bazı sebeplerle tutulan kişiler durumlarına uygun olan haklardan yararlandırılır. AİHS'nin 5. maddesinde tanınan hakların yorumunda, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen, " Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü" (1988) adlı belge büyük önem taşımaktadır.

Sözleşme'nin 5 (1)(c) bendine göre **gözaltına alınan ve tutulanlar:** Sözleşme'nin 5 (2) fıkrasındaki "bilgilendirilme hakkı", 5 (3) fıkrasındaki "derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı" (azami gözaltı süresinin aşılmaması hakkı; yargılama yetkisine sahip görevlinin önüne çıkarılma hakkı), 5 (4) fıkrasındaki gözaltının hukukiliğinin denetimi için mahkemeye başvurma hakkı (gözaltına alma işlemine ve uzatmaya karşı itiraz), 5 (5) fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".

Sözleşme'nin 5 (1) (c) bendine göre **tutuklananlar:** Sözleşme'nin 5 (2) fıkrasındaki "bilgilendirilme hakkı", 5 (3) fıkrasındaki "makul sürede yargılanma hakkı", 5 (4) fıkrasındaki "hukukiliğin denetimi için mahkemeye

---

187 Göçer Mahmut, a.g.m., s.214.

başvurma hakkı" (tutukluluğa itiraz), 5 (5) fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".

Sözleşme'nin 5 (1) (a) bendine göre **mahkum olanlar:** Sözleşme'nin 5 (4) fıkrasındaki "mahkemeye başvurma hakkı", 5 (5) fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".

Sözleşme'nin 5 (1) (b) bendine göre **yükümlülüklere uymayanlar:** Sözleşme'nin 5 (4) fıkrasındaki "mahkemeye başvurma hakkı", 5 (5) fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".

Sözleşme'nin (1) (d) bendine göre **tutulan küçükler:** Sözleşme'nin 5 (4) fıkrasındaki "mahkemeye başvurma hakkı", 5 (5) fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".

Sözleşme'nin 5 (1) (e) bendine göre **muhafaza altına alınanlar:** 5 (2) fıkrasındaki bilgilendirme hakkı Sözleşme'nin 5 (4) fıkrasındaki "mahkemeye başvurma hakkı",5 (5) fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".

Sözleşme'nin 5 (1) (f) bendine göre i**ade veya sınırdışı için tutulanlar:** Sözleşme'nin 5 (4) fıkrasındaki "mahkemeye başvurma hakkı", 5 (5) fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".[188]

Sözleşme'nin 5 (2-5) bentleri arasında yer alan bu haklara uyulmaması da AHİS'in 5. maddesinin ihlalini gündeme getirebilir. Bu bölümde yer alan hükümler Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı"na ilişkin 6. maddesi ile çok yakından ilişkisi vardır.

---

[188] Doğru, a.g.m., s.243-244.

I. BİLGİLENDİRME HAKKI

A. Genel Olarak

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrası, hakkında 1. fıkra hükümlerinden herhangi biri uygulanan (her türlü tutuklama) kişiye "tutuklanmasını gerektiren nedenlerin ve yapılan suçlamaların en kısa bir zamanda ve anlayacağı bir dil ile kendisine bildirilmesini" emretmektedir. Hükmün amacı, olası bir maddi hatayı önlemekten öte, özellikle maddenin 4. fıkrasında yer alan "itiraz" hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamaktır.[189] Ayrıca, bu tür bir tedbirin neden alınmış olduğunun açıklanması gereği, kamu görevlilerini yetkileri dahilinde hareket edip etmediklerine dikkat etmeye ve haklı bir gerekçesi olmayan hareketlerde bulunmaktan kaçınmaya teşvik edecektir. Elbette, ileri sürülen sebepler – ya da herhangi bir sebep ileri sürülememesi – de özgürlükten mahrumiyetin kabul edilebilir olup olmadığını kararlaştıracak yargı mercii açısından son derece önemli bir unsur olacaktır. Sebep gösterme yükümlülüğünü yerine getirmede, asıl dikkate alınması gereken unsurlar, bu görevin hangi koşullarda ortaya çıktığı, yapılması gereken açıklamanın özellikleri, bu açıklamanın söz konusu kişi tarafından ne ölçüde anlaşıldığı ve bu açıklamada bulununcaya kadar ne kadar bir süre geçebileceğidir.[190] Mahkeme bu hakkı 21.02.1980 tarihli Van Der Leer kararında sadece ceza muhakemesi ile bağlantılı olarak gözaltına alınanların değil, 1. fıkradaki herhangi bir nedenle gözaltına alınan herkesin kullanabileceği şekilde yorumlamıştır.

Kişiye tanınan ve kişi güvenliğinin vazgeçilmez unsurunu oluşturan ve 1. fıkrada öngörülen tüm haller için geçerli bu güvencenin önemi özellikle

---

189 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.236.

190 Macovei, a.g.e, s.51-52.

polis tarafından gerçekleştirilen gözaltına alınma sırasında kendisini gösterecektir.[191]

B. Bilgilendirmenin İçeriği ve Şekli

Verilecek bilginin içeriği, veriliş tarzı ve zamanı önemlidir. Kişiye yakalanmasının nedenleri ve yasal dayanağı basit ve anlayacağı bir dille anlatılmalıdır. Komisyon'un görüşüne göre, ilave olarak kişiye itham edildiği suçu kabul edip etmediği de sorulmalıdır.[192]

Komisyon'a göre kişiye yapılacak bildirimin içeriği, amaçla sınırlı olduğundan bildirimin içeriği 6/3-a'daki savunmanın hazırlanması amaçlı bildirimden hem farklı, hem de daha dardır. Buradaki bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Önemli olan, bildirimin en kısa sürede gerçekleştirilmesidir. Bu bildirimin savunma amaçlı olmayıp, suçlamanın ne olduğunun bildirilmesi amaçlı olması nedeniyle ilk etapta soruşturma dosyasının ilgili kişi tarafından incelenmesinin sağlanması amaçlanmamaktadır. Ancak daha sonraki ve nihai amacın soruşturma dosyasının incelenmesi ve savunma olduğu kuşkusuzdur.[193] Hükmün uygulanmasında rastlanan bu yumuşaklığa karşın unutmamak gerekir ki bildirimin içeriği her özel ve somut duruma göre amaca, yani Habeas Corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır.[194] Fox, Campbell ve Hartley davasında AİHM yapılacak açıklamada söz konusu kişiye özgürlükten mahrumiyete temel teşkil eden ve kişinin daha sonra yakalamanın ya da alıkoymanın hukuka uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurabileceği kanunî ve fiilî gerekçelerin bildirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, Fox, Campbell ve Hartley davasında olduğu gibi, yalnızca özgürlükten mahrumiyete yetki veren resmî kanunlara

---

191 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.236.

192 Ünal, a.g.e., s.150.

193 Şahbaz, a.g.m., s.217.

194 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.236.

atıfta bulunulması yeterli olmayacaktır. Bu kanunun dikkate alınmasıyla ilgili esasa ilişkin bilgi vermek de gerekir. Zira bu şekilde söz konusu şartların bu kanun kapsamına girip girmediği ve bu kanunun o bağlamda esas alınmasının keyfî olup olmadığı ortaya çıkmış olur. Fox, Campbell ve Hartley davasında, başvuru sahiplerinin suç teşkil eden belirli fiillerden ve yasadışı örgütlere üye olduklarından şüphelenilmelerinden ötürü sorgulanmalarıyla yakalanma sebepleri ortaya çıkmış olduğundan, AİHM, 5. madde 2. paragrafta öngörülen şartların kesinlikle yerine getirildiği görüşündedir. Bu davada verilen kararla, 5. madde 2. paragraf hükümlerine uymada belli düzeyde bir açıklık gerektiği vurgulanmaktadır.[195]

İlgilinin anladığı bir dilde deyimini hem konuşulan dil hem de durumun fiil ve hukuk açısından izahı şeklinde yorumlamak gerekir.[196] Açıklamanın teknik olmayan bir dilde yapılması gerekir. Özgürlüğünden mahrum edilen pek çok kişi, ya zihinsel kapasite ya da profesyonel tecrübe bakımından hukukî karmaşıklıkları çözemeyecek düzeydedir. Asıl olan, kişinin başına ne geldiğini anlaması olduğu için, her zaman kişinin bireysel kapasitesini de dikkate almak gerekir. Bu amaçla, özgürlükten mahrumiyete yetki veren resmî evrak – tutuklama emri ya da mahkeme kararı gibi – genel olarak anlaşılabilir bir dille ifade edilmelidir. Ancak, bu her zaman mümkün olmayabilir ve 5. madde 2. paragraf hükümlerine göre belirli bir iletişim şartı getirilmediği için de yetkililerin resmî evrakı dikkate alarak yapacağı açıklamalar bu amaçla tamamen kabul edilebilirdir. Elbette, bu durum bazen yetkililerin düz ve basitleştirilmiş bir dilde iletişim kurmak için fazladan çaba harcamasını gerektirebilir. Kişinin yaşı ya da aklî durumu sebebiyle etkili bir iletişimin mümkün olmadığı hallerde, açıklama bu kişinin velâyetini elinde bulunduran kişiye – örneğin, küçük bir çocuğun ebeveynine – ya da söz

---

195 Macovei, a.g.e, s.52-53.

196 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.236.

konusu kişinin haklarını temsil etmek üzere vekil tayin edilmiş bir kişiye yapılmalıdır.[197]

Tutuklamanın, tutuklanan kişiye anlayacağı dilde bildirilmesi gerektiği birden fazla dil bilenler için bildirimin, içerik ve konusunu anlayacağı herhangi bir dille bildirim yeterlidir. İlgilinin anlamadığı dille bilgilendirilmesinin maddenin amacı ile ilgisi olamaz. Anladığı dilin hangi dil olduğunun belirlenmesi, kişinin ifade alma ve diğer işlemler sırasında anlaşılan durumuna göre belirlenmesi gerekir. Yaşadığı/vatandaşı olduğu ülke dilinden diploması olanların, o dili bilmedikleri iddiasının hakkın kötüye kullanımı (sözleşme m.17) olarak değerlendirilmesi gerekir.[198]

C. Bilgilendirme Zamanı

En kısa bir zaman (daslplus court delai), (promptly) deyimi hemen anlamına gelmediği gibi, sürenin gereksiz ve anormal şekilde uzatılmasına da engeldir. Sözleşme'nin 5. madde 2. paragrafında, sebeplerin "derhal" değil, "en kısa zamanda" bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Mümkün olmasına rağmen yeterli bir açıklama yapılmaması, özgürlükten mahrumiyetin 5. madde uyarınca keyfî ve hukuka aykırı addedilmesi için başlı başına bir sebep olabilir.

İlk yakalanma ve yeterli açıklamanın yapılması arasında geçen süre, o davaya özgü koşullara çok bağlıdır. Şüphelinin sorgulanmasının özgürlüğünden mahrumiyet sebebini anlamasına yeterli olduğu tespit edilen durumlarda AİHM, bu sürenin iki ilâ on dokuz saat arasında olmasına itiraz etmemiştir. İki saatlik süre Murray-Birleşik Krallık davasında, on dokuz saatlik süre ise Dikme-Türkiye davasında söz konusu olmuştur. Ancak, bu davalarda ve diğer davalarda AİHM, bu sürenin yalnızca birkaç saat olduğunu vurgulamıştır. Bir günden uzun bir süre geçmesi, pek çok davada artık kabul

197 Macovei, a.g.e, s.53-54.

198 Şahbaz, a.g.m., s.217.

edilmemektedir. Ancak, derhal bir tercüman bulunamaması gibi iletişimi etkileyen pratik zorlukların bulunması halinde, daha uzun sürelerin kabul edilebilmesi de mümkündür. Yine de cezaî süreç dışında "en kısa sürede" ifadesinin yorumlanmasına daha fazla müsamaha gösterileceğini varsaymamak gerekir.[199]

II. HEMEN BİR YARGIÇ VEYA YASAYLA YETKİLİ KILINMIŞ BİR GÖREVLİ ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

A.Genel Olarak

Sözleşme'nin 5.maddesinin 3.fıkrasının 1. hükmü gözaltına alınan ve tutulan bir kimsenin derhal yargıç veya yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmasını gerekmektedir. Bir başka deyişle kamu makamları gözaltına tutmakta olduğu bir kişiyi ya salıverecekler veya bu kişiyi tutmaya devam etmek istiyorlarsa kendisini yargıç önüne çıkaracaklar ve yargıç tarafından tutulmasının devamına (tutuklanmasına) karar verilmesini isteyeceklerdir. Bu hüküm gözaltına alınan ve tutulan kimsenin talebinden bağımsız olarak gözaltına alan idari makamlara serbest bırakmadıkları kişiyi, derhal yargıç önüne çıkarma yükümlüğü yüklemektedir.[200] Adli kontrol otomatik ve koşulsuz olmalıdır.[201] Bu hüküm polisteki gözaltı süresini kısıtlamaktadır. Burada amaç keyfi davranma riskinin en aza indirilmesi, gözaltı süresinin aşırı uzamasının önlenmesi ve cezanın bir tür önceden infaz yolunun -suçsuzluk karinesini kaldıran- kapatılmasıdır.[202] 3.fıkrada açıkça belirtildiği gibi söz konusu hüküm 1.fıkranın c bendi ile bir bütün oluşturmaktadır ve bend dışındaki durumlarda

---

199 Macovei, a.g.e, s.54.

200 Doğru, a.g.m., s.247.

201 Ergül, a.g.e., s.136.

202 Ergül, a.g.e., s.135.

(örneğin geri vermede) uygulanmaz.[203] Bu hüküm iki unsur içermektedir. İlk olarak "derhal önüne çıkarılma" deyimi ile gözaltı süre yönünden sınırlandırılmıştır. İkincisi, "yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip bir makam " deyimi ile önüne çıkarılacak olan makamın belirli bir nitelikte olmasını aramıştır.

B. Yetkili Yasal Merciin Özellikleri

Fıkrada geçen yargıç kelimesi, bir mahkemeyi yahut çeşitli şekiller alabilen yargısal yetkiye sahip kişiyi ifade eder. Statüsü belli bir mesleğe ilişkin bulunması bakımından yorumunda güçlükle karşılaşılmayacaktır. Buna karşılık fransızca "magistrat" , ingilizce "officer" kelimesi ile ifade edilen adli görevi yapmaya kanunen mezun kılınmış diğer bir memur deyimi çok daha kapsamlıdır. Mahkeme'ye göre bu deyim, kanunun kendisine verdiği adli görevin gerekli kıldığı güvencelere sahip olmak kaydıyla yargıçtan başka kişileri de içermektedir.[204] Mahkeme sanığın önüne çıkarıldığı yargıç veya görevliyi ilkin statüleri, ikinci olarak da işlevleri ve izledikleri usul bakımından 3.fıkraya uygun olup olmadıkları denetlemektedir.[205] Bu adli görevli gerekli kıldığı ilk güvence, bu memurun yürütme organı ve taraflarla karşısındaki bağımsızlığıdır. Böyle bu niteliğe

---

203 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.237.

204 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.237, 22.05.1984 tarihli Dejonk, Baljet ve Van Den Birink kararı par.47 "Mahkeme Schieser kararında hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli ifadesini ayrıntılı olarak yorumlama imkanı bulmuştur. O kararda dile getirilmiş göze çarpan ilkeleri burada hatırlatmak yeterlidir. Özellikle sözleşmenin 5 (3) fıkranın gayesi ve amacı dikkate alındığında sözü edilen görevi ister bir mahkeme yargıcı isterse savcılığın mensubu olsun kendisine hukuken yargılama yetkisine uygun olan güvenceler sunmak zorundadır. Mahkeme o kararda vardığı sonuçları şu şekilde özetlemiştir. ...görevli, yargıç ile aynı şey değildir fakat yine de yargıcın bazı özelliklerine sahip olmalı yani gözaltına alınmış kişi için her biri güvence oluşturacak belirli şartları yerine getirmelidir. Bu şartlardan birincisi yürütme organına ve taraflara karşı bağımsızlığıdır. ... bu demek değildir ki, bu görevli bir ölçüde kendileri de aynı şekilde bağımsızlığa sahip olan başka yargıçlara ve görevlilere tabi olamaz. Buna ek olarak sözleşmenin 5 (3) fıkrası hem usul hem de esasa ilişkin şartları içermektedir. Usul şartı görevliyi önüne çıkarılan kimseyi bizzat dinleme yükümlülüğü altına sokar.... ; esasa ilişkin şart ise görevliye kişinin tutulmasına lehine ve aleyhine olan bütün olayları inceleyip hukuki kritere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar verme yükümlülüğü yükler."

205 Doğru, a.g.m., s.257-258.

sahip olmak- yani hiç kimseden emir almamak – koşuluyla davacı ve sorgu yargıçlığı görevinin aynı kişilerde toplandığı sistemlerde bu tür görevlinin davacı (savcı) sıfatıyla hareket etmemesi, yahut etme olasılığının mevcut bulunmaması kaydıyla savcılık mensupları da bu kavrama dahil olabilecektir. Adli görev yargısal görev ile eş anlamda olmayıp, daha geniş ve kapsamlı bir kavramdır.[206] Mahkeme görevlinin statüsü sorununu ilk kez ele aldığı 14/12/1979 tarihli Schiesser kararında sanığın önüne çıkarıldığı ve hakkında tutuklama kararı veren il savcısının daha sonra aynı davada görev yapmamış olmasını gözönünde tutarak 3.fıkraya aykırı bulmamıştır, ancak mahkeme bu subjektif tarafsızlık ölçüsünü terk etmiş ve tutuklama yapabilecek görevlinin daha sonra aynı davada iddia makamında yer alabilme ihtimali bulunup bulunmadığını dikkate almıştır. Bu düşüncelerle Mahkeme Hollanda da askere ceza yargısı ile ilgili 22/05/1984 tarihli Dejonk Kararında yine Belçika askeri ceza yargısı ile ilgili 26/05/1988 tarihli Pauwels kararında ihlal tespit etmiştir. Mahkeme bu davalarda başvurucunun önlerine çıkarıldıkları soruşturma tedbiri alma ve özellikle tutuklama kararı verebilme yetkisine sahip askeri adli müşavirleri daha sonra iddia makamını temsil edebilecekleri ve ilk soruşturma tedbirleri sırasında tarafsız olamayacakları düşüncesiyle, 3.fıkranın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır, Mahkemeye ilk soruşturma aşamasında yargısal nitelikli soruşturma tedbirleri alan görevliler ile iddia makamında yer alan kişilerin birbirinden ayrılması gerekmektedir.[207] Mahkeme, bu konudaki içtihatını Bulgaristan ile 28/10/1998 tarihli Asenov ve diğerleri kararı ile 25/10/1999 tarihli Nikolova kararında uygulamış, başvuruculaların yargıç karşısına değil de, ileride iddia makamı olarak görev yapacak olan savcıya bağlı soruşturmacı karşısına çıkartılıp tutuklanmış olmalarını, savcının Sözleşme anlamında bağımsız olmaması nedeniyle, 3.fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yine Mahkeme 18/02/1999 tarihli Hood kararında askerlik görevini yaparken çeşitli suçlarından gözaltına alıp, birlik komutanı

---

206 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.237.

207 Doğru, a.g.m., s.258.

karşısına çıkartıldıktan sonra tutuklanan başvurucunun, birlik komutanın ve yardımcısının iddia makamı bakamından, ileride merkezi bir konumda bulunmuş olması nedeniyle 3.fıkranın aradığı bağımsızlık koşuluna aykırılık görmüştür.[208] Bu görevin gerekli kıldığı öteki güvencelerde, sözü edilen memurun önüne getirilen kişiyi bizzat dinlemesi (şekil şartı) ; tutuklama önleminin gerekliliği ya da gereksizliği koşullarını inceleyip bu önlemi meşru kılan nedenlerin varlığı konusunda hukuki ölçülere dayanılarak karar vermesidir. Bu nedenlerin yokluğu halinde kişi serbest bırakılacağına göre görevlinin aynı zamanda salıverme yetkisine sahip bulunması da gerekmektedir.[209] Mahkeme 3.fıkradaki yargıç veya yargılama yetkisine sahip görevli sadece bağımsızlık veya tarafsızlık açısından değil, tutuklama konusundaki işleri ve izlediği husus bakımından da incelemiştir. Schiesser kararında , bu yargıçın veya görevlinin tutuklama lehinde ve aleyhinde olan bütün koşulları incelemek ve hukuki ölçülere dayanarak tutuklamayı haklı kılacak sebepler varsa tutuklama ve yoksa serbest bırakılması yetkisinin bulunulmasının gerektiğini belirtmiştir. Buna göre söz konusu yargıç veya görevli sanığın tutulmasının hukukiliği hakkında bağlayıcı karar verebilmelidir. Tutuklama veya salıverme konusunda sınırlı bir denetim yetkisine sahip olması, Sözleşme'nin 5/3 fıkrasını ihlal eder. Mahkeme Malta'ya karşı davalardaki 29/04/1999 tarihli Akuilina[210] kararında, yine 29/04/1999 tarihli T.W kararında ve 29/06/2000 tarihli Sabuer Ben Ali kararında başvurucularının, önüne çıkarıldıkları yargıcın salıverme yetkisine sahip görmemiş ve Sözleşme'nin 5/3 fıkrasının ihlal edildiği sonucuna

---

208 Doğru, a.g.m., s.262.

209 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.237.

210 AİHM 29/04/1999 tarihli Akuilina kararı par. 47 " mahkemenin bir çok kez işaret ettiği gibi Sözleşme'nin 5/3 fıkrası bir suç işlediği kuşkusuyla gözaltına alınan veya tutulan bir kimse her türlü keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakmaya karşı güvence sağlamaktadır. Sözleşme'nin 5/1(c) bendi ile bir bütün oluşturan 5/3 fıkrasının temel amacı makullük sona erdiği zaman salıvermeyi sağlamaktır. Gözaltına alınan bir kimsenin yargısal bir makama ulaşmış olması Sözleşme'nin 5/3 fıkrasının giriş hükmüne uygunluk oluşturmak için yeterli değildir. Bu hüküm, gözaltına alınan kişinin önüne çıkarıldığı yargısal kişinin tutmanın lehine ve aleyhine olan koşulları inceleme, yasal ölçülere dayanarak tutuklamayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar vermeye yetkisi olmalıdır. Bir başka değişle, Sözleşme'nin 5/3 fıkrası yargısal görevlinin tutmayı esastan incelemesini gerektirir."

varılmıştır.[211] Aynı şekilde, Divan'ın çok yakın tarihte vermiş olduğu ve Türkiye'yi mahkum eden Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili kararında, bu mahkemelerde görev yapan askeri yargıçların her ne kadar görevli esnasında sivil yargıçlara tanınan yargısal güvencelerden yararlansalar da silahlı kuvvetleri ve dolaysıyla yürütmeye karşı yeterli bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerine sahip olmadıklarından, madde 5/3 fıkrasındaki özellikleri taşımadıkları ve özgürlükten yoksun kılınan kişi için bir güvence teşkil eden en esaslı koşulu yerine getirmedikleri sonucu çıkarılabilir.[212]

C. Hemen Çıkarılma

Maddenin 3.fıkrası, bir suç işlediği şüphesiyle yakalanan kişinin derhal hakim önüne çıkarılmasını emretmekte, polisteki gözaltı süresini kısaltmaktadır. Buradaki amaç, keyfi davranma riskinin en aza indirilmesi gözaltı süresinin aşırı uzanmasının önlenmesi ve cezanın bir tür önceden infaz yolunun – suçsuzluk karinesini kaldıran – kapatılmasıdır.[213]

Gözaltına alma, bir suç işleyen veya işlediğinden şüphe edilen kişinin hakkındaki işlemler tamamlanıp, hakim önüne çıkarılıncaya kadar zabıtaca yakalanıp alıkonmasıdır.[214]

İç hukuk düzenlerinde genellikle gözaltında tutma süresi, saat veya gün olarak belirtilmiştir. Sözleşme'de böylesine sabit bir azami süre belirtilmemiş, bunun yerine promptly (hemen) sözcüğü kullanılmıştır. Ancak Mahkeme içtihatlarında bu hemen sözcüğü yorumlanmış, bir başka deyişle azami gözaltında tutma süresinin ne kadar olduğu ima edilmiştir.[215]

---

211 Doğru, a.g.m., s.262.

212 Göçer, a.g.m., s.216, bknz. 9 Haziran 1998 İncal/Türkiye davası

213 Ergül, a.g.e., s.135.

214 Ünal, a.g.e., s.151.

215 Doğru, a.g.m., s.248.

3.fıkrada yer alan zamana ilişkin hemen (aussiot;promptly) kelimesi derhal anlamında değildir. Deyimin somut olaydaki özelliklere göre değerlendirilmesi, gereksiz gecikmeye yer verilmemesi, şeklinde anlaşılması doğru olur.[216]

Kişi özgürlüğü Sözleşme'nin 15. maddesine göre olağanüstü hallerde kullanılması askıya alınabilen bir hak olduğundan, sözleşmeci devletler geçerli bir şekilde ilan ettikleri olağanüstü halde, bu hakla ilgili yükümlülüklerini azaltarak idarenin yetkilerini artırabilirler. Yani gözaltı süresini olağan hallere göre daha fazla tutabilirler. Mahkeme de gözaltı sürelerini olağan hallerde ve olağanüstü hallerde olmak üzere ayrı ayrı yorumlamış ve uygulamıştır.[217]

Mahkeme'nin tespit ettiği gözaltı sürelerinin aşılması halinde sözleşmenin 5/3 fıkrası ihlal edilmiş olur. Fakat iç hukukta azami süreleri daha az olup da bir olayda iç hukuktaki süreler aşılmış ise, o takdirde Sözleşme'nin 5/1 fıkrasındaki " hukuka uygun tutma " (hukukilik) ihlal edilmiş olur.[218]

1.Olağan Hallerde

Sözleşme'nin 5/3 maddesindeki derhal kelimesini yorumlayan Komisyon, hangi sürenin derhal kavramına uygun olacağı konusunda kesin bir kural getirmemekle birlikte 4 günlük süreyi azami gözaltı süresi olarak kabul etmektedir.[219] AİHM de taraf devletçe Sözleşme'nin 15.maddesine istinaden yükümlülük azaltma yoluna gidilmemişse, azami süre olarak 4 günlük süreyi kabul etmektedir. Nitekim bunun en çarpıcı örneği

---

216 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.238.

217 Doğru, a.g.m., s.248.

218 Doğru, a.g.m., s.248

219 Ünal, a.g.e., s.151.

Brogan/Birleşik Krallık[220] davasıdır. Bu davada kişinin alıkonulmasına yol açan sebep önceden bildirilmemiş bir olağan üstü hal, acil durum olmasına rağmen 4 gün 6 saatlik gözaltı süresi, sözleşmenin 5/3 maddesi kapsamında hemen sözcüğüyle bağdaşır kabul edilmemiştir.

Bir davada alıkoyulma ve yargı gözetimi arasında bu süreden daha uzun bir süre geçmiş olması otomatikman uluslararası standardın ihlâl edildiği anlamına gelmez. Ancak, geçen bu fazladan sürenin kabul edilebilir addedilmesi için, davanın koşulları çerçevesinde gerekli olduğunun gösterilmesi lâzımdır. Bu tür bir durum, alıkonulan yer ile en yakın polis karakolu arasında bir günden fazla bir mesafenin olduğu hallerde,[221] pek çok şüphelinin karıştığı karmaşık bir yakalama operasyonunun bulunduğu hallerde, şüpheliden hayatî önem taşıyan kanıtların temin edilmesinin önemli ölçüde zaman aldığı (örneğin, kanıtların şüpheli tarafından yutulduğu) hallerde, sanığın hastanede yatmasını gerektirecek bir hastalığının olması ve bu sebeple hâkim huzuruna çıkarılmasının geciktiği hallerde[222] söz konusu olabilir. Yine de AİHM'in kabul ettiği ivedilik hali, kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmasının kırk sekiz saati birkaç saatten fazla sürelerde aştığı görülen pek çok davada geçerli olmayacaktır. Birkaç saatlik süre de, esneklik gösterme ihtiyacı olup olmadığına karar vermede dikkate alınacak norm olmalıdır.[223]

2. Olağanüstü Hallerde

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5/3 maddesi tevkif edilen bir kimsenin, hemen bir hakim karşısına çıkartılması hususunda süreyi

---

220 Bknz. Brogan ve diğerleri /İngiltere, 29.11.1988, Seri A no 145-b, par. 23-52 karar özeti için bknz. Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)** s.118-119

221 Bknz., AİHM Rigopoulos-İspanya Kararı.

222 Bknz., AİHM X.-Belçika Kararı

223 Macovei, a.g.e, s.61.

içtihatlarında her ne kadar 4 gün olarak belirtmiş olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15/1 maddesine göre ;

" 1.Harp veya milletin varlığını tehdit eden umumi bir tehlike halinde bir yüksek akit taraf ancak durumun iktiza ettiği nispette ve devletler hukukundan doğan diğer mükellefiyetlerine tezat teşkil eylememek şartıyla, iş bu sözleşmede derpiş olunan mükellefiyetlere aykırı tedbirler alabilir.

2.Yukarıdaki hüküm meşru harp fiilleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, 2. ve 3 maddeler ile 4 maddenin 1.fıkrasını ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlali mezun kılmaz."

Bu maddeye göre devletlerin, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden olağan üstü durumlarda Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini azaltmaya, ya da aykırı tedbir alma hakkı doğmaktadır.[224] Birleşik Krallık Sözleşme'nin 15.maddesine atıf yaparak, 5.maddeden doğan derhal hakim önüne çıkarılma yükümlülüğüne aykırı tedbir alabilme hakkını kullandığını ve terörle ilgili suçlarda 4 gün değil de, 7 gün içinde hakim önüne çıkartılma kurulanı uygulayacağını beyan etmiş ve Mahkeme de 26/05/1993 kararıyla bu istisnanın geçerli olduğunu kabul etmiştir.[225] Brogan davasında kişinin alıkoyulmasına yol açan sebep, önceden bildirilmemiş bir acil durumdur. Dolayısıyla, 5. madde 3. paragraf hükümlerinin yerine getirilmemesinde Sözleşme'nin 15. maddesinde bulunan ve olağanüstü hallerde Sözleşme'nin askıya alınmasına ilişkin hükme itibar edilemez. Ancak, Brogan davasında AİHM'in verdiği karar, Birleşik Krallık'ı bu tür bir askıya almaya başvurmaya yöneltmiş ve bu tür bir askıya almanın geçerli olup olmadığı da Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Alıkoyulma ve yargı huzuruna çıkarılma arasındaki

---

224 Ancak bazı yükümlülükler vardır ki 2.fıkrada beyan edildiği üzere bu gibi istisnai durumlarda dahi vazgeçilmesi mümkün değildir. Bunlar yaşama hakkı, işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve muamele yasağı , kölelik ve kulluk yasağı,suç ve cezaların geriye yürümezliği prensibidir.

225 Başak Cengiz , "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 5l, S. 4, 2002, s.62-63.

süre, bu davada dört gün altı saat yirmi beş dakika ilâ altı gün on dört buçuk saattir. AİHM, hem gerçekten acil bir durum olduğunu hem de mahkeme huzuruna çıkartılıncaya dek yedi güne kadar bir sürenin geçmesinin, bu tür bir askıya almanın kabul edilebilir sınırları dahilinde olabileceğini kabul etmiştir. Bu kararında AİHM, alıkoyma uygulamasının yargı gözetimine tâbi olması halinde açıklanması gerekebilecek hassas bilgiler bulunması ve alıkoyma süresinin uzatılmasına yargının dahil olmasının, hiçbir şekilde sayısal olarak düşük seviyede olması ve terör saldırılarına karşı hassasiyet taşıması sebebinden kaynaklanmamakla birlikte, kamuoyunda yargının bağımsızlığına olan itimadı sarsabileceğine dair Birleşik Krallığın endişelerini özellikle dikkate almıştır. Bu davada habeas corpusun her zaman mevcut olmasıyla (habeas corpusun, kişinin hangi gerekçeyle alıkonulduğuna ilişkin bilgilerin açıklanmasını gerektirmeyecek olması sebebiyle) ve kırk sekiz saat alıkonulduktan sonra kişinin bir avukatla görüşme hakkına riayet edilmesi sebebiyle de askıya alma kabul edilebilir bulunmuştur. Her ne kadar bu karara AİHM'in dört hâkimi şiddetle itiraz etmiş olsa da, alıkoyma uygulamasının otomatik olarak yargı gözetimine tâbi olmasının, bu denli önemli bir süre ertelenmesini gerektiren durumlar da olabilmektedir. Yine de bu tür bir adımın istisnaî özellik taşıması, hem bir acil durumun gerçekten mevcut olduğunun kanıtlanması – ki bu da yargı gözetimine tâbidir – hem de alıkonulan kişilerin hassasiyetlerinin suiistimal edilmesi ihtimaline karşı çeşitli teminatlar sağlanması gereğine işaret edilerek vurgulanmıştır. Ayrıca, AİHM'in bu kararı yargı gözetiminin sınırsız bir süre ertelenmesi yetkisini vermez. Yedi gün izin verilen azamî süredir. Bu süre kısıtlamasının önemine daha sonraki bazı davalarda da değinilmiş ve 15. madde çerçevesinde sağlanan askıya alma imkânına rağmen, bir terör tehdidinin özellikleri ve kapsamının kişinin mahkemeye çıkartılmadan, önce on dört[226] ilâ yirmi üç[227] gün boyunca alıkoyulmasını haklı

---

226 Aksoy /Türkiye l8.l2.l996 rec.l996, cilt 4 fasc .26, karar çevirisi için bknz. Doğru Osman, Nalbant Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000),** İstanbul Barosu Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2001, s.23. "Mahkeme daha önce birçok davada belirttiği gibi terör suçlarının soruşturulmasının yetkililer bakımından özel problemler doğduğu görüşünde olmasına rağmen yargısal denetime tabi olmaksızın bir kimsenin 14 gün tutulmasını

kılmayacağına karar verilmiştir. Her iki davada da Türk Devleti, terör faaliyetlerinde soruşturmanın yetkili makamlar açısından özel sorunlar çıkarttığını ifade etmiş, ancak AİHM söz konusu alıkoyma uygulamalarının yargı denetimine tâbi olmasının, herhangi bir soruşturmaya ne bakımdan zarar verebileceğine dair bir açıklama getirilmemiş olduğunu tespit etmiştir. Türkiye'nin 5. madde 3. paragraf hükümlerine uymamada bu askıya almayı mazeret olarak öne sürmesinin kabul edilmemesinin bir başka sebebi de, yeterli alternatif teminatların bulunmayışıdır. Alıkonulan kişiler avukat ve doktorla (Demir davasında çok kısıtlı olarak) ya da yakınları ve arkadaşlarıyla görüştürülmemiştir ve mahkeme tarafından alıkonulmalarının yasal olup olmadığının tespit edilmesi de gerçekçi bir şekilde mümkün olmamıştır. Her ne kadar Demir davasında başvuru sahibinin avukatı kanalıyla şikâyetçi olma imkânı söz konusuysa da, bu talep anlaşılabilir bir şekilde keyfî uygulamaya karşı bir teminat olarak reddedilmiştir. Zira alıkonulan kişiler hiç kimseyle görüştürülmemiş ve dolayısıyla, kendileriyle her tür irtibattan mahrum bırakılmışlardı. Her halükârda, Brannigan ve McBride davasında görüldüğü türden teminatların bulunması halinde bile, bu iki davada mahkeme huzuruna çıkartılmadan, uzun süre kişinin alıkonulmasının haklı bulunma ihtimali çok düşüktür. Yargı denetimi ne kadar gecikirse, kişinin keyfî muameleye maruz kalma riski o kadar

---

kabul edemez.Bu süre çok uzun bir süredir. Ve başvurucuyu sadece kişi özgürlüğünün keyfi ihlaline karşı değil işkenceye karşıda aciz durumda bırakmaktadır. Ayrıca, hükümet Türkiye'nin güneydoğu bölgesindeki terörizmle mücadelenin neden yargısal denetimin imkansız kıldığına dair. Ayrıntılı gerekçe göstermemiştir.

Bununla birlikte mahkeme bu davada uzun zaman gözaltında tutulan başvuru sahibi için güvencelerin yetersiz ve işe yarar olmadığını düşünmektedir. Özel olarak avukat, doktor, akraba, arkadaş görme iznini verilmemesi ve gözaltının yasallığını denetlemek için bir hakimin önüne getirme konusunda gerçekçi imkan olmaması başvurucunun tam olarak onu tutanların insafına bırakılması anlamına gelmektedir.

Mahkeme Türkiye'nin güney doğusundaki sorgulanamaz nitelikteki terörizm problemini ve devletlerin buna karşı etkili önlemler almakta karşılaştığı güçlükleri dikkate almıştır. Bununla birlikte bir yargısal güçle donatılmış yetkinin veya hakim önüne çıkarılmadan kimse ile görüştürülmeden terörist saldırılara katılma şüphesi ile başvuranın 14 gün veya daha fazla süre ile tutulmasının durumun gereği olduğu konusunda ikna olmamıştır. Sonuç olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 5/3 maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

227 Demir ve diğerleri / Türkiye, başvuru no. 2l380/93 , 23l8l/93, 2l383/93, Mahkemenin 23 Eylül l998 tarihli kararı

artacaktır ve bu tür bir alıkoymanın ne kadar ciddî olursa olsun, bir acil durum neticesinde gerekli bulunma ihtimali de o kadar azalacaktır.[228]

Sakık kararında[229]da l2-l4 gün hakim önüne çıkarılmadan gözaltında tutulma konusunda Türkiye'nin l5.madde gereğince olağanüstü hallerde yükümlülük azaltma savunması AİHM tarafından yine geçerli sayılmamıştır. Gerekçe olarak ise başvuru sahiplerine isnat edilen suçun , olağanüstü hal bölgesinde işlenmemiş olmasını göstermiş ve burada l5.maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir.

Yukarıda özetlenen AİHM kararlarının ortaya çıkardığı sonuç gözaltı süreleri bakımından Türkiye'de yürürlükte bulunan yasaların da Sözleşme'ye aykırı olduğudur. Bu nedenle Türkiye'de son yıllarda özellikle AİHM kararlarına uyum sağlama amacıyla l990'lı yıllar boyunca gözaltı sürelerini aşamalı olarak kısaltmış ve içtihatlara önemli oranda uyum sağlamıştır. 3.Kasım.200l tarihinde yapılan anayasa değişiklikleri ile

---

228 Macovei, a.g.e, s.63-64.

229 Sakık ve Ötekiler /Türkiye 26.ll.l997 rec .l997 cilt 7 , fasc.58 par.44,45,46 kararın Türkçe tercümesi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/sakikvd.htm, Erişim Tarihi: 05.07.2009 "Mahkeme, terör suçlarının soruşturulmasında, (soruşturma) makamlarının özel sorunlarla karşılaştıklarını şimdiye dek birçok defa kabul etmiş bulunmaktadır…. Ancak bu, terör unsuru içerdiğini ileri sürdükleri her durumda 5. maddenin, soruşturma makamlarına zanlıları sorgulamak üzere tutuklamaları için açık çek verdiği, (bu makamların) yerel mahkemelerin, ve son aşamada Sözleşme'nin denetim kurumlarının, etkin denetiminden bağışık olduktan anlamına gelmez.

Burada tehlikede olan, 5. maddenin Sözleşme'nin kurduğu sistem içindeki önemidir. 5. madde temel bir insan hakkını, yani bireyi devletin (kişi) özgürlüğüne keyfi müdahalelerine karşı korumayı garanti altına alır. Yürütmenin müdahalelerinin yargısal denetimi, keyfiliği en aza indirmeye ve hukuk devletini gerçekleştirmeye yönelik 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan garantinin asli bir özelliğidir ki bu "Sözleşmenin dibacesinde açıkça anılan demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biridir.

Divan, başvuruculaın polis nezarethanesinde gözaltında tutulmalarının Bay Sakık, Bay Türk, Bay Alınak ve Bayan Zana için on iki gün; Bay Dicle ve Bay Doğan için on dört gün sürdüğünü belirtir.

Divan, Brogan davasında yargısal denetime tâbi olmaksızın dört gün altı saat süren polis nezarethanesindeki gözaltı süresinin, bunun amacı terörizme karşı bir bütün olarak toplumu korumak olsa bile, 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan, sıkı süre kaydına aykırı olduğunu kabul ettiğini anımsatır.

Başvuruculaın suçlandıkları eylemlerinin terörist tehditle bağlantılı olduğu kabul edilse bile, Divan, araya yargısal bir karar girmeksizin on iki ya da on dört gün gözaltında tutulmalarının zorunlu olduğunu kabul edemez. Bu nedenlerle, 5. maddenin 3. fıkrası ihlâl edilmiştir."

yakalanan ya da tutuklanan kişilerin en geç 48 saat içinde toplu olarak işlenen suçlarda ise en çok 4 gün içinde yargıç önüne çıkarılacağı düzenlenmiştir.[230]

Türkiye son yıllarda yasalardaki büyük çaplı reform niteliğindeki değişiklikler sonucu Türkiye'ye karşı " derhal" yargıç önüne çıkarılmama iddiasıyla açılan çok sayıda başvuru dostane çözümle sonuçlanmıştır. Ancak Türkiye'nin 5.maddesinin 3.fıkrasına aykırı düşen uygulamaların yasalara dayanmayan, fiili uygulamalardan kaynaklanabileceği de AİHM içtihatlarına yansımıştır. Çiçek[231] davasının görülmesi sırasında tanık olarak Komisyonca dinlenen jandarmalar uygulamada şüpheli bir kişinin alıkonulması ile nezarethaneye atılması arasında ayrım yapıldığını, bu iki eylem sırasındaki sürenin "gözlem süresi" olarak adlandırıldığını bu sürenin 24 saatte kadar uzatılabildiğini, alıkonulan kişilerin bu süre içinde sorgulandıklarını ancak bu süre içinde alıkonulmaların kaydedilmediğini belirtmişlerdir. AİHM ulusal hukukların bu tür gayri resmi gözaltına izin vermediğini kaydetmiştir. Bu örnekten de görüleceği üzere AİHM içtihatlarına uyum sağlanabilmesi yalnız mevzuatın değiştirilmesiyle değil, aynı zamanda fiili uygulamalarda keyfi uygulamalardan vazgeçilmesi şarttır.[232]

III. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Sözleşme'nin 5/3 maddesine göre, yakalanarak adli makamlar önüne çıkarılan kişi serbest bırakılmayarak tutuklanmışsa, makul bir süre içinde yargılanmasını talep etme hakkına sahiptir. Bu hüküm, yargılanan sanığın

---

230 4709 sayılı 3 Kasım 200l tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun md. 4 Resmi Gazete, l7 Ekim 200l, sayı 24556 (mükerrer) bu yasayla yapılan değişiklikle "yakalanan veya tutuklanan kişi tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç 48 saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok 4 gün içinde hakim önüne çıkarılır. " denilmektedir. Bu hükümde, en yakın mahkemeye gönderilme süresinin gözaltında tutulan süreden hariç olması AİHM içtihatları ile bağdaşmaz. Çünkü yargıç önüne çıkarılma süresinin belirsiz biçimde uzatılabilme imkanı sağlayacak bir ifade olduğundan AİHM içtihatları ile bağdaşmaz.

231 Çiçek/Türkiye , başvuru no. 25704/94, AİHM 27 Şubat 200l tarihli kararı, par. 166,

232 Özdek a.g.e., s.l9l.

tutukluluk süresine bir sınır getirmekte ve böylece kendisinin belirsiz bir süre içerisinde tutuklu kalması önlenmek istenmektedir.[233] Denilebilir ki bu hüküm makul süre şartıyla tutukluluğu suç yargılamasında hemen hemen istisna durumuna getirmiştir.

Mahkeme makul sürede yargılanma veya ihlal edildiğine dair bir iddiayı incelerken, önce tutukluluk süresinin tespit etmekte sonrada tutukluluk süresinin " makul " olup olmadığını değerlendirmektedir.

" Makul süre " değerlendirilmesinde gözönünde tutulacak zaman diliminin başlangıcı, fiilen tutuklanma anı sonu da sanığın fiilen serbest bırakıldığı ya da yargılama sırasında tutukluluk devam etmiş ise, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararının tebliği veya tefhimi tarihidir. İstinaf temyiz gibi yargılama dereceleri, mahkeme içtihadına göre bu süreye dahil değildir.[234] Mahkeme, temyiz yargılaması sırasında sanığın özgürlüğünden yoksun kaldığı döneme, bu maddenin 3 fıkrasını değil, 1 fıkrasının a bendini uygulamaktadır. Mahkeme, dava mahkemesinin kararından sonra kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam etmesinin a bendindeki " yetkili mahkemenin mahkumiyet kararına " dayandığını belirtmektedir. Tutukluluk döneminin mahkeme tarafından bu şekilde tespit edilmesi, temyiz yargılaması sırasında tutukluluğun devam etmesini ve hüküm kesinleştikten sonra hükümlülüğün başlamasını öngören hukuk sistemleri bakımından anlaşılması zordur. Ancak, Komisyon azınlığının bu konudaki içtihadını değiştirilmesi talebine rağmen mahkeme, 28/03/1990 tarihli B.- Avusturya Kararında, 3.fıkranın uygulanabileceği tutukluluk döneminin dava mahkemelerinin hükmüne kadar sürebileceğini, bundan sonraki dönem için 1. fıkranın a bendinin uygulanacağı görüşünü teyit etmiştir. Öte yandan 27/11/1990 tarihli Kemmache kararında olduğu gibi sanık bir yargılama

---

233 Ünal, a.g.e., s.l55.

234 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.238, Wemhoff/Almanya , 27.06.l968 seri a, no. 25, par. L3, kararın Türkçe tercümesi için bknz. Doğru, **İHAMİ,** s. 39.

sırasında birkaç dönem tutuklu kalmış ise, tutukluluk süreleri toplanarak hesaplanır.[235]

Mahkeme'ye göre tutukluluk süresinin makul niteliği, somut olay gözönünde tutularak değerlendirilir. Sanık kesin mahkumiyete kadar suçsuz sayılacağı için, tutuklulukta makul süre emreden madde hükmünün amacı tutuklu olarak geçen sürenin makul niteliğini kaybeder kaybetmez, sanığın serbest bırakılmasını sağlamaktır.[236]

Komisyon ve Mahkeme tutukluluk süresinin makul olup olmadığının belirlenmesinde, öne sürülen mazeretlerin yeterli ve geçerli olup olmadıklarını ve davanın gereksiz yere uzatılıp uzatılmadığı konuları üzerinde durmaktadır.[237]

Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, ulusal adli merciiler bir somut olayında tutukluk halinin makul süreyi aşıp aşmadığına karar verirken suçsuzluk karinesini de gözönünde tutarak, kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının varlığını kabul veya redde gerekçe teşkil edecek tüm meşru koşulları araştırıp inceleyecekler ve ilgilinin salıverilme istemine ilişkin olarak verdikleri red kararında, reddine gerekçesini açıkça belirteceklerdir.[238]

Tutukluluk halinin sürdürülmesini haklı ve makul göstermek için devletlerce öne gösterilen sanığın delilleri yok etmesi, kaçması veya yeniden suç işlemesi tehlikesi gibi gerekçeler Komisyon ve Mahkeme tarafından anlayışla karşılanmaktadır. Komisyon ve Mahkeme bu konuda sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, malvarlığı, ailesi ve ülkesiyle olan bağları gibi hususları da gözönüne alarak, tutukluluk süresinin makul olup olmadığını belirlemektedir.[239] Örneğin Mahkeme; 10/11/1969 tarihli

---

235 Doğru, a.g.m., s.270.

236 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.238.

237 Ünal, a.g.e., s.155.

238 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.238.

239 Ünal, a.g.e., s.155.

Matznetter kararında, olayın özel şartları içinde tekrar suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesiyle, tutuklamayı haklı bir sebep olarak kabul etmiştir. Buna göre sanığın cezalandırılabilir nitelikte faaliyetlerini çok uzun bir süreden beri devam ettirmesi, mağdurların uğradığı kayıpların büyüklüğü sanığın kendisine isnad edilen suçu işlemedeki tecrübe ve yeteneği, sanığın yeniden aynı tür suç işlemeye başlayacağı konusunda haklı bir kaygı uyandırabilir, Mahkeme bunu izleyen kararlarında sanığın salıverilmesi halinde, kendisine isnad edilen ağır suçları işleyebileceğine inanmak için sebeplerin bulunması halinde , suçun önlenmesi için tutukluğun devamına karar verilebileceğini ima etmektedir.[240] Kamu düzenin bozulması tehlikesi mahkeme tarafından tanınmış başka bir tutuklama sebebidir. Mahkeme 26/06/1991 tarihli Letellier kararında istisnai hallerde, belirli suçların özel ağırlıkları ve bu suçlara toplumun tepkisi nedeniyle doğabilecek toplumsal huzursuzluğun en azından belirli bir süre tutuklamayı haklı kılabileceğini kabul etmiştir. Ancak burada böyle bir sebebin iç hukukta tanınmış olması ve olayda sanığın salıverilmesi halinde kamu düzenin gerçekten bozulacağının gösterilmesi gerekir. Bu sebebe dayanan tutuklama da belirli bir süre ağırlığını yitirir.[241]

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM'in makul süre ile ortaya koydukları diğer bir ilke ise tutuklama önleme için gerekli olan sanığın suç işlediği konusunda kuvvetli emarelerin varlığı olmakla beraber, bunun başlangıçta aranmasına karşın belli bir süre sonunda yeterli olmayacağı ve bunun tek başına tutukluluk süresi için gerekçe oluşturmayacağı hususudur. Zira başlangıçta sanığın kaçma veya delilleri karartma ya da yok etme tehlikesinin varlığı veya yahut kamu düzenin korunması gibi hususlar tutuklamaya karar verilmesi için yeterli görülmekle beraber, yargılama devam ederken bu koşulların bir aşamada son bulması gerekeceğinden yargılamanın hızlandırılması suretiyle buna son verilmesinin sağlanıp sağlanmadığı hususu üzerinde durulmaktadır. Yani ulusal mercilerin sanığın

---

240 Doğru, a.g.m., s.273.

241 Doğru, a.g.m., s.274.

tutuklanması ile ilgili olarak verdiği kararlar yerinde olsalar da, yargılamanın sürüncemede bırakılması nedeniyle, sanıkların tutukluluklarının devam ilişkin kararları bakımından AİHM ihlal kararı vermektedir. Çünkü tutukluluk süresi uzadıkça, 5. maddeye getirilen güvence, özgürlük aleyhine bozulmakta olduğundan, başlangıçtaki kısıtlama nedenleri varlığını yitireceklerdir.[242]

Özen gösterilmediği için tutukluluğun uzaması hususuna ilişkin mahkeme 12/12/1991 tarihli Toth kararında 2 yıl 1 ay tutuklu kalan ve işlediği suç yüzünden 4 yıla mahkum edilen başvurucunun tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin ulusal mahkeme tarafından gösterilen sebepleri ilgili ve yeterli bulmuştur. Ancak Mahkeme, tutuklu sanığın yargılamasında ulusal makamların gerekli özeni göstermeleri gerektiğini belirtmiş ve olayda başvurucunun salıverilme taleplerini karara bağlanması için her defasında üst mahkemeye dava dosyasındaki orijinal belgelerin gönderilmesi nedeniyle tutukluluk süresinin uzadığını, bu nedenle tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvurucunun 4 yıl 16 gün tutuklu kaldığı 18/12/1996 tarihli Scott kararında da Mahkeme başvurucunun tutukluluğuna ilişkin sebepleri ilgili ve yeterli görmüş, ancak bu denli uzun süreli tutukluluğu gerekli özen testine tabi tutmuş, hiç de karmaşık olmayan bu olayda kamu makamlarının tutuklu sanığın davasının görülmesinde gerekli özeni göstermedikleri için makul sürede salıverilme hakkında aykırılık bulmuştur.[243] Mahkeme gerekli özenin gösterilip gösterilmediği hususunu denetlerken, işin karmaşıklığı gibi somut olayın taşıdığı olağanüstü özellikleri de hesaba katmaktadır. Nitekim mahkeme ve W/ İsviçre[244] davasında sanığın kişiliğini ve dava konusunu

---

242 Şahbaz, a.g.m., s.220.

243 Doğru, a.g.m., s.282.

244 W/İsviçre 26.01.1993 seri A no. 254 par 43 " …. Olayda tutuklunun devamı için ulusal yargı yerlerinin ek sebep olarak gösterdiği kaçma tehlikesinin varlığı sadece sanığa verilecek muhtemel cezaya dayanılarak değil ama kaçma tehlikesinin varlığını teyit eden diğer faktörlere dayanılarak değerlendirilebileceğinden bu konuda inceleme yaparken sanığın kişiliğine ahlaki durumuna, mal varlığına, kovuşturmaya uğradığı devlete olan bağlantılarına ve uluslar arası ilişkilerine bakılması gerektiğinden tutukluluk süresi uzadıkça kaçma tehlikesi azalmasına rağmen olayda başvurucunun tutukluğun devamı boyunca kaçma tehlikesi bulunduğuna dair

göz önünde alınarak, 4 yıl 3 yıl gibi uzun bir tutukluluk süresine Komisyon'un görüşünün aksine makul bularak, madde hükmünün çiğnenmemiş olduğu sonucuna varmıştır.

Kişi güvenliğinin önemi nedeniyle, özgürlük kısıtlamasının kısıtlama amacıyla sınırlı olması gerekir. Sözleşme'nin 5/1(c)maddesindeki makul şüphe tutukluluğun devamı için zorunlu bir koşul olmakla beraber bu şüphe yok olmuşsa tutukluluğunda sona ermesi gerekecektir. Yani makul şüphe sona ermişse, tutuklulukla ilgili makul süre sorunu da kalmayacaktır[245]

Tutukluluktaki makul süre ile, 6. maddedeki yargılamada makul süreyi birbirine karıştırmamak gerekir. Örneğin, bir dava uzun süre devam etmiş olabilir. Eğer geçerli bir mazeret varsa, 6.madde hükmü ihlal edilmemiş olabilir. Ancak bu yargılama sırasında sanık makul süreyi aşan şekilde tutuklu kalmışsa, 3.fıkra hükmü ihlal edilmiş olacaktır.[246] Bununla birlikte tutuklamadaki makul süre ile yargılamadaki makul süre değerlendirilmesinde zaman zaman aynı ölçütlerin kullanıldığını belirtmekte yarar vardır.[247]

Özetle diyebiliriz ki; ulusal adli mercilerin sanığın tutuklanmasını gerekli ve meşru kıldığı kanaati ile dayandıkları kamu yararına ilişkin gerekçeler tamamıyla geçerli ve yerinde olabilir. Ancak bu merciler, işin

---

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından gösterilen gerekçeler yerinde olduğundan (….) tutukluluk süresinin uzunluğu esas itibarı ile olayın karmaşıklığından ve başvurucunun tutumundan kaynaklandığından başvurucu yetkili makamlarla işbirliği yapma yükümlülüğü yapma yükümü altında olmamakla birlikte soruşturmanın ilerlemesi ile ilgili tutumunun sonuçlarına katlanmak durumunda olduğundan tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edilemediğine" karar vermiştir.

245 Şahbaz, a.g.m., s.220.

246 Stogmüller/Avusturya, 10/11/1969,Seri A, no.9, par.5 " Sözleşme'nin 5/3 fıkrasındaki makul süre ile 6/1 fıkrasında yer alan makul süre bir karışıklık yoktur. Sözleşme'nin 6/1 fıkrasında makul süre hükmü her türlü davaya uygulanır. Hükmün amacı davanın taraflarını usulü gecikmelerin aşılıklarına karşı korumaktır. Özelikle cezai konularda bir suç isnadı ile karşılaşan bir kimseyi akıbeti hakkında uzun süre belirsiz bir durum içinde kalamamasına sağlamaya yöneliktir. Sözleşme'nin 5/3 fıkrasındaki süre ise sadece hakkında suç isnadı olup tutuklu bulunan kimselerle ilgilidir. Bu fıkra bu kişilerle ilgili olayların kovuşturulmasında özel bir ihtimam gösterilmesini ima etmektedir..... "

247 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.240.

sürüncemede bırakılıp, yargılamayı ve tutukluluğu makul sınırını aşan şekilde uzatmışlarsa kendileri sözleşme önünde yine sorumludurlar. Benzeri durumlarda kamu düzeni adına ve yararına sanığa yüklediği özveri suçsuz sayılan bir kişiden normal zamanda beklenecek özveri çok daha ağır olacaktır.[248]

IV. KEFALETLE SALIVERİLME HAKKI

İHAS 5. madde 3.fıkranın son cümlesine göre sanığın yargılanma sırasında kaçmasını önlemek için, salıverilme bir güvenceye bağlanabilecektir. Tutukluluk; ana kural serbestliğe istisna getiren ağır bir önlem olduğuna göre alternatifinin bulunduğu hallerde bu önleme başvurmamak gerekir. Sanığın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklanması halinde bir güvence alınarak bu olasılık ortadan kaldırılabiliyorsa sanığı tutuklamaya gerek kalmayacaktır.[249]

Tutuklama işlenen suçtan doğan zararın tamir ve tazmini amacı ile olmayıp, sanığın duruşmada hazır bulundurulmasının sağlanması amacını taşıdığından, güvence miktarı saptanırken işlenen suçun ağırlığının değil sanığın kişisel durumunun her yönüyle incelemek suretiyle kaçması halinde hazineye geliri kaydedilecek paranın, onda bırakılacağı etkinin göz önünde bulundurulması zorunludur.[250] Salıverilmek amacıyla sanıktan istenen

---

248 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.239.

249 Wemhoff/Almanya , 27.06.l968 seri a no. 25 , par. L3, kararın Türkçe tercümesi için bknz. Doğru, **İHAMİ,** s 39.

250 Neumeister/Avusturya 27.06.1968 Seri A no 8 par. L4, kararın Türkçe tercümesi için bknz. Doğru, **İHAMİ** s.32 vd. "Duruşmaya gelmemesi halinde ödediği kefaleti kaybedeceğinden önerilen kefalet miktarını sanığı kaçmaktan caydıracak kadar olup olmadığını değerlendirebilmek için öncelikle sanığın durumuna mal varlığına, ve bu güvenceyi sağlayacak kişilerle olan ilişkisine bakılmalıdır.

Avusturya mahkemeleri ise; kefalet miktarını esas itibariyle kayıp miktarına bakarak hesaplamışlardır. Üstelik banka kredisini de kabul etmemişlerdir. Neumeister'in önerdiği teminat miktarı duruşmaya gelmesini güvence altına almaya yeterli sayılabilecek iken, yargısal makamların ne olursa olsun bunu reddetmeleri haklı görülemez. Bu nedenle Neumeister'in tutukluluğun devamı sözleşmenin 5/3. fıkrasına aykırıdır."

kefaletin, sanık üzerinde makul düzeyde güvenliği sağlamak için gerekenden daha ağır bir yük oluşturmaması gerekir. Bunu sağlamak için sanıktan istenebilecek teminat miktarının, sanığın serveti üzerinde bırakacağı etki ve teminatla salıverilme, sanığa kefil olacak kişi ile sanığın arasındaki kişisel ilişkinin yoğunluğunun dikkate alınarak verilmesi gerekir. Yani gerek kefaletin miktarı ve gerekse kefil olacak kişi ile sanığın bağlantısının yoğunluğunun sanığın kaçmasına ihtimal bırakmayacak düzeyde olması gerekmekle beraber, kefalet miktarının yeterlilikten fazlada olmaması gerekir. Bu nedenle sanığın kaçma ihtimalinin çok yüksek olduğu durumlarda, kefalet miktarının çok düşük olması da davanın seyrini olumsuz yönde etkileyeceğinden, bununda kabul edilmemesi gerekir.[251] Ancak, sanığın kaçma ihtimalinin yüksek olduğunun kanıtlandığı bazı özel durumlarda kefalet miktarı ne olursa olsun, yetersiz görülebilir. Punzelt-Çek Cumhuriyeti davasında, ulusal mahkemeler başvuru sahibinin kefaletle serbest bırakılması talebini reddetmiş (başvuru sahibi 15,000,000 CZK'ya varan bir kefalet ödeme talebinde bulunmuştur), bir tek şartı dikkate alarak – o da başvuru sahibinin sağlık sorunlarıdır – ve başvuru sahibinin 30,000,000 CZK tutarında bir kefalet ödemesi koşuluyla başvuru sahibinin tahliye talebinin değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu durumda, başvuru sahibinin gerçekleştirdiği fiilleri de dikkate alarak (başvuru sahibi 28,400,000 CZK tutarında iki adet karşılıksız çek vermiştir; tutuklanmadan önce, 338,856,000 CZK ve 236,000,000 CZK tutarında iki mağaza satın almak için, 150,000,000 CZK'lık taksitlerle ödeme yapma taahhüdünde bulunmuştur), kefaletle salıverilme talebinin reddedilmesinin ve mahkemenin başvuru sahibinin belirttiğinden daha yüksek bir kefalet bedeli tespit etmiş olmasının, 5. madde 3. paragraf hükümlerini ihlâl etmediğine karar vermiştir.[252]

---

[251] Şahbaz, a.g.m., s.221.

[252] Macovei, a.g.e, s.37-38, 25 Nisan 2000, AİHM bu davada başvuru sahibi hakkında bir başka ülkeye iadesine yönelik işlemler başlatıldığı için başvuru sahibinin tekrar alıkonulabileceğine de işaret etmiştir.

Sanığın kaçma tehlikesi sebebiyle tutuklu bulunduğu davalarda bir alternatif olarak, tutuklulu yargılama yerine uygun bir güvence karşılığı salıverme uygulamasında güvence teklifinin sistematik reddi Sözleşme'nin 5.maddesinin 3.fıkrasının ihlalini oluşturacaktır.

V. ALIKONULMANIN YASALLIĞINA İTİRAZ HAKKI

AİHS'in 5. maddesinin 4. fıkrası hukuk dilinde habeas corpus olarak adlandırılan güvenceyi içermektedir.[253] Bu fıkraya göre yakalama veya 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 mahkemeye başvurma hakkında sahiptir.

5. maddenin 4. fıkrasının öngördüğü bu denetim, 3. fıkrada sanıklar için öngörülen denetimden tamamen bağımsızdır ve hangi şekilde ve nedenle olursa olsun her türlü yakalama ve tutuklama işlemleri konusunda uygulama bulacaktır.[254]

Sözleşme'nin 5/4 maddesi suç şüphesi ile yakalanan kişi açısından 5/3 maddesi ile çok yakından ilgili olmakla beraber, değişik amaçlar güttüklerinden birbiriyle karıştırılmamalıdır. Sözleşme'nin 5/3 maddesi polisteki gözaltındaki süreyi kısaltmakta ve yakalanan kişinin hemen hakim önüne çıkartılmasını emretmektedir. Sözleşme'nin 5/4 maddesi ise kişi hakim önüne çıkarıldıktan sonra işlemeye başlayacaktır. Hakime hitap eden ve karar süresini kısıtlayan bu hüküm gereğince hakim, yakalamanın kanuna uygunluğunun vakit geçirmeden vermelidir. [255]

---

253 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.241.

254 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.241.

255 Ünal, a.g.e., s.160.

Mahkeme özgürlük kısıtlamasının 1. fıkra hükmüne aykırı bulunmadığı durumlarda dahil habeas corpus yorumunun açık olup olmadığını denetlemektedir.[256] 5/4 maddesi özerk (otonom) bir özellik taşır ilgilinin tutulma sebepleri, 5 maddenin diğer fıkralarına uygun olsa bile bir devlet bu hükmü ihlal edebilir.[257]

Her ne kadar fıkrada şartsız olarak kişinin "başvurma" hakkından söz edilmekte ise de, özgürlüğü kısıtlayan kararın bir mahkeme ya da yargıç tarafından verilmiş olması durumunda, "Habeas Corpus" güvencesi bu karara dahil telakki edilmektedir.[258] Ancak başlangıçtaki tutma / tutuklama kararının mahkeme tarafından verilirken hukukilik denetimin yapılmış olması artık bir kez daha denetim yapılmayacağı anlamına gelmez. Bu fıkra hukukilik denetimin ulusal hukukta sadece tek dereceli olarak yapılmasını zorunlu kıldığı halde, eğer iç hukukta salıverme kararının reddine mahkeme kararına karşı üst mahkemeye itiraz hakkı tanınmış ise, üst mahkeme denetiminin de kural olarak 4. fıkranın şartlarını taşıması gerekir.[259]

Bununla beraber tutuklamaya dayanak teşkil eden mahkeme kararının da nihayetsiz sonuç doğurması, her zaman mümkün değildir. Gerçekten tutukluluk süresi içinde bu durumun kanuna uygunluğu bakımından yeni koşullar çıktığı zaman, yeni durumun meşruluğunu 4. fıkra yoluyla makul aralıklarla yeniden inceletme yolu açıktır. Benzeri durumlara ceza sorumluluğu bulunmayan bir akıl hastasının tedbir olarak psikiyatri kliniğine yahut bir mükerrer yahut itiyadı suçlunun veya serserinin (Belçika

---

256 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.241.

257 Ergül, a.g.e., s.138.

258 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.241, De Wilde, Oooms ve Versyp/Belçika, l8.06.l97l, Seri A, no. l2 par. 75-78, "Sözleşme'nin 5/4 fıkrası gözaltına alınan veya tutulan kişilere, tabi tutuldukları muamelenin hukukilinin denetlenmesi hakkı vermektedir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan karar idari bir makam tarafından verilmiş ise gözaltına alınan veya tutulan kişiye mahkemeye başvurma hakkı tanıdığına kuşku yoktur. Ancak tutuma kararı bir yargılama sonunda verilmiş ise bu karar için başkaca bir mahkemeye başvurabileceğine ilişkin hüküm yoktur. Bu durumda 4. fıkranın gerektirdiği denetim tutuma kararının içinde yer almakta bu karara içselleştirilmiş bulunmaktadır bu nedenle bir kimsenin gözaltına alınmasına bu fıkra anlamında bir mahkeme tarafından karar verilmesi halinde fıkradaki şartın yerine getirildiği söylenebilir."

259 Bknz., AİHM 12/12/1991 tarihli Toth kararı

Sosyal Savunma Kanunu uyarınca) bir eğitim müessesine kapatılması; bir akıl hastasının tedavi amacı ile akıl hastanesine yatırılmasını; İngiliz hukukundaki süresiz hüküm ("Bakanlık Emrinde" ömür boyu hapis) uygulaması gibi olaylarda rastlanmıştır[260]

Güvence tutulu durumun devamı süresince geçerlidir. Tutulu durum son bulup serbest bırakılan kişinin bu fıkra yoluyla önceki tutulu halinin yasal olmadığını saptama imkanı yoktur. Fakat, hakkındaki tahliye kararının kısa sürede alınmadığı saptamasını bu yoldan yaptırabilir.[261]

Bu fıkradaki hak üç temel unsuru içermektedir. Birincisi; tutulmanın bir mahkeme tarafından yapılması gereği ve bu mahkemede nizalı dava, hukuki yardım imkanı sağlayan sözlü bir duruşma ve silahların eşiti imkanlarına erişim prensiplerinin geçerli olması, ikincisi; denetimin hukukilik konusunda yapılması ve alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunun en geniş anlamda ele alınması, üçüncüsü de; denetimin makul aralıklarla ve süratle yapılmasıdır.

Nitekim Mahkeme, madde 5/4'de düzenlenen başvuru hakkının savcılar kanalıyla sağlandığı Vodenicaro/Slovakya davasında, savcının izlediği usul yargı özelliği taşımadığı için ihlal kararı vermiştir.

4.Fıkradaki mahkeme kelimesi yalnızca bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesine sahip bir mercii değil, aynı zamanda güvenceli bir inceleme usulünü de ifade eder. Başvurulacak mahkeme durumun kanuna uygunluğu hakkında karar verip ve durumu kanuna aykırı bulduğu takdirde ilgilinin salıverilmesini emredeceğine göre kendisinin karar alma ve salıverme yetkisine sahip bulunması gerekir.[262]

---

260 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.241-242.

261 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.242, Kom.K., X./İsveç req. no.10230/82, D.R.S.304 ve son, Baronovski/Polonya, 28.03.2000

262 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.242.

Habeas corpus prosedürü, 6. maddede öngörülen adil yargılanmanın tüm şartlarına tabi değil ise de Mahkeme, 5/4. maddede öngörülen prosedürün adil yargılamanın bazı nitelikleri taşıması gerektiğini değerlendirmiştir.[263] Öte yandan itiraz hakkını kullanan kişi, tutuklanmasına gerekçe olarak ileri sürülen nedenleri çürütme olanağına sahip bulunmalı, yani soruşturma dosyasının içeriği konusunda gerekli ve yeterli bilgiye ulaşabilmelidir. Bu imkanın kendisine sağlanmaması halinde itiraz yolu tüm anlamını yitireceğinden, fıkra hükmü çiğnenmiş olacaktır.[264]

Devlet, bir kişinin tutuklama sebebini ulusal güvenlik kaygılarına dayandırsa bile, hakkaniyet ilkelerine riayet edilmelidir. Mahkeme, ulusal güvenlik söz konusu olduğunda gizli bilgilerin kullanımının kaçınılmaz olabileceğini kabul eder, ancak bu davanın ulusal güvenliğine ve terörizme ilişkin olduğunu ileri süren ulusal makamların milli mahkemelerin her türlü denetimden kaçınabilecekleri anlamına gelmez. Bir yandan istihbaratın niteliğine ve kaygılarına ilişkin yasal güvenlik endişelerini ve diğer taraftan sanığa usul kurullarından yeterince yararlanmayı sağlama gereksinimi uzlaştırmaya imkan verecek teknikler bulunmaktadır.[265]

Mahkeme tutuklu sanığa kendisini savunma ve salıverilmesini haklı gösterecek delillerini sunma imkanını tanımak ve gerekirse duruşma yapmak zorundadır. AİHM İsviçre ile ilgili Sançhez-Reisse davasında habeas corpus prosedürünün de duruşmalı olarak yapılmasını belirtmiştir.[266]

Hukukilik denetiminin bir mahkeme tarafından yapılması, bu mahkemenin (hakimin) yargısal bir usul izlemesini, bir başka deyişle usul güvencilerini uygulamasını gerektirir. Tutukluluğun hukukilik denetiminde izlenen usulü incelediği 30.03.1989 tarihli Lamy kararında başvurucunun avukatı, ulusal mahkemelerin yaptığı yorum nedeniyle tutukluluğun ilk 30

---

263 Ergül, a.g.e., s.139.

264 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.242.

265 Ergül, a.g.e., s.139, bknz. AİHM Chahal/İngiltere kararı 1996

266 Ünal, a.g.e., s.161.

gününde tutuklama kararı dışında soruşturma dosyasını inceleyememiş tutukluluğa itiraz aşamasında da dosyayı inceleme imkanı verilmemiştir. Mahkeme'ye göre tutuklama aşamasında ve tutukluluğa itiraz aşamasında başvurucu tarafından dosyaya ulaşılması gerekirken olayda, başvurucunun avukatını kovuşturmanın dayanağı dosyadaki beyanlara karşı etkili bir biçimdi itiraz etme olanağı tanınmamış olması, dosyadaki şerik sanıkların ifadelerine karşı görüş belirtme imkanı verilmemiş olması, öte yandan iddia makamının dosyanın bütününe hakim olması nedeniyle olayda izlenen usulde çekişmeli yargılama ve silahlarda eşitlik ilkesi yoktur. Bu nedenle 4.fıkranın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Mahkeme 12.12.1991 tarihli Toth kararında da başvurucunun, salıverilme taleplerinin reddine karşı itirazların görüşüldüğü üst mahkeme önündeki yargılamada, kendisi ve avukatı bulunmadığı halde iddia makamından bir yetkilinin bulunması ve mahkemenin sorularına yanıt vermiş olması nedeniyle izlenen usulde çekişmeli yargılama ilkesine aykırılık görülmüş ve 4.fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Aynı şekilde ve ülkemizle ilgili güncel bir karar olan 11.12.2007 tarihli Cengiz Polat kararında[267] da AİHM, söz konusu zamanda geçerli kanunların başvuranın veya avukatının mahkeme oturumlarına katılmalarına izin vermediğini, dolayısıyla incelemelerin yalnızca dosyadaki belgelere dayanılarak yapıldığını, bunun sonucunda, başvuran çekişmeli bir davanın gereklerinden yararlanamadığını belirterek ihla kararı vermiştir. 13.07.1995 tarihli Kampanis kararında da mahkeme tutuklu bulunan başvurucunun salıverilme talebine karşılık, iddia makamının görüşünün alınmasından sonra başvurucudan görüş alınmamış olması nedeniyle, yürürlükteki yasaya göre, başvurucuya tutukluk yargılamasına katılma

---

[267] A İHM Kararı, Cengiz Polat/Türkiye, 11.12.2007 tarihli karar,"AİHM, söz konusu zamanda geçerli kanunların başvuranın veya avukatının mahkeme oturumlarına katılmalarına izin vermediğini, dolayısıyla incelemelerin yalnızca dosyadaki belgelere dayanılarak yapıldığını kaydetmektedir. Bunun sonucunda, başvuran çekişmeli bir davanın gereklerinden yararlanamamıştır. AİHM, benzer bir sorunu incelediği ve AİHS'nin 5/4 maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığı *Bağrıyanık / Türkiye* davasında (no. 43256/04) vermiş olduğu kararı hatırlatmaktadır. AİHM, sözkonusu davada, daha önceki tespitlerinden sapmasını gerektirecek herhangi bir özel koşula rastlamamıştır.

Sonuç olarak, AİHM, AİHS'nin 5/4 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir."

bakımından yeterli bir imkan verilmediğini ve bunun da silahlarda eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtmiş ve 4.fıkranın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme 28.10.1998 tarihli Assenov ve diğerleri kararında başvurucunun salıverilmesi talebinin incelenmesi sırasında, duruşma yapılmamış olması nedeniyle, 25.03.1999 tarihli Nikolova kararında da başvurucunun salıverilme talebine karşılık, savcılıktan görüş alınmasına rağmen, başvurucunun bir görüş bildirememiş olması ve salıverilme talebine ilişkin müzakerenin kapalı yapılmış olması nedeniyle 4.fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[268] Woukam Moudefo-Fransa davasında AİHM, temyiz başvurusu hukukî meseleler ihtiva etmesine rağmen, suçlanan kişinin tahliye talebiyle Temyiz Mahkemesine başvurması için, kendisine bir avukat tahsis edilmemiş olmasının, 5. madde 4. paragraf hükümlerinin ihlâli anlamına geldiğini tespit etmiştir. Öte yandan, Megyeri-Almanya davasında AİHM, aklî dengesi yerinde olmayan ve alıkonulan kişinin, aksi yönde bir uygulama gerektirecek özel koşullar olmadığı sürece, duruşmalarda hukukî temsil hakkına sahip olduğu kararını vermiştir. Ayrıca AİHM, kişinin hukukî yardım alma konusunda kendisinden inisiyatif üstlenmesinin istenemeyeceğine de işaret etmiştir.[269]

Yapılacak hukuka uygunluk denetiminin sınırlarına gelince; bu yetki ne ulusal hukukun yalnızca şekil kurallarına riayet araştırmasına inhisar edecek kadar dar, ne de bu itirazı inceleme merciinin özgürlük kısıtlamamasına ilişkin ilk kararı veren merci yerine geçerek önüne getirilen meseleyi yerindelik hususu da dahil, tüm yönleriyle bir bütün içinde incelemesine imkan verecek kadar geniştir. Mahkeme itirazı, iç hukukun öngördüğü şekil şartına uygunluk yanında maddi yönü, özellikle Sözleşme'ye göre işlemin usulüne uygunluğu için aranan esasa ilişkin şartlar -örneğin 5.madde, özellikle bu maddenin 1.fıkrasının güttüğü amaç, yani keyfiliğe karşı kişinin korunması- açısından da inceleyecektir.[270]

---

268 Doğru, a.g.m., s.283-284.

269 Macovei, a.g.e, s.68.

270 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.242-243.

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 kanunlara ve Sözleşme'ye uygun olup olmadığını, dolayısıyla keyfî 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 suçla ilgili takibat öncesinde kişinin alıkoyulmasının haklı olmayacağı doğrultusundaki mütalaaları dikkate almaya açık olunması gerekir. Bu mütalaa, böyle bir durumda alıkoyma yetkisi bulunmadığını ya da yetkinin uygun olmayan bir şekilde kullanıldığını öne sürmenin de ötesine taşınabilir. Ayrıca bu usulün, alıkonulan kişiye, bir suç işlediğine dair hakkındaki şüphelerin makul olduğuna itiraz etme imkânı sağlaması da esastır.

Jecius-Litvanya davasında AİHM, 5.madde 4.paragraf hükümlerinde: "yakalanan ve alıkonulan kişilerin, özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin, Sözleşme açısından 'hukuka uygunluğun' temel unsurları olan usule ve esasa ilişkin koşulun yargı incelemesine tâbi olması hakkı bulunmaktadır. Bunun anlamı, yetkili mahkemenin yalnızca usule ilişkin şartlar bakımından ulusal kanunlara uygunluğu değil, aynı zamanda kişinin yakalanmasını destekleyen şüphenin makul olup olmadığını ve kişinin yakalanması ve sonrasında da alıkonulmasında gözetilen amacın meşruiyetini de incelemesi gerektiğidir." şeklinde görüş belirtmiştir.[271]

Hukukilik denetiminin ulusal makamlar tarafından süratle yapılıp yapılmadığının tespiti için önce salıverilme talebinin incelenme süresinin belirlenmesi gerekir. Bu süre kural olarak salıverilme talebinin yapıldığı tarihte başlar. Hukukilik denetimi için ulusal mahkemeden önce bir idari makama başvurmak gerekiyorsa, incelenme süresi başvurunun idari makama başvurulduğu anda başlar. Bu süre, başvurucunun salıverilme

[271] Macovei, a.g.e, s.69-70.

talebi ile ilgili kesin kararın verilmesine kadar davam eder. Hukukilik incelemesini süratle incelenip incelenmediği sorununu daha çok suç nedeniyle tutukluğa devam eden kişiler ile akıl hastalığı nedeniyle tutulan kişilerin salıverilme taleplerinin incelenmesi bakımından ortaya çıkacaktır.[272] 4.fıkrada öngörülen başka bir koşul da, itiraz üzerine yapılan incelemenin kısa bir zaman diliminde yerine getirilmesidir. Sözleşme'de veya Komisyon ve Mahkeme kararlarında kısa süre kavramının kesin bir tanımı yapılmadığı için bu süre somut olayın kendisine özgü şartlarına göre değerlendirilecektir. Bu deyim ne derhal ne de hemen anlamına gelecek kadar dar, ne de makul kavramı kadar geniştir. Buradaki amaç, özgürlükten mahrumiyet doğuracak işlemin kişi için ağır ve önemli bir tedbiri keyfilikten kurtarmak, kanuna aykırı kısıtlamanın kısa sürede son bulmasını sağlamaktır.[273]

Yakalama ve tutuklamanın yasallığının gözden geçirilmesi prosedürü kısa bir süre içerisinde tamamlanmalıdır. Sözleşme'de veya Komisyon ve Mahkeme kararlarında kısa süre kavramının kesin bir tanımı yapılmadığı için, bu süreler her olayın kendisine özgü şartlarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin Dejong, Baljet ve Van den Brink olayında şikayetçilerin mahkeme önüne çıkarılmadan 6-11 gün arasında gözaltında tutulmaları AİHM tarafından çok uzun ve sözleşmeye aykırı bulunmuştur.[274] Bu fıkradaki kısa süre koşulu, Komisyon görüşünün aksine Mahkeme'ye göre ilk incelemeyi yapan yahut yapacak mahkeme bakımından değil, aynı zamanda bu merciinin kararına karşı mevcut kanun yollarına başvuru halinde de geçerlidir. Böylece tutukluluk durumu yahut kararını ilk karara itiraz üzerine inceleyecek ikinci derece yargılama merciileri de incelemelerini kısa sürede yapmak zorundadırlar. Bununla beraber söz konusu sonraki incelemelerde kısa süre değerlendirmesi daha bir yumuşaklık kazanacaktır.[275] Komisyon ve Mahkeme'nin söz konusu hükmün

---

272 Doğru, a.g.m., s.285.

273 Bknz. İHAM kararı , Bezicheri/İtalya, 25.l0.l989 Seri A , no l64 par. L8-26, kararın özeti için bknz. Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (l960-l994),** s. 44-45.

274 Ünal, a.g.e., s.161.

275 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.243-244, Mah.K, Bouamar Belçika 29.02.1988

uygulanması konusundaki kararları genelde tutukluluk halinin kaldırılması için yapılan başvurularda bunların inceleme süresine ilişkindir. Sançhez-Reisse davasında iadesi istenen şikayetçilerin durumlarının, 31 gün ve 46 günde bir karara bağlanması ve kendilerinin bu sürelerde tutuklu kalmaları AİHM tarafından çok aşırı bulunmuştur. Keza Mahkeme Beziç Heri İtalya davasında tutuklu sanığın salıverilme talebi hakkında, ancak 5,5 ay sonra karar verilmesini ve bu gecikmenin İtalyan Hükümeti'nce mahkemelerin ağır iş yükü ile izah edilmesini kabul etmemiş ve akit devletlerin Sözleşme gereklerini yerine getirmek için yargı sistemlerini ona göre düzenlemek zorunda olduklarını belirtmiştir. Benzer bir durum Norveç'le ilgili bir şikayette söz konusu olmuş ve akıl hastanesinde tedavi altında tutulan hastanın çıkma talebi 5 hafta sonunda karara bağlanmıştır. Norveç Hükümeti gecikmenin doktorun tatilde olmasından kaynaklandığını savunmuşsa da AİHM bunu mazeret olarak kabul etmemiş ve Sözleşme'nin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.[276] 28.10.1998 tarihli Assenov ve diğerleri kararında ise Mahkeme başvurucunun iki yıl tutuklu kaldığı halde sadece bir kez salıverilme talebinde bulunabilmesine, hukukiliğin makul aralıklarla denetimi şartına aykırı görmüş ve 4.fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Öte yandan Letellier kararında adam öldürmeye teşvik suçundan tutuklu bulunan başvurucunun, 6 defa yaptığı salıverilme talebi, 8 gün ile 20 gün arasında değişen sürelerle sonuçlanmış, ancak başvurucunun ikinci talebi hakkında kesin karar 13 ay 3 hafta sonra verilmiştir. Mahkeme bu incelemenin süresini kuşkuyla karşılamakla birlikte başvurucunun her zaman yeni bir talepte bulunabilmesini ve diğer talepler hakkında kısa sürede karar verilmiş olmasını dikkate alarak olayda 4.fıkranın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. 23.11.1993 tarihli Navarra kararında da silahlı soygun suçundan tutuklu başvurucunun, üçüncü salıverilme talebinin reddine ilişkin karara üst mahkemede yaptığı itiraz, 7 ay sonra sonuçlanmıştır. Başvurucunun bu olayda süratli inceleme yapılmadığına dair şikayetini Mahkeme reddederken sürenin uzunluğundan kuşku

---

276 Ünal, a.g.e., s.162.

duymakla birlikte, başvurucunun iç hukuka göre her zaman yeni bir salıverilme talebinde bulunabileceğini dikkate almıştır.[277]

Türkiye aleyhine çeşitli başvurularda 5. maddenin 4. fıkrasının ihlaline dair çeşitli kararlar verilmiştir. AİHM Sakık ve diğerleri[278] kararında DEP milletvekilleri Sakık ve diğerlerinin 4.fıkrada belirtilen "hızla" mahkemeye başvuru hakkına aykırılık saptamıştır. Eski milletvekillerinin bir kısmı l2 gün, diğer bir kısmı l4 gün yargıç önüne çıkarılmamıştır. 5.maddenin 4.fıkrası bağlamında, milletvekillerinin tutuklu olarak yargılanmalarına karar veren DGM yargıcının 12 ve l6 günlük gözaltı sürelerinin sonuna kadar olaya bir müdahalesinin olmadığının, bu kadar uzun bir dönemin 4.fıkranın gerektirdiği "hızlı" yargısal denetime uygun düşmediğini belirtmiştir. Türk Hükümeti'nin Anayasa'da (l9/8), hürriyeti kısıtlanan kişilerin bir yargı merciine başvuru hakkının düzenlendiğini ileri sürmesi üzerine AİHM, olayda gözaltında tutulan kişilerin alıkonulmalarının hukuka uygunluğuna karar verilmesi istemiyle ya da serbest bırakılmaları istemiyle yargıca başvurdukları zaman, Anayasa'yı ya da Sözleşme'yi başarılı bir biçimde işletebildiklerini gösteren bir örnek bulunmadığını, bu durumun ise söz konusu önlemlerin pratikte

---

277 Doğru, a.g.m., s.285-286.

278 Sakık ve diğerleri/Türkiye, başvuru no 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23882/94, 23883/94, 2388l/94, Mahkeme'nin 25.Kasım l997 tarihli kararı, kararın Türkçe çevirisi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/sakikvd.htm , Erişim Tarihi: 05.07.2009 "Başvuruculaların yargılama öncesinde tutukluluğuna karar veren tek yargıcın aynı zamanda onların polis nezarethanesinde gözaltında tutulmalarının hukuka uygunluğu konusunda da karar verip vermediği önemli olmaksızın, bu yargıcın polis nezarethanesinde gözaltına alınmalarının sonuna kadar geçen oniki ya da on dört gün boyunca olaya müdahale etmemiş olduğunu belirtir. 5. maddenin 3. fıkrasına ilişkin değerlendirmesinde ulaştığı sonuç dikkate alındığında Divan, böyle uzun bîr sürenin "süratle" kavramıyla bağdaşmadığını kabul eder.

Divan var olan bir hukuksal başvuru yolunun yeterince kesin olması gerektiğini, bunun aksi 5. maddenin hedeflediği ulaşılabilirlik ve etkililik gereklerine aykırı düşecektir, tekrar eder. Ancak Divan'a sunulan dosyada, polis nezarethanesinde gözaltına alınan herhangi bir kişinin gözaltına alınmasının hukuka uygunluğunun saptanması ya da salıverilmesi için tek yargıca yaptığı başvuruda Anayasa'nın 19/8. ya da Sözleşme'nin 5/4. maddesini layıkıyla kullanabildiğine ilişkin hiçbir örnek bulunmamaktadır. Divan, Türk hukukunun bu sorunu hakkında (kendisinin) karar vermesi gerektiğini düşünmemektedir. Bununla birlikte, emsal kararların bulunmayışı uygulamada bu hukuksal başvuru yolunun kesin olmadığını göstermektedir. Sonuç olarak 5. maddenin 4. fıkrası ihlâl edilmiştir."

kesinlik taşımadığını gösterdiğini belirtmiştir. Yine AİHM Öcalan[279]

[279] Öcalan /Türkiye, başvuru no 4622l/99 , Mahkeme'nin l2.Mart.2003 tarihli kararı, kararın Türkçe çevirisi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/ocalan.htm, Erişim Tarihi: 05.07.2009 **"**Mahkeme, iç hukuk yolunun sadece teoride değil uygulamada da etkili olması gerektiğini aksi takdir de Sözleşme'nin 5.maddesinin 4. bendinin hedeflediği erişim ve etkinlik niteliklerini karşılamayacağını, yeterli ve etkili olmayan iç hukuk yollarının tüketilmesine yönelik bir gereklilik yoktur. Ayrıca, madde 5/4'ün hedeflediği iç hukuk yolunun hukuki nitelik taşıması gerektiğini; 'ilgili kimsenin mahkemeye başvurma ve şahsen ya da gerekli olduğu durumlarda, temsilcisi aracılığı ile mahkeme tarafından dinlenme fırsatına sahip olması gerektiğini; aksi halde özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili konularda prosedürle ilgili olarak sağlanan temel güvencelerden faydalanmasının mümkün olamayacağını' belirtmiştir. Buna ek olarak, uluslararası hukuk kuralları uyarınca; başvuranın iç hukuk yollarını tüketme sorumluluğunu ortadan kaldıran özel nedenlerin var olması mümkündür. DGM'ler önündeki davalarda, "gözaltına alınan herhangi bir kişinin gözaltına alınmasının hukuka uygunluğunun saptanması ya da salıverilmesi için hakime muvaffakıyetle başvuruda bulunduğuna ilişkin hiçbir örnek bulunmadığını" ifade etmiştir. Ancak, bunun yanı sıra, Hükümet'in de tartıştığı gibi, 1997 yılında CMUK Madde 128'de yapılan değişikliğin hukuk sistemi içinde mahkemelerde gözaltının uzatılması kararına itiraz etme hakkı tanıdığını gözlemlemiştir. Böyle bir iç hukuk yolu teorik olarak mevcuttur. Söz konusu iç hukuk yolunun nasıl uygulandığı ile ilgili olarak, Mahkeme, Hükümet'in, dördüncü günün bitiminden önce bir şüpheli hakkında verilen gözaltı kararının DGM'lerdeki savcılık tarafından bozulmasına hükmettiği bir örnek sunamadığını belirtmiştir (savcılığın şüphelileri gözaltında tutulmaları için verebileceği maksimum yasal süre). Mahkeme, aşağıda verilen nedenlerden dolayı bu konu hakkında karar vermenin gerekli olmadığı görüşündedir; her halükarda davanın özel şartları başvuranın söz konusu hukuk yoluna etkili bir şekilde başvurmasını engelleyecektir. Öncelikle, başvuranın tutulu bulunduğu şartların ve özellikle de tek başına tutulmasının söz konusu iç hukuk yolunu şahsen kullanmasını engellemiştir. Başvuran hukuk eğitimi almamıştır ve gözaltında iken avukatı ile istişarede bulunma fırsatına sahip değildir. Ancak, Mahkeme'nin daha önce de belirtmiş olduğu gibi; Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. paragrafında değinilen yolun hukuki nitelik taşıması gerektiğini belirtmiştir. Başvuranın o şartlar altında avukat yardımı almaksızın gözaltının yasallığına ve uzunluğuna itiraz etmesi makul bir beklenti değildir.

İkinci olarak, başvurandan veya başvuranın yakın akrabalarından talimat alan avukatların kendisi ile istişarede bulunmadan gözaltının yasallığına itiraz edebileceği iddiası ile ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın avukatının vekaletname almak için yaptığı girişim polis tarafından engellendiğini gözlemlemiştir. Başvuranın ailesi tarafından tutulan diğer avukatlar, gözaltında iken başvuranla temas kurmanın imkansız olduğunu belirtmişlerdir. Ayrıca yakalanmasındaki alışılmışın dışındaki şartlar göz önüne alındığında, başvuran, yakalanmasının yasallığına itiraz edebilmek için Nairobi'de yaşanan olaylar hakkında bilgi verebilecek en önemli kaynaktır. Son olarak, başvuranın gözaltında tutulduğu sürenin uzunluğu ile ilgili olarak, Mahkeme, başvurana yöneltilen suçlamaların ciddiyetini ve gözaltında geçen sürenin iç hukukta izin verilen süreyi aşmadığını dikkate almıştır. Bu şartlar altında, ilgili konu hakkında sulh hakimine yapılacak bir başvurunun başarı ile sonuçlanması ihtimali yüksek değildir.

Hükümet'in 466 Sayılı Kanuna dayanarak tazminat talebinde bulunulabileceği iddiası ile ilgili olarak, Mahkeme, söz konusu iç hukuk yolunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. bendi ile ortaya konan gereklilikleri iki sebepten dolayı yerine getiremeyeceğini belirtmiştir. İlk olarak, 466 Sayılı kanun, kanun dışı yakalanan veya gözaltına alınan kimselere, uğradıkları zararların devlet tarafından ödenmesi için tazminat davası açma hakkı tanımaktadır. " Kanunla öngörülmüş haller"in dışında özgürlük hakkının elinden alınması ve yakalandıktan sonra " kanuni süresi içinde hakim önüne çıkarılma" hakkı kanun dışı yakalama nedeniyle tazminat isteme hakkı ile aynı değildir. AİHS'nin 5. maddesinin 1. ve 3. paragrafları, kanunla öngörülen hallerin dışında yakalamayı, 5. maddenin 5. paragrafı da, tazminat isteme hakkı ile ilgili hükmü kapsamaktadır. 466 sayılı kanun gereğince yakalamanın yasallığı konusunda karar vermeye davet edilen mahkemenin, olayın gerçekleşmesinin ardından davayı incelemesi ve yakalamanın kanun dışı olduğuna karar vermesi halinde, AİHS'nin 5. maddesinin 4. paragrafının gerektirdiği şekilde

davasında da 5.maddenin 4.fıkrasına aykırılık bulmuştur. Türk Hükümeti 5.maddenin 4.fıkrasının ihlali iddiası hakkında CMUK. madde l28/4 ve 466 sayılı yasaya göre iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunulmuş, ancak Hükümet'in yaptığı bu itiraz AİHM tarafından kabul edilmemiştir. AİHM 5.maddenin 4.fıkrasında düzenlenen mahkemeye başvuru hakkının yeterli ve etkili olması gerektiğini yalnız teoride tanınmayıp pratikte uygulanabilir olması gerektiğini vurgulamıştır. AİHM'e göre CMUK. madde l28 de tanınan yargıca başvurma hakkı yalnız teoride vardır. Bu hakkın pratikte nasıl işlediğini göstermek bakımından Türk Hükümeti, DGM savcısının gözaltı süresini 4 güne kadar uzatma emirlerinin iptaline dair herhangi bir yargısal karar ilamı sunmamıştır. Olayın özel koşullarının da mahkemeye etkili başvuru hakkının kullanılmasını imkansızlaştırdığını belirten AİHM, bu bağlamda başvurunun avukat yardımından yararlandırılmaksızın gözaltında tutulduğunu ve başvurucunun gözaltı süresinin 7 gün iç hukuka uygun olduğunu dile getirerek, bu koşullarda mahkemeye başvurunun başarılı bir biçimde sonuçlanmasını beklenemeyeceği görüşüne varmıştır. Yine bu meyanda AİHM 466 sayılı yasanın da Sözleşme'nin 5.maddesinin 4.fıkrasının gereklerini karşılamadığını belirtmiştir. Sonuç olarak AİHM, 5.maddenin 4.fıkrası bakımından Türk Hükümeti'nin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddetmiş ve söz konusu fıkranın ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM İğdeli[280] kararında da, başvurucunun gözaltında tutulduğu 7 gün boyunca bir mahkeme önüne çıkarılmamasını, 5.maddenin 4.fıkrasının

---

başvuranın serbest bırakılması için emir vermeye yetkisi mevcut değildir. İkinci olarak Mahkeme, haklarında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına veya beraatlerine veya ceza verilmesine mahal olmadığına karar verilmesi durumu -bu davada böyle bir durum söz konusu değildir- dışındaki diğer bütün durumlarda bu hüküm kapsamında tazminat verilebilmesi için hürriyetten yoksun bırakmanın hukuka aykırı bir biçimde yapılması gerektiğini belirtir. Oysa bu davadaki gözaltına alma, Hükümet'in de kabul ettiği gibi, Türk hukukuna tamamen uygundur. Sonuç olarak Mahkeme, AİHS'nin 5/4 maddesi kapsamındaki ön itirazlarının reddedilmesine ve söz konusu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir."

[280] İğdeli/Türkiye başvuru no 29296/95, Mahkeme'nin 20.Haziran 2002 tarihli kararı, yine aynı yönde ayrıca bknz. Gündoğan/Türkiye, başvuru no 3l877/96, Mahkeme'nin l0.Ekim 2002 tarihli kararı, kararın Türkçe tercümesi için bknz. http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/gundogan.htm, Erişim Tarihi: 05.07.2009

gerektirdiği "hızla" bir mahkeme tarafından karar verilmesi ilkesine aykırı bulmuştur. AİHM, kişinin alıkonulmasının hukuka uygunluğunun denetlenmesi için bir dönem boyunca beklemek zorunda bırakıldığı hallerde 5.maddenin 4.fıkrasının ihlal edilebileceğini, olaydaki 7 günlük dönemin ise 4.fıkradaki "hızla" mahkemeye başvuru hakkına aykırı düştüğünü belirtmiştir. Hükümetin, başvurucunun 7 gün boyunca mahkeme önüne çıkarılmamasının, olay sırasında yürürlükte bulunan l5 günlük gözaltı süresi sınırına uygun olduğunu ileri sürmesi üzerine AİHM Türk hukukundaki bu düzenlemenin bizatihi kendisinin, başvurucunun 7 güne kadar uzayan polisteki gözaltısına karşı çıkmamasının sebebi olduğunu belirtmiştir.[281]

Komisyon Şimşek[282] davasında Türk Hukukunda DGM'nin görevine giren suçlardan yakalanan kişilerin polis tarafından alıkonulmasının, hukuka uygunluğunu denetleyecek yeterli ve etkili bir aracın olmadığını belirtmiştir. Komisyon bu nedenle 5.maddenin 4.fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

VI. TAZMİNAT HAKKI

Sözleşme'nin 5.madde 5. paragrafında, bu madde hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir yakalama veya alıkoyma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu tür bir hakkın tanınmamış olması durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde dava açma hakkı doğar. 5.Madde 4.paragraf gibi bu paragraf da, Sözleşme'nin 13. maddesinde belirtilen, Sözleşme tarafından teminat altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlâli halinde, kişinin etkili başvurma hakkına ilişkin daha genel bir yükümlülüğün net bir tezahürüdür.[283] Sözleşme'nin 5/5.maddesi, bu madde hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmaktan

---

281 Özdek, a.g.e., s. l95.

282 Şimşek/Türkiye, başvuru no. 280l0/95, Komisyon l Mart l999 tarihli raporu,

283 Macovei, a.g.e, s.74.

veya tutuklanmaktan mağdur olan herkesin icrası mümkün bir tazminat alma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir.[284] Fıkrada söz konusu olan husus böyle bir işlemden kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazminidir. Bu fıkra Komisyon'un deyimi ile "somut ve gerçek" bir hakkı güvence altına aldığı cihetle sözleşmeye taraf devletler, kendi iç hukuklarında bu hakkın sağlanması yollarını yeteri açıklık ve kesinlikle saptamak zorundadır.[285] Ulusal hukukta tazmin yolunun bulunmaması hükmün ihlalidir.[286] Tutuklunun zararı maddi ya da manevi olabilir. Tutukluluk sosyal ve aşağılanmaya yol açabileceği gibi maaş kaybına da neden olmuş olabilir. Zarar yoksa tazminat da söz konusu olmaz.[287] AİHM, kişi 5. madde hükümlerinin ihlâli sebebiyle mağdur olmuşsa da "tazmin edilecek herhangi bir maddî ya da gayri-maddî zararının olmaması halinde bir 'tazminat' doğmayacağı" kanaatine varmıştır.[288] Burada öngörülen tazminat bir miktar para ödenmesidir. Yasadışı tutuklanan kişinin serbest bırakılması madde hükmü anlamında tazminattan anlaşılmaz. Çünkü bu husus, 5.maddenin 4.paragrafında düzenlenmiştir.[289]

Sözü edilen tazmin zorunluluğu yalnızca Sözleşme'nin 5.madde hükmünün ihlali halinde söz konusu olup, Sözleşme'nin genel hüküm

---

[284] Bknz.Yaman/Türkiye,02.11.2004,32446/96,http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/yaman.doc,Erişim Tarihi: 05.07.2009 "Başvuran, 5/5. maddeye dayanarak Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiasına ilişkin tazminat hakkının bulunmadığını ifade ederek şikayetçi olmuştur.

Hükümet, kanunsuz alıkoyma hallerinde, kanuna aykırı bir şekilde yakalanan veya alıkonulan kişilere ödenebilecek tazminata ilişkin 466 sayılı Kanun uyarınca, tazminat talebinin ilk derece mahkemesinin nihai kararını takiben üç ay içinde yapılabileceğini beyan etmiştir.

AİHM, 466 sayılı Kanuna dayanarak yapılan bir tazminat talebinin yalnızca, özgürlüğün kanunsuzca elden alınması halinde ortaya çıkan zararlar için gündeme getirilebileceğine işaret etmiştir.Başvuranın alıkonulmasının iç hukukla bağdaştığını ifade etmiştir. Dolayısıyla, 466 sayılı Kanunun hükümleri uyarınca başvuranın tazminat hakkı bulunmamaktadır.

AİHM, AİHS'nin 5/5. maddesinin ihlal edildiği kararına varmıştır".

[285] Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.244, Com.R., Ciulla/İtalya 08.05.1987 par.92; Mah.K.,Brogan ve diğerleri/İngiltere 29.11.1988 par.66

[286] Bknz. Mah.K.Jordan/İngiltere 14.03.2000 ve Hood/İngiltere 18.02.1999

[287] Ergül, a.g.e., s.140.

[288] Wassink-Hollanda davası.

[289] Ergül, a.g.e., s.140.

niteliğindeki 4l.maddesi hükmünde (hakkaniyete uygun tazminat isteminde) tamamen bağımsızdır.[290] 5.maddede ön görülen tazminat talebi milli makamlara karşı ve ancak milli mahkemeler önünde öne sürülebildiği halde 41. maddede belirtilen "hakkaniyete uygun tatmin" yöntemi Sözleşme'nin ihlali halinde, AİHM tarafından kararlaştırılarak gereği yapılmak üzere devletlere bildirilmektedir.[291] Doğrudan doğruya sözleşmeye taraf olan devletlere hitap eden bu hüküm, elbette gerekli şartların varlığı halinde 41.maddenin mahkeme tarafından uygulanmasına engel değildir. Mahkeme 5.maddenin ihlali halinde 41.maddeyi uygularken, ilgilinin iç hukuk uyarınca aldığı tazminatı göz önünde tutmaktadır.[292]

Sözleşme'deki yeri ve ifade ediliş biçimi itibari ile 5. fıkra hükmünün uygulanabilmesi için her şeyden önce, Strasbourg denetim organlarının 5. maddenin ihlal olunduğu hususunu saptamış bulunmaları gerekmektedir.[293] Bu saptamayı takiben ilgilinin ulusal merciler önünde ileri sürdüğü tazminat sistemine 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 sebeple Mahkeme, 5. maddeye aykırılığın saptandığı davalarda gerekiyorsa talep üzerine 41. madde uygulaması ile tazminata hükmederek sorunu kısa yoldan çözmektedir. Komisyon ise ulusal merciler tarafından 5. maddenin 1 ile 4. fıkra hükümlerinden birini ihlal olunduğuna karar verilmiş bulunması halinde, eğer tazminata hükmedilmemiş ise bu maddenin 5 fıkrasının ihlali

---

290 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.244 Brogan ve diğerleri /İngiltere, 29.ll.l988 , Seri A , no l45 – b , par. 67, "başvurucular iç hukuka uygun olarak gözaltına alınıp tutuldukları halde Sözleşme'nin 5.maddesinin 3.fıkrası ihlal edilmiş olduğundan bu ihlal tespiti mağdurlara ulusal yargı yerlerinde tazminat talep etme hakkı vermediğinden 5.maddeye aykırı olarak tutulmaktan mağduriyet nedeniyle tazminat hakkının ihlaline, madde 50.gereğince adil karşılık sorunun saklı tutulmasına karar vermiştir.

291 Ünal, a.g.e., s.163.

292 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.244, Mah.K.Numeister/Avusturya 07.05.1974 , A 17, par.30, Mah.K.Cloth/Belçika 12.02.1991 .225 par.52.

293 Mah.K. Murray/İngiltere 28.10.1994, A.300-A par.81-82.

iddiası ile yapılan şikayeti, önceki fıkralara ilişkin bir ihlalin bulunup bulunmadığı araştırılmadan kabul etmiştir.[294]

[294] Gözübüyük s.244-245 Komisyon raporu Wemhoff/Almanya 01.04.1966 par.76 , Komisyon kararı Herberthuber/Avusturya 05.07.1976 No:6821/74,DR6 S.65

SONUÇ

Son olarak bir tanım vermek gerekirse, özgürlüğün farklı yönlerini ele almak suretiyle yapılan tanımlama girişimlerinin yanı sıra, AİHS'nin uygulanmasının denetiminde etkin rol oynayan Komisyon'un, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında özgürlükten anladığı; " yakalama ve tutuklamanın yokluğudur." Özgürlüğün "kişinin klasik bireysel hakkı olup, gidiş-geliş fizik özgürlüğüdür", diyen Divan da neticede Komisyon'un yaklaşımı ile örtüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nce kişi özgürlüğünün özel bir türü olarak nitelendirilen ve aynı zamanda kişi hürriyetinin tabii bir sonucu olan kişi güvenliği hakkı, kişinin bedeni hareket serbestisinden yoksun bırakılmamasını konu edinmektedir. Kişinin keyfi olarak tutuklanıp tutuklanmayacağını, tutuklanan veya yakalanan kişinin durumundan yakınlarının haberdar edilip edilmeyeceğini ve hangi kişilerin hangi hallerde kişi hürriyet ve güvenliğinden mahrum bırakılabileceğinin genel bir çerçevesini çizen bir kavramdır.

Komisyon ve Divan bu iki kavramı kararlarında genelde birlikte zikretmiştir. Komisyon'a göre kişi güvenliği özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder. Güvenlik hakkı mutlak surette güvence altındadır. Komisyon yine bir kararında özgürlük ve güvenlik deyimlerinin bir bütün olarak anlaşılması gerektiğini ve bu kavramların kişinin yalnızca beden özgürlüğü ve güvenliğine yönelik olduğunu belirtiyor. Divan da benzer bir yaklaşımla özgürlük ve güvenlik hakkının bilikte bir anlam ifade ettiklerine ve güvenlik kavramının keyfilikle olan ilişkisine değinmektedir.

Özgürlük, mutlak olmayıp hukuka uygun olmak şartıyla altı bent halinde sayılan sınırlı durumda kısıtlanabilecektir. Bunun yanında

özgürlüğün keyfiliğe karşı korunması anlamında güvenlik hakkı ise mutlaktır, hiçbir kısıtlama kabul etmez.

Diğer bütün özgürlüklerin kullanımın esaslı bir koşulu olarak nitelenen kişi özgürlüğünün korunması, yalnızca onun kabul edilip tanınmasıyla değil, fakat bu özgürlüğü güvence altına almaya yönelik usul ve prosedür oluşturulmasını ve bunlardan daha az olmamak üzere, bu özgürlüğe getirilebilecek kısıtlamaların bağımsız ve tarafsız bir makamın denetimi altına yerleştirilmesi gerekmektedir.

Yakalama, alıkoyma, tutuklama, hapsetme göz altına alma ya da adına ne denilirse denilsin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında getirilmiş herhangi bir sınırlama istisnai bir durumu oluşturmaktadır. Dolayısı ile Sözleşme'nin 5 maddenin 1 fıkrasında altı bent halinde sayılan özgürlüğün sınırlanabileceği durumlar, sınırlı sayıma tabidir ve dar yorumlanmaları gereklidir.

Beşinci maddenin 1. fıkrası altı bent halinde sayılan ve kişi özgürlüğünün hangi şartlarda sınırlanabileceğini belirten bu durumların da ön koşulları bulunmaktadır. Bunlar, sınırlamanın "kanunun öngördüğü usule uygun olarak" ve ayrıca " hukuka uygun olarak" yapılması gereğidir.

Bir özgürlük kısıtlamasının hukuka uygun olabilmesi için, ilkin Sözleşme'deki hallerden birine girmelidir. Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, iç hukukta gösterilen bir sebebe dayanmalıdır; ancak bu yeterli değildir. İç hukuktaki sebebin de, Sözleşme'de bulunan bir sebep olması gerekir. O halde, iç hukukta dayanağı olmayan bir kısıtlama, iç hukukta dayanağı olsa bile Sözleşme'de dayanağı olmayan bir kısıtlama Sözleşme'nin 5. madde 1. fıkrasını ihlal eder. Yine bir özgürlük kısıtlamasının hukuki olabilmesi için "hukukun öngördüğü bir usule uygun" olması gerekir. Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, iç hukukta gösterilen bir usule dayanmalıdır. Ancak, bu yeterli değildir. İç hukukta gösterilen usulün de Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olması gerekir. O halde bir

kısıtlama ile ilgili iç hukukta bir usul öngörülmemiş ise, iç hukukta bir usul öngörülmüş olsa bile, kısıtlama bu usule ve Sözleşme'nin amacına aykırı düşüyorsa, Sözleşme'nin 5.madde 1. fıkrasını ihlal eder. Yine bir özgürlük kısıtlamasının hukuki olabilmesi için, ilgili bend içindeki "hukuka uygun tutma" şartını yerine getirmiş olmalıdır. Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, 1. fıkranın bendlerinde birine girse bile, Sözleşme'nin o bend ile izlenen amaca aykırı ise, yine Sözleşme'nin 1. fıkrası ihlal edilmiş olur.

Aynı maddenin diğer fıkralarında da güvenceler sayılmıştır. Maddenin 2. fıkrası "tutuklanan her kişiye, tutuklanmasını gerekli kılan sebepler ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamalar en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir." şeklindedir. Bu hükmün amacı, olası bir maddi hatayı önlemekten öte, maddenin 4. fıkrasında yer alan itiraz hakkını etkili bir biçimde kullanmasını sağlamaktır. Bildirimin içeriği her özel ve somut duruma göre amaca, yani habeas corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır.

5. maddenin 3. fıkrası, 3 ayrı hususu düzenlemektedir. Birinci husus, yakalanan veya tutuklanan şahsın, hemen bir hakim veya adli görevi yapmaya kanunen yetkili kılınmış bir diğer memur önüne çıkarılmasının zorunlu sayılması, ikinci husus, makul bir süre içerisinde yargılanma veya hazırlık soruşturma sırasında serbest bırakılma hakkı-burada tutuklulukta makul sürenin aşılmaması amaçlanmıştır-,üçüncü husus ise, teminat yatırmak sureti ile serbest bırakılma hakkıdır.

5. maddenin 4. fıkrası "Habeas Corpus" güvencesini içermektedir. Bu hüküm uyarınca tutuklanan kişi, özgürlüğü kısıtlama işleminin yasalara uygun olarak yapılıp yapılmadığını kısa bir sürede mahkemeye incelettirmek, aykırılık durumunda salıverilmesini isteme hakkına sahiptir.

5. maddenin 5. fıkrasında, bu madde öngörülen ilkelere aykırı olarak yakalanan veya tutuklanan herkese maddi veya manevi tazminat isteme hakkı tanınmıştır. AİHS'nin 41. maddesinden farklı olarak bu hükümden

öngörülen tazminat talebi, milli makamlara karşı ve ancak milli mahkemeler önünde öne sürülebilir.

KAYNAKÇA

AKAD Mehmet, **Genel Kamu Hukuku**, 2.B, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1997

AKIN İlhan, AKAD Mehmet, **Cumhuriyetin 50. Yılında Temel Hak ve Özgürlükler**, İÜHF 50. yıl Armağanı, İstanbul, 1973

AKIN İlhan, **Kamu hukuku**, 7. Bası., İstanbul, Beta Basım Yayım, 1993

ALDERSON, J., **Human Rights and Police**, Çev. Kuntbay İhsan, **İnsan Hakları ve Polis,** Ankara**,** Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları no: 232, 1998

ALDIKAÇTI Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1973

BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukuku**, Ankara, 1970, s.99.

BAŞAK Cengiz , "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 5l, S. 4, 2002

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

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

ÇEÇEN Anıl, **İnsan Hakları Rehberi,** Turhan Yayınları, 1999

DAL Kemal, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, Ankara, 1984

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

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

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

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

DOĞRU Osman, **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi**, C.3 İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2000

DOĞRU Osman, NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)** İstanbul Barosu Yayınları, 1. Baskı İstanbul 2001

DOĞRU Osman, "Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5'inci Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu'nda Sunulan Bildiri**, Ankara, TBB- İHAUM, 2004

DONAY Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982

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

GOMİEN Donna, **Short Quide To The Europen convention On Human Rights**, Çev. BIÇAKÇI Levent, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi**, 1.Bası, Ankara, Renk Ajans, Kültür Bakanlığı Yayını,1995

GÖÇER Mahmut, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, 1.Bası, Ankara, Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2000

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Ekin Kitapevi, Bursa 2004

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Kişi Özgürülüğü ve Güvenliği, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması”, A.Ü.SBF Yayını, **Hukuksal Kollokyum 13-14 Eylül 1990,** Ankara, 1992

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

KABOĞLU İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul, Afa Yayınları, 1994

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

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7.bası., Ankara, Yetkin Kitapevi, 1993

KARAKAŞ Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Jürisprüdansiyel Bir Yaklaşım”, **MHB**, S.2, İstanbul, 1988

KESKİN Serap, **“**Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı**”, İnsan Hakları,** Cogito, 1.Bası, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000

KORKUSUZ M.Refik, **Uluslar Arası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul , Özrenk Matbaa,1998

KUNTER Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku,** İstanbul, 1989

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

MACOVEİ Monica, **Avrua İnsan Halkları Sözleşmesinin 5. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, no.5 Avrupa insan hakları Genel Müdürlüğü

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1989

ÖZDEK Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Aihs Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye**, 1. Bası , Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2004

REİSOĞLU Safa, **Uluslarası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001

ŞAHBAZ İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.55, 2004

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

TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan, SANCAKTAR Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, 2004

TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan, SANCAKTAR Oğuz, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002

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

YILDIZ Mustafa, **Avrupa İnsan Hamları Mahkemesi Yargısı**, İstanbul, Alfa Kitapevi, 1998

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Ak/Türkiye, 08.01.2008, başvuru No: 16006/02

Akdeniz ve öte./Türkiye, 31.05.2001, no. 23954/94.

Akdeniz / Türkiye 31.05.2005, 25165/94

Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, Rec. 1996, Cilt IV, fasc.26.

Amuur/Fransa, 25.06.1996, Rec.1996, Cilt III, fasc.11.

Ashingdane/İngiltere, 28.05.1985, Seri A, no.93.

Bezicheri/İtalya, 25.10.1989, Seri A, no.164.

Brogan ve Diğerleri/İngiltere, 29.11.1988, Seri A, no.145-B.

Bouamar/Belçika, 29.02.1988, Seri A, no.129.

Bozana/Fransa, 18.12.1986, Seri A, no.111.

Cengiz Polat/Türkiye, 11.12.2007

Chahal/İngiltere, 15.11.1996, Rec. 1996, Cilt V, fasc. 22.

Ciulla/İtalya, 22.02.1989, Seri A, no. 148.

Cloth/Belçika, 12.12.1991, Seri A, no. 225.

Çakıcı/Türkiye, 08.07.1999, no. 23657/94, CEDH 1999, IV.

Çiçek ve diğerleri/Türkiye, 27.02.200l, başvuru no 25704/94,

Demir ve Öte/Türkiye, 23.09.1998, no. 24990/94, (Sec.1).

De Jong, Baljet, Van den Brink/Hollanda,22.05.1984,Seri A,no. 77.

De Wilde, Oooms ve Versyp/Belçika, 18.06.1971, Seri A, no. 12.

Dikme/Türkiye, 11.07.2000, no. 20869/92, CEDH 2000, VIII.

Doğu Afrikalı Asyalılar v.Birleşik Krallık, 06.03.1978, no. 4626/70.

Engel ve Diğerleri/Hollanda, 8.6.1976, Seri A, no.22.

Erdagöz/Türkiye, 22.10.1997, Rec. 1997, Cilt VI, fasc. 54.

Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere, 30.08.1990, Seri A, no.182.

Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, Seri A, no. 39.

Herczegfalvy/Avusturya, 24.09.1992, Seri A, no. 244.

Hood/İngiltere, 18.02.1999, no. 27267/95, CEDH 1999, I.

İğdeli/Türkiye, 20.06.2002, başvuru no 29296/95,

İpek/Türkiye, 17.02.2006, no.25760/94

İrfan Bilgin/ Türkiye, 17.072001, başvuru no 25659/94,

İrlanda/Birleşik Krallık, 18.01.1978, Seri A, no. 25.

Jecius/Litvanya, 31.07.2000, no. 34578/97, CEDH 2000, IX.

Jordan/İngiltere, 04.05.2001, 318-B.

Kampanis/Yunanistan, 13.07.1995, Seri A, no. 318-B.

Kemmache/Fransa, 27.11.1991, Seri A, no.218.

Kemmache/Fransa, -3-, 24.11.1994, Seri A, no. 296-C.

Kurt/Türkiye, 25.05.1998, Rec. 1998, Cilt III, fasc. 74.

Labita/İtalya, 06.04.2000, no. 26772/95, CEDH 2000, IV.

Lamy/Belçika, 30.03.1989, Seri A, no.151.

Lawless/İrlanda, 01.07.1961, Seri A, no.3.

Letellier/Fransa, 26.06.1991, Seri A, no.207.

Luberti/İtalya, 23.02.1984, Seri A, no.75.

Matznetter/Avusturya, 10.11.1969, Seri A, no.10.

Murray/İngiltere, 28.10.1994, Seri A, no.300-A.

Neumeister/Avusturya, 27.06.1968, Seri A, no.8.

Nielsen/Danimarka, 28.11.1988, Seri A, no.144.

Nikolova/Bulgaristan, 25.03.1999, no.31195/96, CEDH 1999, II.

Orhan/Türkiye, 18.06. 2002, başvurun 25656/94 ,

Öcalan / Türkiye,12.03.2003, no.46221/99

Pauwels/Belçika, 26.05.1988, Seri A, no.135.

Punzelt/Çek Cumh., 24.05.2000, no.31315/96, (Sec.3).

Quinn/Fransa, 22.03.1995, Seri A, no.311.

Sabeur Ben Ali/Malta, 29.06.2000, no.35892/95, (Sec.2).

Sakık ve öte./Türkiye, 26.11.1997, Rec. 1997, Cilt VIII, fasc.58.

Sanchez-Reisse/İsviçre, 21.10.1986, Seri A, no.107.

Schiesser/İsviçre, 04.11.1979, Seri A, no.34.

Stogmüller/Avusturya, 10.11.1969, Seri A, no.9.

Şarlı/Türkiye, 22.05.2001, no.36760/97, (Sec.1).

Taş/Türkiye, 14.12.2000, no.24396/94, (Sec.1).

Timurtaş/Türkiye, 13.06.2000, no.23531/94, CEDH 2000, IV.

Toth/Avusturya, 12.12.1991, Seri A, no.224.

Van der Leer, 21.02.1990, Seri A, no.170-A.

Wassink/Hollanda, 27.09.1990, Seri A, no.185-A.

W/İsviçre, 26.01.1993, Seri A, no.254.

Wemhoff/Almanya, 27.06.1968, Seri A, no.7.

Winterwerp/Hollanda, 24.10.1979, Seri A, no.33.

Yaman / Türkiye, 02.11.2004, no.32466/96

AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSYONU RAPORLARI

Akdivar ve diğerleri/Türkiye,No.21893/93, 26.10.1995

Krzycki/Almanya, 09.03.1978, req.no.7629/76, D.R.13.

Kıbrıs/Türkiye, 10.07.1976, req.no.6780/74 ve 6950/75.

McVeigh,O'Neil ve Evans/Birleşik Krallık, No.8022/77, 8025/77, 18.3.1981, D.R.25,

M.D./Türkiye,No.28518/95, 30.6.97

Menteş ve diğerleri/Türkiye,No.23186/94,7.3.1996

Şimşek/Türkiye, 01.03.1999, başvuru no. 280l0/95,

X/Almanya, 14.12.1963, req.no. 1322/62.

X/İrlanda, reg.no.6040/73,1973

X/İsveç, req.no. 10230/82, D.R. s.304 ve son.

X/İsviçre, 1977, req.no. 7754/77, 11 D.R.216.

McVeigh,O'Neil ve Evans/Birleşik Krallık, No.8022/77, 8025/77, 18.3.1981, D.R.25

Anayasa Mahkemesi Kararları

26.11.1986, E. 1985/8, K. 1986/27 (AYMKD.,S.22)

İnternet Adresi (dosya erişim tarihi)

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'nın AİHM'in Çakıcı/Türkiye Kararının Türkçe çevirisi, http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/cakici.htm (05.07.2009)

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'nın AİHM'in Kurt/Türkiye Kararının Türkçe çevirisi, http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/kurt.htm (05.07.2009)

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'nın AİHM'in Öcalan/Türkiye Kararının Türkçe çevirisi, http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/ocalan.htm (05.07.2009)

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'nın AİHM'in Taş/Türkiye Kararının Türkçe çevirisi, http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tas.htm (05.07.2009)

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'nın AİHM'in Sakık ve Diğerleri/Türkiye Kararının Türkçe çevirisi, http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/sakikvd.htm, (05.07.2009)

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı'nın AİHM'in Yaman/Türkiye Kararının Türkçe çevirisi, http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/yaman.doc (05.07.2009)

ÖZET

KIRMAZ Fikret, AİHS Çerçevesinde Kişi Güvenliği, Yüksek Lisans, Ankara, 2010.

Tez çalışmasının konusu ve kapsamı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi güvenliği ile ilgili olan 5. maddesini nasıl anladığı ve yorumladığıdır.

Bu çalışma ile AİHS'in 5. maddesi AİHM' in içtihatları doğrultusunda incelenmiş ve bu suretle hem yargılama makamlarına hem de kolluk kuvvetlerine özgürlüğünden mahrum edilen kişiye hangi güvenceleri sağlamaları gerektiği ve hangi durumların kişi güvenliğini ihlal anlamına geleceğini ortaya kaymak amaçlanmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde kişi özgülüğü ve güvenliği hakkının tanındığı, hangi durum ve koşullarda sınırlandırma yapılabileceğini bentler halinde, sınırlı bir şekilde sayıldığı Sözleşme'nin 5. maddesi 1. fıkrası incelenmiştir.

İkinci bölümde ise özgürlüğü sınırlanan kişiye getirilen hukuki güvencelerin sayıldığı Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. 3. 4 ve 5. fıkraları inceleme konusu yapılmak suretiyle AİHM' in konuyla ilgili prensipleri ortaya konulmaya çalışıldı.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

AİHS
AİHM
Kişi özgürlüğü ve güvenliği
Yakalama ve tutuklama
Hukuka uygunluk

ABSTRACT

KIRMAZ Fikret, Security of Person under AİHS, High Lisance**,** Ankara, 2010.

In matter / breath of this study, having been sent the court files to Europen Court of Human Rights concerned with human security of article number five and how the court had commented.

This work has been studied accoding to the juries prudences of Europen Court of Human Rights and therefore our aim is to explain that have to provide arrested person security and assurance problems.

In the first part of our study, the personal freedom and security is recognised, in which case and conditions could be made restrictions in sequence, have been counted restricted conditions and studied the one main article five by us.

In second part ou our study; rights given to the person whose freedom is restricted and these rights have been studied by us on the Europen Court of Human Rights, article 2, 3, 4, 5 under main article five.

KEYWORDS

Contract of Eropen Court of Human Rights
Eropen Court of Human Rights
Personal Freedom and Security
Arrest and Catch
Legal Proceding