Bu proje Avrupa Birliği ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından birlikte finanse edilmektedir.

COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE

ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1

Anayasa Mahkemesine
Bireysel Başvuru Sisteminin
Desteklenmesi Ortak Projesi

Dr. Tolga Şirin

COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE

ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru
El Kitapları Serisi - 1

Dr. Tolga Şirin

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi kapsamında hazırlanarak basılmıştır.
Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

© Avrupa Konseyi, 2018

Avrupa Konseyi
İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex
www.coe.int

Nisan 2018
Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi tarafından basılmıştır
www.coe.int/ankara

Bu kitapta yer alan değerlendirmeler yazarların kişisel fikirleridir. Söz konusu değerlendirmelerden, bu değerlendirmelerde sözü edilen hukukî belgeler üzerinde Avrupa Birliğine veya Avrupa Konseyine üye devletlerin yönetimlerini, Avrupa Birliğinin veya Avrupa Konseyinin yasal organlarını ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini veya Avrupa Konseyinin uluslararası sözleşmelerine dayanılarak tesis edilmiş herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte resmî yorumlar yapıldığı anlamı çıkarılmamalıdır.

Bu kitapta yer alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları, AİHM'in resmi dilleri olan İngilizce veya Fransızca'dan Türkçe'ye yapılmış resmi olmayan çevirilerden oluşmaktadır. Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyinin yasal organları ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu çevirilerin doğruluğu veya geçerliliği konusunda herhangi bir sorumluluk üstlenmez. Çevirilerin resmi dilde (İngilizce veya Fransızca) yayımlanan orijinal karar metniyle çelişmesi halinde orijinal metin esas alınmalıdır.

Baskı
MRK BASKI VE TANITIM HİZM. TİC. LTD. ŞTİ
1354. Cad. 1357. Sok. No: 43
Yenimahalle/ANKARA
Tel: (0312) 354 54 57
Faks: 0312 385 79 05

Yazar hakkında

Yrd. Doç. Dr. Tolga Şirin, İzmir doğumludur. Lisans ve lisansüstü eğitimini Marmara Üniversitesi'nde tamamlamıştır. 2006-2008 yılları arasında İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi yürütme kurulu üyeliği yapmıştır. 2009 yılından beri Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda görev yapmaktadır. 2013 yılında "Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme" başlıklı teziyle doktorasını tamamlamıştır. 2010 yılı Kapani-Savcı İnsan Hakları Makale Yarışması'nın (Aybay Vakfı) birincisi, 2012-2013 yıllarında TÜBİTAK'ın, 2015-2016 yıllarında Raoul Wallenberg Enstitüsü'nün bursiyeri olmuştur. Bu kapsamda Almanya'da Köln Üniversitesi'nde misafir araştırmacı olarak çalışmıştır. Çok sayıda kitap ve makalesinin olduğu çevre hakkı, insan hakları hukuku ve anayasa yargısı alanlarında çalışmalarına devam etmektedir. Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği'nin kurucu üyesi, Anayasa Hukuku Dergisi yayın kurulu üyesidir. İngilizce ve Almanca bilmektedir.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ..... **XI**
KISALTMALAR ..... **XIII**
I. GENEL AÇIKLAMALAR **1**
II. HAKKIN KAPSAMI **9**
A. HAKKIN ÖZNESİ: HERKES 11
B. HAKKIN YÜKÜMLÜSÜ: DEVLET 12
1. Devletin Türkiye Dışındaki Faaliyetlerinden Dolayı Yükümlülükleri 13
2. Devletin İade Sürecindeki Yükümlülükleri 16
3. Devletin Üçüncü Kişilerin Eylemlerinden Dolayı Yükümlülükleri 18
C. HAKKA MÜDAHALE: ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMA ... 22
1. Müdahalenin Mekânsal Boyutu 28
a. Durdurma Tedbiri 29
b. Konutu Terk Etmeme Tedbiri-Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi 32
c. Göz Hapsi ve Oda Hapsi Tedbiri 33
d. Sokağa Çıkma Yasağı Tedbiri 34
e. Hâkim Tarafından Belirlenen Yerlere Düzenli Başvurmaya Zorlama Tedbiri 35
f. Tedavi ve Muayene Amaçlı Hastaneye Yatmaya Zorlama Tedbiri 36
g. Belirli Bir Yerleşim Bölgesini Terk Etme Yasağı 36
h. Belirli Yer ve Bölgelere Gitme Yasağı 38
i. Koşullu Salıverme - Denetimli Serbestlik 38
j. İdari Gözetim 41
2. Müdahalenin Zamansal Boyutu 42
3. Müdahalenin Zorlama ve Rızasızlık Boyutu 46

D. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKININ KAPSAMINA İLİŞKİN NİTLEME SORUNLARI 50
1. Kişi Özgürlüğü Hakkı ve Seyahat Özgürlüğü Hakkı Farklı Haklardır 50
2. Kişinin Tutulma Koşulları, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Kapsamındadır 54
3. Mahkûmiyet Kararı, Davanın Koşullarına Göre Farklı Haklar İçin Müdahale Oluşturabilir 55
4. "Kişi Güvenliği" Kavramı Dar Yorumlanır 56
III. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMANIN ŞARTLARI .. 59
A. KANUNİLİK 61
1. Şeklî Anlamda Kanun 62
2. Maddi Anlamda Kanun (Kanunun Kalitesi) 64
a. Ulaşılabilirlik 63
b. Öngörülebilirlik/Belirlilik 66
c. Keyfîliğe Karşı Koruyucular 70
3. Kanuna Dayanma 75
a. Fiili Tutma 75
b. Fazladan Tutma 78
4. Kanuna Aykırı Olmama 84
B. AMACA UYGUNLUK 87
1. Hükümlünün Tutulması 88
2. Yükümlülük Nedeniyle Tutma 93
a. Mahkeme Kararına Uyulmaması Nedeniyle Tutma 93
b. Kanunun Öngördüğü Yükümlülüğe Uyulmaması Nedeniyle Tutma 95
3. Suç Şüphelisinin Tutulması 99
a. Suç Kavramı 101
b. Tutmanın Amacı 105
c. Makul Şüphe-Kuvvetli Belirti 107

4. Küçüklerin Tutulması 118
a. Küçük Kavramı 119
b. Gözetim Amaçlı Islah/Eğitim Amaçlı İzleme Amacıyla Tutma 120
c. Yetkili Merci Önüne Çıkartma Amacıyla Tutma 122
5. Bulaşıcı Hastalık Taşıyan Kişilerin Tutulması 123
6. Serserilerin Tutulması 125
7. Alkolikler ve Bağımlıların Tutulması 127
8. Akıl Hastalarının Tutulması 131
a. Akıl Hastası Kavramı 132
b. Akıl Hastalarının Tutuldukları Mekân 135
c. Akıl Hastalarının İyileşmesi 136
9. Sınır Dışı Edileceklerin Tutulması 137
a. Ülkeye İzinsiz Giren veya Girmek İsteyen Kişinin Tutulması 139
b. Hakkında Sınır Dışı veya İade Kararı Alınan Kişinin Tutulması 139
C. ÖLÇÜLÜLÜK
IV. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILANLARIN HAKLARI ... 151
A. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİNİN BİLGİLENDİRİLME HAKKI 153
1. Bilgilendirilme Süresi 154
2. Bilgilendirilmenin İçeriği 157
3. Bilgilendirilmenin Şekli 160
4. Bilgilendirilmenin Dili 161
B. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİNİN YAKINLARINA HABER VERİLMESİNİ İSTEME HAKKI 163
C. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİNİN DERHAL HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARTILMA HAKKI 166
1. Hâkim Önüne Çıkartılma Hakkı 168

2. Derhal Çıkartılma Hakkı 171
D. TUTUKLUNUN MAKUL SÜREDE SALIVERİLME HAKKI 175
1. Sürenin Hesaplanması
a. Makul Süre ve "Hükmen Tutukluluk" 177
b. Makul Süre ve "Azami Sınırlar" 180
2. Makul Süre ve Gerekçe İlişkisi 184
a. İlgili ve Yeterli Gerekçe Gerekliliği 185
b. Katalog Suçlar Sorunu 193
c. Basmakalıp Gerekçe Sorunu 197
3. Makul Süre ve Devletin Özen Yükümlülüğü 199
E. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMAYA KARŞI BAŞVURU HAKKI 204
1. İncelemenin, Usûlî Güvencelere Uygun Hareket Eden Bir Yargı Mercii Tarafından Yapılması 209
a. Yargı Mercii-Mahkeme Kavramı 210
b. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkesi 220
c. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Duruşma Hakkı 231
d. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Hukukî Yardım Hakkı 236
e. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Başvuru İçin Yeterli Zaman ve Kolaylık Hakkı 240
f. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Gerekçeli Karar Alma Hakkı 241
2. Denetimin Tutmanın Kanuniliği Konusunda Yapılması 241
3. Tutmanın Kanuniliği Denetiminin Makul Aralıklarla Yapılması 243
4. Tutmanın Kanuniliği Denetiminin Süratle/Kısa Sürede Yapılması 246
F. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNE AYKIRILIK NEDENİYLE TAZMİNAT HAKKI 253

1. "Kişi Özgürlüğüne Aykırılık Nedeniyle Tazminat Hakkı" ile "Adlî Hata Halinde Tazminat Hakkı" Arasındaki Farklar..... 254
2. Kişi Özgürlüğüne Aykırılık Nedeniyle Tazminat Hakkının Esasları..... 256
3. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı..... 263

V. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNE YÖNELİK MÜDAHALELERİN DİĞER HAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ..... 273

A. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI İHLALİNİN MADDİ VE MANEVİ BÜTÜNLÜK HAKKI ÜZERİNDE ETKİ GÖSTERMESİ..... 275

B. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI İHLALİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI ÜZERİNDE ETKİ GÖSTERMESİ 276

C. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA MÜDAHALENİN SERBEST SEÇİM HAKKI ÜZERİNDE ETKİ GÖSTERMESİ..... 277

D. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA MÜDAHALE VE AMAÇTA SAPTIRMA YASAĞI 279

1. Sözleşme md. 18 Kapsamındaki Kararlar 279
2. İHAS md. 18 ve Ortak Koruma Alanı 284

VI. OLAĞANÜSTÜ HÂL ZAMANLARINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI 287

A. GENEL AÇIKLAMALAR 289

B. OHAL VE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI 298

VII. TALEPLER VE HÜKÜM..... 309

VIII. DİZİN 313

ÖNSÖZ

Bu el kitabı, Avrupa Konseyi'nin "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi" konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin yararlanıcı kurum olduğu, Yargıtay, Danıştay, Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Türkiye Barolar Birliği ve Adalet Akademisi'nin ise paydaş olduğu ortak proje kapsamında kaleme alınmıştır. Kitabın yazılma amacı öncelikle, Proje kapsamında yapılacak eğitimlerde Doç. Dr. Ece Göztepe koordinatörlüğünde hazırlanan "kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı"na ilişkin modüllerde, eğiticilerin ve katılımcıların konuyla ilgili bilgi sahibi olmasıydı. Bunun yanında, uygulamacıların, özellikle ceza muhakemesi süreçlerinde karşılaştıkları olaylarda İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) yaklaşımlarını bilmeleri ve bu bağlamdaki güncel içtihatları somut olaya uygulayabilmeleri için güncel bir akademik kaynak üretme gibi bir amaç da taşındı. Ele alınan konuda eğer Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar mevcutsa o kararların ön plana çıkartılması -projenin amacı ve kitabın okuyucu kitlesi dikkate alınarak- daha yerinde görüldü.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, oldukça kapsamlı bir haktır. Bu hak, kapsamlı olmasının yanında, doktrinde "Sözleşme sisteminde kaleme alınan haklar içinde en karmaşık ve anlaşılması güç şekilde formüle edilmiş hak" olarak da ifade edilmektedir. Bu denli kapsamlı ve karmaşık nitelikteki bir hakkı, bir "el kitabı"nda açıklamak çok kolay değildir. Proje kapsamında yazılacak el kitapları için sayfa sayısı konusunda bir üst sınır konduğu için bu zorluk, daha da derinleşmiştir. Kitapta, bu zorluğu aşmak adına, ceza muhakemesi süreçlerine odaklanmak, Türkiye ile ilgili kararları öne çıkartmak ve kararlara yönelik eleştiriler ile konuyla ilgili doktrin tartışmalarını olabildiğince asgari seviyede tutmak tercih edilmiştir. Konuyla ilgili okunan ve derlenen çok sayıda karar ve bu kararlara yönelik analizler, gelecekte basılabilecek daha kapsamlı bir kitaba bırakılmıştır. Ne var ki mevcut hâliyle dahi kitap, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin İnsan Hakları Mahkemesi'nin öne çıkan kararları ile Anayasa

Mahkemesi'nin ilke kararlarının tamamını içermektedir. Dolayısıyla uygulayıcının kısa vadeli taleplerini karşılayabilecek düzeydedir.

Şimdi, bu genel açıklamalardan sonra kitabın yazılış sürecinde katkı sunan kişilere teşekkürlerimi sunabilirim. Öncelikle insan hakları alanında kaleme aldığım her çalışmada olduğu gibi bu çalışmada da değerli hocam Prof. Dr. Osman Doğru ile yaptığımız uzun sohbetlerin izleri vardır. Kendisine her zamanki gibi teşekkür ediyorum ve yine her zamanki gibi az kalıyor.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, anayasa hukukunun ceza hukuku alanıyla da ilgili olan ve uygulamacıların dinamizmini bünyesinde barındıran haklardan biridir. Bu nedenle de kitabı yazarken ceza hukuku alanında çalışan veya bizzat anılan mahkemelerde raportör olarak görev alan arkadaşlarımla da iletişim halinde oldum. Bu bakımdan öncelikle, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi raportörü olan değerli dostum Gökçe Türkyılmaz'a ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili başvuruların raportörü Aydın Şimşek'e kıymetli katkıları için teşekkür ediyorum. Ceza hukuku alanında ise Ankara Üniversitesi'nden Dr. Fahri Gökçen Taner'e, Bilgi Üniversitesi'nden Aras Türay'a, kurdukları diyalogdan dolayı teşekkür ediyorum. Kitabın redaksiyonu ve imlâsı konularında ise Seda Özkan'a özellikle minnettarım.

Üçüncü olarak, bu projede çok yakın dostluklar kazandığımı söylemeliyim. Kitabın yazım sürecinde sıcaklıklarını hep hissettiğim ve kalıcı dostlarıma dönüşen değerli proje yöneticimiz Yücel Erduran'a, kıdemli proje sorumlumuz Ezgi Koçak'a ve dil asistanımız Deniz Bıyıklı'ya samimiyetleri, sabırları ve insani iletişim biçimlerinden dolayı teşekkürlerimi iletmek isterim.

Son olarak, kitapta yazılanların Konsey'i ve AYM'yi bağlamadığını, sorumluluğunun sadece benim üzerimde olduğunu ise etik bir yükümlülük olarak vurgulamalıyım.

Kitabın, Türkiye uygulamasına ve öğretisine katkı sunmasını dilerim.

Tolga Şirin, Moda, Kasım 2017

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM MSHS	: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
BM MYK	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
BM	: Birleşmiş Milletler
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇYDD	: Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği
FETÖ/PDY	: Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması
GGM	: Geri Gönderme Merkezi
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
IRA	: Irish Republican Army
PKK	: Partiya Karkerên Kurdistanê
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
no.	: numara
OHAL	: (Olağanüstü Hâl)
örn.	: örneğin
P1	: 1 numaralı Protokol
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
vb.	: ve benzeri
vs.	: vesaire
Yay.	: Yayınları

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Genel Açıklamalar

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır.[1] Bugün demokratik toplum düzenindeki en önemli hak olarak ifade edilen[2] kişi özgürlüğü ve güvenliği, bilinen en eski insan hakları metinlerinde dahi kendisine yer bulabilmiş köklü bir haktır.[3]

Bu hak Türkiye'de yürürlükteki 1982 Anayasası'nda mevcuttur. Anayasa'nın 19'uncu maddesi şu şekildedir:

> "(1) Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen:
>
> (2) Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.
>
> (3) Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı

---

1 *Can Dündar ve Erdem Gül başvurusu*, AYM, 2015/18567, 25/02/2016, § 62.

2 *Medvedyev ve diğerleri/Fransa*, İHAM, 3394/03, 29/93/2010, § 76.

3 Örneğin ilk anayasal belgelerden sayılan Magna Charta Libertatum (1215), Petition of Rights (1627) ve Habeas Corpus Act (1679) gibi belgelerde düzenlenmiş olan bu hak, modern zamanda da 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Haklar Bildirgesi'nde veya 1791 Anayasası'nda ve bunu takip eden anayasaların büyük bir çoğunluğunda karşılık bulmuştur. Oliver Dörr, "Freiheit der Person", *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*. Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), (Tübingen: Mohr Siebeck, 2013), s. 636.

olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

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

(5) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(6) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

(7) Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

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

(9) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

Uluslararası insan hakları hukuku belgeleri yönünden ise İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (md. 3 ve 9) ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (BM MSHS) (md. 9) hakkı düzenlemiştir. Bu hak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 5'inci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Aşağıdaki haller dışında ve kanunun öngördüğü bir usule uyulmadıkça, hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(a) Birkişinin, yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra kanuna uygun olarak tutulması;

(b) Birkişinin, mahkemenin kanuna uygun bir kararına uymaması nedeniyle veya kanunun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için kanuna uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması;

(c) Birkişinin, suç işlediğinden makul şüphe duyulması üzerine veya suç işlemesini engellemek ya da işledikten sonra kaçmasını önlemek için kendisini tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde, kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla kanuna uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması;

(d) Bir küçüğün eğitiminin izlenmesi amacıyla kanuna uygun bir kararla tutulması veya kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla kanuna uygun olarak tutulması;

(e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için bunu taşıyanların, akıl hastası, alkolik, uyuşturucu bağımlısı olanların veya serserilerinkanuna uygunolarak tutulması;

(f) Ülkeye izinsiz girmek isteyen bir kişinin girişinin önlenmesi veya hakkında sınırdışı etme veya iade kararı alınan kişinin sınırdışı edilmesi veya iadesi için kanuna uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması.

(2) Gözaltına alınan her kişi, gözaltına alınma nedenleri ile kendisine isnat edilen suç hakkında anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilir.

(3) Bu maddenin birinci fıkrasının c) bendine göre gözaltına alınan veya tutulan bir kişi, derhal bir hâkim veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılır; bu kişi makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkına sahiptir. Salıverme, bu kişinin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabilir.

(4) Gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişi, tutulmasının kanuniliği hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması kanuni değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

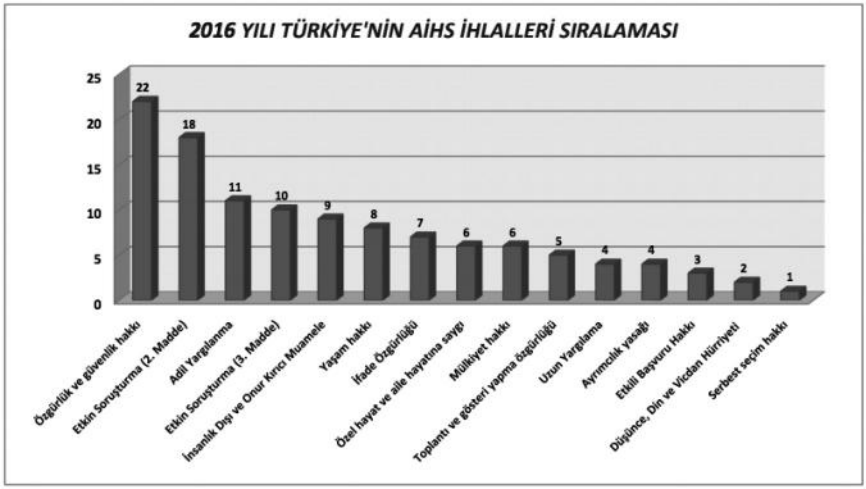
(5) Bu madde hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan herkes, icrası mümkün bir tazminat alma hakkına sahiptir."

Anayasa'nın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre:

"Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

Sözleşme'nin 5'inci maddesi ve Anayasa'nın 19'uncu maddesine bakıldığında, bu iki madde arasında, formülasyon farklılıkları bulunmakla birlikte, kural olarak bir uyumun olduğu görülmektedir. Bu bakımdan söz konusu hakkın bireysel başvurunun konusunu oluşturan "ortak koruma alanı" içinde olduğunu söyleyebiliriz.

Söz konusu hak, Türkiye'de yeterli ölçüde korunmamaktadır. Örneğin İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2016 yılında Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararlarına bakıldığında ilk sırada kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının yer aldığı görülmektedir:



Kaynak: Adalet Bakanlığı – İnsan Hakları Daire Başkanlığı (2017)

Hükümlü ve tutuklu sayısı, 1998-2015

Yıllar	Toplam	Erkek	Kadın
1998	**66 096**	63 576	2 520
1999	**67 676**	65 278	2 398
2000	**50 628**	48 758	1 870
2001	**55 804**	53 732	2 072
2002	**59 512**	57 398	2 114
2003	**63 796**	61 594	2 202
2004	**58 016**	56 062	1 954
2005	**55 966**	54 128	1 838
2006	**70 524**	68 075	2 449
2007	**90 732**	87 553	3 179
2008	**103 435**	99 842	3 593
2009	**115 920**	111 853	4 067
2010	**120 194**	116 002	4 192
2011	**128 253**	123 648	4 605
2012	**136 638**	131 732	4 906
2013	**144 098**	138 906	5 192
2014	**158 690**	152 902	5 788
2015	**177 262**	170 754	6 508

Kaynak: Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri, 2009-2015

II. HAKKIN KAPSAMI

A. HAKKIN ÖZNESİ: HERKES

Kişi özgürlüğünden **"herkes"** yararlanır. Her birey, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir ve ilgili fıkralarda öngörülenler dışında, özgürlüklerinden yoksun bırakılamaz. Kişiler, bu haklarına yönelik bir müdahale söz konusu olduğunda, aynı maddelerde öngörülen hakların kendilerine uygulanabilir olanlarından yararlanırlar.[4] İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa metni uyarınca, bu hakkın güvencelerinden özellikle keyfî şekilde tutulan bireyler veya bir suç şüphesiyle yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklananlar; hükümlüler, kanunun veya bir mahkeme kararının yüklediği yükümlülüğün gereğini yerine getirmeleri için tutulanlar; eğitimleri veya mahkeme önüne çıkarılmaları için tutulan küçükler; toplumun veya kendilerinin korunması için tutulan akıl hastaları, bulaşıcı hastalık taşıyanlar, alkolikler, uyuşturucu bağımlıları; sınır dışı edilmek veya geri verilmek üzere tutulanlar yararlanır. Bu hak, sivil kişiler kadar asker kişilere de veya vatandaşlarkadaryabancılara da uygulanır. Dolayısıyla her gerçek kişi, koşulları bulunduğu ölçüde bu hakkın öznesidir.[5]

Hakka sahip olmak, ilgili kişinin, iç hukuk bakımından taraf ehliyetine sahip olmasından bağımsız bir güvencedir. Bu bakımdan "herkes" kavramının içine **çocukların**, **akıl hastalarının** veya ayırt etme gücüne ilişkin eksiklikler yaşayan diğer kişilerin de girdiğinin altı çizilmelidir.[6] Özellikle küçükler yönünden çocuğun hakları ile ebeveynlerinin tedip hakları arasında bir çatışma çıkması söz konusu olabilir. Böyle hallerde, çocuğun haklarının kategorik olarak yok sayılmaması, çatışmanın "çocuğun yüksek menfaati" dikkate alınarak çözümlenmesi gerekir. Aynı şey psikiyatrik vakalar için de geçerlidir. Başka bir ifadeyle bir kişinin, ayırt etme gücüne sahip olmaması, otomatikman özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği anlamına gelmediği gibi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne ilgili kişi adına bir dava getirilemeyeceği anlamına da gelmez.

---

4 *Weeks/Birleşik Krallık*, İHAM, 9787/82, 02/03/1987, § 40.

5 Osman Doğru/Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, (İstanbul: Legal Yay., 2013), s. 366.

6 Çocuk bir başvurucu için bkz. *Engin Ekinci başvurusu*, AYM, 2014/3060, 10/03/2015.

Herkes kavramı, sözcük yapısı gereği **tüzel kişileri** ve **kişi topluluklarını** da kapsıyor görünmekle birlikte, kişi özgürlüğü kavramının niteliği uyarınca bunlar hak öznesi olamazlar. Çünkü bir derneğin veya bir şirketin hareket serbestliğinden bahsedilemez.[7] Aynı şekilde, bu hakkın niteliği gereği, doğum öncesi ve yaşam sonrası (post-mortem koruma) hak ehliyeti tartışması da yapılamamaktadır. Bununla birlikte kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri süren ve tazminat talebinde bulunan bir kişinin bireysel başvuru yaptıktan sonra vefat etmesi durumunda başvurucunun yakınlarının davanın görülmeye devam edilmesini istemesi mümkündür.[8] Diğer taraftan özellikle zorla kaybetme davalarıyla ilgili olaylarda devlet görevlilerinin kişiyi kanuna aykırı şekilde tuttuğu ve yaşam hakkının maddi olarak ihlal edildiğinin tespit edildiği olaylarda, ölen kişinin yakınlarının yaptığı başvurularda müteveffanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline de karar verilebilmektedir.[9]

Bu başlık altında ifade edilen kişilerin, bireysel başvuru yapabilmeleri için mağduriyet statülerini koruyor olmaları gerekir. Devlet, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının açıkça veya özü itibarıyla ihlal edildiğini tespit etmedikçe ve bu konuda uygun ve yeterli giderim sağlamadıkça mağdurluk statüsü varlığını korur.[10]

B. HAKKIN YÜKÜMLÜSÜ: DEVLET

Kişi özgürlüğü ve güvenliği bir temel hak olduğu için, bu temel hakkın muhatabı, kural olarak ve doğal olarak, öncelikle özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin uygulandığı yerdeki devlettir. Türkiye sınırları içinde bu muhatap **Türkiye Cumhuriyeti**'dir.

Anayasa'nın 11'inci maddesine göre, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Dolayısıyla öncelikle Türkiye

7 Dörr, s. 684.

8 *Dzhabarov ve diğerleri/Bulgaristan*, İHAM, 6095/11, 74091/11 ve 75583/11, 31/03/2016, § 51.

9 Örn. bkz. *Khachukayevy/Rusya*, İHAM, 34576/08, 09/02/2016, §§ 75 ve 78.

10 *Vanchev/Bulgaristan*, İHAM, 60873/09, 19/10/2017, §§ 27-29.

Cumhuriyeti'nin yasama, yürütme ve yargı erklerini oluşturan temel organları, bu hakka saygı göstermek zorundadırlar. Yani yasama erki, yasa çıkartırken; yürütme erki, yasayı uygularken; yargı erki de karar verirken kişilerin özgürlüklerine keyfî müdahalede bulunmamalıdır. Bu, devletin **negatif** yükümlülüğüdür. Devlet, aktarılan maddedeki şartlara aykırı olarak, kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakamaz ve özgürlüğünden yoksun bırakılanların haklarını ihlal edemez.

Devletin dışında, diğer kişiler de bu hakka uymalıdır. Bu konuda da devletin gerçek kişileri, üçüncü kişilerin bu tür ihlallerinden korumak ve eğer ihlal gerçekleşmiş ise bunu etkili şekilde soruşturup, caydırıcı ceza vermek şeklinde de bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu, devletin **pozitif** yükümlülüğüdür.

1. Devletin Türkiye Dışındaki Faaliyetlerinden Dolayı Yükümlülükleri

Türkiye sınırları içindeki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlallerinden dolayı Türkiye Devleti'nin sorumlu olacağı açıktır. Peki acaba devletin, **sınırötesi faaliyetleri** sırasında da böyle bir sorumluluğu var mıdır? Bu konuda henüz Anayasa Mahkemesi'nin sonuçlandırdığı bir başvuru yoktur fakat İnsan Hakları Mahkemesi, farklı kararlarında, bu noktayı aydınlatmaya çalışmıştır. Bu bağlamda dikkat çekici karar olan *Öcalan/Türkiye* kararında Türkiye Cumhuriyeti yetkilileri, Kenya Devleti yetkilileriyle iş birliği yapmış ve İnterpol tarafından aranan başvurucuyu Kenyalı yetkililerden teslim almış ve uçakla Türkiye'ye getirmişlerdir. Bu olayda, özgürlükten yoksun bırakma tedbiri, Türkiye'nin sınırları dışında gerçekleşmiş olmasına rağmen, muhatabın Türkiye Devleti olabileceği kabul edilmiştir.[11]

Bu meseleyle ilgili bir başka dikkat çekici karar olan *Medvedyev ve diğerleri/Fransa* olayında da konu, Kamboçya bandıralı bir kargo gemisinin mürettebatında yer alan başvurucuların, açık denizde seyir halindeyken, Fransa makamları tarafından uyuşturucu kaçakçılığı yaptıkları iddiası

11 Olayda bu bağlamda md. 5/1 hükmü yönünden ihlal kararı verilmemiştir. Bkz. *Öcalan/Türkiye*, İHAM, 46221/99, 12/05/2005, §§ 91-99.

ile yakalanmalarıdır. Bu olayda yakalama tedbiri, Fransa topraklarında gerçekleşmese de Fransa Devleti'nin, olay sırasında Kamboçya'ya kayıtlı geminin ve gemi mürettebatının üzerinde en azından *de facto* olarak, sürekli, kesintisiz ve sıkı denetimi bulunduğu için, müdahaleye karşı başvurunun muhatabı olacağı kabul edilmiştir.[12]

Devletlerin sınır ötesi faaliyetleri, çoğu kez askeri niteliktedir. Anayasa'nın 92'nci maddesi, kural olarak TBMM'ye, istisnaî olarak Cumhurbaşkanı'na, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK) belli koşullar dâhilinde yabancı ülkelere gönderilmesine izin verme yetkisi tanımıştır. Bu yetkinin kullanılması durumunda TSK'nın Türkiye'nin sınırları dışında kişilerin haklarına müdahale etmesi gündeme gelebilir. Acaba böyle olaylarda da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının muhatabı Türkiye Devleti midir? İnsan Hakları Mahkemesi, bu soruya da ilkesel olarak yanıt vermiştir. Mahkeme'ye göre bir devletin sınırları dışında olsa da "otoritesi altında" ve/veya "etkili genel denetimi altında" olan bir yerdeki tedbirlerden de sorumluluğu söz konusu olabilir.[13] Bu bakımdan, örneğin Mart 2003'te Amerika Birleşik Devletleri'nin başını çektiği ve Birleşik Krallık askerlerin de bulunduğu koalisyon gücü tarafından gerçekleştirilen **askeri operasyon** ve devam eden **işgal** sırasında, münhasıran Britanya güçleri tarafından kontrol edilen bir cezaevinde tutulan Iraklı başvurucunun, bütün tutukluluk süresi boyunca Birleşik Krallık'ın denetim ve otoritesi altında kaldığı kabul edilmiş ve Irak toprakları üzerindeki bu tedbiri uygulayan Birleşik Krallık'a karşı yaptığı başvuru kabul edilebilir görülmüştür.[14] Mahkeme, Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın 103'üncü maddesi uyarınca Şart'ın Sözleşme yükümlülüklerinin önüne geçme olasılığını dışlamamakla birlikte, BM kararlarının, insan haklarına yönelik derogasyon hükümleri anlamında yorumlanması gerektiğine dikkat çekmiştir. Somut olayda, başvurucunun tutukluluğuna cezaevini yöneten Britanya subayı karar vermiştir. Tutukluluğa devam kararının verilmesinde Iraklı memurlar ile

12 *Medvedyev ve diğerleri/Fransa*, §§ 64-67.

13 Bu alanda bkz. Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, (Oxford: OUP, 2011).

14 *Al-Jedda/Birleşik Krallık*, İHAM, 27021/08, 07/07/2011, § 62.

çokuluslu gücün diğer devlet temsilcileri de rol almışlarsa da bu durum, sorumluluğun Birleşik Krallık'a yüklenmesini engellememiştir.[15]

Burada şu noktanın vurgulanmasında yarar vardır: Devletin, aktarılan türden bir sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, söz konusu tedbirin, bu devletin personeli tarafından gerçekleştiğine dair iddianın, konuyla ilgili belgeler ve diğer kanıtlar ışığında **"makul kuşkudan arındırılmış"** şekilde ortaya konması gerekir. Bu düzeye ulaşmamış soyut iddiaların bulunduğu durumlarda başvurular, açıkça dayanaktan yoksunluk ile sonuçlanacaktır. Örneğin, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin 19 Mart-16 Nisan 1995 tarihleri arasında, Kuzey Irak'ta 6 hafta süren Çelik Harekâtı sırasında gerçekleşen bazı olaylar ile ilgili sorumluluğunun tartışıldığı *Issa ve diğerleri/Türkiye* davasında, askerî operasyonun varlığı konusunda bir ihtilaf bulunmamasına rağmen, başvurucular tarafından Kuzey Irak'ta çobanlık yapan yakınlarına yönelik müdahalelerin Türk Silahlı Kuvvetleri'nce gerçekleştiğine dair "makul kuşkudan arınmış" somut bir **kanıt** sunulamamıştır. Herhangi bir komutan veya birlikten bahsetmeyen, bağımsız tanıklık sunamayan ve tedbir uygulayan askerlerin üniformalarını tanımlayamayan başvurucuların iddiaları açıkça dayanaktan yoksun görülmüştür.[16] Ancak aksi durumda, yani bu yöndeki iddiaların somutlaştırıldığı hallerde, müdahalenin Türkiye Devleti yönünden esastan inceleneceği söylenebilir.

Son olarak, devletlerin egemenlik yetkileri içinde *de facto* ülke kurduğunu iddia eden yapıların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale etmesi durumunda dahi egemen devletin yükümlülüklerinin devam ettiği bilinmelidir.[17]

---

15 Daha kapsamlı olarak bkz. *Hassan/Birleşik Krallık*, İHAM, 29750/09, 16/09/2014.

16 *Issa ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 31821/96, 16/11/2004, §§ 72-81.

17 Bu bağlamda Sırbistan yönünden (Türkiye'nin tanımadığı) "Krayine Cumhuriyeti" tedbirlerine ilişkin bkz. *Mitrović/Sırbistan*, İHAM, 52142/12, 21/03/2017; Moldova yönünden (Türkiye'nin tanımadığı) "Transdinyester Cumhuriyeti" tedbirlerine ilişkin bkz. *Mozer/Moldova ve Rusya*, İHAM [BD], 11138/10, 23/02/2016; *Draci/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, 5349/02, 17/10/2017; *Apcov/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya*, İHAM, 13463/07, 30/05/2017.

2. Devletin İade Sürecindeki Yükümlülükleri

Devletin, kişi özgürlüğü ve güvenliği konusundaki bazı pozitif yükümlülükleri, hakkın muhatabı yönünden tartışma yaratabilir. Bu tartışmanın göründüğü alanlardan ilki, suçluların veya şüphelilerin **iadesi** ile ilişkilidir. 6706 Sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İşbirliği Kanunu uyarınca; Türkiye'de süregelen bir soruşturma veya kovuşturmanın sonuçlandırılabilmesi ya da verilen mahkûmiyet kararlarının infazı amacıyla yabancı bir ülkede bulunan bir kişi hakkında yakalama emri veya tutuklama kararı verilmiş ise bu kişinin Türkiye'ye iadesi, adlî merciler tarafından istenebilmektedir. **Türkiye'nin iade talepleri** ile ilgili böyle bir durumda, yabancı bir devlet, Türkiye tarafından iadesi istenen kişiyi yakalar ve gözaltına alır ise acaba bundan dolayı Türkiye Cumhuriyeti'nin sorumluluğundan bahsedebilir miyiz? İnsan Hakları Mahkemesi, bu soruya *Stephens/Malta (1)* kararında ilkesel bir yanıt vermiştir. Bu davada Malta makamları, İspanya'da yaşayan başvurucu hakkında uyuşturucu ticareti yaptığı kuşkusu bulunduğu gerekçesiyle iade talebinde bulunmuşlar ve İspanyol makamları, bu karar uyarınca başvurucuyu gözaltına almışlardır. Konu, Strazburg organlarının önüne geldiğinde Mahkeme, başvurucuya yönelik özgürlükten yoksun bırakma tedbiri İspanya'da gerçekleşmişse de bu tedbire neden olan kararın Malta'da alındığını, İspanya makamlarının tedbirinin, Malta ile yapılan suçluların iadesi anlaşmasını takip etmekten ibaret olduğunu söylemiş ve tutmanın kanuniliği ile ilgili sorumluluğun Malta'da olduğu sonucuna ulaşmıştır.[18] Bu yaklaşım, Mahkeme'nin sonraki kararlarında da sürdürülmüştür.[19] Dolayısıyla bir kişi, başka bir ülkede de olsa, Türkiye'nin talebi üzerine özgürlüğünden yoksun bırakılır ise bundan, suç şüphesi bağlamındaki hukuksallık yönünden Türkiye Devleti'nin de sorumluluğu doğabilir. Ne var ki bunun dışındaki usûlî sorunlardan dolayı Türkiye Devleti'nin sorumluluğundan bahsedilemez.

Anayasa Mahkemesi bu konuyu tartıştığı *Ali Zeki Irmak* başvurusunda, konuyla ilgili ilkesel belirlemeler yapmaktan kaçınmıştır. Söz konusu olayda Türkiye'deki bir mahkeme, uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili bir suç

18 *Stephens/Malta (1)*, İHAM, 11956/07, 21/04/2009, § 52.

19 Örn. bkz. *Toniolo/San Marino ve İtalya*, İHAM, 44853/10, 26/06/2012, § 56.

bağlamında başvurucunun savunmasının alınmamış olması nedeniyle hakkında yakalama emri çıkartmıştır. Ayrıca, emniyet birimlerinin başvurucunun Hollanda'da olduğunu bildirmesi üzerine «gıyabi tutuklama» kararı verilmiştir. Başvurucu, Fas Krallığı'ndaki özgürlükten yoksun kalma tedbirlerinden yakınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise "Fas Krallığı tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemler yönünden temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin iddialar, Türkiye Cumhuriyeti devletine atfedilemez" diyerek "yer bakımından yetkisizlik" kararı vermiştir.[20]

İade ile ilgili bir diğer konu ise **Türkiye'den yabancı devlete iade** meselesidir. 6706 Sayılı Kanun (md. 10/1) uyarınca, yabancı ülkede işlenen bir suç nedeniyle hakkında adlî merciler tarafından ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan ya da mahkûmiyet kararı verilen bir yabancı, talep üzerine, soruşturma veya kovuşturmanın sonuçlandırılabilmesi ya da hükmedilen cezanın infazı amacıyla talep eden devlete iade edilebilir. Ancak, kişinin iade edildiği ülkede maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir ihlalin oluşması olasılığı aşikâr ise, bundan iade eden devletin de sorumluluğu gündeme gelebilir.

Bu mantık, kişi özgürlüğü ve güvenliği ile adil yargılanma hakları yönünden de gündeme gelebilir.[21] Eğer başvurucuların sınır dışı veya başka bir devlete iade edilmesi durumunda, başvurucunun söz konusu ülkede açıkça adil olmayan bir yargılama neticesinde özgürlüklerinden keyfî şekilde mahrum kalacağına ilişkin çok aleni bir tehdit söz konusu ise ve bu konudaki risk somut olarak ortaya konulabiliyor ise; devletin, bu kişiyi keyfî olarak **tutulacağı ülkeye göndermemek** şeklinde **pozitif yükümlülüğü** vardır.[22] Bu kural, açıkça adil olmayan yargılamalarla kişilere ağır hapis cezası verilen ülkeler için özellikle geçerlidir.[23]

---

20 *Ali Zeki Irmak başvurusu*, AYM, 2014/15990, 16/02/2017, §§ 67-69. Değerlendirmesine esas aldığı ölçüt yönünden özellikle bkz. § 68.

21 *Basnet/Birleşik Krallık*, İHAM, 43136/02, 24/06/2008, §§ 71-72.

22 *Othman (Ab Qatada)/Birleşik Krallık*, İHAM, 8139/09, 17/01/2012, §§ 231-233.

23 Bir kişinin sadece siyasi görüşlerinden dolayı yargılanacak ve ölçüsüz bir ceza alacak olması da işkence yasağı kapsamında görülebilir. Bkz. *Altun/Almanya*, İnsan Hakları Komisyonu (İHAK), 10308/83, 03/05/1983.

6706 Sayılı Kanun'un 11'inci maddesinde bir kişi için "iadenin kabul edilemeyeceği hâller" sayılmıştır. Ne var ki az önce aktarılan durum, yani kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline yönelik açık bir riskin bulunması koşulu maddede yer almamaktadır. Buna rağmen, söz konusu yükümlülük, Anayasa'nın 19'uncu ve 90'ncı maddelerinden çıkmaktadır. Dolayısıyla mahkemelerin, 6706 Sayılı Kanun'un 11'inci maddesini bu kararlar ışığında yorumlaması gerekmektedir.

Son olarak; bir ülkede hapis cezasına mahkûm edilen kişinin, iade antlaşmaları gereği başka bir ülkeye gönderilmesi durumunda, gönderileceği ülkede **daha kalabalık bir cezaevinde** ve **daha geç şartlı tahliye** koşullarına tabi olacak olması, kişi özgürlüğü hakkının ihlalini oluşturmayacaktır.[24] Bunun istisnası, süreli hapis cezası almış birinin, gönderileceği ülkede müebbet hapis cezası alacak olması gibi ağır orantısızlık durumları olabilir.

3. Devletin Üçüncü Kişilerin Eylemlerinden Dolayı Yükümlülükleri

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik müdahale, devletin kişileri Anayasa'ya aykırı şekilde özgürlüklerinden yoksun bırakmasıyla sınırlı değildir. Devletin eylemleri kadar ihmalleri de ihlal yaratabilir. Başka bir deyişle bir ihlalin oluşması için, yoksun bırakma tedbirinin bizzat devlet tarafından gerçekleşmesi zorunlu değildir; devletin uygun bir yasal mevzuat oluşturma, koruma ve soruşturma şeklinde **pozitif yükümlüklerini** yerine getirmemesi de ihlal yaratabilir. Bu yükümlülükler, kamusal ödevlerin özel sektör eliyle görüldüğü durumlarda dahi geçerlidir.

İnsan Hakları Mahkemesi, bir başvurucunun özel bir klinikte tutulması nedeniyle özgürlükten yoksun bırakıldığını ileri sürdüğü bir davada devletin, psikolojik rahatsızlıklarla bağlantılı olarak, yurttaşların vücut bütünlüğünü korumaya ilişkin yükümlülüklerinin bir kısmını özel hastanelere devretmiş olmasının denetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir.[25] Bu belirleme, Anayasa'nın 56'ncı maddesindeki "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde

24 *Veermäe/Finlandiya*, İHAM, 38704/03, 15/03/2005.

25 *Storck/Almanya*, İHAM, 61603/00, 16/06/2005, § 103.

sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir" hükmüyle de uyumludur. Devletin, kamusal hizmetleri özel sektör eliyle yürüttüğü hallerde dahi "denetleme" yükümlülüğü devam etmektedir.

İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına baktığımızda, anılan bağlamda, devletin üçüncü kişilerin eylemlerinden dolayı en az üç yönden sorumluluğunun olabileceğini söyleyebiliriz:

Birincisi; başvurucunun özel kişiler tarafından tutulmasına kamu makamlarının doğrudan katılmış olmaları halinde ihlal oluşabilir. Örneğin *Riera Blume/İspanya* kararında başvurucuların aileleri, bir tarikata üye olduklarını düşündükleri başvurucuları bir otelde alıkoymuş; bir psikolog ve psikiyatr tarafından bir alışkanlığı bıraktırmaya çalışmışlardır. Bu eylem, başvurucuların konuyla ilgili bir yargılamada çıkartıldıkları mahkemenin önerisi üzerine gerçekleşmiştir. Mahkeme, yerel mahkemenin ve ailelerin böyle bir yasal yetkiye sahip olmadığını söylerken yetkili makamların iş birliği olmadan böyle bir eylemin gerçekleşemeyeceğinden hareketle ihlal kararı vermiştir. Mahkemeye göre taraf devletler, kişilerin üçüncü kişiler tarafından 5'inci maddeye aykırı şekilde özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarına izin vermemeli, böyle bir sonuç doğuracak eylemlere teşvik etmemelidir.[26]

Bu bağlamda dikkate değer bir diğer örnek de *Rantsev* kararıdır. Bu kararda Mahkeme, fuhuşa zorlanan başvurucunun gözaltına alındığı karakoldan çıkarken onu bir apartman dairesine kapatacak olan "işveren"ine teslim edilmesinde polisin oynadığı rolü incelemiştir. Mahkeme olayın somut koşullarında polisin, kabarelerde çalışan sanatçıların yaşam ve çalışma koşullarını dikkate almadığını ve iyi niyetle hareket ettiğinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre söz konusu olayda, polislerin aktif iş birliği olmasaydı, genç kızın işverenleri

26 *Riera Blume ve diğerleri/İspanya*, İHAM, 37680/97, 14/10/1999, §§ 32-35.

tarafından apartman dairesinde tutulması mümkün olmazdı.[27] ***İkincisi***; devletin başvurucunun özgürlüğünü üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumamış olması halinde ihlal oluşabilir.[28] Bu tür bir korumanın sağlanması için en dikkat çekici hüküm, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma" başlıklı 109'uncu maddesidir. "Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir" şeklindeki bu madde uyarınca, üçüncü bir kişinin anılan türden bir eyleminden haberdar olunması üzerine savcılık makamı, derhal harekete geçmeli, maddi gerçeği soruşturmalı ve eğer sorumlular bulunmuş ise bu kişilere mahkemelerce caydırıcı cezalar verilmelidir. Bu yükümlülük, TCK'nın farklı maddeleri yönünden de gündeme gelebilir. Anayasa Mahkemesi, *Mehmet Şah Araş ve diğerleri* kararında bu yaklaşımı başarıyla uygulamıştır. Söz konusu olayda başvurucular, kolluk güçlerinin kanuna aykırı eylemlerinden ötürü özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi ise kolluk görevlileri hakkında 8 yıldır soruşturmanın tamamlanmamış olmasını, devletin etkili soruşturma yapmaması olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir.[29] Bu karar, kolluk görevlilerinin başvurucuyu otel odasından alıp bir minibüse bindirerek kötü muamele yasağını ihlal ettikleri *Orlov ve diğerleri/Rusya* kararında kayıtsız durumu tespit eden ve bu tedbire karşı etkili bir yolun olmaması nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşan İnsan Hakları Mahkemesi yaklaşımı ile koşuttur.[30]

Bu olayda etkili soruşturmaya tabi olmayan kişiler, kolluk görevlileridir fakat aynı içtihat, sivil kişiler için de uygulanabilir.

Üçüncüsü; başvurucu tarafından açılan tazminat davasında, mahkemelerin hükümlerinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ruhuna uygun yorumlamamış olması halinde ihlal oluşabilir. Bu bakımdan özgürlükten yoksun bırakma tedbirleriyle ilgili tazminat hükümlerinin

27 *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, İHAM, 25965/04, 07/01/2010, §§ 319-321. Türkiye aleyhine yapılan bir başvuru ise olağan hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle incelenememiştir.

28 *Storck/Almanya*, § 89.

29 *Mehmet Şah Araş başvurusu*, AYM, 2014/798, 28/09/2016.

30 *Orlov ve diğerleri/Rusya*, İHAM, 5632/10, 14/03/2017, § 111.

dikkatle yorumlanması gerekir. Bu belirleme, devletin özgürlükten yoksun bıraktığı hallerle ilgili tazminat kurallarının düzenleyen CMK md. 141-142 hükümleri için geçerli olduğu gibi; Medeni Kanun (MK) hükümleri yönünden de geçerlidir. Özel hukuk yönünden de üçüncü bir kişinin özgürlükten yoksun bırakma eylemi, "kişilik hakkına" saldırı olarak kavranabilir ve bu bakımdan MK md. 25 uyarınca özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi lehine tazminata hükmedilmesi mümkün olabilir.

Bu üç bağlama ek olarak; kişilerin "**zorla kaybedilme**" (*forced disappearance*) olasılığı bulunan davalarda çok daha hassas davranılması gerektiğinin altı çizilmelidir. İnsan Hakları Mahkemesi, çok sayıda kararında, kaybolma riskine karşı koruyucu sağlayacak etkili tedbirlerin önem taşıdığının altını çizmiştir. *Kurt/Türkiye* kararında, Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 3'üncü ve 4'üncü fıkralarında düzenlenen hızlı ve hukuksal denetimin, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele güvencelerinin ihlalinin veya kişileri bu yönde tehdit eden muamelelerin tespit edilmesini ve engellenmesini sağlayabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, kaybolma riskine karşı etkili tedbirleri almak ve bir kişinin gözaltına alındıktan sonra kaybolduğu iddiasına ilişkin acil ve etkili soruşturma yapmak ve bu bakımdan kolluk güçlerinin her türlü tutma durumunda, tutmanın nedeni, tarihi, saati ve yeri, özgürlüğünden mahrum bırakanın ve bırakılanın adı gibi verileri yazma yükümlülüğünün olduğunu ifade etmiştir.[31]

Aktarılan konunun hassasiyeti, TCK'ya da yansımıştır. Bu suçun işlenmesinde "cebir", "tehdit", "hile" kullanılması veya suçun "kamu görevi nedeniyle" ya da "kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle" işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmişken; TCK'nın 77'nci maddesi "kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma fiilinin, siyasal, felsefi, ırksal veya dinîsaiklerle toplumun bir kesimine karşı bir

31 *Kurt/Türkiye,* İHAM, 24276/94, 25/05/1998, §§ 123-125; *Çakıcı/Türkiye*, İHAM, 23657/94, 08/07/1999, *§ 104; Timurtaş/Türkiye*, İHAM, 23531/94, 13/06/2000, § 104; *Çiçek/Türkiye*, İHAM, 25704/94, 17/02/2001, § 164; *Akdeniz ve Diğerleri/Türkiye*, İHAM, 25165/94, 31/05/2001, § 106; *İpek/Türkiye*, İHAM, 25760/94, 17/02/2004, § 187. Bu tür kararlar Rusya'ya karşı da görünür durumdadır. Örn. bkz. *Gaysanova/Rusya*, İHAM, 62235/09, 12/05/2016; *Aliyev ve Gadzhiyeva/Rusya*, İHAM, 11059/12, 12/07/2016; *Ortsuyeva ve diğerleri/Rusya*, op. cit.; *Kushtova ve diğerleri/Rusya (2)*, İHAM, 60806/08, 21/02/2017.

plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesinin"insanlığa karşı suç" oluşturacağını düzenlenmiştir. Bu ve benzeri hükümlerin, zorla kaybetme konusundaki uluslararası hukuk dikkate alınarak uygulama bulması gerekir.

C. HAKKA MÜDAHALE: ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMA

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik müdahale, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması anında gerçekleşir. Kişi özgürlüğü kavramı, klasik anlamıyla bireylerin fiziksel özgürlüğünü anlatır. Bir görüşe göre bu hakkın koruduğu özgürlük, en genel anlamıyla, bir kişinin bir yerden başka bir yere hareket edebilme özgürlüğüdür.[32] Tanım bu olduğunda, kişinin bu hareket özgürlüğünün elinden alındığı her durum "özgürlükten yoksun bırakma" olarak ifade edilecektir. Bir başka tanıma göre ise özgürlük hakkı; kişilerin, dört tarafı çevrili, sınırları belli, dar bir mekânda, belli bir zaman boyunca, rızası olmaksızın tutulmaya zorlanmamasını güvence altına alan haktır.[33]

Doktrinde anılan türden tanımlamalar getirilse de gerçekte "kişi özgülüğü" **özerk** bir kavramdır.[34] Yani doktrinin veya derece mahkemelerinin belli bir müdahaleyi özgürlükten yoksun bırakma olarak görmesi veya görmemesi, Mahkeme'yi bağlamaz.[35] Hem Anayasa Mahkemesi hem de İnsan Hakları Mahkemesi kendi değerlendirmelerini, her bir olay yönünden bizzat yaparlar. Bu belirlemede Mahkeme'ninortaya koyduğu altı kriter vardır:[36]

> (i) Hareket noktası olarak o kimsenin içinde bulunduğu somut durum, tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı

32 Dörr, s. 653 ve oradaki atıflar.

33 Björn Elberling, "Recht auf Freiheit und Sicherheit", *EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), (München: C.H. Beck, 2012), s. 97.

34 Bu sonuca ulaştıran kararlardan bkz. *H. L./Birleşik Krallık*, 45508/99, 05/10/2004, § 90; *Creangă / Romanya*, İHAM, 29226/03, 23/02/2012, § 92.

35 *Creangă/Romanya*, § 92.

36 *Kasparov/Rusya*, İHAM, 53659/07, 11/11/2016, § 36.

gibi bütün faktörler dikkate alınır.[37] Özgürlükten yoksun bırakma ve kısıtlama arasındaki fark, bir derece veya yoğunluk farkıdır ve bir tabiat veya esas farkı değildir.[38]

(ii) Söz konusu tedbirin "tipi"ni ve "uygulanmabiçimi"ni göz önünde bulundurma gerekliliği Mahkeme'nin, kişinin bir hücreye hapsedilmesinden başka kısıtlama durumları ve spesifik bağlamlarını dikkate almasını sağlar. Gerçekten de tedbirin uygulandığı bağlam önemli faktördür çünkü modern toplumda kamunun menfaati için kamuoyunun hareket veya özgürlük kısıtlamalarına katlanılması gerekebilir.[39]

(iii) Çoğunlukla görüntünün ve kullanılan dilin ötesine bakılması ve somut durumun gerçekliğine odaklanılması gerekmektedir. Bir devletin, somut durum hakkındaki nitelemesi veya buna dair niteleme yapmaması Mahkeme'nin bir özgürlükten yoksun bırakmanın varlığına ilişkin ulaştığı sonucunu kesinlikle etkilemez.[40]

(iv) Tutma, ilgili kişi buna mutabık olsa bile Sözleşme'nin 5'inci maddesini ihlal edebilir.[41] Aynı nedenle, eğer kişi en başta polis karakolu gibi bir tutma mekânına kendi isteğiyle gitmişse[42] veya ifade alınması için polisle gitmeye mutabık ise[43] bile bu tek başına kişinin özgürlüğünden yoksun kalıp kalmadığı yönünden belirleyici değildir.

(v) Mahkeme söz konusu zorlamanın derecesini de inceleyecektir. Davadaki olayların incelenmesi üzerine, başvurucunun terk etmekte serbest olduğunu varsaymak gerçekçi değilse, bu normal olarak bir özgürlükten yoksun bırakmanın mevcut olduğunu gösterecektir.[44]

---

37 *Engel ve diğerleri/Hollanda*, İHAM, 5100/71 et. al., 08/06//1976, §§ 58-59; *Guzzardi/İtalya*, İHAM, 7367/76, 06/11/1980, § 92; *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, § 314; *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, İHAM, 34010/06, 10/09/2013, § 31.

38 *Nada/İsviçre*, İHAM, 10593/08, 12/09/2012.

39 Ibid., §§ 226; *Gahramanov/Azerbaycan*, İHAM, 26291/06, 15/10/2013.

40 *Creangă/Romanya*, § 92; *Dzhabarov ve diğerleri/Bulgaristan*, İHAM, 6095/11, 74091/11 ve 75583/11, 31/03/2016, § 66.

41 *Venskutė/Litvanya*, İHAM, 10645/08, 11/12/2012, § 72.

42 *Osypenko/Ukrayna*, İHAM, 4634/04, 09/11/2010, § 49.

43 *Lykova/Rusya*, İHAM, 68736/11, 22/12/2015, § 78.

44 *Hoalgă ve diğerleri/Romanya*, İHAM, 76672/12, 15/03/2016, § 102, *Venskutė/Litvanya*, § 73.

Bu, başvurucunun kelepçelenmesi veya kilit altında tutulması gibi fiziksel bir kısıtlamanın olmadığı durumlarda da geçerlidir.[45]

(vi) Sözleşme md. 5(1) çok kısa süreli özgürlükten yoksun bırakmalar için dahi uygulanabilir.[46]

Mahkeme, aktarılan faktörleri dikkate almakla birlikte, esasen şu iki temel unsur, özerk tanımın çıkış noktası olan unsurlarıdır:[47]

Objektif Unsur	Sübjektif Unsur
Bir kimse kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulmalıdır.	Kişi, söz konusu tutmaya geçerli bir rıza göstermemiş olmalıdır.

Objektif unsur, müdahalenin mekânsal, zamansal ve zorlama boyutunu; sübjektif unsur ise başvurucunun rızasızlığını içerir. Bu kriterler dikkate alındığında, İnsan Hakları Mahkemesi yönünden kişinin özgürlüğünden yoksun kalması, karakola ulaştığı an veya gözaltı kararı aldığı an değil, anılan kriterlerin karşılık bulduğu andır. Örneğin *Barakhoyev/Rusya* kararında sokakta yürümekteyken bir arabaya bindirilen ve karakola götürülüp darp edilen ve kenti terk etmeyeceğine ilişkin bir belgeyi imzalayınca serbest bırakılan başvurucunun özgürlüğüne yönelik müdahale, sadece karakolda tutulduğu süreç yönünden değil aynı zamanda arabaya bindirilip karakola götürüldüğü an yönünden de var sayılmıştır.[48]

Bu unsurlar Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili ilkesel tespiti şu şekildedir:

45 *Popoviciu/Romanya*, İHAM, 52942/09, 01/03/2016, § 59; i, İHAM, 31973/03, 13/11/2014, § 100; *Iustin Robertino Micu/Romanya*, İHAM, 41040/11, 13/01/2015, § 89; *Valerian Dragomir/Romanya*, İHAM, 51012/11, 16/09/2014, § 70; *Ghiurău/Romanya*, İHAM, 55421/10, 20/11/2012, § 80, *Krupko ve diğerleri/Rusya*, İHAM, 26587/07, 26/06/2014, § 36.

46 *Creangă/Romanya*, § 93; *Shimovolos/Rusya*, İHAM, 30194/09, 21/06/2011, § 49; *Foka/Türkiye*, İHAM, 28940/95, 24/06/2008, §§ 73-79.

47 *Storck/Almanya*, § 74.

48 *Barakhoyev/Rusya*, İHAM, 8516/08, 17/01/2017, §§ 49-52. Ayrıca bkz. *Ovakimyan/Rusya*, İHAM, 27297/07, 13/12/2016, §§ 57-58.

> "Anayasa'nın 19'uncumaddesi kapsamında özgürlükten yoksun bırakma kavramı, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermektedir. Dolayısıyla tutuklu olan bir kişinin serbest bırakılmasıyla birlikte özgürlüğünden mahrumiyet hali son bulmaktadır."[49]

AYM'nin ilkesel yaklaşımı bu yönde olsa da yakalama kararları konusunda ilk dönemdeki içtihadı tartışmaya açıktı. Bilindiği gibi Anayasa'nın 19'uncu maddesi, açıkça "yakalama" tedbirinden bahsetmektedir. Yakalama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90'ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda ayrıntılı şekilde düzenlenen bu tedbirin uygulandığı anda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir müdahalenin oluşacağı açıktır. Bu alanda tartışmalı olabilecek konu, hakkında "**yakalama emri**" olan fakat henüz yakalanmamış kişilerin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahalenin mevcut olup olmadığıydı. Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili ilk kararında "yakalama emri"nin de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında olduğunu ifade etmişti.[50] Mahkeme'nin bu kararı, müdahalenin sübjektif unsuru yönünden bulunsa bile objektif unsurunun, yani kişilerin fiilen özgürlükten yoksun kalmamış olmasından dolayı eleştiriye açıktı.[51] Buna karşın Mahkeme, daha sonraki bir başvuruda bu yaklaşımını farklılaştırdı ve bir kişi hakkında yakalama kararı verilmesinin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale oluşturmadığını ifade etti.[52]

---

49 *Cüneyt Kartal başvurusu*, AYM, 2013/6572, 20/03/2014, §17. Aynı yönde yeni tarihli olarak bkz. *Cemal Duğan başvurusu*, AYM, 2014/19308, 15/2/2017, § 54.

50 *Fetih Ahmet Özer başvurusu*, AYM, 2013/6179, 20/03/2014, § 30: "Başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunduğu sırada hakkında verilmiş bulunan yakalama emri nedeniyle yakalanarak özgürlüğünden mahrum bırakılma tehdidi altında bulunması nedeniyle onun geri çevrilemez bir zarardan korunması amacıyla mağdur olarak kabul edilmesi gerekmektedir."

51 Bir yakalama kararının, kişi özgürlüğüne yönelik güncel bir müdahale teşkil etmediği açıktır. Bu kararın fiilen olmasa da potansiyel olarak bir müdahale yaratabileceği düşünülebilirse de bunu "potansiyel mağdurluk" kavramlaştırması çerçevesinde ele alınması gerekirdi.

52 *Galip Öğüt başvurusu*, AYM, 2014/5863, 01/03/2017, §§ 37-38.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihadından, bu konunun seyahat özgürlüğü kapsamında görülebileceği izlenimi uyanmaktadır fakat net bir belirleme yapılmamıştır:

> "(…) İlgili merciler tarafından çıkarılan yakalama emirlerinin infaz edilmesi, bir başka ifadeyle kişinin yakalanarak fiziksel özgürlüğünün kısıtlanması halinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahalenin olduğu açıktır. Bununla birlikte, yakalama emirlerinin henüz infaz edilmediği, yani kişinin fiziksel özgürlüğünün henüz kısıtlanmadığı durumlarda, yalnızca kişinin yakalanmasına ilişkin emir (karar) verilmesinin anılan hakka yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekir. (…) Yakalama emirlerinin henüz infaz edilmediği dönemde de kişiler üzerinde hürriyetinden yoksun kalma bakımından bir tehdit oluşturduğu söylenebilir. Bu tehditle birlikte yaşamanın kişilerin iç dünyasında bir huzursuzluğa sebebiyet vermesi olağandır. Haklarında yakalama emri bulunan kişilerin bu tehditten korunmak için saklanmaları, diledikleri yerlere gitme hususunda çekingen davranmaları mümkündür. Bu bağlamda yurt dışında bulunan bir kimsenin yakalama emri uyarınca aranıyor olması, ülkeye dönme iradesini belirli ölçüde etkileyebilecektir. Bununla birlikte seyahat hürriyetiyle ilgili olabilecek bu hususlar, konu bakımından bireysel başvurunun kapsamına girmemektedir. (...) yakalama emirlerinin infaz edilmediği dönemde temel hak ve hürriyetlere yönelik bazı etkileri bulunsa da bu dönemde henüz kişilerin fiziksel özgürlükleri maddi olarak kısıtlanmamış olduğundan, söz konusu etkilerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak nitelendirilmesi mümkün değildir."[53]

Güncel içtihada göre, bir kişinin hakkında yakalama emri verilmiş olması, kural olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edildiği anlamına gelmez fakat söz konusu yakalama kararı, davanın konusuna bağlı olarak, özel yaşama saygı[54], ifade özgürlüğü[55] vb. haklara müdahale

53 Ibid., §§ 38-41.

54 Seyahat özgürlüğünün özel yaşama saygı hakkı bünyesindeki yeri konusunda bkz. aşa. "Kişi Özgürlüğü Hakkı ve Seyahat Özgürlüğü Hakkı Farklı Haklardır" başlığı.

55 Bazı durumlarda bir kişi hakkında sadece soruşturma açılması dahi ifade özgürlüğüne yönelik müdahale olabilmektedir. Bu ilkesel yaklaşım, yakalama kararı yönünden de uygulama bulabilir. Bkz. *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, İHAM, 27520/07, 25/10/2011.

oluşturabilir. Koşulları bulunduğu ölçüde anılan haklar yönünden başvuru yapılması mümkündür ancak yakalama emrinin çıkması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik güncel bir müdahale oluşturmamaktadır.

Bu bağlamda bir diğer tartışmalı olabilecek konu, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, **daha katı bir infaz rejimine** tabi olmasının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir müdahale teşkil edip etmediğidir. Bu soru, tutuklulara uygulanan ek yaptırımlar veya mahkûm olan kişiler hakkında uygulanan disiplin tedbirleri yönünden gündeme gelebilir. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "disiplin cezaları ve tedbirleri" başlıklı 38'inci maddesinin hükmünde çocuklar haricindeki hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin cezaları arasında "hücreye koyma" cezası da öngörülmüştür.

Bu konu, Strazburg içtihatlarında da netleştirilmiş değildir. Bununla birlikte İnsan Hakları Mahkemesi, *Toth/Hırvatistan* kararında, hapis cezasını çeken başvurucuya, gardiyanlara hakaret etmesinden dolayı uygulanan 21 gün boyunca tek kişilik **hücre cezasını**, Sözleşme yönünden bir "ceza" olarak görmemiştir. Bunda, söz konusu tedbirin ulusal hukukta idarî yaptırım olarak ifade edilmiş olması ve başvurucunun almış olduğu hapis süresine etki etmemesi de bir faktör olarak dikkate alınmıştır. Buradan hareket eden Mahkeme, bu yaptırımın, tutulma koşullarını ağırlaştırmakla birlikte, ek bir özgürlükten yoksun bırakma olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[56] Dolayısıyla söz konusu tedbirlerin, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından ziyade, olayın koşullarına göre işkence yasağı veya özel yaşama saygı hakkı yönünden kavranması olasıdır.[57] Ana kural, cezaevinde tutulan kişiye uygulanan disiplin tedbirlerinin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında sayılmamasıdır.[58]

Bu bağlamda dikkate değer bir tartışma, **tutuklu olan bir kişinin, ifadesinin alınması için karakola götürülmesi** konusunda olabilir. Burada tartışmalı şey, zaten özgür olmayan kişilerin tutulma mekânlarındaki

56 *Toth/Hırvatistan*, İHAM, 49635/10, 06/11/2011.

57 Ibid. Tutulan kişinin sadece hasta olması ise farklı ihlâl üretmez. Bkz. *Urfi Çetinkaya/Türkiye*, İHAM, 19866/04, 23/07/2013.

58 *Bollan/Birleşik Krallık*, İHAM, 42117/98, 04/05/2000.

değişikliğin hakkın kapsamı üzerindeki etkisidir. Özellikle olağanüstü hâl dönemlerinde görünür olan bu uygulama Strazburg organları önünde *Dağ ve Yaşar/Türkiye* kararında tartışılmıştır. Tutuklandıktan sonra gözaltı benzeri bir durum ile karşılaşan başvurucular hakkında Mahkeme'nin tespiti şu şekildedir:

> «Mahkeme, başvurucuların tutuklandıktan sonra Jandarma Tugay Komutanlığı'na götürülüp burada tutulmalarının, her hâlükârda etkili bir adlî denetimden uzak bir durum teşkil ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme öte yandan, daha önceden tutuklanan bir kimsenin sorgulanmak üzere jandarmaya teslim edilmesinin, gözaltı süresine ilişkin yürürlükteki yasaların göz ardı edilmesi anlamına geldiği kanaatindedir. Bu, başvurucuların haklarında tutuklu yargılama kararı verildikten birkaç saat sonra yeniden sorgulamaya maruz kaldıklarında başlarına gelen durumdur. Dahası, söz konusu kişilerin jandarmalar tarafından tutuldukları süre, açık bir gerekçe olmaksızın uzatılmıştır. Bu durum da aynı şekilde Sözleşme'nin 5§1'inci maddesine aykırı olarak, başta hukukî danışmana ulaşma hakkı olmak üzere, ifadesi alınan kişiler için gerekli olan her türlü güvenceyi ortadan kaldıran bir hata olarak kabul edilmelidir."[59]

1. Müdahalenin Mekânsal Boyutu

Uygulamacıların bir kısmı kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını nezarethane ve hapishaneler ile sınırlı kavramaktadırlar. Oysa bir kişinin hangi mekânda tutulursa, özgürlüğünden yoksun bırakılmış sayılacağı sorusunun tek bir yanıtı yoktur. İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında; birahane[60], hastanedeki polis odası[61], apartman dairesi[62], ev[63], bakanlık binası[64], huzurevi[65], psikiyatri kliniği[66], otel[67],

59 *Dağ ve Yaşar/Türkiye*, İHAM, 4080/02, 08/11/2005, § 67.
60 *Ostendorf/Almanya*, İHAM, 15598/08, 07/03/2013, § 11.
61 *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, § 35.
62 *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, § 316
63 *Nikolova/Bulgaristan (2)*, İHAM 40896/98, 30/09/2004, § 60.
64 *Farhad Aliyev/Azerbaycan*, İHAM, 37138/06, 09/11/2010, § 24.
65 *Haidn/Almanya*, İHAM, 6587/04, 13/01/2011, §82.
66 *Gulub Atanasov/Bulgaristan*, İHAM, 73281/01, 06/11/2008, § 66.
67 *El-Masri/Makedonya*, İHAM, 39630/09, 13/12/2012, § 236.

araba[68], uçak[69], açık denizdeki bir geminin kamarası[70], filtreleme kampı[71], yabancı kabul ve barınma merkezi[72]veya havaalanı transit bölgesi[73] ve benzeri yerlerin kişi özgürlüğüne yönelik müdahalenin mekânı olduğunu görüyoruz. Bu mekânlar, sınırlı sayıda da değildirler; her bir somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekir. Bu örneklerin bilinmesi, söz konusu hakka yönelik müdahalenin mekânının, nezarethane, tutukevi ve hapishaneler gibi ceza muhakemesi hukukundaki **klasik özgürlükten yoksun bırakma mekânlarını aşan** bir anlamı olduğunun anlaşılması için önemlidir.

Hakka yönelik müdahalenin mekânsal boyutu, kişi özgürlüğüne müdahaleler ile seyahat özgürlüğüne yönelik müdahalelerin ayırt edilebilmesi için de önem arz eder. Yukarıda iki hak arasında bir yoğunluk farkı olduğu söylenmişti. İşte bu yoğunluk farkı, mekânsal bir anlam da taşır: Birincisine yönelik müdahalelerin mekânları, ikincisine göre çok daha dardır. Ne var ki, bu ayrımı yapmak her zaman çok kolay olmayabilir. Bu bağlamda kişinin dört bir yöne doğru hareket serbestisinin sınırlandırılması yanında, günlük rutin işlerini yapıp yapamadığı da bir kriter olarak kullanılabilmektedir.

Müdahalenin mekânsal boyutu, özellikle kamuya açık mekânların, daha doğrudan ifade etmek gerekirse sokaklardaki durdurmalar ile konutu terk etmeme tedbiri veya sokağa çıkma yasağı vb. türden uygulamaların söz konusu olduğu hallerde tartışmalı olabilir. Bu tartışmalı noktaların üzerinde kısaca durmak anlamlı görünmektedir.

a. Durdurma Tedbiri

Ulusal mevzuatta durdurma tedbiri, "kimlik sorma" tedbiriyle birlikte Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun (PVSK) 4/A maddesinde

68 *Bozano/Fransa*, İHAM, 9990/82, 02/12/1987, § 22.

69 *Öcalan/Türkiye*, § 18.

70 *Medvedyev ve diğerleri/Fransa*, § 102.

71 *Ortsuyeva ve diğerleri/Rusya*, İHAM, 3340/08 24689/10, 22/11/2016, § 101.

72 *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, İHAM, 30471/08, 22/09/2009,§§ 125-127.

73 *Amuur/Fransa,* İHAM, 19776/92, 25/06/1996, §§ 42-49; *Z. A./Rusya*, İHAM, 61411/15 61420/15 61427/15 3028/16, 28/03/2017; *Ilias ve Ahmet/Macaristan*, İHAM, 47287/15, 14/03/2017.

düzenlenmiştir. Bir kişinin durdurulmasının ve/veya kimlik sorulmasının bu kişinin kilit altında tutulduğu anlamına gelmediği açıktır. Belirli bir kapalı mekânın söz konusu olmadığı, sokaklar, meydanlar gibi **kamuya açık mekânlarda** özgürlükten mahrumiyetin ortaya çıkması daha az olasıdır. Mahkeme, yetkili makamların kontrolünden çıkan durumların kaçınılmaz sonucu olması, şahıslara ve mallara ağır zararları önlemek için gerekli olması şartıyla, kişi özgürlüğüne getirilen ve sık rastlanan bu tür sınırlamaların Sözleşme'nin md. 5(1) hükmü anlamında özgürlükten yoksunluk olarak görülemeyeceği görüşündedir.[74] Mahkemeye göre halk, örneğin kamu ulaşım araçlarında, otoyolda giderken durdurma veya bir futbol maçına giriş gibi bazı durumlarda genel olarak hareket özgürlüğüne **geçici sınırlamaların** getirilmesini kabul etmektedir.[75] Örneğin *Gahramanov/Azerbaycan* kararında, yurtdışına çıkmak için gittiği havaalanında, pasaport kontrolü sürecinde birkaç saat bekletilen başvurucunun durumu da madde kapsamında görülmemiştir.[76] Oysa Mahkeme *Kasparov/Rusya* kararında farklı bir sonuca ulaşmıştır. *Gahramanov* kararında kişinin bekletilmesinin başvurucunun biletleriyle ilgili durumun netleştirilmesi için mutlaka gerekli olan süreyi aşmadığını kaydeden Mahkeme, *Kasparov* kararında bunun ötesine geçildiğini, başvurucunun sorgulanması, aranması ve hakkında bir rapor hazırlanması yoluyla sahtecilik iddiaları yönünden soruşturma yapılmaya başlanmış olduğunu ifade ederek, buradaki tutma durumunun seyahat eden herhangi bir kişinin kamu yararı adına katlanması beklenen eşiği aştığını ifade etmiştir. Mahkeme, bu belirlemeyi yaparken olaydaki üç farklı unsuru da dikkate almıştır: (i) Başvurucunun check-in salonundaki polis memurunu takip etmekten başka seçeneği yoktur. Bunu reddetmesi durumunda görünüşte kanuna uygun olan bir emre itaatsizlik edeceğini düşünecektir. (ii) Başvurucu fiziksel olarak kısıtlanmış olmasa bile, kendisinin sorgulandığı odadan ayrılamadığı açıktır. Zira kapıdaki silahlı bekçi buna engel oluşturmuştur. (iii) Hükümet'in başvurucunun gözaltına alınmadığına yönelik savunması özgürlükten yoksun bırakmanın tespiti yönünden

74 *Austin ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 39692/09 et. al., 15/03/2002, §§ 59.

75 Dörr, s. 695.

76 *Gahramanov/Azerbaycan*, op. cit.

bağlayıcı ve belirleyici değildir. Bu unsurları da dikkate alan Mahkeme, somut olayda kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin bulunduğunu tespit etmiştir.[77]

Bununla birlikte, durdurma ve kimlik kontrolünün keyfîlik gösterdiği bazı özel durumlarda, bu tedbirin de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale teşkil edebileceği bilinmelidir. Örneğin *Gillan ve Quinton/ Birleşik Krallık* kararında bir gösteriye katılmak isteyen başvurucuların durdurulup arama amaçlı bekletilmesi, keyfîlik de baş gösterdiği için özgürlükten yoksun bırakma kapsamında görülmüştür[78].

Az önce değinildiği gibi Mahkeme, makamların kontrolünden çıkan durumların kaçınılmaz sonucu olması ve şahıslara ve mallara ağır zararları önlemek için gerekli olması şartıyla, kişi özgürlüğüne getirilen ve sık rastlanan sınırlamaların Sözleşme'nin md. 5(1) hükmü anlamında özgürlükten yoksunluk olarak görülemeyeceği görüşündedir.[79] Bu nedenle *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, başvurucuların, şehir merkezinde yapılan bir **gösteri** nedeniyle meydanın etrafına çekilen **polis şeridinin** dışına çıkartılmamasını, gösterici olup olmamalarına bakmaksızın özgürlükten yoksun kalma olarak görmemiştir. Fakat Mahkeme'ye göre "eğer polis tarafından şerit yapılması ve yapılan şeridin korunması, kişilere ve mallara ağır zararlar vermeyi engellemek için gerekli olmasaydı, tedbirin 'türü' farklı olacaktı ve bu, tedbirin zorlama ve sınırlama niteliğinden dolayı 5'inci madde kapsamına girmesi için yeterli olabilirdi."[80]

Bu tür örneklerde süre ve koruyucu faktörler yönünden bir sorun olmadıkça karantina bölgelerine, inşaat ve kaza alanlarına veya askerî alanlara ya da özel mülklere giriş yasakları, elektronik kelepçe uygulaması veya kadın koruma programları kapsamındaki tedbirler, sadece belli bir yöne doğru hareket yasağı anlamına geldiği için, eğer özel koşullar yoksa

77 *Kasparov/Rusya*, §§ 37-47.

78 *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, İHAM, 4158/05, 12/01/2010, § 57. Ayrıca bkz. *Foka/ Türkiye*, op. cit.

79 *Austin ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 59.

80 Ibid., § 68.

kural olarak kişi özgürlüğüne müdahale sayılmayabilir.[81] Bu tür fiziksel sınırlamaların, seyahat özgürlüğü bağlamında tartışılması gerekir.

b. Konutu Terk Etmeme Tedbiri – Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi

Günümüz ceza hukukunda, ceza ve koruma tedbiri uygulamaları çeşitlilik kazanmıştır. Bu bakımdan artan sayıda ülkede kişilere yönelik tedbir ve cezaların, kişilerin konutlarında yerine getirilmesi söz konusu olmuştur. Türkiye'de de CMK'nın 109'uncu maddesinde "**konutunu terk etmemek**" şeklinde adlî kontrol tedbirleri ile 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 110'uncu maddesinde bazı kişilerin hapis cezasının konutunda çektirilmesi şeklinde bazı özel infaz usulleri düzenlenmiştir.

Bunlardan "konutu terk etmeme" tedbirinin ve belli yaş ve cinsiyetteki kişiler için hapis cezasının konutlarında çekilmesine yönelik "ev hapsi" kararlarının, madde kapsamı içinde görülmesi olasıdır. Kişilerin 24 saat boyunca konutta tutulması şeklindeki tedbirin kişi özgürlüğüne yönelik müdahale olduğunu söyleyen[82] İnsan Hakları Mahkemesi, tutuklama tedbiri yerine on iki gün süreyle dışarıyla iletişimsiz olarak evde tutma tedbirini[83], yetkililerin izni olmaksızın evden çıkmayı yasaklayan evde tutma tedbirini[84] veya kilise ve doktor ziyaretleri gibi istisnalar hariç olmak kaydıyla evde tutma tedbirini[85] de aynı şekilde kişi özgürlüğüne yönelik müdahale olarak görmüştür.[86]

Mahkeme'yi bu sonuca ulaştıran şey, büyük olasılıkla, söz konusu tedbirlerin süreklilik taşıyor olmasıdır. Zira, kesintili tutma hallerinde farklı sonuca ulaşılmıştır. Mahkeme, bu gibi kesintili tedbirleri, kişi özgürlüğüne

81 Dörr, op. cit.

82 *Nikolova/Bulgaristan*, § 60.

83 *Mitreski,* §§ 20-25.

84 *Vachev/Bulgaristan*, İHAM, 42987/98, 08/07/2004, §§ 52 ve 64.

85 *Dacosta Silva/İspanya*, İHAM, 69966/01, 02/11/2006.

86 *Buzadji/Moldova*, İHAM, 23755/07, 05/07/2006; *Mancini/Italya*, İHAM, 44955/98, §17, ECHR 2001-IX; *Lavents/Letonya*, 58442/00, 28/11/2002, §§ 64-66; *Nikolova/Bulgaristan (2),* § 60; *Ninescu/Moldova*, 47306/07, 15/07/2014, § 53; *Delijorgji/Arnavutluk*, 6858/11, 28/04/2015, § 75.

yönelik değil, seyahat özgürlüğüne yönelik müdahale olarak kavrama eğilimindedir. Örneğin *Raimondo* kararındabaşvurucunun gündüz saatlerinde dahi evden her çıkışında polise haber vermesini gerektiren, 21.00-07.00 saatleri arasında da haklı bir mazereti olmadıkça ve polise bildirmedikçe evden çıkmasına izin verilmeyen polis özel gözetim tedbiri, seyahat özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama olarak görülmüştür.[87] Aynı şekilde, dört ay boyunca hafta sonları tamamen, hafta içi ise çalışmasına imkân tanımak için 07.00-19.00 saatleri dışında evden çıkmayı yasaklayan bir tedbir de kişi özgürlüğüne yönelik müdahale sayılmamıştır.[88]

Anayasa Mahkemesi, şimdiye kadar bu konuda bir karar vermiş değildir fakat konunun bu içtihatlarla koşut şekilde kavranması olasıdır.

c. Göz Hapsi ve Oda Hapsi Tedbiri

Kişi özgürlüğüne yönelik müdahalelerin gerçekleştiği özgün mekânlarından biri de askerî alanlardır. "Göz hapsi" ve "oda hapsi" cezaları şeklinde ifade edilen bu müdahale biçimleri, Türkiye'de 477 Sayılı Disiplin Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun'un 7'nci maddesine göre "bu kanunda yazılı disiplin suçlarından dolayı disiplin amiri, özel kanunlarda kendisine tanınan yetki içinde, oda veya göz hapsi" verebilecektir. Bu cezalardan oda hapsinin bütün asker kişilere; göz hapsinin ise subaylara, astsubaylara, sivil personele, uzman jandarmalara ve uzman erbaşlara verilebileceği düzenlenmiştir. Amire ve üste saygısızlık, emre itaatsizlik, bilerek doğruyu söylememek, kısa süreli kaçma, izin süresini geçirme, kaçmaya kalkışanları haber vermemek vb. türden askerî suçlar için uygulanan bu cezaların içeriği de kanunda (md. 38) ortaya konmuştur: Göz hapsi cezası alanların hizmetlerine devam edecekleri ve bu hizmetleri bittikten sonra kışlada veya resmî odalarda kalacakları ve hizmete ilişkin olanlar dışında hiçbir ziyaret kabul edemeyecekleri ifade edilmiştir. Oda hapsi cezalarında ise kişilerin, cezalarını, tek başlarına belirli bir hapis odasında geçirecekleri ve bu süreçte emir veremeyecekleri ifade edilmiştir.

87 *Raimondo/İtalya*, İHAM, 12954/87, 22/02/1994, § 39.

88 *Trijonis/Litvanya*, İHAM, 2333/02, 15/12/2005.

Acaba söz konusu cezalar, özgürlükten yoksun bırakma tedbiri olarak görülebilir mi? İnsan Hakları Mahkemesi bu soruya yanıt vermiştir. Buna göre, kışla dışına çıkamayan veya kışla içindeki kantine, sinemaya ve gezinti yerlerine gidemeyen fakat kışla içinde günlük işlerini ve görevlerini yapmaya devam edebilen asker kişiler, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış sayılmazlar. Dolayısıyla askerî ceza hukukundaki **göz hapsi cezası**, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale sayılmaz.[89] Buna karşın; kişilerin, askerî alanın kendi içinde dahi serbestiye sahip olamadıkları ve kilit altında tutuldukları oda hapsi cezası hakkın kapsamında görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi de birden çok kararında, **oda hapsi** cezasının, "disiplin amiri tarafından verilen ve kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir disiplin cezası" olduğunu, bu cezanın mevzuatta "disiplin cezası olarak vasıflandırılmış olsa bile ceza hukuku alanına girecek nitelikteki hürriyeti bağlayıcı yaptırımların idare tarafından verilmesine demokratik bir toplumda izin verilemeyeceğini" ifade etmiştir.[90]

d. Sokağa Çıkma Yasağı Tedbiri

Kişilerin konutlarında, işyerlerinde veya diğer kapalı mekânlarda tutulmaya zorlanmasına yönelik tedbirlerden biri de sokağa çıkma yasaklarıdır. Sokağa çıkma yasağı, kişilerin hareket serbestisine yönelik müdahale biçimlerinden biridir. Bu bağlamda odaklanılması gereken öncelikli nokta; tedbirin, bir kimsenin günlük işini yapabilmesini engelleyip engellemediğidir. Böyle bir engelleme yoksa bu tedbir, özgürlükten yoksun bırakma olarak görülmeyebilir fakat, anılan tedbirin, kişileri kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre tutmaya zorladığı yerde özgürlükten yoksun bırakmadan bahsedilecektir. Gerçi daha önce de değinildiği gibi sokağa çıkamama ve konutta kalma zorlamasının gece saatleriyle sınırlı tutulması bu tedbiri seyahat özgürlüğü kapsamında bir müdahale haline getirebilir.[91] Ancak her somut olayda özgün değerlendirme yapılmalıdır.

89 Bkz. *Engel ve diğerleri*, §§ 60-66.

90 *F.H.H. başvurusu*, AYM, 2013/1419, 15/04/2015, § 31 ve 45 vd.; *Yusuf Karabaş başvurusu*, AYM, 2013/1615, 15/04/2015, §§ 51- 63 vd.

91 Bkz. *Kıbrıs/Türkiye*, İHAM, 6780/74 6950/75, 10/07/1976, §§ 235-236.

Türkiye'deki son dönem uygulamaları ile ilgili olarak, hâlihazırdaİnsan Hakları Mahkemesi'nin önünde bulunan iki başvuru Hükümet'e tebliğ edilmiştir ve bu başvurularda Mahkeme, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden de inceleme yapmaktadır.[92]

Bu bilgiler çerçevesinde, 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11(a) maddesinde ve 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3(I) maddesinde açıkça düzenlenmiş olan ve uygulamada 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11'inci maddesine dayanılarak da uygulama bulabilen "sokağa çıkma yasağı" tedbirlerinin - çok gevşek ve kısa süreli uygulandığı haller saklı kalmak şartıyla - bu hakkın kapsamında olabileceğini söyleyebiliriz. Nitekim Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (**Venedik Komisyonu**) da bu gerçeğin altını çizmiş, konuyla ilgili raporunda bu tedbirin kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına müdahale anlamına gelebileceğini söylemiştir.[93]

Anayasa Mahkemesi yönünden ise, şimdiye kadar Mahkeme'nin önüne bu bağlamda başvurular gelmişse de bunların bir kısmı olağan hukuk yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle kabul edilemez bulunmuştur.[94] 2017 yılı itibarıyla henüz esastan ele alınıp sonuçlandırılmış bir başvuru yoktur.

e. Hâkim Tarafından Belirlenen Yerlere Düzenli Başvurmaya Zorlama Tedbiri

CMK'nın 109'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının (b) bendi, bir tutuklama nedeninin ve kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu hallerde, duruma göre kişilerin hâkim tarafından belirlenen yerlere düzenli başvurmaya zorlanmaları tedbirinin uygulanabileceğini söylemektedir. Bu tür bir tedbir, her ne kadar kişileri belli bir şey yapmaya zorluyor olsa da fiziksel özgürlüğe yönelik aktif bir müdahale sayılmaz. Dolayısıyla bu tür zorlamanın da kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması gibi bir sonuç doğurduğu söylenemez. Nitekim İnsan Hakları Mahkemesi, dışarıda

92 Bkz. *Paksoy/Türkiye*, İHAM, 3758/16, 16/01/2016 tarihli başvuru, *Aydın ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 63130/15, 29/12/2015 tarihli başvuru.

93 *Venedik Komisyonu Raporu*, CDL-AD(2016)010, 842/2016, 13/06/2016, § 18. Türkçe metin için bkz. https://goo.gl/dGy5r8

94 Örn. bkz. *Kemal Üner ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/17198, 29/06/2017.

olmakla beraber, haftada sadece bir gün imza atma yükümlülüğüne tabi tutulan bir başvurucunun, özgürlüğünden yoksun olmadığı sonucuna varmış ve kabul edilemezlik kararı vermiştir.[95]

Anayasa Mahkemesi'nin bu bağlamda esastan sonuçlandırdığı bir dava henüz yoktur fakat Mahkeme'nin süregelen içtihatlarından hareketle, İnsan Hakları Mahkemesi ile koşut bir yaklaşım sergileyeceği tahmin edilebilir.

f. Tedavi ve Muayene Amaçlı Hastaneye YatmayaZorlama Tedbiri

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109'uncu maddesindeki adlî kontrol uygulamalarından biri de kişilerin tedavi ve muayene tedbirlerine tabi olmasıdır. Bu tür tedbirlerin hepsi kişi özgürlüğü ve güvenliğine müdahale sayılmaz. Örneğin İnsan Hakları Mahkemesi, hasta bir kişinin periyodik olarak ama ayakta tedavi görmesine yönelik bir adlî kontrol tedbirini, kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak görmemiştir.[96] Buna karşın, kişinin hareket serbestisini kısıtlayan düzeyde bir kliniğe yatırılması halinde bunun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu bağlamda esastan sonuçlandırdığı bir dava henüz yoktur fakat Mahkeme'nin süregelen içtihatlarından hareketle, İnsan Hakları Mahkemesi ile koşut bir yaklaşım sergileyeceği tahmin edilebilir.

g. Belirli Bir Yerleşim Bölgesini Terk Etme Yasağı

Ceza muhakemesinde öngörülen adlî kontrol tedbirlerinden biri de "belirli bir yerleşimbölgesini terk etmemek" şeklinde ifade edilmiştir. Bu tür yasaklar, ceza muhakemesi dışındaki alanlarda da görülmektedir. Örneğin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ek 20'inci maddesi memurların il dışına çıkışlarını izne tabi kılmış, 125'inci madde ise aykırı tutumlara yaptırım öngörmüştür. Ayrıca PVSK (md. 3) uyarınca da

95 *Poninski/Polonya*, İHAM, 28046/95, 10/02/2000.
96 *L./İsveç*, İHAM, 10801/84, 20/01/1986.

kanunda sayılan suçlarda yapılan soruşturmalarda ifadesine başvurulacak kişiler için veya kimlik tespiti yapılacak kişiler ile vatandaşlık durumu tespit edilecek kişiler için polisin, kişilere bulundukları yerden ayrılmama yükümü getirebileceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, 5682 Sayılı Pasaport Kanunu'nun 23'üncü maddesinde de bazı yabancıların ikamet ettikleri ilin dışına çıkmalarına yönelik yasaklar öngörülmüştür. Acaba bu tür tedbirler, kişi özgürlüğüne yönelik müdahale teşkil eder mi?

Bu tür bir tedbirin kişi özgürlüğüne müdahale teşkil edebilmesi için söz konusu bölgenin, kişilerin rutin yaşamlarını sürdüremedikleri, oldukça dar bir bölge olması gerekir. Belli bir şehirden çıkmamak şeklindeki tedbirin, yurdu terk etmeme tedbirine göre daha yoğun olduğu söylenebilirse de bu, kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahale düzeyinde yoğun bir tedbir değildir. Dolayısıyla yerleşim yerini terketmeme yasağının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale niteliğinde olmadığını söyleyebiliriz. Nitekim Strazburg organları da aynı yaklaşımla, bir ülkede sığınmacı olarak bulunan bir kişinin **şehirden çıkmasının ve ikametgâhını değiştirmesinin yasaklanmasını** kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale olarak görmemişlerdir.[97] Öte yandan, bir cezanın belli bir adada çekilmesi şeklindeki zorunlu ikamet uygulamaları da meselenin tartışmalı yönündedir. Örneğin *Guzzardi/İtalya* davasında, mafya türü faaliyetleri nedeniyle, bir adanın iki buçuk kilometrekarelik bir bölümde, karısı ve çocuklarının da yanına gelmesine izin verilen, günde iki kez polise görünmesi gereken, gece evden çıkamayan ve gündüz evden çıkınca birkaç sokak dolaşabilen, kendisi gibi kişilerle birlikte on altı ay boyunca "**zorunlu ikamete** tabi tutulan" başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığını incelenmiştir. Bu olayda Mahkeme, seyahat özgürlüğünün sınırlanması ile kişi özgürlüğünün kısıtlanması arasında bir derece ve yoğunluk farkı olduğunu ama başvurucuya uygulanan tedbirin seyahat özgürlüğünü kısıtlamayı aştığını ve bazı bakımlardan "açık cezaevi"ne veya bir disiplin birimine kapatılmaya benzediğini, dolayısıyla başvurucunun özgürlükten yoksun bırakıldığını tespit etmiştir.[98] Şu hâlde, istisnaî durumlarda farklılaşmaların olabileceği göz ardı edilmemelidir.

97 *Aygün/Türkiye*, İHAM, 12541/86, 14/06/2011.

98 *Guzzardi/İtalya*, §§ 89-95.

Konu, bu bağlamda nispeten açık olsa da bazı özel durumlarda daha da tartışmalı olabilir. Örneğin kişinin şehirden çıkmasının uluslararası hukuk ve coğrafya nedenleriyle mümkün olmadığı haller buna örnektir. Mesela *Nada/İsviçre* davasında İtalya ve Mısır vatandaşlıkları olan başvurucu, İtalya'nın **eksklav** (tabi olduğu ülke ile arasında başka ülke giren bölge) topraklarında yaşamaktadır. Davanın konusu, İsviçre topraklarıyla ve bir göl ile çevrili 1,6 kilometrekarelik bir köyde yaşamakta olan başvurucunun, adının terörle iş birliği yaptığından şüphelenilenler listesinde yer almasından dolayı İsviçre'ye girmesine ve buradan **geçiş yapmasına izin verilmemesidir**. Mahkeme, başvurucunun söz konusu köyde serbestçe yaşaması, denetime tabi olmaması ve ziyaret edilebilmesini dikkate alarak özgürlükten yoksun kalmanın söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[99]

Anayasa Mahkemesi'nin bu bağlamda esastan sonuçlandırdığı bir dava henüz yoktur fakat Mahkeme'nin süregelen içtihatlarından hareketle, İnsan Hakları Mahkemesi ile koşut bir yaklaşım sergileyeceği tahmin edilebilir.

h. Belirli Yer ve Bölgelere Gitme Yasağı

Kişilerin belirli yer ve bölgelere girmelerine yönelik yasağın, bu yasak"dört bir yöne doğru" sınırlama içermediği için, kişi özgürlüğüne yönelik müdahale olarak görülmemesi olasıdır. Çünkü bu tür kısıtlamalar kişileri özgürlüğünden yoksun bırakmamaktadır. Dolayısıyla hem CMK md. 109'da yer alan bu kapsamdaki tedbirler hem de diğer mevzuatta yer alan (karantina vb.) benzer tedbirler madde kapsamında görülmez.

i. Koşullu Salıverme - Denetimli Serbestlik

5275 Sayılı Ceza İnfaz Kanunu'nda "koşullu salıverme" kurumu düzenlenmiştir. Bu kanun uyarınca, cezasının bir kısmı infaz edilmiş, infaz süresi iyi halli olarak geçirilmiş bir kişi hakkında ceza infaz kurumu idaresinin gerekçeli raporunun mahkemece uygun görülmesi üzerine

99 *Nada/İsviçre*, op. cit.

koşullu salıverme kararı verilebilmektedir.[100] İlgili mevzuat uyarınca bu süreçte kişiler, denetimli serbestliğe sahip olacaklardır. Bu sürecin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olup olamadığı sorusunun yanıtı, kişinin dışarıda tabi olduğu rejime göre başkalaşabilir.[101] Bu konuda İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Weeks/Birleşik Krallık* kararı dikkat çekicidir. Davanın konusu, İngiliz hukukuna göre takdiri ömür boyu hapis cezasına hükümlü başvurucunun, denetimli serbestlik görevlisinin gözetiminden ayrılmama, görevlinin talimatlarına göre onunla temas halinde olma, görevlinin uygun bulduğu yerde oturma ve görevliden önceden izni almadan ülke dışına çıkmama şartlarına bağlı olarak serbest bırakılmasının onu özgür kılıp kılmamış olmasıdır. Mahkeme, başvurucunun, diğer yurttaşlara göre daha kısıtlı olmakla birlikte "özgür" olduğunu kabul etmiş, denetimli serbestliğin kaldırılmasını ise başvurucuyu fiilen özgürlük durumundan çıkartıp hapislik durumuna geçiren bir tedbir olarak görmüştür.[102] Yani bir kişi hakkında koşullu salıverme kararı verildikten sonra, söz konusu süreçteki denetimler, kural olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale yaratmaz fakat kişiye "özgürlük" tanındıktan sonra bu kararın kaldırılması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale oluşturabilir.

Ancak denetimli serbestlik sürecindeki denetimlerin niteliğine göre bu tespit farklılaşabilir. Örneğin koşullu salıverme kararı gereğince **huzurevine** yerleştirilen ve dışarı çıkması yöneticinin iznine tabi kılınan bir mahkûmun durumu, İnsan Hakları Mahkemesi'nce özgürlükten yoksun bırakma olarak görülmüştür.[103] Bu tür durumlar, sadece hüküm sonrası

100 Kanun'un 107'nci maddesinin 16'ncı fıkrasında "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar", "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar", "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlığındaki suçlardan birinin, bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde, hükümlünün koşullu salıverilmeden faydalanamayacağı öngörülmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi ise müebbet hapis cezası alan kişilerin dahi aralıklı olarak koşullu bırakılıp bırakılamayacağının incelenmesi gereğine dikkat çekerek mahkûmun "umut hakkı"ndan bahsetmiştir. Bu konuda bkz. *Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 66069/09, 09/07/2013. (İçtihat yerleşik hâle gelmiş değildir.)

101 *Ashingdane/Birleşik Krallık*, İHAM, 8225/78, 28/05/1985, §§ 41-42.

102 *Weeks/Birleşik Krallık*, op. cit.

103 *Haidn/Almanya*, § 82

aşamalar için değil, yargılama öncesi süreçlerde de gündeme gelebilir. Örneğin hakkında şizofreni tanısı konan ve mahkemeye çıkartılmadan önce sağlık nedenlerinden ötürü evde tutulan başvurucunun bir mahkeme kararı olmadan **psikiyatri kliniğine** gönderilip, 28 gün boyunca orada tutulması da özgürlükten yoksun bırakma olarak görülmüştür.[104]

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, **koşullu salıverme** konusunun *Şaban Dal* kararında tartışıldığını görüyoruz. Mahkeme bu kararda şu ilkesel tespitte bulunmuştur:

> "Anayasa'nın 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası bir hükümlünün koşullu salıvermeden otomatik olarak yararlandırılmasını güvence altına almamaktadır. Ancak koşullu salıvermeden yararlanmak için Kanun'da öngörülen tüm şartları taşıyan hükümlüler bakımından ilgili yargı organlarının takdir yetkisinin bulunmadığı durumlarda koşullu salıverme hükümlerinin uygulanmaması, kişilerin keyfî olarak hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarını yasaklayan Anayasa'nın 19'uncu maddesi ile bağdaşmayacaktır. (…) Bu davada koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle kişinin yeniden hapsedilmesi durumunda infazına karar verilen ceza ile önceki mahkûmiyeti arasındaki nedensellik bağının kesilmemiş olması gerekir. Buradaki tutma, koşullu olarak salıverilen kişinin cezasının infazı kapsamında olmalıdır. Koşullu salıverilme kararının geri alınması kararı, koşullu salıvermeye ilişkin kanunda ya da mahkeme kararında belirtilen amaç ile bağlantılı olmayan bir sebebe ya da bununla ilgili olmayan bir değerlendirmeye dayanmalıdır."[105]

Bu belirlemeyi yapan Mahkeme, somut dava yönünden ise koşullu salıverilme tarihinden sonra denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işleyen başvurucu hakkında koşulla salıvermenin geri alınmasına ve sonraki suçu, işlediği tarihten itibaren hak ederek tahliye tarihine kadar kalan cezasının aynen infazına karar verilmesinin kanunun öngördüğü şekilde olduğu ve bu uygulamanın koşullu salıvermenin amacına da aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.[106]

---

104 *Gulub Atanasov/Bulgaristan*, §§ 71-77.

105 *Şaban Dal başvurusu*, AYM, 2014/2891, 16/02/2017, § 38.

106 Ibid., § 44.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne **denetimli serbestlik** konusu da gelmiştir. *Mithat Bakikuşağı* kararında başvurucu hakkında üst sınırı yedi yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir kovuşturma olduğundan bahisle, açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartını gerçekleştiremediğinden, cezasının koşullu salıverme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infaz edilmesi talebi reddedilmiştir. Daha sonra başvurucunun talebinin reddine gerekçe oluşturan 5275 Sayılı Kanun'un 14'üncümaddesinin dördüncü fıkrasının "...veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte..." ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu süreçte başvurucu ikinci kez denetimli serbestlik tedbirinden yararlanma talebinde bulunmuş ve başvurucunun koşullu salıverme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına ve başvurucunun tahliyesine karar verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra başvurucunun talebi gecikmeksizin değerlendirilmiş ve İnfaz Hâkimliği'nin karar verdiği gün başvurucu tahliye olmuştur.

Anayasa Mahkemesi bu olayı keyfîlik yönünden ele almış ve İnfaz Hâkimliği'nin kararlarında herhangi bir keyfîlik de tespit etmemiştir. Mahkeme, davayı, başvurucunun mahkûm olduğu cezadan daha uzun bir süre ceza infaz kurumunda tutulmadığı gibi ceza infaz kurumu dışında cezasının infazına imkân tanıyan ve sadece kendi talebi ve infaz hâkiminin takdiri kapsamında uygulanabilecek bir tedbirin uygulanamamasına ilişkin kararda açık bir keyfîlik olmadığını belirterek sonuçlandırmıştır.[107]

j. İdari Gözetim

Kişilerin belirli bir yerde, kamu gücü tarafından tutulmasına ilişkin bir diğer tedbir de "idarî gözetim" tedbiridir. Ulusal hukukta, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57'nci maddesine göre idarî gözetim, "hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden,

107 *Mithat Bakikuşağı başvurusu*, AYM, 2013/4682, 17/9/2014, §§ 40-41.

sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından alınan bir karar"ı ifade etmektedir. Bu kişiler, Geri Gönderme Merkezi'nde (GGM) tutulurlar.

Bu tür bir tedbir, İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kişi özgürlüğüne yönelik müdahale olarak görülmüştür.[108]Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da buna koşuttur. Mahkeme'ye göre idarî gözetim altına alma yetkisi, Anayasa'nın 19'uncu maddesi ve Sözleşme'nin 5'inci maddesi ile kabul edilmiş istisnaî bir yetkidir. Buna göre bir yabancının sınır dışı edilmesi veya geri verilmesi kararının yürütülmesi sürecinde, şekil ve şartları kanunla gösterilen usule uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması mümkündür.[109] Bu gibi durumlarda, bir kişinin suç işlemesinin veya kaçmasının önlenmesi gibi gerekçelere ihtiyaç bulunmaksızın sadece bu işlemlerin yürütülmesi sürecine dayanılarak idarî gözetim tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Ancak Anayasa'nın 19'uncu maddesi uyarınca, sınır dışı etme veya iade işlemleri "gerekli özen" (*due diligence*) içerisinde yürütülmez ise artık kişi özgürlüğünden mahrumiyetin haklılaştırılmasından da söz edilemez.[110]

2. Müdahalenin Zamansal Boyutu

Kişi en az ne kadar süreyle tutulacak olursa özgürlüğünden yoksun bırakılmış olur? Bu sorunun yanıtı, somut durumun koşullarına[111] bağlı olduğu için görecelidir ve standart değildir. Kural olarak kimlik kontrolü, trafikte ehliyet-ruhsat denetimi amaçlı durdurmalar, üst araması, kaza yerini terk etmeme yükümlülüğü gibi haller çok kısa sürdüğü için kişi özgürlüğüne müdahale söz konusu olmayabilir,[112] fakat sürenin uzaması durumunda, bu gibi hallerde dahi kişi özgürlüğüne müdahaleden

108 *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, op. cit.

109 *Rıda Boudraa başvurusu*, AYM, 2013/9673, 21/1/2015, § 73

110 *K. A. başvurusu*, AYM, 2014/13044, 11/11/2015, § 123; *F. A. ve M.A. başvurusu*, AYM, 2013/655, 20/01/2016, § 133.

111 *Guzzardi/İtalya*, §82.

112 Dörr, s. 695.

bahsedilebilir. Burada yoğunlaşılması gereken nokta, süreyi uzatan faktörün keyfî olup olmadığıdır. Örneğin *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, bir silah fuarının yanında gösteriye gitmekteyken polis tarafından durdurulan ve üzerleri aranan başvurucuların **otuz dakikadan az bir süre** bekletilmiş olmalarını, seyahat özgürlüğünden mahrum bırakılma olarak görmüş; bunun dışında başvurucuların, bulundukları yerde durup aramaya izin vermemeleri halinde polis merkezine götürülüp suç isnadı ile karşılaşmalarının bir tür baskı olduğu ve başvurucuları Sözleşme'nin md. 5(1) hükmü anlamında özgürlükten yoksun hale getirdiği tespitinde bulunmuştur.[113] Daha önce değinildiği ve bu kararda da net bir şekilde görüldüğü üzere, **durdurma ve arama tedbirleri** de keyfî ve uzun sürmesi durumunda kişi özgürlüğüne müdahale oluşturabilir.

Bu durum, **fiili tutma** durumları için evleviyetle geçerlidir. Örneğin *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye* kararında, hemşire olarak çalıştığı hastanede üyesi olduğu sendikanın bildirilerini dağıtan başvurucunun polis tarafından, bu yönde bir yasal yetki olmamasına rağmen, hastanedeki polis odasına sokulup burada **bir saat** boyunca bekletilmesi kişi özgürlüğüne müdahale olarak görülmüştür.[114]

Tutmanın, **önleyici** bir amaç taşıyor olması yukarıdaki belirlemeler yönünden bir farklılık yaratmamaktadır, fakat sürenin ihlal yaratacak kadar uzun olup olmadığı, müdahalenin amacına ve eldeki delillere bağlı olarak farklılaşabilmektedir. Örneğin bir futbol maçından önce yapılan aramada üzerlerinde kum torbaları ve yüz maskeleri bulunan, dolayısıyla şiddet olayları çıkartacakları konusunda kuvvetli şüphe bulunan bir taraftar grubunun maç saatinin sona ermesine kadar **dört saat** süreyle bir birahanede bekletilmesi, kişi özgürlüğüne müdahale olarak görülmüş, fakat Sözleşme'ye aykırı bulunmamıştır.[115] Buna karşın *Shimovolos/Rusya* davasında insan hakları aktivisti olan başvurucunun, Rusya-ABzirvesinin

113 *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, §57.

114 *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, § 54. Bu olayda polisler, başvurucuyu gözaltına almış olsalardı bu durumda fiili tutmadan bahsedilmezdi, gözaltı yönünden makul şüphenin olup olmadığı yönünden bir inceleme yapılırdı.

115 *Ostendorf/Almanya*, §§ 64-75.

ve bazı protestoların yapılacağı şehrin tren garına geldikten sonra, somut bir bulgu olmadan idarî ve cezai suçlar işlemesinin önlenmesi gerekçesiyle karakola götürülmesi, kişi özgürlüğünün ihlali olarak görülmüştür. İhlal konusu olayda başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılma süresi yaklaşık **kırk beş dakikadır**.[116]

Mahkeme'ye göre, olayların Sözleşme'nin md. 5(1) hükmü anlamında bir özgürlükten yoksun bırakmaya işaret etmesi halinde, tutma süresinin göreli olarak kısalığı sonucu etkilemez ve **polis merkezine götürme** sırasında geçen süre de bu hesaba dahildir. Örneğin, polis merkezine kadar götürülme, arama ve geçici olarak tutmanın yaklaşık **bir saat** sürdüğü olaylarda Sözleşme'nin 5'inci maddesi bakımından bir özgürlükten yoksun bırakma bulunduğu belirtilmiştir.[117] *Novotka/Slovakya* davasında başvurucuya, evinin önünde misafir beklemekte iken, hareketlerinden şüphelenen iki polis tarafından nüfus cüzdanı sorulmuştur. Polisler, başvurucunun bir kimlik göstermemiş olması nedeniyle polis aracını çağırıp başvurucuyu karakola götürmüşler ve burada arama yaparak kısa bir süre nezarette tutmuşlardır. Başvurucu, kimliği tespit edildikten sonra salıverilmiştir. Bu olay toplam **bir saat** sürmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi, bu olayda başvurucu iradesi dışında karakola götürüldüğü ve nezarette tutulduğu için, kişiyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir söz konusu olduğu sonucuna ulaşmıştır.[118] Ancak bu olaydaki tutma işlemi, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun bulunmuştur. Ayrıca suç şüphesiyle yakalanıp karakola götürülmüş olan kişinin gözaltı süresinin başlamadığı iddia edilemez. Mahkeme, hırsızlık şüphesiyle yakalanıp karakola götürüldükten sonra **sarhoş** olduğu düşüncesiyle **kimliği tespit edilemeyen** kişinin ayılıncaya kadar tutulmasının bir özgürlükten yoksun bırakma oluşturmayacağı yönündeki savunmayı kabul etmemiş ve henüz bir gözaltında tutma kararı verilmemiş olmasına karşın, işlemin özgürlükten yoksun bırakma olduğunu belirtmiştir.[119]

---

116 *Shimovolos/Rusya*, İHAM, 30194/09, 21/06/2011.

117 *Jarvinen/Finlandiya*, İHAM, 15/01/1998,30408/96.

118 *Novotka/Slovakya*, İHAM, 47244/99, 04/11/2003.

119 *Angueloval/Bulgaristan*, İHAM, 38361/97 §§ 154-157.

Sınır dışı vakalarında da somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılmaktadır. *X. ve Y./İsveç* davasında beş yıldır İsveç'te yaşayan Japon vatandaşının terör faaliyetlerinden şüphelenen İsveç Hükümeti kendisini geri göndermeye karar vermiş, sabah 10.30'da yakalanarak müdafisinin huzurunda kendisine sınırdışı edileceği söylenmiş ve 11.45'te havaalanına götürülüp 12.15'te Kopenhag'a kalkan uçağa ve buradan da hemen Japonya'ya kalkan bir uçağa bindirilmiştir. Komisyon, **1 saat 45 dakika** tutulan başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmış olduğunu tespit etmiştir[120]. Bazı durumlarda sınırdışı edilme araca bindirme şeklinde olmayabilir. Örneğin 20 gün kadar havaalanının transit bölgesinde tutma[121] veya sınırdışı etmek üzere yabancıları uzun bir süre "kabul ve barınma merkezi" adını taşıyan yerlerde tutma da[122] kişi özgürlüğünden yoksun bırakmayı oluşturmuştur.

Mahkeme, süreyle ilgili belirlemelerinde, **özgürlükten yoksun bırakmanın yarattığı sonuçları** da dikkate almaktadır. Örneğin yukarıda daha önce değinilen *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya* kararının konusu, insan ticaretinin mağduru olan ve bir kabarede çalışan başvurucunun vize ve diğer belgeleri tamam olmasına rağmen polis merkezinde fazladan tutulması ve ardından -insan ticareti mağduru olma ihtimali göz ardı edilerek- "işveren"ine teslim edilmesi ve "işveren"i tarafından bir apartman dairesine kapatılmasıdır. Bu davada başvurucunun kızının bu apartman dairesinin balkonundan kaçmaya çalışırken **ölmüş** olduğunu dikkate alan Mahkeme, başvurucunun bu dairede devlet dışı özneler tarafından tutulduğu iki saatlik sürenin kısa olduğunu kabul etmekle birlikte, fiilin kendisinin ve sonuçlarının ağırlığının altını çizmek gereğini özellikle duymuştur.[123] Bu davada başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmasında devletin, doğrudan eylemi söz konusu olmasa da aktif işbirliği olduğunu belirleyen Mahkeme, kişi özgürlüğü yönünden de ihlal kararı vermiştir.

---

120 *X ve Y/İsveç*, İHAM, 7376/76, 07/10/1976.

121 *Amuur/Fransa*, §§ 42-49.

122 *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, §§ 125-127.

123 *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, § 317.

3. Müdahalenin Zorlama ve Rızasızlık Boyutu

Bir kişinin özgürlüğüne yönelik müdahale için zorlama ile karşılaşması gerekir. Zorlama, tutmanın amacı dikkate alınarak, somut olayın koşullarına göre tespit edilir. Polisin fiziksel bir kısıtlama veya sözle ya da davranışla, kişinin gitmekte serbest olmadığını belirtmesi halinde, kural olarak, bir zorlamadan bahsedilebilir. Zorlamanın, fiilen gerçekleşmediği fakat ima ve psikolojik baskının söz konusu olduğu ya da başvurucunun sübjektif olarak hareket serbestisinin olmadığı varsayımına veya korkusuna kapıldığı hallerde de özgürlükten yoksunluktan söz edileceği düşünülmelidir.[124] Bu bağlamda tutmanın amacı özellikle dikkate alınmalıdır.

Örneğin eski tarihli bir kararda Komisyon, Almanya'da ailesinin yanında yaşayan on buçuk yaşındaki bir Türk çocuğunun iki arkadaşıyla birlikte, havuza atılan paraları topladıklarının görülmesi ve okul müdürünün de okulda bazı hırsızlık olayları olduğunu söylemesi üzerine karakola götürülüp ifadeleri alındıktan sonra kapısı açık bir odada tutulması nedeniyle toplam iki saat kadar polisin elinde bulunmasını, Sözleşme'nin md. 5(1) hükmü anlamından bir özgürlükten yoksun bırakma olarak görmemiştir. Komisyona göre bu olayda başvurucunun karakola götürülmesinin amacı ifadesinin alınması olup, gözaltına alma ve tutma amacı bulunmamaktadır.[125]Gerçi söz konusu karar güncel değildir. Günümüzde benzer bir olayın İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelmesi halinde, Mahkeme'nin daha farklı bir değerlendirme yapacağını söyleyebiliriz. Bir başka olayda ise Komisyon, evlilik içinde doğan çocuğun babası olmadığını iddia eden erkeğin yaklaşık 20 yıl sonra açtığı davada, çocuğun kan testi yaptırmaya gitmemesi üzerine başvurucu çocuğun kan testine polis zoruyla götürülmesine karar verilmesini, özgürlükten yoksun bırakma tedbiri olarak görmüş ancak bu tutmayı Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun bulmuştur.[126]

Amaç unsurunun yanında, somut olayın niteliğine göre de zorlama değerlendirmesi yapılabilir. Örneğin *Nada/İsviçre* kararında başvurucu,

124 Dörr, s. 690.

125 *X/Almanya,* İHAM, 8819/79, 19/03/1981.

126 *X/Avusturya,* İHAM, 8278/78, 13/12/1979.

İtalya'nın İsviçre toprakları ile kuşatılan bir bölgesinden çıkmak istemekle birlikte tek çıkışın İsviçre üzerinde olmasından ve İsviçre'nin buna izin vermemesinden ötürü özgürlüğünden yoksun kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre somut olayda başvurucu kendi özgür iradesi ile yaşamını sürdürmek ve faaliyetlerini yürütmek için seçtiği ülke topraklarında hareket serbestliği engellenmeden yaşamaya devam etmektedir. Mahkeme'ye göre somut olayda başvurucunun hareket serbestisi engellenmediği için, söz konusu ülke toprağından çıkmasına izin verilmemesi, tek başına özgürlükten yoksun bırakma anlamında bir zorlama sayılamaz.[127]

Bir başka dikkat çekici karar olan *Austin ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararında başvurucuların, bir gösteri sırasında şehir meydanının uzun süre boyunca şeritle kapatılmasından dolayı söz konusu bölgeden çıkamamış olmalarının kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme ise bu olayda, meydanın şeritle kapatılmasındaki zorlayıcılığın süresi ve başvurucular üzerindeki etkisinin, fiziki rahatsızlık ve meydandan ayrılma imkânsızlıkları uyarınca özgürlükten yoksunluk yönünde bir etki doğurduğunu kaydetmiştir. Ne var ki Mahkeme, polisin, şeridin çekilmesinden sonra beş dakika içinde kontrollü bir dağıtma faaliyeti içine girdiğini, bu tedbirin kişilerin korunması ve mala zararların önlenmesi amacı karşısında ölçülü olduğunu kaydederek kişi özgürlüğü ihlalinin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.[128] Karar, altı ila yedi saat süren ve devam ettiği süre boyunca başvurucuların tamamen polisin insafına terk edildiği, yiyecek, su ve tuvalet gibi en temel ihtiyaçlarını dahi karşılayamamalarına neden olan bir tedbir bakımından 5'inci maddenin uygulanamayacağına karar vermesi yönünden eleştirilmiştir.[129]

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olması için, bir tutma tedbirine geçerli bir **rıza** göstermemiş olması gerekir. Rıza varsa müdahale yoktur.[130] Bir kişi, geçerli bir rıza gösterebilecek durumdayken kendisine uygulanan

127 *Nada/İsviçre*, op. cit.

128 *Austin ve diğerleri/Birleşik Krallık*, op. cit.

129 Bkz. ilgili karardaki karşı oy yazısı.

130 *Storck/Almanya*, §74; *H.M./İsviçre*, İHAM, 39187/98, 26/02/2002 § 46.

tedbire itiraz etmemiş ise, o kişinin rıza gösterdiği varsayılır. Öte yandan kişi başlangıçta rıza göstermiş olsa da bundan sonradan vazgeçilebilir;[131] çünkü rıza gösterme, her zaman için geri alınabilir bir edimdir.[132] Öte yandan rıza yüzeysel olarak veya şeklen var görünse bile gerçekte kişi özgürlüğü hakkının ihlali söz konusu olabilir.[133] Örneğin*Osypenko/Ukrayna* kararında başvurucu, bir ölüm olayıyla ilgili olarak tanıklık yapması için polis karakoluna gitmiştir. Burada üç gün boyunca ifadesi alındıktan sonra suç şüphelisi olarak tutuklanmıştır. Olayda tartışmalı olan nokta, başvurucunun polis karakoluna kendi rızasıyla mı yoksa polis zoruyla mı gittiğidir. Mahkeme bu olayda spekülasyon yapamayacağını çünkü incelemelerin yapıldığı süreçte başvurucunun karakolda tutulduğunu, başvurucuya yönelik çeşitli işlemler yapıldığını ifade etmiştir. Bu süreçte başvurucunun kendi isteğiyle karakoldan ayrılmasının gerçekçi olmayacağını söyleyen Mahkeme, başvurucunun üç günlük süre boyunca tutulma biçimini *de facto* özgürlükten yoksun bırakma olarak ifade etmiştir.[134]

Benzer şekilde *Iustin Robertino Micu/Romanya* kararında da Mahkeme, yolsuzlukla mücadele departmanına görünürde kendi isteğiyle ve güç kullanılmadan götürülen başvurucunun beraberinde sürekli olarak silahlı iki polisin nezaret etmesi ve götürüldüğü yerde toplam beş polisin bulunmasını dikkate almış, dosyada başvurucunun merkezden serbestçe gidebileceğine ilişkin bir bilgi veya bilgilendirmeye rastlanmadığını da ifade ederek başvurucunun ihtilaflı süre boyunca yetkililerin denetiminde olduğu ve bunun kişi özgürlüğü hakkına müdahale oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.[135] Mahkeme'nin, silahlı güvenlik görevlilerinin ve kolluk güçlerinin kapıda bekleme durumuna bu bağlamda önem atfettiği farklı örnekler de bulunmaktadır.[136]

---

131 *Van der Leer/Hollanda*, İHAM, 11509/85, 21/02/1990, § 30.

132 *De Wilde, Ooms and Versyp/Belçika*, § 68.

133 *Venskutė/Litvanya*, İHAM, 10645/08, 11/12/2012, § 72.

134 *Osypenko/Ukrayna*, §§ 46-49. Benzer nitelikteki bir diğer dava için bkz. *Birulev ve Shiskin/Rusya*, İHAM, 35919/05 3346/06, 14/06/2016, §§ 54-57.

135 *Iustin Robertino Micu/Romanya*, İHAM, 41040/11, 13/01/2015, § 89.

136 Örn. bkz. *Kasparov / Rusya*, §§ 37-47.

Geçerli bir rıza göstermeye ehil olmayan kişilerin hastaneye yatırılmaları halinde özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları açıktır.[137] Bir kişinin taraf ehliyetinin olmaması, durumun içeriğini anlamadığı anlamına gelmez.[138] Bununla birlikte somut olayın koşullarına göre bazı esneklikler söz konusu olabilir. **Akıl sağlığı** yerinde olmayan bir kimsenin geçerli bir rıza gösterip göstermediğinin veya göstermeye ehil olup olmadığının belirlenemediği haller buna örnektir. Mesela *Storck/Almanya* davasında ergin fakat kısıtlı bulunmayan başvurucu, babasıyla birlikte geldiği klinikte kabul belgeleri kendisine imzalatılmadan yatırılmış ve kapalı bir odada yaklaşık 20 ay tutulmuştur. Başvurucu sürekli olarak klinik personelinin denetimi altında bulunmuş ve başvurucunun çıkıp gitmesine izin verilmemiş, başvurucu kaçmaya çalıştığında kelepçelenmiş, kaçmayı başardığı bir keresinde polis tarafından tutulup geri getirilmiş, bu dönem boyunca dış dünya ile sosyal irtibat kuramamıştır. Mahkeme bu unsurlara bakıldığında başvurucunun objektif açıdan özgürlükten yoksun bırakılmış görülebileceğini belirtmiş, ancak olayı aynı zamanda sübjektif açıdan da incelemiştir. Mahkeme'ye göre başvurucunun rıza göstermeye ehil olduğu varsayılacak olur ise, birkaç defa kaçmaya çalıştığı ve kaçmasını önlemek için yatağa bağlandığı ve polis tarafından kliniğe geri getirildiği göz önünde tutulduğunda, başvurucunun rıza gösterdiği sonucuna varılamaz. Ayrıca başvurucunun ağır ilaç tedavisinin ardından rıza gösterebilecek durumda olmadığı da varsayılacak olursa, bu bakımdan da başvurucunun tutmaya geçerli bir rıza gösterdiği söylenemez. Bu noktalardan hareket eden Mahkeme, somut olayda, başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmış olduğu sonucuna varmıştır.[139]

Rıza, ehliyet sahibi kişi tarafından net bir şekilde ortaya konmuş olmalıdır.[140] Eğer kişinin ayırt etme gücü yoksa, bu durumda rıza tek başına bir kriter olmaktan çıkar. Bu konuda da olaya özgü değerlendirme yapılmalıdır. Kişinin ayırt etme gücü yoksa, velisinin veya vasisinin rızası alınmalıdır. Eğer tutulan kişi **çocuk** ise bu rızanın, çocuğun yüksek yararına

137 *H.M./İsviçre*, §§ 91-94.

138 *Shtukaturov/Rusya*, İHAM, 44009/05, 27/03/2008, §§ 107-09.

139 *Storck/Almanya*, § 73-78.

140 Ibid., § 76; *H.M./İsviçre*, § 90.

uygun olması ve tutmanın amacı ile uyumlu olması gerekir.[141] Örneğin *Nielsen/Danimarka* davasında, 12 yaşındaki ruhsal ve sosyal gelişimi bozuk durumda olan ve velayeti annede bulunan küçük, annenin isteği üzerine hastanenin çocuk psikiyatri servisine yatırılmış ve altı ay kadar burada kalmış, babasının vasıtasıyla bu tutmanın özgürlükten yoksun bırakma oluşturduğunu iddia etmiştir. Ancak Mahkeme bu olayda konuyu velayet hakkı çerçevesinde incelemiş, bu muameleyi çocuğu babadan koparan bir muamele olarak değil fakat çocuğun yararına bir muamele olarak görmüş ve olayda bir özgürlükten yoksun bırakma bulunmadığı, dolayısıyla Sözleşme'nin 5'inci maddesinin uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.[142]

Bu bağlamda son olarak **yaşlıların** durumuna hassasiyetle yaklaşılması gerektiği vurgulanmalıdır. Burada da çocuklara benzer bir menfaat kriteri gündeme gelmektedir. Örneğin *H.M./İsviçre* davasında 85 yaşındaki yaşlı kadın, kendine bakabilecek durumda olmadığı gerekçesiyle başlangıçta karşı çıkmasına rağmen kamu makamları tarafından bakımevine yatırılmıştır. Mahkeme bu olayda da söz konusu muameleyi, başvurucunun menfaatine olarak yetkililer tarafından alınmış sorumlu bir hareket olarak görmüş ve olayda bir özgürlükten yoksun bırakma bulunmadığı sonucuna varmıştır.[143]

D. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKININ KAPSAMINA İLİŞKİN NİTELEME SORUNLARI

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla ilgili başvurularda özellikle niteleme ile ilgili olarak dört noktada yaygın bir yanlış anlama vardır. Bu noktaların bilinmesi, nitelikli başvurular için önem taşır.

1. Kişi Özgürlüğü Hakkı ve Seyahat Özgürlüğü Hakkı Farklı Haklardır

Kişi özgürlüğüne yönelik müdahalenin net anlaşılması için, kişi özgürlüğü kavramının seyahat özgürlüğü kavramından farkının

141 *Nielsen/Danimarka*, İHAM, 10929/84, 28/11/1988, § 63.

142 *Nielsen/Danimarka*, §§ 61-73.

143 *H.M./İsviçre*, §§ 40-49.

netleştirilmesi de gerekir. Kişi özgürlüğüne müdahale, Anayasa'nın 19'ncu maddesi (İHAS md. 5) kapsamında bir müdahale iken; ikinci tür müdahale, Anayasa'nın "Seyahat ve Yerleşim Özgürlüğü" başlıklı 23'üncü maddesi (4 no.lu Protokol) kapsamında bir müdahaledir.[144]

Bu konu Anayasa Mahkemesi'nin ve Strazburg organlarının önüne, özellikle yurt dışına çıkış yasağı ile ilgili olarak gelmektedir. CMK'nın 109'uncu maddesindeki adlî kontroller arasında ifade edilen bu tedbir, Anayasa'nın "Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü" başlıklı 23'üncü maddesi uyarınca; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları yönünden ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir. Bunun dışında, vergi borcu veya askerlik ödevi vb. türden vatandaşlık ödevlerine dayanarak yurt dışına çıkış yasağı uygulaması en azından 2010 yılındaki Anayasa değişikliğinden bu yana mümkün değildir. Yabancılar yönünden ise Anayasa'da açık bir hükme ve sınırlı sayıda nedene yer verilmemiştir.

Özgürlükten yoksun bırakma düzeyine ulaşmayan, örneğin hareket serbestisi üzerine kontrol getirilmesi düzeyindeki veya hareket serbestisini tamamen kaldırmayıp sınırlayan müdahaleler, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kapsamı içinde değildir. Bu tür müdahaleler, kural olarak **seyahat özgürlüğü** kapsamında ele alınır.

Seyahat özgürlüğü hem Avrupa sisteminde hem de Anayasa'da, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından farklı bir maddede düzenlenmiştir. Bu iki hak arasında, nitelik veya içerik farkı değil, derece ve **yoğunluk farkı** vardır.[145] Seyahat özgürlüğü, genel olarak hareket serbestisini güvence altına alır; buna karşın kişi özgürlüğü bu serbestiye yönelik, yakalama veya tutma gibi, sınırlamanın aşırı biçimlerine karşı özel (*lex specialis*) koruma sağlar.

Bu yoğunluk farkı, terminolojide de farklılaşmalara yol açmaktadır. İnsan Hakları Mahkemesi, seyahat özgürlüğü ile ilgili müdahalelerde hareket özgürlüğüne yönelik "kısıtlama" (*restriction*) kavramını

144 *Engel ve diğerleri/Hollanda*, § 58.

145 *Guzzardi/İtalya*, § 93; *Sabahat Tuncel başvurusu*, AYM, 2012/1051, 20/2/2014, §44.

kullanmakta, konu kişi özgürlüğü olduğunda "yoksun bırakma" (*deprivation*) kavramı kullanılmaktadır.[146] Yani kişinin hareket serbestine yönelik bir kısıtlama "seyahat özgürlüğü" ile ilgili bir mesele iken; bu, "yoksun bırakma" düzeyine ulaşan bir yoğunluk kazandığında artık konu "kişi özgürlüğü ve güvenliği" hakkı ile ilgili olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, şimdiye kadarki içtihadında kişi özgürlüğüne yönelik müdahaleler yönünden de "kısıtlama" kavramını kullanmaktadır.[147] Bunda Anayasa'nın terminolojisinin (md. 19/8) etkili olduğu düşünülebilir. Ne var ki, gerçekte kişi özgürlüğüne yönelik müdahalelerde "kısıtlama"dan daha yoğun bir müdahaleden bahsedildiği bilinmelidir. Bu terminolojik ayrışma bir tarafa bırakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili içtihadı, özü itibarıyla Strazburg organlarının yaklaşımı ile koşuttur:

> "Hürriyet sözcüğü, özgürlük ve bağımsızlığın yanı sıra serbestlik anlamına dagelmektedir. Bu anlamda kişi hürriyetine yönelik bir müdahalenin bulunduğunun söylenebilmesi için kişinin hareket serbestisinin maddi olarak sınırlandırılmış olması gerekir. Burada hareket serbestisine yönelik kısıtlama, Anayasa'nın 23'üncü maddesinde güvence altına alınan seyahat hürriyetine yönelik bir müdahaleye göre çok daha yoğundur. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale için kişi, rızası olmaksızın en azından rahatsızlık verecek uzunlukta bir süre boyunca belirli bir yerde fiziki olarak tutulmalıdır."[148]

Konunun net anlaşılması için bir benzerlik kurmak gerekirse; kişi özgürlüğü ile seyahat özgürlüğü arasındaki yoğunluk farkı, işkence yasağı ile özel yaşama saygı hakkı arasındaki yoğunluk farkına benzetilebilir.[149] Nasıl ki bir muamele, işkence yasağının kapsamına girecek düzeyde ağırlık taşımıyor olsa bile özel yaşama saygı hakkını ihlal edebilir; işte buna benzer şekilde bir müdahale, kişi özgürlüğü kapsamında olmasa bile seyahat özgürlüğü kapsamında sayılabilir.

---

146 Bu terminolojik ayrım yönünden bkz. *Kasparov/Rusya*, § 36.

147 Örn. bkz. *Mehmet İlker Başbuğ başvurusu*, AYM, 2013/6099, 16/07/2014, § 45; *Galip Öğüt başvurusu*, §§ 37-38.

148 *Galip Öğüt başvurusu*, § 34.

149 *Tahir Canan başvurusu*, AYM, 2012/969, 18/09/2013, § 23.

	Vücut Bütünlüğü	**Hareket Serbestisi**
Yoğun Olmayan Müdahale	Özel Yaşama Saygı Hakkı	Seyahat Özgürlüğü Hakkı
Yoğun Müdahale	İşkence ve Kötü Muamele Yasağı	Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Bu kategorilerden hangisinin geçerli olduğunu belirlemek, yani bu iki hak arasındaki sınırı çizmek, özellikle hassas davalarda kolay olmayabilir. Örneğin İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında, polislerce durdurulan ve 30 dakikadan az bir süre boyunca seyahatlerine devam etmelerine engel olunan kişilerin, seyahat özgürlüklerine yönelik müdahalede bulunulduğunu tespit etmekle yetinmemiş; bu kişilerin bulundukları yerde durmak zorunda kalmalarını, bunu reddetmeleri halinde gözaltında alınacak, polis merkezinde alıkonacak ve haklarında suç isnadı bulunabilecek olmasını da dikkate alarak kişi özgürlüğü haklarına müdahalede bulunulduğu sonucuna ulaşabilmiştir.[150]

Öte yandan İnsan Hakları Mahkemesi, *İletmiş/Türkiye* kararında, daha da ileri gitmiştir. Bu olayda, hakkındaki bir suç isnadı nedeniyle Türkiye'de gözaltına alınan ve pasaportuna el konulan bir başvurucu, yargılama sonucunda beraat etmiştir. Başvurucu beraat etmesine rağmen pasaportu kendisine iade edilmemiştir. İki çocuğu Almanya'da kalan başvurucu, 15sene boyunca yurt dışına çıkamamış ve bu durumun, özel yaşamına saygı hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili çarpıcı belirlemesi şu şekildedir:

> "Seyahat özgürlüğünün, özellikle de sınırların geçilmesinin, kişinin özel yaşamını geliştirme hakkı için esaslı olduğu, özellikle de başvurucu gibi, bir kişinin çeşitli ülkelerde ailevi, meslekî veya ekonomik bağları bulunduğu bir durumda, Devletin, yargılama yetkisi içindeki bir kişiyi bu özgürlüğünden hiçbir neden olmaksızın yoksun bırakması, yükümlülüklerinin ciddi bir ihlalidir. "Seyahat özgürlüğü"nün,

150 *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, § 57. 5 saate yakın bir süre bağlamında bkz. *Foka/Türkiye*, op. cit.

> Türkiye'nin imzaladığı fakat onaylamadığı 4 no.lu Protokol'ün 2'nci maddesinde güvence altına alınmış olması, aynı olayın, Sözleşme'nin ve protokollerinin birden fazla hükmü ile çelişmesi karşısında ilgisizdir. Mahkeme, bir süre boyunca başvurucunun ülkeyi terk etmesinin yasaklanmasına devam edilmesinin bir "toplumsal ihtiyaç baskısına" yanıt vermediği ve bu nedenle Sözleşme'nin 8'inci maddesindeki meşru amaçlar yönünden ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 8'inci maddesi ihlal edilmiştir."[151]

Bu içtihat Türkiye ile ilgili olarak sonraki bir kararda[152] sürdürülmüş, diğer bir davada ise "konu yönünden yetkisizlik" kararı verilmiştir.[153]

Anayasa Mahkemesi ise önüne gelen olaylarda, haklarında CMK'nın 109'uncu maddesi uyarınca yurt dışına çıkış yasağı şeklinde adlî tedbir uygulanan başvurucuların ihlal iddialarını kategorik olarak ele almakta ve Türkiye'nin seyahat özgürlüğünü güvence altına alan 4 no.lu Protokol'e taraf olmamasından hareketle bu hakkın "ortak koruma alanı"nda olmadığı gerekçesiyle "konu yönünden yetkisizlik" kararı vermektedir.[154] Bu kararların, esası itibarıyla olmasa da usul yönünden "nitelendirme" tartışmasını beraberinde getirdiği açıktır.

2. Kişinin Tutulma Koşulları, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Kapsamında Değildir

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili yaygın hatalardan biri de başvurucuların özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları mekâna ve tutulma koşullarına ilişkin yakınmalarını da bu hak kapsamında bir müdahale şeklinde nitelendirmeleridir. Oysa bu tür yakınmalar, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili değildir. Koşulları bulunuyorsa, bu iddiaların işkence ve kötü muamele yasağı veya özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında tartışılması gerekir.[155]

---

151 *İletmiş/Türkiye*, İHAM, 29871/96, 06.12.2005, § 50.

152 Bkz. *Paşaoğlu/Türkiye*, İHAM, 8932/03, 08/07/2008.

153 *Kömürcü/Türkiye*, 2769/11, 17/02/2015, §37; Farklı bir bağlamda bkz. Örn. bkz. *Fathi/Türkiye*, İHAM, 32598/06, 30/06/2009.

154 Örn bkz. *Sebahat Tuncel başvurusu*, AYM, 2012/1051, 20/02/2014, § 55.

155 *Sadullah Remzi Karagöz başvurusu*, AYM, 2014/8870, 08/06/2016.

3. Mahkûmiyet Kararı, Davanın Koşullarına Göre Farklı Haklar İçin Müdahale Oluşturabilir

Bireysel başvuru dilekçelerinde gözlemlenen bir diğer yaygın hata ise, ceza yargılaması sonucunda mahkûm olan başvurucuların, bu mahkûmiyet kararının "haksız" olduğunu söylemeleri ve bu mahkûmiyet kararı uyarınca mahpus olmalarının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiğini iddia etmeleridir.

Bu tür bir iddia, Sözleşme'nin md. 5/1(a) hükmü (Anayasa'nın md. 19/2 hükmü) uyarınca madde kapsamında sayılabilir. Zira Sözleşme'ye göre "bir kişinin, yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra kanuna uygun olarak tutulması" veya Anayasa'ya göre "Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi" kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmasının meşru sebeplerindendir. Dolayısıyla başvuruların bu meşru sebebin oluşmadığı iddiaları kural olarak incelenebilir.[156] Ne var ki bireysel başvuru yolu, kanun yolu başvurusu değildir. Bu yolda, mevzuatın yorumlanma ve bu çerçevede uygulanma biçimi ile ilgili inceleme yapılmaz.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre "Yargı organlarınca verilecek mahkûmiyet kararlarının sonucu olarak hapis cezası veya güvenlik tedbirlerinin uygulanması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında değildir. Diğer taraftan suç şüphesine bağlı tutma kapsamında olan durumlardan farklı olarak bu istisna 'bir mahkûmiyet kararına bağlı olarak' tutmayı ifade eder.[157] Mahkeme'ye göre ilgili madde, "Mahkûmiyet kararının değil tutmanın kanuna uygun olmasını güvence altına alır. Dolayısıyla bu güvence kapsamında, kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının yerindeliği veya orantılığı incelemeye tabi tutulmaz."[158]

---

156 Esasen bu tür başvuruların adil yargılanma hakkı (md. 6) kapsamında incelenmesi daha olasıdır.

157 *Tahir Canan (2) başvurusu*, AYM, 2013/839, 05/11/2014, § 33.

158 *Günay Okan başvurusu*, AYM, 2013/8114, 17/09/2014, § 18.

Bu bağlamda inceleme, özellikle mahkûmiyet kararı veren organın bir mahkemede bulunan özelliklere sahip olup olmaması yönünden gündeme gelebilir.[159]

Öte yandan, mahkûmiyet kararı çoğu kez, davanın konusunda göre farklı haklara yönelik müdahalenin kaynağıdır. Örneğin bir gazetecinin bir internet sitesine yazmış olduğu yazıdan dolayı yargılanması söz konusu olduğunda, yargılama sürecindeki tutukluluğu kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale iken, bu yargılamanın sonunda almış olduğu hapis cezası ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak kavranmalıdır.[160] Bu iki müdahale biçiminin birbirine karıştırılmaması gerekir.

4. "Kişi Güvenliği" Kavramı Dar Yorumlanır

Son olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili kavramsal bir kargaşaya dikkat çekmek gerekmektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bünyesinde iki farklı kavram barındırmaktadır: Özgürlük ve güvenlik. Acaba kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği kavramları iki farklı hak güvencesi mi getirmektedir? Strazburg organları, çeşitli davalarda, müdahalenin sadece "kişi özgürlüğü"nü değil, aynı zamanda "kişi güvenliği"ni de ihlal ettiği söyleyerek iki hakkın aynı olmadığının da altını çizmişlerdir. Buna karşın güvenlik hakkı, Anayasa'da ve Sözleşme sisteminde, şimdiye dek tek başına ele alınmamıştır.[161] Örneğin *Altun* davasında başvurucu, evini ve köyünü terk etmeye zorlanmasının kişi güvenliğini ihlal ettiğini ileri sürmüşse de Mahkeme, başvurucunun evini kaybetmesi üzerine içine düştüğü güvencesiz durumunun Sözleşme'nin 5'inci maddesi anlamında "kişi güvenliği" içinde olmadığını ifade etmiştir. Genellikle özgürlük hakkının tamamlayıcısı olarak kavranan kişi güvenliği hakkı, kamu gücünün kişi özgürlüğüne yönelik, mevzuattaki maddi ve usûlî gerekliliklere uymadan yaptığı, yani keyfî müdahaleleri bağlamında gündeme gelir.[162]

---

159 Bkz. aşa. "Yargı Mercii – Mahkeme Kavramı" başlığı.

160 Bkz. *Mehmet Ali Aydın başvurusu*, AYM, 2013/9343, 04/06/2015.

161 *Altun ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 54788/11, 17/12/2013, § 57.

162 *Birleşik Krallık Yurttaşları ve Kolonileri/Birleşik Krallık*, İHAM, 4626/70, 06/03/1978; *Zilli ve Bonardo/İtalya*, İHAM, 40143/98, 18/02/2004.

İçtihatta kişi güvenliği hakkı, genellikle keyfîlikten korunma vurgusunun yapıldığı[163], özellikle de zorla kaybetme vakaları bağlamında kullanılır olmaktadır.[164] Dolayısıyla kişilerin kişi güvenliği hakkının, hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olan hukuk güvenliği ile ilişkili olduğu söylenebilir.[165] Söz konusu hakkın, **sosyal güvenlik** hakkı ile fonetik benzerlik dışında bir ilgisi yoktur. Bunun dışında kişi güvenliğinin **maddi ve manevi güvenlik** olarak da anlaşılmaması gerekir. Nitekim *Hajduova/Slovakya* kararında, başvurucunun, kendisine sözlü ve fiziksel saldırıda bulunan, psikolojik rahatsızlık yaşayan ve tehditlerine devam eden eski eşinin tutulması talebinin reddedilmesinin kişi güvenliğini ihlal ettiği iddiasının, bu hakkın fiziksel özgürlük bağlamında anlaşılması gerektiğine ilişkin vurgu ve konu yönünden yetkisizliği gerekçesiyle reddedilmiş olması da bunu doğrulamaktadır.[166] Bu gibi hallerde, koşulları varsa işkence yasağı veya özel yaşama saygı haklarının gündeme gelmesi gerekir.

163 *Bozano/Fransa*, İHAM, 9990/82, 18/12/1986, §§ 54 ve 60; *Öcalan/Türkiye*, § 83.

164 *Kurt/Türkiye*, § 123.

165 Dörr, s. 651; Elberling, s. 97. BM İnsan Hakları Komitesi, kişi güvenliğinin kişi özgürlüğünden ayrı bir anlam taşıyabileceğini söylemekte ve bu hakkı ölüm tehdidi, nefret ve gözdağı vermenin söz konusu olduğu hallerde uygulamaktadır. Kararlar için bkz. Schabas, s. 229.

166 *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, § 317.

III. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMANIN ŞARTLARI

Hem İnsan Hakları Mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bireysel başvurularda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında bir müdahalenin mevcut olup olmadığını tespit ettikten sonra sırasıyla müdahalenin "kanuniliği", "sebebe uygunluğu" ve "ölçülülüğü" testlerini yapar. Bunlar, özgürlükten yoksun bırakmanın şartlarıdır.

Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı İncelenirken Sorulan Sorular
(1) Müdahale var mı?
(2) Müdahalenin kanuni dayanağı var mı? Varsa müdahale kanuna uygun mu?
(3) Müdahale, Anayasa'nın ve Sözleşme'nin öngördüğü amaçlardan birine giriyor mu?
(4) Müdahale ölçülü mü?

A. KANUNİLİK

Bir kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmanın ilk şartı, müdahalenin kanuni olmasıdır. Nitekim Sözleşme'nin md. 5/1 hükmünde "kanunun öngördüğü usule" atıf yapılmıştır. Anayasa'da da 13'ncü madde bunu gerektirir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre "hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespit edilmesi gereken nokta, müdahalenin hukuksal bir temelinin, yani müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır."[167]Bir kanun varsa, kuşkusuz öncelikle bu kanunun Sözleşme ve Anayasa ile uyumlu olması gerekir.[168]

Kanun kavramının iki farklı anlamı vardır. Bunlar "şeklî anlamda kanun" ve "maddi anlamda kanun" olarak ikiye ayrılırlar. Kanunun bu iki anlamı da tutmanın kanuni olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınan unsurlardır. Kanunilik denetimde, müdahalenin her iki anlamda

167 *Tuğba Arslan başvurusu*, AYM, 2014/256, 25/06/2014, § 82.
168 *Plesó/Macaristan*, İHAM, 41242/08, 03/11/2012, § 59.

da kanuna dayanıp dayanmadığı ve eğer kanuna dayanıyorsa, söz konusu müdahalenin kanuna uygun olup olmadığı incelenir.

Bu bakımdan öncelikle kanun kavramının bu ikili anlamı üzerinde durmak, ardından kanuna uygunluktan ne anlaşıldığını açıklamak gerekiyor.

1. Şeklî Anlamda Kanun

Kanun kavramının şeklî anlamı, parlamento tarafından usulüne uygun şekilde çıkartılmış ve adı kanun olan normları ifade eder. İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'de geçen "law" kelimesine, çok istisnaî durumlar hariç olmak üzere[169], böyle bir anlam yüklemez. Sözleşme'ye taraf olan devletlerdeki farklı hukuk geleneklerini (örn. Birleşik Krallık'taki *common law* geleneğini) dikkate alan Strazburg organları, yürütmenin veya yargının da "hukuk" üretebileceğini kabul etmektedirler. Bu nedenle de Sözleşme'deki kanun (*law*) kavramı, sadece parlamento tarafından çıkartılan kanunlarla sınırlı kavranmamaktadır. Yani, Sözleşme sisteminde, bir uluslararası antlaşma, bir tüzük, bir yönetmelik, bir ferman veya yerleşik hale gelmiş bir mahkeme kararı da "kanun" kavramı içindedir.[170] Önemli olan, kanunda bulunması gereken niteliklerin söz konusu normda bulunmasıdır. Buna karşın, ulusal hukuk sistemlerinin çoğunda, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin her halükârda "şeklî anlamda" kanuna dayanması esastır. Türkiye'de de söz konusu kural, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde somutlaştırılmıştır:

> "Temel hak ve hürriyetler (…) ancak kanunla sınırlanır."

Bu maddede geçen "kanun" kavramı, Anayasa Mahkemesi tarafından şu gerekçeyle şeklî bir anlamda kavranmıştır:

---

169 Strazburg içtihatlarında, kanun kavramına şeklî anlam verilmesi, adil yargılanma hakkı bünyesinde yargısal organların kurulması ile ilgili söz konusu olabilmektedir. bkz. *Zand/Avusturya*, İHAM, 7360/76, 16/05/1977. *Coëme ve diğerleri/Belçika*, İHAM, 32492/96 et al., 20/06/2000.

170 Regina Weiß, *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), ss. 71 vd.

"Anayasa'nın 87'inci maddesine göre 'kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak' Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkisindedir. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlamento kararı dışında kalan ve Anayasa'nın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Anayasa'nın 7'inci maddesinde yer alan 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez' kuralı, bir ayrım yapmadan, kanunun maddi ve şeklî anlamlarını kapsamaktadır. Anayasa'nın doğal sonucu olarak da Anayasa'ya göre kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin başka bir merci tarafından yapılamayacağıdır.

Buna karşın Anayasa'nın 8'inci maddesi uyarınca 'Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir'. Bu bakımdan, yürütme yetkisi ve görevi 'kanunlara uygun olarak' kullanılması gerektiğinden kanun ile düzenlenebilecek konularda, yasama organının asli kuralları koymakla yetinerek, bunun yanı sıra tâlî ve uygulayıcı kuralları idarî düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür.

Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa'nın 13'üncü maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez.

Dahası, Anayasa'nın 91'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca sosyal ve ekonomik haklar hariç olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idarî düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkündeğildir."[171]

171 *Tuğba Arslan başvurusu*, §§ 85-88.

Bu yaklaşım uyarınca, Türkiye'de, parlamento tarafından usulüne uygun olarak çıkartılmış bir kanuni dayanak yokken çıkartılacak bir idarî düzenleme ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edilemez. Herhangi bir şeklî kanuni dayanağı olmayan yargı kararı da kanuni olmayacaktır. Çünkü Türkiye'de kural olarak, idarî pratikler ve düzenlemeler veya yargı organlarının kararları "kanun" kavramı içinde görülmez.

Bu husus Sözleşme bağlamında da önemli bir sonuç doğurmaktadır. Sözleşme "kanunun öngördüğü bir usule uyulmadıkça, hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" hükmüyle taraf devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemelere bir gönderme yapmış ve ulusal mevzuattaki esas ve usule ilişkin kurallara uyma yükümlülüğünü 5'inci maddenin bir parçası haline getirmiştir. Ulusal hukuku yorumlamak ve uygulamak ilk olarak yerel makamların göreviyse de, İnsan Hakları Mahkemesi de 5'inci madde altında yapacağı inceleme sırasında iç hukuka riayet edilip edilmediğini incelemek durumundadır. Bu minvalde Türkiye'de şeklî anlamda bir kanuna dayanmayan bir özgürlükten alıkoymanın, Sözleşme'yi de ihlal edeceği sonucuna varılabilir.

2. Maddi Anlamda Kanun (Kanunun Kalitesi)

Kanun kavramına yönelik maddi yaklaşım, bir norma, üreten organa göre değil, içeriğindeki unsurlara yani normun niteliğine bakılarak anlam verir. İnsan Hakları Mahkemesi, kanun kavramını böyle bir yaklaşımla kavrar. Bu bakımdan Mahkeme, kanunun nasıl adlandırıldığına değil, içeriğine ve niteliğine odaklanır ve bu nitelikleri taşıyan her türlü karar ve düzenlemeyi, "kanun" (*law*) kavramı içinde görür. Bu nitelikler, "ulaşılabilirlik", "öngörülebilirlik" ve "keyfîliğe karşı koruyucular" şeklinde sıralanır.

Benzer yaklaşım, nispeten Anayasa Mahkemesi tarafından da paylaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de:

> "Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin

davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır."[172]

Ayrıca yine Anayasa Mahkemesi'ne göre;

«Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfîliğe izin vermeyen, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfî uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımalı ve idarenin keyfî uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir (Bkz. AYM, E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13/6/1985). Aksi bir durumda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa'nın 13'üncü maddesi hükmüne de aykırılık oluşturacaktır."[173]

Bu kararlardan da anlaşıldığı gibi Anayasa Mahkemesi kanunilik değerlendirmesi yaparken, sadece şeklî bir yaklaşım içinde kalmamakta, normun içeriğine ve niteliğine yönelik de bir değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme, bu değerlendirmesini "kanunun kalitesi" incelemesi olarak adlandırmaktadır. Bu bakımdan iki mahkemenin yaklaşımı arasında bir kesişim vardır. Aradaki fark, Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir değerlendirmeye girmeden önce şeklî anlamda kanunilik incelemesi yapmasıdır. Bir müdahale, bu testi geçtikten sonra, "kanunun kalitesi" yönünden de incelenecektir. Bu incelemede ise kanunun "ulaşılabilirliği", "öngörülebilirliği" ve "keyfîliğe karşı koruyucuları" incelenmektedir.

a. Ulaşılabilirlik

Ulaşılabilirlik, temel hakka müdahale eden normun, muhataplarınca erişime açık olmasını ifade eder. İnsan Hakları Mahkemesi bu unsurun

172 *Youtube başvurusu*, AYM, 2014/4705, 29/05/2014, § 56.

173 *Tuğba Arslan başvurusu*, § 89; *Fikriye Aytin ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/6154, 11/12/2014, § 39; *Mehmet Koray Eryaşa başvurusu*, AYM, 2013/6693, 16/4/2015, 13/7/2015, § 62; *Bülent Polat başvurusu*, AYM, 2013/7666, 10/12/2015, §76.

nasıl sağlanması gerektiği konusunda net bir standart belirlemiş değildir. Yani Sözleşme sistemi yönünden, bir kanunun "ulaşılabilir" olması için mutlaka Resmî Gazete'de yayımlanması şartı yoktur. Somut olayın koşullarına göre, ilgili norma muhatap olan kişilerin, söz konusu düzenlemeyi bildiği, bilebilecek durumda olduğu ve/veya icabında konunun uzmanlarından yardım almak yoluyla erişim sağlayabildiği hallerde "ulaşılabilirlik" unsuru karşılanmış olacaktır.[174]

Benzer denetim, Anayasa Mahkemesi tarafından da yapılmaktadır. Türkiye'de şeklî kanun anlayışının geçerli olmasından ötürü, parlamento tarafından çıkartılan normların Resmî Gazete'de yayımlanması, anayasal bir zorunluluk olduğu için bu bağlamda bir sorun ortaya çıkma olasılığı düşüktür. Buna karşın temel hak müdahalesinin kanuna dayanmakla birlikte, kanunun verdiği yetkiyle daha alt düzeydeki düzenlemeler yoluyla netleştirildiği hâllerde ise bazen sorunlar ortaya çıkabilir. Çünkü ulusal hukukta bazı yönetmelikler ile adsız düzenleyici işlemlerin Resmî Gazete'de yayımlanması anayasal bir zorunluluk değildir. Dolayısıyla, bu gibi hallerde temel hakka müdahale eden normun, ulaşılabilir olmaması ihlal yaratabilir.[175]

b. Öngörülebilirlik/Belirlilik

İnsan Hakları Mahkemesi'nin kanunilik incelemesinde değerlendirilen diğer unsur, öngörülebilirliktir. Bu unsur, Anayasa Mahkemesi kararlarında "belirlilik" şeklinde de ifade edilmektedir. İçtihatta, her iki kavramın da aynı anlamda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Tutmanın hukuksal arka planını oluşturan kurallarda belirliliğin olmaması, Sözleşme'nin 5'inci maddesini ihlaleder.[176]

---

174 Bu bağlamda bkz. *Verbanov/Bulgaristan*, İHAM, 31365/96, 05/10/2000; AYM de ulaşılabilirliği öngörülebilirlikle birlikte ele almaktadır: AYM, E. 2012/116, T. 2013/32, T. 28/02/2013.

175 Somut norm denetimi bağlamında bkz. AYM, E. 2011/18, K. 2012/53, T. 13/10/2012. AYM, benzer bir tespiti Karlis A. Ş. davasında yapabilirdi fakat bu olayda mevzuatın ulaşılabilirliği sorunu üzerinde durmamıştır. *Karlis A. Ş. başvurusu*, AYM, 2013/849, 15/4/2014.

176 *Kolevi/Bulgaristan*, İHAM, 1108/02, 05/11/2009, § 178.

Strazburg organlarına göre öngörülebilirlik ilkesi uyarınca "yurttaşların, davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, kanun olarak kabul edilemez: Yurttaşlar, belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmanlık ile öngörebilmelidir."[177] Mahkeme'ye göre bu konuda genel geçer bir standart ortaya koymak mümkün değildir; çünkü "öngörülebilirlik kavramının kapsamı, söz konusu metnin dikkate değer düzeyde içeriği, muhataplarının sayısı ve statüsü ile kapsadığı alana bağlıdır. İlgili kişi, bir eylemin neden olacağı durumların ve sonuçların belli bir düzeyde makul olup olmadığını değerlendirmek için uygun bir hukuksal danışmanlık almak zorunda olsa bile kanun, öngörülebilirlik gerekliliğini sağlıyor olabilir. Bu, belli meslekî faaliyetleri yerine getiren ve mesleklerinin devam için bu normlara yüksek düzeyde dikkat göstermesi gerekenkişiler yönünden özellikle doğrudur."[178]

Yani kanunların mutlak bir belirlilikle öngörülebilir olması gerekmez, bu gerçekçi de değildir. Bir normun belirgin olması arzu edilir bir şeydir ancak bu aşırı derecede katılığı da beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle, birçok kanun kaçınılmaz olarak, az ya da çok muğlâk terimle ifade edilir; bunların yorumu, hukukun uygulanması sorunudur.[179]

Muğlâk ifadeler, örneğin genellemeler, kategorileştirmeler belli bir marj içinde kabul edilebilirdir. Zira "kanunların lafzının her zaman açıklık taşımaması, kanunun genel uygulama bulmak zorunda olması ilkesinin mantıksal sonucudur. Kurallar yoluyla düzenlemeye ilişkin standart

---

177 *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 23/09/1998, § 54; *Baranowski/Polonya*, İHAM, 28358/95, 28/03/2000, § 52-56; *Creangă/Romanya*, İHAM, 29226/03, 23/02/2002, § 120.

178 *Sunday Times/Birleşik Krallık*, İHAM, 6538/74, 26/04/1979, § 49. Aynı yönde bkz. *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 5947/72 et al., 25/03/1983, § 88; *Malone/Birleşik Krallık*, İHAM, 8691/79, 02/08/1984, § 66; *Barthold/Almanya*, İHAM, 8734/79, 25/03/1985, § 45; *Olsson/İsveç*, İHAM, 10465/83, 24/03/1988, § 61; *Müller ve diğerleri/İsviçre*, İHAM, 10737/84, 24/05/1988, § 29; *Herczegfalvy/Avusturya*, İHAM, 10533/83, 24/09/1992, § 91.

179 *Sunday Times/Birleşik Krallık*, § 49. "Mahkeme, kanunların çerçevelendirmesinin mutlak bir belirginlik kazanmasının mümkün olmadığını ve belirginlik arayışının aşırı derecede katılığa varabileceği riskini" de farklı kararlarında vurgulamıştır. Bkz. *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 88.

tekniklerden biri de tüketici bir listeden ziyade, genel kategorileştirmenin kullanılmasıdır."[180] Önem taşıyan nokta, bu muğlâk ifadelerin pratikte belirsizlik üretmemesidir. Strazburg organlarının kararlarından örnek vermek gerekirse *Svipsta/Letonya* kararında Letonya hukukundaki "bütün sanıkların, soruşturma dosyasındaki belgeler hakkında bilgi sahibi olmasına kadarki süre, tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır" şeklindeki ceza muhakemesi hükmü belirsiz görülmüş ve ihlal nedeni olarak tespit edilmiştir.[181]

İlk bakışta muğlâk bazı ifadeler içeren bir düzenlemenin, yasama organının hazırlık çalışmaları[182] veya diğer kamu erklerinin çıkartacağı düzenlemeler[183] yoluyla netlik kazanması mümkündür. Burada özellikle önem taşıyan erk, yargı erki olmaktadır. Mahkemeler, bir kurala zaman içinde istikrarlı uygulamalar yoluyla netlik kazandırabilirler. Böyle durumlarda, kanunun öngörülebilirliğinden bahsedilebilir.

Ulusal makamların tutarsız ve belirsiz pratikleri ise öngörülebilirliği zedeler. *Nasrulloyev/Rusya* kararı buna örnektir. Mahkeme bu davada şu belirlemeyi yapmıştır:

> "Mahkeme, ulusal makamların, suçluların iadesi amacıyla tutulmasına ilişkin düzenlemeler konusundaki uyumsuz ve birbirini dışlayan pozisyonlarını dikkate aldığında, başvurucunun tabi olduğu özgürlükten mahrumiyetin çerçevesinin keyfîliğe karşı yeterli güvencelerle çizilmediği sonucuna ulaşmaktadır. Rusya'da suçluların iadesi amaçlı tutulmalarına dair hukukunun uygulaması ne kesindir ne de öngörülebilirdir; kısacası Sözleşme'nin gerektirdiği "kanunun niteliği" ile uyumlu değildir. Ulusal sistem, başvurucuyu, keyfî şekilde tutulmaktan koruyamamaktadır ve tutma, Sözleşme'nin 5'inci maddesindeki amaçlar çerçevesinde kanuni olarak görülemez."[184]

180 *Kokkinakis/Yunanistan*, İHAM, 14307/88, 25/05/1993, § 40.

181 Bkz. *Svipsta/Letonya*, İHAM, 66820/01, 09/03/2006.

182 *Olsson/İsveç*, § 62.

183 *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 76.

184 *Nasrulloyev/Rusya*, İHAM, 656/06, 11/10/2007, § 77.

Benzer şekilde *Mugoša/Karadağ* kararında Mahkeme, Karadağ hukukunda her ne kadar kanunların lafzında yeterli açıklık bulunuyor olsa da tutukluluğun devamı veya tutukluluk incelenmesinin yapılması konusunda zorunlu sürelere ilişkin uygulamada bir belirlilik olmadığı, dolayısıyla mevzuatın uygulamasının öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.[185]

Acaba kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile uyumlu bir kanunda söz konusu spesifikleşme nasıl yapılabilir? İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'den türetilen ve hukukun üstünlüğü ilkesinin temel bir unsuru olarak görülen "hukuksal kesinlik" ilkesinin önemine dikkat çeker.[186] Bunun sağlanması için de öncelikle, kanunda, tutma kararının koşullarına ilişkin ayrıntıların ve tutma süresinin düzenlenmiş olması gerekir.[187]Böyle olduğunda, yürütme ve yargı organlarının keyfî uygulamada bulunma riski azaltılmış olur. Örneğin kişiler hakkında bir iddianame düzenlenmiş olmasının gözaltı koşulu olarak kabul edildiği ve bu süreçte mahkemelerin duruşma günlerinin, tutma sürelerinin vb. koşulların net olarak düzenlenmediği Gürcistan Ceza Muhakemesi mevzuatından ötürü bu ülke aleyhine çok sayıda ihlal kararı verilmiştir.[188] Benzer şekilde Rusya ile ilgili kararlarda da yargılama öncesi tutukluluk süresinin açıkça belirtilmemiş olması durumu kanunilik sorunu üretebilmektedir.[189]

Gerçi nispeten belirsiz görünen bir normun, uzun süredir devam eden ve yerleşik hale gelmiş olan içtihatlar yoluyla belirli hale getirilmesi mümkündür.[190] Ancak bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasında polisin sahip olduğu takdir yetkisi, eğer sadece idarî pratikle gerçekleşiyorsa ve normun kendisi yeterli kesinliğe sahip değil ise bu durumda gerekli çerçeve bulunmuyor demektir. Bu, özellikle idarî pratiğin meslek kuralları

185 *Mugoša/Karadağ*, İHAM, 76522/12, 21/06/2016, §§ 56-57.

186 *Baranowski/Ukrayna*, İHAM, 40107/02, 10/02/2011, § 56; *Ciszewski/Polonya*, İHAM; 38668/97, 13/07/2004, § 29.

187 *Abdolkhani ve Karminia/Türkiye*, § 133; *Kharchenko/Ukrayna*, İHAM, 40107/02, 10/02/2011, § 74.

188 Örn. bkz. *Tchankotadze/Gürcistan*, İHAM, 15256/05, 21/06/2016, §§ 93-96 ve oradaki atıflar.

189 Örn. bkz. *Kolomenskiy/Rusya*, İHAM, 27297/07, 13/12/2016.

190 *Laumont/Fransa*, İHAM, 43626/98, 08/11/2001, § 51.

ve talimatlarla düzenlendiği fakat bu düzenlemelere meslek dışında erişimin mümkün olmadığı hallerde görünür olmaktadır.[191]

İki devlet arasındaki diplomatik notlara dayalı *ad hoc* antlaşmalar da yeterli öngörülebilirliği sağlamadığı için gerekli açıklığı içeriyor sayılmaz.[192] Aynı şekilde, henüz yürürlüğe girmemiş olan uluslararası hukuk belgeleri de kanunilik koşulunu sağlamaz.[193]

Anayasa Mahkemesi de herhangi bir temel hakka yönelik belirlilik içermeyen veya uygulama yoluyla belirsizleşen normların ihlal üreteceğini kabul etmektedir. Örneğin *Mehmet İlker Başbuğ* kararında, derece mahkemesi hüküm verdikten sonra yedi ayı aşan bir süre boyunca gerekçeli karar dosyaya konmamıştır. Bu uygulama, başvurucunun, mahkûmiyete bağlı olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararın, görevli olmayan bir mahkeme tarafından verildiği, dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakmanın kanuni olmadığı yönündeki iddiasını temyiz mercii önüne götürememesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi bu soruna yönelik şu şekilde bir tespitte bulunmuştur:

> "Başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin kararın hukukîliğini, temyiz mercii önünde denetletme hakkını kullanamamasının, hukuk güvenliği ve hukukî*belirlilik* ilkelerine uygun olduğu söylenemez."[194]

c. Keyfîliğe Karşı Koruyucular

Kanunilik ilkesi uyarınca bir kanunda bulunması gereken bir diğer nitelik de temel hakka müdahale getiren bir kanunun, olası keyfî uygulamalara karşı birtakım koruyucular içermesidir.[195] Bu nokta, başvurucuların kötü niyetli veya hileli davrandığı hallerde gündeme gelir.

---

191 *Hilda Hafsteinsdottir/İzlanda*, İHAM, 40905/98, 08/06/2004, § 56.

192 *Medvedyev ve diğerleri/Rusya*, §§ 99 vd.

193 *Grori/Arnavutluk*, İHAM, 25336/04, 07/07/2009, § 158.

194 *Mehmet İlker Başbuğ başvurusu*, § 84. Aynı yönde *Mehmet Deniz Yıldırım başvurusu*, AYM, 2014/1482, 01/06/2016.

195 *Simons/Belçika*, İHAM, 71407/10, 28/08/2012, § 32.

Öncelikle tutma kararının ve icrasının her halükârda Sözleşme'nin 5'inci maddesinde öngörülen amaçları izleyerek gerçekleşmesi gerekir. Gerçekteki amacın dışında bir amaç söz konusu olduğunda ihlal oluşur.[196] Tutmanın, tutma amacına uygun mekânlarda ve koşullarda gerçekleşmesi de bir diğer önemli noktadır.[197]

Uygulamada özellikle kolluk güçlerinin keyfî müdahalelerini, kamu gücünün verdiği ayrıcalıktan yararlanarak manipüle etmeleri olasıdır. Bu bakımdan kritik nokta, kişi özgürlüğüne yönelik müdahalelerin kayıt altına alınmasıdır. Kayıt altına alma uygulamasının gördüğü iki önemli işlev vardır:

Birincisi, **kayıtsız tutma** şeklinde bir tedbir, keyfîlik yasağının ihlali anlamına gelir ve bu tür bir tedbir, işkence veya zorla kaybedilme gibi ağır insan hakları ihlallerine kapı aralayabilir.[198] Kayıt altına alma buna engel olur. Öte yandan suç şüphelisi olarak yakalanan bir kişinin statüsünün resmîleştirilmesinde makul bir açıklama olmadan yaşanan gecikme de ihlalüretir.[199]

İkincisi, **kayıt altına alınmamış** bir tutma tedbiri, tutulanın haklarının gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesine, başka bir ifadeyle, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının amacının gerçekleşmesine engel olur.[200] Bu nedenle, kim, hangi süreyle tutulursa tutulsun bu durumun kişinin adı, müdahalenin gerçekleştiği saat, dakika, mekân ve tedbirin amacı gibi unsurları içerecek biçimde kayıt altına alınması[201] ve

---

196 *Khodorkovskiy/Rusya*, İHAM, 5829/04, 31/05/2011, § 142; *Bozano/İtalya*, İHAM, 9990/82, 18/12/1986, § 60; *Nechiporuk ve Yonkalo/Ukrayna*, İHAM, 42310/04, 21/04/2011, § 173.

197 *Saadi/İtalya*, İHAM, 37201/06, 28/02/2008, § 69.

198 *Khadisov ve Tsechoyev/Rusya*, İHAM, 21519/02, 17/09/2009, § 138.

199 *Birulev ve Shiskin/Rusya*, İHAM, 35919/05 3346/06, 14/06/2016, § 57; *Smolik/Ukrayna*, İHAM, 11778/05, 19/01/2012, §§ 46-48; *Grinenko/Ukrayna*, İHAM, 33627/06, 15/11/2012, §§ 75-78; *Ivan Kuzmin/Russia*, İHAM, 30271/03, 25/11/2010, §§ 81-84, *Aleksandr Sokolov/Rusya*, İHAM, 20364/05, 04/11/2010, §§ 70-73.

200 *Anguelova/Bulgaristan*, İHAM, 38361/97, 13/06/2002, §154.

201 *Çakıcı/Türkiye*, § 105; *Orhan/Turkiye*, İHAM, 25656/94, 18/06/2002, § 372; *Er ve digerleri/Türkiye*, İHAM, 23016/04, 31/07/2012, § 69; *Uğur/Türkiye*, İHAM, 37308/05, 13/01/2015, § 129.

bu kayda ilişkin belgelerin de ilgili kişiye iletilmesi gerekir.[202] İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, olayın nasıl meydana geldiğinin detaylı olarak anlatımı bir tarafa, olay zamanını ortaya koyan herhangi bir resmî belgenin bulunmayışı ihlal nedenidir.[203]

Devletin bu yükümlülüklerinin sağlanabilmesi için mevzuatın bu yönde düzenlenmesi önem taşır. Türkiye'de CMK'nın 97'nci maddesindeki "Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır" hükmü bu yönden önemli bir güvencedir. Bununla beraber, bir kişinin özgürlüğünden alıkonduğu ana ilişkin kayıtlar kadar, kendisinin serbest kaldığı anın kayıtları da son derecede kritiktir. Mahkeme önünde Necati Aydın'ın kaybolmasına ilişkin *Süheyla Aydın/Türkiye* davası da bu bakımdan önemlidir. Somut olayda 18 Mart 1994 tarihinde evinde gözaltına alınan Necati Aydın resmî kayıtlara göre 4 Nisan 1994 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önüne çıkarılmış ve serbest bırakılmıştır. Ancak kendisini Adliye'nin ön kapısından çıkarken gören kimse olmamış ve beş gün sonra elleri arkadan bağlanmış ve başından vurulmuş haldeki cesedi Diyarbakır-Silvan yoluna 100 metre mesafede bulunmuştur. Her ne kadar ilgili davada Mahkeme incelemesini 2'nci madde altında yapmış olsa da özgürlüğünden alıkonan kişilerin gerçekten serbest bırakıldıklarına ilişkin güvenilir bir teyidin gerekliliğinin altını çizmiştir.[204] Bu husus daha sonra yürürlüğe girecek Birleşmiş Milletler BütünKişilerin Zorla Kaybedilmeden Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'ye de yansıyacaktır. İlgili Sözleşme uyarınca bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı tarih, zaman ve yer ile özgürlüklerinden yoksun kalacağı mekâna kabul edildiği tarih ve zaman ve serbest bırakma işleminin gerçekleştiği tarih, zaman ve yer kayıt altına alınmalı ve ilgililerin yakınları ve avukatlarına verilmelidir. 21'inci madde uyarınca da devlet "özgürlüklerinden yoksun bırakılmış, kişilerin

202 *Fedotov/Rusya*, İHAM, 5140/02, 25/10/2005, § 78. Aynı yönde bkz. *Menesheva/Rusya*, İHAM, 59261/00, 09/03/2006.

203 *Creangă/Romanya*, § 90; *Baisuev ve Anzorov/Gürcistan*, İHAM, 39804/04, 18/12/2012, § 52.

204 *Süheyla Aydın/Türkiye*, 25660/94, 24/05/2005, § 153.

gerçekten serbest bırakıldıklarından güvenilir biçimde emin olabilecekleri bir tarzda serbest bırakılmalarını sağlayacak gerekli önlemleri" alma yükümlülüğü altındadır.

Durum bu olmakla birlikte, uygulamada, kayıt altına alma işlemi, en az üç açıdan sorun yaratabilmektedir.

Öncelikle, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması biçimleri sınırlı sayıda olmadığı için, mevzuatta açıkça düzenlenmemiş konularda boşluk oluşabilir. Böyle hallerde dahi bir iç hukuk kuralı, kayıtsız bir tutmaya imkân verir şekilde yorumlanmamalı ve uygulanmamalıdır. Örneğin İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen *Anguelova/Bulgaristan* davasında başvurucunun yakını, sarhoş olduğu ve suç şüphesi taşıdığı gerekçesiyle gece 01.00 civarında yakalanıp karakola götürülmüş ve bir süre sonra saat 05.00 civarında hastaneye götürülürken ölmüştür. Bu aşamada, başvurucunun yakınının gözaltına alınmamış olduğu ve herhangi bir kaydın olmadığı anlaşılmıştır. Bu konu Strazburg önünde tartışılırken Bulgaristan Hükümeti, ulusal mevzuat uyarınca bir kişinin gözaltına alınması için öncelikle kimlik bilgilerinin tespit edilmesi gerektiğini ve bu kişi sarhoş olduğu için bunun mümkün olmadığını ileri sürmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi ise mevzuatın bu şekilde genişletici yorumunun, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin sonradan inkâr edilmesi gibi bir sonuca yol açacağını söyleyerek ihlal kararı vermiştir.[205]

İkinci olarak; yetkili makamlar bazı durumlarda kayıt altına alma işlemine dair belge sunmayabilmektedirler. Bu durum, ihlal üretebilir. Örneğin belge vermeme sorununun tartışıldığı *Fedotov/Rusya* davasında başvurucu hakkında çıkarılmış olan yakalama kararı daha sonra kaldırılmıştır. Buna karşın, başvurucunun adı polisin arama kayıtlarında yer almaya devam ettiği için başvurucu, iki farklı tarihte gözaltına alınmış fakat durum anlaşılınca salıverilmiştir. Bu süreçte başvurucunun gözaltında tutulduğuna dair herhangi bir belge düzenlenmemiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, bu eksikliğin, tutmanın kanuniliği yönünden ihlal yarattığı sonucuna ulaşmıştır.[206]

205 *Anguelova/Bulgaristan*, §§ 155-157.

206 *Fedotov/Rusya*, İHAM, 5140/02, 25/10/2005, § 78.

Üçüncü olarak; yetkili makamlar, özgürlükten yoksun bırakma tedbirini kayıt altına almakla birlikte, bu bilgileri manipüle edebilmektedirler. Bu tür manipülasyonlar özellikle müdahalenin başladığı veya sona erdiği tarihin farklı gösterilmesi şeklinde olabilir. Böyle durumlarda, hakkın ihlal edildiği açıktır. Bu tür keyfîliklerin önlenmesi için avukatların şerh düşmeleri, savcıların ve hâkimlerin da her halükârda özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin başlangıç ve sona erme anlarını sorgulamaları, eğer muğlâklık görürlerse meselenin üzerine gitmeleri gerekir. Nitekim *Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye* kararında Strazburg organları, başvurucuların tutulmalarına ilişkin belgelerin Hükümetçe sunulamaması ve iki farklı jandarma karargâhındaki kayıtlar arasındaki tutarsızlık ve hataların bulunmasına bir anlam yüklemiş ve bu noktadan hareketle ihlal kararı vermiştir.[207] Bu nitelikteki bir başka karar olan *Fartushin/Rusya* kararında da polis başvurucuya telefon açmış ve bir hırsızlık soruşturması kapsamında ifadesinin alınması için karakola gelmesi gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu 5 Mayıs günü saat 02.00'de karakola gelmiştir. Bu durum polisin kayıt defteri ve tanıklıklarla kanıtlanabilmektedir. Soruşturma makamı ise başvurucunun gözaltına alınma günü ve saati olarak 6 Mayıs 20.00 yazmıştır. Mahkeme bu kayıtsız tutma döneminde başvurucunun avukata erişim hakkı ile birlikte diğer haklarından da mahrum kaldığını ifade ederek ihlal sonucuna ulaşmıştır.[208] Mahkeme içtihadında çok sayıda bu tür örnek bulunmaktadır.[209]

Kuşkusuz, her türlü süre aşımı ve manipülasyon iddiası kendiliğinden ihlal yaratmaz. Başvurucuların da bu tür iddialarını soyut biçimde değil, "makul bir kuşkunun ötesinde" kanıtlamaları gerekecektir.

---

207 Bkz. *Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 21689/93, 06/04/2004.

208 *Fartushin/Rusya*, İHAM, 38887/09, 08/10/2005, §§ 49-54.

209 *Belevitskiy/Rusya*, İHAM, 72967/01, 01/03/2007, §§ 82-85, *Aleksandr Sokolov/Rusya*, İHAM, 20364/05, 04/11/2010, §§ 70-73. Yeni tarihli olarak bkz. *Leonid Petrov/Rusya*, İHAM, 52783/08, 11/10/2016, §§ 52-60.

3. Kanuna Dayanma

Hukukun temel kavramlarından biri idarenin kanuniliğidir. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca, kanun yoksa yetki yoktur.[210] Bu, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik müdahaleler için de geçerlidir. Uygulamada bu tür örnekler sınırlı sayıda değildir fakat yaygın ve tartışmalı alanlar özellikle iki kümede toplanabilir: (a) Fiili tutma, (b) Fazladan tutma.

a. Fiili Tutma

Kanuni dayanak olmaksızın özgürlükten yoksun bırakma pratiğinin yaygın örneklerinden ilki, kolluk görevlilerinin gözaltı işlemi uygulamaksızın kişileri fiili (*de facto*) olarak tutma uygulamalarıdır. Böyle durumlarda söz konusu tutma tedbirinin kanuni dayanağı bulunmadığı müddetçe ihlal ortaya çıkacaktır. Bu bakımdan *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye* kararı buna iyi bir örnektir. Bu olayda başvurucu, devlet hastanesinde çalışan sendika üyesi bir hemşiredir. Başvurucu, çalıştığı hastanede, mensubu olduğu sendikanın 1 Mayıs mitingine çağrı broşürünü dağıtırken, aynı hastanede çalışmakta olan bir polis memuru tarafından elindeki broşürler alınarak yırtılmış, daha sonra kolundan tutularak hastanenin içindeki, polisler tarafından kullanılan bir odaya kapatılarak bir saat kadar orada tutulmuştur. Başvurucu, meslektaşları tarafından çağrılan avukatların olay yerine gelmesinin ardından serbest bırakılmıştır. Bu olayda Hükümet, polis memurunun bu davranışının, bildirinin içeriğini incelemek ve dağıtımı için hastane yönetiminden izin alınıp alınmadığını belirlemek amacıyla polis odasına götürme eyleminden ibaret olduğunu ve hastane müdürlerinin gelmesinin ardından başvurucunun görev yerine gönderildiğini ve herhangi bir haksızlık olmadığını ileri sürmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi ise bu argümanın, tutmanın kanuniliği ile ilgili olmadığını söylemiş ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan bu tedbirin

210 Örneğin bir savcının, başvurucunun psikolojik inceleme için hastaneye gitmesi emrine uymadığı gerekçesiyle, 30 gün boyunca psikiyatri kliniğinde tutulması yönündeki kararı, kanuni dayanak olmadan yetki kullanımına örnek gösterilebilir. Bkz. *Kepenerov/Bulgaristan*, İHAM, 39269/98, 31/07/2003. Herhangi bir kanuni dayanak olmadan havaalanı transit bölgesinde tutma örneği için bkz. *Shamsa/Bulgaristan*, İHAM, 45355/99 45357/99, 27/11/2003.

kanuni dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda PVSK üzerinde de duran Mahkeme, kanunun polise bu tür bir yetki vermediğini, hatta bildiri dağıtma eyleminin bir disiplin yaptırımı gerektirecek olsa bile bir suç teşkil etmediğini kaydetmiştir.[211] Bu tür fiili tutmalar her zaman serbest bırakmayla sonuçlanmayabilir. Bazı durumlarda kanuna uygun gözaltından önceki tutmalar da fiili tutma oluşturabilir. Örneğin *Popoviciu/Romanya* bu türden bir örnektir. Bu olayda başvurucu hakkında bir arazi satımına ilişkin usulsüzlüğe karıştığı iddiasıyla şikâyette bulunulmuştur. Bu şikâyet üzerine saat 15.00'te "Ulusal Yolsuzlukla Mücadele Soruşturma Servisi" isimli kuruma götürülen başvurucu buranın bekleme salonunda yaklaşık 9 saat kadar bekletilmiştir. Başvurucuya rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçlarına ilişkin suç isnatlarının yapılması ve başvurucunun dinlenmesi saat 22.00'de gerçekleşmiştir. Saat 22.50'ye kadar ifadesi alınan başvurucu saat 23.00 ila saat 23.20 arasında bir başka kişinin ifadesinin alınmasını beklemiş ve 23.30'da diğer şüphelilerle birlikte hakkında gözaltı kararı verilmiştir. Ertesi gün 18.40'ta yetkili mahkemeden, başvurucuların 29 gün daha tutulmaları yönünden karar alınması talep edilmiştir. Mahkeme bu talebi reddetmiş ve bunun yerine 30 gün süreyle yurt dışına çıkış yasağı yönünden adlî kontrol tedbirine karar vermiştir. Bu olayda başvurucular, haklarında verilen gözaltı kararından önce bekleme salonunda tutulmalarının kanuni dayanağı olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu ihlal iddiasını kabul eden Mahkeme, saat 15.00 ila saat 23.30 arasındaki tutmanın kanuni dayanağı olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.[212] Unutulmamalıdır ki söz konusu tedbir sonrasında bir gözaltı veya tutuklama olmasa bile aleyhte hukuk yollarına başvurulmasını ve tazminat talep edilmesini gerektirir. Örneğin *Didov/Bulgaristan* kararında polisin çağrısı üzerine saat 07.00'de karakola giden başvurucu, burada hırsızlık suçuyla ilgili olarak tutulduğunu öğrenmiş fakat eşinin tutmuş olduğu avukatın gelmesi ve başvurucunun serbest bırakılması gerekliliğine ilişkin ısrarı üzerine, ifadesi alınmadan saat 13.30'da serbest bırakılmıştır. Başvurucunun bu tedbirin kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle yaptığı başvuru, söz konusu tedbirin faili meçhul hırsızlık suçuyla ilgili bir

211 *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, §§ 38-45.

212 *Popoviciu/Romanya*, İHAM, 52942/09, 01/03/2016, §§ 61-75.

soruşturma ile ilişkili olduğu gerekçesiyle kanunî görülmüştür. Hakkında makul kuşku bulunmadan 6,5 saat kadar tutulmuş olması ve bu yönde bir tazminat da sunulmamasından yakınan başvurucunun talepleri Mahkeme tarafından haklı görülmüş ve hem md. 5(1) hem de md. 5(5) yönünden ihlal sonucuna ulaşmıştır.[213]

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında bu türden bir tartışmanın *Ahmet Kürşad Özsoy ve diğerleri* kararında yapıldığı görülmektedir. Bu davanın konusu Haziran 2013'te İstanbul Adalet Sarayı'nda kapalı alanda elli-altmış kişilik grubun "Her Yer Taksim Her Yer Direniş, Yaşasın Mücadelemiz", "Kahrolsun Faşizm", "Polis Dışarı" sloganları atmaları üzerine 12.05'te yakalanmaları, zor kullanmak suretiyle polis otobüsüne bindirilmeleridir. Başvurucular 17.12'den itibaren doktor muayenesinden geçirilmiş, 17.45'te yakalama kararına itiraz etmişlerdir. Bunun üzerine savcılık, böyle bir yakalama kararı bulunmadığını belirtmiş ve başvurucular 22.05'te serbest bırakılmışlardır. Başvurucular hakkında gözaltı kararı yoktur ve AYM önündeki iddia, söz konusu tedbirin fiili tutma olduğu yönündedir. Bu davada AYM, CMK md. 141 yolunun usulüne uygun şekilde tüketilmemiş olmasından ötürü başvuruyu esastan inceleyememiştir.[214]

Mahkeme'nin konuyla ilgili esastan incelediği başvurular ise, haklarında sınır dışı edilme kararı verilen kişilerin Geri Gönderme merkezlerinde "idarî gözetim" altında tutulmalarıyla ilgili vakalardır. AYM'nin bu konudaki ilkesel tespiti şu şekildedir:

> "Anayasa'nın 19'uncu maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendinde usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı hüküm altına alınmış olup, kanuni şartların varlığı halinde bir kişinin usulüne uygun olarak yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması mümkündür. Ancak kişinin özgürlüğünden

213 *Didov/Bulgaristan*, İHAM, 27791/09, 17/03/2016, §§ 31-44.

214 *Ahmet Kürşad Özsoy ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/5387, 15/06/2016. Ayrıca bkz. *Arif Haldun Soygür başvurusu*, AYM, 2013/2659, 15/10/2015.

bu tarzda yoksun bırakılmasının bir temel hak ve özgürlük ihlaline yol açmaması için sınırlandırmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilen ve tanımlanan usule uygun olması gerektiği tartışmasızdır. Somut olay bakımından hakkında pasaportu olmadığı için sınır dışı edilme kararı alınan başvurucunun idarî gözetim altına alınmasına ilişkin açık bir kanuni düzenlemenin olmadığı dikkate alındığında idarî gözetimin 'kanuni' olmasından söz edilmesi mümkün değildir."[215]

b. Fazladan Tutma

Kanuni dayanak olmaksızın özgürlükten yoksun bırakma konusunda yaygın görülen ikinci tartışma ise başta kanuni dayanağı olan bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, kanunda öngörülen süreler veya kurallar uyarınca sona ermesi gerekirken buna uygun davranılmamasına ilişkindir. Böyle hallerde başta kanuna uygun olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler, belli bir aşamadan sonra fiili olarak tutulur hale gelmektedirler. Bu "fazladan tutma" biçimlerine ilişkin içtihat ise burada sayılacaklarla sınırlı olmamak üzere, en az üç farklı şekilde görünür olmaktadır: Kişinin, i) yasal süreler geçtikten sonra tutmaya devam edilmesi, ii) salıverme kararına rağmen makul olmayan süre boyunca tutmaya devam edilmesi, iii) fiili veya kanuni sebeplerle fazladan hapis tutulması.[216]

(i) Yasal Süreler Geçtikten Sonra Tutmaya Devam Edilmesi

Bir kişinin azami ne kadar süreyle özgürlüğünden yoksun kalabileceği ulusal hukukta düzenlenmiş bir meseledir. Bu süreler özellikle gözaltı ve tutukluluk tedbirleri yönünden "açık çek" anlamına gelmez. Eğer koşulları oluşmuş ise mevzuatta öngörülen azami sürelerden önce de kişilerin serbest bırakılmaları mümkün olmalıdır, aksi halde somut olayın koşullarına göre, tutmanın keyfîliğinden bahsedilebilir. Azami sürelerin aşıldığı durumlarda ise kural olarak ihlal oluşur.[217] Anayasa'nın 19'uncu maddesinde bu türden azami sürelere yer verilmiştir:

215 *Rıda Boudraa başvurusu*, § 78.

216 Doğru/Nalbant, s. 374.

217 Bu tür örnekler farklı ülkelerde farklı süre sınırlarıyla da olsa gündeme gelir. Örn. bkz. *Savca/Moldova*, İHAM, 17963/08, 15/03/2016, § 51.

> "Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir."

Anayasa bu süre sınırlarına yer vermişse de, söz konusu süreler kanunlar yoluyla daraltılmıştır. CMK'nın 91'inci maddesine göre:

> "Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren **yirmidört saati** geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre **oniki saatten** fazla olamaz (…) Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında **bir günü** geçmemek üzere, **üç gün** süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir."

Bunun yanında mevzuatta tutukluluk konusunda da azami sürelere yer verilmiştir. CMK'nın 102'nci maddesine göre:

> "Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok **bir yıldır**. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek **altı ay** daha uzatılabilir.
>
> Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam **üç yılı** geçemez."

Buna göre ceza muhakemesiyle ilgili iç hukukun öngördüğü azami süreler şu şekildedir:

Durumlar	Azami Süre	Azami Uzatma Süresi
Mahkemeye Götürme Süresi (Toplu Suçlarda Hesaba Dâhil Değildir)	12 Saat	-
Gözaltı Süresi	24 Saat	-

CMK md. 91/4'teki Suçlar Yönünden Gözaltı Süresi (Suçüstü Hâli Bulunmalıdır)	24 Saat	24 Saat
Toplu Suçlarda Gözaltı Süresi	24 Saat	Her defasında 1'er gün uzatarak 3 gün
Yaygınlaşan Şiddet Olaylarından Ötürü Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulmasına Yol Açacak Toplumsal Olaylar Sırasında İşlenen Toplu Suçlarda Gözaltı Süresi (Suçüstü Hâli Bulunmalıdır)	48 Saat	Her defasında 1'er gün uzatarak 2 gün
OHAL Döneminde TCK md. 303-339 ve TMK Suçları[218]	7 gün	7 gün
Asliye Ceza Mahkemesi'nin Görevine Girmeyen Hâllerde Tutuklama Süresi	1 Yıl	6 Ay
Ağır Ceza Mahkemesi'nin Görevine Giren Hâllerde Tutuklama Süresi	2 yıl	3 yıl
TCK md. 303-339 ve TMK Suçları Yönünden Tutuklama[219]	2 Yıl	5 yıl

218 23/01/2017 tarihli ve 684 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10'uncu maddesiyle değiştirilmiş 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 6'ncı maddesi bu konuyu şöyle düzenler: 6/9/2004 tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümlerindetanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince: a) Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yedi günü geçemez. Delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı, gözaltı süresinin yedi gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir."

219 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nın 141'inci maddesiyle, CMK md. 102/2'de yer alan "üç yılı" ibaresinden sonra gelmek üzere, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümlerindetanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı" ibaresi eklenmiştir. Bu eklemenin OHAL bittiğinde sönümlenmesi gerekir.

Şu hâlde, Türkiye'de yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan bir kişi hakkında, bir mahkûmiyet kararı olmadıkça yukarıdaki süreler geçtikten sonraki özgürlükten yoksun bırakma tedbirleri "fazladan tutma" olarak görülecek ve Anayasa'ya, kanunilik unsuru gereğince aykırılık oluşacaktır. Bu bağlamda Anayasa'nın çizdiği çerçeve içinde kanunda değişiklik yapılabilir fakat her halükârda kanunda öngörülen süreye uyulması gerekir. Örneğin *Zeynep Avcı/Türkiye* davasında, başvurucu bir ilde 6 gün gözaltında tutulduktan sonra yedinci gün bir başka ile nakledilmiş, başvurucu nakledildiği bu ilde 15 gün daha gözaltında tutulduktan sonra hâkimönüne çıkarılmıştır. Söz konusu tarihte Türkiye iç hukuku, azami gözaltı süresini 15 gün olarak düzenlemiştir. Başvurucu ise toplam 21 gün gözaltında tutulmuştur. İnsan Hakları Mahkemesi bu fazladan tutma durumunu Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.[220]Ancak belirtmek gerekir ki, İnsanHakları Mahkemesi, 2017 yılında verdiği *Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/ Türkiye* kararında azami gözaltı süresinin aşıldığı şikâyetini CMK 141 § 1 b)'de öngörülen hukuk yoluna başvurulmadığı gerekçesiyle kabul edilemezbulmuştur.[221]

Mahkeme, bu yönde yaptığı değerlendirmelerde, her somut olayda tutmanın türüne ve buna göre iç hukukun öngördüğü azami süreye odaklanmaktadır. Örneğin *K.-F./Almanya* kararında başvurucu 21.45'te kira dolandırıcılığı yaptığı kuşkusuyla gözaltına alınmıştır. Bu aşamada kimliği tespit edilemeyen başvurucu karakola götürülmüş ve burada ifade vermiştir. Kimliğinin ve başkaca suçlardan aranıp aranmadığının tespit edilmesi sırasında başvurucu, sabaha kadar karakolda tutulmuştur. Sabah, yeniden ifadesi alındıktan sonra savcı, saat 9.45'te, telefon yoluyla başvurucunun tutuklanmasını talep etmeyeceğini bildirmiştir. Bunun üzerine kişisel bilgilerin kaydedilmesi için 45 dakika daha tutulan başvurucu, işlemlerin tamamlanmasıyla birlikte serbest bırakılmıştır. Alman hukukunda kimlik kontrolü amaçlı gözaltı içinöngörülenazami sürenin 12 saat olması karşısında Mahkeme, 45 dakikalık tutmayı "fazladan

220 *Zeynep Avcı/Türkiye*, İHAM, 37021/97, 06/02/2003, §§ 49-50.

221 *Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/ Türkiye*, İHAM, 38337/12, 16/05/2017, §§ 24-31.

tutma" olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir.[222] Anılan örnekler, kuşkusuz akıl hastanesi vb. yerlerde tutulan kişiler için de gösterilebilir.[223]

Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında bu konunun, özellikle azami gözaltı süresi yönünden tartışıldığı görülmektedir. Örneğin *Hikmet Kopar ve diğerleri* ve *Hidayet Karaca* başvurularında başvurucular, azami gözaltı süresi geçtikten sonra Adliye nezarethanesinde bekletilmekle birlikte hâkim önüne çıkartılmadıklarını söylemiş ve bunun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi bu iddiaları, CMK md. 141'de öngörülen hukuk yoluna başvurulmadığı gerekçesiyle incelememiş ve kabul edilemezlik kararı vermiştir.[224] Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi içtihadı ile İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının tutarlı olduğu söylenebilir. Benzer şekilde *Safkan Aydoğdu* kararında da olay tarihinde 14 yaşında olan başvurucunun esrar kullanmaktan 14.30'da gözaltına alınıp 19.10'da ailesine teslim edilmesi ve hakkında açılan ceza davasında beraat kararı verilmesi üzerine yapılan bir başvuruda da başvurucunun gözaltı süresi ile ilgili şikâyeti, aynı gerekçeyle incelenmemiştir.[225]

(ii) Salıverme Kararına Rağmen Makul Olmayan Süre Boyunca Tutmaya Devam Edilmesi

Uygulamada en sık rastlanan fazladan tutma örnekleri, tutuklu yargılanan kişiler hakkında tahliye kararı verildikten sonra kişilerin derhal salınmayıp cezaevine götürülmeleri ve bazı işlemlerin yapılacağı gerekçesiyle bir süre daha özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarıdır. Bu tür davalarda İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu tutma işleminin keyfî olup olmadığına odaklanmaktadır.[226] Keyfî olmayan idarî formaliteler belli bir marj içinde haklı görülebilmektedir. Örneğin *Guilia Mazorni/ İtalya* kararında başvurucu hakkında 11.45'te tahliye kararı verilmiştir. Bu

222 *K.-F./Almanya*, İHAM, 25629/94, 27/11/1997, §§ 66-72.

223 *Tkacik/ Slovakya*, İHAM, 42472/98, 14/10/2003

224 Bkz. aşa. "Kişi Özgürlüğüne Aykırılık Nedeniyle Tazminat Hakkı" başlığı.

225 *Safkan Aydoğdu başvurusu*, AYM, 2014/7498, 05/04/2017,

226 Örneğin *Assanidze/Gürcistan* kararında başvurucu hakkında tahliye kararı olmasına rağmen fiilen tutulmaya devam edilmesi keyfî olarak görülmüştür. *Assanidze/Gürcistan*, İHAM, 71503/01, 08/04/2004.

karardan sonra saat 13.30'da cezaevine getirilen başvurucu hakkındaki karar tutanağı, 15.10'da cezaevine ulaşmış, idarî formaliteler 18.45'te tamamlanmış, yani başvurucunun, tahliye kararından sonra 7 saat boyunca tutulmasına devam edilmiştir. Mahkeme bu süreyi tahliye kararının yerine getirilmesi için kaçınılmaz görerek ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[227] Ancak devlet görevlilerinin yapması gerekenleri yapmaması ve ihmalleri kişiye yüklenemez. Böyle durumlarda ihlal oluşur. Örneğin *Labita/İtalya* davasında başvurucu, hakkında gece 22.00'de tahliye kararı verilmesinden sonra 120 kilometre uzaklıktaki cezaevine götürülmüş ve 00.25'te işlemleri yapılmaya başlanacakken cezaevi görevlisinin yerinde olmaması nedeniyle sabah saat 08.30'a kadar bekletilmiştir. Mahkeme buradaki ek gecikmeye, memurun yerinde bulunmamasının neden olduğunu kaydetmiş ve ihlal kararıvermiştir.[228]

Bu konuda dikkat çekici bir diğer karar da *Kiril Adreev/Bulgaristan* kararıdır. Bu olayda başvurucu gözaltına alınmış, soruşturma sürecinde tutuklu kalmıştır. Bu süreçte başvurucu, hakkındaki suçlamayı ve verilen 2 yıllık hapis cezasının ertelenmesini kabul etmiştir. Ardından itiraf anlaşması mahkeme tarafından onaylanmış ve 7 Haziran 2012 günü saat 5.16'da sona eren duruşmada yetkili mahkeme, başvurucunun tutukluluğunun sona ermesine karar vermiştir. Buna karşın başvurucu, hakkındaki başka bir suç isnadına dayanılarak yenibir tutuklama kararı verildiği9 Haziran 2012 günü saat 12.10'a kadar tutulmaya devam edilmiştir. Mahkeme bu 43 saatlik tutmayı Sözleşme'ye aykırı görmüştür.[229]

Bu konuda Anayasa Mahkemesi tarafından sonuçlanan bir dava henüz yoktur. *Emrah Ergün* başvurusunda başvurucu tahliye edildikten sonra derhal serbest bırakılmayıp yeniden cezaevine götürülmesinden ve burada bir süre daha bekletilmiş olmasından yakınmıştır[230]. Dosya hâlihazırda Anayasa Mahkemesi tarafından esastan incelenmeyi beklemektedir.

---

227 *Giulia Manzoni/İtalya*, İHAM, 19218/91, 01/07/1991, § 25.

228 *Labita/İtalya,* İHAM, 26772/95, 06/04/2000, §§ 171-173.

229 *Kiril Adreev/Bulgaristan*, İHAM, 79828/12, 28/01/2016, §§ 50-63.

230 *Emrah Ergün başvurusu*, AYM, 2014/4651, (inceleme aşamasındadır)

(iii) Fiili veya Kanuni Sebeplerle Fazladan Hapis Tutulma

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili bir diğer "fazladan tutma" biçimi de infaz sistemine ve hapis cezasına ilişkin sürenin yanlış hesaplanması ile ilgili olabilir. Örneğin *Pezone/İtalya* kararında bu türden bir hesap hatası vardır. Başvurucunun geçmişte dava konusu suçla ilgili olarak tutuklu kalmış olduğu göz ardı edilmiş ve bu süre mahkûmiyet süresinden düşürülmemiştir. Mahkeme bu uygulamayı ve başvurucuya herhangi bir tazminat ödenmemiş olmasını ihlal olarak görmüştür.[231]

Bu durum, koşullu salıverme hesapları yönünden de geçerli olabilir. Ne var ki bir kişinin bir suç nedeniyle yargılanmasından sonra başka bir ülkeye iade edilmesi halinde, yargılandığı ülkedeki şartlı salıverme koşullarının daha lehe olduğu ve gönderildiği ülkedeki hukuk rejimi gereği daha uzun hapis yatacağına yönelik iddiası, açık bir ölçülülük olmadıkça başarı şansı taşımaz.[232] Buna karşın, söz konusu içtihat, katı bir rejimde bulunan bir akıl hastasının daha serbest bir rejime geçmesini öngören sürenin yanlış hesaplanmasında uygulama bulabilir. Örneğin *Erkalo/Hollanda* kararında iç hukukun akıl hastası olan başvurucunun yüksek güvenlikli kurumdan çıkartılması için öngördüğü süre geçmiş olmasına rağmen yaklaşık üç ay daha burada tutulması, keyfîliğe karşı koruyucuların da olmadığı dikkate alınarakihlalolarakgörülmüştür.[233]

4. Kanuna Aykırı Olmama

Kanunilik koşulu, iç hukuktaki usullere uyumlu davranılmasını gerektirir. Söz konusu iç hukukun Sözleşme ile uyumlu olması gerekir. Bu uyumluluk hem Sözleşme maddeleri hem genel ilkeler hem de Sözleşme'ye içkin olan değerler ile uyumluluğu ifade eder.[234] Yani Sözleşme'nin 5'inci maddesine uygun bir iç hukukun oluşturulmasıve buna uygun hareket edilmesi gerekmektedir.[235] Kuşkusuz, iç hukukun yorumlanmasında öncelikli yetki ulusal makamlardadır, buna karşın Sözleşme iç hukuka

231 *Pezone/İtalya,* İHAM, 42098/98, 18/12/2003,§ 36.

232 Bkz. *Erkalo/Hollanda*, İHAM, 23807/94, 02/09/1998.

233 Ibid., § 51-60.

234 Grabenwarter, s. 69.

235 *Kemmache/Fransa(3)*, İHAM, 17621/91, 24/11/1994, § 37.

atıf yapmaktadır.[236] Bu nedenle Mahkeme, diğer maddelerden farklı olarak, bu hak bağlamında ulusal mevzuatı yakından incelemektedir.[237] Öyle ki Mahkeme, özellikle de ülkedeki yüksek mahkemenin somut olaya özgü bir içtihadının olmadığı hallerde, ilgili kanuna uygun hareket edilip edilmediğini doğrudan denetlemektedir.[238] Anayasa Mahkemesi'ne göre de:

> "Kişi hürriyetine ilişkin sınırlamaların kanunda belirtilen esas ve usûle uygunluğunu sağlama yükümlülüğü ilke olarak idarî organlara ve derece mahkemelerine aittir. İdare organları ve mahkemeler esas ve usûle ilişkin hukuk kurallarına uymakla yükümlüdür. Anayasa'nın 19'uncu maddesinin amacı kişileri keyfî bir şekilde hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı korumak olup maddede öngörülen istisnaî hâllerde kişi hürriyetine getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olmasıgerekir."[239]

Türkiye'de özellikle tutukluluk ile ilgili davalarda bu denetim, CMK'nın 100'üncü maddesine uygunluk denetimi olmaktadır. Bu maddede sayılan tutuklama nedenleri, Strazburg organlarının ve AYM'nin içtihatları ile örtüştüğü için denetim alanı büyük ölçüde kesişiyor gibidir. Bu konuya, aşağıda suç isnadı altındaki kişinin tutulması ve ilgili/yeterli gerekçe konularına değinilirken dönülecektir.

Bir yakalama, gözaltı veya tutuklama tedbirinin kanuna uygunluğu sadece şüphe düzeyi yönünden ele alınmaz. Bazı hâllerde bu tedbirlere başvurulması özel bir usûle uyulmasını da gerekli kılabilir. Bu tür usûllere uyulmadan gerçekleşecek bir müdahale de kanunilik ilkesinin ihlaline neden olur.[240]Bu durum somut olayın koşullarına göre işkence yasağı vb. türden hakların da ihlaline kapı aralar. Mahkeme, çağrı üzerine karakola

236 *Winterwerp/Hollanda*, İHAM, 6301/73, 24/10/1999, § 46.

237 Grabenwarter, s. 68.

238 *Nakach/Hollanda*, İHAM, 5379/02, 30/06/2005, § 37; *Creangă/Romanya*, § 101.

239 *Abdullah Ünal başvurusu*, AYM, 2012/1094, 7/3/2014, § 38. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusu*, AYM, 2015/7908, 20/01/2016, § 141.

240 Örneğin bir kişinin savcılık kararıyla Türkmenistan'a gönderildiği bir olayda, Rusya iç hukuku uyarınca bunun bir mahkeme kararıyla onaylanması gerekirken bu usûle uyulmaması ihlal nedeni olarak görülmüştür. Bkz. *Garabayev/Rusya*, İHAM, 38411/02, 07/06/2007.

giden ve oradan da kanunun öngördüğü prosedürün dışına çıkılarak başka bir karakola götürülen ve işkenceye maruz kalan bir kişi ile ilgili *Aleksandr Andreyev/Rusya* kararında da bu durumun altını çizmiştir.[241] Öte yandan bazı meslek grupları yönünden de o mesleğe özgü güvenceler söz konusu olabilir. Örneğin 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesine göre "Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır." Bu tür suçlarla ilgili anılan usûle uyulmaması ve bu bağlamda başvurulan bir gözaltı tedbiri, kanunilik tartışmasını beraberinde getirebilir.[242] Nitekim AYM'nin önüne gelen çeşitli davalarda avukat olan başvurucular, kendilerine uygulanan gözaltı tedbirlerine karşı bu tür iddialarda bulunmuşlardır. Bu başvurularda da CMK md. 141'de öngörülen hukuk yoluna başvurulmadığı için şikâyetler esastan incelenememiştir.[243]

Bu tür bir başka iddia kamuoyunda "MİT Tırları" davası olarak bilinen vakadaki savcılarla ilgili olan *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri* kararında tartışılmıştır. Hâkim ve savcıların yargılanmalarına ilişkin usûllerle ilgili tartışmanın kanunilik yönünden yapıldığı bu kararda AYM, iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmıştır.[244]

Kanunun öngördüğü usûle uygunluk yönünden iddialar, CMK'nın yakalanan kişi hakkında derhal Cumhuriyet savcısına bilgi verilmesini ve gözaltına alınmasına savcılıkça karar verilmesini öngören CMK md. 90/4 ve 91/2 hükümleri yönünden de tartışılabilir. Ayrıca 12 yaşından küçükler (Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 19/1-a), bazı suçlar yönünden basın çalışanları (Basın Kanunu md. 28) veya diplomatik ya da milletvekili dokunulmazlığı (Anayasa md. 83) bulunan kişilere özgü kurallara uyulmaması da bu bağlamda ihlal iddialarının gerekçesi olabilir.

---

241 *Aleksandr Andreyev/Rusya*, İHAM, 2281/06, 23/02/2016, §§ 48-51.

242 Buna benzer tartışmaların yaşandığı davalar için bkz. *Talat Tepe/Türkiye*, İHAM, 31247/96, 1/12/2004, § 62; *Elçi ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 23145/93 25091/94, 13/11/2003, §§ 584-586.

243 Bkz. aşa. "Kişi Özgürlüğüne Aykırılık Nedeniyle Tazminat Hakkı" başlığı.

244 *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2015/9756, 16/11/2016, §§ 228 vd.

Tüm bu bilgilerden sonra son olarak, kanunilik ilkesine aykırı şekilde verilmiş bir özgürlükten yoksun bırakma kararının, sonradan üst mahkemeler tarafından iptal edilmesi durumunda dahi ihlal kararı verilebileceğini hatırlatmak gerekir.[245]

Bunun dışında, mahkemelerin tutukluluk kararlarının özünü etkilemeyen bazı hataların sonradan fark edilmesi[246] ya da yakalama emrinde veya tutuklama kararındaki sonradan düzeltilen basit yazım hataları[247] ya da tutuklama kararlarında, kötü niyet taşımayan ve sonradan tutarlı gerekçelerle düzeltilen kusurlu kanun uygulamaları[248] ihlal yaratmamaktadır. Bunların sınırını "açık ve bariz aykırılık" (*gross and obvious irregularity*) oluşturmaktadır.[249]

Kanunilik Testinde Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Şeklî anlamda kanuna dayanılmış mı?
2-) Kanun ve buna dayanarak çıkartılan mevzuat ulaşılabilir mi?
3-) Kanun ve buna dayanarak çıkartılan mevzuat yeterli belirlilikte mi?
4-) Kanunda ve buna dayanarak çıkartılan mevzuatta keyfîliği önleyecek güvenceler var mı? (Örn. kayıt itiraz ve başvuru yolları, arkadaşlara, yakınlara, avukata erişim, vs.)
5-) Kanuna ve buna dayanarak çıkartılan mevzuata uygun hareket edilmiş mi?

B. AMACA UYGUNLUK

Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre temel hak ve hürriyetler (…) yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak

245 Bkz. *Benham/Birleşik Krallık*, İHAM, 19380/92, 10/06/1996.

246 *Erkalo/Hollanda*, §§ 55-56.

247 *Nikolov/Bulgaristan*, İHAM, 38884/97, 30/01/2003, § 63; *Douyeb/Hollanda*, İHAM, 31464/96, 04/08/1999, § 52.

248 *Kamantauskas/Litvanya*, İHAM, 45012/98, 29/02/2000; *Gaidjurgis/Litvanya*, İHAM, 49098/99, 16/01/2001. Gerekçesizlik sorun yaratır. Bkz. *Calmanovici/Romanya*, İHAM, 42250/02, 01/07/2008, § 65.

249 *Lloyd ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 29798/96 et. al., 01703/2005, §§ 114.

(…) sınırlanabilir. Temel haklara yönelik müdahalelerde "nedensellik ilkesi" denilen bu ilke uyarınca ilgili maddede belirtilmeyen bir sebeple temel hakka müdahale edilmesi mümkün değildir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden, Anayasa'nın 19'ncu maddesi ile Sözleşme'nin 5'inci maddesinde sayılan sebeplere baktığımızda bunların şu şekilde ortaklaştığı görülmektedir:

- Hükümlünün tutulması
- Yükümlülük nedeniyle tutma
- Suç şüphelisinin tutulması
- Küçüğün tutulması
- Hasta, bağımlı veya serserinin tutulması
- Sınır dışı edileceklerin tutulması

Anayasa Mahkemesi'ne göre "kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir."[250]

1. Hükümlünün Tutulması

Anayasa'ya göre mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, Sözleşme'ye göre de bir kimsenin "yetkili mahkeme"nin "mahkûmiyet" kararından "sonra""kanuna uygun" olarak "tutulması" kişi özgürlüğünün sınırlandırılması için meşru bir nedendir.

Bu kapsamda "**yetkili mahkeme**" kavramı kritik önemdedir. Mahkeme kavramı öncelikle **kanunla kurulmuş** olma unsurunu içerir. Bu bağlamdaki "kanun" kavramının şeklî anlam taşıdığı kabul edilmelidir. Yetkili mahkeme, şeklî anlamda kanunun **hem yer hem de görev bakımından yetkili** öngördüğü mahkemeyi ifade eder. Mahkûmiyet kararı veren mahkemenin yetkilerinin kanuni dayanağının bulunmadığı

250 *Murat Narman başvurusu*, AYM, 2012/1137, 02/07/2013, § 42.

anlaşılır ise bu durum, açıkça veya zımnen tespit edilmedikçe ve buna binaen uygun ve yeterli giderim sağlanmadıkça bu bent kapsamında ihlal oluşur.[251]

İkinci olarak yetkili mahkeme, **tarafsızlık ve bağımsızlık** unsurlarını içermelidir. Örneğin *Koç ve Demir/Türkiye* kararında, oda hapsi cezası alarak disiplin hücresine atılan başvurucular hakkındaki kararlarının emir komuta zinciri içerisinde bulunan ve bağımsız olmayan askerî üstler tarafından verilmesi bu bağlamda ihlal olarak görülmüştür.[252]Benzer yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da paylaşılmıştır. Mahkeme, *Hasan Baki Gülcan* kararındaKara Kuvvetleri Komutanlığı Gösteri ve Tatbikat Alay Komutanlığı'nca 7 gün oda hapsi disiplin cezası verilen ve bu cezası Kara Kuvvetleri Komutanlığı Topçu ve Füze Okulu Komutanlığı'nda görevli hiyerarşik üstü tarafından reddedilen başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmahâlinin, "yetkili bir mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet" kararı ile gerçekleşmediği sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.[253]

Mahkûmiyetin kanuna uygunluğu, kararın esasının değerlendirilmesi anlamına gelmez. Öte yandan mahkûmiyet kararının olgusal ve kanuna aykırı olmasından ötürü temyiz mercii tarafından bozulmuş olması, bu karardan önceki tutukluluk kararını kendiliğinden Sözleşme'ye aykırı hale getirmez.[254] Bu bağlamda muhakemenin adil yapılıp yapılmadığı kuşkusuz önemlidir.

Ancak İnsan Hakları Mahkemesi, bu bent kapsamında yapacağı değerlendirmelerde, ulusal makamların yaptığı yargılama sürecini kapsamlı bir şekilde ve adil yargılanma hakkının tüm unsurları (örneğin geniş anlamda avukata erişim hakkını[255]) içerecek şekildeincelemeyeceğini

251 Örn. bkz. *Yefimenko/Rusya*, İHAM, 152/04, 12/02/2013; *Kleyn/Rusya*, İHAM, 44925/06, 05/01/2016, §§ 28-29. Giderimler konusunda bkz. *Vedat Doğru/Türkiye*, İHAM, 2469/10, 05/04/2016.

252 *Koç ve Demir/Türkiye*, İHAM, 26793/08, 20/03/2012, § 41; *Tengilimoğu ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 26938/08, 05/06/2012; *Yavuz Selim Güler/Türkiye*, İHAM, 76476/12, 15/1272015.

253 *Hasan Baki Gülcan başvurusu*, AYM, 2013/760, 12/03/2015, §§ 47-48.

254 Karş. *Benham/Birleşik Krallık*, § 42.

255 Bkz. *Hammerton/Birleşik Krallık*, İHAM, 6287/10, 17/03/2016, §§ 107-121.

de ifade etmiştir.[256] Bunun sınırı ise "adaletin bariz şekilde yok sayılması" (*flagrant denial of justice*), başka bir deyişle, adil yargılanma hakkı kapsamındaki öğelere açıkça (*manifestly*) aykırı durumlar ile çizilmiştir.[257] Örneğin *Stoichkov/Bulgaristan* davasında, yurtdışındayken gıyabında yapılan bir yargılama sonrasında hakkında hapis cezası verilen başvurucu ülkesine döndüğünde cezaevine konmuştur. Yeniden yargılama talebinde bulunan başvurucunun bu talebi reddedilmiştir. Mahkeme, yeniden yargılama talebinin reddi aşamasından sonraki hapislik durumunu, adil yargılanma hakkı güvencelerine açıkça aykırı bir mahkûmiyet kararına dayanmasından ötürü bu bent kapsamında bir ihlal olarak görmüştür.[258] Benzer şekilde *Gumeniuc/Moldova* davasında başvurucu, hakkındaki trafik para cezasını ödemediği için gıyabında yapılan bir yargılama sonrasında 30 gün hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu davada Mahkeme, söz konusu yargılamaya ilişkin başvurucuya bildirim yapıldığına ilişkin herhangi bir emarenin bulunmadığını, dolayısıyla başvurucunun söz konusu yargılama sürecinde kendisini savunamadığını dikkate alarak bu bent kapsamında ihlalkararı vermiştir.[259] Bu konu, özelikle yabancı ülkede verilen bir mahkûmiyet kararının Türkiye'de infazı yönünden de gündeme gelebilir. Bu tür olaylarda da adil yargılanma hakkının ilkelerine açıkça aykırı işlemler sonucunda verilen mahkûmiyetin icra edilmemesi gerektiği söylenebilir.

Bu bent kapsamındaki "**mahkûmiyet**" kavramı özerk bir anlam taşır ve ilk derece mahkemesinin esasa yönelik kararını ifade etmektedir. Sözleşme ve Anayasa anlamında bir mahkûmiyetten bahsetmek için kararın Yargıtay tarafından onanmış olması gerekmez. Bu konuya aşağıda dönülecektir.[260]

Mahkûmiyet kavramından "**sonra**" ifadesi ise kural olarak bir nedensellik bağını ifade eder.[261] Yani hapislik, mahkûmiyet kararının

256 *Drozd ve Janousek/Fransa ve İspanya*, İHAM, 12747/87, 26/06/1992, § 110.

257 Ibid., § 110; *Ilaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya*, İHAM, 48787/99, 08/07/2004, § 461; *Stoichkov/Bulgaristan*, İHAM, 9808/02, 24/03/2005, § 58.

258 *Stoichkov/Bulgaristan*, §§ 58-60.

259 *Guemeniuc/Moldova*, İHAM, 48829/06, 16/05/2017, § 25.

260 Bkz. aşa. "Makul Süre ve Hükmen Tutukluluk" başlığı.

261 *Murray/Hollanda*, İHAM, 10511/10, 10/12/2013, § 77. Ukrayna hukukunun kendine özel

bir sonucu olmalıdır. Kişinin o an için serbest veya psikiyatri kliniğinde olması maddenin kapsamı yönünden önemli değildir.[262]

Sonra kavramı, özellikle koşullu salıverme veya hapis cezasının ertelenmesi gibi durumlar yönünden önemlidir. Böyle durumlarda hakkında hüküm verilen kişilerin bazı eylemleri gerçekleştirmiş olmasından ötürü cezaevine gönderilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu göndermede, mahkûmiyet kararının dışında başkaca faktörlerin de dikkate alındığı durumlarda, karar ile hapislik arasındaki illiyet kesilir ise md. 5/1(a) hükmü kapsamında ihlal sonucuna ulaşılabilir.[263] Örneğin *H. W./Almanya* kararında başvurucu, cinsel suçlardan ötürü hapis cezasına mahkûm edilmiş, buna ek olarak psikolojik durumunun toplum için tehlike oluşturacağı gerekçesiyle ihtiyaten tutulmasına karar verilmiştir. Başvurucu, 1997 yılında verilen hapis cezasının sonunda 2 yıl daha gözlem altında tutulmuştur, 2010 yılında ise bu tutma tedbirinin devamına karar verilmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, 1997 yılında verilen mahkûmiyet ile 2010 yılında verilen karar arasında, somut olayda başvurucu hakkında yeniden bir sağlık raporu da bulunmamasını dikkate alarak, nedensellik olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.[264]

Anılan örnekte de görüldüğü gibibu bendin diğer bentler ile kesişmesi gündeme gelebilir. Örneğin akıl hastası bir kişi hakkında, bu durumundan ötürü bir mahkûmiyet kararı verilememesi veya ceza yerine güvenlik tedbirine hükmedilmesi hâlinde bu durum, md. 5/1(a) ve (e) bentlerinin her ikisi ile de örtüşebilecektir.[265]

Bunun dışında Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının 1'inci cümlesi ve Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi bir

---

mevzuatı uyarınca özgün bir değerlendirme için bkz. *Ruslan Yakovenko/Ukrayna*, İHAM, 5425/11, 04/06/2015.

262 *Wemhoff /Almanya*, İHAM, 2122/64, 27/06/1968, § 9. *Radu/Almanya*, İHAM, 20084/07, 16/05/2003, § 97.

263 Bkz. *Van Drogenbroeck/Belçika*, İHAM, 7906/77, 24/07/1982, § 40.

264 *H. W./Almanya*, İHAM, 17167/11, 19/09/2013, §§ 74 vd.

265 Fakat akıl hastası bir sanık beraat ettikten sonra hakkında akıl hastanesine yatırılma kararı verilmiş ise, artık Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi uygulanır. Doğru/Nalbant, s. 385. Ayrıca bkz. *Glien/Almanya*, İHAM, 7345/12, 28/11/2013.

mahkûmun af yasasından ya da erkenden şartlı tahliye veya kesin tahliye durumlarından yararlanması gibi hususları güvence altına almamaktadır.[266] Bununla birlikte, ulusal mahkemelerin, bu tür bir tedbirden faydalanmak için kanunda belirtilen koşulları yerine getiren herkese, herhangi bir takdir yetkileri bulunmadan, bu tedbiri uygulamakla yükümlü olmaları halinde durum farklı olabilir[267]. İnsan Hakları Mahkemesi, *Alican Demir/Türkiye* kararında, şartlı tahliyenin süre ve iyi hâle ilişkin şartları gerçekleştikten sonra hâkimin şartlı tahliyeye karar vermekle yükümlü olduğunu ve bu kapsamda hâkimin görevinin, bu koşulların bir araya gelip gelmediğini incelemekle sınırlı olup tahliyenin uygun olup olmadığını değerlendirme imkânına sahip olmadığını ve dolayısıyla hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, bu olayda şartlı tahliyeye kadar olan sürenin hesaplanmasını Sözleşme'nin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında incelemiştir.[268] Anayasa Mahkemesi de *Mithat Bakikuşağı* kararında bu yaklaşımı benimsemiştir.[269]

Hükümlünün Hapsedilmesi Yönünden Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Özgürlükten yoksun bırakma kararını veren makam, kanuna göre kurulmuş, görevli ve yetkili, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme midir?
2-) Kişinin hapsedilmesi ile mahkûmiyet kararı arasındaki illiyet kesilmeden kalmış mıdır?
3-) Mevzuatın, mahkûmiyet sonrasındaki usulleri yeterli midir? (Özellikle şartlı salıverme ve denetimli serbestlik yönünden)
4-) Mahkûmiyet kararından önceki usûllerde adil yargılanma hakkının güvencelerine açık ve bariz bir şekilde aykırılık söz konusu mudur?

266 *Mouesca/Fransa*, İHAM, 52189/99, 18/10/2001; *İrfan Kalan/Türkiye*, İHAM, 73561/01, 2/10/2001, *Çelikkaya*/Türkiye, İHAM, 34026/03, 1/6/2010, § 60; *Alican Demir/Türkiye*, İHAM, 41444/09, 25/2/2014, § 89.

267 *Del Rio Prada/İspanya*, İHAM, 42750/09, 10/7/2012, § 126, *Hıdır Durmaz/Türkiye* (No. 2), İHAM, 26291/05, 12/7/2011, § 26.

268 *Alican Demir/Türkiye*, §§ 91-92.

269 *Mithat Bakikuşağı başvurusu*, §§ 33 vd. Bunun dışında mahkûmiyet kararına bağlı olarak cezaevinde tutulan bir kişinin "akıl hastalığı" nedeniyle sonlandırılması konusunda bkz. *Halil Aslan başvurusu*, AYM, 2014/3038, 10/12/2014.

2. Yükümlülük Nedeniyle Tutma

Sözleşme'nin md. 5/1 hükmünün (b) bendinde "bir kişinin, mahkemenin kanuna uygun bir kararına uymaması nedeniyle veya kanunun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için kanuna uygun olarak yakalanması veya tutulması" düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin karşılığı, Anayasa'nın 19'uncu maddesinde yer alan "bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması" şeklindeki hükümdür. Buradan hareketle, söz konusu tutma sebebinin her iki metinde de "ortak" olduğunu söyleyebiliriz.

Yükümlülük nedeniyle tutma hükmünün bünyesinde iki farklı unsur bulunmaktadır. Bunlar, (a) mahkeme kararına uyulmaması nedeniyle tutma, (b) kanunun öngördüğü yükümlülüğe uyulmaması nedeniyle tutma.

a. Mahkeme Kararına Uyulmaması Nedeniyle Tutma

Bir kişi, mahkeme kararına uymadığı için özgürlüğünden yoksun bırakılabilir. Bunun için öncelikli koşul, söz konusu kararın kanuna uygun olmasıdır. Öte yandan mahkeme kararının yerine getirilmesinin önemine odaklanılmamalı, aynı zamanda kişinin özgürlüğünün önemi de akılda tutulmalı ve ölçülülük değerlendirmesi yapılmalıdır.

İnsan Hakları Mahkemesi, bir para cezasını ödemeyen kişinin tutulmasını[270], psikolojik bir incelemeyi reddeden kişinin tutulmasını[271], psikiyatri hastanesinde tutmayı[272], kan testi yapılması kararının yerine getirilmesi için tutmayı[273], ikametgâh sınırlamalarına uymayan bir kişinin tutulmasını[274], çocuğun vasiye verilmesi kararına uymayan kişinin tutulmasını[275], kefalet şartlarına uyulmaması üzerine gerçekleşen

270 *Airey/İrlanda*, İHAM, 6289/73, 07/07/1977; *Velinov/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, İHAM, 16880/08, 19/09/2013, §§ 48-57.

271 *Petukhova/Rusya*, İHAM, 28796/07, 02/05/2013, §§ 46-64; *Nowicka/Polonya*, İHAM, 30218/96, 02/12/2002, § 62; *X./Almanya*, İHAM, 6859/74, 10/12/1975.

272 *Beiere/Letonya*, İHAM, 30954/05, 29/11/2011.

273 *X/Avusturya*, İHAM, 8278/78, 12/12/1979.

274 *Freda/İtalya*, İHAM, 8916/80, 07/11/1980,

275 *Paradis/Almanya*, İHAM, 4065/04, 04/09/2007.

tutmayı[276] bu kapsam içinde görmüştür. Anılan örneklerin tamamında, tutulan kişilerin, bir mahkeme kararına uyması gerekmesine rağmen buna uymaması söz konusudur.[277] İnsan Hakları Mahkemesi, anılan örneklerin hepsinde kişi hakkında tutma tedbirine başvurulmadan önce, kişinin bu konudaki karardan haberdar edilmesine önem atfetmiştir.[278] Buna göre bir kişinin, bilgisinin olmadığı bir mahkeme kararını yerine getirmemesinden dolayı tutulması mümkün değildir.

Türkiye'deki mevzuat yönünden, öncelikle CMK'nın 98'nci maddesindeki özgürlükten yoksun bırakma nedeninin bu kapsamda olduğu söylenebilir:

> "Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir."

Ayrıca CMK md. 90/6 ve 91/1 uyarınca, gelmeyen veya kendisine ulaşılamayan şüphelinin yakalanıp gözaltına alınması da mümkündür. Aynı şekilde, CMK md.145 ve 146'da da ifade ve sorgu için çağrı/davet ve buna rağmen gelmeyen sanığın yakalanması öncesinde zorla getirilmesine karar verilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümlerden CMK md.146/7'de "çağrıya rağmen gelmeyen" ibaresi, mahkeme kararına uyulmaması nedeniyle tutmanın en açık tezahürüdür. Öte yandan CMK md. 43'üncü, 44'üncü ve 45'inci maddelerindeki tanıkların zorla getirilmesi hükümleri de bu kapsamda görülebilir.

Bunun yanında İnsan Hakları Mahkemesi, yakın zaman önce verdiği *Trutko/Rusya* kararında, normal şartlarda Sözleşme'nin md. 5/1(e) hükmü ile ilgili olan psikiyatri kliniğine götürmek için tutma tedbirini bu bent içinde görmüştür. Söz konusu olayda mahkeme heyetine ve davanın taraflarına hakaret ettiği iddia edilen başvurucu hakkında ilgili mahkemenin vermiş olduğu akıl sağlığının yerinde olup olmadığının

276 *Gatt/Malta*, İHAM, 28221/08, 2010.

277 Bu kararlar için bkz. Schabas, s. 236.

278 *Beiere/Letonya*, § 49; *Petukhova/Rusya*, § 58.

tespiti için psikiyatri kliniğine götürülmeye zorlanması yönündeki kararın amacı md. 5/1(b) kapsamında sayılmıştır.[279]

Türkiye hukukuna bakıldığında, mevzuattaki tazyik hapisleri de bu kapsamda sayılabilir. Örneğin 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "adlî para cezasının infazı" başlıklı md. 106/3 hükmü bu bağlamda örnek gösterilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca adlî para cezasını ödemeyen bir kişinin önce kamuya yararlı bir işte çalışması ve gerekli koşulların oluşması halinde tazyik hapsine tabi olması düzenlenmiştir. Bunların yanında, kuvvetli suç şüphelisinin/sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için uzman hekimin önerisi üzerine uygulanan ve 3 haftalık (her defasında 3'er haftalık uzatmalarla birlikte 3 aylık) azami tutma süresi öngörülen resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alma tedbiri (CMK md. 74) vekan örneğinin alınması için uygulanan zor kullanımının da (CMK md. 75/1), eğer koşulları bulunuyorsa, bu fıkra kapsamında görülmesi mümkündür.

b. Kanunun Öngördüğü Yükümlülüğe Uyulmaması Nedeniyle Tutma

Yasal bir yükümlülüğe uymayan kişinin tutulması da mümkündür. Bu bağlamda gerçekleşen özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için bir mahkeme kararına gerek yoktur. Bu bağlamda amaç, doğrudan yasada öngörülen bir yükümlülüğe uyulmasını sağlamaktır. Kanunun ulaşılabilir ve öngörülebilir olması önemlidir. Ayrıca, ölçülülük değerlendirmesi de gündeme gelir. Tutmanın, yükümlülüğün yerine getirilmesi için mutlaka gerekli olup olmadığı, kişi özgürlüğünün önemi karşısında, daha düşük tedbirlerle de kanunun öngördüğü yükümlülüğün gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır. İnsan Hakları Mahkemesi bu değerlendirmeyi yaparken; ödevin amacı, tutulan kişinin niteliği, tutmaya ilişkin özel koşullar ve tutmanın uzunluğu gibi unsurları dikkate alır.

Bu tutma nedeninin geniş yorumlanma riski vardır. Sözleşme organları, bu maddenin geniş yorumlanmasına istikrarlı şekilde karşı

279 *Trutko/Rusya*, İHAM, 40979/04, 06/12/2016, §§ 33-35.

çıkmakta, kanundan gelen geniş bir yükümlülüğe uymak için idarî tedbirlerin dayanağının keyfîliğe neden olabileceğine işaret etmektedirler. Yani devlet, muğlâk bir yükümlülüğe atıfla veya belirsiz bir gelecekte suç işlenmesi olasılığından hareketle kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakamaz. "Huzurun sağlanması" gibi nedenler, belli bir marj içinde kabul edilebilir olsa da böyle bir durumda özel tedbirlerin keyfîliğe kapı aralamayacak kadar açık düzenlenmesi ve buna uyulmuş olması gerekir. Yani tedbirlerin spesifik ve somut olması gerekir.[280]

Strazburg organlarının içtihatlarına bakıldığında, kişinin, kimliğini göstermesi talebini reddetmesi[281], uluslararası bir sınırda güvenlik kontrolü yapılması[282], polis tarafından yapılan olay yerini terk etme emrine uyulmaması[283], polis merkezinde ifade alınması[284], kişinin duruşmaya götürülmesi[285] gibi durumlardaki tutmaların, bu hüküm kapsamında ele alındığı görülmektedir.[286] Eğer ilgili kanundaki yükümlülük sonradan yerine getirilmişse, tutmanın haklılaştırılması mümkün değildir.[287]

Ayrıca bu kapsamdaki olaylarda da söz konusu tedbirlere, olayın tüm koşullarının ve demokratik toplum düzeninde kişi özgürlüğü hakkının önemi dikkate alınarak ölçülülük ilkesi ışığında başvurulması gerekir.[288] Ölçülülük değerlendirmesinde tutmanın süresi özellikle dikkate alınmalıdır.[289] Bu bağlamda gerçekleşecek müdahalelerin cezalandırıcı şekilde uygulanmaması ve yükümlülüğün de her halükârda Sözleşme ile uyumlu olması gerektiği açıktır.[290]

---

280 *Engel ve diğerleri/Hollanda*, § 69; *Guzzardi/İtalya*, § 101.

281 *Vasileva/Danimarka*, İHAM, 52792/99, 25/09/2003; *Sarigiannis/İtalya*, İHAM, 14569/05, 05/04/2011, § 44; *Reyntjens/Belçika*, İHAM, 16810/90, 09/09/1992.

282 *McVeigh ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 8022/77 et al., 18/05/1981.

283 *Epple/Almanya*, 77909/01, 24/03/2005, § 36.

284 *Illiya Stefanov/Bulgaristan*, 65755/01, 22/05/2008, § 75; *Osypenko/Ukrayna*, 4634/04, 09/11/2010, §§ 56- 64.

285 *Lolova-Karadzhova/Bulgaristan*, İHAM, 17835/07, 27/03/2012, §§ 31-32.

286 Örneklemeler için bkz. Schabas, s. 237.

287 *Lolova-Karadzhova/Bulgaristan*, 17835/07, 27/03/2012, § 29 ve oradaki atıflar.

288 *Khodorkovskiy/Rusya*, 5829/04, 31/05/2011, § 137.

289 *Foka/Türkiye*, § 75.

290 *Ostendorf/Almanya*, op. cit.

Türkiye'de mevzuata bakıldığında öncelikle PVSK'nın 4'üncü maddesi uyarınca polisin, mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla kişileri ve araçları durdurabileceği, kişilerin kimliği belirlenemezse gözaltına alınabilecekleri düzenlenmiştir. Benzer şekilde Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasının bu türden bir müdahaleyi düzenlediği görülmektedir:

> "Kimliğini bir belgeyle veya kolluk kuvvetince tanınmış veya güvenilir kişilerin tanıklığı ile ispat edemeyenlerle, gösterdikleri belgelerin doğruluğundan şüphe edilen kişileri, aranan kişilerden olup olmadıkları anlaşılıncaya veya gerçek kimliği ortaya çıkıncaya kadar yirmidört saati geçmemek üzere, yakalama ve muhafaza altına almaya yetkilidir. Bu kişilere kimliklerini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir."

Kimlik tespiti amaçlı tutma yetkisi, Kabahatler Kanunu'nun md. 40/2 hükmünde de düzenlenmiştir.

PVSK'da kimlik tespiti ile ilişkili tutmanın yanında bir başka tutma biçimine daha yer verilmiştir. Kanun'un 11'inci maddesine göre;

> "Polis;
>
> A) Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları,
>
> B) Çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri,
>
> C) Genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları,
>
> herhangi bir müracaat veya şikâyet olmasa bile engeller ve davranışlarının devamını durdurarak yasaklar"

Bu maddede ifade edilen eylemlerin bir kısmı "suç" niteliğini de taşıdığı için, uygulanan tedbirin somut olayın koşullarına göre "suç şüphelisinin tutulması" kapsamında da ele alınması mümkündür. Buna karşın, tedbirin

suç şüphesi temelli uygulanmadığı durumlarda "yasal yükümlülüğe uyulmaması nedeniyle tutma" söz konusu olabilir. Bu konu AYM'nin önüne*Cemal Duğan* başvurusuyla gelmiştir. Bu olayda, davaya konu olan tutanağa göre başvurucu, yol kenarında yapılan bir denetim sırasında seyir halindeki araçları durdurmaya çalışmakta ve araçların önüne geçerek trafiği tehlikeye düşürecek şekilde davranışlarda bulunmaktadır. Kolluk görevlilerine göre başvurucu, hangi amaçla orada bulunduğuna dair soruya otostop yaparak fuhuş amacıyla müşteri aradığı yanıtını vermiştir ve ilgili işlemleri yapmak üzere, Ahlak Büro Amirliği'ne götürülmüştür. Başvurucu, bir ila üç saat (kendi iddiasına göre iki veya üç saat, yetkililere göre yaklaşık bir saat) boyunca karakolda tutulmuştur. Herhangi bir gözaltı işlemi uygulanmamıştır. Bu sürecin sonunda Trafik Kanunu'nun 68'inci maddesi uyarınca 80 TL para cezası uygulanmış ve başvurucu serbest bırakılmıştır. Başvurucunun iddiası, ortada bir suç şüphesi olmamasına rağmen, rızası dışında polis aracına bindirilmeye zorlanmasının ve Emniyet Müdürlüğü'nde bekletilmesinin kanunsuz olduğudur. Anayasa Mahkemesi bu olayda söz konusu tedbirin özgürlükten yoksun bırakma olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu tedbirin dayanağının PVSK md. 11/A hükmü olduğunu söylemiştir.[291] Mahkeme bunun yanında 2918 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin birinci fıkrasında polisin trafiği düzenlemek ve yönetmek, trafik suçu işleyenler hakkında tutanak düzenlemek, gerekli işlemleri yapmak ve takip etmek şeklindeki görev ve yetkilerinin de bir diğer kanuni dayanak olduğunu tespit ederek ihlal iddiasını reddetmiştir.

Öte yandan bu kapsamda sayılabilecek bir diğer düzenleme de kolluğun verdiği kanuna uygun emirlere uymayan ve direnen kişileri karakola götürme yetkisidir (md. 17/1). Bu yetki, araştırma işlemlerini engelleyenlerin men edilmesi (md. 6/6) ile birlikte kavrandığında yasal yükümlülüğe uyulmaması nedeniyle tutma kapsamında görülebilir. Askerlik Kanunu'nun 30, 47 ve 80'inci maddelerindeki yoklama kaçakları, bakaya kalanlar ve firar, izin veya hava değişimi tecavüzünde olan yükümlülerin yakalanıp, askerlik şubesine getirilmelerine ilişkin hükümler de bu kapsamda düşünülebilir.

291 *Cemal Duğan başvurusu*, §§ 58-60.

Yükümlülük Nedeniyle Tutma Durumunda Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının nedeni olan kanuni yükümlülük ulaşılabilir ve öngörülebilir midir?
2-) Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının nedeni olan ve uymadığı mahkeme kararından haberi var mıdır?
3-) Söz konusu yükümlülük yerine getirilmiş midir?
4-) Yükümlülük yerine getirildikten sonra da tutma bitmiş midir?

3. Suç Şüphelisinin Tutulması

Sözleşme md. 5/1(c) hükmüne göre "bir kişinin, suç işlediğinden makul şüphe duyulması üzerine veya suç işlemesini engellemek ya da işledikten sonra kaçmasını önlemek için kendisini tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde, kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla kanuna uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması" mümkündür. Anayasa'ya göre ise "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilirler. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir." (md. 19/3).

Sözleşme'nin düzenlemesi kural olarak yakalama, gözaltı ve tutma tedbirleriyle ilgiliyken Anayasa'daki düzenleme "tutuklama" tedbiri yönünden formülize edilmiştir. İki metin arasında ilk bakışta bir uyumsuzluk var gibidir ancak bu iki hükmün uyumlu yorumlanması mümkündür.

Sözleşme'de hakkında makul suç şüphesi bulunan kişinin, yetkili merci önüne çıkartılmak amacıyla şu nedenlerle özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği ifade edilmiştir:

- Bir kişinin suç işlediğinden şüphelenmek için makul şüphenin bulunması,

- Bir kişinin suç işlemesine engel olma zorunluluğunun bulunması,

- Bir kişinin suç işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu

Anayasa'da ise "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler"in belli şartların karşılanması durumunda hâkim kararıyla tutuklanacağı ifade edilmektedir. Sözleşme'nin 5/1(c) hükmü, tutuklamadan değil yakalama ve tutmadan bahsettiği için ilk cümle doğrudan bu bent ile ilgili görülmeyebilir. Ne var ki bu cümle, Anayasa'daki devam eden cümlenin yorumu yönünden önem taşır. Devam eden cümlede, hâkim kararı olmadan yakalamanın istisnalarına (suçüstü hali veya gecikmesinde sakınca bulunan hal) yer verilmiştir. Bunun anlamı, suç şüphelisinin yakalanmasının da kural olarak hâkim kararıyla yapılacağıdır. Hâkim kararıyla yapılacak yakalamanın amacının da suç şüphelisini hâkim önüne getirmek olacağı açıktır. Öte yandan, ana kural bu olduğunda istisnaî durumlarda da aksi düşünülemez. Yani iki istisnaî durumda da hâkim kararı olmadan yapılabilecek yakalamanın hâkim önüne çıkartma amacı taşıması gerekir. Zaten Anayasa'nın md. 19/5 hükmündeki şu ifadeler de bu yorumu destekler: "Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır."

Sözleşme, yakalama ve tutma tedbirleri için açıkça makul şüphe ifadesine yer vermiştir. Buna karşın Anayasa md. 19/3'te "kuvvetli belirti" ifadesi yalnızca tutuklama tedbiri yönünden kullanılmıştır. Sözleşme'deki şüphe belirlemesinin anayasal açıdan yakalama ve gözaltı tedbirleri için de geçeri olup olmadığı muğlâktır. Anayasa "bunun şartlarını kanun gösterir" diyerek konuyu anayasa altı mevzuata bırakmıştır. Bu normlara baktığımızda ise CMK'nın md. 90/2 hükmünde "Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler." denmektedir. Yakalama, Gözaltına Alma ve

İfade Alma Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde kolluk görevlilerinin "gecikmesinde sakınca bulunan ve Cumhuriyet savcısına veya derhâl âmirlerine müracaat imkânı olmayan hâllerde; hakkında yakalama emri düzenlenmesi veya tutuklama kararı verilmesi gereken kişileri ya da suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında *kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan şüphelileri*" yakalayabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Kanunilik incelemesi ulusal mevzuata uygunluk denetimi gerektirdiği için bu düzenlemenin Sözleşme ve Anayasa ile uyum yarattığını düşünebiliriz.

Sözleşme'de bir kişinin "suç işlediğinden makul şüphe duyulması" durumunun yanında, "suç işlemesini engellemek" ve "suç işledikten sonra kaçmasını önlemek" gibi nedenlere de yer verilmiştir. Yakalama ve gözaltı tedbirleri yönünden Anayasa'da açıkça böyle nedenlere yer verilmiş değildir. Anayasa altı mevzuat ise bunu somutlamıştır. CMK'nın 90'ıncı maddesinde herkes tarafından yakalama yapılabilecek haller arasında (a) Kişiye suçu işlerken rastlanması ve (b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması sayılmıştır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde ise gecikmesinde sakınca bulunan hâl, "derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli" şeklinde tanımlanmış ve kolluk görevlilerinin böyle hallerde Cumhuriyet savcısına veya derhâl âmirlerine müracaat imkânı yoksa belli koşullar dâhilinde yakalama yapabileceğini düzenlemiştir.

Dolayısıyla bu bağlamda da Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme denetimi ile koşut bir inceleme yapabileceği söylenebilir.

Şimdi suç şüphelisinin tutulması konusuna daha yakından bakalım.

a. Suç Kavramı

Strazburg içtihatlarında, "suç" (*criminal offence*) kavramı, Sözleşme'nin farklı maddelerinde (md. 6 ve 7) de yer almaktadır. Sözleşme yönünden bu

kavram, özerk bir anlam taşır.[292] Bu özerk anlamın içeriği, "Engel kriterleri" olarak ifade edilen kriterler çerçevesinde belirlenir.[293] Söz konusu kriterler üç öğeye dayanır. Bunlar; (i) iç hukukun yaptığı tanımlama, (ii) belli bir gruba uygulanmama veya genel bağlayıcı karakter taşıma, (iii) uygulanan cezanın ağırlığı şeklindedir. Anılan kriterlere kısaca değinmek gerekirse:

Öncelikle, ulusal hukukun "suç" tanımlaması yapması durumunda Mahkeme bu tanımı benimsemektedir. Burada ulusal hukuk, Ceza Kanunu'nu kapsadığı gibi "yan ceza hukuku"nu da içerir.[294] Yani Ceza Kanunu'nda değil de farklı bir kanunda dahi "suç" kavramına yer verilirse bu belirleme Strazburg Mahkemesi tarafından dikkate alınır.[295]

İkinci olarak, normun, muhatapları itibarıyla genele yönelik uygulama buluyor olması dikkate alınmaktadır. Mahkeme, perakende kasaplık yapan bir kişinin fiyat sabitleme yönetmeliğine uymaması[296], bir aktivistin belediye asayiş yönetmeliğine aykırı şekilde gösteriye katılması[297], bir kişinin havayoluyla kendisine gelen kolide gümrük kanununa aykırı yasadışı maddelerin bulunması şeklinde gümrük kanununa aykırı davranışı[298], bir gazetecinin Meclis İçtüzüğü uyarınca yasama bağışıklığına aykırı olduğu düşünülen yazı yazması,[299] bir para koleksiyoncusunun

292 *Gurguchiani/İspanya*, İHAM, 16012/06, 15/12/2009, § 31.

293 J. F. Kidd, "Disciplinary Proceedings and the Right to a Fair Criminal Trial under the European Convention on Human Rights", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36(4), 1987, ss. 857 vd. Adlandırmanın dayandığı karar için bkz. *Engel ve diğerleri/Hollanda*, İHAM, 5100/71 et al., 08/06/1976.

294 Kadelbach, s. 846.

295 Bazen bunun tersi de söz konusu olabilir. Bazı durumlarda, tutmaya dayanak olan eylemlerin açıkça "suç" olarak tanımlanmamış olması söz konusu olabilir. Örneğin *Brogan/Birleşik Krallık* kararında "terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinde, hazırlanmasında veya başlatılmasında yer alan" kişilerin yakalanması ve gözaltına alınması söz konusudur. Ulusal hukukta bu eylemlere karışmanın kendisi tek başına suç olarak düzenlenmemişse de "siyasi amaçlarla şiddet kullanma" olarak tanımlanan terör eylemleri, Sözleşme anlamında "suç" kavramı içinde görülebilmiştir.

296 Bkz. *Deweer/Belçika*, İHAM, 6903/75, 27/02/1980. Aynı yönde bkz. *Adolf/Avusturya*, İHAM, 8269/78, 26/03/1982.

297 Bkz. *Belilos/İsviçre*, İHAM, 10328/83, 29/04/1988.

298 Bkz. *Salabiaku/Fransa*, İHAM, 10519/83, 07/11/1988.

299 Bkz. *Demicoli/Malta*, İHAM, 13057/87, 27/08/1991.

faturalandırmadan gelir elde etmesi bağlamında vergi kaçırma[300] eylemleri, bu eylemleri hukuka aykırı yapan düzenlemenin genel bir dille kaleme alınmış olmasından dolayı, Sözleşme anlamında "suç" isnadına konu olan eylemler olarak kabul edilmiştir.[301]

Üçüncü olarak, bir eylemin Sözleşme anlamında "suç" olarak görülüp görülmeyeceği belirlenirken, o eylem için öngörülen yaptırıma da bakılmaktadır.[302] Bir eyleme yönelik öngörülen yaptırımın özgürlükten yoksun bırakan bir cezayı (*penalty*) gerektirmesi durumunda, o yaptırımın nedeni olan eylem de doğal olarak "suç" olarak ifade edilmektedir.[303] Bu tespit sadece doğrudan doğruya yaptırım olarak hapis cezası öngörülen haller için değil, aynı zamanda, ödenmemesi durumunda hapsedilme tehlikesi de barındıran para cezaları için de geçerlidir.[304]

Anılan kriterlerden hareket eden İnsan Hakları Mahkemesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının tartışıldığı bazı davalarda, mahkeme çağrısına uymayan[305] veya askerî disiplin hukukuna uymayan[306] kişilerin eylemlerine yönelik isnatları "suç" isnadı olarak görmüştür.

Buraya kadar yazılanlar Sözleşme'deki "suç" kavramının anlamına ilişkindi. Burada şu soru anlamlıdır: Acaba İnsan Hakları Mahkemesi, bu bağlamda sadece iç hukuktaki belirlemenin Sözleşme'deki "suç" kavramının anlamını ortaya koyan kriterler ile uyumluluğunu mu incelemektedir? Yoksa Mahkeme, söz konusu "suç" ile başvurucunun eylemi arasında bir örtüşme olup olmadığını da incelemekte midir? Başka bir deyişle Mahkeme, "tipiklik" incelemesi türü bir inceleme yapmakta mıdır?

Bu sorunun yanıtı *Loukanov/Bulgaristan* kararında ortaya konmuştur. Bu olayda başvurucu eski bir milletvekili, bakan, başbakan yardımcısı

300 Bkz. *Bendenoun/Fransa*, İHAM, 12547/86 , 24/02/1994.

301 Clayton/Tomlinson, s. 632; Kidd, s. 863. Ayrıca bkz. Grabenwarter, s. 111.

302 *Benham/Birleşik Krallık*, § 56.

303 *R. L. ve M.- J.D./Fransa*, İHAM, 44568/98, 19/05/2004, § 87.

304 Karş. *Engel ve diğerleri/Hollanda*, § 83 vd.

305 *X./Birleşik Krallık*, İHAM, 8083/77, 13/03/1980.

306 *Hood/Birleşik Krallık*, İHAM, 27267/95, 18/02/1999, § 51.

ve başbakandır. Başvurucu hakkında, kendisinin ve partisinin iktidarda olduğu dönemde ön yargılı yaklaşımlarla bazı gelişmekte olan ülkelere kredilerle yardım sağlayarak, ülkenin ekonomik potansiyelini dramatik şekilde olumsuz etkilediği ve ülkeyi ödenmesi güç borçlara soktuğu gerekçesiyle soruşturma açılmıştır. Soruşturmanın dayanağı ise Ceza Kanunundaki "kamu görevlisinin, idaresi bünyesinde yapması emredilen faaliyetin icrasında veya idaresinin mülkiyetindeki para veya malvarlığında ihmalkârlıkla ulusal ekonomi veya ilgili hizmet yönünden dezavantaj yaratan önemli bir maddi zarara neden olması" ve "kamu görevlisinin, görevini yerine getirmeyen veya yetkilerini kendisi ya da üçüncü kişi yararına veya başkalarının zararına önemli bir maddi zarar yaratacak şekilde kötüye kullanması" suçlarıdır. Başvurucu bu suç isnadına dayanılarak tutuklanmıştır. İnsan Hakları Mahkemesi bu olayda öncelikle, konuyla ilgili içtihadını hatırlatmıştır. Bu içtihada göre Avrupa sisteminde ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanmasında öncelikli yetki ulusal makamlarda, özellikle de mahkemelerdedir, fakat madde 5'te olduğu gibi Sözleşme'nin doğrudan iç hukuka atıf yaptığı durumlarda kanuna uygunluk koşulusözleşmeci devletlerin yükümlülüklerinin ayrılmaz parçasıdır ve bundan dolayı Mahkeme, bu bağlamda ulusal makamların kanuna uygun hareket edip etmediklerini denetleyebilir. Somut olayda Mahkeme, başvurucuya atfedilen suçun dayanağı olan eylemin, Bulgar Hükümeti'nin gelişmekte olan ülkelere para yardımı yapması ve borç vermesi kararlarının parçası olması olduğunu kaydetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu eylemin, tutuklama dayanağı olan Ceza Kanunu hükümlerine girmediği, ayrıca bu konuda başvurucunun kendisine tanınan yetkileri aştığını gösteren herhangi bir delilin sunulmamış olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yani Mahkeme, bu olayda "makul şüphe"nin veya kaçma/delilleri kararma olasılıklarının bulunup bulunmadığı incelemesine dahi girmeden, isnadın dayanağı olan suç ile başvurucunun eylemi arasında uyum olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.[307]

Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına bakıldığında ise bu yönde bir incelemeye ve/veya karara henüz rastlanmamaktadır.

307 *Lukanov/Bulgaristan*, İHAM, 21915/93, 20/03/1997, §§ 40-46.

b. Tutmanın Amacı

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin madde 5(1)(c) hükmünde, bu bent kapsamında ifade edilen bütün unsurları (yani suç işlemiş olma şüphesi, suç işledikten sonra kaçanın yakalanması ve yeniden suç işlenmesinin önlenmesi) kapsayacak şekilde "kanunen yetkili makamların önüne çıkartmak" amacından bahsedilmiştir.[308] Bu hükümdeki "yetkili makam" kavramının Anayasa yönünden "hâkim" şeklinde somutlaştırıldığı ifade edilmişti. Bu bentte ifade edilen "kanunen yetkili makam" ifadesi "yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli" ifadesi ile aynı anlama gelmektedir.[309] Dolayısıyla bu konuda o başlık altındaki açıklamalara bakılabilir.[310]

Sözleşme yönünden, söz konusu bendin Sözleşme'nin madde 5(3) hükmü ile birlikte kavranması durumunda bu koşulun esasen yakalama, gözaltı ve tutma ile sınırlı bir anlam taşıdığı sonucuna ulaşabiliriz. Başka bir deyişle bir kişi hakkında suç işlediğine ilişkin makul şüphe bulunuyorsa o kişi yakalanabilir, gözaltına alınabilir veya tutulabilir, fakat bu tedbirlere başvurmadaki yegâne amaç yargıç/yetkili adlî merci önüne çıkartmak olacaktır. Tespit bu şekilde olduğunda, haklı olarak şu soru akla gelebilir: Acaba bir kişi, hakkında makul suç şüphesi bulunduğu düşüncesiyle yakalanıp gözaltına alındıktan sonra, bu kişi hakkında suçlama yapılmaz ve/veya yetkili makam önüne çıkartılmayıp salıverilirse bu, Sözleşme'ye aykırılık yaratır mı? İnsan Hakları Mahkemesi, bu sorunun yanıtını *Brogan/Birleşik Krallık* kararında vermiştir. Mahkemeye göre bir şüpheli, hakkında "makul şüphe"nin bulunması ve iyi niyet kurallarına uyulması koşuluyla, söz konusu suçla ilgili soruşturma kapsamında delilleri toplamak amacıyla ifade almak için gözaltına alınabilecektir.[311] Yani önem taşıyan nokta, kolluk görevlilerinin kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andaki amacıdır. Sonradan suçlama yapmanın veya yargıç önüne çıkartmanın gerekli olmadığı kanaatine ulaşılmış ise kişi, serbest bırakılabilir.

---

308 *Lawless/İrlanda*, §§ 39-41.

309 *Schiesser/İsviçre*, İHAM, 7710/76, 04/12/1979, § 29.

310 Bkz. aşa. "Yargı Mercii – Mahkeme Kavramı" başlığı.

311 *Brogan/Birleşik Krallık*, İHAM, 11209/84 et al., 30/05/1989, § 53; *Labita/İtalya*, § 155.

Yakalama, gözaltı ve tutma tedbirleri cezalandırma amacı taşıyamaz. Sözleşme'deki haklardan birinin kullanımını engellemek amacıyla da özgürlükten yoksun bırakma tedbirine başvurulamaz. Örneğin *Huseynli ve diğerleri/Azerbaycan* kararı bu yönde önemli bir örnektir.[312] Bu davada başvurucular, ana muhalefet partisinin ve muhalif grupların üyesidirler, geçmişte farklı defalar olduğu gibi bir gösteri sırasında yakalanmış ve gözaltına alınmışlardır. Başvurucular, 2 Nisan 2011 tarihinde Bakü'de bir gösteri yapmak istemişler fakat bu talepleri reddedilmiş ve gösteri mekânı olarak şehir dışı gösterilmiştir. Bunun yanında İçişleri Bakanı, kamuoyunu Bakü'de yapılacak gösterinin önleneceği konusunda uyarmıştır. Buna karşın başvurucular Bakü'nün merkezinde gösteri yapma kararı almış ve bu bilgiyi hem basında hem de Facebook sitesinde duyurmuşlardır. Başvurucular, öngörülen başvuru tarihinden iki gün önce yakalanmış, çeşitli karakollara götürülmüş, birkaç saat nezarethanede tutulmuş ve kamu düzenini bozma suçuna binaen haklarında 7 gün boyuna idarî tutma tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Konu İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne geldiğinde Mahkeme, konuyu "keyfîlik" sorunu bağlamında ele almıştır. Hükümetin resmî açıklamalarında başvurucuların, polis memurunun kanuni emirlerine uymadıkları veya holiganlıkları uyarınca tutulduğu iddiasını gerçekçi görmeyen Mahkeme, tutulma nedenlerinin 2 Nisan 2011 günü yapılacak gösteriye katılmalarının engellenmesi, muhalif gösterilere katılmalarından dolayı cezalandırılmaları amacını taşıdığı sonucuna ulaşmıştır.[313] Mahkeme, kötü niyet taşıyan ve keyfî amaçlarla gerçekleşen bu tür tedbirleri son yıllarda artan sayıda kararda Sözleşme md. 18 kapsamında ele almaktadır.[314]

Sözleşme'de yakalama nedenleri sınırlı sayıda sayılmıştır. Bunlardan ilki "kişinin suç işlemiş olması şüphesi" taşımasıdır. Bu bağlamda açıklamalara, özellikle şüphe düzeyi yönünden aşağıda dönülecektir. Bunun yanında "suç işledikten sonra kaçan" kişinin de yakalanabileceğinden bahsedilmiştir ki, "suç işledikten sonra kaçan kişi"

312 *Huseynli ve diğerleri/Azerbaycan*, İHAM, 67360/11, et. al., 11/02/2016. Aynı yönde *İbrahimov ve diğerleri/Azerbaycan*, İHAM, 69234/11, et. al., 11/02/2016.

313 *Huseynli ve diğerleri/Azerbaycan*, §§ 146-147.

314 Bkz. aşa. "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Müdahale ve Amaçta Saptırma Yasağı"

evleviyetle "suç işlemiş olma şüphesi" taşıyan bir kişidir. Dolayısıyla bu amaca yer verilmesi gereksizdir. Bunların yanında "suçun önlenmesi" amacıyla yakalama yapılacağının söylenmesi ise yeni bir amaç getiriyor gibidir. Öyle ki maddenin yazılış biçimi itibarıyla ilk bakışta genel anlamda "önleyici tutma" tedbirine başvurulabileceği düşünülebilir, fakat İnsan Hakları Mahkemesi, *Lawless/İrlanda* kararında bu olasılığı dışlamıştır. Mahkeme, her üç yakalama nedeni yönünden de asıl amacın "kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak" olduğunu ifade ederek, bir kişinin herhangi bir ceza soruşturması açılması amacına yönelik olmaksızın, sadece suç işlemesinin önlenmesi amacıyla tutulması olasılığını Sözleşme sisteminin dışına itmiştir.[315]

Anayasa Mahkemesi'nin, şimdiye kadarki içtihadında, yakalanan/gözaltına alınan kişilerin hangi amaçla tutulduğuna yönelik bir inceleme yaptığı örnek olaya rastlanmamıştır.

c. Makul Şüphe-Kuvvetli Belirti

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1/c hükmünde "bir kişinin, suç işlediğinden makul şüphe duyulması üzerine (…) kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla kanuna uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması" tedbirinin uygulanabileceğinden bahsedilmektedir. Görüldüğü gibi maddede bir suç şüphesi altındaki bir kişiye tutma tedbirinin uygulanması için "makul şüphe" (*reasonable suspicion*) şartı getirilmiştir. Bu sözcük, iç hukuktaki basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe, kuvvetli şüphe şeklindeki sıralamaya göre düşük bir şüphe düzeyini işaret ediyor görünse de Mahkeme, makul şüphe kavramını, böyle bir sıralama içinde kavramamakta, özerk bir değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme'ye göre ilgili maddede geçen "makul" sözcüğü, davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile anlamlandırılacaktır.[316] Bununla birlikte jenerik tanımlama da yapılmıştır. Buna göre "makul şüphe" ifadesi, tarafsız

315 *Lawless/İrlanda*, § 14; *Guzzardi/İtalya*, § 102; *Jecius/Litvanya*, İHAM, 34578/97, 31/07/2000, §§ 50-52. Önleyici tutma hakkında daha fazla bilgi ve içtihadî açıklamalar için bkz. Doğru/Nalbant, s. 377.

316 *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, İHAM, 12244/86 et. al., 30/08/1990, § 32.

bir gözlemciyi, özgürlükten yoksun bırakma tedbiri uygulanan kişinin suç işlediği konusunda ikna edecek unsurların veya bilgilerin mevcut olduğuna ilişkin bir varsayımı ifade eder.[317] Bu tanımlamadaki koşul, yakalama ve gözaltı kadar diğer tutma biçimleri ve tutuklamalar için de geçerlidir.

Aktarılan tanımlama genel nitelikte olsa da Mahkeme, her olayda, derece mahkemelerinin bu çerçevede benimsedikleri varsayımın, doğru temellere sahip olup olmadığını, yetkili makamların gerekçelerine ve bu gerekçelerin somut gerçeklik ile ilgisine ve yeterliliğine veya başka bir ifadeyle, uyumuna bakarak incelemektedir. Eğer yetkili makamlar belli bir gerekçe ileri sürmüş fakat aslında bu konuda etkili bir soruşturma yapmamışlarsa, söz konusu şüphenin makullüğünden bahsedilemez.[318] *Stepuleac/Moldova* kararı buna örnektir. Bu davada başvurucular, bir güvenlik şirketinin sahiplerindendirler. Şirket çalışanlarından biri, şirketin şantaj ve şiddet suçlarına karıştığını iddia etmiştir. Başvurucular, bu iddiadan hareketle, haklarında makul şüphe bulunduğu gerekçesiyle tutuklanmışlardır. İnsan Hakları Mahkemesi, birinci başvurucunun tutuklanmasına neden olan tek delilin, bir çalışanın şirket yöneticilerinin hepsinin bu suçlara karıştığına dair bir beyanı olduğunu kaydetmiş ve bu beyanda özel olarak başvurucunun isminin dahi zikredilmediğini, ayrıca bu beyanın doğruluğuna yönelik soruşturma makamlarının gerekli adımları dahi atmadan makul şüphe belirlemesinde bulunulduğunu söyleyerek, bu şüphe belirlemesinin geçersiz olduğunu söylemiş ve ihlal kararı vermiştir.[319] Yani görüldüğü gibi, derece mahkemelerinin şüphe değerlendirmelerine otomatik olarak riayet edilmemekte, olaydaki somut gerçeklik de dikkate alınarak, bir şüphe değerlendirmesinin bulunmadığı söylenebilmektedir.

Bu duruma Türkiye'den bir örnek vermek gerekirse, *Elçi ve diğerleri/Türkiye* kararına değinilebilir. Kararın konusu, avukat olan başvurucuların, terör örgütüne kuryelik yaptıklarına ilişkin bir itirafçı

317 Örn. bkz. *Erdagöz/Türkiye*, İHAM, 21890/93, 22/10/1997, § 51; *Elçi ve diğerleri/Türkiye*, § 668.

318 Örn. bkz. *Elçi ve diğerleri/Türkiye*, § 674.

319 *Stepuleac/Moldova*, İHAM, 8207/06, 06/11/2007, §§ 69-74.

ifadesinden hareketle tutuklanmalarıdır. Bu olayda başvurucu Avukat Arif Altınkalem'in adı, söz konusu itirafçının ifadesinde hiç geçmemektedir fakat Altınkalem, itirafçının ifadesine atıfla tutuklanmıştır. Mahkeme bu olayda, başvurucunun "diğer başvurucularla birlikte, Devlet Güvenlik Mahkemeleri önünde PKK'nin savunma avukatlığını yapması gerçeğinden başka bir sebep olmadığı" sonucuna ulaşarak, derece mahkemesinin şüphe değerlendirmesini kabul etmemiştir.[320]

Bazı davalarda, somut olayın koşullarına göre, şüphenin makullüğü değerlendirilirken ulusal mahkemeler ile İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimi arasındaki sınır iyice daralmaktadır. Bu konuda özellikle "Ergenekon" davası kapsamında **gözaltına** alınan ve **tutuklanan** bazı kişilerin yaptığı başvurularla ilgili değerlendirmeler örnek gösterilebilir.[321] Bunlardan *Ayşe Yüksel ve diğerleri/Türkiye* kararında başvurucular Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği (ÇYDD) yöneticisi ve üyesidirler. 1989 yılında kurulan ve genç kızların eğitimi amacını taşıyan Dernek, bugüne kadar, üniversite öğrencileri de dâhil olmak üzere binlerce öğrenciye burs vermiştir. Derneğin çalışmaları, uluslararası düzeyde en az on üç ödüle layık görülmüştür. Dernek, siyasi alanda, Mustafa Kemal Atatürk'ün ilkeleri ile uyumlu bir toplum meydana getirmeyi amaçlamaktadır ve laiklik ilkesine sıkı sıkıya bağlıdır. Derneğin kurucusu olan Türkan Saylan, 2007 yılında düzenlenen büyük Cumhuriyet Mitingleri'nin organizatörleri arasında yer almıştır. Mitinge katılanlar, iktidar partisini, devletin kurumlarında İslam'ın yerini güçlendirmeyi istemekle suçlamışlardır. İhtilaf konusu bu mitinglerin bazı organizatörleri, "Ergenekon" ceza soruşturması kapsamında tutuklanmışlardır.[322]

Somut olayda başvurucular, bu soruşturma kapsamında gözaltına alınmışlar, başvurucu Ayşe Yüksel ise bir süre tutuklu kalmıştır. Bu olayda İnsan Hakları Mahkemesi, "şüphe" konusundaki tespitlerini, Hükümet'in görüşleri ile İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün konuyla ilgili yazısı, başvurucuların ifade tutanakları, iddianame ve Anadolu

320 *Elçi ve diğerleri/Türkiye*, § 674.

321 *Ayşe Yüksel ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 55835/09 et. al., 31/05/2016; *Mergen/Türkiye*, İHAM, 44062/09, et. al., 31/05/2016.

322 *Ayşe Yüksel ve diğerleri/Türkiye*, §§ 6-8.

Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararı gibi dosyadaki farklı unsurların bütünü ışığında yapmıştır. Bu unsurlara dayanan Mahkeme, şüphenin dayanağı olan olayların; başvurucuların, Ergenekon davasında yargılanan bazı sanıklarla birlikte ÇYDD için veya ÇYDD yararına etkinliklere ve bazı siyasi gösterilere katılmaları olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme buradan hareketle, şüphenin makullüğüne ilişkin şu tespitte bulunmuştur:

> "Derneğin bazı üyelerinin de yasadışı bir örgüte üye olduğu, öte yandan Derneğin burs verdiği bir kişinin, başka bir yasadışı örgüte üye olduğuna dair hakkında şüphe duyulduğu yönündeki iddialar, objektif bir gözlemciyi, başvuranların yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlemiş olabilecekleri konusunda ikna etmek için yeterli olarak değerlendirilemez."[323]

Bu tespitten hareket eden Mahkeme, dosyada aleyhlerine sunulan delillerin bir kısmının sahte olduğu anlaşılan ve haklarında sonradan beraat kararı verilen başvurucuların özgürlükten yoksun bırakılmalarının dayanağı olan kuşkunun "makul olmadığı" sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.[324]

Aktarılan örnekler devletin güvenliğine karşı suçlar ile ilgilidir. Mahkeme, bu tür suçlar içinde özellikle terör suçları yönünden insanların yaşamlarını kaybetme ve acı çekme riskleri bulunduğundan, polisin gizli kaynaklardan alınan bilgiler dâhil olmak üzere, tüm bilgileri takip etme konusunda çok hızlı hareket etmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ayrıca, polisin sıklıkla, güvenilir olan ancak bilgi kaynağını tehlike altına sokmaksızın şüpheliye açıklanması veya mahkeme önünde sunulması mümkün olmayan bilgiler temelinde, şüphelenilen bir teröristi yakalamak durumunda kalabildiği de kaydedilmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin md. 5(1)(c) hükmünün, polisin Sözleşme kapsamındaki yaşam hakkını ve halkın vücut güvenliği hakkını koruma görevini yerine getirirken, örgütlü teröre karşı etkin tedbirler alması konusunda orantısız güçlükler yaratacak biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Şüpheli bir teröristin yakalanmasına dayanak teşkil eden şüphenin makullüğünün, destekleyici

323 Ibid., § 56.

324 Ibid.,§§ 57-59.

bilgilerin gizli kaynakları veya bu türden gizli kaynaklara veya bu kaynakların kimliğine işaret etmesi mümkün olan olayları dahi açıklamak suretiyle ortaya konulması Sözleşmeci devletlerden talep edilemez.[325] Ne var ki gizli bilgilerin korunmasının önem taşıdığı terörle mücadele kapsamındaki yargılamalarda dahi, taraf devletlerin sahip olduğu marj, Sözleşme'de geçen "makullük" kavramının içini boşaltacak düzeyde genişleyemez.[326]

Anayasa'ya dönecek olursak; Anayasa'da bu hükme denk düşen fıkrada "makul şüphe" değil, "kuvvetli belirti" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin denetiminde referans alacağı kriter, "makullük" değil, "kuvvetlilik" olacaktır. Nitekim buna koşut olarak düzenlenen CMK'nın 100'üncü maddesinde de tutuklama tedbirine başvurulması için "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin" varlığı koşuluna yer verilmiştir. CMUK (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu) döneminde (md. 104/1) Anayasa'daki "kuvvetli belirti" ifadesine yer verilmişti ve "belirti" kavramı doktrinde, bazı yazarlarca basit şüpheyi aşan, delil kesinliğine yaklaşan bir kavramı anlatır şekilde, bazı yazarlarca ise "kuvvetli şüphe" şeklinde tanımlanmaktaydı.[327] Bu terminoloji CMK ile birlikte değişti ve bugün tutuklama kararı verilebilmesi, "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde" mümkün hale getirilmiştir.[328] Yakalama tedbiri yönünden de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde de yakalama tedbirine ilişkin koşullara yer verilirken, "kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan şüpheliler"den bahsedilmektedir. Şu hâlde Anayasa altı mevzuat, Sözleşme'nin veya Anayasa'nın tercihlerinden daha ileri bir güvence getirmektedir. Anılan metinler asgari eşiği oluşturduğu için daha ileri güvencelerin varlığı Anayasa'ya aykırı değildir. Ayrıca tutmanın kanuniliği değerlendirmesinde, ilgili

325 *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, §§ 32-34.

326 *O'Hara/Birleşik Krallık*, İHAM, 37555/97, 16/10/2001, § 35.

327 Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, (İstanbul: Beta Yay., 2002), ss. 38-39.

328 21/02/2014 tarihli 6526 Sayılı Kanun'dan önce "somut delillerin" ifadesi yerine, "olguların" şeklinde daha zayıf bir kavram bulunuyordu.

mevzuata uygunluk denetimi yapılacağı için, denetimin kanunun lafzı ve bu lafzın mahkemelerce yerleşik hale gelmiş yorumları dikkate alınarak yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'daki "kuvvetli belirti" kavramını, tıpkı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi algılamaktadır. Kişi özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren somut olguların varlığının objektif bir gözlemciyi ikna edecek biçimde ortaya konulması gerektiğini söyleyen[329] Mahkeme, "kuvvetli" belirtiyi, tutuklama kavramının olmazsa olmaz unsuru olarak görmektedir.[330] Mahkeme'ye göre; bir kişinin tutuklanabilmesi, öncelikli olarak suç işlediği hususunda "kuvvetli belirti" bulunmasına bağlıdır ve bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır.[331] Yine Mahkeme'ye göre; kişinin bir suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması şart değildir. Zira tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adlî süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir. Buna göre suç isnadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir.[332]

Anayasa Mahkemesi bu kuvvetli belirti koşulunu henüz **yakalama/gözaltı** tedbirleri yönünden uygulamamıştır. Gerçi gözaltı koşulların bulunmadığı iddialar AYM'nin önüne çok defa gelmiştir. Ne var ki bu başvuruların hiçbiri kabul edilebilirlik koşullarını karşılamamıştır. Örneğin Mart 2013'te Antalya'da polislerin üç genci durdurup işlem yapmaları sırasında olayı izleyen ve polislere sözlü olarak müdahale etmesi üzerine gözaltına alınan başvurucunun 13 saat kadar tutulduktan

329 *Engin Demir başvurusu*, AYM, 2013/2947, 17/12/2015, § 66

330 *Hanefi Avcı başvurusu*, AYM, 2013/2814, 18/6/2014, § 46.

331 *Hanefi Avcıbaşvurusu*, § 46.

332 *Mustafa Ali Balbay başvurusu*, AYM, 2012/1272, 04/12/2013, § 73

sonra salıverilmesi ile ilgili *Cem Özen* kararında Mahkeme, başvurucunun CMK md. 141'deki yola başvurmamış olmasından dolayı konuyu esastan incelememiştir.[333] Yine belediye memurları ve sendika yöneticileri olan başvurucuların, kendilerine çağrı yapılsa ifade vermek için yetkili makamlara gidebilecek olmalarına rağmen hukuka aykırı şekilde yakalanmaları ve gözaltına alınmalarına ilişkin iddiaların gündeme geldiği *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya* kararında Mahkeme, CMK md. 141 yolu tüketilmediği gerekçesiyle itirazı kabul edilemez bulmuştur.[334]

Oysa söz konusu kararla yakın tarihlerde İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen *Mergen ve diğerleri/Türkiye* kararında Mahkeme, başvurucuların gözaltına alınmalarının kanuna aykırı olduğu ve özellikle Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının c) bendinin gerektirdiği şekilde, suç işlediklerine dair haklarında şüphelenilmesini gerektiren makul kuşkunun bulunmadığı iddiası yönünden farklı sonuca ulaşmıştır. Konuyu, önem taşıdığı için aynen aktarmak gerekirse:

> "Mahkeme, CMK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının e) bendi bakımından, tutuklanan ve haklarında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilen başvuranların tazminat talep etme imkânına sahip olduklarını kaydetmektedir. Bu bağlamda söz konusu hukuk yolunu; gözaltına alınan ve adlî merci huzuruna makul sürede çıkarılmayan bir kişiye veya makul bir süre içinde hakkında karar verilmeyen bir tutukluya tazminat talep etme imkânı sunan, CMK'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının d) bendinde öngörülen hukuk yolundan ayrı tutmak gerekmektedir. Bu maddenin d) bendine dayanılarak tazminat ödenmesi öncelikle, tutukluluk süresinin makul olmadığının tespit edilmesini gerektirmektedir. Mahkeme, daha önce *Demir/Türkiye* ((kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 51770/07, §§ 20-35, 16 Ekim 2012) davasına ilişkin verdiği kararda, bu hukuk yolu hakkında bir karara varmış ve bir yandan, itiraz edilen özgürlükten yoksun bırakmanın makul olmadığının kabul edilebileceği ve diğer yandan, bir başvuran tarafından maruz kalınan zararların ödenebileceği sonucuna varmıştır. Oysa mevcut davaya özgü koşullar, (yukarıda anılan) Demir

333 *Cem Özen başvurusu*, AYM, 2014/1328, 29/09/2016.

334 *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, AYM, 2013/3193, 15/10/2015, §47.

davasından ayrı tutulmaktadır, zira CMK'nın 141'inci maddesinin e) bendinin lafzına göre, özgürlükten yoksun bırakmanın yasaya aykırılığının tespit edilmesi tazminat elde edebilmek için gerekli değildir. Aksi takdirde, kanuna uygun olarak yakalanan ya da tutuklanan, ancak haklarında kovuşturmaya yer olmadığına ya da beraatlarına karar verilen kişiler de söz konusu hükmün bu bendi uyarınca tazminat talep edebilmektedirler. Mahkeme dahası, Hükümet'in, delil unsurları ışığında kişinin suç işlediğine dair hakkında makul şüphenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesine imkân sağlayacak şekilde, ulusal mahkemelerin özgürlükten yoksun bırakmanın kanuna uygun olup olmadığını inceledikleri bir davada CMK'nın 141'inci maddesinin e) bendinin başarılı bir şekilde ileri sürüldüğü davalara ilişkin herhangi bir örnek sunmadığını kaydetmektedir."

Bunların dışında, başvurucuların 13.30'dan 20.00'ye kadar tutulmalarının kanuni koşullara aykırı olduğuna yönelik iddianın gündeme geldiği *Vedat Şorli ve Bilal Şorli* başvurusunda ise AYM lehe veya aleyhe bir belirlemede bulunmamıştır.[335] Bu konuda tek inceleme *Mehmet Şah Araş ve diğerleri* başvurusunda yapılmıştır. Bu olayın konusu, iki başvurucunun kelepçelenerek polis aracına bindirilip 25 dakika kadar dolaştırılıp salıverilmeleridir. Mahkeme, başvurucuların kanuna aykırı özgürlükten yoksun bırakma şikâyetini, polisler hakkında 8 yıldır soruşturmanın tamamlanmadığı, dolayısıyla etkili soruşturma bulunmadığı gerekçesiyle haklı görmüştür.[336] Gerçi söz konusu olayda AYM, konuyu, etkili soruşturma yönünden incelemiş, CMK md. 91'deki gözaltı koşullarının oluşup oluşmadığı yönünden bir değerlendirme yapmamıştır fakat bu karar, AYM'nin gözaltı bağlamında anılan koşullar yönünden değerlendirme yapabileceğini de ortaya koymuştur. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, "cezasızlık sorunu"nu kişi özgürlüğü ve

335 *Vedat Şorli ve Bilal Şorli başvurusu*, AYM, 2014/10459, 13/07/2016. Başkaca başvurular da diğer kabul edilebilirlik kriterlerini karşılamadıkları için esastan görüşülmemiştir. Örn. bir olayda, başvurucunun usûlüne uygun gözaltı kararı verilmeden yakalandığı iddiası, zaman yönünden yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmiştir. *Nihat Baymiş başvurusu*, AYM, 2014/10373, 30/06/2016. Farklı bağlamda *Mustafa Özbey başvurusu*, AYM, 2013/8705, 23/03/2016.

336 *Mehmet Şah Araş başvurusu*, AYM, 2014/798, 28/09/2016.

güvenliği hakkı yönünden de tespit eden İnsan Hakları Mahkemesi yaklaşımı ile koşuttur.[337]

Kuvvetli belirti konusu **tutukluluk** tedbiri bağlamında çok sayıda davada Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Bu kararlara bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin, derece mahkemelerinin kuvvetli suç şüphesi konusundaki değerlendirmelerini kural olarak tutuklama kararının gerekçesi üzerinden yaptığı görülmektedir.[338] Mahkeme'nin şimdiye kadarki içtihadında bu bağlamda verilen ihlal örneği *Erdem Gül ve Can Dündar* kararıdır. Bu olayda başvurucular, gazetecidirler. Türkiye'nin güney sınırına yakın bir yerde durdurulan ve aranan tırlarla ilgili olarak, çalıştıkları Cumhuriyet Gazetesi'nde haber yapmışlar ve bu haberlerden dolayı haklarında "Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) silahlı terör örgütü"nün örgütsel amaçlarına hizmet ettikleri; devletin güvenliği, iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla temin ettikleri ve bunları açıkladıkları ileri sürülerek soruşturma açılmıştır. Bu kapsamda başvurucuların, TCK 220, 413 ve 330'uncu maddeleri uyarınca ayrı ayrı tutuklanmalarına karar verilmiştir. Konu, Anayasa Mahkemesi önüne taşındığında Mahkeme, bu tedbirin hukuka uygun olup olmadığını tespit etmek için Anayasa'da öngörülen "kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığı konusunda denetim yapılması gerektiğini söylemiştir.

Söz konusu olayda, derece mahkemesinin "kuvvetli suç şüphesi" belirlemelerinin gerekçesi:

- Silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme suçu yönünden, "başvurucuların meslekî durumları itibarıyla yayımladıkları haberlerin, hakkında soruşturma devam eden terör örgütü ile ilgili olduğunu bilmeleri gerekmesine rağmen devlet güvenliği bakımından gizli kalması gereken belgeleri yayımlamaları" olarak gösterilmiştir.[339]

---

337 Bkz. *Uğur/Türkiye*, § 131.

338 Bkz. *Mehmet Baransu (2) başvurusu*, AYM, 2015/7231, 17/05/2016, § 136; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri başvurusu*, § 226.

339 *Erdem Gül ve Can Dündar başvurusu*, § 73.

- "Devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme/açıklama" suçu yönünden, "suça konu haberlerde yer alan belgelerin konusu olan olayların daha önce kamuoyunda tartışıldığı ve bunun bir sır olmadığı" belirtilmişse de yayımlanan belgelerin ilk defa başvurucular tarafından temin edilmesi ve açıklanması" gösterilmiştir[340]

- Tutuklama kararına yapılan itirazın reddi kararının dayanağı olarak ise "bahse konu tırlarla ilgili yürütülen soruşturmanın devletin güvenliği, iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli olduğunun kamuoyuna duyurulması" gösterilmiştir.[341]

Bu gerekçelerden hareket eden Anayasa Mahkemesi, başvurucuların tutuklanması kararına esas alınan temel olgunun, durdurulan ve aranan tırları konu alan iki haberin Cumhuriyet Gazetesi'nde yayımlanması olduğu sonucuna ulaşmıştır. Karar gerekçesinde, anılan haberler dışında somut herhangi bir delilden bahsedilmemiş olduğunu kaydeden Mahkeme, söz konusu haberlerin anılan suçlar yönünden kuvvetli suç şüphesi oluşturacak somut olguları ortaya koyamadığı sonucuna ulaşmıştır.[342] Mahkeme, bunun yanında, başvurucuların haberinden 16 ay kadar önce başka bir gazetede tırların durdurulması ve aranmasıyla ilgili bir fotoğrafa ve bazı bilgilere yer verilmesini, bu haberlere halen gazetenin internet sitesinden ulaşılabilmesini de tutuklama için gereken kuvvetli suç şüphesinin varlığının tespiti bakımından dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre:

> "(…) Kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan bir olaya ilişkin benzer haberlerin aylar önce yayımlanmış olduğu gözetilmeksizin, başvuru konusu haberler üzerine soruşturma başlatılmasından da yaklaşık altı ay geçtikten sonra başvurucular hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının neden 'gerekli' olduğu, somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılamamaktadır."[343]

340 Ibid., § 74.
341 Ibid., § 75.
342 Ibid., § 76.
343 Ibid., § 81.

Sonuç itibarıyla, sadece gazetecilerin yaptıkları haberin (üstelik 16 ay önce başka bir gazetede yayımlanmış bir haberin), tek başına, TCK md. 220, 413 ve 330 kapsamındaki suçların işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak gösterilemeyeceği söylenmiş ve Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.[344] Söz konusu karar, İnsan Hakları Mahkemesi'nin 5'inci madde kapsamında yaptığı "makul şüphe" değerlendirmeleriyle uyumludur.[345]

Erdem Gül ve Can Dündar kararında bu yönde bir tespit yapılmışsa da Anayasa Mahkemesi'nin derece mahkemelerinin kuvvetli suç şüphesi belirlemelerine yönelik denetiminde, kendini -İnsan Hakları Mahkemesi'ne nazaran- daha fazla sınırlandıran bir eğilim içinde olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin İzmir Askerî Casusluk Davası olarak bilinen olayda devletin güvenliğine ilişkin gizli bilgileri temin etme ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan tutuklanan başvurucunun, kuvvetli suç şüphesi bulunmaksızın tutuklandığı iddiası yönünden böyle bir sonuca ulaşılmamıştır. Mahkeme, bu olayda, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti şartına uyulduğu ve tutuklama tarihinde inandırıcı delillerin bulunduğu gerekçeleriyle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun görmüştür.[346] Aynı şekilde *Tamer Morkoç* kararında, Ankara'da Gezi Parkı eylemleri sırasında yüzünü kapatarak taş attığı iddiasıyla yasa dışı örgüte üye olma suçundan tutuklanan başvurucunun, kuvvetli suç şüphesi bulunmaksızın tutuklama kararı verildiği yönündeki şikâyeti; başvurucunun suçluluğu hakkında kuvvetli belirti şartının ve inandırıcı delillerin bulunduğu gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun görülmüştür.[347] Bu tür örnekler -çok sayıda başkaca davanın yanında, özellikle kamuoyunca bilinen ve takip edilen davalardan örnek vermek gerekirse- PKK/KCK davası[348], Ergenekon

344 Ibid., §82.

345 Öyle ki Mahkeme, AYM'ye bireysel başvuru yolunun etkili olmadığı yönündeki savları bu karara atıf yaparak reddetmektedir.

346 *Bilgin Özkaynak başvurusu*, AYM, 2014/3129, 27/10/2016.

347 *Tamer Morkoç başvurusu*, AYM, 2013/5507, 15/06/2016.

348 Örn. bkz. *Nejdet Atalay başvurusu*, AYM, 2014/184, 16/07/2014; *Serkan Akbaş başvurusu*, AYM, 2013/2342, 21/01/2016;

davası[349], İzmir Askerî Casusluk davası[350], FETÖ/PDY davası[351] gibi isimlerle bilinen davalarla bağlantılı tutukluluk incelemelerinde de görülmektedir. Bu kararlara bakıldığında AYM'nin tutukluluk yönünden, derece mahkemelerinin özellikle kuvvetli suç şüphesi konusundaki belirlemelerine yönelik kendini sınırlandıran bir eğilim içinde olduğu söylenebilir.

Suç Şüphesi Nedeniyle Tutma (Yakalama, Gözaltı, Tutuklama) Durumunda Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin dayanağı "suç" sayılabilir mi?
2-) Başvurucunun eylemi ile suç arasında bir uyum var mı?
3-) Yakalama, Gözaltı veya Tutuklama tedbirine başvurmanın amacı hâkim önüne çıkartma mı, yoksa başka amaçlar (cezalandırma, sindirme, bir hakkın kullanımına engel olma) güdülmüş mü?
4-) Kişinin suç işlediğine ilişkin kuvvetli belirti var mı?
5-) İlk tutuklulukta kuvvetli suç şüphesinin yanında tutuklama nedenleri de gerekçelendirilmiş mi?

4. Küçüklerin Tutulması

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1/(d) bendine göre "bir küçüğün eğitiminin izlenmesi amacıyla kanuna uygun bir kararla tutulması veya kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla kanuna uygun olarak tutulması" mümkündür. Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 2'nci fıkrası da "bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi"ni bir özgürlükten yoksun bırakma nedeni olarak düzenlemiştir. Bu iki hüküm arasında kural olarak bir benzerlik vardır. Aradaki belirgin fark, Sözleşme'de

349 Örn. bkz. *Mehmet Haberal başvurusu*, AYM, 2012/849, 04/12/2013; *Mustafa Ali Balbay başvurusu*, op. cit.; *Dursun Çiçek başvurusu*, AYM, 2012/1108, 16/07/2014; *Ergun Poyraz başvurusu*, AYM, 2013/2809, AYM, 26/02/2015; *Adem Gedik başvurusu*, AYM, 2013/2950, 14/10/2015.

350 *Oğuz Okuyucu başvurusu*, AYM, 2013/5576, 02/12/2015.

351 *Mustafa Beşir ve Metin Özçelik başvurusu*, AYM, 2015/7908, 20/01/2016.

"eğitiminin izlenmesi" amacından bahsedilmişken, Anayasa'da "gözetim altında ıslahı" ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Anayasa'nın Sözleşme'ye uygun yorumu, burada geçen "gözetim altında ıslah" kavramının "eğitim amaçlı izleme"yi içerdiğidir.

a. Küçük Kavramı

"Küçük" kavramı, Sözleşme'de net olarak tanımlanmış değildir. Yani bir kişinin ne zaman "küçük" olmaktan çıkacağı konusunda açık bir hüküm yoktur. Dolayısıyla taraf devletlerin iç hukuklarında bir sınır belirleme konusunda takdirlerinin olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte kavram, özerktir ve Strazburg organları "küçük" kavramının anlamını kendileri belirlerler. Mahkeme'nin içtihatlarında küçük kavramının sınırı 18 yaş olarak kabul görmektedir.[352] Söz konusu ülkede zorunlu eğitim sınırının 18'in daha altında olmasının bu tespit yönünden belirleyici etkisi yoktur.[353]

Ulusal hukukta küçük kavramı, Anayasa'nın farklı maddelerinde kendisine yer bulmuştur.[354] Anayasa'ya sonradan eklenen bazı hükümlerde ise "çocuk" kavramına yer verilmiştir.[355] Bu kavramların anlamı ve aralarındaki fark ise Anayasa'da tanımlanmış değildir. Medeni hukukta da çocuk ve küçük kavramlarına yer verilmekle birlikte, çocuk kavramı, anne babanın evladı anlamı da taşıyabildiği için kural olarak belli bir yaşın altındakiler için "küçük" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu yaş sınırı ulusal hukukta 18'dir. Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca kanun hükmünde olan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi de bu sınırı öngörmüştür.

Şu hâlde her iki hükümde de geçen "küçük" kavramının 18 yaşın altındaki kişileri kapsadığı söylenebilir. 18 yaşın altındaki kişilerin tutulmasına ilişkin ise iki amaç öngörülmüştür. Bunlar şu şekilde ifade edilebilir:

---

352 *Koniarska/Birleşik Krallık*, İHAM, 33670/96, 12/10/2000.

353 *X./İsviçre*, İHAM, 8500/79, 14/12/1979.

354 Örn. din ve vicdan özgürlüğü (md. 24/4), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (md. 50/2), duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması (md. 141/2) hükümlerinde "küçük" kavramına yer verilmiştir.

355 Örn. kanun önünde eşitlik (md. 10/3), çocuk hakları (md. 41) hükümleri.

- Gözetim amaçlı ıslah/eğitim amaçlı izleme

- Yetkili merci önüne çıkartma amacı.

Küçükler, bu iki amaç dışında da tutulabilirler. Yani anılan nedenler, küçüğün tutulmasına yönelik tüketici bir liste sunmuş değildir; bunlar, küçüğü tutma nedenleri arasında, spesifik olarak işaret edilmiş örnekleri ifade etmektedir. Yani bir küçük, akıl hastalığı veya suç şüphesi nedeniyle de tutulabilir fakat bu tür tutmalar anılan fıkra kapsamında incelenmez.

b. Gözetim Amaçlı Islah/Eğitim Amaçlı İzleme Amacıyla Tutma

Sözleşme'de geçen "eğitim" kavramı, derslik eğitimi gibi dar bir anlam taşımamaktadır. Eğitim, pedagojik usullere uygun olarak farklı biçimlerde gerçekleşebilir.[356] Bu bakımdan Anayasa'daki "ıslah" kavramı buna denk şekilde kavranmalıdır. Küçüğün, iç hukuk gereğince zorunlu eğitim yükümlülüğü altında olmaması, eğitim amacıyla izlenmesini mümkün olmaktan çıkartmamaktadır.[357] Buna karşın, örneğin küçüğün kürtaj olmasının engellenmesi için tutulması, bu şekilde bir tedbir olarak kabul edilemez.[358] Benzer şekilde, bir küçüğün ebeveyninin isteğiyle bir hastaneye yatırılması da bu kapsamda değildir.[359] Zira bu, tedip hakkının bir gereğidir. Ayrıca küçük, koruma amacıyla tutulduğunda dahi kendisinin ve velisinin dinlenmesi gerektiği bilinmelidir.

Islahevlerindeki tutmalar, eğer küçük, sonrasında bir eğitim amaçlı izleme programına devam ettirilecekse kabul edilebilir görülmektedir.[360] Fakat bu süreçteki tutmanın, çok kısa olması ve eğitim amacına uygun yeterli kaynakların ve tutulan yerin buna uygun şekilde dizayn edilmesi gerekir. Burada önem taşıyan nokta "amaç"tır. Bu kavrama anlam yüklenen *Boumar/Belçika* davasında başvurucu, çocuk mahkemesi tarafından yargılanmakta iken, kendisini hemen kabul edebilecek bir kurum veya kişi bulunamamıştır. Bu nedenle 15 gün kadar tutukevinde

356 *Ichin ve diğerleri/Ukrayna*, İHAM, 28189/04 28192/04, 21/12/2010, § 39.

357 *Koniarska/Birleşik Krallık*, İHAM, 33670/96, 12/10/2000.

358 *O. ve S./Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 21377/02, 14/02/2006, § 148.

359 *Nielsen/Danimarka*, op. cit.

360 *Bouamar/Belçika*, İHAM, 9106/80, 27/06/1988, § 50.

tutulan çocuğun durumu incelenmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, maddede geçen "amacıyla" ifadesine bir değer atfetmiş ve söz konusu olaydaki tutukevinde tutma tedbirinin "eğitimin izlenmesi" sürecinin bir aracı olarak tespit etmiştir. Bu aracın, eğitim izleme sürecine geçmeden önceki aşamada geçici olması gerektiğini söyleyen ve tutmadan sonra süratle, amaca uygun yeterli kaynakları bulunan, açık veya kapalı bir kurumda bu tür bir rejimin fiilen uygulanmasına geçilmesinin önemine dikkat çeken Mahkeme, somut olayda, geçici tutmadan dolayı değil, tutmanın bu koşullara uymadığı gerekçesiyle ihlal sonucuna ulaşmıştır.[361]

Eğitimin izlenmesi amacıyla başvurulan tutma tedbirine, mutlaka mahkemelerce karar verilmesi gerekli değildir. İdari organların da hukuksal dayanağa sahip olmaları kaydıyla bu yetkiyi kullanmaları mümkündür. Böyle bir durumda, tutmanın hukuksallığının sonradan bir yargı organınca incelenmesi ise bir zorunluluktur.[362]

Anayasa'da eğitim, Anayasa'nın 42'nci maddesinde düzenlenmiştir, fakat söz konusu hükümde çocuğun tutulmasına yönelik bir hüküm yoktur. Anayasa'nın 19'uncu maddesinde ise "bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi" öngörülmüştür. Aynı fıkrada yer alan diğer kişiler için "tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi" düzenlenmişken küçükler için "eğitim" amacının açıkça yazılmamış olması dikkat çekicidir.

Anayasa altı mevzuatta ise Medeni Kanun'un 432'nci maddesi, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilebilecek veya alıkonulabilecek kişileri sayarken Anayasa'daki kişilerin yanında küçüklere de yer vermiştir. Sözleşme'deki güvencelerin ulusal hukuka aktarımını ifade eden bu hüküm, Anayasa'ya da uygundur.

Bunun yanında Çocuk Koruma Kanunu genel olarak bu kapsamda önemli bir normdur. Kanun'un 5'inci maddesinde çocuklar için alınabilecek koruyucu ve destekleyici tedbirlere yer verilmiştir. Danışmanlık, eğitim,

361 Ibid.

362 Grabenwarter, s. 79.

bakım, sağlık ve barınma konularında alınabilecek bu tedbirlerin ayrıntıları Çocuk Koruma Kanunu'na göre verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararları'nın Uygulanması Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu md. 31 hükmü uyarınca küçüklerin ceza sorumluluğunun tayini yönünden "işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı"nın tespit edilmesi amacıyla araştırma yapılacaktır. Çocuk Koruma Kanunu'nun md. 35/1 hükmü bu tespit için "sosyal inceleme raporu" alınmasını öngörmektedir. Anılan rapor bağlamında normal gelişme sürecini yaşamayan çocuğun gözlem altına alınması gündeme gelebilecekse de, konuyla ilgili mevzuat yeterli açıklıkta değildir.

Anayasa Mahkemesi, şimdiye kadar, bu hüküm bağlamında tutulan bir kişiyle ilgili karar vermiş değildir.

c. Yetkili Merci Önüne Çıkartma Amacıyla Tutma

Çocuğun yetkili merci önüne çıkartılması amacıyla tutma tedbiri, suç şüphesi nedeniyle tutma hükmüne benzemektedir. Bu tedbir, suça itilmiş çocuklar yönünden Türkiye hukukunda özel koşulları gerektirir. Buna karşın, suç işlemeyen bir çocuğun neden yetkili organların önüne çıkartılacağı henüz içtihatta netleştirilmemiştir. *X./İsviçre* kararında, bir çocuğun hırsızlık ve trafik suçları ile ilişkili olup olmadığı değerlendirilirken, 8 ay boyunca bir gözlem merkezinde tutulması bu kapsamda sayılmıştır.[363] Mahkeme içtihatlarında bu bağlamda kapsamlı bir değerlendirme yapılmamışsa da, hazırlık çalışmalarında bu hükmün, Sözleşme'nin 5/1(c) hükmünden farklı olarak, çocuğun suça kaymasının önlenmesi, kendinden dahi korunması, yani zarar verici çevreden korunması için yüksek menfaatinin korunması gibi bir amaçla düzenlenmiş olduğu görülmektedir.[364]

363 *X./İsviçre*, İHAM, 8500/79, 14/12/1979.

364 Doğru/Nalbant, s. 390.

Küçüklerin Tutulması Durumunda Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Mevzuatta, özel eğitim desteği alması gereken küçükler için uygun eğitim kurumları düzenlenmiş mi?
2-) Bu kurumların pratiği mevzuat ile uyumlu mu?
3-) Kanunda bu tür kurumlardaki tutma süresi açıkça düzenlenmiş mi?

5. Bulaşıcı Hastalık Taşıyan Kişilerin Tutulması

Bulaşıcı hastalık taşıyan kişilerin tutulması söz konusu olduğunda İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu tedbirin, bu kişilerin tıbbî tedavi görmeleri veya sosyal politikanın bir gereği olarak tutulup tutulmadıklarını sorgulamaktadır. Bu bağlamda yapılan katı "gereklilik" incelemesinde iki sınamayapılmaktadır:[365]

- Bulaşıcı hastalığın yayılması kamu sağlığı veya güvenliği için tehlike oluşturuyor mu?

- Daha hafif tedbirlere başvurarak da kamu yararı sağlanabilir miydi? Başka bir ifadeyle bu tedbire, son çare olarak mı başvurulmuş?

Strazburg içtihatlarında bu tür bir sınamanın yapıldığı tipik örnek, *Ernhorn/İsviçre* olayıdır. Bu olayda başvurucu HIV hastalığından mustariptir. Mahkeme, başvurucunun, daha hastalığını öğrenmeden önce bir partnerine bu hastalığı bulaştırdığını tespit etmiştir. Öte yandan, başvurucunun bu hastalığı yayma ihtimaline karşın, sağlık memuru tarafından yapılan uyarılara bizzat uymaması yönünden toplumsal bir risk olasılığı kabul edilmiştir.

Mahkeme, testin ikinci basamağı yönünden ise farklı bir sonuca ulaşmıştır. Başvurucu hakkında, psikiyatrik tedavi veya alkol kullanımını kontrol etmesine yardımcı olacak tedavilere başvurulmadan özgürlüğünden yoksun bırakılması yönünde tedbirin, son çare olarak görülemeyeceğini söylemiş ve ihlal kararı vermiştir.[366]

365 *Enhorn/İsveç*, İHAM, 71555/01, 16/10/2001, § 44.
366 Ibid.

Ulusal hukuka bakıldığında, Medeni Kanun'un 432'nci maddesinde, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık sebebiyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulabileceği ifade edilmiştir.

Öncelikle, söz konusu maddede her türlü bulaşıcı hastalıktan değil, "ağır tehlike arz eden" bulaşıcı hastalıklardan bahsetmiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında ise "ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalıkların neler olduğunun belirlenmesi tıp biliminin işi olmakla beraber, buraya AIDS, kolera, ilerlemiş verem ve veba gibi hastalıkların geleceği söylenebilir" denilerek, bazı örneklendirmelere gidildiği görülmektedir. Kanun'un 436'ncı maddesinin 5'inci bendi ise bu durumun resmî bir sağlık raporuyla tespit edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu da tutmanın kanuniliği yönünden önem taşıyan bir güvencedir. Bunun yanında anılan maddede kişinin bulaşıcı hastalığının "toplum için tehlike oluşturması" kaydına da yer verilmiştir. Bu kayıt da bir önceki kaydı pekiştirmektedir. Söz konusu kayıtlar, İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu bağlamda yaptığı testin ilk basamağını karşılayabilir. Bunun için, derece mahkemeleri, Medeni Kanun'un 432'nci maddesini uygularken, her türlü bulaşıcı hastalık için özgürlükten yoksun bırakma tedbirine başvurmamalıdır. Kanunda ifade edilen hastalığın "ağır tehlike arz etmesi" ve "toplum için tehlike oluşturması" kayıtları, söz konusu bulaşıcı hastalığın "kamu sağlığı veya güvenliği için tehlike oluşturup oluşturmadığı" değerlendirmesi çerçevesinde algılanmasını ve bu yönden bir gerekçe sunulmasını gerektirir. Aksi halde Sözleşme'ye ve Anayasa'ya aykırılık oluşabilir.

İkinci olarak, söz konusu maddede bulaşıcı hastalık taşıyan kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, "kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde" gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Bu kayıt, İnsan Hakları Mahkemesinin bu yöndeki değerlendirmelerinde yaptığı ikinci testini karşılar görünmektedir. Derece mahkemeleri, bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin Medeni Kanun'un 432'inci maddesi uyarınca özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yönelik bir tedbir uygulamadan önce, daha hafif tedbirlere başvurarak da kamu yararı sağlanıp

sağlanmayacağını, bu tedbire son çare olarak başvurup başvurmadıklarını sorgulamaları ve bu durumu gerekçelendirmeleri gerekir. Bu bakımdan, örneğin kişinin kendi isteğiyle bir tedavi kurumuna gitmeyi kabul ettiği hallerde, bu durumun göz ardı edilmesi ihlal yaratabilir.

Kanun'da dikkat çeken bir diğer nokta, bulaşıcı hastalık nedeniyle özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin ergin olmayan kişilere uygulanamayacak olmasıdır. İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa yönünden böyle bir zorunluluk olmamakla birlikte ulusal mevzuat, küçükler yönünden daha ileri bir güvence sağlamıştır. Bu ileri güvenceye, tutmanın kanuniliği yönünden uyulması gerekir. Ayrıca Medeni Kanun'un 437'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki "hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler" hükmü de Sözleşme ve Anayasa güvencelerinin somutlaştırılmış halidir ve buna mutlaka uyulması gerekir.

Ceza hukuku yönünden de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde "hastalık bulaştırabilecek kişiler" kolluk görevlilerinin yakalayabileceği kişiler arasında sayılmıştır. Söz konusu yetki de bu fıkra kapsamında kavranabilir.

Bulaşıcı Hastalık Taşıyan Kişilerin Tutulması Durumunda Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Bulaşıcı hastalığın yayılması kamu sağlığı veya güvenliği için tehlike oluşturuyor mu?
2-) Daha hafif tedbirlere başvurarak da kamu yararı sağlanabilir miydi? Başka bir ifadeyle, bu tedbire, son çare olarak mı başvurulmuş?
3-) Kişinin tutulduğu mekân, tutulma amacı ile uyumlu mu?
4-) Mevzuat, tutma süresi, avukata erişim, itiraz vb. koşulları düzenlemiş mi?

6. Serserilerin Tutulması

Serseri kavramının anlamı nispeten muğlâktır. İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda 1970'li yılların başında gördüğü bir davada, Belçika hukukunda bu kavram için kullanılan "sabit bir ikametgâhı bulunmayan, geçim

kaynağı ve düzenli işi olmayan kişi" şeklindeki tanımı reddetmemiştir. Anılan kararda, tutma tedbiri, Sözleşme'ye uygun olarak görülmüşse de bu içtihadın yerleşik olmadığı, üstelik Avrupa'da son 40 yıldaki gelişmeler dikkate alındığında bir kişinin sadece işsiz ve evsiz olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılabileceğini söylemek pek gerçekçi değildir. Nitekim Mahkeme'nin içtihatlarında *Guzzardi/İtalya* kararında da İtalya hükümeti, mafya üyesi bir kişinin "serseri" sayılabileceğini ileri sürmüşse de Mahkeme, somut olayda bu iddiayı reddetmiştir.[367]

Serserilik, Anayasa'da yer bulmakla birlikte tanımlanmamıştır. Anayasa altı mevzuatta ise "serserilik", Medeni Kanun'un 432'nci maddesinde kendisine yer bulmuştur, fakat burada da bir tanıma rastlanmamaktadır. Şu hâlde, kavramın tanımı için İnsan Hakları Mahkemesi'nin önündeki davalarda az önce aktarılan belirlemeler dikkate alınabilir.

Medeni Kanun'da "serseri" sayılan kişilerin özgürlüklerinden kategorik olarak yoksun bırakılmasından bahsedilmemiş olduğu, fakat "toplum için tehlike oluşturma" kaydına yer verildiği görülmektedir. Bu kayıt, derece mahkemelerinin tedbirin gerekliliğini incelemelerini ve buna göre ölçülü müdahale yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Kanun'un 436'ncı maddesinde ise farklı nedenler için resmî sağlık raporu aranmasına rağmen, "serserilik" için herhangi bir rapor şartından bahsedilmemiştir. Bu nedenle derece mahkemelerinin kararlarında çok daha dikkatli ve hassas davranmaları gerekmektedir. Öte yandan Medeni Kanun'un ergin olmayan kişilerin "serserilik" nedeniyle tutulmasına izin vermediği de dikkate değer bir noktadır. Bu durum karşısında bir küçüğün "serserilik" nedeniyle tutulmasının, kanunilik unsurunu karşılamayacağına dikkat çekmek gerekir. Ayrıca Medeni Kanun'un 437'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki "hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler" hükmü de, Sözleşme ve Anayasa güvencelerinin somutlaştırılmış halidir ve buna mutlaka uyulması gerekir.

Bunun dışında PVSK'nın 13'üncü maddesinin (f) bendinde polisin "serseri" kişileri, eylemin veya durumun niteliğine göre koruma altına alma, uzaklaştırma ya da yakalama ve gerekli kanuni işlemleri yapma

367 *Guzzardi/İtalya*, § 97 vd.

yetkisinin düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümlerin uygulanmasında çok katı bir gereklilik değerlendirmesinin yapılması gerekir.

7. Alkolikler ve Bağımlıların Tutulması

"Alkolizm" kavramı teknik anlamda kullanılmamıştır. Bu anlamda alkoliklik kavramı, klinik bir vaka düzeyinde bir rahatsızlıktan mustarip olmayı gerektirmez. İnsan Hakları Mahkemesi, alkolün etkisi altındayken, tavır ve davranışları kamu düzenini bozan veya kendine zarar üreten kişileri de bu kavram bünyesinde ele almıştır.[368]

Alkollü kişinin davranışları, suç teşkil ediyor ise bu durumda tutulması suç şüphesi nedeniyle olacaktır. Buna karşın, bazı eylemler suç teşkil etmemekle birlikte kişinin, özel bazı durumlarda genel ahlakın ve kamu düzeninin korunması gibi kamu menfaati yönünden ve hatta bizzat kişinin kendi menfaatleri için tutulması gerekli olabilir. İnsan Hakları Mahkemesi, bu bağlamda şu amaçların izlenmesini kabul edilebilir görmektedir:[369]

- Kişinin, alkolden/uyuşturucudan dolayı kendisine veya topluma verdiği zararı azaltma amacı mı taşınmaktadır?

- Kişinin, uyuşturucu/içki içtikten sonra ortaya çıkacak tehlikeli davranışlarını önleme amacı mı taşınmaktadır?

Bu kriterlere uygun gerçekleştirilen tedbirler, Sözleşme'ye uygun olabilir. Ne var ki bu konudaki iç hukukun keyfîliğe neden olmayacak şekilde belirli olması ve bu hukukun son çare olarak uygulanması gerekir. Örneğin *Hilda Hafsteinsdottir/İzlanda* kararında, alkollü başvurucunun ayılıncaya kadar karakolda tutulmasına yönelik tedbirin hukuksal dayanağının muğlâk olduğu ve bu içeriğin, keyfîidarî pratikle doldurulmaya çalışılmasından hareketle ihlal kararı verilmiştir. Yani ihlal, kanunilik yönünden verilmiştir.. Benzer ihlal *Gukovych/Ukrayna* kararında verilmiştir. Bu olayda başvurucu, saat 19.00 sularında sokakta belediye memurlarınca durdurulmuş ve ayık olmasına rağmen tıbbî

368 *Witold Litwa/Polonya*, İHAM, 26629/95, 04/04/2000, § 61; *Kharin/Rusya*, İHAM, 37345/03, 03/02/2011; *S./Almanya*, İHAM, 3300/10, 28/06/2012.

369 *Witold Litwa/Polonya*, §§ 60 vd.; *Kharin/Rusya*, §§ 34 vd.

ayıltma merkezine götürülerek ertesi gün 8.00 sularında serbest bırakılmış olduğunu iddia etmektedir. Mahkeme, memurların başvurucuyu tutmak yöndeki yetkilerini ve ayıltma merkezlerinin çalışma esaslarını düzenleyen bir kanuni dayanak bulunmadığı için ihlal kararı verilmiştir.[370] Ancak bu konudaki ihlaller yalnızca kanunilikten verilmez. Öngörülebilir bir kanuni dayanağı olan tutmanın dahi amaca uygunluğu incelenirken, tedbire "son çare" olarak başvurulmadığı durumlarda ihlal ortaya çıkabilir.[371] Örneğin *Witold Litwa* davasında, sarhoş şekilde postane memurlarıyla kavga eden ve küfür eden başvurucunun, özgürlüğünden yoksun bırakılması incelenirken; söz konusu tutma tedbirinin iç hukuka uygun olduğu kabul edilmekle birlikte, başvurucunun davranışlarının toplum veya kişinin kendisi için tehlike yarattığının net olmadığı söylenmiş ve kolluk güçlerinin başvurucuyu, bulunduğu yerin dışına çıkartılması veya evine götürülmesi gibi seçeneklere başvurmadan özgürlüğünden yoksun bırakması ve başvurucunun 6 buçuk saat kadar tutulması ihlalnedeni olarak gösterilmiştir.[372] Bu kararda Mahkeme bir kişinin sadece çok yüksek oranda alkol almasının tutma nedeni olmayacağına da işaret etmiştir.[373]

Ulusal mevzuata bakıldığında, özel hukukta ve ceza hukukunda farklı hükümlere yer verildiği görülmektedir.

Kelimenin teknik anlamıyla alkolizm/uyuşturucu bağımlılığı sorununa ilişkin temel özel hukuk hükmü, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı nedeniyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilebilir veya alıkonulabilir olduğunu ifade eden Medeni Kanun'un 432'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda da "toplum için tehlike oluşturma", "kişisel korunmanın başka şekilde sağlanamaması" gibi kayıtların bulunduğu ve bu yönden de ölçülülük değerlendirmesinde uygun normatif temellerin sağlandığı görülmektedir. Öte yandan Anayasa'da "toplum için tehlike teşkil etme"

370 *Gukovych/Ukrayna*, İHAM, 2204/07, 20/11/2016, § 55.

371 *Hilda Hafsteinsdottir/İzlanda*, İHAM, 40905/98, 08/06/2004.

372 *Witold Litwa/Polonya*, § 80.

373 Ibid., §§ 61-62.

kaydına yer verilmişse de kişinin kendisinin korunmasından da söz edilmesi hükmü, mevzuatı, Sözleşme'ye de uyumlu hale getirmektedir. Kanun'un devam eden maddelerinde, kelimenin teknik anlamıyla alkolizmden mustarip bir kişi hakkındaki vesayet hükümlerinin nasıl uygulanacağı düzenlenmiştir.

Bunun yanında, bu nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin tutulacakları yer konusundaki mevzuatın ise "Madde Bağımlılığı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği" olduğu görülmektedir. İlgili yönetmelikte, "Alkol ve Madde Bağımlılığı Tedavi Merkezi" (AMATEM) kurulma esasları ile madde bağımlılığı alanında görüş vermek üzere kurulacak olan "Madde Bağımlılığı Bilim Komisyonu"nun nasıl oluşacağı ve tedavi süreçleri hakkında hükümlere yer verilmiştir. Özel hukukta, Medeni Kanun'un 437'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki "hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler" hükmü, bu kişiler yönünden de dikkate alınmalıdır.

Ceza hukukunun, alkolizm düzeyine ulaşmayan tedbirleri de kapsayacak şekilde, özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerine ilişkin hüküm ise PVSK'nın 13'üncü maddesinin (c) bendinde yer almaktadır. İlgili bende göre:

> "Polis, (…) halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri (…) eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar (…) Yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilir (…) Yakalananlardan (…) uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla tespit edilir. (…) Yakalanan kişilerden suç işlediği şüphesi altında olanlar adlî mercilere sevk edilir. Haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim alınır. Yakalama sebebi ortadan kalkanlar derhal serbest bırakılır."

Yinelersek, söz konusu tedbirin Anayasa'ya uygun olması için, derece mahkemelerinin;

> (a) kişinin, alkolden/uyuşturucudan dolayı kendisine veya topluma verdiği zararı azaltma amacı taşınıp taşınmadığına ve
>
> (b) kişinin, uyuşturucu/içki içtikten sonra ortaya çıkacak tehlikeli davranışlarını önleme amacı taşınıp taşınmadığına odaklanması gerekmektedir.

Bunun dışında, tutmanın kanuniliği yönünden, bu tedbirin uygulandığı kişilerin, yakalanması belirli bir usule bağlanmış kişilerden olup olmadığı de dikkate alınmalıdır. Nitekim kanunun ilgili hükmü de "yakalanması belirli bir usule bağlanmış kişilerle ilgili kanun hükümleri saklıdır" şeklindedir.

Bunun yanında, aynı maddenin (f) bendi ise şu şekildedir:

> "Polis (…) bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri (…) eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar."

Bu hükümde "alkol bağımlısı" ifadesi ile "serseri" kavramı arasında virgül bulunmadığından ötürü, ilk bakışta, akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı kişilerin, serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişilerden olması gibi anlam çıkmaktadır. Ancak doktrinde bu uygulamada bunların kümülatif şekilde değil, ayrı ayrı algılanması gerektiği kabul edilmiştir.

Maddenin devam eden fıkralarında uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, yakalanma anındaki sağlık durumlarının tabip raporuyla tespit edilmesi öngörülmüştür. Bu, tutmanın keyfîliğine karşı önemli bir güvencedir. Ayrıca yakalanan kişilerden suç işlediği şüphesi altında olanların adlî mercilere sevk edileceği, haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenlerin, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim

alınacağı, yakalama sebebi ortadan kalkanların derhal serbest bırakılacağı öngörülmüştür. Bunlar da söz konusu tutma nedeni yönünden önemli kanuni dayanak sunmaktadır.

Alkoliklerin ve Bağımlıların Tutulması Durumunda Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Kişinin, alkolden/uyuşturucudan dolayı kendisine veya topluma verdiği zararı azaltma amacı mı taşınmaktadır?
2-) Kişinin, uyuşturucu/içki içtikten sonra ortaya çıkacak tehlikeli davranışlarını önleme amacı mı taşınmaktadır?
3-) Kişinin tutulduğu mekân, tutulma amacı ile uyumlu mu?
4-) Mevzuat, tutma süresi, avukata erişim, itiraz vb. koşulları düzenlemiş mi?

8. Akıl Hastalarının Tutulması

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1(e) hükmünde sayılan kişilerden biri "akıl hastalığı olan kişiler"dir. Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında "toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastasının (…) bir müessesede tedavisi, eğitimi veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak" tutulabileceği söylenerek bu neden somutlaştırılmıştır. İki madde arasında bir koşutluk olduğu, hatta Anayasa'da tedavi, eğitim ve ıslahtan bahsedilerek daha güçlü bir korumaya yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamdaki tutmanın, kişilerin psikiyatrik inceleme amacıyla tutulmasının düzenlendiği md. 5/1(b) hükmü ile karıştırılmaması gerekir.[374] Ayrıca bu kapsamdaki tutmanın sadece tedavi yönünden değil, aynı zamanda denetim ve kontroller ile kişinin kendisine zarar vermesinin önlenmesi için de geçerli olduğu bilinmelidir.[375]

Anayasa Mahkemesi'nin önünde hâlihazırda bu bağlamda sonuçlanmış bir olay yoktur. Bu konuyla ilgili olabilecek tek karar *Halil Aslan* kararıdır. Bu olayda ise başvurucu akıl hastasıyken tutulmamış, "mahkûmiyet kararına bağlı olarak" cezaevinde iken akıl hastalığına yakalanmıştır. Başvurucu

374 *Petukhova/Rusya*, § 49.

375 *Hutchinson ve Reid/Birleşik Krallık*, İHAM, 50272/99, 20/02/2003, § 52.

akıl hastasıyken cezaevinde tutulduğunu ileri sürmüşse de, kendisinin bu durumunun sağlık raporuyla tespit edilmesinden sonra, kural olarak tutulma biçimine uygun nitelikte sayılabilecek "Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinin yüksek güvenlikli bölümü"ne gecikilmeksizin sevk edilmiştir. AYM, bu olayda ihlal sonucuna ulaşmamıştır. Mahkeme'ye göre başvurucuya 5275 Sayılı Kanun'un 78 ve 81'inci maddelerine uygun muamele edilmiştir. Bu maddelerde, hükümlü ve tutukluların sağlık durumunun takibi ve infaza engel bir durumda yapılacaklar düzenlenmektedir.[376]

a. Akıl Hastası Kavramı

Akıl hastalığı kavramının net bir tanımını yapmak kolay değildir. Çünkü bu kavram, dinamiktir ve tanımı, sürekli olarak değişip gelişen tıp dünyasının ulaştığı aşamaya göre farklılaşabilmektedir. Bu nedenle söz konusu kavramın, özerk niteliğinin yanında, zamana göre çok daha fazla dinamik nitelik taşıdığı söylenebilir. Kavram, günün koşullarına göre ele alınmalıdır. Dolayısıyla, taraf devletlerin de nispeten geniş bir takdir marjından yararlandığı söylenebilir.[377]

İnsan Hakları Mahkemesi, neyin akıl hastalığı olduğunu çok keskin biçimde tanımlamamakla birlikte, bazen neyin akıl hastalığı olmadığını söyleyebilmektedir. Bu bakımdan, bir kişinin sadece görüş ve davranışlarının belli bir toplumda baskın olanlardan farklı olması bu kapsamda değildir, dolayısıyla kişinin bu hüküm uyarınca tutulmasının nedeni sayılamaz.[378]

İnsan Hakları Mahkemesi, bu tedbire başvurulması halinde "Winterwerp kriterleri" denenesasen üçlü bir testebaşvuruyor görülmektedir:[379]

- Nesnel tıbbî raporların, tutma tedbiri uygulanmadan önce ve güvenilir şekilde ortaya konmuş olması;

376 *Halil Aslan başvurusu*, §§ 52 vd.

377 *H. L./Birleşik Krallık*, § 98.

378 *Winterwerp/Hollanda*, § 37.

379 Ibid., § 39; *Verbanov/Bulgaristan*, İHAM, 31365/96, 05/10/2000, § 45; *S. R./Hollanda*, İHAM, 13837/07, 18/12/2012, § 29.

- Tutma tedbirine başvurulmasının son çare olması;

- Nesnel tıbbî delillerle kanıtlanmış olan hastalığın, tutma süresince varlığını sürdürmesi.

Bunun dışında Mahkeme'nin, anılan nedenle tutulan kişinin dinlenilmesine kritik bir önem atfettiği görülmektedir. Ayrıca kişinin tutulduğu mekân ile kişinin iyileşmesi durumunda uygulanacak tedbirler de bu bağlamda yapılan değerlendirmelerde dikkate alınmaktadır.

Anayasa'da akıl hastasının tanımı yoktur. Anayasa altı mevzuatta da bir tanıma rastlanmamaklabirlikte, hem Medeni Kanun'un 436'ıncı maddesi, akıl hastalığı, akıl zayıflığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra özgürlükten yoksun bırakma yönünde karar verilebileceği söylenerek, bu tanımlamayı, tıpkı Strazburg organları gibi nesnel tıbbî raporlara atıfla kavramıştır. Bu bakımdan, testin ilk basamağı yönünden anılan mevzuat önemlidir.

PVSK'nın 13'üncü maddesinin (f) bendinde ise bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanun'un uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası (…) kişilerin eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alınabileceği, uzaklaştırılabileceği ya da yakalanabileceği ve gerekli kanuni işlemleri yapabileceğinden bahsedilmekle birlikte, bu konuda özel olarak bir rapora gönderme yapılmamıştır. Fakat maddenin son fıkrasında "haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim alınır" hükmüne yer verilmiş olması ve Medeni Kanun'un 432'nci maddesinin ilk fıkrasında "görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar" hükmü ile maddenin devam eden fıkralarında sağlık raporuna yapılan atıf bu koşulu tamamlar gibidir.

Testin ikinci basamağı yönünden ise Medeni Kanun'un 432'nci maddesinde, bu tedbire "kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde" başvurulacak olmasının öngörülmesi dikkate değerdir. Bunun yanında PVSK'nın 13'üncü maddesinde de polisin bu

tedbire başvurmasında "eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar" şeklinde bir kayda yer verilmiştir. Bu kayıt, yoruma açıktır. Kolluk güçlerinin bu hükmü, tedbirin son çare olup olmadığını değerlendirerek uygulaması gerekir.

Son olarak, aktarılan testin üçüncü basamağına karşılık olarak Medeni Kanun md. 432/son hükmündeki "ilgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır" hükmü buna denk düşer gibidir. Maddenin böyle yorumlanması gerekir. Ceza hukuku yönünden ise yalnızca suç teşkil eden bir eylemi gerçekleştiren akıl hastalarıyla ilgili olan TCK'nin md. 57/2 hükmü dikkate değerdir. Bu hüküm, testin diğer unsurları yönünden de önem taşımaktadır:

> (1) Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.
>
> (2) Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığının veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir.
>
> (3) Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbî kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir.
>
> (4) Tıbbî kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır.
>
> (5) Tıbbî kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Bu durumda, bir ve devamı fıkralarda belirlenen işlemler tekrarlanır.

(6) İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir."

Bunların dışında Strazburg organlarının, akıl hastası kişilerin dinlenmesi ile ilgili atfı da Medeni Kanun'un 409'uncu maddesinde karşılık bulmaktadır. Bu hükme göre; "Hâkim, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir" Buna koşut olan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25'inci maddesine göre de "kanunen zorunlu olan haller dışında ve olabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde tedavinin uygulanmasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilere veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir" hükmü düzenlenmiştir.

b. Akıl Hastalarının Tutuldukları Mekân

Akıl hastalarının, anılan fıkra uyarınca tutulduklarında, tutuldukları mekân önem taşıyan bir konudur. İnsan Hakları Mahkemesi, bu kategoride kişilerin tutulduğu mekânın, "hastane, klinik veya bu kişileri tutma konusunda yetkilendirilmiş özel bir kurum" olması gerektiğini ifade etmiştir.[380] Bu bakımdan, amaca uygunluk değerlendirilirken, kişinin anılan yerlerden birinde olup olmadığı dikkate alınacak bir unsurdur.[381]

Bu mekânlarda tutulan kişilerin, tedavisi mümkün olmayabilir. Buna rağmen özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkündür. Çünkü duruma göre, kendisinin ve diğer kişilerin güvenliğinin sağlanması için dahi özgürlükten yoksun bırakma tedbirine başvurmak gerekli olabilir ve bu,

380 *O. H./Almanya*, İHAM, 4646/08, 24/11/2011, § 79.

381 Transfer mekânları konusunda çok kısa süreli istisnalar olabilir. Bkz. *Pankiewicz/Polonya*, İHAM, 34151/04, 12/02/2008, §§ 44-45; *Morsink/Hollanda*, İHAM, 48865/99, 11/05/2004, §§ 67-69; *Brand/Hollanda*, İHAM, 49902/99, 11/05/2004, §§ 64-66.

Sözleşme'ye uygundur. Ayrıca dikkat çekmek gerekir ki anılan madde, kişilere akıl sağlığı durumlarına uygun tedavi hakkı tanımamaktadır. Bu konu, koşullarına göre özel yaşama saygı hakkının bünyesinde görülebilir.

İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen bazı davalarda, tutukevinde bulunan kişilerin, akıl hastalığı tespit edildikten sonra, derhal kliğine gönderilmemeleriyle ilgili ihlal iddiaları gündeme gelmiştir. Mahkeme, klinikteki yapısal kapasite sorunlarından dolayı, başvurucuların derhal kliniğe gönderilmemesini tek başına bir ihlal olarak görmemiştir. Bunun taraf devletler için gerçekçi olmayan ve aşırı bir tedbir olacağını söyleyen Mahkeme, söz konusu kapasite sorununun ilgili devletçe daha önceden öngörülür olup olmadığını, kişinin ne kadar süreyle bekletildiğini ve bu bekletmenin kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma süresini veya tedavisini başarısız kılıp kılmayacağını da dikkate alarak ihlal kararı verebilmektedir. Bu bağlamda taraf devletin, makul uyumlaştırma yapıp yapmadığı ve iyi niyetle hareket edip etmediği belirleyici olmaktadır. Türkiye'de Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da akıl hastaları için tutuklama benzeri bir geçici tedbir hükmünün yer almadığı görülmektedir.

c. Akıl Hastasının İyileşmesi

Akıl hastalığının tanımı kadar, kişinin bu marazdan kurtulup kurtulmadığını tespit etmek de her zaman için kolay değildir. İyileştiği düşünülen bir kişinin, hastalığının nüksetme olasılığı vardır. Bu bağlamda mutlak bir kesinlik yoktur. Buna karşın taraf devletin, kişinin ve diğer kişilerin korunması konusundaki ödevleri devam etmektedir. Dolayısıyla, devletin, kişinin iyileştiğini belirleyen doktor raporundan sonra dahi belli ölçüde ihtiyatla davranması kabul edilebilir görülmektedir. Yetkililer, kişinin serbest bırakılması için belli bir zamana daha ihtiyaç olduğunu düşünebilirler, kişinin gelişimini izlemek için salıvermeyi makul bir süre için erteleyebilir veya şarta bağlı kılabilirler. Ancak böyle hallerde yetkililerin iyi niyetle davranıp davranmadıkları, sürenin uzunluğu, keyfîliğin bulunup bulunmadığı incelenmektedir.

Bu konuda dikkat çekici bir karar olan *Johnson/Birleşik Krallık* davasında başvurucu, artık akıl hastalığından kurtulmuştur, daha fazla ilaç veya tedaviye ihtiyacı yoktur, fakat hastalığının nüksetme ihtimali vardır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun rehabilitasyon sürecine alınmasını normal karşılamıştır, ancak başvurucunun şartlı salıverme koşulunda dahi, oda yokluğu, misafirhanelerin kabul etmemesi vb. nedenlerle dört yıl kadar daha yüksek güvenlikli psikiyatri kliniğinde tutulması söz konusudur. Başvurucunun bu duruma karşı itiraz imkânına sahip olmamasını dikkate alarak ihlal kararı vermiştir.[382]

Türkiye'de Medeni Kanun'un 474'üncü maddesinde "Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı yüzünden kısıtlanmış olan kişi üzerindeki vesayetin kaldırılmasına, ancak kısıtlama sebebinin ortadan kalkmış olduğu resmî sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi hâlinde karar verilebilir" şeklinde net bir hüküm bulunmaktadır. TCK'nın yukarıda aktarılan 57'nci maddesi de bu bağlamda dikkate değer bir hükümdür.

Akıl Hastalarının Tutulması Durumunda Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Kişinin durumu, nesnel tıbbî raporlar ile tutma tedbiri uygulanmadan önce ve güvenilir şekilde ortaya konmuş mu?
2-) Tutma tedbirine son çare olarak mı başvurulmuş?
3-) Nesnel tıbbî delillerle kanıtlanmış olan hastalık, tutma süresince varlığını sürdürmüş mü?
4-) Kişinin tutulduğu mekân, tutulma amacı ile uyumlu mu?
5-) Periyodik incelemeler yapılıyor mu?
6-) Mevzuat kişinin rızasını ve veli/vasi ile çatışma durumlarını düzenlemiş mi?

9. Sınır Dışı Edileceklerin Tutulması

Sözleşme'nin md. 5/1 hükmünün (f) bendinde "ülkeye izinsiz girmek isteyen bir kimsenin girişinin önlenmesi veya hakkında sınır dışı etme veya

382 *Johnson/Birleşik Krallık*, İHAM, 22520/93, 24/10/1997.

iade kararı alınan kişinin sınır dışı edilmesi veya iadesi için hukuka uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması" öngörülmüştür. Anayasa'nın 19'uncu maddesinde ise bu tutma nedeni, "usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması" hükmüyle düzenlenmiştir. Her iki metin arasında bir ortaklık vardır.

Bu metinlerde iki farklı tutma nedeni öngörülmüştür:

- ülkeye izinsiz giren veya girmek isteyen kişilerin tutulması,

- hakkında sınır dışı veya iade kararı alınan kişinin tutulması.

Bu unsurlar yönünden yapılan değerlendirmelerde belli ölçüde ortaklık vardır. Sözleşme sistemine sahip olan devletler, egemenlik yetkilerine sahiptirler. Bu yetki, ülkeye girecek veya ikamet edecek kişilere karşı kullanılabilir. Hiçbir devlet, kural olarak, bir yabancıya koşulsuz olarak ülkesine girme hakkı tanımak zorunda değildir. Devletin izin vermesi esastır. Bu, iltica, sığınma veya diğer nedenlerle ülkeye girmek isteyenler yönünden de geçerli olan bir ilkedir. Girişe izin verme yetkisinin diğer boyutu yabancıların ülkeden çıkartılmaya zorlanması yetkisidir.

Kural olarak devlet, bir kişinin ülkeye girişini izne bağlarken veya izinsiz giren kişinin ülkeden çıkartılmaya zorlanmasında, suç şüphesi, kaçma şüphesi vb. nedenler göstermek durumunda değildir. Fakat bu durum, devlete keyfî hareket etme yetkisi getirmez. Devletlerin, keyfî davranmaması ve konuyla ilgili hukuka uyması gerekir. Hukuksallık ve ölçülülük değerlendirmesi bu tür tutmalarda da geçerlidir. Bunun yanında, İnsan Hakları Mahkemesi bu bağlamda gerçekleşen tutmalarda dört noktaya odaklanmaktadır.[383]

Özgürlükten yoksun bırakma tedbiri;

(1) İyi niyetle mi gerçekleştirilmiştir?

(2) Kişinin izinsiz girişini önlemek amacıyla sıkı sıkıya bağlı mıdır? Başkaca gizli nedenler güdülmüş müdür?

383 *Saadi/Birleşik Krallık*, §74 vd.

(3) Bu tür olaylarda suç işleyen kişilere değil, hayatlarından endişe ederek ülkelerinden kaçan kişilere uygulandığı akılda tutularak, bu duruma uygun bir tutma yeri ve koşulları sağlanmış mıdır?

(4) İzlenen amacın gerektirdiği, makul bir süre ile sınırlı uygulanmış mıdır?

a. Ülkeye İzinsiz Giren veya Girmek İsteyen Kişinin Tutulması

Ülkeye izinsiz girme kavramı, ilk bakışta net görünebilir fakat bazı olaylarda bu kavram yönünden tartışmalar yaşanabilmektedir. Örneğin *Saadi/Birleşik Krallık* davasında, kişi, Birleşik Krallık'a gelmiş ve iltica talebinde bulunmuştur. Bu talebi üzerine başvurucuya üç günlük geçici giriş izni verilmiştir. Bu "geçici izin" üzerine Birleşik Krallık'ta serbest kalmıştır. İltica talebi incelenirken havaalanına gelen başvurucu, hızlı inceleme usulüne tabi olan kişilerin tutulduğu bir merkezde 7 gün süreyle özgürlüğünden yoksun bırakılmıştır. İnsan Hakları Mahkemesi yönünden bu olaydaki tartışma, söz konusu kişinin ülkeye "izinsiz" giriş yapmış sayılıp sayılmayacağı olmuştur. Mahkeme, başvurucuya "geçici izin" vermiş olunmasının, başvurucuyu ülkeye hukuka uygun giriş yapmış kişiye dönüştürmediğini ve bu bakımdan ülkeye izinsiz girişin önlenmesi amacıyla tutulma nedeni içinde kaldığına karar vermiştir. Şu hâlde bir kişi hakkında, hakkındaki incelemeler devam ederken geçici olarak serbesti tanınmış olması, ülkeye girişine izin verildiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme, söz konusu olayda, yukarıdaki dörtlü testi gerçekleşirmiş ve bir ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[384]

b. Hakkında Sınır Dışı veya İade Kararı Alınan Kişinin Tutulması

Bir kişinin hakkında sınır dışı veya iade kararı verilebilir. Bu kararın nasıl verilmesi gerektiğine yönelik Sözleşme'de herhangi bir hüküm yoktur. Sınır dışı etme tedbirleri uygulayan taraf devletler, kendi aralarında iş birliği gerçekleştirebilirler.[385] Ancak bu tedbirler uygulanırken, Sözleşme'deki hakların ihlal edilmemesi önem taşımaktadır. Böyle bir

384 Ibid.

385 *Öcalan/Türkiye*, § 86.

olasılıkta Mahkeme, "geçici tedbir" kararı verebilmektedir. Tedbir kararı verilmiş olması tutmayı hukuksal olmaktan çıkartmaz. Bu bağlamda önem taşıyan nokta, yetkililerin iade kararını etkili şekilde incelemesi ve tutmanın uzun sürdürülmemesidir.[386]

Sınır dışı etme görüntüsü altında, başkaca amaçların izlendiği hallerde sorun oluşabilir. Bu bağlamda dikkat çekici bir dava olan *Čonka/Belçika* davasında başvurucular, yasadışı bir göçmen grubudurlar. Belçika makamları, başvuruculara hileli bir tebligat göndermiştir. Tebligat uyarınca, iltica başvurularının tamamlanması için karakola gitmeleri gerektiğini düşünen başvurucular, karakolda gözaltına alınmış ve ardından sınır dışı edilmişlerdir. Mahkeme, suç teşkil eden eylemlerle mücadele etmek amacıyla bazı stratejilere başvurulmasını anlaşılır görmekle birlikte, somut olayda olduğu gibi iltica talebinde bulunan kişilerin güvenini kötüye kullanarak sınır dışı edilmelerinin Sözleşme'nin genel ilkeleriyle uyumlu olmayabileceğinin altını çizmiştir.[387]

Amaçta sapma, suçluların iadesi bağlamında da gündeme gelebilir. Bu sorun, *Bozano/Fransa* davasında görünür olmuştur. Bu davada "hileli iade" söz konusudur. İtalya, başvurucu hakkında bir ceza yargılaması devam ederken, Fransa'da bulunan başvurucunun iadesini talep etmiştir. Bu talep, henüz bir kesin hüküm olmadığı gerekçesiyle Fransız mahkemesinde reddedilmiştir. Buna karşın, Fransız Hükümeti sınır dışı etme kararı almış, fakat başvurucuyu bu karardan haberdar etmemiştir. Yaklaşık bir ay sonra bir gece yarısı başvurucu, avukatlarıyla görüşme ve gideceği ülkeyi belirleme imkânı tanınmadan yakalanmış ve İsviçre sınırına götürülmüş ve İsviçre polislerine teslim edilmiş ve İsviçre, İtalya'nın talebi çerçevesinde başvurucuyu İtalya'ya göndermiştir. Bu süreçte Fransız mahkemesi, Fransa'nın sınır dışı etme kararını hukuka uygun görmüştür. Konu İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne geldiğinde Mahkeme, tutmanın hukuksuzluğuna ve idarenin keyfîliğine dikkat çekerek ihlal kararı vermiştir.[388]

---

386 *Yoh-Ekale Mwanje/Belçika*, İHAM, 10486/10, 2011, § 120.

387 *Čonka/Belçika*, İHAM, 51564/99, 05/02/2002.

388 *Bozano/İtalya*, İHAM, 9990/82, 18/12/1986.

Bu tutma nedeni yönünden dikkat çekilmesi gereken bir diğer nokta da Sözleşme'deki bu amacın, sınır dışı etme veya suçlunun iadesi gerçekleşmese bile geçerli sayılabileceğidir.[389] Ayrıca bu fıkra uyarınca; resmî bir talep olmadan veya iade kararı verilmeden önce de süratle ilgili hukuka uyulması kaydıyla, özgürlükten yoksun bırakma tedbiri uygulanabilir.[390]

Son olarak, bu fıkra uyarınca tutulan kişiler hakkındaki usullerde "özen yükümlülüğüne" uyulması gerektiğinin altını çizmek gerekir. Bu bağlamda gerçekleşen tutmalarda, tutma süresiyle ilgili daha esnek bir yaklaşım geçerlidir. Bu, özellikle terörle ilgili davalarda daha görünür olmaktadır. Örneğin *Chahal/Birleşik Krallık* davasında, başvurucunun 5 buçuk yıl kadar tutulması, başvurucun hakkındaki güvenlik raporlarının mahkemelere sunulmasındaki güçlüklerdir. Ne var ki somut olayda terör vb. nedenlerle tutmanın nedenleri ulusal mahkemelere sunulamamasına rağmen, deneyimli hâkimlerden oluşan bir danışma kurulunun varlığı ve tehlikeye dair bütün delilleri inceliyor olması keyfîliğe karşı ilk bakışta yeterli güvenceyi sağladığı gerekçesiyle ihlal bulunmamasına neden olmuştur.[391] Şu hâlde, özen yükümlülüğü ve tutma süresinin makullüğü böyle hallerde esneyebilirse de bu esneklik, keyfîliğe karşı koruyucuların varlığına bağlıdır.

Türkiye'de de Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Kanunu'nun "geçici tutuklama" başlıklı 14'üncü maddesi bu konuya özgüdür. Maddeye göre:

> (1) İade talebine konu olabilecek bir suçun işlendiğinin kabulü için kuvvetli şüphe bulunması hâlinde, iade talebinin Merkezî Makam'a ulaşmasından önce, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşma hükümleri veya mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde, ilgili devletin talebi ve Merkezî Makam'ın uygun bulması üzerine kişi geçici olarak tutuklanabilir.

389 *X./Almanya*, İHAM, 9704/82, 16/12/1982.

390 *X./İsviçre*, İHAM, 9012/80, 09/12/1990.

391 *Chahal/Birleşik Krallık*, İHAM, 22414/93, 15/11/1996,

(2) İade talebine konu olabilecek ve 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 12'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi kapsamına giren bir suç işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunan kişi, ilgili devletin talebi aranmaksızın geçici olarak tutuklanabilir.

(3) İlgili devletin geçici tutuklama talebi, Merkezî Makam tarafından iade amacıyla yakalanması ve Cumhuriyet başsavcılığına sevki için İçişleri Bakanlığına gönderilir. Yakalanan kişi, geçici tutuklama hususunda karar verilmek üzere en geç yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır. Sulh ceza hâkimi geçici tutuklanması talep edilen kişiye, rızaya dayalı iade imkânı ile bunun hukukî sonuçları hakkında bilgi verdikten sonra talep hakkında karar verir.

(4) Geçici tutuklama süresi ilgili milletlerarası andlaşma hükümlerine göre belirlenir. Mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde kişi, en fazla kırk gün geçici tutuklu kalabilir.

(5) Geçici tutuklama yerine kişinin kaçmasına engel olacak şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109'uncu maddesi uyarınca adlî kontrol kararı verilebilir.

(6) İlgili devlet tarafından dördüncü fıkrada belirtilen süre içinde iade evrakının gönderilmemesi hâlinde geçici tutuklama veya adlî kontrol kararı kaldırılır. Bu durum, iade talebinin alınmasından sonra iade amacıyla koruma tedbirleri uygulanmasına engel teşkil etmez."

İnsan Hakları Mahkemesine göre, seyahatin daha kolaylaştığı ve suçun uluslararası bir boyut kazandığı bir dünyada, yurtdışına kaçan suç zanlılarının adalet önüne çıkarılması, giderek bütün ulusların daha fazla menfaatine bir durum haline gelmektedir. Öte yandan kaçaklar için bir suçlular cennetinin yaratılması, sadece korunan kişiyi barındırmakla yükümlü devlete karşı bir tehlike oluşturmakla kalmaz ama aynı zamanda suçluların geri verilmesinin temellerini de çürütür.[392] Bu bakımdan, kaçak suçluların veya şüphelilerin ülkeler arasında nakilleri sırasında özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları mümkündür. Böyle bir yoksun

392 *Soering/Birleşik Krallık*, İHAM, 14038/88, 07/07/1989, §89.

bırakma da Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamında ele alınmaktadır.[393] Dolayısıyla bu tedbirlerin de hukuka uygun olması bir zorunluluktur.

Bu bağlamda TCK'nın 18'inci maddesinin lafzı yönünden, Türkiye'nin, iade sözleşmesi yapmadığı veya çok taraflı iade sözleşmesine taraf olmayan bir ülkeye iade amacıyla yakalama tedbirine başvurduğu bir durumda, koruma tedbirlerinin normatif temeli belirsiz hale gelebilir. Buna karşın, Türkiye'nin iade istediği hallerde böyle bir sözleşme olmasa da örneğin Sözleşme'ye taraf olmayan bir devlet ile işbirliği yaparak yakalama gerçekleşmesi durumunda Türkiye'nin sorumluluğu, kendi egemenlik yetkisine alınmasından itibaren gündeme gelecektir.[394] Bu gibi hallerde, sorumluluğun hangi devlete ait olduğu muğlâklaşabilirse de Strazburg organları konuyu netleştirmeye çalışmışlardır.[395] Bu bağlamda söz konusu hukukun, uluslararası bir sözleşmeye ve/veya devletlerarası işbirliğine dayanması mümkündür. Böyle durumlarda bile iade eden devletin usûlî yükümlülüklere uymaması halinde Türkiye Devleti'ne yüklenecek bir sorumluluğun olmadığı bilinmelidir.[396]

Ceza Kanunu hükümleri yanında, diğer mevzuatta da bu kapsamda önemli hükümler bulunmaktadır. Örneğin 5682 Sayılı Pasaport Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre:

> "Pasaportsuz, vesikasız veya usulüne uygun veya muteber olmayan pasaport veya vesikalarla Türkiye sınırlarına gelen yabancılar geri çevrilirler.
>
> Bunlardan, pasaport veya vesikalarını yolda kaybettiklerini iddia edenlerin, İçişleri Bakanlığı'nca yapılacak soruşturma sonuna kadar, icapederse, en yakın idare merkezine gönderilerek haklarında verilecek kararlara göre işlem yapılmak üzere mahalli mülkiye amirinin göstereceği yerde oturtulabilmek kaydiyle kabulleri caizdir.

---

393 *Stocke/Almanya,*KomisyonRaporu, 11755/85, 12.10.1989, § 167.

394 *Öcalan/Türkiye*, §§ 87 vd. İş birliği konusunda bkz. *Freda/İtalya,* İHAM, 8916/80, 07/10/1998; *Klaus Altmann (Barbie)/Fransa,* İHAM, *10689/83*, 07/04/1984; *Luc Reinette/Fransa*, İHAM,14009/88, 02/10/1989.

395 Bkz. yuk. "Devletin Suçluların İadesi Sürecindeki Yükümlülükleri" başlığı.

396 *Ali Zeki Irmak başvurusu*, AYM, 2014/15990, 16/02/2017.

Hükümetin müsaadesiyle gelen göçmenler ellerinde Türk konsolosluklarının veya göçmen sevki için yabancı memleketlere Hükümetçe gönderilen memur veya heyetler tarafından verilmiş bir vesika bulunmak şartıyla pasaportsuz da olsalar Türkiye'ye kabul olunurlar.

Umumiyetle mültecilerin ve iskân hakkındaki mevzuat dışında olarak yurt tutmak maksadıyla gelen yabancıların, pasaportları olsun olmasın Türkiye'ye kabulleri İçişleri Bakanlığı'nın kararına bağlıdır."

Aynı Kanun'un "Türkiye'ye girmeye memnu kimseler" başlıklı 8'inci maddesine göre ise;

"1. Serseriler ve dilenciler;

2. Delilikle veya bulaşık hastalıkla malül olanlar (Bu gibilerden umumi sıhhati ve asayişi tehlikeye sokmayacak halde olup kendi vasıtalarıyla veya kanuni veli veya vasilerinin maddi himayeleri altında olarak tedavi veya hava değiştirme için gelenler bu hükümden istisna edilebilirler);

3. Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine mütaallik anlaşma veya andlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar;

4. Türkiye'den sınır dışı edilmiş olup da avdetine müsaade edilmemiş bulunanlar;

5. Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadıyla geldikleri sezilenler;

6. Fahişeler ve kadınları fuhuşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar;

7. Türkiye'de kalacaklarını beyan ettikleri müddetçe yaşamalarına ve tekrar gitmelerine yetişecek paraları bulunmayıp Türkiye'de kendilerini himaye edecek kimseleri bulunduğunu veya Türkiye'de yabancılara kanunla menedilmemiş işlerden birini tutacaklarını ispat edemeyenler."

Buna ek olarak Kanun'un 17'inci maddesinde "siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığı'nca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilirler" şeklinde; 23'üncü maddesinde ise "Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilip de pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terkedemeyenler İçişleri Bakanlığı'nın göstereceği yerde oturmaya mecburdurlar" şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir. "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"te de bu yönde düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Sayılanların tamamı bu kapsamda gerçekleşecek müdahaleler ile ilgili normlardır.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi önüne gelen vakalara bakıldığında Mahkeme'nin anılan mevzuatı yetersiz gördüğü, bir kanunda bulunması gereken "kalite" yönünden sorunlar taşıdığı, öte yandan tutmanın kanuniliğinin incelenmesi için mahkemeye başvuru hakkı ve tazminat hakları yönünden de yetersizlikler tespit ettiği görülmektedir.[397]

Sınırdışı Edileceklerin Tutulması Durumunda Sorulması Gereken Bazı Sorular
1-) Mevzuat keyfîliğe izin vermeyecek düzeyde yeterli nitelikleri taşıyor mu?
2-) Mevzuat izinsiz giriş veya iade dışındaki nedenlere de yer vermiş mi?
2-) Söz konusu tutma bir tür ceza olarak mı uygulanmış?
3-) Tutma süresi olabildiğince asgari düzeyde gerçekleşmiş mi?
4-) Somut olayda ayrımcılık emaresi bulunmakta mıdır?

397 *K. A. başvurusu*, op. cit.; *Rıda Boudraa başvurusu*, op. cit.; *A.V. ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/1649, 20/01/2016.

Meşru Amaç Testinde Sorulması Gereken Genel Sorular
1-) Özgürlükten yoksun bırakma eylemi şu amaçlardan birine giriyor mu? a) Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; b) Bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; c) Hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunduğu gerekçesiyle yakalanması, gözaltına alınması veya tutuklanması; d) Bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; e) Toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; f) Usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut iade kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması 2-) Kişinin tutulduğu yer, tutma amacına uygun mu? 3-) Şeklî anlamdaki amaç ile maddi amaç arasında bir uyum var mı? 3-) Dezavantajlı kişilerin özgün durumları dikkate alınmış mı?

C. Ölçülülük

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik müdahalelerde incelemenin üçüncü basamağı, kanuna dayanan ve meşru amaç taşıyan bir müdahalenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesidir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden ölçülülük değerlendirmesi, tutma tedbiri ile tutma nedeni arasındaki ilişki üzerinden yapılır.[398] Bu

398 *James, Wells ve Lee/Birleşik Krallık*, İHAM, 25119/09 et. al., 18/09/2012, § 195.

konuda İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilkesel yaklaşımı, bir kişinin özgürlüğünden yoksun kalmasının son çare olarak düşünülmesidir. Mahkeme, somut olayda daha düşük tedbirler ile de kişilerin ve kamu yararının korunmasının mümkün olup olmadığını sorgulamaktadır.[399]

Ölçülülük değerlendirmesi somut olayın koşulları ve özellikle de tutulma amacı ile beraber yorumlanması gereken bir konudur. Mesela ülkesindeki savaş koşullarından kaçarak bir ülkeye izinsiz giren kişi ile bir suç işlediği konusunda kuvvetli suç şüphesi bulunan ve kaçma ihtimali olduğu değerlendirilen bir kişinin tutulma durumları konusundaki ölçülülük parametreleri aynı olamaz. Bu bakımdan müdahalenin amacının belirlenmesi önemlidir. Amaç belirlenince dengeleme kriterleri de değişkenlik gösterebilir. Mesela, kişinin tutulması bir kanuni yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklanıyor ise; söz konusu kanuni ödevin yerine getirilmesinin demokratik toplum düzeni yönünden önemi ile kişi özgürlüğünün önemi arasında bir dengeleme yapılması gerekecektir.[400] Amaç belirlemesi, ölçülülük değerlendirmesinin katılığı yönünden de önemlidir. Öyle ki, doktrinde İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle yasanın veya bir mahkeme kararının öngördüğü yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle tutma ile küçüklerin, akıl hastalarının, alkoliklerin, bağımlıların veya serserilerin tutulması gibi hallerde çok daha katı bir ölçülülük değerlendirmesi yaptığı ileri sürülmektedir.[401]

Strazburg içtihatlarında bunların yanında, kişinin tutulma amacına uygun bir yerde tutulup tutulmadığı veya kişinin özgürlüğünden yoksun kalma süresi de ölçülülük değerlendirmelerinde dikkate alınan unsurlar olduğugörülmektedir.[402]

Anayasa Mahkemesi içtihadına bakıldığında ölçülülük kavramının şu şekilde tanımlandığı görülmektedir:

---

399 Bkz. *Ladent/Polonya*, İHAM, 11036/03, 18/03/2008, § 54-55; *Saadi/Birleşik Krallık*, § 70.

400 *Vasileva/Danimarka*, İHAM, 52792/99, 25/09/2003, § 37.

401 Harris et. al., s. 305.

402 *Saadi/Birleşik Krallık*, § 70.

> "Ölçülülük ilkesinin amacı temel hak ve özgürlüklerin, gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik', sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk', ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen 'orantılılık' ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır."[403]

Mahkeme, bu belirlemelerini Anayasa'nın 19'uncu maddesi bakımından özellikle "tutukluluk" bağlamında kullanmıştır.Mahkeme'ye göre bu maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan "tutuklamayı zorunlu kılan" ibaresi tutuklamanın ölçülü olması gerekliliğine işaret etmektedir ve CMK'nın 100'üncü maddesindeki "işin önemi verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması" halinde, tutuklama kararı verilemeyeceğinin ifade edilmesi de bunu tamamlamaktadır.[404] Mahkeme'ye göre tutuklamayı yapan ve tutuklamayı devam ettiren yargı mercileri ölçülülük ilkesini gözetmekle görevlidirler. Bu görevlerini yerine getirip getirmedikleri ise gerekçeye bakılarak anlaşılacaktır.[405] Bu bağlamda Mahkeme, gerekçeli karar alma hakkının CMK md. 100 koşulları çerçevesindeki unsurlarına işaret etmekle birlikte CMK'nın 101 ve 109'uncu maddelerindeki hükümlere de dikkat çekmiştir:

> "Suç işlemekle itham edilen kişiler hakkında 'ölçülülük' ilkesi uyarınca en genel ifadeyle adaletin iyi işlemesi meşru amacının sağlanması bakımından tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir. 5271 Sayılı Kanun'un 109'uncu maddesinde öngörülen adlî kontrol yükümlükleri tutuklamaya göre

403 AYM, E. 2013/57, K. 2013/162, 26/12/2013.

404 *Murat Narman başvurusu*, § 72.

405 Ibid., § 62.

temel hak ve hürriyetlere daha hafif etkide bulunan koruma tedbirleridir. Dolayısıyla tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adlî kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konmalıdır. Bu husus, tutuklama istemleri yönünden 5271 sayılı Kanun'un 101'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında ifade edilmiştir."[406]

Ölçülülük Testinde Sorulması Gereken Sorular
1-) Ulaşılmak istenen amaç için özgürlükten yoksun bırakma tedbiri gerekli mi?
2-) Ulaşılmak istenen amaç için özgürlükten yoksun bırakma tedbiri elverişli mi?
3-) Ulaşılmak istenen amaç için özgürlükten yoksun bırakma tedbiri orantılı mı?
4-) Tutulan kişinin özel ve hassas durumu dikkate alınmış mı?
5-) Kişi tutuklanmış ise daha hafif adlî kontrol tedbirlerine başvurulabilmesi mümkün mü?

406 *Halas Aslan başvurusu*, AYM, 2014/4994, 16/12/2017, § 79.

IV. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILANLARIN HAKLARI

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin Sözleşme ve Anayasa'nın ortak koruma alanında yer alan hakları şu şekilde sıralanabilir:

A-) Bilgilendirilme hakkı

B-) Yakınlarına haber verilmesini isteme hakkı

C-) Derhal hâkim önüne çıkartılma hakkı

D-) Makul sürede serbest bırakılma hakkı

E-) Etkili başvuru hakkı

F-) Tazminat hakkı

Bu sayılanlar, Sözleşme'nin ve Anayasa'nın diğer maddelerinde de bulunan haklardandır, fakat konu kişi özgürlüğüne müdahale olduğunda daha özel bir koruma getirmektedirler.

A. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİNİN BİLGİLENDİRİLME HAKKI

Sözleşme'nin md. 5/2 hükmünde göre "Gözaltına alınan her kişi, gözaltına alınma nedenleri ile kendisine isnat edilen suç hakkında anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilir." Bu hüküm, Anayasa'nın md. 19/4 hükmünde "Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar her halde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin bilgilendirilme hakkı bağımsız bir hak olmakla birlikte kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bünyesindeki başvuru haklarının da etkin kullanılmasının ön koşuludur.[407] Söz konusu hak, bütün tutma biçimleri için geçerlidir.[408] Dolayısıyla sadece ceza muhakemesiyle sınırlı olarak anlaşılmamalıdır. Örneğin kişinin başka

407 Doktrinde bu hakkın, adil yargılanma hakkından farklı olarak, ücretsiz tercüman hakkı tanımadığı ileri sürülmüştür Dörr, s. 652, Trachsel, 131.

408 *Van der Leer/Hollanda*, İHAM, 11509/85, 21/02/1990, § 27.

bir ülkeye gönderilmesi[409], tıbbî tedavi[410] veya şartlı salıvermeden sonra yeniden tutulduğu hallerde[411] bu hak uygulama bulur.

Özgürlükten yoksun bırakma tedbiri uygulanmamışsa bu hak da canlanmaz. Yani bir kişi hakkında sadece yakalama kararı çıkartılmış olması, bu madde kapsamındaki bilgilendirme hakkını gündeme getirmez.[412] Söz konusu hak, her özgürlükten yoksun bırakma tedbiriyle birlikte yeniden gündeme gelir. Yani bir kişinin serbest bırakılmasından sonra yeniden tutulması durumunda yeniden bilgilendirme yapılması gerekir.[413] Çünkü bu süreçte tedbire ilişkin nedenler değişebilecek[414] veya yeni isnatlar söz konusu olabilecektir.[415]

Bir bilgilendirme yoksa Sözleşme'nin md. 5/2 hükmü ihlal edilir. Kaydedilmelidir ki başvurucunun, hakkındaki suçlamadan haberdar olmaması tutukluluk sürecinde mümkün olmamış ise bu konu, Sözleşme'nin md. 5/2 hükmünden ziyade md. 5/4 hükmü çerçevesinde ele alınabilir.

1. Bilgilendirme Süresi

İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bilgilendirmenin olabildiğince kısa sürede yapılması gerekir. Bu gereklilik, her durumda müdahalenin gerçekleştiği anda ayrıntılı bilgi verilmesini içermez.[416] Fakat en geç birkaç saat içinde bu bilginin verilmesi gerekir.[417] Dört gün veya daha sonra bilgi verilmesi ihlal yaratır.[418] Doktrinde[419] eleştirilse de 48 saate kadarlık

409 *Shamayev ve diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, İHAM, 36378/02, 12/04/2005, §§ 414 ve 415.
410 *X./Birleşik Krallık*, İHAM, 4741/71, 02/04/1973, § 66.
411 Ibid., § 66.
412 *Keus/Hollanda*, İHAM, 12228/86, 25/10/1990, § 22.
413 *X./Birleşik Krallık*, İHAM, 215/755, § 64.
414 *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, op. cit.
415 *Leva/Moldova*, İHAM, 12444/05, 15/12/2009, § 59.
416 *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, § 40.
417 Ibid., § 42.
418 *Saadi/Birleşik Krallık*, § 84.
419 Trechsel, op. cit.

bir süre Strazburg organlarınca kabul edilebilmiştir.[420] Gecikmenin, tutulan kişinin (örneğin kişinin kimliğinin tespiti konusunda kasıtlı bir zorluk çıkartması gibi) davranışlarından kaynaklandığı hallerde ise ihlal oluşmayabilir.[421] Bilgilendirmenin yapıldığı zamanı kanıtlamak taraf devletin yükümlülüğüdür.[422]

Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası ve PVSK'nın 13'üncü maddesi bilgilendirme süresini "derhal" şeklinde düzenlemiştir. Bu bakımdan ulusal mevzuatın, bu hakka ilişkin daha güvenceli olduğu görülmektedir. Bununla birlikte madde, "toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirim" öngörmüştür. Yakalama Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde de "Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir" denilmiştir. Bu hükümlerin Anayasa ve Sözleşme'ye uygun olduğu söylenebilir. Konuyla ilgili temel mantık, bir kişinin gözaltına alındığı andan itibaren kısa süre içerisinde gözaltının hukukîliği konusunda bir mahkemeye başvuru hakkını (İHAS md. 5/4, Anayasa md. 19/8, CMK md. 91/4) kullanabilmesidir.

Ulusal mevzuata bakıldığında, CMK'nın ifade ve sorgu tarzıyla ilgili mad. 147/1 hükmünde "Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde (…) kendisine yüklenen suç anlatılır" denmiştir. Bu hükümde açıkça bir zaman belirlemesi yapılmamıştır.

Öte yandan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin md. 23/J(1) hükmünde ise tutanakta "ifade alma işleminin yapıldığı yer ve tarih" belirlenir denmiştir. Bu hükümde ve Yönetmeliğin ekinde ifade saatine ilişkin bir bilgi yer almamaktadır. Dolayısıyla bu eksiklikler bilgilendirmenin yapıldığı süre yönünden sorun yaratabilir. Uygulamada bu boşluğun, Anayasa ve Sözleşme hükümlerine uygun olarak doldurulması gerekir.

420 *Lowry/Portekiz*, İHAM, 42296/98, 06/07/1999.

421 *Dikme/Türkiye*, İHAM, 20869/92, 11/07/2000, § 56.

422 *Kaboulov/Ukrayna*, İHAM, 41015/04, 19/11/2009, §§ 146-148.

Bugüne kadar Anayasa Mahkemesi önüne gelen bilgilendirme hakkı iddiası içeren başvuruların bir kısmı zaman yönünden yetki[423], süre aşımı[424] veya başvuru yollarının tüketilmemesi[425] gibi nedenlerle incelenmemiştir. Bu bağlamda CMK md. 141 yolunun etkili ve tüketilmesi gereken bir yol olarak görüldüğünün altı özellikle çizilmelidir.[426] Esasa ilişkin kararlara bakıldığında ise; Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hakka ilişkin etraflı bir ilke kararı verilmiş değildir.

Mahkeme'nin esastan değerlendirme yaptığı davaların bir kısmında ihlal sonucuna ulaşılmamıştır. Bunlardan *Fatih Yazar* olayında avukat olan başvurucu, ifadesinin Cumhuriyet savcısı tarafından alınmadığını, bu nedenle de kendisine gereken bilgilendirmenin yapılmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise başvurucunun ifadesi alınırken "suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kasten öldürmeye teşebbüs ve cinsel saldırı" suçlarına ilişkin olarak isnat edilen eylemler ve bu eylemlere ilişkin dayanılan temel delillerin açıklandığını, ayrıca tutuklamaya sevk yazısında da kendisine isnat edilen suçların ayrıntılandırıldığını ifade ederek bu iddia yönünden açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiştir.[427]

İkinci olarak, kamuoyunda "25 Aralık Operasyonu" olarak bilinen soruşturmada görev almış kişilerin gözaltına alınmasıyla ilgili *Mehmet Fatih Yiğit ve diğerleri* olayında da başvurucular, hangi suçlamayla gözaltına alındıklarını öğrenemediklerini ileri sürerek bu hak yönünden ihlal iddiasında bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, bu olayda da başvurucuların, yakalama tutanaklarında yasal haklarının kendilerine okunduğu, avukatla görüşme tutanaklarında ise isnat edilen suçların belirtildiği ve bu tutanakların başvurucular tarafından imzalanmış olduğundan hareketle açıkça dayanaktan yoksunluk kararı

423 Bkz. *Zeki Rüzgar başvurusu*, AYM, 2013/6084, 06/04/2016; *Ersin Emekçi ve Sinan Emekçi başvurusu*, AYM, 2013/6068, 18/11/2015; *Ali Pala başvurusu*, AYM, 2013/3056, 14/10/2015.

424 Bkz. *Murat Gül başvurusu*, AYM, 2013/8037; *Abdulvahap Aydemir ve Yusuf Candemir başvurusu*, AYM, 2013/7349, 01/12/2015.

425 Bkz. *Deniz Özfırat başvurusu*, AYM, 2013/7929, 01/12/2015; *İzzettin Alpergin başvurusu*, AYM, 2013/385, 14/07/2015; *Ahmet Şanci başvurusu*, AYM, 2012/29, 05/11/2014.

426 Bkz. *Tamer Morkoç başvurusu*, § 90.

427 *Fatih Yazar başvurusu*, AYM, 2013/6232, 18/11/2015, § 74.

vermiştir.[428] Mahkeme, bu konuda ayrıntılı bir açıklama yapmamışsa da başvurucuların gözaltından önce "adlî makamların her türlü talimatına uymak üzere ikametinde bulunduğunu ve ifade vermeye hazır olduğunu" bildirmiş olmaları ve gözaltı tarihi ile avukatla görüşme tutanaklarında suç isnatlarının bildirildiği tarihin aynı gün olması karşısında içtihadın, Strazburg içtihatlarıyla uyumsuz olduğu söylenemez.

2. Bilgilendirmenin İçeriği

İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; bilgilendirmenin içeriği, iddianamede yer alması gereken düzeyde geniş kapsamlı olmak zorunda değildir. Ancak müdahalenin hukuksal ve fiili temellerinin, hatta somut olayın koşullarına göre delillerin, kişinin özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkını kullanabilmesine olanak verecek şekilde açıklanması gerekir.[429] Bu içerik, tutmanın ve olayın koşullarına göre değişkenlik gösterebilir.[430] Kişiye sadece bir form belgesinin verilmesi yeterli değildir.[431] Başvurucuya, gözaltına alındığına ilişkin bilgilendirme yapıldığı tutanakla tespit edilmelidir. İfade tutanağı ve bilgilendirmeye ilişkin herhangi bir kaydın olmaması, Strazburg organları nezdinde bilgilendirmenin yapılmadığı anlamına gelebilir.[432]

Gerekli koşulları sağlamayan bir yakalama tutanağının başvurucuya verilmesi de bu hakkı karşılamaz. Örneğin *Sinan Tanrıkulu ve diğerleri/ Türkiye* kararında başvurucular, üyesi oldukları partinin binasından çıktıktan sonra sokakta yakalanmışlardır. Başvurucuların yakalanma nedenleri yakalama tutanaklarında belirtilmemiştir. Polis, başvurucuların yakalanmalarından beş gün sonra ifade almıştır. Başvuruculara, yakalanma nedenleri ifade alınırken bildirilmiştir. Dosyada başvuruculara yakalanma nedenlerinin bu tarihten önce bildirildiğini gösteren bir unsur mevcut değildir. Hükümet, başvurucular hakkında yakalama zaptı tutulduğunu ve bu zaptın başvurucularca imzalandığını savunmuştur.

428 *Mehmet Fatih Yiğit ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/16838, 09/09/2015, § 60.

429 *Shamayev/Gürcistan ve Rusya*, § 427; *Čonka/Belçika*, § 50.

430 *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik*, § 40.

431 *Saadi/BirleşikKrallık*, § 84.

432 Bkz. *Lazoroski/Eski Yugoslavya Makedonya* Cumhuriyeti, İHAM, 4922/04, 08/10/2009, §§ 53-54.

Fakat Mahkeme, başvurucularla ilgili yalnızca yakalama tutanağı düzenlendiğini tespit etmiş ve bu tutanaklarda yakalanma nedenleri konusunda herhangi bir bilgi verilmediği gerekçesiyle ihlal sonucuna ulaşmıştır.[433]Buna karşın somut olayın koşullarından başvurucunun niye yakalandığını anladığı hallerde durum farklı olabilir. Örneğin PKK'nin militanı ve yöneticisi olduğu bilinen ve bu bağlamda yargılanmaktan kaçmak için yurtdışında sığınma isteyen bir kişinin, silahlı örgüt üyesi ve görevlisi olarak faaliyetlerinden ötürü yakalandığının anlaşılmış olması gerekecektir.[434] Ayrıca başvurucuya sorulan sorulardan da bilgilendirme yükümlülüğünün karşılandığı sonucuna ulaşılabilir. Örneğin *Korkmaz ve diğerleri/Türkiye* kararında yasadışı silahlı örgüte karşı yapılan operasyonunun bir parçası olarak yakalanan başvurucuya, gözaltı sürecinde örgütle ve iki polisin öldürülmesi olayında yer aldığı düşünülen bir kişi ile olan ilişkileri sorulmuştur. Mahkeme, başvurucunun yanıt vermediği bu soruların, yakalanmasına ilişkin kuşku düzeyine dair yeterli bilgiyi içerdiği sonucuna ulaşmıştır.[435]

Kişiye, yalnızca ilgili kanun maddesinin okunması veya suça atıf yapılması da yeterli değildir.[436] Buna karşın; tüm iddia ve kanıtların tamamen sayılmasına[437] veya kişinin soruşturma dosyasına erişiminin sağlanmasına da bu aşamada gerek yoktur.[438]

Eğer somut olayda bir suçlunun iadesi söz konusu ise, bu durumunda kişiye, en azından hangi devletin hangi suçtan dolayı iade talebinde bulunduğu bilgisinin verilmesi gerekir.[439] Sınır dışı etmek için tutmalarda, kişiye sadece sınır dışı edileceğinin söylenmiş olması yeterli değildir.[440]

PVSK'nın 13'üncü maddesi kişilere "yakalanma sebepleri ve haklarındaki iddialar"ın bildirilmesinden bahsetmektedir. Bu hüküm,

433 *Sinan Tanrıkulu/Türkiye*, İHAM, 50086/99, 03/05/2007.

434 *Soysal/Türkiye*, İHAM, 50091/99, 03/07/2007, § 69.

435 *Korkmaz ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 35979/97, 21/03/2006, §§ 28-29.

436 *Murray/Birleşik Krallık*, İHAM, 14310/88, 28/10/1994, § 76

437 *Bordovskiy/Rusya*, İHAM, 49491/99, 08/02/2005, § 56

438 *Shamayev ve diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, § 427.

439 *Bordovskiy/Rusya*, § 56.

440 *Čonka/Belçika*, §51; *Rusu/Romanya*, İHAM, 25721/04, 08/03/2016, § 37.

Sözleşme hükümleriyle uyumlu görülmektedir. Öte yandan CMK'nın md. 90/4 hükmü yakalanan kişiye kanuni haklarının bildirilmesini öngörmüş, Yakalama Yönetmeliği'nin md. 6/4 hükmü ise"yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir" şeklinde düzenlenmiştir. CMK md. 147/1(b) hükmünde ve buna koşut olarak Yakalama Yönetmeliği md. 23/(b) hükmünde "Kendisine yüklenen suç anlatılır" hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan PVSK md. 4/A/3 hükmü de durdurulan kişiye "durdurma sebebini bildirmek" zorunluluğunu düzenleyerek bu alanda da güvenceyi pekiştirmiştir. Ancak söz konusu yükümlülüğün mevzuatta, her türlü tutma biçimi için netleştirildiği söylenemez. Örneğin AYM, özellikle Geri Gönderme Merkezi'nde tutulan kişiler ile ilgili davalarda konuyla ilgili mevzuat ve genelge uyarınca başvuruculara sunulan ve "isnat edilen suç" ve "giriş yasağı ihlali" ibaresi yer alan formlardaki bu ifadeleri, Anayasa md. 19/4 hükmüne uygun olarak başvurucuyu tutma nedenleri ve başvurucu hakkındaki iddialarkonusunda yapılmış bir bildirim kriterine uygun görmemiştir.[441] Benzer nitelikteki *K. A.* kararında da bildirimin süresine ilişkin tutarsızlıklar ihlal gerekçesi olarak kullanılmıştır:

> "Başvuru dosyasında yer alan Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığı/nın talimatı üzerine başvurucunun ifadesi alınarak salıverilmesine ilişkin tutanakta ve başvurucunun Sınırdışı İşlemleri ve Geri Gönderme Merkezi Büro Amirliğince 26/4/2014 tarihinde saat 02.15'te teslim alındığına ilişkin tutanakta bu doğrultuda bir bilgi yer almamaktadır. Sınır dışı edilmesine ve idarî gözetim altına alınmasına ilişkin kararın 28/4/2014 tarihli olduğu da dikkate alındığında başvurucunun, Kumkapı GGM'ne teslimi aşamasında tutulmasına ilişkin hukukî ve maddi gerekçelerin bildirilmesinin de mümkün olmadığı görülmektedir."[442]

441 *A. S. başvurusu*, AYM, 2014/2841, 09/06/2016, § 118. Fakat GGM'de tutulan başvurucunun tutulma nedeninin suç isnadına dayalı olduğunun kanıtlanamadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilmiştir. Ibid., § 98.

442 *K. A. başvurusu*, § 142.

Bunun yanında her türlü tedbir yönünden, kanunun hükümleri uyarınca bilgi verilmiş olsa da söz konusu bilginin Anayasa ve Sözleşme'ye uygunluğu ilgili tutanakta verilen bilgilerin, sorulan soruların ve alınan yanıtların tek tek yazılması ile mümkündür. Bu noktanın gözetilmesi, olası ihlallerin giderimi için önem taşır.

3. Bilgilendirmenin Şekli

Sözleşme'de, bilgilendirmenin belirli bir şekilde yapılması öngörülmüş değildir.[443] Bilgilendirme sözlü veya yazılı olabilir.[444] Doktrinde[445] ve içtihatta[446] eleştirilmekle birlikte İnsan Hakları Mahkemesi, tutulan kişinin, sorgusu veya ifadesi[447] sırasında veya hatta bir polis memurunun "ölüm tehdidi"[448] karşısında neyle suçlandığını anladığı hallerde dahi, bu hakkın sağlandığını kabul edebilmiştir.

Tutulan kişinin durumundan dolayı[449] veya çok özel bilgilerden dolayı[450] kişiye bilgi verilmesinin gerekmediği haller kabul edilebilir görülmektedir. Örneğin *Öcalan/Türkiye* kararında uluslararası bültenle aranan ve Kenya'da bulunan başvurucunun Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarınca tutulduğu bir durumda, neden tutulduğu konusundaki bilgi aşikârdır.

PVSK'nın 13'üncü maddesi, tıpkı Anayasa'nın 19'ncu maddesinde olduğu gibi, bilgilendirmenin "herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü" olarak yapılabileceğini söyleyerek konuyla ilgili güvence getirmiştir. Yakalama yönetmeliği de buna koşuttur.

Eğer başvuru sahibi bilgileri alamayacak durumda ise, ilgili ayrıntılar, avukat ya da vasi gibi, başvurucunun çıkarlarını temsil edilen kişilere sunulmalıdır.[451]

443 *Bordovskiy/Rusya*, § 56.
444 *Lamy/Belçika*, İHAM, 10444/83, 30/03/1989.
445 Trechsel, s. 317.
446 *Murray/Hollanda*, İHAM, 10511/10, 26/04/2016.
447 Ibid., § 77.
448 *Dikme/Türkiye*, § 55.
449 Ibid.
450 *H. ve B./Birleşik Krallık*, İHAM, 70073/10 44539/11, 09/03/2013,
451 *Z. H./Macaristan*, İHAM, 28973/11, 08/11/2012, §§ 42-43.

4. Bilgilendirmenin Dili

Bilgilendirmenin kişinin anlayabileceği bir dilde yapılması gerekir. Bu bakımdan bilgilendirmenin kişinin anladığı dile tercüme edilmesi gerekir.[452] Eğer tercüman söz konusu ise devlet, söz konusu tercümenin titizlikle ve kesinlikle doğru yapılmasını sağlamak yükümlülüğü altındadır.[453] Mahkeme, *Čonka/Belçika* kararında Belçika'dan sınır dışı edilmek üzere karakolda tutulan Roman kökenli Slovak yurttaşların tutuldukları sırada karakolda kendilerine verilen yazılı ve sözlü iletileri tercüme etmek üzere Slovakça konuşan bir çevirmenin bulunduğunu ve kendilerinin bilgilendirildiklerini tespit etmiş ve bu fıkranın ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.[454] Buna karşın *Ladent/Polonya* kararında Mahkeme, Polonya'da gözaltına alınan fakat Lehçe bilmeyen bir Fransız vatandaşına, gözaltında Lehçe isnat edilen suç hakkında bilgi verilmiş olabileceğini ama yetkililerin başvurucunun Lehçe bilmediğini fark etmelerine rağmen, suçu anladığı dilde anlatmış olmadıklarını tespit etmiş ve ihlal kararı vermiştir.[455]

Strazburg içtihatları yönünden önem taşıyan noktalardan biri, eğer bir davada, yargılanan kişinin ülkedeki resmî dili anlamadığı anlaşılırsa, bu durumda şüphelinin soruşturma aşamasında ifadesi alınırken tercüman tayin edilip edilmediğini kontrol etmeleridir. Aksi durumda savunma hakkının ihlali söz konusu olacaktır.[456]

Kişinin anladığı dilin ana dili olmasına gerek yoktur, anlaması yeterlidir.[457] Anlayabileceği dil kavramı, tutulan kişinin idrak edebileceği türden basit ve teknik olmayan bir dili de anlatır.[458]

---

452 *Čonka/Belçika*, § 52.

453 *Shamayev ve diğerleri/Gürcistan ve Rusya*, § 425.

454 *Čonka/Belçika*, § 52.

455 *Ladent/Polonya*, § 64.

456 Adil yargılanma hakkı bağlamında bkz. *Şaman/Türkiye*, İHAM, 35292/05, 05/04/2011.

457 *Parlanti/Almanya*, İHAM, 45097/04, 26/05/2005.

458 *H. ve B./Birleşik Krallık*, İHAM, 70073/10 44539/11, 09/03/2013, § 47. Türkiye yönünden ayrıca bkz. *Döner ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 29994/02, 07/03/2017, § 48.

Eğer kişi psikiyatri kliniğinde ise, mümkünse bilgilendirme, konuyla ilgili uzman tarafından verilmelidir.[459] Tutulan kişi, eğer akıl hastası veya çocuk gibi ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi ise bu durumda bilgilendirme, kişinin yasal temsilcisine yapılmalıdır.[460] Öte yandan her halükârda, kişiye yasal temsilcisi yoluyla yapılacak bilgilendirmeler, bu güvenceye uygun sayılmıştır.[461] Özgürlükten yoksun bırakılan kişinin bilgilendirilme hakkı, yasal temsilcilere veya kişinin yakınlarına tutma tedbiri hakkında bilgi verilmesi hakkını içermez.[462]

Anayasa Mahkemesi içtihadında bu bağlamda bir ihlal kararı şimdiye kadar verilmemiştir fakat Mahkeme'nin önüne gelen başvurularda kişinin "anlayabileceği bir dil"de bildirim yapılıp yapılmadığını incelediği görülmektedir.[463]

Ulusal mevzuata baktığımızda, öncelikle Anayasa'nın 19'uncu maddesinde gözaltına alınan kişinin "anlayabileceği bir dilde" bilgilendirilmesi güvencesine yer verilmediği görülmektedir. Buna koşut olarak da CMUK (md. 252) döneminde, sanığın Türkçe bilmemesi durumunda savcının ve müdafiinin son iddia ve savunmalarının sonuçlarının anlaşılmasıyla sınırlı bir tercüman tayini düzenlenmişti. CMK'da (md. 202) ise soruşturma ve kovuşturma aşamasında meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheli için de tercüman bulundurulması düzenlenmiştir. Soruşturma aşamasında çevirmen, hâkim ve savcı tarafından atanacaktır. Bu hükümlerin dar bir şekilcilikle uygulanması durumunda, savcının kişinin tercüman atamasını kişinin karakolda bulunduğu sırada değil, kendi önüne getirildiği zaman yapması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kişinin savcının önüne götürülmesine kadar hakkındaki isnadı öğrenememesi söz konusu olacaktır. Bu ise Anayasa'ya aykırı bir sonuç doğurabilir.

---

459 *X./Birleşik Krallık*, İHAM, 6998/75, 14/05/1977.

460 Ibid., § 106.

461 *Saadi/Birleşik Krallık*, § 84.

462 *X./Danimarka*, İHAM 8828/79, 05/10/1982.

463 *A. S. başvurusu*, § 119.

Bilgilendirme Hakkı Yönünden Sorulması Gereken Sorular
1-) Mevzuatta söz konusu özgürlükten yoksun bırakma durumu için otomatik bilgilendirme düzenlenmiş mi?
2-) Kanunda öngörülen usul ve biçime uyulmuş mu?
3-) Bilgilendirme kısa süre içerisinde yapılmış mı?
4-) Bilgilendirmenin içeriği, özgürlükten yoksun bırakma tedbirine gerektiği gibi itiraz etmeye olanak sağlayacak türde mi?
5-) Bilgilendirme, somutluk ve netlik içerecek şekilde tutanağa bağlanmış mı?
6-) Ülkede konuşulan dili bilmiyorsa tercüme sağlanmış mı?
7-) Tercümanlık faaliyeti yeterli mi?
8-) Çocukluk, engellilik vb. türden durumlar gözetilmiş mi?
9-) Terörle mücadele kapsamındaki suçlarda da aynı usule uyulmuş mu?

B. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİNİN YAKINLARINA HABER VERİLMESİNİ İSTEME HAKKI

Kişinin yakınlarına haber verilmesini isteme hakkı, Sözleşme'nin 5'inci maddesinde açıkça yer alan bir hak değildir. Buna karşın, 1982 Anayasası'nda bu hak açıkça güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın ilk halinde bu hak, "soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında" tanınmışken; 2001 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle birlikte bu kayıt kaldırılmış ve hak, maddenin 6'ncı fıkrasında mutlak hale getirilmiştir:[464]

> "Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir."

Kanunun gerekçesine bakıldığında, değişikliğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde öngörülen esaslar çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına bakıldığında ise Komisyon'un

464 Bkz. 3/10/2001 tarihli ve 4709 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi.

verilen bir kararda özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişinin bilgilendirilme hakkının, yasal temsilcilere veya kişinin yakınlarına tutma tedbiri hakkında bilgi verilmesi hakkını içermediği yönünde bir tespitte bulunduğu görülmektedir.[465] Buna karşın Mahkeme'nin, bu konuyu, tutmanın kanuniliği bünyesinde ele aldığı ve özgürlükten yoksun bırakan hukukun "kalitesi" ile bağlantılı olarak kavradığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, bir kişinin uzun süre boyunca iletişimsiz olarak tutulmasını (*incommunicado detention*), "zorla kaybetme" (*forced disappearance*) olarak ifade edilen risk ile devletin işkence yasağı bağlamında etkili soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerle ilgili olarak sorunlu görmekte ve bu konu, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile de ilişkili olarak kavranmaktadır.[466]

Daha önce de ifade edildiği gibi bir kanunun birtakım niteliklere (*kanunun kalitesi*) sahip olması gerekir. Bu nitelikler kural olarak "ulaşılabilirlik" ve "öngörülebilirlik" şeklinde ifade edilse de kanunun keyfîliğe karşı koruyucular (*safeguards*) içermesini de gerekli kılar. Kişi özgürlüğü ve güvenliği bağlamında bu koruyucular, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, hâkim önüne derhal çıkartılması kadar, doktorlar, avukatlar, akrabalar veya arkadaşlar ile iletişim kurulmasının sağlanmasıdır. Bu koruyucuların bulunmadığı bir tutma, özgürlükten yoksun bırakılmaya neden olan tedbirin, maddi anlamda kanuni olması gerekliliğini de ihlal edebileceği gibi[467], duruma göre işkence konusunda karine üretebilir[468] veya kişinin aile yaşamına saygı hakkını ihlal edebilir.[469] (İHAS md. 8, Anayasa md. 20).

Bu yükümlülük, sadece İnsan Hakları Sözleşmesi'nin değil, aynı zamanda, Türkiye'nin tarafı olduğu BM Medeni ve Siyasal Haklar

465 *X./Danimarka*, İHAM, 8828/79, 05/10/1982.

466 Zorla kaybetme yönünden bkz. Hülya Dinçer, "Kayıpları Görünür Kılmak: Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme", *Hafıza Merkezi*, https://goo.gl/RZ95MS

467 Bkz. *Aksoy/Türkiye*, İHAM, 100/1995/606/694, 18/12/1994, § 84.

468 Bkz. *Elçi ve diğerleri/Türkiye*, § 649.

469 Örn. bkz. *Sarı ve Çolak/Türkiye*, İHAM, 42596/98 42603/98, 04/04/2006, § 37.

Sözleşmesi'nin de gereğidir.[470] BM İnsan Hakları Komitesi'nin 20 no.lu Genel Yorumu'nda da bu konu, şu şekilde ifade edilmiştir:

> "Tutuklanan ve alıkoyulan kişilerin etkili şekilde korunmalarının sağlanması için, resmî olarak isimleri ve adresleri bilinen ve tutma işleminden sorumlu olanların da bilindiği yerlerde tutulmaları gereklidir ve bu bilgiler, aile fertleri ve arkadaşlar da dahil olmak üzere konuyla ilgili olan herkesin ulaşabileceği kayıtlarda yer almalıdır."[471]

Anayasa Mahkemesi önüne, bu bağlamda ihlal iddiaları gelmişse de Mahkeme, bu ihlal iddiasının CMK'nın 141'inci maddesindeki yola başvurulmadan ileri sürülmüş olmasından dolayı, şikâyetleri, başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.[472]

Bu karardan çıkartılabilecek bir sonuç, Anayasa Mahkemesi'nin "kişinin yakınlarına derhal haber verilmesini isteme hakkı"nı "ortak koruma alanı"nda görmüş olmasıdır. Bununla birlikte anılan kararda hakkın unsurları ayrıntılı şekilde açıklanmamıştır. Bu bakımdan bu güvencenin kişi özgürlüğü bünyesinde miyoksa aile yaşamına saygı hakkı bünyesinde mi ele alınacağı şimdilik belirsizdir. Ulusal mevzuatta PVSK'nın md. 13 hükmü yakalama tedbiri yönünden bu güvenceyi sağlar. Bunun yanında esasen CMK md. 95 hükmü "Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir" şeklindedir. Maddenin devam eden fıkrasında da "Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir" denmiştir. Kanunun 107'nci maddesi bu durumu tutuklama yönünden de bazı kayıtlarla birlikte düzenlenmiştir.

---

470 Bkz. Birleşmiş Milletler Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme'nin Türkçe metni: http://tihv.org.tr/butun-kisilerin-zorla-kaybedilmeden-korunmasina-dair-uluslararasi-sozlesme/

471 BM İnsan Hakları Komitesi 20 No.lu Genel Yorum, § 11. Bu konuda bkz. Lema Uyar (der.), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006).

472 Bkz. *Deniz Özfırat başvurusu*, op. cit.; *İzzettin Alpergin başvurusu*, AYM, 2013/385, 14/07/2015; *Ahmet Şanci başvurusu*, AYM, 2012/29, 05/11/2014.

C. ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİNİN DERHAL HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARTILMA HAKKI

Sözleşme'nin md. 5/1(c) hükmüne göre; bir kişinin, suç işlediğinden makul şüphe duyulması üzerine veya suç işlemesini engellemek ya da işledikten sonra kaçmasını önlemek için kendisini tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde, kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla kanuna uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması mümkündür. Maddenin 3'üncü fıkrasında ise bu amaçla gözaltına alınan veya tutulan kişilerin derhal bir hâkim veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm yönünden dikkat çekici nokta, söz konusu hakkın, bütün özgürlükten yoksun bırakılma halleri için değil, sadece suç işlediğinden makul şüphe duyulan ve buna göre md. 5/1(c) hükmünde öngörülen amaçla tutulan kişilere güvence getirmiş olmasıdır.

Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 5'inci fıkrası, Sözleşme'nin md. 5/3 hükmüne koşut ve ona göre daha somutlaştırmış şekilde düzenlenmiştir:

> "Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir."

Şu hâlde söz konusu hakkın, daha ileri bir güvenceyle birlikte ortak koruma alanında olduğu açıktır.

Yakalanan veya gözaltına alınan bir kişinin derhal hâkim önüne çıkartılmasının öncelikli olarak iki temel amacı vardır.

Birincisi, bu hak ile özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik kötü muamelelerden korunmasıdır. Eski bir İnsan Hakları Mahkemesi hâkiminin dikkat çektiği gibi; kötü muamele yöntemleri, duruma göre insanların vücudunda uzun süre kalıcı olan izler bırakmayabileceği için, hâkim önüne çıkartılma hakkı,

polis şiddetinin ve işkencenin mevcut olduğu ülkelerde özel bir önem taşımakta, işkenceye karşı da bir işlev görmektedir.[473] Yine, doktrindeki bir görüşe göre de, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldıktan sonra hâkim önüne çıkartılması, işkence görüp görmediğine ilişkin bir kontrol imkânı sağlayan usûlî bir güvence sağladığı gibi; bu usulün otomatik niteliği, akıl zayıflığı bulunan veya yerel dili konuşamayan kişilerin içinde bulundukları korunmasız durum yönünden de kritiktir.[474] Aynı yaklaşımı paylaşan İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de:

> "Yürütmenin, bireyin özgürlük hakkına müdahalesinin yargısal denetimi, madde 5/3'te bulunan güvencenin yaşamsal bir özelliğidir; keyfîlik riskini en aza indirmeyi amaçlar ve hukukun üstünlüğünü sağlar. (…) Ayrıca, hızlı yargısal müdahale, Sözleşme'de mutlak olarak ve yükümlülük azaltmanın yasaklandığı (…) kötü muamele teşkil eden ciddi eylemlerin saptanmasını ve önlenmesini sağlayabilir."[475]

Ayrıca, bir kişinin uzun süreyle veya uzunluğu belirsiz bir süre boyunca hâkim önüne çıkartılmadan tutulmasının yaratacağı psikolojik etki de insanlık dışı muamele niteliği taşıyabilir. Madde, bu bakımdan Anayasa ve Sözleşme'nin 15'inci maddesinde yer alan çekirdek haklardan sayılan işkence yasağı ile ilişkili bir güvence sağlamaktadır, dolayısıyla olağanüstü hal, savaş vb. durumlarda dahi bu güvenceye uyulması gerekmektedir.

İkincisi; bu hak, zihinsel engelli veya ülkedeki dili bilmeyen kişiler gibi dezavantajlı kişilerin korunması gibi bir amaç taşımaktadır. Bu durumda olan kişilerin, yakalandığı ve gözaltına alındığı hallerde, dertlerini gerektiği gibi anlatamamaları ve mağdurluklarının derinleşmesi olasıdır. Derhal hâkim önüne çıkartılma hakkı, aşağıda değinilecek olan tutmanın hukuksallığının denetimi için başvuru hakkından farklı olarak, kişilerin

---

473 Stefan Trechsel, "Liberty and Security of Person", R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994), s. 333.

474 Harris/ O'Boyle/Bates/ Buckley, ss. 339. Çocuk hakları yönünden de bu değerlendirme yapılabilir. Zira çocuk haklar Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı kategoride yer almaktadır. Bkz. Gemalmaz, s. 43.

475 *Aksoy/Türkiye*, § 76.

başvurusuna tabi bir hak değildir. Yargısal denetim, re'sen yapılmalıdır. Böylelikle, başvuru yapamayacak durumda olan kişiler yönünden dahi güvence sağlanmış olur. Denetimin re'sen yapılması keyfî tutmalara ve yetkilerin kötüye kullanılması olasılığına karşı önemli bir güvencedir.[476]

Bu amaçlara değindikten sonra, şimdi hakkın unsurlarına geçebiliriz. Bu hakkın bünyesinde iki temel unsur bulunmaktadır: Kişi, (a) bir hâkim veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmalıdır, (b) derhal çıkartılmalıdır.

1. Hâkim Önüne Çıkartılma Hakkı

Sözleşme'nin md. 5(3) hükmü, "hâkim veya kanunen yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılma"dan bahsetmektedir. Anayasa ise bu konuda tekil bir belirleme yapmış ve "hâkim önüne çıkartılma" ifadesini kullanmıştır. Maddede geçen "hakim"in ve sahip olduğu yetkilerin taşıması gereken bazı özellikler vardır. Öncelikle hâkimin tarafsız ve bağımsız olması gerekir. Bu nitelikler, özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkı bünyesinde de geçerlidir ve aralarında fark yoktur. Yine bu nitelikler Mahkeme'nin sahip olması gereken yetkiler konusunda da büyük ölçüde benzerdir. Genel bir özetleme yapmak gerekirse; bu aşamada inceleme yapacak hâkimin, özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin kanuna uygun olup olmadığı (örn. kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri) konusunda kapsamlı bir inceleme yetkisine sahip, bu şartların bulunmadığına kanaat getirdiği takdirde kişiyi bağlayıcı bir kararla serbest bırakabilecek, tarafsız ve bağımsız bir hâkim olması gerekir.[477] Bu bağlamda özellikle önem taşıyan nokta, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin kişisel olarak dinlemesidir.[478] Öte yandan, kefalet ile ilgili konuların bu aşamada değil, tutukluluğa itiraz aşamasında incelenmesi mümkündür.[479] Bu farklılık dışında, söz konusu niteliklerle ilgili olarak, o bölüme bakılabilir.[480]

476 *Aquilina/Malta*, İHAM, 25642/94, 19/04/1999, § 49.

477 Ibid., § 52; *Nikolova/Bulgaristan*, İHAM, 31195/96, 25/03/1999, § 49.

478 *Aquilina/Malta*, § 50.

479 *McKay/Birleşik Krallık*, İHAM, 543/03, 03/10/2006, §§ 36 vd.

480 Bkz. aşa. "Yargı Mercii – Mahkeme Kavramı" başlığı.

Burada tutuklamaya karar veren hâkim konusundaki AYM içtihadını, Mahkeme'nin "doğal hâkim" belirlemeleri ışığında aktarabiliriz.

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımına göre doğal hâkim ilkesi, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır.[481] Doğal hâkim ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya hâkimin atanmasına; başka bir anlatımla, sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur. Bununla birlikte kanuni hâkim güvencesi; yeni kurulan mahkemelerin veya kurulu bulunan mahkemelere yeni atanan hâkimlerin, önceden işlenen suçlara ilişkin olarak hiçbir şekilde yargılama yapamayacakları biçiminde anlaşılamaz. Belirli bir olay, kişi veya toplulukla sınırlı olmamak kaydıyla yeni kurulan bir mahkemenin veya kurulu bulunan bir mahkemeye yeni atanan hâkimin kurulma veya atanma tarihinden önce gerçekleşen uyuşmazlıklara bakması kanuni hâkim güvencesine aykırılık teşkil etmez.[482] Bu kapsamda bir kuralın belirli bir suçun işlenmesinden sonra bu suça ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamaması, yürürlüğü müteakip kapsamına giren tüm davalara uygulanması hâlinde doğal hâkim ilkesine aykırılık söz konusu olamaz.[483] Anayasa'nın 9'uncu maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138'inci maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz." Bağımsızlık; mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken yasamaya, yürütmeye, davanın tarafları ile çevreye ve diğer yargı organlarına karşı bağımsız olmasını, onların etkisi altında olmamasını ifade etmektedir.[484] Bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde üyelerinin atanma şekli ve onların görev

481 AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, T. 14/1/2015.

482 AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

483 AYM, E.2009/52, K.2010/16, 21/1/2010.

484 AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir.[485] Mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği Anayasa'nın 138'inci, 139'uncu ve 140'ıncı maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.[486]

Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Öncelikle mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idarî düzenlemelerin, bunların nesnel olarak tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır.[487] Mahkemelerin tarafsızlığını ifade eden ikinci unsur, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin, davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Anayasa ve kanunlar karşısında hâkimlerden beklenen de budur. Aksi yöndeki davranışlar ise hukuk düzenince disiplin ve ceza hukuku alanındaki yaptırımlara tabi kılınmıştır.[488]

Anayasa Mahkemesi, bu belirlemeleri yaptığı *Mustafa Başer ve Metin Özçelik* kararında söz konusu ilkeleri şu şekilde uygulamıştır:

> "Başvurucuların tutuklanmasına karar veren Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görev yapan hâkimler de diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atanmakta ve Anayasa'nın 139'uncu maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunmaktadırlar. Dolayısıyla HSYK tarafından belirli suçlara ilişkin davalara bakmak hususunda

485 *Yaşasın Aslan başvurusu*, AYM, 2013/1134, 16/5/2013, § 28

486 *Tahir Gökatalay başvurusu*, AYM, 2013/1780, 20/3/2014, § 60.

487 AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015.

488 Ibid.

başvurucuların tutuklandıkları tarihlerden önce ihtisas mahkemesi olarak yetki verildiğinden bahisle anılan mahkemenin 'doğal hâkim' ilkesine aykırı olarak kurulduğunun kabulü mümkün olmadığı gibi bu mahkemede görev yapan hâkimlerin Bakırköy Adliyesi'nde bulunan diğer ağır ceza mahkemelerinde görev yapan hâkimlerden, 'mahkemelerin bağımsızlığı' yönünden farklı bir konuma yerleştirilmelerini gerektiren herhangi bir neden de bulunmamaktadır. Öte yandan Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görev yapan hâkimler, diğer tüm hâkimler gibi Anayasa ve kanun hükümlerinde yer alan ve bağımsızlığı öngören ve tarafsızlığı temin eden güvencelere sahiptirler. Bu nedenle anılan mahkemede görev yapan hâkimlerin nesnel açıdan tarafsızlıklarının bulunmadığı ileri sürülemez. Genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve HSYK tarafından ihtisaslaşmanın sağlanabilmesi amacıyla terör suçlarına ilişkin davalara bakmakla yetkilendirilen Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görev yapmakta olan hâkimlerin gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareket ederek, başvuruculara yönelik somut ön yargılı bir işlem ve tutumları gösterilmeksizin ilgili hâkimlerin siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmek mümkündeğildir."[489]

2. Derhal Çıkartılma Hakkı

Sözleşme'nin md. 5/3 hükmünde, gözaltına alınan veya tutulan bir kimsenin derhal bir hâkim veya kanunen yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılacağı ifade edilmiştir. Bu maddede geçen "derhal" ifadesi, İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında genel geçer bir azami süre belirlemesiyle somutlaştırılmış değildir. Doktrinde bu sürenin en fazla 48 saat olması gerektiği yönünde tespitler yapılmıştır.[490] İçtihat da bunu doğrular gibidir.[491] Mahkeme, olağan davalarda 5 gün[492], 6 gün[493]

489 *Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusu*, AYM, 2015/7908, 20/01/2016. Daha önce *Hikmet Kopar ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/14061, 08/04/2015, § 114.

490 Örn. bkz. Elberling, s. 126.

491 *Aquilina/Malta*, § 51.

492 *Koster/Hollanda*, İHAM, 12843/87, 28/11/1991.

493 *De Jong, Baljet ve Van den Brink/Hollanda*, İHAM, 8805/79 8806/79 9242/81, 22/05/1984.

gibi sürelerin "derhal" kavramına uymadığını söylemiştir. Kişilerin asker veya sivil olmalarının bu bağlamda önemi yoktur. Örneğin Mahkeme, çeşitli davalarda, asker kişilerin 5, 11, 12, 16 günlük sürelerle tutulduğu olaylarda gözaltı sürelerinin "derhal" sözcüğünün gerektirdiği süreyi aştığını tespit etmiştir.[494] Terörle mücadele kapsamındaki suçlar yönünden ise biraz daha esnek bir yaklaşım sergilenmiştir. Fakat böyle hallerde dahi 4 günü aşan süreler, "derhal" kavramına uygun görülmemiştir.[495] Bununla birlikte, bazı özel koşullarda bu süre, olayın koşullarına göre ve fiziksel imkânsızlıklardan ötürü esneyebilmektedir. Örneğin *Medvedev ve diğerleri/Fransa* kararında başvurucular, açık denizde Kamboçya bandıralı bir gemide uyuşturucu kaçakçılığı şüphesiyle durdurulmuşlar ve hava şartlarının da etkisiyle ancak 13 gün sonra Fransa'ya varmışlar ve gözaltına alınmışlardır. Başvurucuların bir hâkimin önüne getirilmelerinden önce gözaltında kaldıkları süre, Fransa'ya varmalarından itibaren sekiz ile dokuz saat arası sürmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi, bu süreyi "derhal" kavramının içinde görmüştür.[496] Buna karşın Mahkeme yine açık denizde Fransız makamlarınca yakalanan ve 6 gün 16 saat boyunca özgürlüklerinden alıkonan başvurucuların Fransa'ya ulaşmalarının ardından derhal hâkim karşısına çıkarılmayıp, yine gözaltına alınmalarını 5'inci maddenin 3'üncü fıkrasına aykırı bulmuştur.[497] Birbirine çok benzer gibi görünen iki özgürlükten alıkoyma olayından daha kısa süreninin Sözleşme'ye aykırı bulunması ilk bakışta bir tutarsızlık gibi görünebilir. Ancak bu iki benzer davada iki farklı sonucun ortaya çıkması esasen Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumlarken sadece özgürlükten alıkonma anından itibaren geçen süreyi değil, onunla beraber ilgili yerel makamların gösterdikleri özeni inceleme yöntemini ortaya koyması bakımından da ilginçtir. Benzer şekilde *Kiril Zlatkov Kikolov/Fransa* kararında da uluslararası bir fuhuş ağına karşı başlatılan operasyon kapsamında Almanya'da gözaltına alınan başvurucunun Fransız yetkililere teslim edilmesinden 3 gün 23 saat 11 dakika sonra hâkim önüne çıkartılması, söz konusu

494 Doğru, ss. 396-396.

495 *Brogan/diğerleri/Birleşik Krallık*, § 61.

496 *Medvedev ve diğerleri/Fransa*, §§ 130-134.

497 *Hassan ve diğerleri/Fransa*, §§ 86-104.

sürenin ulusal hukuktaki azami süreyle uyumlu olması ve 500 kilometre mesafelik transferin kış mevsiminde gerçekleşmesi ve hava koşullarının yolda geçen süreyi uzatması gerekçesiyle Sözleşme ile uyumlu görülmüştür.[498]

Olağanüstü dönemlerde ise sürenin daha da esnemesi mümkün olabilir fakat böyle hallerde bile kişinin iletişimsiz (*incommunicado*) olarak 14 gün tutulması, ihlal olarak görülmüştür.[499] Bu konuya aşağıda yeniden dönülecektir.[500]

Anayasa'nın md. 19/5 hükmünde "derhal" sözcüğüne yer verilmemiş, bunun yerine açıkça süreler düzenlenmiştir. Bu süre, yakalanan veya tutuklanan kişilerin tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat olarak öngörülmüştür. Öte yandan söz konusu sürenin, toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün olduğu görülmektedir. Bu belirleme, Strazburg içtihatları ile uyumludur. Ne var ki bu sürelerin "açık çek" gibi algılanmaması, kişilerin daha kısa sürede hâkim önüne çıkartılması mümkün olmasına rağmen ve özel bir durum bulunmamasına rağmen bekletilmesi, ihlal yaratabilir. Örneğin Türkiye'ye karşı verilen *İpek ve diğerleri/Türkiye* kararında, 16 yaşından küçük başvurucular, kanunun izin verdiği süreden önce (3 gün 9 saat sonra) hâkim önüne çıkarılmış olmalarına rağmen; Mahkeme, başvurucuların çocuk olmaları, koruyuculardan yoksun bırakılmaları ve özel bir neden olmamasına rağmen polis tarafından ifadelerinin yakalanmalarından 2 gün sonra alınmış olmasını dikkate alarak, ihlal kararı vermiştir.[501]

Anayasa'da olağan dönemler için öngörülen 48 saatlik süre, CMK'da daraltılmış ve daha güvenceli hale getirilmiştir. CMK md. 91/1 hükmünün konuyla ilgili kısmı şu şekildedir:

> "Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren

498 *Kiril Zlatkov Kikolov/Fransa*, İHAM, 70474/11, 10/11/2016, §§ 52-53.

499 *Aksoy/Türkiye*, op. cit.

500 Bkz. aşa. "Olağanüstü Hal Zamanlarında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı" başlığı.

501 *İpek ve diğerleri/Türkiye*, §§ 36-37. Aynı yönde bkz. *Kandzhov/Bulgaristan*, İHAM, 68294/01, 06/11/2008.

> yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz."

Toplu suçlar yönünden ise söz konusu süre daha esnektir. Maddenin 3'üncü fıkrası şu şekildedir:

> "Delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir."

Bunların yanında 6'ncı fıkrada, söz konusu sürelerin sonunda ne yapılacağı düzenlenmiştir:

> "Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur."

Bu düzenlemede öngörülen süreler, Anayasa'daki azami süreyi aşmadığı ve güvenceyi geliştirdiği için Anayasa'ya uygundur. Özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin kanuna uygun olması gereği sebebiyle, Anayasa Mahkemesi denetiminde bu süreleri esas almak durumundadır. Öte yandan gözaltı süresinin uzatılması yönündeki kararın da kanunda öngörülen koşullara uygun olup olmadığı, kanunilik incelemesi yönünden önem taşır. Böyle koşulların olmadığı hallerde tutmanın keyfî olduğu tespiti yapılmalıdır.

Kanunun öngördüğü süreleri aşan bir gözaltı söz konusu olduğunda, bu durumun tutmanın kanuniliği yönünden mi yoksa derhal hâkim önüne çıkartılma hakkı yönünden mi sorun yarattığı sorusu akla gelebilir. Böyle bir durumda, meselenin kişi özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanuniliği yönünden incelenmesi gerekir. Hukuka uygun olmakla birlikte söz konusu hukukun "derhal" hükmüne uygun olmadığı hallerde, ihlal iddiası derhal hâkim önüne çıkartılma hakkı yönünden ele alınacaktır.

Derhal Hâkim Önüne Çıkartılma Hakkı Yönünden Sorulması Gereken Sorular
1-) Hâkim/mahkeme önüne çıkartma işlemi re'sen gerçekleşmiş mi?
2-) Kişi, gözaltı süresinin sonuna kadar keyfî olarak bekletilmiş mi?
3-) Gözaltı süreleri için öngörülen azami süre aşılmış mı?
4-) Gözaltı sonrasında kişinin önüne çıkartıldığı hâkim/mahkeme, tarafsızlık ve bağımsızlık koşullarını sağlıyor mu?
5-) Hâkimin salıverme yetkisi var mı?

D. TUTUKLULARIN MAKUL SÜREDE SALIVERİLME HAKKI

Sözleşme'nin md. 5/3 hükmü suç şüphesiyle tutulan kişilerin "makul bir süre içinde yargılanma veya yargılama süresince salıverilme hakkı"nı düzenlemiştir. Anayasa'nın md. 19/7 hükmünde "bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, makul sürede yargılanma ve soruşturma veya kovuşturma sonrasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip" olduğu düzenlenmiştir. CMK md. 104 de "Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir" şeklinde bir hüküm içermektedir. Bu hükümler bir kesişimi ifade eder.

Bu konuda bilinmesi gereken iki önemli nokta vardır.

Birincisi; Sözleşme sisteminde makul sürede salıverilme hakkı, sadece suç şüphesiyle tutulan kişilere güvence getirmektedir. Suç şüphesi altındaki bir kişinin derhal hâkim önüne çıkartılmasından sonra tutulmasına devam edilmesi durumunda "tutuklu" olacağı için söz konusu güvenceye "tutukluların makul sürede salıverilme hakkı"denebilir. Nitekim Anayasa'da bu terminolojiyi kabul etmiştir. Dolayısıyla özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmakla birlikte **tutulma nedenleri "suç şüphesi" olmayan kişiler** (örneğin mahkûmlar veya akıl hastalığı, ülkeye izinsiz giriş vb. nedenlerle tutulanlar) makul sürede salıverilme hakkınınsağladığı güvenceden yararlanamazlar.

İkincisi; Sözleşme metnine bakıldığında md. 5/3 hükmünün birbirinden bağımsız ve birbirinin alternatifi olan iki bağımsız hakkı düzenlediği düşünülebilir. İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür bir "saf sözel yorum"u reddetmiştir. Maddenin getirdiği güvencenin "tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı" olduğunu ortaya koymuştur. Söz konusu hükümde, **makul süreyi aşmaması gereken şeyin** yargılama değil, sanıkların tutukluluğu olduğuna işaret edilmiştir.[502]

Anayasa Mahkemesi de kural olarak bu yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme'ye göre; "Anayasa'nın md. 19/7 hükmünde güvence altına alınan 'makul sürede yargılanmayı' ve 'serbest bırakılmayı' isteme hakları, birbirinin alternatifi değil, tamamlayıcısıdır."[503]

Üçüncüsü; tutuklama süresinin makullüğüne ilişkin güvencenin ihlali, davanın sonunda verilecek bir mahkûmiyet kararıyla haklı hale gelmez.[504] Kişinin mahkûm edilmiş olması veya davanın sonunda ilgili ve yeterli gerekçe sunulmuş olması, uzun süren tutukluluğu ve bu tutuklama kararlarının keyfîliği/gerekçesizliği sorunu bağlamında ortaya çıkan ihlalleri ortadan kaldırmaz. Bu bağlamda, tutukluluk sürelerinin hükmedilen cezadan mahsup edilmesi önemlidir. Bu koşul sağlanmışsa ve kişinin maddi ve manevi zararları tazmin edilmiş ise mağduriyetinin giderildiği düşünülebilir.[505]

Dördüncüsü; zorunlu tutukluluk veya tutukluluğun kendiliğinden uzaması gibi usuller Sözleşme ve Anayasa ile uyumsuzdur.[506] Öte yandan, tutuklanan kişiye salıverilmesini haklı kılan nedenlerin varlığını gösterme ödevi yüklenemez.[507] Çünkü tutuksuz yargılama kural, tutukluluk istisnadır.[508]

---

502 *Wemhoff/Almanya*, § 5.

503 *Halas Aslan başvurusu*, § 66.

504 *Ringreisen/Avusturya*, İHAM, 2614/65, 16/0/1971, § 21.

505 Dörr, s. 585.

506 *Tase/Romanya*, İHAM, 29761/02, 10/06/2008, § 40.

507 *Bykov/Rusya*, İHAM, 4378/02, 10/03/2009, § 64.

508 Bu, farklı bağlamlarda da geçerli olan bir kuraldır. Örneğin kişinin akıl hastanesinde tedavisini gerektiren bir zihinsel rahatsızlık içinde olmadığını ispatlamasını gerekli kılan hüküm (zorunlu tutuma) ihlâl yaratır. *Hutchinson Reid/Birleşik Krallık*, İHAM, 50272/99, 03/11/2008, §§ 69-73.

1. Sürenin Hesaplanması

Suç şüphesiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin makul süre içinde yargılanmayı isteme haklarının içeriğinin belirlenebilmesi için öncelikle sürenin tespit edilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, makul sürenin hesaplanmasında **sürenin başlangıcını**, başvurucunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih; doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklanma tarihi olarak kabul etmektedir. **Sürenin sonunu** ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarih olarak kabul etmektedir. Ancak bu yönde bir başvuru yapmak için sürenin sonunu beklemeye gerek bulunmamaktadır. Kişiler, tutukluluk sürelerinin makul olmaktan çıktığına kanaat getirdikleri her an bireysel başvuruda bulunabilirler.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, sürenin hesaplanmasına ilişkin üzerinde durulması gereken iki önemli konu bulunmaktadır. Bunlar "hükmen tutukluluk" ve "tutukluluk süresinde azami sınırlar" konularıdır.

a. Makul Süre ve "Hükmen Tutukluluk"

Makul sürenin hesaplanmasında **sürenin sonunun** kural olarak kişinin serbest bırakıldığı veya ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verildiği tarih olduğu söylenmişti. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı uyarınca, temyiz aşamasında geçen süreler, tutukluluk süresinin değerlendirmesinde dikkate alınmamaktadır. Yani makul süre hesabı ilk derece mahkemesinin son kararına kadar geçen süreyle sınırlıdır. Buna karşın; olur da temyiz incelemesi sonucunda bir bozma kararı verilirse kişinin durumu tekrar "suç isnadına bağlı tutma"ya dönüşeceği için bu süre dikkate alınmaktadır.[509]

İnsan Hakları Mahkemesi, 1968 yılındaki bir içtihadından bu yana, kişinin tutulması süresinin makullüğünü değerlendirirken kişinin gözaltına alındığı tarihten, davaya bakan derece mahkemesinin beraat veya mahkûmiyet kararı verdiği tarihe kadar ki süreci hesaba katmaktadır.[510]

509 *Savaş Çetinkaya başvurusu*, AYM, 2012/1303, 21/11/2013, § 42.

510 Bkz. *Wemhoff/Almanya*, § 9.

Yani hükümden sonra, temyiz aşamasındaki tutukluluk veya Yargıtay'ın terminolojisini kullanacak olursak "hüküm özlü tutukluluk" bu hesaba dahil değildir. İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu aşamadaki tutukluluklar, artık sonuçlanmış bir mahkeme kararına dayalıdır ve farklı değerlendirilmelidir.[511] Bu bağlamda uygulanan tutma tedbiri artık Sözleşme'nin md. 5/1(a) hükmü kapsamında değerlendirilir. Olur da temyiz mahkemesi, derece mahkemesinin kararını bozarsa ve fakat kişi tutulmaya devam ediliyorsa, bu durumda dosyanın ilk derece mahkemesinin önüne gelmesiyle birlikte tutukluluğun yeniden başladığı kabul edilmektedir. Tutukluluk süresi yönünden de ilk derece mahkemesi kararına kadarki süreye bu aşamadan sonraki süre eklenmektedir.[512] Bununla beraber hatırlatmak gerekir ki İnsan Hakları Mahkemesi *Idalov/Rusya* kararında birden fazla tutukluluk aşamasının bulunduğu yargılamalarda her bir tutukluluk süresinin sona ermesini müteakip 6 aylık dava açma süresinin başlayacağını hükme bağlamıştır.[513]

İnsan Hakları Mahkemesi'nin tutukluluk süresinin nasıl hesaplanacağına ilişkin bu yaklaşımı, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesi, tutukluluk sürelerini hesaplarken, derece mahkemesi önündeki süreci hesaba katmakta, fakat Yargıtay önündeki "hüküm özlü tutukluluk" sürecini dikkate almamaktadır. Bu durum, Yargıtay'ın derece mahkemesinin kararını bozması durumunda, ilk karara kadarki tutukluluk ile bozmadan sonraki tutukluluk sürelerin toplanması, fakat aradaki Yargıtay önündeki sürecin hesap dışı kalması gibi ilginç sonuçlar ortaya çıkartmaktadır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi önüne gelen bazı davalarda, başvurucuların Yargıtay önündeki tutuklama süreleri, hükümden önceki tutukluluk sürelerini aşabilmekte, hatta hüküm öncesi tutukluluk sürelerinin neredeyse üç-dört katına kadar çıkabilmektedir.[514] Buna rağmen Mahkeme, Yargıtay

511 Ibid.

512 Bkz. *Solmaz/Türkiye*, İHAM, 27561/02, 16/01/2007, §§ 36-37.

513 *Idalov/Rusya*, İHAM, 5826/03, 22/05/2012, § 135.

514 Örn. bkz. *Ahmet Çakar ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/1519, 25/02/2015: Hükme kadar 1 yıl 1 ay tutukluluk, halen temyiz aşamasında geçen 3 yıl 1 aylık tutukluluk; *Bayram Demirbilek başvurusu*, AYM, 2014/1125, 10/12/2014: Hükme kadar 1 yıl süren tutukluluk, halen temyiz aşamasında geçen toplam 4 yıl 4 aylık tutukluluk. *Eyüp Karul*

önündeki tutukluluk sürelerini, uzun tutukluluk hesabına katmamakta, başvurucuların -Yargıtay önündekiler de dahil edildiğinde- toplam tutukluluk süresi 5 yılı geçmiş olsa dahi bu durum, 19'uncu maddeye aykırı görülmemektedir. Örneğin *Murat Aksu* kararında başvurucunun tutuklanması ile mahkûmiyet hükmüne kadarki tutukluluk süresi 1 yıl 10 ay olmasına rağmen, Yargıtay önündeki süreçteki "hüküm özlü tutuklama" süresi 3 yıl 6 aydır. Yani toplamda başvurucu 5 yıldan uzun süre tutuklu kalmıştır, fakat Mahkeme, Yargıtay önündeki süreyi hesaba katmadığı için, bu ihlal iddiası yönünden açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verebilmiştir.

Bu yaklaşım, doktrinde sert eleştirilere konu olmuştur.[515]Eleştirilerin temeli ulusal hukukta Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CHTİK) md. 4'de yer alan "mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz" ve CMK md. 293/1'de yer alan "süresi içinde yapılan temyiz başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller" hükümleridir. Yani ulusal hukuk, cezanın kesinleşmesi aşamasına kadarki tutma biçimini tutukluluk olarak görmektedir. Ayrıca TCK md. 63 uyarınca da "hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün hâller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir." Söz konusu sürelerden biri de "tutukluluk" süreleridir. Hâl böyleyken ulusal hukuktaki tutukluluk süresinin hükme kadar olduğu, bu nedenle de tutmanın kanuniliği ilkesi uyarınca bu kriterin esas alınması gerekir. Ayrıca, Sözleşme'nin 53'üncü maddesi uyarınca da Sözleşme'nin iç hukuktaki daha ileri güvencelerin daraltılmasını yasaklıyor olması bu tespiti destekler.

---

başvurusu, AYM, 2014/2321, 26/10/2016: Hükme kadar 2 yıl 3 ay süren tutukluluk, temyiz aşamasında geçen 3 yıl 3 aylık tutukluluk; *Lokman Gönül ve Mehmet Emin Gürgil başvurusu*, AYM, 2013/2254, 15/10/2015: Hükme kadar toplam 1 yıl 11 ay süren tutukluluk, temyiz aşamasında geçen 3 yıl 9 aylık tutukluluk.

515 Bu yaklaşımının eleştirisi için bkz. Muharrem Özen/Devrim Güngör/Güneş Okuyucu Ergün, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2010/4, ss. 182 vd.; Murat Balcı, "Tutukluluk Süreleri ve Temyiz Aşaması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 86, 2011, ss. 35 vd.; Ece Göztepe, "Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Türkei: Eine Zwischenbilanz (2012-2014)" *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, B. 63, 2015, ss. 525; Hasan Sınar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2016), ss. 330 vd.

Bu eleştirilere rağmen AYM kararlarında, bu içtihattan dönüleceğine yönelik bir emare yoktur.

Bu içtihada, dolaylı olarak katkı sunan bir yaklaşım ise *MehmetİlkerBaşbuğ* kararında geliştirilmiştir. Bu olayda, derece mahkemesi başvurucu hakkında bir hüküm vermiş olmasına rağmen, hüküm tarihinden itibaren 7 ayı aşan bir süre boyunca gerekçeli karar dosyaya konulmamış ve başvurucu bu nedenle temyiz başvurusunda bulunamamıştır. Mahkeme'ye göre ilk derece mahkemesinde yargılamanın sona erdiği davada temyiz incelemesinin yapılabilmesi için öncelikle gerekçeli kararın dava dosyasına konulması, sonrasında temyiz talebinde bulunan tarafların açıklanan hükme dayanak teşkil eden gerekçeye ilişkin varsa itirazlarını bildirme imkânına sahip olmaları gerekmektedir.[516] Anayasa Mahkemesi, bu spesifik olayda, özen yükümlülüğünü, hükümden sonraki süreç yönünden de geçerli görmüştür.[517] Yani söz konusu olayda CMK'nın 232'nci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki "hükmün gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konur" hükmüne uyulmaması, özel bir ihlal durumu üretmiş ve hüküm verilen kararlar yönünden de bu bağlamda değerlendirme yapılabilmesine kapı aralanmıştır. Ne var ki Mahkeme'nin bu özgün açılımının sınırları *Azize Yağız ve diğerleri* kararında, somut olayın koşullarına özgü değerlendirmelerle çizilmiş bu açılımı ileriye taşıyamamıştır.[518]

b. Makul Süre ve "Azami Sınırlar"

Türkiye'de ceza muhakemesi hukukunda, özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için bir takım azami sınırlar öngörülmüştür. Uygulamada, gözaltı veya tutukluluk konusundaki kanunî azami sınırlar, "açık çek" gibi algılanmakta; uygulamacılar, her halükârda bu süre boyunca kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakabilecekleri gibi bir algıya kapılmaktadırlar. Oysa gerekli koşulları yoksa, kişi gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin üst

516 *Mehmet İlker Başbuğ başvurusu*, § 72.

517 Ibid., §64. Aynı yönde bkz. *Veli Küçük başvurusu*, AYM, 2013/6099, 16/7/2014.

518 *Azize Yağız ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/5475, 17/11/2016, §§ 45-48.

sınırına kadar tutulmaya devam edilemez. Gözaltında veya tutuklulukta özen yükümlülüğüne uygun hareket edilmeli, bu tedbirler, bir tür cezalandırmanın veya keyfîliğin dayanağı haline getirilmemelidir. Bu bakımdan örneğin koşullara göre 5 buçuk aylık bir tutuklama dahi makul görülmeyebilir.[519]

Gözaltı sırasında özen yükümlülüğüne uyulmaması veya özen gösterilmekle birlikte, ilgili kanunun öngördüğü sürelerin aşıldığı hallerde uzun gözaltı süresi de bu hak bünyesinde ihlaleyol açabilir. Bu konuda henüz bir ihlal kararı verilmemiştir. *Aziz Yıldırım* başvurusunda müdahalenin kritik tarih olan 23/09/2012 tarihinden önce gerçekleşmiş, *Hikmet Kopar ve diğerleri* başvurusunda ise CMK md. 141 yoluna başvurulmamış olmasından dolayı davanın esasına girilememiştir.[520]

Tutukluluk konusunda ise çok sayıda içtihat mevcuttur; hatta bunlar 19'uncu maddeye ilişkin kararların çoğunluğunu oluşturmaktadırlar.

Tutukluluk süresiyle ilgili bir üst sınır ise kanuni olarak vardır. CMK'nın 102'inci maddesine göre:

> "(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.
>
> (2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.
>
> (3) Bu maddede öngörülen uzatma kararları, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafiinin görüşleri alındıktan sonra verilir."

Bu hüküm uyarınca ağır ceza mahkemesine girmeyen haller yönünden uzatmalarla birlikte 1 buçuk yıl; ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise uzatmalarla birlikte 5 yıldır. Bu bağlamda uygulamada ortaya çıkan sorun, sanıkların birden fazla suçtan dolayı yargılandığı hallerde bu

519 Örn. bkz. *Nikolov/Bulgaristan*, § 75.

520 *Hikmet Kopar ve diğerleri başvurusu*, op. cit.

sürenin her bir suç için ayrı ayrı mı yoksa birlikte mi hesaba katılacağı olmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki ilke kararı şu şekildedir:

> "5271 sayılı Kanun'un 102'inci maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami kanuni süreler düzenlenmiştir. Madde metninde, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Bireyler hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Suç ve sanık sayısı, davanın karmaşık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınmaları mümkün değildir. Normun lafzı ve amacı, tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 Sayılı Kanun'un 102'inci maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir."[521]

Tutuklulukta azami süre konusundaki bir diğer sorunlu alan ise Terörle Mücadele Kanunu'dur. Kanun'un 10'uncu maddesine 2012 yılında eklenen bir hüküm uyarınca, bazı suçlar yönünden azami tutuklama süresinin iki kat olarak uygulanacağı öngörülmüştü. Bu değişiklik, azami tutukluluk süresinin bazı suçlar yönünden 10 yıl olarak uygulanması olasılığını gündeme getirmişti.[522] Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi 2013 yılında yaptığı bir soyut norm denetiminde, bu sürenin "demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemeyecek kadar uzun olduğu, bu yönüyle

521 *Murat Narman başvurusu*, § 49.

522 *Veli Küçük başvurusu*, § 34-35.

kuralda tutuklamanın adeta bir ceza olarak uygulanabilmesine imkân tanınarak, tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen hukukî yarar ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı arasındaki makul dengenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı aleyhine bozulmasına neden olunduğu" gerekçesiyle iptal etti.[523] Dolayısıyla bu suçlar yönünden de azami tutukluluk süresinin 5 yıl olarak uygulanması söz konusu hale geldi. Bununla birlikte, normun yürürlüğe girmesiyle iptali arasındaki süreçte 5 yılı aşan tutuklulukların "kanuni" olup olmadığı sorusu gündeme geldi. Bu sorunun tartışıldığı *Veli Küçük* başvurusunda Mahkeme, iptal kararını geriye yürütmedi ve tutmanın normun yürürlükte olduğu süreçte kanuni olduğu gerekçesiyle, ihlal iddiasını bu nokta yönünden reddetti.[524]

Bugün, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar yönünden 7 yıl (OHAL KHK'sı gereğidir), ağır ceza mahkemesi önündeki diğer işler yönünden 5 yıl, diğerleri yönünden ise 1 buçuk yıl, kanuni azami tutukluluk süresidir. Anayasa Mahkemesi, azami tutukluluk sürelerini geçen tutukluluklar yönünden "kanunilik" unsuru dikkate alınarak, otomatik olarak ihlal kararı vermektedir. Ancak bu durum, azami tutukluluk süresinin altındaki tutukluluklarda ihlal kararı verilmeyeceği anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesi, çeşitli davalarda tutukluluk süresi henüz beş yılı geçmemiş olmasına rağmen, somut olayın koşullarını dikkate alarak ihlal kararları vermiştir.[525] Kamuoyunca da yakından takip edilen olaylardan örnekleyecek olursak; mesela *Mustafa Ali Balbay*[526], *Faysal Sarıyıldız*[527], *Mehmet Haberal*[528], *İbrahim Ayhan*[529] *başvurularında uzun tutukluluk ihlalleri, azami tutukluluk süresi aşılmamış olmasına rağmen verilmiştir.*

523 AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04/07/2013.

524 *Veli Küçük başvurusu*, § 42.

525 Örn. bkz. *Mehmet Haberal başvurusu*, op. cit; *Faysal Sarıyıldız başvurusu*, AYM, 2014/9, 03/01/2014.

526 *Mustafa Ali Balbay başvurusu*, op. cit.

527 *Faysal Sarıyıldız başvurusu*, op. cit.

528 *Mehmet Haberal başvurusu*, op. cit.

529 *Halil İbrahim Aydın ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/483, 19/11/2014.

2. Makul Süre ve Gerekçe İlişkisi

Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kişinin tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her **davanın kendi özelliklerine göre ve somut olayın koşullarına** göre değerlendirilmelidir.[530]

Başka bir deyişle makullük değerlendirmesi, sadece matematiksel bir konu değildir. Öyle ki İnsan Hakları Mahkemesi'nce, somut olayın koşullarına göre 48 günlük[531] veya 5 buçuk aylık[532] tutuklamalar makul süre içinde görülmemişken, 4 yıl 3 ay süren bir tutukluluk[533] makul süre içinde görülebilmiştir.[534] Birbirine yakın süreler yönünden de durum benzerdir. Mahkeme 2 yıl 7 aylık bir tutuklamayı[535] makul süre içinde sayabilmişken, 2 yıl 3 aylık bir tutuklamayı[536] makul süre içinde görmemiştir.[537] Benzer durum Anayasa Mahkemesi yönünden de geçerlidir. Gerçi Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı tarandığında, Mahkeme'nin –İnsan Hakları Mahkemesi gibi- "genellikle" 2 yılın altında kalan süreli tutuklamalar hakkında uzun tutukluluk gerekçesiyle ihlal kararı vermediği gözlemlenmektedir. Fakat bu kategorik bir yaklaşım değildir, somut olayın koşullarına göre Anayasa Mahkemesi önünde de ihlal çıkabilir. Örneğin *Oğuz Okuyucu* kararında başvurucunun üçüncü kişilerden ele geçirilmiş ve suçlamanın temelini teşkil eden esaslı delillere ulaşamadığı, dolayısıyla etkili şekilde serbest bırakılma talebini iletemediği bir ortamda yaklaşık 1 yıl 7 ay 15 gün süreyle tutuklu bırakılması, uzun tutukluluk yönünden de ihlal nedeni olarak görülmüştür.[538] *Yavuz Pehlivan ve diğerleri* kararında da başvurucuların 1 yıl 2 aydan 1 yıl 9 aya kadar

530 *Murat Narman başvurusu*, § 61.
531 *Nart/Türkiye*, İHAM, 20817/04, 06/05/2008, §§ 28-35.
532 *Becciev/Moldova*, İHAM, 9190/03, 04/10/2005, §§ 53-64.
533 *W./İsviçre*, İHAM, 14379/88, 26/01/1993, §§ 29-43.
534 Doğru/Nalbant, s. 400.
535 *Labita/İtalya*, § 164
536 *Grisez/Belçika*, İHAM, 35776/97, 26/09/2002, § 53.
537 Kararlar için bkz. Dörr, s. 582, dn. 174.
538 *Oğuz Okuyucu başvurusu*, AYM, 2013/5576, 02/12/2015.

değişen sürelerle tutuklukları makul olarak görülmemiştir.[539] Buna karşın *Hüseyin Burçak* kararında 4 yıl 8 aylık bir tutukluluk süresi bile makul olarak görülebilmiştir.[540] Bu değerlendirmelerde Mahkeme, kural olarak tutuklama kararlarının gerekçelerine odaklanmaktadır. Bu bakımdan anılan türden değerlendirmelerin yapılabilmesi için, gerekçelerde bulunması gereken bazı özellikler vardır.

a. İlgili ve Yeterli Gerekçe Gerekliliği

Somut olayın koşullarının değerlendirilebilmesi için hem İnsan Hakları Mahkemesi'nin hem de Anayasa Mahkemesi'nin odaklandıkları başlıca unsur, tutuklama ve tutuklamaya devam kararlarının gerekçeleridir. Her iki mahkemenin de dava dosyasının içeriğini inceleme yükümlülüğü yoktur. Tutuklamaya dayanak olan karar gerekçesinin, salıvermenin lehine ve aleyhine argümanları içerecek şekilde, objektif bir gözlemciyi ikna edecek açıklıkta, tutukluluğu haklı kılan konuyla **"ilgili" ve "yeterli"** açıklamalar yoluyla ikna edici şekilde ortaya konulması gerekmektedir.[541] Gerekçede gösterilmeyen ek tutuklama nedenlerinin Strazburg önünde ileri sürülmesi mümkün değildir, yani tutuklamanın nedenleri dosya içeriğinden değil, gerekçeden anlaşılır. Ayrıca bu bağlamdaki ispat külfeti, (tutuklamanın gerekmediği anlamında) başvurucuda değil, (tutukluluğun gerekli olduğunu ortaya koymak anlamında) kamu gücünün üzerindedir.[542]

Bunun sağlanabilmesi ise tutuklamaya neden olan dayanakların olabildiğince somutlaştırılmasını ve kişiselleştirilmesini gerektirir.[543] Aslında bu, CMK'nın, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesini öngören 101'inci maddesinin de bir gereğidir.[544] Söz konusu

539 Bkz. *Yavuz Pehlivan ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/2312, 04/06/2015, §§ 88 vd.

540 *Hüseyin Burçak başvurusu*, AYM, 03/02/2016, § 63.

541 *Murat Narman başvurusu*, § 63.

542 *Ilijkov/Bulgaristan*, İHAM, 33977/96, 26/07/2001, § 85.

543 *Hanefi Avcı başvurusu*, § 84.

544 Ibid., §§ 74-75.

güvence, tarafların hâkim tarafından dinlendiğini gösterme, bu karara karşı itiraz etme olanağı sunma, itiraz edilen kararın denetlenmesini sağlama ve adaletin işleyişinin halk tarafından denetimi gibi işlevler gösterir.[545]

Anayasa Mahkemesi'nin de Strazburg organlarından ilham alarak ifade ettiği gibi:

> "Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Anayasa'nın 38'inci maddesinde 'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz' şeklinde ifadesini bulan masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir. Bu nedenle bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını gözetmek, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi ile serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir."[546]

Mahkeme, bu konuda Anayasa'nın md. 19 hükmünden hareketle tutuklama tedbirine, bir ön şart olarak kişilerin suçluluğu hakkında **kuvvetli belirti** bulunmasının yanısıra bu kişilerin **kaçmalarını**, **delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek** maksadıyla başvurulabileceğini ifade etmiştir.[547] Anayasa Mahkemesi de, tıpkı Strazburg organları gibi, bu ölçütlerin yanı sıra, daha düşük düzeyde tedbirlerle amacın gerçekleşebilmesinin mümkün olup olmadığını, yani tutuklama tedbirinin ölçülülüğünü de incelemektedir.[548] Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımının Strazburg organlarından farklı olarak normatif bir dayanağı vardır:

---

545 *Suominen/Finlandiya*, İHAM, 37801/97, 01/07/2003, § 37.

546 *Mustafa Ali Balbay başvurusu*, AYM, 2012/1272, 04/12/2013, §§ 103. Daha önceden *Ahmet Soysal başvurusu*, AYM, 2012/237, 26/03/2013, §§ 61-62.

547 *Murat Narman başvurusu*, § 63.

548 *Halas Aslan başvurusu*, §§ 63 vd.

> "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilirler."

Bu normatif dayanaktan hareketle somut olayda ilgili ve yeterli gerekçenin olup olmadığına yönelik incelemenin şu sıralamayla yapıldığı söylenebilir.

(i) Kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti var mı?

(ii) Kişinin kaçma veya delilleri yok etme veya delilleri değiştirme olasılığı var mı?

(iii) Tutuklama tedbirine başvurulması ölçülü mü?

Bu kriterlerdenkuvvetli belirti konusunayukarıda değinilmişti.[549] Ancak burada ilkesel bazı tespitlere değinilebilir.

Kuvvetli suç şüphesi, tutuklama için bir ön şart olarak kabul edilmektedir. Bu koşul, tutukluluğun her aşamasında mevcut olmalıdır. Yani bu şart, diğer tutuklama nedenlerine alternatif değildir. Bu bakımdan her aşamada varlığı gerekçelendirilmelidir. Tutukluluğun herhangi bir aşamasında kişinin tutuklu olduğu suç yönünden kuvvetli suç şüphesini gösteren olgular ortadan kalkmışsa artık tutmanın meşru bir amacının bulunduğu söylenemeyecektir. Anayasa Mahkemesi, başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir. Buna karşın Mahkeme, soruşturma/kovuşturma süreci ilerledikçe kişi hakkındaki suç şüphesini doğrulayacak ya da ortadan kaldıracak delillere erişileceğini varsaymaktadır. Bu nedenle belirli bir süre geçtikten sonraki tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda Mahkeme, kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun somut olgularla birlikte açıklanmasını arar.[550]

Kuvvetli suç şüphesinin yanında bulunması gereken tutuklama nedenleri yönünden ise Mahkeme, bunların başlangıçta belli

549 Bkz. Yuk. "Suç İşlediğine İlişkin Makul Şüphe Bulunan Kişinin Yetkili Adlî Merci Önüne Çıkartılması Amacı" başlığı

550 *Halas Aslan başvurusu*, § 76.

bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiği kanaatindedir.[551]

Delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacı başlangıçta nispeten daha soyut olarak belirtilebilecekse de soruşturma/kovuşturma sürecinde deliller toplandıkça artık delillere etki edilebilmesi olanağı ortadan kalkmakta veya zorlaşmaktadır. Bu bakımdan dava ilerledikçe ve deliller toplandıkça artık bu gerekçeye spesifik olarak somutluk kazandırmak mümkün değilse bu şartın gerekçelendirilme olanağı azalacaktır.[552]

Anayasa altı mevzuatta, CMK'nın 100'üncü maddesinin "tutuklama nedenleri"ni ortaya koyan 2'nci fıkrasında bu amaç, "şüpheli veya sanığın davranışları; 1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa" bir tutuklama nedeninin olduğu varsayılacağı şeklinde ifade edilerek somutlaştırılmıştır.

Strazburg organlarının içtihatlarında suç şüphesi altındaki kişilerin, "delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme" olasılıkları göz ardı edilmemiştir. Örneğin *Wemhoff / Almanya* kararında güveni kötüye kullanma ve zimmet gibi suçlardan yargılanan ve komisyoncu olan başvurucunun, henüz ele geçmeyen çalışma dokümanlarını ortadan kaldırma olasılığını ve söz konusu suçun karmaşıklığını dikkate alarak bu gerekçeyi Sözleşme'ye uygun görmüştür.[553] Bunun yanında Mahkeme, suç şüphesi altındaki kişilerin, "tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma" olasılığını da dışlamaz. Mahkeme yine uluslararası boyutları da bulunan bir ekonomik suçla ilgili soruşturmada, bir yandan davada çok sayıda belgenin bulunması, bir kısmı yurt dışında bulunan ve sorgulanması gereken çok sayıda tanığın olması gibi faktörler çerçevesinde davanın karmaşıklığını dikkate

551 *Hanefi Avcı başvurusu*, § 67.

552 Ibid., § 70.

553 *Stögmüller/Avusturya*, İHAM, 1602/62, 10/11/1969, § 59.

almış, diğer yandan başvurucunun hesap hareketlerinin silinmesi ve üzerinde değişiklik yapılması veya şirket çalışanlarına yönelik telkinleri ile ve sahte delil üretilmesine yönelik davranışları çerçevesinde sunulan gerekçeleri, soruşturmanın başlangıç aşamaları yönünden ilgili ve yeterli görebilmiştir.[554] Bu tür örnekler, öldürme[555] veya ölüme azmettirme[556] gibi suçlarda da geçerlidir. Mahkeme, böyle hallerde de soruşturmanın hemen başına olaya şahitlik eden kişiler üzerinde baskı kurma olasılığını, tutuklama için haklı bir neden olarak kabul etmiştir. Buna karşın söz konusu davalarda, tanıkların ifadeleri alındıktan sonraki aşamalarda hâlâ bu gerekçeye başvurulamayacağı ifade edilmiş ve bu gerekçelerle sürdürülen tutuklamaların Sözleşme'yi ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Yani önemli tanıkların dinlenmesinden sonra hâlâ tanıklar üzerinde baskı kurulacağına yönelik bir gerekçeye başvurulamaz.[557] Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer önemli nokta, Mahkeme'nin bu olasılıkların soyut şekilde değil, şüphelilerin davranışlarına dayanarak gösterilmesini arıyorolmasıdır.[558]

Kaçma tehlikesi yönünden de durum, delilleri karartmaylabenzerdir. Suçun ağırlığı uyarınca başlangıçta bu olasılık dikkate değerdir. Ne var ki isnat edilen suç dolayısıyla belirli bir süre hürriyetinden yoksun kalan ve bu nedenle yargılama sonunda alınması olası, cezanın en azından bir bölümünü karşılayacak kadar tutulan bir kişinin kaçma olasılığı başlangıçtakine göre azalabilir. Bu nedenle Mahkeme, belirli bir süreyi aşan tutukluluğa devam kararlarında tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesini yeterli görmemektedir[559] Ulusal mevzuata bakıldığında, CMK'nın 100'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında bu amacın, "şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa" şeklinde bir formül ile ve yine "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller" ile birlikte kümülatif şekilde ifade edilerek somutlaştırıldığı görülmektedir. CMK'nın md. 90/1(b) hükmünde

554 *W./İsviçre*, § 36.

555 Bkz. *I. A./Fransa*, İHAM, 28213/95, 23/09/1998.

556 Bkz. *Letellier/Fransa*, İHAM, 12369/86, 26/06/2001, op. cit.

557 *Szeloch/Polonya*, İHAM, 33079/96, 22/02/2001, § 93.

558 *Contrada/İtalya*, İHAM, 66655/13, 14/04/2015, § 61; *Letellier/Fransa*, § 38.

559 Ibid., § 70.

"bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması" şeklinde ifade edilen yakalama nedeninin de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin md. 5/1(a) hükmünün "suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan şüphelilere" yaptığı gönderme ile birlikte kavranması ve suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli belirti ve kaçma şüphesi koşullarının beraber ele alınması mümkün olabilir.

İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu koşul yönünden, kişinin nasıl yakalandığına bir değer atfettiği görülmektedir. Bu bakımdan eğer bir kişinin yakalanması kolay olmamışsa, kaçma riski de artacaktır. Buna karşın soruşturma sürecinde çok defa yurtdışına çıkmış ve her defasında geri dönmüş bir kişi için, kaçma riskinden bahsetmek daha zordur.[560] Benzer şekilde, uzun süredir tutuksuz yargılanan ve herhangi bir kaçma girişimi olmayan bir kişinin, yargılamanın belli bir aşamasında kaçma riskinin oluştuğu söylendiğinde bu varsayımın daha güçlü şekilde gerekçelendirilmesi gerekecektir.[561] Öte yandan yurt dışından bilerek ve isteyerek, yargılanmak üzere gelmiş bir kişiyi, söz konusu suçun ağırlığından hareketle kaçma tehlikesinin olduğu gerekçesiyle tutuklamak, başkaca faktörler ortaya konmadığında, kişinin tutarsız bir gerekçeyle tutuklanması anlamına gelir.[562] Suçun ağırlığı, kişinin kaçma tehlikesi yönünden dikkate alınabilecek bir faktör olmakla birlikte, sadece bu faktöre dayanarak gerekçelendirme yapılamaz.[563] Kaçma tehlikesinin başkaca unsurlar ile de temellendirilmesi gerekir. Bu temellendirme yapılırken, kişinin karakteri, mesleği, malvarlığı, ailesel bağları, yurtdışındaki ilişkileri gibi faktörler de gözetilebilir.[564] Ama bu faktörler, soyut ve ilgisiz şekilde kavranmamalıdır. Örneğin bir kişinin evinin olmaması veya işini kaybetmiş olması, tek başına bir kaçma tehlikesi nedeni olarak ileri sürülemeyecektir. Öte yandan, suçun ağırlığı uyarınca

560 *Stögmüller/Avusturya*, op. cit.

561 *Letellier/Fransa*, op. cit.

562 *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, İHAM, 16419/90, 08/06/1995.

563 *Yağcı ve Sargın*, § 52; *Cevizovic/Almanya*, İHAM, 49746/99, 29/07/2004, § 41.

564 *Neumeister/Avusturya*, İHAM, 1936/63, 27/06/1968, § 10; *Stögmüller/Avusturya*, 15; *Erdem/Almanya*, İHAM, 38321/97, 05/07/2001, § 44; *Smirnova/Rusya*, İHAM, 46133/99 48183/99, § 60.

kaçma tehlikesi davanın başında görece haklı görülebilecekken, kişinin tutukluluk süresinin artmasıyla birlikte ilerleyen aşamalarda bu tür bir gerekçenin de artık ilgili ve yeterli görülemeyeceği akılda tutulmalıdır.[565]

Bir kişiye ulaşılamaması veya tebligat sürecinde aksamaların olması kaçma riski yönünden tek başına belirleyici bir faktör değildir. Örneğin *Tymoshenko/Ukrayna* kararı bu türden iyi bir örnektir. Bu davada Ukrayna'nın ileri gelen muhalefet partilerinden birinin lideri ve eski Ukrayna Başbakanı olan başvurucu hakkında yetki ve görevlerini kötüye kullandığı iddiasıyla bir soruşturma başlatılmıştır. Başvurucu hakkında öncelikle şehir dışına çıkma yasağı şeklinde bir tedbir uygulanmıştır. Başvurucu soruşturmanın başlangıcında 16 duruşmaya katılmış sonraki bir duruşmaya ise yarım saat kadar geç kalmıştır. Bu geç kalma durumu üzerine duruşma yargıcı ile tartışma yaşanmıştır. Mahkeme bunun üzerine başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir. Bu tutukluluk gerekçesinde başvurucunun kaçma riski açıklanırken ikametgâhı hakkında bilgi vermeyi reddettiği, belirttiği adrese yollanan tebligatların geri döndüğü, ayrıca duruşma planına uymayı reddettiği gibi nedenlere yer verilmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi ise başvurucunun ikametgâh bilgilerinin dava dosyasında mevcut olduğunu ve tebligata ilişkin sorunların onun o ana kadarki duruşmalara katılmasına engel olmadığını dikkate alarak bu gerekçenin, kaçma riskini göstermediği sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.[566]

Tebligatlar yönünden ikinci bir örnek de *Vasiliciuc/Moldova* kararı olabilir. Bu karar, tebligat konusuyla ilgili olduğu kadar, bir kişinin yurtdışında bulunması nedeniyle ifade verme çağrısına uymamasının tek başına ve şeklî yaklaşımla bir gözaltı/tutuklama nedeni olup olamayacağına ilişkin de önem taşımaktadır. Bu olayda başvurucunun tutulma nedeni, soruşturma makamlarının ifade almak için yaptıkları çağrıya uymamış olmasıdır. Oysa başvurucu o süreçte ülkede değildir. Ülkeden kanuna uygun şekilde çıktığı sırada hakkında herhangi bir soruşturma

565 *Kudla/Polonya*, İHAM, 30210/96, 26/10/2000, § 113. Bu bağlamda *Buzadji/Moldova* kararı gözden geçirilmelidir.

566 *Tymoshenko/Ukrayna*, İHAM, 49872/11, 30/04/2013, §§ 269-272.

bulunmayan başvurucu hakkında yurtdışında bulunduğu sürede bir soruşturma açılmıştır. Bu soruşturma sürecinde, resmî mercilere bildirdiği yurt dışı adresine değil, ülkedeki adresine tebligat yapılmış ve soruşturma makamları başvurucu ile temas kurma girişiminde bulunmamıştır. Yetkili makamlar başvurucuya, yapılan çağrıya uymadığı gerekçesiyle yakalama emri çıkartmıştır. Bu karardan bir süre sonra haberdar olan başvurucu, bunun üzerine avukatları aracılığıyla itirazlarda bulunmuş fakat itirazları reddedilmiştir. İnterpol bildirimi üzerine bulunduğu ülkede yakalanan başvurucu ülkesine gönderilmiştir. Bu davada İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun sadece çağrıya uymamış olmasına yönelik şeklî bir yaklaşımla kaçtığı yönündeki varsayımın Sözleşme ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.[567]

Kaçma şüphesinin bulunduğu bir örneğe yer vermek gerekirse *Erol/Almanya* kararına değinilebilir. Bu olayda Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olan başvurucu, Almanya'da bir kafe işletmektedir. Başvurucunun üzerinde yüklü miktarda uyuşturucu bulunmuştur. Başvurucu, hakkındaki kuvvetli suç şüphesi ve kaçma olasılığına atıfla tutuklanmıştır. Başvurucu ise tüm ailesinin Almanya'da yaşadığını ve Türkiye ile tek bağının ailesinin yazlık evi olduğunu ileri sürmüştür. Derece mahkemelerinin gerekçelerinde ise başvurucunun, Almanca dilindeki yetkinliğinin yetersiz olduğu, 2001 yılında bu yana yasal bir işinin olmadığı ve sosyal güvenlik yardımlarıyla geçindiği, hem kendisinin hem de eşinin Türkiye yurttaşı olduğu ve bu koşullar ve suçun cezasının ağırlığı karşısında başvurucunun Türkiye'ye dönmesi olasılığının bulunduğu ifade edilmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, bu gerekçeyi ilgili ve yeterli görmüştür.[568]

İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin kaçma olasılığının küçük de olsa bulunduğu bazı hallerde, pasaportuna el konulması, yurt dışına çıkış yasağı konulması veya hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak gibi CMK md. 109'da da yer bulan adlî kontrol hükümlerine neden başvurulmamış olduğunu

567 *Vasiliciuc/Moldova*, İHAM, 15944/11, 02/05/2017, §§ 39-40.
568 *Erol/Almanya*, İHAM, 68250/11, 07/09/2017, §§ 50-55.

da sorgulayabilmektedir. Nitekim bu bağlamda, Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının ikinci cümlesinde "salıverme, bu kimsenin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabilir" şeklinde bir ifadeye yer verildiği unutulmamalıdır.

Ölçülülük incelemesinin normatif dayanağı Anayasa md. 19/3 hükmündeki "tutuklamayı zorunlu kılan (…) hâller" ifadesidir. Bu zorunluluk kaydı, katı bir ölçülülük değerlendirmesini gerekli kılar. Bu kayıt, CMK'nın 100'üncü ve 101'nci maddelerinde de karşılık bulmuştur. Bunlara göre tutuklamaya nazaran temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan adlîkontrol tedbirleri dikkate alınmak durumundadır. Mahkeme, ilgili ve yeterli gerekçe değerlendirmesinde daha hafif nitelikteki adlî kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığının somut olarak ve başvurucunun kişisel durumu gözetilerek ortaya konulup konulmadığını incelemektedir.[569] Mahkeme gerekçede aradığı somutluk, zorunluluk ve kişisellik unsurlarını şu şekilde ortaya koymuştur:

> "Bu kararlarda tutuklama nedenlerinin somut olgulara dayalı olarak açıklanması ve bu nedenlerin olayın koşullarında neden zorunlu olduğunun ortaya konulması gerekir. Tutukluluk devam ettikçe bir taraftan bireye düşen yükümlülük artarken diğer taraftan tutulmanın dayandığı meşru amaç zayıfladığından, tutukluluğun devamı kararlarında davanın genel durumunun yanında tutuklu kişinin özel durumu da dikkate alınmalı; bu anlamda tutuklama nedenleri kişiselleştirilmelidir."[570]

b. Katalog Suçlar Sorunu

CMK'nın 100'üncü maddesinde, yukarıda ifade edilen tutuklama nedenlerine yer verildikten sonra, 3'üncü fıkrada tutuklama nedenlerinin var sayılabileceğine ilişkin kanuni bir karine üreten ve kamuoyunda "katalog suçlar" olarak belirlenen bir sisteme yer verilmiştir. Fıkrada sayılan suçlardan birinin işlenmiş olduğu konusunda kuvvetli şüphelerin varlığı halinde "şüpheli veya sanık hakkında kaçma şüphesinin veya

569 *Halas Aslan başvurusu*, § 78.

570 Ibid., § 84.

delilleri karartma tehlikesinin bulunduğunun var sayılabileceği" ifade edilmiştir.

Uygulamada bu hüküm, yanlış bir şekilde, "otomatik tutuklama" olarak algılanabilmektedir. Böyle bir algı, açıkça Sözleşme'ye aykırı olduğu gibi, aslında ulusal hukuk yönünden de doğru değildir. Maddenin lafzı, hâkimlerin kuvvetli suç şüphesi ile tedbirin ölçülülüğü yönünden değerlendirme ve gerekçe sunma yükümlülüğüne etki etmemekte, sadece bunların dışında "tutuklama nedenleri" ortaya koyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır. Maddeye göre bir kişi hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunmasına ve söz konusu suç, anılan katalogda yer almasına rağmen tutuklama kararının verilmemesi mümkündür.

Acaba, katalog suçlara yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili muhakemelerde, bir defa ölçülülük ve kuvvetli suç şüphesi belirlemesi yapılıp gerekçelendirme sunduktan sonra, ayrıca diğer tutuklama nedenleri yönünden gerekçe sunulmaması Sözleşme'ye ve Anayasa'ya uygun mudur? Bu sorunun yanıtı, Strazburg organlarının eski ve yeni içtihatları ile Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı yönünden farklılaşmaktadır.

İnsan Hakları Mahkemesi'nin eski içtihadına göre, ilk tutuklama kararında suçun ağırlığına atıf yapıldıktan sonra sadece makul şüphe belirlemesinin gerekçelendirilmesi yeterli görülmekte, ancak devam eden süreçlerde artık tutuklamanın devamına karar verilirken tutuklama nedenlerinin de gerekçelendirilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Strazburg içtihadında, tutukluluğun sürmesi için kuvvetli şüphenin devam etmesinin olmazsa olmaz bir şart olduğu, fakat belirli bir süre geçtikten sonra tutukluluğun devamını haklı kılmak için yeterli olmadığı ilkesi *Letellier prensibi* olarak ifade edilmektedir. Bu prensip, tutukluluk için makul şüphenin yeterli olduğu ilk aşama ile makul sürenin yeterli olmayıp şüphelinin tutukluluğu için "ilgili ve yeterli" nedenlerin bulunmasının gerekli olduğu "belirli bir süre geçtikten" sonraki aşama arasında bir ayrım yapmayı mümkün kılmaktaydı. Ne var ki Mahkeme, şimdiye kadar "belirli bir süre geçmesi" ifadesini tanımlamamış veya bu konuda herhangi bir genel kriter koymamıştı. Bununla birlikte Mahkeme bazı kararlarında, birkaç gün gibi görece kısa süre sonra bile, makul şüphenin varlığının

kendiliğinden tutukluluğun devamı için haklı bir neden olmadığını ve ek nedenlerle desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.[571]

Mahkeme, yakın zaman önce verdiği *Buzadji/Moldova* kararında ise bu konudaki içtihadını geliştirmiştir.[572] Mahkeme ilk olarak, md. 5(3) hükmündeki ikinci cümleye göre tutukluluk süresinin makullüğün değerlendirilmesi için dikkate alınacak sürenin kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anda başladığını kaydetmiştir. Bu andan itibaren ilgili kişi, fıkradaki birinci hükme göre "derhal hâkim önüne çıkarılma" hakkına sahiptir. Bu hüküm usul güvencelerinin yanında, hâkimin tutuklamanın lehine ve aleyhine olan koşulları, tutukluluğu haklı kılan nedenler olup olmadığını incelemesi ve yoksa serbest bırakılmasına karar vermesi şeklinde maddi bir şartı içermektedir. Uygulamada, birinci hükümdeki güvenceler sıklıkla ikinci hükümdeki güvencelerle üst üste gelmektedir. Öte yandan Mahkeme, 31 Sözleşmeci devletin iç hukuklarında ilgili yargısal makamların, gözaltına almadan hemen sonra değilse bile birkaç gün sonra, yani şüpheliyi tutuklamanın gerekliliğini ilk kez incelerken, tutukluluk için "ilgili ve yeterli" nedenler göstermekle yükümlü olduklarını kaydetmiştir. Mahkemeye göre bu yaklaşım, Sözleşme'nin md. 5(3) hükmüne aktarılacak olursa bu alanda Sözleşme içtihadını sadece basitleştirip daha açık ve belirgin hale getirmekle kalmayacak ama aynı zamanda makul süreden fazla tutmaya karşı korumayı artırmış da olacaktır. Mahkeme bu düşünceler ışığında, ikinci hükmün güvencelerini birinci hükümdeki güvenceler ile eşzamanlı hale getirmenin zorunluluk olduğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre bu, makul şüphenin sürmesine ek olarak, tutukluluk için hâkimin ilgili ve yeterli gerekçe gösterme yükümlülüğünün, ilk tutuklama kararıyla, yani gözaltına almadan "hemen" sonra başladığına işaret etmektedir.[573]

Mahkeme, yaptığı incelemede 31 ülkeden 6 ülkede (Avusturya, Belçika, Almanya, Sırbistan, İsviçre ve Türkiye), ağır suçların bulunması halinde,

571 Örneğin bkz. *Ţurcan ve Ţurcan/Moldova*, İHAM, 39835/05, 23/10/2007, § 54; *Patsuria/Gürcistan*, İHAM, 30779/04, 06/11/2007, § 67; *Osmanovic/Hırvatistan*, İHAM, 67604/10, 06/11/2012; §§ 40-41; *Zayidov/Azerbaycan*, İHAM, 11948/08, 20/02/2014, § 62.

572 *Buzadji/Moldova*, § 98-101

573 Ibid., § 102.

"makul şüphe"nin kendiliğinden ve istisnaî olarak, tutuklama kararı verilmesinde yeterli kabul edildiğini gözlemlemiştir.[574]

Mahkeme Genel Kurulu'nun *Buzadji/Moldova* kararından çıkan sonuç şöyle özetlenebilir: Mahkeme:

> i) ulusal mahkemelerin ilk tutuklama kararında, makul şüphe şartının yanında, en az bir tutuklama nedeni gösterip göstermediğini inceleyecektir;
>
> ii) ulusal mahkemeleri "belirli bir süre" bir tutuklama nedeni göstermekten muaf tutan mevzuat hükümlerini kabul etmemektedir.

Buna göre bir mahkemenin ilk tutuklama kararında dahi, CMK'nın 100'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "katalog suçlar"a atıf yapması yeterli sayılmayacak, her halükârda tutuklama nedeni göstermesi ve bu nedenleri gerekçelendirmesi zorunlu olacaktır.

Anayasa Mahkemesi ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Buzadji/Moldova* kararından sonra verdiği *Halas Aslan* kararında, bu sorunu açıkça tartışmamış fakat katalog suçlarla ilgili bir soruşturmadaki ilk tutuklama kararında dahi, ölçülülük ve kuvvetli suç şüphesi belirlemelerine ilişkin gerekçelerin yanında tutuklama nedenlerine ilişkin gerekçe sunulmasının gerekliliğine dolaylı olarak işaret etmiştir.[575] CMK'nın 100'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında sayılan suçlardan biri olan "Çocuğun Cinsel İstismarı" suçu ile ilgili olan söz konusu olayda, derece mahkemesinin katalog suçlara atıf yapmasına rağmen, kuvvetli suç şüphesinin yanında suçun ağırlığından hareketle kaçma şüphesine yönelik gerekçelere yer verdiği tespit edilerek bir ihlalin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.[576] Mahkeme'nin bu noktaya dikkat çektiği ve *Buzadji* kararının Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca kanun hükmünde olduğu[577] dikkate alındığında, CMK'nın 100'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda dahi maddenin 2'nci fıkrasında sayılan tutuklama

574 Ibid., § 52.

575 Bkz. *Halas Aslan başvurusu*, op. cit.

576 Ibid., § 88 vd.

577 *Sevim Akat Eşki başvurusu*, AYM, 2013/2187, 19/12/2013, § 44.

nedenlerinden birinin ortaya konulmasının ve gerekçelendirilmesinin bir zorunluluk olduğunu söyleyebiliriz.

Böyle bir yükümlülüğün, CMK'nın 100'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasını görece anlamsız kılacağı açıktır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi'nin *Buzadji* kararından hareketle anılan fıkranın "zımnen ilga" edildiğini görmemiş olması düşündürücüdür. Bunda, hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunmakla birlikte, kaçma ve delilleri karartma ihtimali olmayan, fakat yeniden suç işlemesi olası kişilerin tutuklanmasının -yukarıda ifade edilen normatif eksiklikten dolayı- mümkün olmamasına ilişkin kaygının bir faktör olduğu tahmin edilebilir.

c. Basmakalıp Gerekçe Sorunu

Türkiye'de bir tutukluluk veya tutukluluğun devamı kararının şu şekilde gerekçelendirilmesi çok yaygındır:

> "Sanıkların üzerlerine atılı suçların niteliği, kanıt durumu, kaçma ve delilleri karartma olasılıkları, sanıklara verilmesi muhtemel ceza miktarları dikkate alındığında tutukluluğun devamına…"

Bu, şeklen bir "gerekçe" olsa da özü itibarıyla Anayasa'nın ve Sözleşme'nin aradığı türden bir gerekçe değildir. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bazı olaylarda bu basmakalıp gerekçenin bile eksik bırakıldığı örneklere rastlanmaktadır. Örneğin *Mehmet Güneş* kararında 3 yıl 4 ay 29 gün tutuklu kalan başvurucu hakkındaki yargılamanın yaklaşık ilk 2 yılındaki 24 celse boyunca hiçbir somut olguya yer verilmemiş, tutuklamanın tek gerekçesi "suçun vasıf ve mahiyeti" olarak gösterilmiştir; sonraki bir celsede bu "gerekçe"de "müşteki sayısı ve delillerin tam olarak toplanamaması" unsuruna yer verilmiş, bundan yaklaşık bir yıl sonra ise başvurucunun "kaçma şüphesi" ve suçun ağırlığı karşısında tedbirin ölçülü olduğu gerekçeye eklenmiştir.[578] Yani başvurucunun tutukluluğuna neden olan basmakalıp gerekçenin unsurları dahi yıllara yayılarak ortaya konulmuştur. Bunlar ifade edilirken hiçbir "somut olguya" dayanılmamıştır. Dolayısıyla çok net bir şekilde gerekçeli karar alma hakkı ihlal edilmiştir.

578 *Mehmet Güneş başvurusu*, AYM, 2014/1268, 17/05/2016, §§ 60-61.

Bu alan hem AYM hem de İnsan Hakları Mahkemesi yönünden çok net bir konudur. Her iki mahkeme de tutuklama tedbirine/devamına karar verilirken basmakalıp gerekçelere yer verilmesini[579] veya önceki kararların tekrar edilmesini[580] kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali olarak görmektedirler.[581] Bu tür kararlar, somut olay yönünden ilgili ve yeterli sayılmayacağı gibi, davadan habersiz objektif bir üçüncü kişi için hiçbir şey ifade etmeyecektir.

Oysa daha önce de ifade edildiği gibi kişi özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren somut olguların varlığının objektif bir gözlemciyi ikna edecek biçimde ortaya konulması hâkimlerin ödevidir.[582] İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde verdiği kararlardan sonra bir süredir, karar gerekçelerinde anılan mahkemelerin ilke kararlarına da yer verilmeye başlandığı ve kararların bu şekilde "şişirildiği" de gözlemlenmektedir. Bu tür kararlara yer verilmesi, kuvvetli şüphe ve tutuklama nedenlerine ilişkin ilgili ve yeterli nedenler ortaya konmadıkça kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından bir anlam ifade etmez. Uygulamada bu yaygın sorunun nedenlerinden biri olarak "iş yükü sorunu", diğer bir neden olarak ise "hâkimin tarafsızlığı" ilkesinin ileri sürüldüğü izlenmektedir. Bilinmelidir ki iş yükü sorunu, kişilerin keyfîliğe karşı korunması konusundaki Sözleşmesel ve Anayasal yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. Ayrıca, gerekçelendirmenin yapılmamasının AYM'nin iş yükünü arttırdığı ve Mahkeme'nin vereceği ihlal kararlarından sonra duruma göre yeniden yargılama yapılan haller ile birlikte bu sorunun döngüsel ve derinleşmiş hale geleceği akılda tutulmalıdır. Öte yandan hem adil yargılanma hakkının hem de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bir unsuru olan hâkimlerin tarafsızlığı, aynı düzeyde korumaya sahip olan gerekçeli karar hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Bu iki yükümlülüğün birinden vazgeçilemez. Bir hâkimin tutuklama nedenlerini gerekçelendirmesi, davanın esası hakkında ihsas-ı rey sayılmaz. Birçok

579 *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, § 52.

580 *Erdem/Almanya*, 45.

581 Çok sayıda AYM kararı içinde örn. bkz. *Nusret Argun başvurusu*, AYM, 2013/6149, 06/03/2014; § 38 vd.; *İlker Turdan başvurusu*, AYM; 2013/6437, 17/7/2014, § 42 vd.

582 *Engin Demir başvurusu*, § 66.

Sözleşmeci devlette bu iki yükümlülüğün dengelendiği çok sayıda örnek vardır. Bu bakımdan, tutuklulukla ilgili gerekçelendirme faaliyetinin, hâkimin reddi/davadan çekilmesi gibi bir sonucu doğuracağı yönündeki yanlış algıdan sakınılması, anayasal bir zorunluluktur.

3. Makul Süre ve Devletin Özen Yükümlülüğü

Kişinin makul sürede salıverilme hakkı, devletin, bir davanın makul sürede bitirilmesi şeklindeki genel yükümlülüğüne özel bir yükümlülük getirmektedir. Devlet, tutuklu kişilerin dava sürecinde özgür olmamalarından kaynaklanan tutukluluk durumuna nazaran çok daha özel bir "**özen yükümlülüğü**"ne tabidir.[583] İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre tutuklu bulunan bir sanığın, davasına öncelik verilmesini ve davasının bu bakımdan makul bir hızla görülmesini isteme hakkı vardır.[584] Bu tespit, AYM tarafından da şu cümlelerle benimsenmiştir:

> "Genel olarak yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması, Anayasa'nın 36'ıncı maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının konusudur. Kişilerin fiziksel hürriyetlerinin kısıtlanmasına ilişkin güvencelerin belirtildiği Anayasa'nın 19'uncu maddesine göre öncelikle tutukluluğun makul süreyi aşmaması gerekir. Bununla birlikte maddenin tutuklu olarak sürdürülen yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gerektiğine ayrıca işaret ettiği de görülmektedir. Hürriyeti kısıtlanarak yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaati, işin doğası gereği diğerlerine göre çok daha fazladır. Bu bağlamda makul sürede yargılanma hakkı adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkına göre çok daha yüksek bir koruma sağlamaktadır. Buna göre tutuklu olarak sürdürülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin süratle sonuçlandırılması gerekir. Bunun için başta savcılıklar ve mahkemeler olmak üzere ***tüm kamu organları***, tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin -adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelere riayet edilmek koşuluyla- süratli bir şekilde sonuçlandırılması için ***özenli*** davranmalıdırlar."[585]

583 *Wemhoff /Almanya*, § 17.

584 *Scott/İspanya*, İHAM, 21335/93, 18/12/1996, 74.

585 *Murat Narman başvurusu*, § 69. Orijinal metinde vurgu yoktur.

Soruşturma sürecinin yetkili makamların (dosyadaki bazı belgelerin gereksiz yere tercüme edilip diplomatik kanallara iletilmesi, şikâyetçinin birden çok kez davet edilmesi[586] ya da salıverilme taleplerini inceleyecek mercie gereksiz yere orijinal belgelerin gönderilmesi yoluyla gecikmeye neden olunması[587] veya iddianamenin hazırlanmasının veya gönderilmesinin gecikmesi[588] vb. türden) hareketsizliklerinden ötürü uzaması, devletin özen yükümlülüğüne aykırıdır ve ihlal yaratır. Böyle durumlarda söz konusu mahkemenin ilgili ve yeterli gerekçe sunmuş olması dahi ihlali ortadan kaldırmayacaktır.[589] Anayasa Mahkemesi de bunu benimsemiştir:

> "Gerekçeler *'ilgili'* ve *'yeterli'* görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabilir."[590]

Yani özen yükümlülüğü incelemesi, "ilgili ve yeterli gerekçe" incelemesinden ayrı bir incelemedir. Eğer tutukluluk ve/veya tutukluluğa devam kararlarında ilgili yeterli gerekçeler bulunuyorsa ve uzamaya Mahkeme'nin tutumu ve özensizliği neden olmamışsa, bu durumda kural olarak ihlal kararı verilmeyecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında, Türkiye'deki tutukluluk sürelerinin uzamasında yetkili makamların özen yükümlülüklerine uygun hareket etmemelerinin etkisinin olduğu görülmektedir. Bu bağlamda ortaya çıkan ihlallerden tipik bir örnek vermek gerekirse; *Salih Şahin* kararında başvurucu, Eylül 2007'de tutuklanmış ve tutukluluğuna itiraz etmiştir. Başvurucu, davanın ilerleyen aşamalarında

586 Ibid., § 83.

587 *Toth/Avusturya*, İHAM, 11894/85, 12/12/1991, § 74 vd.

588 *Vayiç/Türkiye*, İHAM, 18078/02, 20/06/2006, § 38.

589 Tutuklu kişinin çocuk olduğunun dikkate alınmaması da "özen yükümlülüğü" kapsamında ele alınır. Bkz. *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, İHAM, 24760/94, 28/10/1998, § 157.

590 *Murat Narman başvurusu*, § 63.

da tutukluluğunun devamına ilişkin verilen kararların hepsine itiraz etmiş ve nihayet 6 yıl sonra başvurucu hakkında 31 yılın üzerinde hapis cezası verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun söz konusu gecikmede herhangi bir etkisinin olmadığını fakat kamu makamlarının tutuklu yargılamanın süratle sonuçlanması için gerekli özeni göstermediğini söyleyerek ihlal sonucuna ulaşmıştır.[591]

Özen yükümlülüğü ile ilgili bir diğer tipik örnek de CMK'nın 108'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca en geç birer aylık sürelerle yapılması gereken inceleme yapılmadan uzun süre tutukluluğun söz konusu olduğu *Emrah Oğuz* başvurusudur. Bu olayda da başvurucu, Haziran 2012'de tutuklanmıştır. Başvurucuyla birlikte yargılanan diğer sanıklar hakkında 4 defa inceleme yapılıp karar verilmiş olmasına rağmen başvurucu hakkında herhangi bir karar verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, CMK md. 108/3 hükmü uyarınca başvurucunun durumunun, makul aralıklarla otomatik olarak denetlenmediğini kaydettikten sonra, tutuklama kararına itirazın reddedildiği tarihten, duruşmada savunmasının alındığı tarihe kadar tutukluk durumu incelemesi yapılmadan 5 ay 15 gün süren tutukluluğun, ihlal yarattığı sonucuna ulaşmıştır.[592]

Bu tür örnekler çok sayıdadır, fakat her uzama, devletin özen yükümlülüklerinden kaynaklanmaz. **Başvurucuların tutumları** da yargılamanın/tutukluluğun uzaması sonucunu doğurabilir, fakat böyle bir durumda ihlal oluşmaz. Bu bağlamda bir örnek vermek gerekirse; kamuoyunda "KCK Davası" olarak bilinen davayla ilgili *Serkan Akbaş* başvurusuna değinilebilir. Bu olayda başvurucu, ifadesi alınırken ve sorgusu yapılırken hakkındaki suçlamalar ile ilgili olarak Türkçe savunma yapmıştır. Ancak, yargılama safhasına geçildiğinde Kürtçe savunma yapmak istediğini bildirmiştir. Davaya bakan mahkeme, bu talebi reddetmiştir. O sırada tutuklu olan başvurucu, yaklaşık dört ay boyunca savunma yapmamış ve tutuklu kalmaya devam etmiştir. Başvurucunun tutuklu bulunduğu bu süreçte, CMK'nın 202'nci maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Yapılan değişiklik uyarınca Türkçe bilen sanıkların dahi

591 *Salih Şahin başvurusu*, AYM, 2013/7040, 11/12/2014.

592 *Emrah Oğuz başvurusu*, AYM, 2013/1755, 25/03/2015.

savunmalarını, ücretini kendileri karşılamaları kaydıyla, "kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde" yapabilecekleri düzenlenmiştir. Başvurucu, bu yeni hükümden yararlanarak savunmasını Kürtçe dilinde yapmıştır. Bu savunmadan dört gün sonra ise tahliye edilmiştir. Başvurucu, yaklaşık 4 aylık tutukluluğunun Kürtçe savunma yapamamış olmasından kaynaklandığına dayanan bir iddia ile bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise başvurucunun savunmasını yapamamasını ve tahliye edilememesini, başvurucunun kendisinden kaynaklanan nedenlere dayandığını ifade ederek, bir ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.[593]

Bunun yanında somut olaya özgü **diğer faktörler** de uzamaya neden olabilir. Örneğin *Hüseyin Burçak* başvurusunda, kasten öldürme ve suçluyu kayırma suçları ile ilgili bir yargılamada yaklaşık bir yıl içinde sanık savunmaları alınmış, müştekiler ve ulaşılabilen tanıklar dinlenmiş ve deliller toplanmıştır. Bu olayda, davaya bakan mahkemenin sonuca ulaşması için yurtdışında yaşayan iki tanığın daha dinlenmesi gerekmektedir, fakat bu süreç hızlı ilerlememiştir. Ayrıca sonradan tanıklardan birinin anlatımının eksikliği anlaşılmış, diğer bir tanık ise akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekilmiş, fakat sonradan tanıklık yapmak isteğini bildirmiş ve yeniden ilgili ülkeye talimat yazılması gerekmiştir. Anayasa Mahkemesi bu olayda, 4 yıl 8 aylık tutukluluk süresinin uzunluğunun Mahkeme'nin tutumundan veya özensizliğinden kaynaklanmadığı gerekçesiyle ihlal sonucuna ulaşmamıştır.[594]

Durum bu olmakla birlikte, tutuklulukta geçen süre olağandışı şekilde uzadığında devletin özen yükümlülüğünün gereklerini yapmadığını söylemek kolay olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başvurularda sadece derece mahkemesi önünde dahi 7-8 yılı bulan tutuklulukların bulunduğu görülmektedir.[595] Unutulmamalıdır ki makullüğün dikkate alınması ve denetlenmesi ödevi öncelikle

593 *Serkan Akbaş başvurusu*, op. cit.

594 *Hüseyin Burçak başvurusu*, AYM, 2014/474, 03/02/2016, § 61. Anayasa Mahkemesi'nin bu olayda idarî makamların ihmallerinin üzerinde durmaması ve meseleyi yalnızca davaya bakan mahkeme yönünden ele alması, Strazburg içtihatları karşısında eleştiriye açıktır.

595 Örn. bkz. *Güllüzar Erman başvurusu*, AYM, 2012/542, 04/11/2014.

derece mahkemelerinin işidir. Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin işlevi talidir.

Makul Sürede Salıverilme Hakkı
1-) Tutukluluğa devam kararı veren hâkim/mahkeme tarafsızlık ve bağımsızlık koşullarını karşılıyor mu? Hâkimin salıverme yetkisi var mı? 2-) Tutukluluğa devam kararının gerekçesi ilgili ve yeterli midir? Gerekçe; - Basmakalıp bir nitelikte mi? - Objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek içerikte mi? - Her kararda kuvvetli suç şüphesinin devamına ilişkin tespit bulunuyor mu? - Soyut hukuksal kavramların, olaya özgü şekilde somutlaştırılasını içeriyor mu? - Başvurucunun kişisel özellikleri dikkate alınarak kişiselleştirme içeriyor mu? - Karartılabilecek deliller toplandıktan sonra dahi "delillerin karartılması" nedenini içeriyor mu? - Tutukluluk süresi ile icra edilecek mahkûmiyet süresi arasındaki açı daralmasına rağmen suçun ağırlığına atıfla "kaçma şüphesi" nedenini içeriyor mu? - Zaman içinde giderilmiş olan önceki tutukluluk gerekçelerini içeriyor mu? - Tutukluluk süresi uzadıkça gerekçe daha ayrıntılı ve daha somut hale gelmiş mi? - Daha düşük tedbirlerin amacı neden karşılamayacağını açıklıyormu? 3-) Tutukluluk süresi kanunun öngördüğü azami süreleri aşmış mı? (Yargıtay önündeki aşamalar hesaba dahil değildir) 4-) Devlet organları, kişinin tutukluluk durumunu dikkate alarak özel özen yükümlülüklerine uygun davranmış mı?

E. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMAYA KARŞI BAŞVURU HAKKI

Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 8'inci fıkrasına göre:

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

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre ise:

> "Gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişi, tutulmasının kanuniliği hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması kanuni değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

Farklı sözcüklerle ifade edilmişse de aslında her iki fıkra da aynı şeyi söylemektedir. Dolayısıyla söz konusu hak, "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri" kategorisindedir. Yani "özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkı", tüm unsurlarıyla, bireysel başvuruya konu edilebilecek haklara özgü "ortak koruma" alanındadır.

Her iki metinde de sağlanan güvence, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin, serbest bırakılmalarını sağlayacak bir yargısal organa "başvuru hakkı"dır. Söz konusu düzenleme, Türkiye'de özellikle tutukluluk bağlamında CMK'da somutlaştırılmıştır. CMK'nın 104/2'inci ve 105'inci hükümlerine göre tutuklama tedbirine yönelik tüm kararlara karşı itiraz yolu düzenlenmiştir. Eğer Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminin sulh ceza hâkimliğince reddedilmesi ve şüphelinin salıverilmesi üzerine, Cumhuriyet savcısının yaptığı itiraz kabul edilir ve şüphelinin tutuklanmasına karar verilir ise, bu tutuklama kararına karşı da itiraz için kanun yoluna gitmek mümkündür. Öte yandan tutuklu olan şüpheli veya sanıkların itiraz hakkını kullanma usulü CMK md. 263 hükmünde düzenlenmiştir.

Sözleşme'de ve Anayasa'da yer alan bu bağlamdaki başvuru hakkı, Sözleşme'deki ve Anayasa'daki diğer başvuru haklarıyla karıştırılmamalıdır. En az üç nedenle:

Öncelikle; burada sözü edilen hak, Anayasa'nın 40'ıncı (Sözleşme'nin 13'üncü) maddesinde düzenlenen "etkili başvuru hakkı"ndan farklıdır. Etkili başvuru hakkı, genel olarak hukuk yoluna başvuru hakkını güvence altına almaktadır. Buna karşın, burada sözü edilen hak, "özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin" başvuru hakkını güvence altına almaktadır. Yani "etkili başvuru hakkı" genel bir güvence getirmektedir, burada ise daha özel bir güvenceden (*lex specialis*) bahsetmekteyiz.[596] Öte yandan, "etkili başvuru hakkı", bir mahkeme veya yargısal merci güvencesi sunmamaktadır; oysa burada sözü edilen hak, yargısal başvuru güvencesi sunmaktadır.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, tutulmalarının hukuka aykırılığını gerektiği gibi inceleyebilecekleri bir yargısal organa başvuru olanağı bulamadıkları hallerde, Anayasa'nın 40'ıncı maddesinde düzenlenen "etkili başvuru" hakkına değil; Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 8'inci fıkrasındaki başvuru hakkına dayanmaları gerekir. Zira anılan hak yönünden bir ihlal kararı verildikten sonra, özel bir durum ortaya çıkmadıkça, ayrıca etkili başvuru hakkı yönünden ihlal kararı verilmez.[597] Buna karşın, kişinin özgürlüğüne tekrar kavuştuğu hallerde yapılacak başvurularda bu hakka değil, etkili başvuru hakkına dayanılması gerekir. Çünkü bu hakkın amacı, kişinin tekrar özgürlüğüne kavuşmasını sağlamaktır. Eğer bir kişi, artık özgürlüğüne kavuşmuş ise fakat özgürlüğüne kavuşmasından önceki süreçte başvuru hakkına yönelik bir Anayasa'ya aykırılık bulunduğunu düşünüyor ise; bu durumda, kural olarak, Anayasa'nın 40'ıncı maddesine (Sözleşme'nin 13'üncü maddesine) dayanmalıdır.

İkincisi; burada sözü edilen hak, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 3'üncü ve 5'inci fıkralarında (Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında) yer alan "hâkim önüne çıkartılma" ve "salıverilmeyi isteme

596 Bkz. *K. A. başvurusu*, § 115.

597 *De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda*, İHAM, 8805/79 8806/79 9242/81, 22/05/1984.

hakkı" ile benzerlik göstermektedir. Fakat bu hakların içerdiği unsurlar farklıdır. Anılan fıkralarda, sadece suç şüphesiyle özgürlüğünden yoksun bırakılmış, yani gözaltına alınmış veya tutuklanmış kişilere yönelik, otomatik olarak kullanılması gereken bir hak düzenlenmiştir. Oysa burada sözü edilen hak, akıl hastaları, eğitim amaçlı tutulan küçükler, ülkeye yasadışı şekilde girmek isteyen yabancılar gibi suç şüphesi dışında kalan diğer nedenlerle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere de güvence sağlamaktadır.[598] Yani burada, bir kişinin, anayasada öngörülen herhangi bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılmasına neden olan idarî kararlara karşı yargısal denetim güvencesinden bahsediyoruz.[599] Dolayısıyla örneğin polis kararıyla gözaltına alınan, hekim kararıyla akıl hastanesine kapatılan veya pasaport memurunun kararıyla ülkeye izinsiz girmek istediği için tutulan herhangi biri, anılan güvenceye dayanarak, bu kararın hukuka uygun olup olmadığının yargısal denetiminin yapılmasını ve serbest bırakılmasını talep edebilir. Böyle bir yolun öngörülmediği hallerde ihlal oluşur. Örneğin bu bağlamda başvurucunun, sığınmacı statüsü verilmesi için Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne (BMMYK) yaptığı başvurunun sonucu beklenmeksizin, pasaportu bulunmadığı gerekçesi ile sınır dışı edilmek üzere 68 gün boyunca Yalova Yabancılar Şube Müdürlüğü'nde tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla ilgili *Rıda Boudraa* kararı anılmaya değerdir. Söz konusu olayda başvurucunun tutulmasına yönelik "idarî gözetim"in bir kanunda bulunması gereken nitelikleri taşımadığı söylenmiş; diğer taraftan idarî gözetim kişinin özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğurmasına rağmen 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında "tutuklama" sayılmadığından, bu karara karşı etkili bir itiraz yolu öngörülmemiş olması Anayasa'nın md. 19(8) hükmünün ihlali olarak görülmüştür.[600]

İdari kararlara karşı yargısal denetim zorunluluğu konusunda bir kuşku yoktur. Eğer tutma kararı idarî bir karara değil de bir mahkeme kararına dayanıyor ise bu durumda, kararın "hüküm" olması ile "tutuklama

598 Doğru/Nalbant, s. 405.

599 *X./Birleşik Krallık*, İHAM, 7215/75, 05/11/1981, § 52.

600 *Rıda Boudraa başvurusu*, § 76 vd.

kararı" olmasına göre farklılık oluşacaktır.[601] Eğer bir karar yargılama sürecinin sonunda verilmiş ise; söz konusu karar, zaten bir "yargısal denetim" içermektedir. Bu bakımdan örneğin bir kişiyi suçlu bulup, hapis cezasına çarptıran bir derece mahkemesi kararının bünyesinde, tutmanın kanuniliğine dair yargısal bir denetim de vardır ve bundan başka, (kişinin akıl hastası olmasından ötürü periyodik incelemeye ilişkin kayıtlar saklı kalmak üzere) ayrıca bir yargısal denetim hakkından bahsedilemez.[602] Buna karşın, nihai karar niteliğinde olmayan kararlarda, bu tedbirin hukuka uygunluğunu etkileyen veya tedbirin nedenlerini sona erdiren durumlar ortaya çıkabileceği için, böyle bir durumun oluşması halinde, ayrı bir yargısal denetim gerekli hale gelecektir.[603] Şu halde, ilk tutma kararı bir mahkeme kararı bile olsa, belirli bir süre geçtikten sonra, makul aralıklarla, bu tutmanın kanunilik açısından denetlenmesi gereklidir. Bu denetim, özellikle tutuklananlar ve tutma sebebi zamanla değişebilecek olan kişiler yönünden önemlidir. Buna aşağıda yeniden döneceğiz.

Üçüncüsü; burada bir yargısal başvurudan bahsediyor olduğumuz için, yargılamanın adil olmasına ilişkin güvenceler ile de bir kesişim oluşmaktadır. Yani adil yargılanma hakkı çerçevesinde sağlanan çoğu güvencenin kıyasen ve kural olarak bu bağlamda da sağlanması gerekir.[604] Kural olarak diyoruz, çünkü özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yaptıkları başvurularla ilgili usûlî işlemler, her durumda adil yargılanma hakkı bünyesindeki korumaların aynısının uygulanmasını gerektirmez, zira bu hak ile adil yargılanma hakkının amaçları farklıdır.[605] Buradaki güvence, adil yargılanma hakkına göre de özel (*lex specialis*) niteliktedir.[606]

---

601 Grabenwarter, s. 92.

602 *Waite/Birleşik Krallık*, İHAM, 53236/99, 10/12/2002, § 56.

603 *Svetoslav Dimitrov/Bulgaristan*, İHAM, 55861/00, 07/02/2008, § 67.

604 *Becciev/Moldova*, İHAM, 9190/03, 04/10/2005, § 71.

605 *Reinprecht/Avusturya*, İHAM, 67175/01, 15/11/2005, § 39.

606 *A ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 3455/05, 19/02/2009, §§ 203-204. Hatta birçok başvurucu Sözleşme'nin 5(4) hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gereken müdahaleleri adil yargılanma hakkının ihlâli olarak ileri sürmektedirler. Ancak İHAM bu nitelemeleri hatalı bulmakta, başvurucu adil yargılanma hakkının ihlâlini ileri sürmüş olsa bile Sözleşme'nin 5(4) hükmü çerçevesinde inceleme gerçekleştirmektedir. Örnek olarak bkz. *Özçelik/Hollanda*, İHAM, 69810/12, 28/06/2016.

Şu hâlde, adil yargılanma hakkına yönelik usûlî güvencelerin, özgürlükten yoksun bırakmanın özelliklerine uygun bir koruma sağlaması gerekir şeklinde bir cümle daha yerinde olur.[607]

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin başvurabileceği yargı yolu, yeterince belirgin ve ulaşılabilir olmalıdır. Ulaşılabilirlik, kişinin bu yola bizzat ve doğrudan başvurabilmesini gerektirir. Yani mahkemeye başvuru yapılabilmesi, başkaca makamların iyi niyetine veya inisiyatifine bağlı kılınamaz.[608] Ayrıca, bizzat başvuru yapamayacak durumda olan kişilere yönelik ek özel usûlî güvenceler de gerekli olabilir.[609] Örneğin akıl zayıflığı, bağımlılık gibi, taraf ehliyetine etki edecek nitelikleri bulunan kişilerin, tutulmalarının incelenmesini isteyebiliyor olmaları gerekir. Bu gibi hallerde, tutulan kişinin velisine veya vasisine bu olanak sunulması, eğer bu tür bir kişi yoksa, bizzat tutan kurumun bu şekilde hareket etmesi gerekir. Ayrıca böyle hallerde, hak ve yetkilerin kötüye kullanılması olasılığına karşı, tutmanın hukuka uygunluğunun denetimi, veli ve vasilerinin dışında başka bir hukukî temsilci aracılığıyla da istenebilmelidir.[610] Etkililik ise, aşağıda değinileceği gibi, başvurulacak mahkemenin tutmanın kanuniliğini incelemeye ve kişiyi serbest bırakmaya yetkili olması ve bunun pratikte görünür olması ile mümkündür.[611] Strazburg organları önündeki yargılamalarda, bir başvuru yolunun pratikte etkili olduğunu kanıtlama yükü, kural olarak, devletin üzerinde görülmektedir.[612] AYM önündeki yargılamalarda ise Adalet Bakanlığı'nın böyle bir yükümlülüğü yoktur. AYM, etkililik incelemesini, yargı kararlarını taramak suretiyle bizzat sorgulamaktadır. Dolayısıyla bir hukuk yolunun etkisiz olduğunu iddia eden başvurucuların, bu iddialarına dair açıklamalarını ve eğer mümkünse emsal kararlarını ortaya koymalarında fayda bulunmaktadır.

607 *D.N./İsviçre*, İHAM, 27154/95, § 41. Karş. *Mehmet Haberal başvurusu*, §§ 122-123.

608 *Rakevich/Rusya*, İHAM, 58973/00, 28/10/2003, §§ 43-47.

609 *Stanev/Bulgaristan*, İHAM, 36760/06, 17/01/2012, § 171.

610 *D. D./Litvanya*, İHAM, 13469/06, 14/02/2012, § 166.

611 *Baranowski/Polonya*, İHAM, 28358/95, 28/03/2000, § 60.

612 *Sakık ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 23878/94, 26/11/1997, § 53.

Sözleşme'nin md. 5(4) hükmü ve Anayasa'nın md. 19(8) hükmü, (idarî değil) yargı kararıyla tutulan kişilerin salıverilme başvurularını inceleyecek ikinci derece yargı yerleri kurmasını, yani itiraz veya temyiz yolu açmasını zorunlu kılmamaktadır. Ama eğer böyle bir sistem kurulmuş ise, tutulanlara ilk derecede sağlanan güvencelerin kural olarak üst başvuru sırasında da sunulması zorunluluktur.[613]

Şimdi bu açıklamalardan sonra, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin mahkemeye başvuru hakkının unsurlarına geçebiliriz. Bu hak, esasen dört unsur içermektedir:[614]

(1) Söz konusu başvuru, usûlî güvencelere uygun hareket eden ve kişiyi özgür kılma yetkisine sahip bir yargı mercii tarafından görülmelidir.

(2) İnceleme, tutma tedbirinin "kanuniliği" konusunda olmalıdır.

(3) İnceleme "süratle" yapılmalıdır.

(4) İnceleme "makul aralıklarla" yapılmalıdır.

Bu unsurlardan birini taşımayan bir denetim, Anayasa'nın md. 19(8) hükmü ile Sözleşme'nin md. 5(4) hükmünü ihlal eder. Bu unsurlar, "özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkı" yönünden bir ihlal var mı? sorusunu sorarken akılda tutulması gereken bir şablon olarak kullanılabilir.

Şimdi bu unsurlara daha yakından bakalım.

1. İncelemenin, UsûlîGüvencelere Uygun Hareket Eden Bir Yargı Mercii Tarafından Yapılması

Bu başlığın anlaşılabilmesi için öncelikle yargı mercii/mahkeme kavramının anlamı üzerinde durulması gerekiyor. Ardından bu mercii/mahkemenin uyması gereken usûlîgüvenceler üzerinde durabiliriz.

613 *Toth/Avusturya*, § 84; *Rutten/Hollanda*, İHAM, 32605/96, 24/07/2001, § 53 ve *Lanz/Almanya*, İHAM 24430/94, 31/01/2002, § 42.

614 Doğru/Nalbant, s. 406.

a. Yargı Mercii – Mahkeme Kavramı

Sözleşme'nin md. 5(4) hükmü, özgürlükten yoksun bırakılan kişilerin tutmanın kanuniliğini incelemek için bir "mahkeme"ye başvurabilme hakkından bahsetmektedir. Anayasa md. 19(8) hükmü ise bunu, "yargı mercii"ne başvuru şeklinde ifade etmiştir. İlk bakışta bu iki kavramın arasında bir fark varmış gibi görünebilir, fakat İnsan Hakları Mahkemesi'nin "mahkeme" kavramına verdiği anlam dikkate alındığında, bu iki kavram arasında bir uyumun bulunduğu görülmektedir. Strazburg organlarına göre; madde 5(4)'te yer alan "mahkeme" kavramı, ülkenin yargısal sistemiyle bütünleşmiş klasik anlamda bir mahkemeyi zorunlu kılmamaktadır.[615] Bu bakımdan, yürütmeden bağımsız ve tarafsız nitelik taşıyan ve özgürlükten yoksun bırakma türüne uygun yargısal usul güvencelerine sahip olan organlar da -adları "mahkeme" olmasa bile- Sözleşme maddesinde geçen "mahkeme" kavramını karşılayabilirler.[616] Örneğin tek hâkimden oluşan hakimlikler de Strazburg organlarınca "mahkeme" kavramı içinde görülmektedir.[617] Bunun yanında, karşılaştırmalı bir örnek vermek gerekirse, adı mahkeme olmamasına rağmen Birleşik Krallık hukukundaki bir "Şartlı Tahliye Komisyonu" da "mahkeme" kavramının içinde görülmüştür.[618] Yani özgürlükten yoksun bırakma işleminde başvurunun kanuniliğini inceleyen merciin adının "komisyon" veya "kurul" olması tek başına ihlal yaratmaz.

Buna karşın adı "mahkeme" olan her organ da bu koşulu sağlamayabilir. Örneğin Türkiye'de adında "mahkeme" geçen "devlet güvenlik mahkemesi" geçmişte veya "askerî mahkeme" yakın zaman önce, Sözleşme'nin aradığı koşulları taşır görülmemiştir.[619] Yani

615 *X./Birleşik Krallık*, § 53.

616 *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika*, İHAM, 2832/66 et. al., 18.06.1971, §§ 76-78.

617 Eleştiriler için bkz. Trechsel, s. 326.

618 *Weeks/BirleşikKrallık*, § 61; Aksi yönde bkz. *Hussain ve Singh/BirleşikKrallık*, İHAM, 21928/93, 21/02/1996.

619 *Gürkan/Türkiye*, İHAM, 10987/10, 03/07/2012; *Ali Osman Özmen/Türkiye*, İHAM, 42969/04, 05/07/2016; *Kerman/Türkiye*, İHAM, 15132/05, 22/11/2016, §§ 69 vd. Adil yargılanma hakkı bağlamında bkz. *Tanışma/Türkiye*, İHAM, 32219/05, 17/11/2015. Askeri savcılık bağlamında bkz. *Ali Osman Özmen/Türkiye*, §§ 49-58. 357 sayılı Kanun'un 12'inci

Strazburg organları mahkeme kavramına biçimsel değil, özsel bir anlam vermektedirler. Anayasa'daki "yargı mercii" ifadesi de bu yaklaşım çerçevesinde anlamlandırılmalı, Sözleşme ile uyumlu bir yaklaşım sergilenmelidir. Sonuç itibarıyla "yargı mercii" kavramının anlamı, ismine bakılarak değil, söz konusu organın tarafsızlık ve bağımsızlık özelliklerine, kararlarının niteliğine ve sunulan usûlîgüvencelere bakılarak kavranmalıdır.

Türkiye'de itirazı inceleme mercileri CMK'nın md. 268/2-3 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre kararlarına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. İlgili merciler ise şu şekildedir:

> "a) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.
>
> b) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.
>
> c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

---

maddesi, 22 Nisan 2012 tarihinde, askeri savcıların değerlendirmesini Anayasa ile uyumlaştırılacak şekilde değiştirmiştir.

d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre bulundukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.

e) Bölge adlîye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler."

Bu hükümler uygulanırken odaklanılması gereken ilk nokta, tarafsızlık ve bağımsızlıktır. Özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin hukuka uygun olup olmadığını inceleyecek olan yargı merciinde bulunması gereken bağımsızlık ve tarafsızlık özellikleri, "adil yargılanma hakkı" kapsamındaki anlamından farklı değildir. Zaten Türkiye'de söz konusu nitelikler, Anayasa'nın 9'uncu maddesinde, özel bir ayrım gözetilmeksizin bütün mahkemeleri nitelendirmek için kullanılmıştır.[620]

Bağımsızlık kavramı, kamu erklerine; tarafsızlık kavramı ise davanın taraflarına karşı bir güvenceyi anlatır. Strazburg organları, bir savcı, bakan veya akıl hastası bir kişiyle ilgilenen sağlık memurunu[621], bağımsız olmadıkları için bu kapsamda saymamıştır. Mahkeme, az önce değinildiği gibi, geçmişte Anayasa'nın mülga 143'üncü maddesinde düzenlenen Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bünyesinde görev yapan askerî hâkimin, tutuklama kararı verebilecek bağımsız hakim statüsüne de sahip olmadığını belirterek Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[622] Daha yeni tarihli bir kararda ise tek veya askerî kişilerle müşterek olarak, Milli Savunma Bakanlığı ile imzalanan bir sözleşme çerçevesinde, Özel Kuvvetler Komutanlığı için büyük bir yapı kompleksinin inşasına bağlı askerî olan ve olmayan birçok suçu işlemekle suçlanan başvurucunun, tutuklama kararını veren ve inceleyen askerî

620 Tarafsızlık ifadesi 2017 Anayasa değişikliği ile maddeye eklenmiştir.

621 *Keus/Hollanda*, İHAM, 12228/86, 25/10/1990.

622 Örn bkz. *Bülbül/Türkiye*, İHAM, 47297/99, 22/5/2007, §§ 23-24.

mahkemeler bünyesindeki tüm hâkimlerin, davasının mahiyeti ile hiçbir ilgisi olmayan değerlendirmelerden etkilenebilecek olan askerî hâkim ve subaylardan oluşabileceği konusunda haklı olarak kaygı duyabileceğini söylemiş ve ceza alanındaki askerî mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[623]

Anayasa Mahkemesi'nin şimdiye kadarki kararlarında bu yönde bir ihlal belirlemesi olmamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, konuyla ilgili ilkesel tespitlerini ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre:

> "Hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birbirlerinden farklı olmalarına karşın, aynı zamanda birbirleriyle iç içe bulunan kavramlardır. Gerçekten, bağımsız olmayan bir hâkimden tarafsız hüküm vermesi beklenemez. Zira bağımsız olmayan, birtakım baskılara maruz kalan bir hâkimin, hukuka ve vicdanına göre değil de baskı uygulayan güçlerin talepleri doğrultusunda karar verme olasılığı yüksektir. Bu anlamda bağımsızlık kurumsal bir araç olarak tarafsızlığa hizmet etmektedir. Kuvvetler ayrılığı sisteminin geçerli olduğu bir yönetim sisteminde yürütmenin, bir mahkeme önündeki davayı etkilemek amacıyla müdahale etmesi açıkça nesnel tarafsızlık ilkesini ihlal eder (...) Bu noktada doğal hâkim ilkesine aykırı bir şekilde kurulan yargı mercilerinin bağımsız ve tarafsız olamayacakları açıktır. Zira politik kurumların yargıya müdahale etmek ve onu yönlendirmek amacıyla doğal hâkim ilkesine aykırı olarak kurdukları yargı mercilerinin, kendilerini kuran irade doğrultusunda karar alacakları, en azından yargılanan şahıslarda ve toplumda bu yönde makul bir şüphe/güvensizlik oluşturacakları beklenir. Dolayısıyla da bir suçun işlendiği tarihten sonra kurulan mahkemelerin, yargılanan kişide kendisini cezalandırmak üzere kurulduğu ve dolayısıyla tarafsız olmadığı şeklinde meşru bir kuşku uyandırması doğaldır. Bu aşamada bu mahkemelerin somut olarak tarafsızlığı ihlal eden kararlar vermesi gerekmez. Tarafsız karar alamayacaklarına ilişkin şüphelerin nesnel olarak desteklenmesi yeterlidir."[624]

---

623 *Ali Osman Özmen/Türkiye*, op. cit. Adil yargılanma hakkı bağlamında bkz. *Tanışma/Türkiye*, İHAM, 32219/05, 17/11/2015.

624 *Hidayet Karaca başvurusu*, AYM, 2015/144, 14/7/2015, §§ 84-86; *Mehmet Baransu (2) başvurusu*, §§ 64 vd.

Mahkeme'ye göre bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde; üyelerinin atanma şekli ve onların görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir.[625]

Tarafsızlık konusunda ise, denetim yapacak hâkimlerin, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olmaması önem taşır.[626] Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir.[627] Bu kapsamda hâkim, ön yargılı olamayacağı gibi yargıladığı kişilere ve topluma tarafsız olduğu görünümünü vermekle de yükümlüdür. Bu nedenle salt olarak adaletin yerine getirilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda tarafsız biçimde yerine getirildiğinin yargılanan taraflarca görülmesi ve buna inanılması da gerekir. Nesnel tarafsızlık incelenirken, mahkemenin tarafsız olmadığını iddia eden tarafın görüşü önemli ama sonuca etkili değildir. Önemli olan tarafsızlıkla ilgili şüphelerin nesnel olarak haklı gösterilip gösterilmediğidir. Şayet hâkimin tarafsızlığına yönelik meşru bir şüphe varsa o hâkim davadan çekilmelidir. Bunun için hâkimin gerçekten taraflı veya önyargılı davranmış olması gerekmez.[628]

Uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorun, tutmaya karar veren bir kişinin, sonradan tumanın kanuniliğini incelemesi durumu olabilir. Böyle bir durumda, söz konusu hâkimin, tutmanın kanuniliğinin denetimi için başvuru hakkının gerektirdiği tarafsızlığı karşılayamayacağı söylenebilir. Bu bakımdan tutuklama kararının altında imzası bulunan bir asliye ceza hâkiminin, bu kararı verdikten sonra aynı yargı çevresinde ağır ceza yargıcı olarak atanması halinde, söz konusu tutukluluk kararına karşı

625 *Yaşasın Aslan başvurusu*, § 28

626 *Hidayet Karaca başvurusu*, § 81.

627 *Tahir Gökatalay başvurusu*, AYM, 2013/1780, 20/3/2014, §§ 61-62

628 *Hauschildt/Danimarka*, İHAM, 10486/83, 24/5/1989, § 48; *Hidayet Karaca başvurusu*, § 82.

itirazı incelemesi, tarafsızlık ilkesiyle uyumlu olmayacaktır. CMK'nın 23'üncü ve 24'üncü maddelerinin bu çerçevede yorumlanması önem taşır.

Öte yandan, doktrinde soruşturma sürecinde görev yapan ve tutuklama kararı verebilen hâkimlerin kovuşturma sürecinde de faaliyet göstermesinin tarafsızlık sorunu yaratabileceği ileri sürülmektedir.[629] Buna karşın Strazburg organları, yargılama yapan mahkemelerin tutuklamaya da karar vermesinde sorun görmemektedirler.[630] Türkiye'de ise CMK'nın 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrası "Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz" denilerek bir tercihte bulunulmuştur, fakat bu tercih, 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11'inci maddesine göre: "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23'üncü maddesinin 2'inci fıkrası, Kanunun 163'üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz" denilerek konuyu soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılan halleri ile sınırlandırmıştır. Bu sistemin kural olarak Sözleşme sistemi ile uyumsuz olduğunu söyleyemeyiz.

Türkiye'de bu bağlamda, son dönemde yaygın bir tartışma süregelmektedir. 2014 yılında oluşturulan sulh ceza hakimlikleri, bağımsız ve tarafsız olmadıkları gerekçesiyle eleştiriye konu olmuşlardır. Öyle ki Eskişehir 1'inci Sulh Ceza Hakimliği, "Türkiye'de yürütülen soruşturmaların akıbetinin sınırlı sayıdaki hâkimlikler vasıtasıyla siyasi iktidarın inisiyatifine bırakıldığını ve bu durumun, hukuk devleti ilkesi, hak arama hürriyeti, kişi güvenliği ve özgürlüğü ile yargı bağımsızlığı ve doğal hâkim ilkelerini ihlal ettiğini" ileri sürmüş; konuyu somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne kadar taşımıştır. Sulh ceza hâkimlerinin diğer tüm hâkimler gibi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca (HSYK) atandıklarını ve Anayasa'da öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunduklarını belirten Anayasa Mahkemesi, bu

629 Örn. Trechsel, Kıta Avrupası sistemindeki, soruşturmayı başarıyla tamamlamakla sorumlu olan "soruşturma hâkimlerinin" (*invesitating judge*), şüphelinin kaçmasının ve delillerin karartılmasının önlenmesinde menfaati olduğunu, başta verdiği kendi tutma kararlarını inceleyebilecek duruma geleceği için tarafsız olamayacağını savunmaktadır. Trechsel, s. 327.

630 *Ilijkov/Bulgaristan*, İHAM, 33977/96, 26/01/2001, § 97.

hâkimliklerin bağımsızlık yönünden diğer hâkimlerden farklı bir konuma yerleştirildikleri ve bağımsızlık güvencelerinin zayıflatıldığı kanaatini oluşturacak herhangi bir nedenin bulunmadığını belirtmiştir. Sulh ceza hâkimlerinin tarafsız olmadığı iddiasını da değerlendiren Anayasa Mahkemesi, sulh ceza hâkimliklerinin tâbi olduğu Anayasa ve kanun hükümlerinde yer alan ve bağımsızlığı öngören düzenlemeler ile burada görev alacak hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığını temin eden güvenceler karşısında, bunların nesnel açıdan tarafsızlığının bulunmadığının ileri sürülemeyeceğini, hâkimin tamamen kişisel tutumuyla ilişkilendirilen öznel tarafsızlık iddiasının ancak somut, nesnel ve inandırıcı delillere dayandırılarak, görülen davalarda ileri sürülebileceğini ve ilgili usul kanunlarında karşılığı bulunan öznel tarafsızlık meselesinin anayasal denetimin kapsamı dışında kaldığına işaret etmiştir.[631]

Söz konusu olayda, ikinci bir Anayasa'ya aykırılık iddiası daha dile getirilmiştir. Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların o yerde, birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğin; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğin; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğinin; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği tarafından incelenmesinin de tarafsızlık sorunu yarattığı ileri sürülmüştür. Bunun gerekçesi olarak da, sınırlı sayıdaki sulh ceza hâkimlerinden biri tarafından verilen kararlara itirazın aynı sistem içindeki bir merci tarafından kesin olarak karara bağlanmasının, itirazı etkili bir yol olmaktan çıkaracağı savunulmuştur. Bu iddia karşısında, sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmadığına işaret eden Anayasa Mahkemesi, etkili bir denetim sağlandıktan sonra itirazı inceleyen bu merciin yüksek görevli bir merci olması zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir.[632]

631 AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, T. 14/01/2015.

632 Bu tespite katılmayan ve hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünen hâkimlerden

Bu karardan sonra, sulh ceza hâkimliklerinin bağımsızlık ve tarafsızlık koşulunu sağlamadığına yönelik bir iddia, bireysel başvuru yolunda da incelenmiştir. *Hikmet Kopar ve diğerleri* başvurusunda başvurucular, sulh ceza hakimliklerinin tarafsızlık ve bağımsızlık taşımadığını savunmuşlardır, fakat Anayasa Mahkemesi, genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve HSYK tarafından yapılan atama sonucunda görev yapan hâkimlerin, gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareketle, başvuruculara yönelik somut önyargılı bir işlem ve tutum gösterilmeksizin, siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve

---

Haşim Kılıç, Alparslan Altan ve Erdal Tercan'a göre:*"Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 8'inci fıkrasında öngörülen güvenceler çerçevesinde değerlendirildiğinde, öncelikle ilgili (a) bendi ile getirilen tutukluluğa itiraz yolunun kapalı devre işleyen yapısı nedeniyle bireyler açısından makul başarı şansı veren ve şüpheli/sanıklarda güven duygusu oluşturabilen etkili bir yargısal denetim olanağı sunmadığı görülmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere bir yerde iki tane sulh ceza hâkimi bulunuyorsa, ikisi birbirinin kararını denetlemekte ve onaylamaktadır. Bu itibarla, hâkim itiraz başvurusunu karara bağlarken kendi kararlarını denetleyen bir makamın kararlarının denetimini yaptığının bilinciyle hareket etmektedir. Bu açıdan itiraz başvurusunu değerlendiren sulh ceza hâkimlikleri arasında bir kısır döngü gerçekleşmekte ve bu kısır döngü/kapalı devre sistemi sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı benimsenen itiraz usulünün 'etkili olmayan ve görünüşte bir denetim' olmasına yol açmaktadır (…) kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına en ağır müdahaleyi içeren koruma tedbirinin farklı ve daha üst mahkemelerce farklı bakış açılarıyla denetimden geçirilmesi olanağını ortadan kaldıran, 'iç körlük' olasılığının yüksek olması nedeniyle kişisel önyargı/tercihlerin kararlara yansıması ve teknik-hukukî hataların yapılması riskini oldukça artıran, bu nitelikleriyle toplumda ve özel olarak ceza soruşturmalarına muhatap bireylerde güven duygusunu zedeleyen itiraz konusu düzenleme Anayasa'nın 19'uncu maddesine de aykırıdır."* Ali Feyyaz Paksüt'e göre; *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7'inci Protokol'ün 2'inci maddesinin 1'inci maddesinde, bir ceza mahkûmiyeti alan herkesin, bu mahkûmiyet veya cezanın daha üst bir mahkemece incelenmesini isteme hakkına sahip olacağı öngörülmüştür. Bir mahkûmiyetin tekrar incelenmesinin, tarafsız olmak koşuluyla, cezayı verenden daha üst bir mahkemece incelenmesi, temyiz kurumunun mahiyeti icabıdır ve genel kabul gören, evrensel bir ceza hukuku ilkesidir. Aynı mantığın ve tekrar inceleme kurumunun niteliğinden kaynaklanan bu özelliğin, bir başka kanun yolu olan itiraz kurumu bakımından geçerli olmadığı söylenemez (…) itiraz merciinin üst düzeyli yargı organları varken, yasa koyucunun bunu istediği herhangi bir biçimde çözüme bağlamakta takdir yetkisine sahip bulunduğu şeklinde anlaşılamayacağı açıktır."* Hâkim Serdar Özgüldür de:*"Sulh ceza hakimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesinde, kural olarak 'numara olarak kendisini izleyen' sulh ceza hakimliğinin görevli olacağı ilkelerini benimseyen kuralın, sanık hakları yönünden yeterince bir güvence sağlamadığı, belirlilik (dolayısıyla hukuk devleti) ilkesi ile örtüşmediği, etkili bir kanun yolu olarak nitelendirilemeyeceği, dolayısıyla Anayasa'nın 2'inci ve 36'ıncı maddeleri uyarınca Anayasa'ya uygun düşmediği"* kanaatindedir.

tarafsız davranmadıklarını kabul etmenin mümkün olmadığını söylemiş ve bu yöndeki bir iddiayı açıkça dayanaktan yoksun görmüştür.[633]

Bu karardan hareketle şu iki sonucun kaydedilmesinde yarar bulunmaktadır: Sulh ceza hâkimliklerinin, norm denetimine konu olan dayanakları[634], 10 yıl boyunca somut norm denetimine tabi olmayacaktır.[635] Bunun bir diğer sonucu da avukatların, soyut bir şekilde ve/veya bu normatif temellerden hareketle hak ihlali iddialarının reddedileceğidir. Zira sulh ceza hakimlikleri, normatif temelleri itibarıyla anayasaya uygun görülmüştür. Bununla birlikte her bir olayda hâkimin tamamen kişisel tutumuyla ilişkilendirilen öznel tarafsızlık iddiaları somut, nesnel ve inandırıcı delillere dayandırılarak, görülen davalarda ileri sürülebileceklerdir ve bu bağlamda ortaya çıkacak tarafsızlık sorunları, bireysel başvuruya konu edilebilir. Mahkeme, bu tür iddiaları somutlaştırılması kaydıyla, olaya özgü olarak incelemeye açık görünmektedir. Nitekim yakın zaman önce de Venedik Komisyonu'nun Türkiye'deki sulh ceza hakimlikleri konusunda eleştirel bir rapor yayımladığı akılda tutulmalıdır.[636]

İkinci olarak; tarafsız ve bağımsız yargı merciinin, yaptığı incelemeden sonra tutmanın kanuna uygun olmadığı kanaatine ulaşması durumunda, serbest bırakma yetkisinin olması gerekir. Bu gereklilik, söz konusu merciin, ilk kararı veren organın yerine yeni bir karar vermesini içermez. Bununla birlikte, tutmanın kanuna uygun olmadığının görüldüğü yerde, "serbest bırakma" yetkisinin olması ve bunun doğrudan icra edilebilir olması gerekir. Örneğin, bir kişinin serbest bırakılması için bağlayıcı nitelikte olmayan, sadece tavsiye görüşü verme yetkisine sahip bir merci, bu niteliği taşımaz.[637] Söz konusu merciin kararının dolaylı olarak serbest

633 *Hikmet Kopar ve diğerleri başvurusu*, §§ 114-115.

634 5235 sayılı Kanun'un sulh ceza hâkimliklerinin kuruluşunu düzenleyen 10'uncu maddesi ile 268'inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri.

635 Anayasa md. 152/son hükmü uyarınca "Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

636 Rapor için bkz. http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/11/01/CDL-AD(2017)004_TR.pdf

637 *Weeks/Birleşik Krallık*, § 61.

bırakmayı sağlayacak olması da yeterli değildir.[638] Benzer şekilde, hâlâ özgürlüğünden yoksun olan bir kişiye sadece tazminat verebilecek olan bir mahkeme de bu koşulu sağlamış olmayacaktır.[639] Özgürlüğünden yoksun kalan kişinin tutulmasının hukuksallığının denetiminin yapıldığına ve serbest kalmasının mümkün olduğuna ilişkin örnek bulunması gerekir.[640]

Son olarak; tutmanın kanuniliğini inceleyen merciin önündeki yargılamada, bir takım usûlî güvencelerin bulunması gerekir. Değinildiği gibi, tutmanın kanuniliğine ilişkin denetimin, adil yargılanma hakkı bünyesindeki güvenceleri aynen içermesi gerekmez, çünkü bu iki hükmün amacı farklıdır.[641] Bununla birlikte söz konusu denetim, adil yargılamanın gereklerini mümkün olan en geniş ölçüde içermelidir.[642] Ayrıca, ilgili kişiye söz konusu özgürlükten yoksun bırakma türüne uygun güvencelerin tanınması gerekir.[643] Bu kanunilik denetiminin yeterli güvenceler sağlayıp sağlamadığını belirleyebilmek için, denetimin yer aldığı özel koşulların göz önünde tutulması gerekir.[644] Bu bakımdan adil yargılanma hakkı bünyesinde yer alan bazı haklar, özellikle öne çıkmaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

- Çelişmeli yargılanma ve silahların eşitliği
- Duruşma hakkı,
- Başvuru yapmak için yeterli zaman ve kolaylık hakkı
- Gerekçeli karar alma hakkı

Şimdi bu haklara, kişi özgürlüğü bağlamında daha yakından bakalım.

---

638 *Buishvili/Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 30241/11, 25/10/2012, § 41.

639 Müebbet cezası aldıktan sonra şartlı tahliye edilen bir kişinin yeniden tutulması yönündeki tedbire karşı başvurulan mercii, tutmanın müebbet cezasının amaçlarıyla uyumlu olup olmadığını inceleme yetkisi olmadığı gerekçesiyle uygun görülmemiştir. Bkz. *Weeks/Birleşik Krallık*, op. cit.

640 *Sakık ve diğerleri/Türkiye*, § 53.

641 *Reinprecht/Avusturya*, İHAM, 67175/01, 15/11/2005, § 39.

642 *Lietzow/Almanya*, İHAM, 24479/94, 13/02/2001, § 44.

643 *Nikolova/Bulgaristan*, § 58.

644 *Megyeri/Almanya*, İHAM, 13770/88, 12/05/1992, § 22.

b. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri

Tutuklama kararına ilişkin bir itiraz yargılaması çelişmeli olmalı ve taraflar arasında, yani savcı ile tutuklu kişi arasında silahların eşitliğini sağlamalıdır.[645] Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları bakımından aynı koşullara tabi tutulmaları ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir. Taraflardan birine tanınıp diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır.[646] Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını gerektirmektedir. Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olup bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi durumunda davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır.[647]

Silahların eşitliğinin sağlanması için tarafların, diğer tarafın sunduğu görüşlerden haberdar olması ve buna karşı görüş sunmak için gerçek bir olanağa sahip olması gerekir. Bu bakımdan, eğer bir duruşma yapılır ve savcı duruşmada hazır bulunur ise başvurucunun o duruşmada bulunmaması, silahların eşitliğini sağlamayacaktır.[648] Benzer şekilde başvurucunun tutukluluğuna neden olacak savcı görüşlerinin başvuruculara tebliği edilmemesi de aynı temelden ihlal üretir. Örneğin tutuklu bir kişi bir defa tahliye edilmişse savcının bu karara itirazı mutlaka tarafa tebliğ edilmelidir.[649]

---

645 *Schöps/Almanya*, İHAM, 25116/94, 13/02/2001; *Lietzow/Almanya*, İHAM, 24479/94, 13/02/2001; *Garcia Alva/Almanya*, İHAM, 23541/94, 13/02/2001; *Svipsta/Letonya*, İHAM, 66820/01, 09/03/2006. AYM yönünden bkz. *Hikmet Yaygın başvurusu*, AYM, 2013/1279, 30/12/2014, § 30.

646 *Bülent Karataş başvurusu*, AYM, 2013/6428, 26/6/2014, § 70.

647 Ibid., § 71.

648 *Toth/Avusturya*, §83.

649 *Oravic/Hırvatistan*, İHAM, 51249/11, 11/07/2017, §§ 68-71.

Bunun yanında, gerçek bir çelişmeli yargılamanın olması için başvurucunun dosyaya giren esaslı bilgi ve belgelerden haberdar olması gerekir. Örneğin *Ali Rıza Kaplan/Türkiye* kararında başvurucu tarafından farklı yıllarda yapılan itirazların incelenmesi sırasında, Ağır Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet savcısını yazılı görüşünü sunmaya davet etmiştir. Savcı, bu mahkeme önünde yazılı görüşlerini sunarak, itirazın reddini talep etmiştir. Başvurucu ve avukatı, bu görüşlerin kendilerine tebliğ edilmemesi nedeniyle savcının görüşüne cevap verme imkânına sahip olamamışlardır. Ağır Ceza Mahkemesi, savcının görüşü doğrultusunda karar vererek söz konusu itirazları reddetmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucu ya da avukatına Cumhuriyet savcısının görüşünün tebliğ edilmemesi ve başvurucu ya da avukatının bu görüşe cevap verme imkânlarının bulunmaması nedeniyle taraflar arasında silahların eşitliği ilkesine riayet edilmemesini göz önünde tutarak, iç hukukta öngörülen hukuk yolunun Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının gereklerini karşılamadığı kanaatine varmıştır.[650]

Ulusal mevzuat, bu gerekliliği farklı şekillerde yerine getirebilir, ancak mevzuat tarafından benimsenen söz konusu yöntem, savunma makamına, sunulan görüşlerden haberdar olma ve bunlara karşı diyeceklerini gerçek anlamda söyleyebilme imkânı tanımalıdır.

Türkiye'nin iç mevzuatına bakacak olursak; CMK'nın 270'inci maddesi uyarınca itirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Merci, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi, gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir. İşte savcının salıverilme talebinin reddi yönünde yazılı görüşlerinin, başvurucuya ve avukatına iletilmemesi ihlal yaratır. Örneğin bu tür bir bildirimin yapılmadığı *Fikri Yakar/Türkiye* kararında Mahkeme, o dönemki CMK hükmü uyarınca savcının mütalaasının başvurucuya veya avukatına tebliğ edilmesini veya re'sen alınmasını talep etme hakkı verilmediğini kaydederek ihlal kararı vermiştir.[651]

650 *Ali Rıza Kaplan/Türkiye*, İHAM, 24597/08, 12/11/2014, §§ 33-36.

651 *Fikri Yakar/Türkiye*, İHAM, 23639/10, 22/05/2012, §§ 53-56; *Ali Rıza Kaplan/Türkiye*, § 34.

AYM de CMK'nın aktarılan hükmünün geçerli olduğu zamandaki müdahalelerle ilgili aynı yönde ihlal kararları vermektedir. Ancak CMK'nın 270'inci maddesinde 2013 yılında yapılan değişiklik uyarınca bugün, "101 ve 105'inci maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş, şüpheli, sanık veya müdafiine bildirilir. Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir." Söz konusu değişiklik hükmü Sözleşme'ye uyumlu hale getirmiştir. Buna uyulması, çelişmeli yargılama yönünden büyük önem taşımaktadır. Şu hâlde tutukluluk ve/veya tutukluluğa itiraz incelemeleri sırasında alınan **savcılık görüşünün şüpheli veya sanık ya da müdafiine bildirilmemesinin**ihlal üreteceğini açıktır.[652] AYM önündeki davalarda söz konusu sorun, farklı bağlamlarda ihlal nedeni olarak gündeme gelmiştir. Bu bakımdan, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi başsavcısının görüşünün[653]; Danıştay Başsavcılığı görüşünün[654]; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinin[655] ve yeniden yargılama talebine ilişkin inceleme sırasında Cumhuriyet savcısından alınan görüşün taraflara tebliğ edilmemesi[656] bu tür örneklerden bazılarıdır.[657]

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yaklaşımı yerleşik olmakla birlikte Mahkeme, ilk kez *Devran Duran* kararında bu yaklaşımına yönelik

652 *Firas Aslan ve Hebat Aslan başvurusu*, AYM, 2012/1158, 21/11/2013, §§ 76-80; *Mehmet Haberal başvurusu*, §§ 131- 132; *Hikmet Yayğın başvurusu*, §§ 41-42; *Ahmet Uğur Soylu başvurusu*, AYM, 2012/1036, 15/10/2014, §§ 37-40; *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir başvurusu*, AYM, 2014/2626, 27/10/2016, §§ 63-66; *Erman Ergin başvurusu*, AYM, 2014/2680, 27/10/2016, §§ 33-36. Anayasa Mahkemesi, kararın incelenmesinde Cumhuriyet savcısından tutukluluğun devamı yönünde bir görüş alınmadığı gibi kendisinden de bu hususta bir görüş sorulmadığı anlaşıldığı hâllerde açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermektedir. Örn. bkz. *Seyfi Polat başvurusu*, AYM, 2013/7020, 2/12/2015, §§ 62-63

653 *Yaşasın Aslan başvurusu*, §§ 32-37; *Kamil Koç başvurusu*, AYM, 2012/660, 07/11/2013, §§ 42-48; *Ramazan Tosun başvurusu*, AYM, 2012/998, 07/11/2013, §§ 33-42; *Muharrem Keserci başvurusu*, AYM, 2012/575, 08/05/2014, §§ 43-55.

654 *Ahmet Teyit Keşli*, AYM, 2013/2237, 18/09/2014, §§ 55-65; *Abdulselam Tunç başvurusu*, AYM, 2013/6986, 05/11/2014, §§ 56-66; *Zeki Güngör başvurusu*, AYM, 2013/8491, 31/03/2016, §§ 46-57; *Fahri Gösteriş başvurusu*, AYM, 2013/1297, 13/04/2016, §§ 27-37.

655 *Gürhan Nerse başvurusu*, AYM, 2013/5957, 30/12/2014, §§ 33-40; *Zekayi Çelebi başvurusu*, AYM, 2014/5633, 18/05/2016, §§ 25-30; *Özgür Murat Engin başvurusu*, AYM, 2014/7806, 21/09/2016, §§ 38-44.

656 *Lale Çeliker başvurusu*, AYM, 2014/7806, 21/09/2016, §§ 24-31.

657 *Devran Duran başvurusu*, AYM, 2014/10405, 25/05/2017, § 141.

bir **istisna** getirmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hâlihazırda karşılık bulmayan[658] bu istisnaî çıkarımın normatif dayanağı, AYM Kanunu'nun 48'inci maddesidir. Bu maddenin 2'nci fıkrasına göre:

> "Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından *önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı* başvurularda (…) başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

Somut olayda bu kriteri uygulayan AYM, şu şekilde bir sonuca ulaşmıştır:

> "Cumhuriyet savcısı tarafından bildirilen yazılı görüşün anılan görüş yazısında, başvurucunun ayrıca cevap vermesini gerektiren daha önce ileri sürülmemiş herhangi yeni bir olgudan bahsedilmemiş hatta hiçbir olguya veya gerekçeye yer verilmemiştir. Öte yandan başvurucu; anılan görüş yazısında, cevap vermesini gerekli kılan ve daha önceden haberdar olmadığı yeni bir olgunun bulunduğunu ileri sürmediği gibi bu hususta herhangi bir açıklama da yapmamıştır. Son olarak itirazın reddine ilişkin Mahkeme kararında, hükmün Cumhuriyet Savcısı'nın görüşüne uygun olduğu belirtilmişse de Savcılık görüşünde yer alan herhangi bir olguya atıf yapılması veya bu görüşe dayanılması söz konusu değildir. (...) Tutukluluğa ilişkin itiraz incelemesi sırasında alınan Savcılık görüşünün kendisine bildirilmemesi nedeniyle ciddi anlamda zarar gördüğü, bu görüşün kendisi için ne denli önemli olduğu hususunda başvurucunun herhangi bir açıklamasının bulunmadığı da gözetildiğinde başvurunun bu kısmı açısından önemli bir zararın olmadığı kanaatine varılmıştır."[659]

---

658 Mahkeme, adil yargılanma hakkıyla bağlantılı bir kararında Danıştay savcısının görüşlerinin başvurucuya iletilmemiş olmasını çelişmeli yargılama yönünden "önemsiz" görmüştür. Mahkeme'yi bu sonuca ulaştıran unsurlar (1) Savcı görüşünün, başvurucunun yorumlarını gerektirecek yeni herhangi bir sorun içermemesi, (2) Başvurucuların, söz konusu görüşe yanıt olarak davanın incelenmesi için yeni ve uygun belgeler ileri sürdüklerini kanıtlayamamaları, (3) Danıştay'ın temyiz başvurusunu reddinin bu görüşe dayanmamasıdır. *Kılıç ve diğerleri/Türkiye*, 33162/10, 03/12/2013, §§ 23-24. Öte yandan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden aksi yönde bkz. *Altınok/Türkiye*, §§ 57-61.

659 Ibid., §§ 118-120.

Bu karardan anlaşılan şey, dosyaya sunulmakla birlikte yeni bir olgu veya gerekçe içermeyen savcılık bildirimlerinin, başvuruculara iletilmemesinin ihlal oluşturabilecek olsa da "kişisel önem" taşımamasından dolayı kabul edilemez bulunabilecek olmasıdır. Bu eşiğin aşılması için başvurucuların, bu nitelikteki savcı görüşünün kendilerince yanıtlanmasının gerekliliğini ortaya koymaları gerekmektedir.

Çelişmeli yargılamayla ilgili dikkat çeken bir diğer sorun, **soruşturma veya dava dosyasına erişime yönelik kısıtlama kararlarıdır**. Şayet avukatın, müvekkilinin tutukluluk halinin yasallığına etkili bir biçimde itiraz edebilmesi için büyük önem taşıyan dosya unsurlarına erişimi reddedilmişse silahların eşitliği ilkesi sağlanmamış sayılacaktır.[660] Buna karşın; kişinin ifadesi alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş ve başvurucunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda mahkeme, başvurucunun tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğuna, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip olduğuna ve bu nedenle de tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiğine karar vermektedir[661] Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir.[662]

Türkiye'de CMK'nın md. 153 hükmünde; soruşturma evresinde müdafiin, dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, maddenin devam eden fıkralarında, bazı suçlar yönünden müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümdeki "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme" ölçütü açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır. Öte yandan, bu hükümde ölçülülük kaydına yer verilmesi gerekirdi.

660 *Bağrıyanık/Türkiye*, İHAM, 43256/04, 05/06/2007, § 51; *Güner/Türkiye*, İHAM, 10914/11, 16/05/2017, § 26.

661 *Günay Dağ ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/1631, 17/12/2015, § 76.

662 *Hidayet Karaca başvurusu*, § 107.

Ne var ki böyle bir kayda yer verilmemiş olması bu tedbire ölçüsüz ve kategorik şekilde başvurulabileceği anlamına gelmez. Anayasa'ya uygun yorum bunu gerektirir. Kısıtlama tedbirine istisnaî hallerde başvurulması ve savunmanın esaslı bir şekilde kısıtlanmaması önem taşır.[663]Aksi hâlde başvurucu, kendisini şüpheli duruma sokan kişilerin ifadelerine, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi neticesinde elde edilen bilgilere (CMK md. 135-138), gizli soruşturmacının topladığı delillere (CMK md. 139), teknik araçlarla izleme sonucu ulaşılan verilere (CMK md. 140) erişmeyecek ve etkili itirazlarda bulunamayacaktır. Yani başvurucuların, haklarında verilen kararın kanuni olup olmadığını değerlendirmeleri için önemli bilgilere ve belgelere erişmesi gerekir. Ayrıca bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, başvurucudan delillerin savunması için özel bir öneme sahip olduğunu göstermesigibi bir koşula da bağlanamaz.[664] Çünkü konu silahların eşitliği meselesidir ve savcı için böyle bir koşul yoktur.

Kısıtlılık kararının aktarılan bakış açısıyla verilmemesi halinde ihlal kararı çıkması olasıdır. Örneğin *Şık/Türkiye* davasında, başvurucuya isnat edilen bir terör örgütünün üyesi olmak veya örgüte yardım etmek ve desteklemek şeklindeki suçlamalara dayanak olan başlıca deliller, telefon dinlemeleri ile ilgili tapelerin dışında, üçüncü kişilerde bulunan bilgisayar ve dosyalardır. Mahkeme, bu davada, soruşturma sürecinde, yakalanmasından itibaren 6 ay boyunca, söz konusu delillerin gizliliğinin ileri sürüldüğünü ve başvuranın veya avukatının, tutukluluğun kanuniliğine itiraz edebilmek için temel öneme sahip belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye sahip olmadığını söyleyerek ihlal kararı vermiştir.[665] Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken, bir terör örgütünün talebiyle kitap yazdığı iddia edilen başvurucu aleyhine olan bütün delillerin (kitap yazma talimatı verdiği düşünülen kişilerin ifadeleri vs.) soruşturmanın erken aşamalarında toplandığını ve delilleri oluşturan belgelerin,

663 Örn. bkz. *Gorny/Polonya*, İHAM, 50399/07, 08/06/2010, § 40 vd.; *Dochnal/Polonya*, İHAM, 31622, 18/09/2012.

664 *Migon/Polonya*, İHAM, 24244/94, 25/06/2002, § 79.

665 *Şık/Türkiye*, İHAM, 53413/11, 08/07/2014, § 72; *Nedim Şener/Türkiye*, İHAM, 38270/11, 08/07/2014, § 83.

başvurucunun bilgisine sunulmasının soruşturmanın düzgün şekilde yürütülmesini engellemeyeceğini de kaydetmiştir.[666]

Fakat her kısıtlılık kararı da ihlal üretmez. Örneğin *Ceviz/Türkiye* kararında ise her ne kadar başvurucunun ve avukatının dosyaya erişimine ilişkin kısıtlama kararı verilmişse de İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararı vermemiştir. Bu olayda başvurucuya savcının ifade aldığı süreçte ve sonradan sorgu sırasında davada gündeme gelen telefon görüşmeleri, diğer şüphelilerin ifadeleri ve tutuklama kararının dayanağı olan teknik takip hakkında sorular sorulmuştur. Ayrıca başvurucunun müdafii, tutukluluğun kanuniliğine ilişkin itiraz yaptığında bu telefon görüşmelerinin dökümlerine ve teknik takip tutanaklarına atıf yapmıştır. Mahkeme, bu olguları kaydetmiş ve somut olayda bu yönden bir ihlalgörmemiştir.[667]

Kısıtlılık kararı, ilkin haklı görülecek olsa bile millî güvenlik, suçların araştırılmasına ilişkin polisiye yöntemlerin gizli kalma gerekliliği ya da üçüncü bir kişinin temel haklarının ve kamu düzeninin korunması amacıyla gerektiği gerekçeleriyle verilebilir. Bununla birlikte, savunmanın haklarının kısıtlanmasıyla sebep olunan zorlukların yargılama sırasında yeteri kadar giderilmesi gerekir.[668] Öte yandan, davanın içeriğinden başvurucunun tutukluluğa itirazını mümkün kılan belge ve bilgilere sahip olduğu anlaşıldığında da ihlal oluşmaz. Örneğin *Güner/Türkiye* kararında suç örgütü kurmak ve kredi kartı dolandırıcılığı şüphesiyle gözaltına alınıp tutuklanan başvurucunun ifadesi ve sonra da sorgusu avukatının da katılımıyla alınmıştır. Bu aşamalarda başvurucuya ait ele geçirilen telefon konuşmaları okunmuş ve bunlara ilişkin sorular sorulmuştur. Başvurucu bu sorular üzerine söz konusu konuşmaları yaptığını inkâr etmemiş fakat konuşmaların kendisinin suçlu olduğunu kanıtlamadığını ileri sürmüştür. Hâkim önündeki sorgusunda da başvurucu bir suç örgütünde bulunduğunu reddederek, yeniden ele geçirilen telefon görüşmelerinin suçlu olduğunu kanıtlanmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre bu

666 *Şık/Türkiye*, § 74.

667 *Ceviz/Türkiye*, İHAM, 8140/08, 17/07/2012, § 40.

668 *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 3455/05, 19/02/2009, § 205.

veriler, başvurucu ve avukatının dosyadaki kısıtlama kararına rağmen dosyanın içeriği hakkında bilgi sahibi olduklarını ve tutuklama kararına gerektiği gibi itiraz edebileceklerini göstermektedir. Dolayısıyla Sözleşme md. 5/4 hükmü yönünden ihlal yoktur.[669]

Aktarılan yaklaşım, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen "kısıtlama kararları" ile ilgili olaylarda da aynen benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesi, tıpkı Strazburg organları gibi, öncelikle erişimi kısıtlanan bilgi ve belgelerin başvurucuya yönelik isnat ile ilgili olup olmadığını değerlendirmektedir. Örneğin *Mustafa Başer ve Metin Özçelik* kararında soruşturma dosyasındaki belgelerin kendilerine verilmemesinden yakınan başvurucuların itiraz haklarının etkili kullanımına engel olduğu yönündeki iddiaları, söz konusu belgelerin "fikir ve eylem birliği içinde oldukları iddia edilen emniyet görevlisi şüphelilerin yürüttükleri bir kısım soruşturmaya" ait olması ve "bu belgelere dayanılarak başvuruculara bir suç isnat edilmediği" gerekçesiyle kabul görmemiştir. Mahkeme, bu tespitinin yanında, başvurucuların bu taleplerini soruşturma makamlarına ilettiklerine yönelik bir bilgi veya belge de bulunmadığını kaydetmiş ve ihlal iddiasını reddetmiştir.[670]

Anayasa Mahkemesi, erişimin kısıtlanmasının başvuruculara yönelik suç isnadı ile ilgili olduğu hallerde ise bu isnattan esası itibarıyla haberdar olunup olunmadığına bakmakta ve eğer bu mevcut ise ihlal iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmaktadır. Örneğin tutuklu bulunan başvurucuların, soruşturma dosyasına erişimine yönelik "kısıtlama kararı"nın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiasının tartışıldığı önemli kararlardan biri olan *Günay Dağ ve diğerleri* başvurusunda Mahkeme, söz konusu ihlal iddiasını şu gerekçeyle açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur:

> "Cumhuriyet Savcılığı ve sorgu sürecinde alınan savunmaları incelendiğinde başvuruculara, isnat edilen suçun içeriğine yönelik bilgi verildiği, isteyen müdafilere suçlamaya dayanak bir kısım belgeleri ve soruşturma dosyasını inceleme imkânı sağlandığı, başvurucuların

669 *Güner/Türkiye*, İHAM, 10914/11, 16/05/2017, §§ 26-28.

670 *Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusu*, AYM, 2015/7908, 20/01/2016, § 174.

haklarındaki suç isnadına ilişkin temel bilgilere sahip olarak müdafileriyle birlikte suç isnadına dayanak olan belge ve delillere yönelik vasıflandırma da yapmak suretiyle ayrıntılı şekilde savunma yaptıkları görülmektedir. Yine başvurucuların, tutuklama kararlarına karşı yaptıkları itiraz kapsamında sundukları dilekçelerinde usul ve esasa ilişkin olarak ayrıntılı bir biçimde savunmada bulundukları tespit edilmiştir. Öte yandan, başvurucuların 5271 sayılı Kanun'un 153'üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak kuralda belirtilen ifadelerini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklara erişimlerinin kısıtlandığı yönünde bir şikâyetleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucuların ve müdafilerinin isnat edilen suçlamaya ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır (…) Suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı ile suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvuruculara veya müdafilerine bildirilmiş ve başvuruculara bunlara itiraz etme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında salt kısıtlılık kararı nedeniyle başvurucuların soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldıkları ve bu itibarla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğinin kabulü mümkün değildir."[671]

Benzer iddiaların tartışıldığı *Tamer Morkoç* kararında da benzer tespitlerde bulunulmuştur. Olay, "Gezi Parkı olayları" sırasında Ankara Kuğulu Park'ta ve Kızılay'da devam eden gösterilerde kamu binalarına taş ve sopalarla saldırılması, barikat kurulması, kamu kurumlarının işgaline teşebbüs edilmesi, kolluk güçlerine molotoflu ve havai fişekli saldırıda bulunulması, Türk bayrağının yakılması ve görevli memura etkin direnişte bulunulması gibi eylemlerle bağlantılı bir soruşturmayla ilgilidir. Başvurucu, bu soruşturma kapsamında tutuklanmış ve ayrıca soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması kararı alınmıştır. Başvurucu, bu karardan dolayı tutuklama kararına etkili şekilde itiraz edememekten yakınmaktadır. Mahkeme, bu olayda da öncelikle başvurucuya, kolluk, savcılık ve sorgu süreçlerinde, suçlanmasına esas alınan eylemlerin neler olduğuna dair detaylı açıklama yapıldığını, özellikle başvurucuya ait 6

671 *Günay Dağ ve diğerleri başvurusu*, § 177.

tane fotoğrafın gösterildiğini, suçlamaya ilişkin sorular yöneltildiğini tespit etmiştir. Başvurucunun suç isnadına ilişkin temel bilgilere sahip ve delillerden haberdar olarak, müdafileri ile birlikte savunma yaptığını kaydeden Mahkeme, şu sonuca ulaşmıştır:

> "Suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı ile suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvurucuya veya müdafilerine bildirilmiş ve başvurucuyu bunlara itiraz etmek imkânı verilmiş olması dikkate alındığında, salt kısıtlılık kararı nedeniyle başvurucuların soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldığı ve bu itibarla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğinin kabulü mümkün değildir."[672]

Mahkeme, bu tür olaylarda, ifade alma tutanağı ve tutuklamaya sevk kararlarına odaklanmaktadır. Bu belgelerde suçlamaya dayanak yapılan delillerin ayrıntılı şekilde bildirilmiş ise ve başvurucuların suçlamalara karşı beyanda ve savunmada bulunmuşlar ise ve/veya tutukluluğa itiraz dilekçesinde, başvurucuların dosyanın içeriğinden haberdar olduğuna işaret edecek bilgiler var ise Mahkeme, tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere erişimin var olduğu sonucuna ulaşmaktadır.[673]

Bu kararlardan anlaşılacağıgibi bu tür olaylarda Anayasa Mahkemesi, suç isnadının açıkça ortaya konulup konulmadığını, başvurucunun kolluk ve savcılık önündeki ifadelerini, sorgu sırasındaki beyanlarını dikkate almaktadır. Mahkeme, dosyadaki yazılı/sözlü savunma belgelerini incelemekte, başvurucuların, tutuklama sürecinin başında neyle ilgili suçlandıklarına ilişkin yeterli bilgiye sahip oldukları kanaatine ulaştığında "açıkça dayanaktan yoksunluk" kararı verme eğilimindedir. Ancak tam olarak bu noktada, kişinin tutukluluğunun ve kısıtlama kararının uzadığı durumlarda ihlal olasılığının artacağını vurgulamak gerekir. Anayasa Mahkemesi, böyle hallerde sorunu, tutukluluk süresinin uzunluğu ile birlikte ele almakta ve ihlal sonucuna ulaşabilmektedir. Örneğin kamuoyunda "İzmir Askerî Casusluk Davası" olarak bilinen

672 Ayrıca bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar başvurusu*, § 50.

673 *Fatih Yazar başvurusu*, § 68.

davayla ilgili olan *Yavuz Pehlivan ve diğerleri başvurusu* bunun önemli bir örneğidir. Bu olayda başvurucu, "suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin etme" suçlarından tutuklanmıştır. Başvurucular hakkında dava açıldıktan sonra dava dosyasına erişimin kısıtlanması kararı verilmiştir.[674] Başvurucular, bireysel başvurusunda, suç örgütüne üye olduğuna ilişkin hangi delilin bulunduğunu bilmediklerini, haklarındaki iddiaların kaynağının üçüncü bir şahıstan ele geçirilen ve kimin yazdığı belli olmayan dijital bilgilere dayandığını, bu dijital verinin ilk ve son kaydedeninin kendileri olmadığını, sadece dosyanın "yol" bölümünde isimlerinin geçtiğini ileri sürmüşlerdir. AYM, bu olayda öncelikle üçüncü kişilerden ele geçirilmiş ve suçlamanın temelini teşkil eden esaslı delillere ulaşılamamasının belli bir süreye kadar makul karşılanabilir olduğunu söylemişse de, böyle durumlarda diğer tutukluluk durumlarına kıyasla tutukluluğun devam ettirilmesi yönünden daha özenli davranılması gerektiğinin altını çizmiştir.[675] Somut olayda 1 yıl 2 aydan, 1 yıl 9 aya kadar değişen sürelerle tutuklu bulunan başvurucuların, suçlamaya dayanak olgulardan yeterince bilgi sahibi olamadıkları ve bunları sorgulama imkânı bulamadıklarında, başvurucuların serbest bırakılmayı isteme haklarını etkili bir şekilde kullanmalarının oldukça zorlaşacağını kaydeden Mahkeme, bu olayda ilgili ve yeterli delilin bulunmaması ile çelişmeli yargılama unsurlarını beraber kavramış ve her iki yönden de birlikte ihlal kararı vermiştir.[676] Şu halde, kısıtlama kararı, yargılamanın başlangıcında kabul edilebilir olsa da, ilgili ve yeterli gerekçenin de bulunmadığı bir tutuklama sürecinin uzadığı hallerde kabul edilebilir olmaktan çıkacaktır.

Son olarak, dosyaya ilişkin esaslı bilgi ve belgelerin sunulması sorununun, farklı alanlarda da görünür olabileceği unutulmamalıdır. Örneğin *Chahal/Birleşik Krallık* kararında, başvurucuya sadece sınır

674 *Yavuz Pehlivan ve diğerleri başvurusu*, §§ 12-20

675 Ibid., § 87.

676 Ibid., § 88. Askeri casusluk davası ve dijital deliller bağlamında silahların eşitliği ilkesinin "adil yargılanma hakkı" bağlamında tartışıldığı karar için bkz. *Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/253, 9/1/2015.

dışı nedenlerinin bir özetinin verilmiş olması da bu hakkın ihlalinin nedenlerinden biri olarak gösterilmiştir.[677]

c. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Duruşma Hakkı

Tutukluluğa karşı itiraz başvurusu yapılan mahkeme tarafından etkili şekilde dinlenilme, sözü edilen hak yönünden de önde gelen bir güvencedir. Özellikle bir kişinin suç isnadına dayanarak tutulduğu hallerde, bir duruşmanın yapılması gerekir.[678] Söz konusu duruşmanın çelişmeli olması ve doğal olarak kişinin hukuken temsil edilebilmesinin sağlanması ve gerekirse tanık çağırabilip ve sorgulayabiliyor olması duruşma hakkıyla bütünleşik unsurlardır.[679] Duruşmanın aleniliği konusunda ise Strazburg organları, bunun zorunlu bir genel kural olmadığını, fakat özel koşullarda gerekli olabileceğini söylemişlerdir.[680]

Türkiye'de tutma kararına karşı itirazın duruşmalı yapılması gerekliliği, CMK (md. 271) yönünden sorun yaratabilmektedir. Kanun'un "Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde, Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir" şeklindeki hükmü, itiraz talebinin incelenmesi sırasında teorik olarak avukata dinlenme olanağı sağlamaktaysa da; duruşmanın gerçekleştirilmesi, başvurunun veya avukatının talebinden bağımsız olarak mahkemenin takdirinde görülüyor ve bu nedenle ihlal kararı veriliyor.[681] Fakat burada da bir defa tutukluluk haliyle ilgili itirazın dile getirilmesi ve mahkeme önünde sözlü savunma yapılabilmesi mümkün olur ise, özel bir gelişme olmadıkça makul bir süre sonra duruşma yapılmamasının ihlal yaratmayacağını hatırlatmakta yarar bulunmaktadır.[682]

---

677 *Chahal/Birleşik Krallık*, § 130.

678 *Şayık ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 1966/07 et. al, 08/12/2009; *Sevim/Türkiye*, İHAM, 7540/07, 05/01/2010.

679 *Hussain/Birleşik Krallık*, İHAM, 21928/93, 07/03/2006, § 60.

680 *Pichugin/Rusya*, İHAM, 38623/03, 23/10/2002, § 145.

681 Örn. bkz. *Erkan İnan/Türkiye*, İHAM, 13176/05, 23/2/2010, § 27 vd.

682 Bkz. *Firas Aslan ve Hebat Aslan başvurusu*, § 74. Aynı yönde *Firas Aslan ve Hebat Aslan/Türkiye*, İHAM, 15048/09, 28/10/2014, §58. *Ali Rıza Kaplan/Türkiye*, §§ 30-32.

Duruşma hakkı yönünden önem taşıyan iki konu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri yönünden de önem taşıyan Ses ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS) olarak ifade edilen video konferans yöntemi olabilir. SEGBİS, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde (UYAP) ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemidir. Ceza Muhakemesi'nde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te ayrıntıları düzenlenen bu uygulama uyarınca tutuklanan kişi, işin niteliğine göre yetkili Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemece uygun görülmesi halinde SEGBİS'in kullanılması suretiyle de dinlenebilmektedir. CMK md. 147/1(h) hükmünde de mahkemede bulunma imkânı olmayan sanığın, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle ifade alma ve sorgu işleminin yapılabileceği belirtilmiştir. SEGBİS'in kullanılması ile sorgu yapılma olanağının bulunması hâlinde bu yolla sanığın sorgusunun yapılması hususu emredici hükme bağlanmıştır.

Mahkeme önündeki kişilerin fiziksel olarak yüzyüze gelemediği bu uygulama acaba tutuklu kişinin itirazlarında çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri yönünden sorun yaratır mı? Veya bu konu duruşma hakkı ile uyumsuz mudur?

AYM içtihatlarında şimdiye kadar bu konu *Erdal Korkmaz ve diğerleri* kararında dolaylı olarak tartışılmıştır. Bu olayda tutuklu olan başvurucuların, tahliye taleplerinin incelenmesi SEGBİS yoluyla gerçekleştirilmiştir.[683] Denetimin SEGBİS yoluyla değil, duruşmalı yapılmasını isteyen başvurucuların bu talebi reddedilmiştir. Tutukluluk hâlinin incelenmesi sırasında SEGBİS huzurunda beyanda bulunmayan başvurucular, müdafilerin davet edilmediğini, başvuruları olmasına karşılık müdafilerin duruşmaya alınmadıklarını, bunun da kişi özgürlüğü haklarını ihlal etiğini ileri sürmüşlerdir.[684] Bundan başka *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri* kararında da sorgu işlemine ilişkin SEGBİS üzerinden yapılan kayıtların dijital ortamda başvuruculara verilmemesi

683 *Erdal Korkmaz ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/2653, 18/11/2015, § 26.
684 Ibid., § 45.

sorunu gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, sistem üzerinden yapılan kayıtların çözümlemelerinin başvurucuların erişimlerine açık tutulduğunu tespit ederek bu durumun ihlal üretmediği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre:

> "SEGBİS üzerinden yapılan kayıtlar, başvurucuların sorgu işlemlerine ilişkin olup bu kayıtlarda genel olarak başvurucuların sorgu sırasında dile getirdikleri savunmaların bulunduğu göz önüne alındığında çözümlemelerine erişim imkânı sağlanan kayıtların salt dijital ortamda başvuruculara verilmemesinin, hürriyetten yoksun bırakılmanın hukuka aykırı olduğunun ileri sürülmesi bakımından itiraz hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını engellediği ya da kısıtladığı söylenemez."[685]

Anayasa Mahkemesi, bu konuyla ilgili olarak, bu sistem ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı bulunduğu gibi, diğer tarafın da aynı imkâna sahip olarak sorgu, ifade alma ve beyanda bulunma gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirilebilme imkânı olduğu görüşündedir. İHAM içtihadında da, ceza yargılaması duruşmalarına video konferans yöntemiyle katılımın sağlanmasında savunmanın, diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde dezavantajlı bir konuma düşürülmediği durumlarda, sanığın mahkemede hazır bulunma şartının gerçekleşmiş sayılacağını kaydeden Anayasa Mahkemesi'ne göre, SEGBİS vasıtasıyla yargılamada yüz yüzelik ilkesi sağlanmış olmaktadır.[686] Bu bakımdan SEGBİS uygulaması ile ilgili olarak mutlak bir kabulün bulunmadığı, "savunmanın diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde dezavantajlı bir konuma düşürülüp düşürülmemesinin" bir kriter olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Strazburg organlarının içtihatlarına bakıldığında bu konunun henüz etraflı biçimde ele alınmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında, video konferans usulünün kabul edilebilir görüldüğünü söyleyerek atıf yaptığı *Viola/İtalya*[687] kararı, temyiz aşamasıyla ilgilidir.

685 *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri başvurusu*, § 263.

686 Ibid., §§ 102-103.

687 *Marcello Viola/İtalya*, İHAM, 45106/04, 5/1/2007, § 76.

Mahkeme o kararda, ilk derece yargılamasında bu usul uygulanmadığı için sorun görülmediğinin altını çizmiştir. Bunun dışında İHAM'ın video konferansla ilgili olan *Zagaria/İtalya*[688] *ve Sakhnovskiy/Rusya*[689] kararları da benzer niteliktedir. Bu nedenle söz konusu içtihadın gelişime açık olduğunu ve bu yöntemin ihtiyatlı şekilde uygulanmasının gerekli olduğunu kaydetmek gerekir. Özellikle SEGBİS altında alınan ifadeler sırasında kişinin, baskı altında olup olmadığına yönelik güvencelere odaklanılması kritik görünmektedir.

Duruşma hakkı bağlamında üzerinde durulması gereken ikinci nokta, avukatların çok sık dayandığı bir yanlış algıyla ilgilidir: Suç isnadı altında tutulan kişinin her itirazının duruşmalı olması gerekmez. Strazburg organları, kovuşturma aşamasında tutukluluğun denetlendiği her incelemede bir duruşmanın yapılmasının şart olmadığını, böyle bir koşulun ceza yargılamasını felce uğratabileceğini belirtmiştir.[690] Bunun nedeni, birçok ceza yargılama sisteminde tutukluluğa itiraz imkânının sınırsız olarak kullanılmasının mümkün olması ve soruşturmadan farklı olarak kovuşturma aşamasında tutukluluğun belirli sürelerle re'sen incelenmesidir. İnsan Hakları Mahkemesi, *Öner Aktaş/Türkiye* kararında da başvurucunun ve avukatının, Ağır Ceza Mahkemesi'nin birinci derece mahkemesi olarak, tahliye talepleri hakkında karar verdiği duruşmalarda hazır bulunduklarını ve tutukluluk halinin devamını haklı gösteren delil unsurlarına uygun şekilde itiraz etme imkânına sahip olduklarını kaydetmiş ve başvurucunun durumunun, itiraz başvurularının incelenmesi sırasında duruşmaların yapılmasını gerekli kılan bir özellik arz ettiğini saptayamadığını söyleyerek ihlal bulmamıştır.[691] Bu nitelikteki çok sayıda davadan bir diğeri olan *Erişen ve diğerleri/Türkiye* kararında da, 2 ay 13 günlük sürede şüphelinin dinlenilmeden tutukluluğa ilişkin itirazlarının reddedilmesini Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir.[692]

688 *Zagaria/İtalya*, İtalya, İHAM, 58295/00, 27/11/2007.

689 *Sakhnovskiy/Rusya*, İHAM, 21272/03, 02/11/2010.

690 *Altınok/Türkiye*, İHAM, 31610/08, 29/11/2011, § 54.

691 Ibid., 47.

692 *Erişen ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 7067/06, 3/4/2012, §§ 51-54

Anayasa Mahkemesi de benzer yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme'nin ilkesel yaklaşımı üç basamaklıdır: Ana kural, özgürlüğü kısıtlanan kişinin, salıverilme talebine ilişkin karar veren ilk derece mahkemesi huzurunda hazır bulunmasının ancak itiraz incelemesinin yapıldığı mahkemenin önüne çıkmaması ve burada duruşma yapılmaması, "silahların eşitliği ilkesi gözetildiği müddetçe" Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 8'inci fıkrası ile sağlanan teminatları ihlal etmeyeceği yönündedir. İkinci olarak, tutukluluğun devamına ilişkin olarak mahkemelerce verilen kararlara yapılan her itirazda başvurucunun dinlenilmesi gerekli olmamakla beraber, tutuklu kişinin makul aralıklarla dinlenilmeyi talep etme hakkı olduğu benimsenmiştir. Son olarak ise itiraz incelemelerinde, başvurucunun ve Cumhuriyet savcısının tutukluluk halinin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin sözlü açıklama yapmak üzere Mahkeme'ye çağrılmadığı ve dinlenmediği durumlarda, incelemede silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceği söylenmiştir.[693]

Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda önüne gelen ihlal iddialarını genellikle, *Çatal/Türkiye* kararına atıfla, "İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir ayın altındaki süre (28 gün) aralığında tutukluluğun devamına ilişkin incelemenin ilgili dinlenilmeden yapılmasının Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasının ihlali olarak değerlendirilmediği"ni söyleyerek ele alıyor ve bu içtihat çerçevesinde bir inceleme yapıyor gibidir.[694] Aslında söz konusu karar, CMK reformuna da dayanak olmuştur. CMK'nın md. 108 hükmüne göre tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği konusunda kendiliğinden denetim yapılması gerekir. Bu maddeye göre savcı, otuzar günlük süreler içinde sulh ceza hakiminden inceleme talep eder, kovuşturma evresinde ise her oturumda durumun devamı kendiliğinden incelenir.

Mahkeme, bu çerçevede, başvurucuların müdafilerinin sözlü olarak dinlenildiği, tahliyeye ilişkin beyan ve taleplerinin alındığı ve başvurucunun yüzüne karşı tutukluluğun devamına karar verildiğinin açıklandığı tarih ile başvurucunun tutukluluğa yönelik itirazının duruşmasız olarak

693 *Firas Aslan ve Hebat Aslan başvurusu*, § 67-71; *Mehmet Haberal başvurusu*, § 124.

694 Atıf yapılan karar için bkz. *Çatal/Türkiye*, İHAM, 26808/08, 17/4/2012, §§ 41-42.

incelendiği tarih arasındaki sürenin 3 gün[695], 11 gün[696], 12 gün[697], 22 gün[698] olduğu olaylarda ihlal iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.[699] Bunların yanında, istisnaî olarak, bu sürenin bir ayı geçtiği (1 ay 2 gün) bir olayda da ihlal kararı verilmemiştir.[700]Fakat, başvurucuların tutukluluk durumunun 3 ayı aşan süre boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirildiği *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman* olayında ise Anayasa'nın md. 19(8) hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.[701]

Son olarak, duruşma güvencesinin, suç isnadı altında tutulan kişiler kadar, gerekli şartları varsa mahkûmiyet kararından sonra tutulan kişilere, küçüklere, akıl hastalarına vs. de uygulanabilir olduğunu hatırlatmak gerekir.

d. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Hukukî Yardım Hakkı

Hukukî yardım alma hakkı, adil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur. Bu unsur, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden de önem taşımaktadır. Fakat özgürlükten yoksun bırakılan kişinin yaptığı başvuru üzerine görülen davalarda, olağan yargılamalardan farklı olarak, daha süratli karar verme gerekliliği, bu konuda farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olmuştur. Öyle ki, özgürlüğe yönelik müdahale hakkında süratle karar verecek olan yargı mercii, başvurucunun hukukî yardımdan faydalanmasına kadar beklemek zorunda değildir. Fakat diğer taraftan söz

695 *Rıdvan Döner başvurusu*, AYM, 2014/2278, 19/4/2017, § 39

696 *Günay Dağ ve diğerleri başvurusu*, § 188.

697 *Seyfi Polat başvurusu*, § 72.

698 *Serkan Akbaş başvurusu*, § 121

699 AYM ilk dönem kararlarının bazılarında, CMK md. 108 hükmüne göre yapılacak re'sen değerlendirmelerin, hürriyeti "kısıtlanan" kişiye tanınan yargı merciine itiraz edebilme hakkı kapsamında olmadığını söylemiş ve re'sen (ex officio) gerçekleştirilen tutuklulukla ilgili incelemeler sonucunda verilen kararlar "konu bakımından yetki" kapsamı dışında görülmüştür. Bkz. *Hanefi Avcı başvurusu*, § 40; *Hüseyin Arasan başvurusu*, 2014/4246, 6/5/2015, § 56. Son kararda savcı görüşünün bildirilmemesi ve bu bağlamda silahların eşitliği ilkesinin ihlâli iddiası da incelenmemiştir.

700 *Hikmet Yayğın başvurusu*, § 35.

701 *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman başvurusu*, AYM, 2013/4128, 18/11/2015, § 61.

konusu denetimin, kişinin avukatıyla görüşmesini engelleyecek düzeyde süratle yapılmaması gerekir. Şu hâlde devletin, bir yandan süratli karar alma yükümlülüğü diğer taraftan kişilerin hukukî yardım hakkına saygı gösterme yükümlülüğü vardır. Bu iki yükümlülüğün uyumlaştırılması gerekir. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hukukî yardımdan yararlanma hakkına engel olunmamasını isteme hakkı, avukat-müvekkil ilişkisinin gizliliğine saygı gösterilmesini de içerir. Örneğin, eğer kişinin, avukatı ile görüşmesi dinlenir veya bilgi/belge alışverişine engel olacak türden bir cam bölme uygulanır ise bu ihlal yaratır.[702]

İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında müdafi ile temsil hakkı sınırsız değildir.[703] Taraf devletler, eğer geçerli bir nedene dayanabilirlerse, davanın açılmasından önceki aşamada avukata erişimi kısıtlayabilirler.[704] Bu noktada önemli olan şey, yargılamaya bir bütün hâlinde bakıldığında soruşturma aşamasında bu hükme aykırılığın, ciddi bir şekilde adil yargılanma hakkına engel olmamasıdır.[705] Öte yandan taraf devletin, avukata erişimin, somut olayda yaşam, özgürlük veya fiziksel bütünlük yönünden ciddi sonuçlara yol açacağını ortaya koyabildiği noktada bunun en azından adil yargılanma hakkı yönünden haklı görülebileceğini bilmek gerekir. Zira taraf devletin, başkalarının maddi ve manevi bütünlüklerini ve onları özgürlüklerinden keyfî olarak yoksun bırakan tedbirlere karşı koruma yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülükler spesifikleştirilebildiği müddetçe kısıtlama kabul edilebilirdir. Buna karşın soyut ve spesifik hale getirilmemiş, yani genel nitelikteki bir "bilgi sızması riski" (*risk of leaks*) böyle bir müdahaleyi haklı kılmaz.[706]

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında hukukî yardım hakkı, tüm yönleriyle "ücretsiz hukukî yardım" anlamına gelmez. Strazburg organları, taraf devletlerin, tutmaya ilişkin yargılama bağlamında ücretsiz hukukî yardım sunma zorunluluğunun bulunmadığını söylemiştir.[707]

702 Schabas, s. 257.

703 *Can/Avusturya*, İHAM, 9300/81, 30/9/1985, § 57.

704 *John Murray/Birleşik Krallık*, İHAM, 18731/91, 08/02/1996, § 63.

705 *Imbrioscia/İsviçre*, İHAM, 13972/88, 24/11/1993, § 36

706 *İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık*, İHAM, 50541/08, 13/09/2016, § 259.

707 *Lebedev/Rusya*, İHAM, 4493/04, 25/10/2007, § 84.

Dolayısıyla kural olarak "ücretsiz hukukî yardım" sunulmaması Sözleşme'yi ihlal etmez. Fakat şu ana kadarki Strazburg içtihatlarında bunun üç kategoride toplanacak istisnaları görülmektedir:

Birincisi; eğitiminin izlenmesi amacıyla veya kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla tutulan bir küçüğün tutma kararına karşı yaptığı itirazda bir avukat yardımını alma hakkı vardır.[708] Böyle bir durumda, küçüğün avukat talebinde bulunmasını beklemeye gerek dahi yoktur. CMK'nın 150'nci maddesinde çocukların istemi aranmaksızın müdafii atanacağı düzenlenmiştir. Bu otomatik atama usulü Anayasa'nın ve Sözleşme'nin bir gereğidir.

İkincisi; akıl hastası olan bir kişinin tutma kararına karşı yaptığı itirazda bir avukat yardımını alma hakkı vardır.[709] Stajyer avukatın desteği veya hastane çalışanlarının sunacağı destek, bunu karşılamaz.[710] Böyle bir durumda, akıl hastası kişinin de avukat talebinde bulunmasını beklemeye gerek yoktur. CMK'nın 150'nci maddesinde kendisini savunamayacak derecede malul kişiler ile sağır ve dilsizler için istemi aranmaksızın müdafii atanacağı düzenlenmiştir. Bu, önemli bir güvencedir.

Üçüncüsü; yapacakları başvurunun etkili olması, bir hukuksal yardım almalarına bağlı olan kişilere de avukat sağlanmalıdır. Örneğin ülkede konuşulan dili bilmeyen ve kendisinden karmaşık usûlî prosedürlerin içinden çıkması beklenemeyecek bir göçmenin sınır dışı etme amacıyla tutulmasına karşı yapacağı başvuruda hukukî destek sunulması gereklidir. Benzer şekilde, hukuk eğitimi almamış, tecritte tutulan ve somut olayın koşullarında avukat yardımı olmaksızın tutulmasının hukuksallığına itiraz edemeyecek biri yönünden de aynısı geçerlidir.

Avukatın ücretsiz olması dışında ise genel olarak "müdafiiden hukukî yardım alma" hakkı yargılamanın bütününden bakıldığında Sözleşmesel bir haktır.

Anayasa Mahkemesi de bu konuda İnsan Hakları Mahkemesi'ne koşut

708 *Bouamar/Belçika*, İHAM, 9106/80, 29/02/1988, § 52.

709 *Megyeri/Almanya*, §§ 22-27.

710 *Magalhaes Pereira/Portekiz*, İHAM, 44872/98, 26/02/2002, § 56.

bir yaklaşım içindedir. *Erdal Korkmaz ve diğerleri* kararında başvurucular, tutukluluk hâlinin incelenmesi sırasında SEGBİS huzurunda yer almayan şüpheliler için müdafilerin davet edilmediğini, başvuruları olmasına rağmen müdafilerin duruşmaya alınmadıklarını iddia etmişlerdir.

Bu davada müdahalenin normatif dayanağı CMK'nın 108'inci maddesidir. Bu maddeye göre:

> "Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100'üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, *şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle* karar verilir."

Bu hükmün vurgulanan kısmını yorumlayan AYM, şu şekilde bir değerlendirmede bulunmuştur:

> "Bu düzenlemeyle şüpheli veya müdafiinden en azından birinin huzurda veya şüphelinin bulunduğu tutukevinden tutukluluk tedbiri ile ilgili savunmasının alınması yeterli görülmüştür. Ancak bu hükümle şüpheliyle birlikte müdafiin de duruşmada savunma sırasında hazır bulunma hakkının engellenmesi söz konusu değildir. (…) Diğer bir deyişle Kanun'da yer alan 'veya' ibaresi, talep hâlinde şüpheliyle müdafiin birlikte savunma yapma imkânını ortadan kaldırmayacaktır. (…) Tutukluluk gibi kişi hürriyeti ve güvenliğini kısıtlayan bir tedbir kararının verilmesi ve tedbirin devam edip etmeyeceğine ilişkin tüm duruşmalı incelemelerde, şüphelinin haklarının korunması bakımından bir müdafiin yardımından faydalanması, savunmanın güçlendirilmesi açısından önemli bir unsurdur. Başka bir ifadeyle yasal olarak müdafi yardımının sağlanmasının zorunlu olmadığı durumlarda bu hakkın kullanımının engellenmemesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesinin güvencesini teşkil eder. Şüpheli müdafiinin, tutuklunun tahliye talebine dair savunmasını, şüpheliden daha iyi ve etkili bir şekilde yapabilme bilgi ve yeteneğine sahip olduğu açıktır. (…) Bu belirlemeler doğrultusunda, tutukluluk incelemesinin şüpheli veya müdafiin huzurda birlikte dinlenilmek suretiyle yapılması zorunlu olmasa dahi talep hâlinde müdafiin şüpheliyle birlikte

tutukluluk incelemesi sırasında, savunma ve itirazlarını sunmasının engellenmemesi gerekir. (…).”[711]

Bu belirlemeyi yapan Mahkeme, söz konusu olayda tutukluluk incelemesinde müdafileri ile birlikte beyanda bulunmaya yönelik taleplerinin reddi kararının başvurucuların tutukluluklarıyla ilgili etkili bir şekilde savunma yapma haklarına aykırı olduğu ve bu bakımdan Anayasa'nın 19'ncu maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu hak bağlamındaki bir diğer karar da idarî gözetim altında tutulan yabancılarla ilgilidir. Mahkeme, pasaportu bulunmadığı gerekçesi ile sınır dışı edilmek üzere 68 gün boyunca Yalova Yabancılar Şube Müdürlüğü'nde tutulan başvurucunun başvurusunun incelendiği *Rıda Boudraa* kararında, ulusal mevzuatta “idarî gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı” gerekçesiyle Anayasa md. 19(8)'deki haklarının ihlaline kararvermiştir.[712]

e. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Başvuru İçin Yeterli Zaman ve Kolaylık Hakkı

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi, kendisine uygulanan tedbire itiraz ederken, bu hakkın özü ile uyumlu yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olmalıdır. “Yeterli zaman” ifadesi, somut olayın koşullarına göre değerlendirilir ve başvurunun gerektiği gibi yapılabilmesine engel yaratacak kısalıkta olmamasını ifade eder. İnsan Hakları Mahkemesi, 24 saatlik süreyi makul olmayacak kadar kısa bulmuştur.[713] Sözleşme, taraf devletlere özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere başvuru yolları bilgisini sunma yükümlülüğü getirmemektedir. Bununla birlikte, bu bilginin verilmesi/verilmemesi, başvuru için verilen zamanın yeterliliği değerlendirilirken dikkate alınmaktadır.

CMK'da tutuklamaya itiraz süresi olarak 7 günlük süre öngörülmüştür. Bu sürenin makul olduğu düşünülebilir. Tutuklamaya itiraz, tutuklamaya

711 *Erdal Korkmaz ve diğerleri başvurusu*, §§ 116-118.

712 *Rıda Boudraa başvurusu*, § 79.

713 *Farmakopoulos/Belçika*, İHAM, 11683/85, 27/03/1992.

itiraz dilekçesi verilerek veya tutuklama kararını veren mahkemeye beyanda bulunarak bu beyanın kâtip tarafından tutanağa geçirilmesi yoluyla da yapılabilmektedir.

Tutmanın kanuniliği denetiminde başvuru için yeterli kolaylık hakkı, itirazın gerektiği gibi yapılabilme imkânını anlatır. Bu hak yönünden kişiye, tutulma sebeplerinin bildirilmesi büyük önem taşır. Bir kişinin tutulma sebeplerini bilmesi, gerektiği gibi itirazda bulunabilmesini sağlar.

f. Tutmanın Kanuniliği Denetiminde Gerekçeli Karar Alma Hakkı

Sözleşme'nin md. 5(4) hükmü, salıverme talebinin reddi kararlarının gerekçeli olmasını gerektirmektedir. Bu fıkra yargıcı başvuranın sunduğu bütün gerekçeleri ayrıntılı bir şekilde yanıtlamakla yükümlü tutmamaktadır. Bu bakımdan adil yargılanma hakkı bünyesindeki gerekçeli karar alma hakkına nazaran daha dar bir güvence sunmaktadır. Bununla birlikte hâkimin iç hukuka ve uygulamaya dayanarak, tutulan kişinin dile getirdiği ve Sözleşme'nin 5(1)'inci fıkrası anlamında özgürlükten yoksun bırakmanın "kanuniliği" ile ilgili esaslı koşulların varlığını kuşkuya düşüren somut olayları görmezden gelmesi veya ilgisiz kalması halinde, bu fıkradaki güvenceler özünden yoksun kalır.[714] Ayrıca tutukluluğun devamına karar verilirken, basmakalıp gerekçelere dayandırılması, itiraz yolunun başarı perspektifi konusunda da tereddütlere yol açabilir.[715]

2. Denetimin Tutmanın Kanuniliği Konusunda Yapılması

Bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının kanuna uygunluğunun denetimi, müdahalenin ilgili mevzuata uygunluğu denetiminin yanında Anayasa'ya ve Sözleşme'ye uygunluğunun da denetimini ifade etmektedir. Anayasa'ya ve Sözleşme'ye uygunluk denetimi, özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin Anayasa md. 19 ve Sözleşme md. 5'teki amaçlara ve izin verilen sınırlı sayıdaki nedene uygunluk denetimini ifade eder. Kanuna uygunluk denetimi ise iki farklı boyut içermektedir. Birinci olarak, bu tedbir uygulanırken, ilgili mevzuatta öngörülen usule uyulup uyulmadığı

714 *Nikolova/Bulgaristan*, § 61.

715 *Koşti ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 74321/01, 03/05/2007, § 22.

incelenmelidir. Örneğin bir kişiyi özgürlükten yoksun bırakan polisin böyle bir yetkiye sahip olup olmadığı, eğer sahip ise bunun yakalama yönetmeliğindeki usule uygun olup olmadığı yönündeki denetim teknik anlamda usûlî bir denetimdir. İkinci olarak, özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin maddi yönden de denetlenmesi gerekir. Bu bakımdan örneğin suç şüphesi altında olduğu düşünülen bir kişinin tutuklanmasına karar verildiğinde, bu tutuklama kararının Anayasa'nın 19'uncu ve CMK'nın 100'üncü maddesindeki "kuvvetli" şüphe koşuluna uygun olup olmadığı ve diğer tutukluluk nedenleri ile ölçülülük incelenecektir.[716] Böyle bir inceleme ise, bu tür bir şüphe belirlemesine yetecek delillerin olup olmadığının değerlendirilmesini gerekli kılar. Fakat bu değerlendirme, müdahalenin kanuniliğini inceleyen merciin, özgürlükten yoksun bırakma kararı veren merciin yerine geçip, olayın tüm boyutlarını kapsayan türde ve kararın yerindeliğini denetleyecek düzeyde bir değerlendirme olmak zorunda değildir. Özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin kanuna uygun olup olmadığının esaslı noktalarının incelenmesi yeterlidir. Bu bakımdan, örneğin hakkında tutuklama kararı verilen bir kişinin kaçma veya soruşturmayı engelleme tehlikesi olmadığı yönündeki savları tutmanın kanuniliğini inceleyen mahkeme tarafından dikkate alınmalıdır.[717] Sadece keyfîlik denetimi şeklinde bir denetim yeterli değildir.[718] Denetim sırasında hataların giderilmesi de mümkün olabilir.[719]Ulusal hukukta bu konuda CMK'nın 108'nci maddesi yer almaktadır. Söz konusu hükümde "100'üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir" denilerek tutmanın kanuniliği incelemesine işaret edilmiştir. AYM'nin denetimi de bu yöndedir.

716 Sözleşme terminolojisinde bu kuşku "makul kuşku" (*reasonable*) şeklindedir. Sözleşme'de böyle bir özerk tercih bulunsa da iç hukukun "kuvvetli" kavramına yer vermesi karşısında denetimin, "makul" değil, "kuvvetli" nitelemesi üzerinden yapılması gerekir.

717 *Nikolova/Bulgaristan*, § 61.

718 *E./Norveç*, İHAM, 11701/85, 29/08/1990, § 60.

719 *Weeks/Birleşik Krallık*, § 69.

Sınır dışı etme veya iade kararı amacıyla tutulan kişiler de tutulmalarının kanunilik denetimi için mahkemeye başvurma hakkına sahiptirler. Bu başvuru üzerine mahkeme, sınır dışı etme veya iade kararını esastan inceleme yetkisine sahip olmayabilir, ancak sınır dışı etme veya iade kararının yerine getirilmesine kadar kişinin "tutulmasının kanuniliğini" denetleme yetkisine sahip olmalıdır. Mahkeme, iade edilecek başvurucunun tutulmasıyla ilgili belgelerin gizliliği nedeniyle yetkili mahkeme tarafından incelenemiş olmasının, Sözleşme'nin 5(4)'üncü fıkrasının ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.[720] İnsan Hakları Mahkemesi, çok sayıda kararında Türk hukuk sisteminde sınır dışı edilmek üzere tutulan başvuruculara, Sözleşme'nin 5(4)'üncü fıkrası anlamında, tutulmalarının kanunilik denetimini yaptırabilecekleri bir yol sağlanmadığı sonucuna varmıştır.[721] Benzer yönde belirlemeler AYM tarafından da paylaşılmaktadır.[722]

3. Tutmanın Kanuniliği Denetiminin Makul Aralıklarla Yapılması

Bir kişinin tutulmasını haklı kılan etmenler, zaman içinde değişebilir. Bu nedenle kişilerin özgürlüklerine yeniden kavuşmak için yaptıkları başvuruların da makul aralıklarla yapılması gerekmektedir. Bu gereklilik, hakkın doğasından kaynaklanır.[723] Makul aralıklarla yapılacak bu denetim, özellikle akıl hastalarının ve suç isnadı altında tutulanların durumlarında değişiklik oluşabileceği için kritiktir. "Periyodik denetim" olarak da ifade edilebilecek bu denetim gerekliliği, tutukluluğun devam etmesine dair yapılan "re'sen denetim"den farklıdır, bu nedenle de ondan bağımsız olarak incelenmelidir.[724] Ayrıca durumun koşullarına göre de değişkenlik gösteren bir sistemin bulunması gerekebilir.[725]

---

720 *Chahal/BirleşikKrallık*, § 128-133

721 Örn. bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 142; *Moghaddas, Asalya/Türkiye*, İHAM, 46134/08, 15/02/2011; *Yarashonen/Türkiye*, İHAM, 72710/11, 24/06/2014; *Babajanov/Türkiye*, İHAM, 49867/08, 10/05/2016.

722 Örn. bkz. *K. A. başvurusu*, op. cit.; *Rıda Boudraa başvurusu*, op. cit.; *A.V. ve diğerleri*, op. cit.; *F. A. ve M. A. başvurusu*, İHAM, 2013/655, 20/1/2016.

723 Schabas, s. 257.

724 *Rehbock/Slovenya*, İHAM, 29462/95, 28/11/2000, § 87.

725 *Hirst/Birleşik Krallık*, İHAM, 40787/98, 24/07/2001, § 37 vd.

Periyodik denetimdeki aralıkların makullüğü, tutmanın türüne göre değişkenlik gösterir. Örneğin akıl hastası olan bir kişinin psikiyatri kurumunda tutulduğu bir durumda tutmanın kanuniliğinin incelenmesinin, personel azlığından dolayı 6 aydan fazla süre sürdüğü bir vakada ihlal kararı verilmiştir.[726] Buna karşın konu suç isnadı altındaki kişinin tutulması olduğunda, makullük çok daha kısa bir süre olarak algılanabilirdi. Çünkü böyle hallerde tutma tedbirindeki denetim sıklığı, diğer durumlardan daha fazla olmalıdır.[727] Bu, Sözleşme'nin koruduğu bir başka ilke olan masumiyet karinesi ilkesinin de gereğidir.[728] Bu bağlamdaki makullük, tutuklama şeklindeki tedbirin istisnaî ve olabildiğince kısa tutulması gerekliliği dikkate alınarak anlamlandırılmaktadır. Daha önce de değinildiği gibi Strazburg organlarının bu konudaki içtihadına bakıldığında bir aylık aralıkların makul görüldüğü izlenmektedir.[729] Bunu aşan süreler ise ihlal oluşturur. Örneğin *Seki/Türkiye* kararında başvurucu, 24 Şubat 2009 tarihinde tutuklu olarak yargılanmaya başlanmış, başvurucunun hâkim karşısına çıkarıldığı sonraki tarih, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi huzurunda ilk duruşmanın gerçekleştirildiği 1 Ekim 2009'dur. Mahkeme, bunu ihlal olarak görmüştür.[730] Benzer belirleme, iddianamenin hazırlanmasının ve kabulünün uzun sürmesi ve bu süreçte kişinin hâkim önüne çıkartılmadığı durumlarda da söz konusu olur. Örneğin 30 Aralık 2011 tarihinde örgüt üyesi olduğu ve örgüt propagandası yaptığı iddiasıyla tutuklanan başvurucunun 1 Ekim 2012 tarihinde hakkında iddianame kabul edilene kadar geçen dokuz aylık sürede hâkim önüne çıkartılmaması bu bağlamda ihlal olarak görülmüştür.[731]

Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da buna koşuttur. Anayasa Mahkemesi, başvurucuların isnat edilen suçlar kapsamında tutukluluk

726 *Magalhaes Pereira (2)/Portekiz*, İHAM, 15996/02, 20/12/2005, § 27 vd.

727 *Bezicheri/İtalya*, İHAM, 11400/85, 25/10/1989, § 21.

728 *Frasik/Polonya*, İHAM, 22933/02, 05/01/2010, § 63.

729 *Bezicheri/İtalya*, İHAM, 11400/85, 25/10/1989, § 21.

730 Aynı yönde *Erişen ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 7067/06, 03/04/2012, § 53. *Karaosmanoğlu ve Özden/Türkiye*, İHAM, 4807/08, 17/06/2014, § 76.

731 *Hazni Bayam/Türkiye*, İHAM, 50332/12, 18/07/2017, § 29.

durumlarının, bir kararda[732] 7 ay, başka kararda[733] 3 ay civarı bir süre boyunca duruşmasız olarak incelenmesini, kişi özgürlüğü hakkının ihlali olarak görmüştür. Buna karşın 8 gün[734] veya 11 günlük[735]sürelerinihlal yarattığı iddiası ise açıkça dayanaktan yoksun görülmüştür.

Kaydedilmelidir ki başvurucuların, tutuklamalara itirazlarını sayıyla sınırlayan sistemler ise Strazburg organlarınca Sözleşme'ye aykırı görülmüştür.[736]

Türkiye'de konuyla ilgili akılda tutulması gereken hüküm CMK'nın 108'nci maddesidir. Bu hükme göre:

> "(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.
>
> (2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.
>
> (3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de re'sen karar verir."

Bu hüküm uyarınca soruşturma evresinde duruşmalı, kovuşturma evresinde ise evrak üzerinden fakat her halükârda otuzar günlük aralarla CMK md. 100 koşularının varlığını koruyup korumadığı incelenmektedir.

---

732 *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman başvurusu*, § 61. Benzer şekilde bkz. *Ferit Çelik başvurusu*, AYM, 2012/1220, 10/02/2014, § 53.

733 *Mehmet Halim Oral başvurusu*, AYM, 2012/1221, 16/10/2014, § 53.

734 *Devren Duran başvurusu*, AYM, 2014/10405, 25/5/2017, § 95.

735 *Firas Aslan ve Hebat Aslan başvurusu*, § 74.

736 *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, § 164.

4. Tutmanın KanuniliğiDenetiminin Süratle/Kısa Sürede Yapılması

Sözleşme'nin md. 5(4) hükmü, tutulmanın kanuniliği hakkında "süratle" (*speedily*) bir yargısal karar verilmesini ve hukuka aykırı ise tutulmanın sona erdirilmesini gerektirmektedir.[737] Maddedeki "süratle" ifadesi Anayasa'nın md. 19(8) hükmünde "kısa sürede" şeklinde ifade edilmiştir. Bu iki kavramın birbiriyle uyumlu yorumlanması gerekir.

Strazburg içtihatlarında "süratle" kavramı, Sözleşme'nin diğer maddelerindeki süre bildiren kavramlardan farklıdır. İnsan Hakları Mahkemesi, "süratle" kavramını, adil yargılanma hakkı kapsamındaki "makul süre" kavramından çok daha dar ve katı yorumlamaktadır.[738] Dolayısıyla bir yargılama süresi, adil yargılanma hakkı kapsamında "makul" görülebilse bile, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin itirazının incelenmesi bağlamında "süratle" nitelemesine uymayabilir.

"Süratle" kavramının karşılaştırılabileceği bir diğer kavram da "derhal" kavramıdır. Sözleşme'nin md. 5(2) hükmünde "Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınma nedenleri ile kendisine isnat edilen suç hakkında anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilir" denmekte, md. 5(3) hükmünde ise"gözaltına alınan veya tutulan bir kimse, derhal bir hâkim veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılır"denmektedir. Anayasa'nın md. 19(8) hükmünde de "Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar her halde yazılı ve bunun *hemen* mümkün olmaması halinde sözlü olarak *derhal*" bildirileceği ifade edilmiştir. Strazburg organlarına göre "süratle" ifadesi, "derhal" ifadesi kadar dar değildir. Bununla birlikte, davanın karmaşıklığı veya başvurucudan kaynaklanan gecikmeler bulunmadıkça, bu iki kavramın birbirine yakın olduğu söylenebilir.[739]

Muhakemenin süratle/kısa sürede yapılıp yapılmadığının anlaşılması için, sürenin başlangıç ve sona erme anını tespit etmek önemlidir. Sürenin

---

737 *Musial/Polonya*, İHAM, 24557/94, 25/03/1999, § 43; *Rehbock/Slovenya*, § 84.

738 *Lebedev/Rusya (1)*, İHAM, 4493/04, 25/10/2007, § 84.

739 Bkz. *Shcherbina/Rusya*, İHAM, 41970/11, 26/06/2014, § 70.

başlangıcı, başvurucunun tutukluluğun kanuniliği ve kanuni değilse salıverilmesine karar verilmesi için başvuru yaptığı tarihte başlar. Bu başvuru, tutukluluğa itiraz olabileceği gibi salıverilme talebinin reddi üzerine yapılan başvuru da olabilir.[740] Örneğin bir başvurucu hakkında tutuklama kararı verilmiş ise bu tutuklama kararına itiraz edildiği anda süratle/kısa sürede karar verme gerekliliği başlamış olur. Bireyin başvuru yapabilmek için, örneğin gözaltı süresinin sona ermesini bekleme zorunluluğu, Sözleşme'nin md. 5(4)hükmünü ihlal edebilir.[741] Eğer kanunilik denetimi için ulusal mahkemeden önce, bir idarî makama başvurmak gerekiyorsa, incelenme süresi başvurunun idarî makama yapıldığı anda başlar.

Sürenin sona erdiği tarih belirlenirken "sürenin toplamı", yani itirazın/talebin incelenmesi aşamalarında geçen sürenin tümü dikkate alınır.[742] Hesaplamada, sürenin sonu, başvurucunun salıverilme talebiyle ilgili kararın başvurucuya veya avukatına tebliğine kadar devam eder.[743] Kişinin serbest kalmasıyla 5'inci maddenin 4'üncü fıkrasındaki süratlilik şartı uygulanır olmaktan çıksa da tutmaya karşı itirazın etkili olması şartı serbest bırakılmadan sonra da gözetilmelidir. Çünkü tutmanın kanuniliğinin incelenmesinde, kişi artık serbest bırakılmış olsa da meşru bir yararının olduğu kabul edilebilir.[744]

Özgürlükten yoksun bırakma tedbirine karşı itirazın süratle/kısa sürede yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi genel geçer şekilde gerçekleşmez. Bu değerlendirme her olayın kendi koşulları içinde yapılacak ve yetkili mercilerin özenle hareket edip etmediğine odaklanılacaktır.[745] Bu bakımdan olayların koşullarına göre bir kararda[746] itirazın 13 günde karara bağlanmasının süratlice olmadığına ve dolayısıyla bu hakkın ihlal

740 *Smatana ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 18642/04, 27.09.2007, § 118.

741 *İğdeli/Türkiye*, İHAM, 9296/95, AYM, 20/06/2002, § 34.

742 *Smatana ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, § 121.

743 *Singh/Birleşik Krallık*, İHAM, 23389/94, 21/02/1996, §74; *Şevk/Türkiye*, İHAM, 4528/02, 11/04/2006 § 38.

744 *Kormos/Slovakya*, İHAM, 46092/06, 08/11/2011, § 93.

745 *Pantea/Romanya*, İHAM, 33343/96, 03/06/2003, § 253.

746 *Khomullo/Ukrayna*, İHAM, 47593/10, 27/11/2014.

edildiğine; bir başka kararda[747] ise itirazın 14 günde karara bağlanmasının süratlice olduğuna ve hakkın ihlal edilmediğine de karar verilebilmiştir. Yani bu bağlamda duruma göre esneme ve darlaşmanın olacağını akılda tutmak gerekir. Bu bakımdan tüketici olmamakla birlikte, bazı tasnifler yapılabilir.

Birincisi; derhal hâkim önüne çıkartılmış ve hemen salınmış kişilerin bulunduğu hallerde sürenin çok daha dar olduğu söylenebilir. Strazburg içtihadında böyle bir durumda başvurucuların, 6 saatlik süreyle özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmalarına rağmen, itiraz hakkına sahip olmamaları ihlal olarak görülmemiştir,[748] fakat bu sürecin 5 gün[749], 7 gün[750] kadar olduğu hallerde ihlal bulunmuştur. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken soru, tutmanın sona erdiği hallerde dahi özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, tutmanın kanuniliğinin kısa sürede/süratle karara bağlanmamış olmasından yakınmalarının mümkünlüğü olabilir. Bu soruya serbest bırakmanın nasıl gerçekleştiğine bağlı olarak farklı yanıt verilebilir. Eğer söz konusu serbest bırakma tedbiri, bir kanunilik incelemesi neticesinde ve/veya yargısal denetimi sonucunda olmamış ise bu durumda kişilerin serbest bırakıldıktan sonra itirazda bulunması ve bu itirazın da süratle/kısa sürede gerçekleşmesi gerekli olabilir. Örneğin *Petkov ve Profirov/Bulgaristan*[751] *kararında 24 saat veya daha az süreyle polis karakolunda gözaltında tutulup, savcı tarafından serbest bırakıldıktan sonra itirazda bulunan kişilerin tutmanın kanuniliğinin süratle incelenmesini isteme hakkı korunmuştur. Bu olayda Mahkeme, başvurucuların idarî mercilerce serbest bırakıldıktan sonra kolaylıkla tekrar gözaltına alınabileceklerini ve bu itirazın tazminat güvenceleri yönünden de önem taşıdığını dikkate alarak, söz konusu itirazın süratle incelenmesini sağlayacak bir prosedürün bulunmamasını Sözleşme'ye aykırı görmüştür. Buna karşın yargısal bir merciin kanunilik incelemesi yapmasından dolayı serbest bırakıldıktan sonra itiraz eden bir kişinin, bu güvence kapsamı dışında görülmesi olasıdır.*

747 *Alouache/Fransa*, İHAM, 28724/11, 06/10/2015.

748 *Fox, Campbell ve Hartley/BirleşikKrallık*, § 45.

749 *Čonka/Belçika*, İHAM, 51564/99, 05/02/2002.

750 *Asalya/Türkiye*, İHAM, 43875/09, 15/04/2014.

751 *Petkov ve Profirov/Bulgaristan*, İHAM, 50027/08, 24/06/2014.

İkincisi; kişilerin serbest bırakılmadığı ve tek denetimin olduğu hallerde bu süre biraz daha uzamaktadır. Hatta doktrinde özel bir zorluk bulunmadıkça, tek dereceli bir inceleme yönünden 2 haftalık bir sürecin sınır olarak kabul edilebileceğini ifade eden yazarlar vardır.[752] Benzer durumdaki olaylardan biri için 11 günün[753] yeterli görüldüğü fakat diğeri için 17 günün[754] ihlal yarattığı dikkate alındığında bu kural tutarlı gibi görünse de her olayın kendi koşulları uyarınca böyle bir genel geçer formülden bahsetmenin yerindeliği tartışılır.

Türkiye'deki yaygın uygulama bu kategoriye girmektedir. Bu bağlamda ihlal kararları çok sayıda olmasa da yok değildir. Örneğin *Şevk/Türkiye* kararında başvurucunun tutuklamaya itirazının 41 gün sonra karara bağlanması süratlilik koşuluna uymadığı gerekçesiyle ihlal olarak görülmüştür.[755] CMK'nın md. 268(2) hükmü, incelemenin en çok üç gün içerisinde yapılmasını, itiraz yerinde görülmezse, dosyanın yetkili mercie göndermesi gerektiği belirtilmişse de itiraz merciinin incelemesini ne kadar süre içerisinde tamamlaması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.[756] Bundan dolayı ihlaller ortaya çıkabilmektedir. Derece mahkemelerinin kanun hükmünü gerektiği gibi uygulamadığı hallerde de ihlal oluşabilmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman* kararında başvurucular, haklarında verilen tutukluluğun devamı kararına itiraz etmişler, fakat sulh ceza mahkemesi, itirazı yerinde görmediği takdirde en çok üç gün içinde yetkili mercie göndermesi gereken başvuruyu, aynı Kanun'un 108'inci maddesi kapsamında değerlendirerek başvurucuların tutukluluğunun devamına karar vermiş ve fakat itirazı, incelemeye yetkili mercie göndermemiştir. Bu süreç ikinci

752 Örn. Elberling, s. 125.

753 *Herz/Almanya*, İHAM, 44672/98, 12/06/2003, § 73.

754 *Kadem/Malta*, İHAM, 55263/00, 09/01/2003, § 44.

755 *Şevk/Türkiye,* AYM, 4528/02, 11/4/2006, § 40. Bu duruma benzer şekilde, çok yakın zaman önce verilen *Martins O'Neill Pedrosa/Portekiz* kararında da başvurucunun tutukluluğa itirazının, savcının görüşü de alınıp başvurucuya iletildikten 51 gün sonra Mahkeme tarafından reddedilmesi de ihlâl olarak görülmüştür. Bkz. *Martins O'Neill Pedrosa/Portekiz*, İHAM, 55214/15, 14/02/2017, §§ 45-50.

756 *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman başvurusu*, § 73.

başvurularında da benzer şekilde işlemiş; talepleri ancak üçüncü kez ileri sürüldükten sonra Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiş ve aynı gün itirazları reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 37 gün kadar süren bu sürecin Anayasa'da öngörülen "kısa sürede" şartına uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[757]

Üçüncüsü, akıl hastalığı vb. durumların geçerli olduğu hallerde, sağlık raporu alınması vb. türden gereklilikler süratle/kısa sürede kavramının niteliğinin genişlemesini gerektirebilir.[758] Fakat böyle bir durumda dahi 3 ay kadar süren inceleme ihlal olarak görülebilmiştir.[759]

Dördüncüsü; tutmanın kanuniliğinin denetlenmesinin ikili bir denetimin gerçekleştiği hallerde "süratle/kısa sürede" kavramları daha da esneyebilir. Yukarıda da değinildiği gibi, tutmanın kanuniliğinin denetlenmesini isteme hakkı, ikinci bir denetimi zorunlu kılmamaktadır. Fakat eğer bu itirazlar sonucunda verilen kararlara karşı ikinci bir başvuru yolu öngörülmüş ise madde kapsamındaki güvenceler bu denetim önündeki usul yönünden de geçerli olacaktır.[760] Bu bakımdan, itiraz hakkında karara karşı başkaca bir yol daha öngörülmüşse bu yoldaki kararın da süratle/kısa sürede verilmesi gerekecektir. Böyle hallerde süratle/kısa sürede karar verilip verilmediği, itirazın sonucunun kesinleşmesine kadarki toplam süreç, yani örn. istinaf/temyiz aşaması da dâhil edilerek değerlendirilecek fakat tekli denetime nazaran biraz daha esnek bir yaklaşım benimsenecektir.[761] Fakat bu esneklik, olağan yargılama süreçlerinin makullüğü düzeyinde olmaz. Şöyle ki; bir davanın 2 yıl kadar sürmesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olmayabilir, fakat konu özgürlükten yoksun bırakmanın kanuniliği denetimi olduğunda böyle bir süre ihlal yaratır. Türkiye'de aktarılan güvence, özellikle sınır dışı edilme olaylarında ihlal edilebilmektedir. Örneğin BMMYK tarafından sığınmacı olarak kabul

757 Ibid., §§ 74-75.

758 *Musial/Polonya*, İHAM, 24557/94, 25/03/199, § 43.

759 *Ilowiecki/Polonya*, İHAM, 27504/95, 04/10/2001.

760 *Pesa/Hırvatistan*, İHAM, 40523/08, 08/04/2010, § 124.

761 *Navarra/Fransa*, İHAM, 13190/87, 31/11/1993.

edilen ve Türkiye'ye sahte pasaportla girmiş ve Kos adasına kaçmakta iken yakalanan başvurucunun İran'a gönderilmek üzere tutulmasıyla ilgili *Keshmiri/Türkiye* kararında başvurucunun, tutulmasının kanuniliğinin incelenmesi için idarîyargıya yaptığı başvuru, ikinci denetimin söz konusu olduğu Danıştay önündeki yargılamalar da dahil 2 yıldan uzun süre boyunca tamamlanamamış ve bu durum ihlal yaratmıştır.[762]

Dördüncüsü; Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu da tutmanın kanuniliğinin süratle/kısa sürede denetlenmesi yükümlülüğü yönünden kapsam içindedir. Türkiye, Sözleşme'ye taraf bir devlettir ve Sözleşme'nin md. 5/4 hükmü Anayasa Mahkemesi'ni de bağlar. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi de "süratle karar verme" yükümlülüğünün temyiz vb. mercilerine özgü esnekliğinden yararlanacaksa da somut olayın koşullarına göre bu marj daralabilir. Örneğin *Hađi/Hırvatistan* kararında, Hırvatistan Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen tutukluluğun kanuniliğine yönelik itirazla ilgili bireysel başvuru hakkında 34 günde verdiği kararın, "süratle karar verme" yükümlülüğüne uygun görülmemiş olması çarpıcı bir örnektir.[763] Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin tutmanın kanuniliği denetimine karşı itirazlarla ilgili bir başvuruyu süratle incelemediği hallerde, normal şartlarda bir ihlal bulunmuyor olsa da sadece bu nedenden ötürü ihlal üretilmesi olasıdır. Ayrıca şu noktanın da akılda tutulması gerekir. Aktarılan türden gecikmeler, Anayasa Mahkemesi'nin etkili bir hukuk yolu olmasının önünde de engel oluşturabilir. Zira tutmanın kanuniliğinin incelenmesi için öngörülen bir yolun, madde 5(4)'ün amacı olan "süratli" olmaktan çıkması durumunda o yolun tüketilmesine gerek yoktur.[764] Bu belirleme, tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarına karşı yapılan anayasa şikâyetleri için de geçerlidir.[765] İnsan Hakları Mahkemesi, geçmişte verdiği çok sayıda kararda, çeşitli ülkelerdeki

762 *Z. N. S./Türkiye*, İHAM, 21896/08, 19/01/2010, § 63.

763 *Hađi/Hırvatistan*, İHAM, 42998/08, 01/07/2010.

764 *Sabeur Ben Ali/Malta*, İHAM, 35892/97, 29/06/2000, § 40; *Kadem/Malta*, § 53.

765 *Zubor/Slovakya*, İHAM, 7711/06/06, 06/12/2011, § 73.

anayasa mahkemelerinin, tutmanın kanuniliği incelemesinde hataya düştüğü hallerde madde 5(4)'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[766] Örneğin Mahkeme'ye göre, bir başvuru yapılmasından karar verilmesine kadar geçen ortalama sekiz haftanın, *prima facie*, "süratle" kavramı ile uyumlu olduğunu söylemek zordur.[767]

Türkiye'de Sözleşme'nin md. 5 hükmünde yer alan haklar da dahil olmak üzere Sözleşme'de yer alan haklarından birinin ihlal edildiğini düşünen bir kişinin, kural olarak, Sözleşme'nin 35 § 1 maddesi uyarınca, öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148'nci maddesindeki bireysel başvuru yolunu tüketmesi gerekmektedir.[768] Ancak bu yolun yeterince güvenilir olmaması, yani ulaşılabilirlik ve etkililik özelliklerini yitirmesi durumunda, tüketilmesini beklemeye gerek yoktur. Sözleşme madde 5§4 yönünden bu yolun etkili sayılması ise tutmanın hukuksallığı hakkında "süratle" karar verilmesine bağlıdır. Üstelik, Strazburg organlarının özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin tekrar başvuru yapabilme imkânlarının olmasının, hâlihazırda yapılmış olan başvuruların süratlice karara bağlanma zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı yönündeki tespitleri de dikkate alındığında, bir defa süratli olmaktan çıkmış olan bir bireysel başvuru incelemesinin sonradan başvurucu lehine bir karar verilse dahi ihlali ortadan kaldırmayacağı da akılda tutulmalıdır.[769]

---

766 Çok sayıda karar içinde bkz. *Sabeur Ben Ali/Malta, §42; Smatana ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 18642/04, 27/09/2007, § 132; *Zubor/Slovakya*, § 87-91; *Stephens/Malta (2)*, İHAM, 33740/06, 21/04/2009; *Fesar/Çek Cumhuriyeti*, İHAM, 76576/01, 13/11/2008, §§68-70; *Getoš-Magdić/Hırvatistan*, İHAM, 56305/08, 02/12/2010, § 106.

767 *E./Norveç*, § 64; *Sabeur Ben Ali/Malta*, § 38.

768 *Hasan Uzun/Türkiye*, İHAM, 10755/13, 30/04/2013,

769 *Starokadomskiy/Rusya*, İHAM, 42239/02, 31/07/2008, § 85; *Malofeyeva/Rusya*, İHAM, 36673/04, 30/05/2013, § 84.

Özgürlükten Yoksun Bırakmaya Karşı Başvuru Hakkı
1-) Tutmaya karşı başvurulabilecek ulaşılabilir, bağımsız, tarafsız ve etkili bir yargı mercii yolu var mı?
2-) Söz konusu yargı merciinin serbest bırakma yetkisi var mı?
3-) Yargı mercii, silahların eşitliği ilkesine uygun çelişmeli bir yargılama yapıyor mu? - Soruşturma ve kovuşturma dosyasına erişimde kısıtlılık kararı, itiraz imkânını ortadan kaldırıyor mu? - SEGBİS sistemi kategorik olarak mı uygulanıyor? - Savcılık görüşleri başvurucuya bildiriliyor mu?
4-) Özgürlükten yoksun bırakma tedbirine dayanak olan belgelere esas itibarıyla ulaşmak mümkün mü?
5-) Akıl hastası, çocuk vb. türden dezavantajlı kesimler için hukukî yardım sunulmuş mu?
6-) Makul aralıklarla, özgürlükten yoksun bırakma tedbirine dayanak olan koşulların değişip değişmediği inceleniyor mu?
7-) Sınır dışı etme, iade vb. durumlar karşısında otomatik başvuru usulü var mı?

F. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNE AYKIRILIK NEDENİYLE TAZMİNAT HAKKI

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 5'inci fıkrasına göre "Bu madde hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan herkes, icrası mümkün bir tazminat alma hakkına sahiptir." Yani maddenin son fıkrası, maddenin ilk dört fıkrasındaki hükümlerden birinin ihlalinden mağdur olan kişilerin iç hukukta tazminat alabilme hakkını düzenlemiştir.[770] Bu formülün benzeri, Anayasa'nın 19'uncu maddesinin 9'uncu fıkrasında "Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin

770 *Wassink/Hollanda*, İHAM, 12535/86, 27/09/1990, § 38.

uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir." şeklinde düzenlenmiştir.[771] Her iki madde de özü itibarıyla aynı olduğu için bu hakkın da "ortak koruma alanı"nda olduğunu söylemek gerekir.

1. "Kişi Özgürlüğüne Aykırılık Nedeniyle Tazminat Hakkı" ile "Adlî Hata Halinde Tazminat Hakkı" Arasındaki Farklar

Sözleşme'nin orijinal metninde, kişi özgürlüğünün ihlali dışında başka bir hakkın ihlali halinde bireye iç hukukta tazminat hakkı tanıyan özel bir hüküm yoktur. Sözleşme'ye ek protokollerde ise bu hükme benzer nitelikteki düzenleme, 7 no.lu ek Protokol'ün "Adlî Hata Halinde Tazminat Hakkı" başlıklı 3'üncü maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddeye göre:

"Bir kimse cezai bir fiilden ötürü kesin kararla mahkûm edilmişse, yeni meydana gelen veya daha önce meydana geldiği sonradan anlaşılan bir olayın bu kişinin mahkûmiyetindeadlî hata olduğunu göstermesi nedeniyle mahkûmiyet kararı bozulmuş veya affa uğramış olsa bile, daha önce bilinmeyen olayın zamanında ortaya çıkarılamamasına mahkûmiyet nedeniyle cezaya maruz kalan kişinin kısmen veya tamamen sebep olduğu kanıtlanamıyorsa, ilgili devletin hukukuna göre bu kişiye tazminat ödenir."

7 no.lu Protokol, Türkiye için 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[772] Yani 7 no.lu Protokol, AYM Kanunu md. 45 anlamında "Türkiye'nin taraf olduğu protokoller"den biridir. Anayasa'da açıkça anılan türden bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu tür bir güvence, Türkiye'nin taraf olduğu BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasında da yer almaktadır.

771 Bu maddenin ilk halindeki "kanuna göre" ifadesi, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle "tazminat hukukunun genel prensiplerine göre" şeklinde değiştirilmiştir. Değişikliğin gerekçesinde "19'uncu maddede yapılan değişiklikle yakalanan ya da tutuklanan kişilerin hâkim önüne çıkarılma süreleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5'inci maddesindeki esaslar doğrultusunda düzenlenmekte; Devlete, zarara sebebiyet verenlere rücu hakkı getirilmektedir" denmiştir.

772 Bkz. http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=iryXBgpN

Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca kanun hükmünde olan bu metin uyarınca söz konusu hak, iç hukukta güvence altındaydı. Ayrıca, Anayasa'nın 40/son hükmüne göre "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir." Hatalı bir mahkeme kararına dayalı mahkûmiyetin de anılan kapsamda olduğu düşünülebilir. Diğer yandan, Anayasa'nın md. 19'uncu maddesinin son fıkrasında öngörülen tazminatın gözaltı ve tutuklamayla sınırlı olmaması da bu çıkarımı pekiştirmektedir. Bu çerçevede, 7 no.lu Protokol'ün 3'üncü maddesindeki "adlî hata halinde tazminat hakkı"nın "ortak koruma" alanında olduğu düşünülebilir. Anayasa Mahkemesi, şimdiye kadar bu konuda bir karar vermemiştir.

Maddenin getirdiği güvence, Sözleşme'nin 5'inci maddesi ve Anayasa'nın 19'uncu maddesindeki güvenceden farklı olarak, her halükârda mahkûmiyet kararından sonraki aşama için geçerlidir. Bu hükmün uygulanmasının dört koşulu vardır: ***Birincisi***, mahkûmiyet içeren kesin bir kararın bulunması; ***ikincisi***, bu kişinin mahkûmiyete kendisinin neden olmaması; ***üçüncüsü***, söz konusu mahkûmiyetten sonra oluşan veya anlaşılan olay nedeniyle adlî hata yapıldığının tespit edilmesi ve ***dördüncüsü***, adlî hatadan dolayı kararın bozulması veya kişinin affa uğratılması. Yanlış anlaşılmalara karşı; suçlamanın reddedilmesi veya ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararının temyiz mahkemesi tarafından bozulması halinde bu maddenin uygulama bulmayacağını vurgulamak gerekir. Ayrıca maddedeki tazminat ifadesinin, sadece maddi değil, manevi tazminatları da kapsadığı açıktır. Tazminat bedelinin düşük olması da bu hakkın ihlaline neden olabilir.

Her iki hak arasındaki dikkate değer fark, kişi özgürlüğünün ihlali nedeniyle tazminat hakkının, (bir kimsenin yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra hukuka uygun olarak hapsedilmesi amacına uygunluk sorunu vb. istisnalar hariç olmak üzere) daha çok mahkûmiyet öncesi aşama ile ilgili olmasıdır. Adlî hata halinde tazminat hakkı ise her halükârda bir mahkûmiyet kararından sonra uygulama bulur. Birincisinde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması gerekli iken, ikincisi için böyle bir gereklilik yoktur. Birincisinde Sözleşme'nin 5'inci maddesindeki veya

Anayasa'nın 19'uncu maddesindeki haklardan birinin ihlal edilmiş olması ön koşul iken; ikincisinde bu ön koşul herhangi bir adlî hatadır.

2. Kişi Özgürlüğüne Aykırılık Nedeniyle Tazminat Hakkının Esasları

Sözleşme'nin 5'inci maddesinin son fıkrası, ilk dört fıkra hükümlerinden birinin ihlali halinde uygulanabilir.[773] Yani tazminat hakkının ileri sürülebilmesi için, anılan haklardan birinin ihlal edildiğinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından veya iç hukuk organları tarafından doğrudan veya esas itibarıyla tespit edilmiş olması gerekir.[774] Aksi halde fıkranın getirdiği güvence, uygulanabilirlik kazanmaz.[775] Bu hükmün uygulanması için özgürlükten yoksunluk durumunun devam ediyor olması gerekli değildir.[776] **İç hukuka ve Sözleşme'ye uygun** bir özgürlükten yoksunluk söz konusu olduğunda bu, taraf devlete 5'inci fıkra anlamında tazminat ödeme yükümlülüğü getirmez.[777] Bu fıkranın uygulanması için mutlaka iç hukukun ihlal edilmiş olması gerekmez. Sözleşme'nin ihlali dahi hükmü uygulanabilir kılar.[778] Fakat tutmanın kanuniliği bağlamında **iç hukuk ihlâledilmişse** bu, kural olarak 1'nci fıkranın da ihlalini sonuçlandığı için; böyle bir durumda tazminat ödenmemesi 5'inci fıkraya da aykırılık oluşturur. Öte yandan bu fıkra gereğince taraf devletler, özgürlüğünden yoksun kalan ve tazminat talep eden kişilerin, **zararlarını ispatlamaları şartın**ı getirebilirler. Mağdurluk, kural olarak **zarar bulunmayan durumlarda** da oluşabilir, fakat böyle bir durumda maddi veya manevi açıdan tazmin edilmesi gereken bir zarar söz konusu olmadığı için, herhangi bir "tazminat" sorunundan da bahsedilemeyecektir.[779] Özgürlükten yoksunluk **maddi veya manevi** zarara yol açabilir. Tazminat hakkını ileri süren kişinin, 5'inci maddeye aykırı şekilde özgürlüğünden yoksun kaldığı yerin **hapishane veya akıl**

773 *N.C./İtalya*, İHAM, 24952/94, 18/12/2002, § 49.

774 *Svetoslav Dimitrov/Bulgaristan*, İHAM, 55861/00, 02/07/2008, § 76; *Şahin Çağdaş/Türkiye*, İHAM, 28137/02, 11/04/2006, § 34; *Tymoshenko/Ukrayna*, § 285.

775 *Wassink/Hollanda*, § 38; *Chitayev ve Chitayev/Rusya*, İHAM, 39630/09, 13/12/2012, § 192.

776 *Blackstock/Birleşik Krallık*, İHAM, 59512/00, 21/06/2005, § 51.

777 *X./Almanya*, İHAM, 6724/74, 10/12/1975.

778 *Brogan ve diğerleri/BirleşikKrallık*, § 67.

779 *Wassink/Hollanda*, § 38.

hastanesi olmasının tazminat hakkına sahip olmak yönünden önemi yoktur.[780]

Sözleşme'nin 5(1) – (4)'üncü fıkra hükümlerinden birinin ihlal edildiği her olayda 5(5)'inci fıkrası da doğrudan ihlal edilmiş olmaz. Bu fıkralardaki şartları etkileyen bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için tazminat almak üzere başvurma imkânının bulunması halinde, Sözleşme'nin 5(5)'inci fıkrasına uygunluk sağlanmış olur.[781] O halde Sözleşme'nin 5(5)'inci fıkrasındaki tazminat hakkı, ulusal bir makam veya Sözleşme organları tarafından tespit edilen bir ihlalin mevcut olmasını varsayar.[782]

Ulusal makam, Sözleşme'nin 5'inci maddesinin (1) – (4)'üncü fıkra (Anayasa'da (1) – (8)'inci fıkra) hükümlerinden birinin veya bu hükümlere karşılık gelen bir iç hukuk hükmünün ihlalini tespit etmemiş ise, tazminata da hükmetmeyecektir. Ulusal makamların iç hukuka uygun buldukları bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirine karşı iç hukukta tazminat talebiyle başvurunun başarı şansı da yoktur. Eğer aynı özgürlükten yoksun bırakma tedbiri Mahkeme tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunmuş ise, iç hukukta tazminat bulunmaması Sözleşme'nin 5'inci fıkrasının (Anayasa'nın 9'uncu fıkrasının) da ihlaline yol açar.[783]

Eğer iç hukukta tazminat yolu yoksa veya mevcut olmakla birlikte yeterli güvence sağlamıyorsa, bu durumda ihlal oluşabilir[784]. Taraf devletler, tazminat yolunun mevcut olduğunu, içtihatlar sunmak suretiyle ve yeterli kesinlikte gösterebilmelidirler. Bu bakımdan örneğin sadece Sözleşme'nin iç hukuk düzeyinde anayasal yerine işaret etmek veya soyut olarak bazı hükümlerin varlığına dikkat çekmek yeterli sayılmayacaktır[785]. Çünkü Mahkeme, sadece normun lafzına bakmamakta, mahkemelerin iç hukuk normunu nasıl uyguladıklarını da dikkate alarak bir sonuca

780 *Gulub Atanasov/Bulgaristan*, §§ 83-86

781 *Wassink/Hollanda*, § 38.

782 *Somogyi/Macaristan*, İHAM, 5770/05, 11/01/2011, § 27.

783 *Sakık ve diğerleri/Türkiye*, § 58-61; *Sevgin ve İnce/Türkiye*, İHAM, 46262/99, 20/09/2005, § 75.

784 *Ciulla/İtalya*, İHAM, 11152/84, 22/02/1989, § 44; *Rehbock/Slovenya*, §92; *Gulub Atanasov/Bulgaristan*, § 85.

785 *Ciulla/İtalya*, § 44; 1997, § 58-61; *Sevgin ve İnce/Türkiye*, § 75.
Ciulla/İtalya, § 44; *Rehbock/Slovenya*, § 92.

ulaşmaktadır. Örneğin Bulgaristan'da kanuni dayanağı olmayan tutmalar için tazminat yolu düzenlenmiş olsa da Mahkeme, bu hükmün sadece kişinin suçluluğunun ispat edilemediği hallerde veya beraat ettiği durumlarda uygulama bulduğunu tespit etmiş ve kişilerin duruşma öncesinde tutuldukları süreç için tazminat sağlayan bir yol olmadığı sonucuna ulaşmıştır[786].

İç hukukta Sözleşme'nin 5'inci maddesinin (1) – (4)'üncü fıkralarında (Anayasa'nın 19'uncu maddesinin (1) – (8)'inci fıkralarında) güvence altına alınan hakların ihlal edilmesi halinde belli bir tazminat yolu düzenlenmiş olması ve bu konuda yargı organlarının da içtihatlarının mevcut olması yeterli olmayabilir. Belli bir yol düzenlenmiş, yargı organları da bu yola başvuran kişi lehine tazminata hükmetmiş olsa da tazminat miktarının düşük olması durumunda, 5'inci fıkra (Anayasa'da 9'uncu fıkra) ihlal edilmiş olacaktır. İnsan Hakları Mahkemesi'nce, ulusal mahkemelerin kişiye isnat edilen suçun niteliğine, tutma süresine ve tutmanın kişi üzerinde yarattığı etkiye bakarak[787] ülkedeki koşullar yönünden makul sayılacak bir tazminata karar vermesi gerekmektedir. Örneğin birkaç saatlik tutma için 100 Malta Liri (yaklaşık 760 TL) ödenmesi[788] veya yaklaşık 4 aylık süreyle hükme dayalı tutma için 2740 Euro ödenmesi[789] makul görülebilmişken; üç gün süren özgürlükten yoksunluk için 63 Euro değerinde bir tazminata hükmedilmesi düşük bulunmuş ve ihlal tespitiyle birlikte 6000 Euro tazminata hükmedilmiştir[790]. Türkiye ile ilgili yakın tarihli bir kararda ise 141'inci madde kapsamında açılan bir davada, yaklaşık bir buçuk ay kadar tutuklu kalan bir kişi lehine hükmedilen 798.94 TL (327 Euro) maddi, 1.200 TL (492 Euro) manevi tazminat, İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yeterli giderimi sağlar görülmüştür.[791]

786 *Mitev/Bulgaristan*, İHAM, 40063/98, 22/12/2004, §§ 133-138

787 *Shilyayev/Rusya*, İHAM, 9647/02, 06/10/2005, § 21.

788 *Attard/Malta*, İHAM, 46750/99, 28/09/2000.

789 *Shilyayev/Rusya*, § 21.

790 *Ganea/Moldova*, İHAM, 2474/06, 17/05/2011, § 22.

791 *Vedat Doğru/Türkiye*, §§ 61-62.

Kuşkusuz söz konusu hakkın ihlal edildiğine karar verilebilmesi için, başvurucunun bu hakkın da ihlal edildiğine dair talebinin bulunması gerekir. Ne var ki uygulamada başvurucuların söz konusu hakkın ihlal edildiğine karar verilmesini talep etmekten çok, zararlarının Sözleşme'nin 41'inci maddesi gereğince tazmin edilmesiyle ilgilendikleri anlaşılmaktadır.

Türkiye'de ceza muhakemesi süreçlerinde, kişi özgürlüğü hakkı bünyesindeki hakların ihlali halinde tazminat hakkını sağlayan bir yol olarak, uzun yıllar boyunca, 466 Sayılı Kanun'da öngörülen tazminat yolunun güvence sağladığı savunulmuştur. İnsan Hakları Mahkemesi'nin oturmuş içtihadı, söz konusu yolun 5'inci fıkradaki güvenceyi karşılamadığı yönündeydi.[792]

CMK döneminde ise bu hüküm yürürlükten kaldırılmış ve onun yerini CMK'nın 141'inci-144'üncü maddeleri almıştır. CMK'nın 141'inci maddesinde, Anayasa'nın 19'uncu maddesinde sayılan haller ile diğer bazı ceza muhakemesi güvencelerine aykırılık halinde tazminat alınabilmesi güvencesi somutlaştırılmıştır:

> "(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;
>
> a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,
>
> b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,
>
> c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,
>
> d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,
>
> e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

792 *Sinan Tanrıkulu ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 50086/99, 03/05/2007, § 50; *Medeni Kavak/Türkiye*, İHAM, 13723/02, 03/05/2007, § 34; *Saraçoğlu ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 4489/02, 29/11/2007, § 52.

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen

Kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir."

Kanun'un 142'nci maddesinde ise dava açma süresi, görevli mahkeme ve dilekçenin şekli ile kanıtların neler olacağı açıklanmaktadır. Bu değişiklikten sonra Türkiye Hükümeti, Sözleşme'nin 5'inci maddesiyle ilgili bireysel başvuruların büyük bir kısmında bu yola dikkat çekmiş, fakat bu yolun başarı şansının bulunduğuna dair somut içtihat sunamadığı için bu iddialar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından kabul görmemiştir.[793]

Bu durum, 2012 yılına kadar sürmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi, *Demir/Türkiye* kararında CMK'nın 141'inci maddesindeki yolu "uzun tutukluluk" başvuruları yönünden etkili görmüştür. Bu davanın konusu, yaklaşık 9 yıl kadar tutuklu kalan başvurucunun, tutukluluğunun makul süreyi aşmış olmasından yakınmasıydı. İnsan Hakları Mahkemesi, bu

793 *Er ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 23016/04, 31/07/2012; *Mahmut Öz/Türkiye*, İHAM, 6840/08, 03/07/2012.

davada CMK'nın 141'inci maddesinin 1'inci paragrafının (d) bendinde, makul sürede hakkında hüküm verilmeyen bir tutuklu için tazminat talebinde bulunabilme olanağının öngörüldüğünü kaydetmiştir. Mahkeme, bu yolun salıverilme yönünden ve hüküm aşamasına kadar yapılacak başvurular yönünden etkili olmamakla birlikte, mahkûmiyet veya kovuşturmaya yer olmadığı[794] kararı gibi soruşturmayı/kovuşturmayı bitiren kararlardan sonraki başvurular bakımından etkili olduğu sonucuna ulaşmıştır.[795] Çünkü Mahkeme'ye göre söz konusu yol, "bir yandan ilgili kişinin maruz kaldığı tutukluluk süresinin uzunluğunun tespiti, diğer yandan ise uğradığı zararın tazmini olanağı sağlamakta"dır. Bu içtihat, sonraki kararlarda da sürdürülmüş, yani yerleşik hale gelmiştir.[796]

İnsan Hakları Mahkemesi bu yaklaşımı uyarınca, ilkin, henüz derece mahkemesi önündeki veya Yargıtay önündeki[797] davalara dair uzun tutukluluk iddiaları için, CMK md. 141 yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığını kabul etmişse de,[798] Yargıtay'ın konuyla ilgili yeni kararlarından sonra bu yaklaşımını da esnetmiştir.[799] Güncel içtihat, Yargıtay kararına koşut olarak, tutukluluk hali sona ermiş kişilerin uzun tutukluluk ile ilgili ihlal iddialarını başvuru konusu yapabilmeleri için, süregelen dava

794 *Şakar/Türkiye*, İHAM, 38062/08, 20/10/2015, § 48.

795 *Demir/Türkiye*, İHAM, 51770/07, 16/10/2012, §§ 24-28.

796 *BalcaTürkiye*, İHAM, 41843/07, 22/1/2013, § 17; *Mehmet Çelik/Türkiye*, İHAM, 36505/10, 12/02/2012, §32; *Gürceğiz/Türkiye*, İHAM, 1045/07,15/11/2012, §§ 19-34; *Ömer Yıldız/Türkiye*, İHAM, 48448/11, 01/10/2013; *Cihan Yeşil/Türkiye*, İHAM, 24592/08, 22/10/2013; *Tutal ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 11929/12, 28/01/2014; *Balta/Türkiye*, İHAM, 51359/09, 09/12/2014, § 63; *Günay/Türkiye*, İHAM, 31596/07, 17/02/2014, § 18; *Öztekin ve Yıldız/Türkiye*, İHAM, 26300/10, 17/03/2015, § 17; *Şakar/Türkiye*, § 48; *Yücel/Türkiye*, İHAM, 17869/10, 27/9/2016, § 20; *Acar/Türkiye*, 30495/11, 27/09/2016, § 23; *Yılmaz/Türkiye*, İHAM, 21806/08, 14/03/2017, § 20; *Aydın/Türkiye*, İHAM, 34170/07, 16/05/2017, § 24; *Şekerci/Türkiye*, İHAM, 9961/08, 01/07/2014; *İnan/Türkiye*, İHAM, 14129/11, 04/11/2014, § 37; *Cüneyt Polat/Türkiye*, İHAM, 32211/07, 13/11/2014, § 52; *Aydın Dağlı/Türkiye*, İHAM, 18386/07, 17/05/2016; *Beştaş/Türkiye*, İHAM, 16857/12, 17/05/2016.

797 *Filiz/Türkiye*, İHAM, 28074/08, 04/03/2014, § 53.

798 *Murat Özdemir/Türkiye*, İHAM, 60225/11, 15/04/2014.

799 *Yıldız/Türkiye*, İHAM, 42745/09, 11/10/2016, § 27. Mahkeme, bu bağlamda Haziran 2015'ten itibaren uzun tutukluluk nedeniyle CMK'nın md. 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasının d) bendine dayalı tazminat yolunun davanın esası hakkında kesin karar verilmeden de kullanılabileceğini dikkate almaktadır.

sonuçlanmamış olsa bile CMK md. 141 yolunu tüketmeleri gerektiği yönünde değişmiştir.

Burada, konunun daha net anlaşılması için Yargıtay'ın konuyla ilgili belirlemesini aktarmak anlamlı olabilir:

> "5271 sayılı CMK'nın; 'Tazminat istemi' başlıklı 141'inci maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, gözaltı süresi yasada açıkça belirtilmiş olup, yasadaki bu süre içinde hâkim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bu konudaki talepler hakkında karar verilmesi için davanın esası hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır. Yine aynı şekilde, kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen ya da hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır. Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler değildir. Ancak asıl davanın sonucuna bağlı veya asıl davada verilecek kararları etkileyici talepler yönünden mutlaka davanın esasıyla ilgili verilen karar veya hükmün kesinleşmesi zorunludur. Örneğin, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, yine mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılanlar hakkında, mutlaka davanın esasıyla ilgili olarak verilen kararın kesinleşmesini beklemek zorunluluğu bulunmaktadır.

> Belirtilen bu halde davacının tazminat isteme hakkı verilen karar veya hükmün kesinleşmesiyle doğacaktır…"[800]

Bu içtihat uyarınca İnsan Hakları Mahkemesi, "uzun tutukluluk" bağlamındaki başvurularda, hükümetin, davanın sonuçlanması beklenmeden dahi CMK'nın 141'inci maddesindeki yola başvurulması gerektiği yönündeki savunmalarını, tutukluluk hali sona ermiş olan başvurucular bakımından, kabul etmektedir.[801] Bu yola gidilmeden yapılan başvurular kabul edilemez bulunmaktadır. Bunun yanında, kanuni gözaltı süresinin aşılması söz konusu olduğunda ise Mahkeme, CMK md. 141'deki yolun tüketilmesi gerektiği savını kabul etmektedir.[802]

3. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi içtihadına bakıldığında; Mahkeme'nin tutukluluk süresinin aşılması ve dolayısıyla tutukluluk hâlinin kanuna aykırı hale gelmesi nedeniyle yapılan başvurularda, eğer başvurucu hakkındaki hüküm kesinleşmiş ise CMK'nın 141'inci maddesindeki yolun tüketilmesini gerekli gördüğü anlaşılmaktadır.[803]İlk dönem kararlarda, aynı nitelikte iddiaları içeren fakat henüz kesin olarak sonuçlanmamış davalar yönünden ise "Kanun'un 141'inci ve 142'inci maddelerinde belirtilen yolun hüküm kesinleşmeden önce tutuklamanın hukukîliği ve tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri açısından etkili olduğuna yönelik uygulamada bir örnek bulunmadığı" gerekçesiyle, CMK'nın 141'inci maddesindeki yola başvurmanın gerekli olmadığı söylenmekteydi.[804] Ancak Anayasa Mahkemesi de tıpkı İnsan Hakları

800 Yargıtay 12'inci Ceza Dairesi, E. 2014/20624, K. 2015/12265, 01/07/2015.

801 Hükümetin böyle bir itirazda bulunmadığı hallerde ise CMK md. 141 yoluna başvurulmamış olsa bile dava esastan incelenebilmektedir. Örn. bkz. *Galip Doğru/Türkiye*, İHAM, 36001/06, 28/04/2015, § 49.

802 *Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/Türkiye*, §§ 24-31.

803 *Burak Döner başvurusu*, AYM, 2012/521, 02/07/2013, §34; *Ramazan Aras başvurusu*, AYM, 2012/239, 02/07/2013, § 35; *Soner Şengüller başvurusu*, AYM, 2012/899, 09/01/2014, § 35; *Uğur Hoşgören başvurusu*, AYM, 2012/999, 09/01/2014, § 35; *Özgür Görmez başvurusu*, AYM, 2013/843, 03/04/2014, § 31

804 *Hamit Kaya başvurusu*, AYM, 2012/338, 02/07/2013, §§ 32-33; *Reşat Ertan başvurusu*, AYM, 2013/5700, 15/04/2015, § 29; *Mehmet Emin Güneş başvurusu*, AYM, 2013/5707, 16/04/2015; § 29; *Mecit Gümüş başvurusu*, AYM, 2013/9105, 25/6/2015; § 32.

Mahkemesi gibi, uzun süren tutukluluklarla ilgili ihlallere ilişkin olarak davanın sonucunun beklenmesinin gerekli olmadığı yönündeki Yargıtay kararlarına itibar etmiştir ve içtihadını bu yönde geliştirmiştir.[805]

Bu bakımdan gelinen aşamada hem Strazburg organları hem de Anayasa Mahkemesi yönünden, uzun tutukluluk temelli ihlal iddiaları için, dava kesin olarak sonuca bağlanmış olsun veya olmasın, CMK md. 141'deki yolun -temyiz aşaması dâhil[806]- tüketilmesinin gerekli olduğunu söyleyebiliriz. Üstelik her iki mahkeme yönünden de kişilerin başvuru tarihinde özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olmaları veya bu yolun öngörülebilir olmaması önem taşımamakta, başvuru anındaki durumları ve güncel Yargıtay içtihadı esas alınmaktadır.[807]

Uzun tutukluluk sorunu yönünden geçerli olan bu yol, acaba kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının diğer unsurları yönünden de ihlallerin tespit edilmesi ve tazminat alınması için tüketilmesi gereken bir hukuk yolu mudur? İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu konuda ihtiyatlıdır. Mahkeme, gözaltına alınmalarının yasaya aykırı olduğu ve bilhassa Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının c) bendinin gerektirdiği şekilde, suç işlediklerine dair haklarında şüphelenilmesini gerektiren inandırıcı sebeplerin bulunmadığı iddiasını içeren bir başvuruda, CMK md. 141 yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığını kabul etmiştir.[808] Mahkeme, bu kararında, gözaltına alma kararının kanuni olmadığı haller için tüketilmesinin gerekli olmadığını söylemiştir.[809] Bu içtihada göre, örneğin bir kişi gözaltına alınmasını gerektirecek bir şüphe olmamasına rağmen yakalanmış ve gözaltına alınmış ise bu kişinin CMK md. 141 yoluna başvurmasına gerek yoktur. Benzer durum, tutukluluk konusundaki hukuka aykırılıklar yönünden de geçerlidir. Öyle ki İnsan

805 *Murat Çiftçi ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/2257, 26/10/2016, § 55.

806 CMK md. 141 yoluna başvurulmuş olması ve red kararı alınmış olması yeterli değildir. Bu karara karşı temyiz yolunun da tamamlanması gerekir. Bkz. *Ahmet Kürşad Özsoy ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/5387, 15/06/2016, § 38.

807 Bkz. *A. Ş./Türkiye*, İHAM, 58271/10, 13/09/2016, §§ 93-94; *Mehmet Emin Güne/Türkiye*, İHAM, 2013/5707, 16/04/2015, §§ 26 vd.

808 *Mergen ve diğerleri/Türkiye*, §§ 33-38.

809 Ibid., § 36.

Hakları Mahkemesi, kanuna (kuvvetli şüphe koşulu yönünden) aykırı tutukluluk iddiasının tartışıldığı *Lütfiye Zengin/Türkiye* kararında, Hükümet'in, kanuna aykırı tutukluluklarda tazminat verildiğine ilişkin içtihat sunmadığı gerekçesiyle, CMK md. 141 yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığını ifade etmiştir.[810] Ne var ki Mahkeme, aynı dönemde verdiği *Mustafa Avcı/Türkiye* kararında, biraz da tartışmalı şekilde, başvurucunun yakalamasının usûlî güvencelere uymaksızın yapılması ve kanuna aykırı olarak gözaltında tutulması şikâyetine ilişkin olarak CMK md. 141 yolunun tüketilmesi gerekliliğini aramıştır.[811] Özellikle *Mustafa Avcı/Türkiye* kararı dikkate alındığında, Strazburg'un tutmanın "kanuniliği" konusunda yaklaşımının değişkenlik gösterdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına baktığımızda ise Mahkeme'nin CMK md. 141 yolunun kapsamını geniş algılama eğiliminde olduğunu görüyoruz. Mahkeme, kanuna aykırı veya süre aşan gözaltı uygulaması,[812] müdafii yardımından yararlanma gibi kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlanma isteği yerine getirilmeden tutuklama,[813] yakalandığında yakalama nedenleri ve suçlamalara ilişkin yazıyla veya bunun hemen mümkün bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmaması,[814] tutukluluğun makul olmaktan çıkması[815] gibi haller yönünden de CMK md. 141 yolunun tüketilmesi şartını aramıştır. Bunların yanı sıra Mahkeme, yine İnsan Hakları Mahkemesi'nden farklı olarak, tutmanın kanuna uygun olmadığı iddiaları yönünden de bu yolu çok daha kolaylıkla etkili görmüştür. Anayasa Mahkemesi, kanuni dayanağı olmayan, yani fiili

810 *Lütfiye Zengin/Türkiye*, İHAM, 36443/06, 14/04/2015, §§ 61-68.

811 *Mustafa Avcı/Türkiye*, İHAM, 39322/12, 23/05/2017, §§ 58-67.

812 Örn. bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri başvurusu*, § 70; *Hidayet Karaca başvurusu*, § 62.

813 *Adem Gedik başvurusu*, AYM, 2013/2950, 14/10/2015, §§ 37-41.

814 *Deniz Özfırat başvurusu*, § 50; Buna göre yakalandığında yakalama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen mümkün bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan kişilerin tazminat istemleri konusunda karar vermek için asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla yakalanan bir kişinin, yakalama nedenlerinin ve hakkındaki suçlamaların kendisine bildirilmemesi hâlinde asıl davanın sonuçlanması beklenmeden 5271 sayılı Kanun'un md. 141 hükümlerine göre tazminat talep etmesi mümkündür.

815 *İrfan Gerçek başvurusu*, AYM, 2014/6500, 29/09/2016, §§ 41 vd.

tutmalarda,[816] kanunun öngördüğü usule uymadan gerçekleştiği iddia edilen müdahalelerde ve özü itibarıyla kanunun aradığı şüphe oluşmadan gerçekleştiği ileri sürülen gözaltı[817] ve tutuklama[818] durumlarında da CMK md. 141 yolunun tüketilmesi gerektiğini söylemiştir.[819]

Özellikle son kategorinin Strazburg içtihatlarıyla uyumu tartışmalıdır. Zira anılan karar, bir başvurucunun, bir ağır ceza mahkemesi tarafından verilen tutuklama kararının, kuvvetli olmadan gerçekleştiği yönündeki iddiasının, CMK md. 142 uyarınca davayı görmekte olmayan bir diğer ağır ceza mahkemesi tarafından tespit edilebileceği vb. varsayımına dayanmaktadır. Bunun gerçekçiliği tartışma götürür olduğu gibi, Strazburg organlarının *Lütfiye Zengin/Türkiye* kararında altını çizdikleri üzere, Türkiye'de bu yönde başarıya ulaşmış herhangi bir içtihat da mevcut değildir. Kaydedilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi'nin Strazburg organlarının bu belirlemeleri ile koşut kararları da yok değildir.[820]

Bunların dışında, dikkat çekici bir diğer içtihat da Anayasa Mahkemesi'nin, başvurucuların, idarî yargıda Adalet Bakanlığı'na dava açmış olmasını CMK md. 141 yolunu tüketmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmıyor görmesidir.[821]

---

816 *Zeki Bingöl (2) başvurusu*, AYM, 2013/6576, 18/11/2015; § 60; *Ahmet Kürşad Özsoy ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2013/5387, 15/06/2016, § 37.

817 *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya başvurusu*, AYM, 2013/3193, 15/10/2015, § 45.

818 *Reşat Ertan başvurusu*, AYM, 2013/5700, 15/4/2015, § 29; *Mehmet Emin Güneş başvurusu*, AYM, 2013/5707, 16/4/2015, § 28-29.

819 Kanun'un 144/1(a) hükmüne göre gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler (…) tazminat isteyemezler. TCK'nın 63'üncü maddesine göre ise "hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün hâller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir." Yani hüküm kesinleştikten sonra, tutukluluk süresi hükmolunan hapis cezasından indirilecektir. CMK md. 144/1(a) hükmü uyarınca tutukluluk süresi "başka bir hükümlülükten" indirilen kişiler için tazminat verilmezken, hükümlülükten düşürülen tutukluluk durumları için tazminat ödenmesi gerçekçi değildir. Öyle ki Kanun'un md. 143/1 hükmü de tazminatın geri alınmasından bahsetmektedir ki bu da anılan tespiti doğrular durumdadır.

820 Örn. bkz. *Selçuk Özdemir başvurusu*, AYM, 2016/49158, 26/07/2017; *Ayhan Bilgen başvurusu*, AYM, 2017/5974, 21/12/2017.

821 *Alper Kutlu başvurusu*, AYM, 2013/8064, 26/2/2015, §§ 11 ve 37.

Burada şu notun düşülmesi önem taşımaktadır. AYM'nin etkili gördüğü "öngörülebilir" bir hukuk yolunun tüketilmesi önemlidir. Strazburg organlarına başvurmak için AYM yolunun usulüne uygun olarak tüketilmesi gerekmektedir.[822] Somut olayın koşullarına göre, Strazburg organlarının etkili görmediği fakat AYM'nin etkili gördüğü bir hukuk yolunun durumu, Strazburg'daki kabul edilebilirlik incelemeleri bakımından bazı risk faktörlerini barındırmaktadır.Çünkü iç hukukun usulüne uygun tüketilmesi gerekmektedir ve AYM de ulusal mahkeme olarak bir yola etkinlik kazandırmak istiyor olabilir, bu istenç uluslararası bir Mahkeme tarafından kolaylıkla yok sayılamaz. Ne var ki diğer yandan, bu alandaki keşmekeşin her iki mahkeme tarafından da netleştirilmesi acillik taşımaktadır.

Şimdi, tüm bu yazılanlardan sonra ve gelgitli/riskli noktaları kenara bırakıp bir toparlama yapmak gerekirse, avukatların mevcut AYM içtihadı uyarınca en azından şu durumlarda CMK md. 141'de öngörülen yola gitmelerinde fayda olduğunu söyleyebiliriz:

CMK md. 141'de Öngörülen Yola Başvurulmasının Gerekli Olduğu Haller (Ekim 2017)
• Kanunun öngördüğü usule uyulmadan gerçekleşen yakalama ve gözaltı, • Kanunun öngördüğü gözaltı süresinin aşılması, • Kişiye, müdafii yardımından yararlanma gibi kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlanma isteği yerine getirilmeden özgürlükten yoksun bırakma uygulaması, • Kişi yakalandığında, yakalama nedenlerine ve suçlamalara ilişkin yazıyla veya bunun hemen mümkün bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmaması, • Kişinin yakınlarına haber verilmemesi, • Tutukluluk süresinin makul olmaktan çıkması

822 *Koçintar/Türkiye*, İHAM, 77429/12, 01/07/2014.

İkinci olarak, ilk tutukluluk kararının CMK md. 100 koşullarına uymadığı haller ile tutukluluğa devam kararında ilgili ve yeterli gerekçesinin olmaması durumlarında CMK md. 141 yolunun etkililiğine ilişkin içtihatta bazı belirsizlikler bulunduğunun da altı çizilmelidir. Örneğin bu satırlar yazılırken yayımlanan *Doğan Yüksekbağ ve diğerleri* kararında bu bağlamda yapılan başvuru, hukuk yolları tüketilmediği için değil, açıkça dayanaktan yoksun olduğu için kabul edilemez bulunmuştur.[823] Bu kararın tersten okuması, başvurucunun CMK md. 141 yoluna gitmesi gerekmediği olabilir. Ne var ki AYM bunu çok açık şekilde dile getirmiş de değildir. Yani bu konudaki içtihat, mevcut haliyle öngörülebilirlik taşımıyor. Dolayısıyla avukatların, konuyla ilgili içtihatları yakından takip etmeleri ve her halükârda bir öngörülebilirlik tartışması yapmaları kritik önemdedir.

Üçüncü olarak, CMK md. 141 yolunun, maddenin içeriği uyarınca İHAS md. 8 ve 1 no.lu ek Protokol md. 1'deki haklara değen boyutları da vardır, ki gözardı edilmemelidir.

Buraya kadar ifade edilenler, daha çok ceza muhakemesi yönünden ve suç şüphesiyle ilgili tutmalarla ilgiliydi. Oysa kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik müdahaleler klasik ceza muhakemesinin dışındaki alanlarda da söz konusu olmaktadır. Tazminat hakkı, böyle durumlarda da uygulama bulmalıdır. Örneğin sınır dışı edilmek için tutulan bir yabancının kişi özgürlüğü ihlal edildiğinde yeterli tazminatın sağlanmış olması gerekir. İnsan Hakları Mahkemesi, bu bağlamda Türkiye'de yabancıların tutulmasına ilişkin usulü belirleyen ve bu tutuklamaların hukuka uygun olup olmadığı hususunda yargı denetimi için hukuk yolu ve tazminat alımını sağlayan açık kanuni hükümlerin mevcut olmamasından dolayı ilgili hükümlerin ihlal edildiğini tespit etmiştir.[824] Bu soruna, AYM tarafından da işaret edilmiştir.[825] Anılan sorunun aşılması için mevzuatta değişiklik yapılması veya içtihat hukukunun gelişmesi gerekmektedir.

---

823 *Doğan Yüksekbağ ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2014/1197, 13/09/2007, §§ 40-41.

824 Bkz. *Yarashonen/Türkiye*, İHAM, 72710/11, 24/06/2014, §§ 37-50; *Musaev/Türkiye*, İHAM, 72754/11, 21/10/2014, §§ 27-41; *Aliev/Türkiye*, İHAM, 30518/11, 21/10/2014, § 52-69; *Erkenov/Türkiye*, İHAM, 18152/11, 06/09/2016, §§ 21-24; *Alimov/Türkiye*, İHAM, 14344/13, 06/09/2016.

825 *K. A. başvurusu*, § 153 vd.

Bundan başka; akıl hastalığı, bağımlılık, bulaşıcı hastalık, serserilik vb. nedenlerden dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılan ve hakları ihlal edilen kişilerin tazminat hakkı yönünden de ulusal mevzuat, bu konuda yeterli sayıda bireysel başvuru bulunmadığı için, yeterince sınanmış değildir. Ancak burada Medeni Kanun'un konuyla ilgili hükümlerinin Sözleşme içtihatları çerçevesinde yorumlanmasının önem taşıdığını kaydedebiliriz.

Türk Medeni Kanunu'nun 396'ıncı maddesinde vesayet organları sayılarak bunların vesayet daireleri ile vasi ve kayyımlar olduğu belirtilmiş; Kanunun vesayet dairelerine ilişkin kısmında yer alan "Kamu vesayeti" başlıklı 397'inci maddesinde; kamu vesayetinin, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütüleceği belirtilmiş; maddenin ikinci fıkrasında vesayet makamının, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamının ise asliye hukuk mahkemesi olduğu yönündeki hükme yer verilmiştir. Medeni Kanun'un anılan bölümünün vesayeti gerektiren hallere ilişkin ikinci ayrımında yer alan 405'inci maddesinde; akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanacağı belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise; görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamların, noterler ve mahkemelerin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları yönündeki hükme yer verilmiştir. Anılan bölümde yer alan altıncı ayırımda ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'un 432'nci maddesinde; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulabileceği; görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlilerinin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları belirtilmiştir. Kanun'un 433'üncü maddesinde yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisinin, ilgilinin

yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yerin vesayet makamına ait olduğu belirtilmiştir. Kanunun takip eden maddelerinde ise bu konuya ilişkin olarak Strazburg içtihatlarında tespit edilen aykırılıkları ortadan kaldıracak şekilde ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek, bu tür kararların ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra ve ilgilisi dinlenerek verilebileceği; bu karara karşı ilgilileri ya da yakınlarınca kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edilebileceği yönünde ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir. Danıştay, bu bağlamda ortaya çıkacak hukuka aykırılıklar ve tazminat talepleriyle ilgili olarak idarî yargıda dava açılabileceği görüşünü benimsemiştir.[826] Öğretmen olan bir kişinin akıl ve ruh sağlığı yönünden ileri tetkik ve tedavi amacıyla bu alanda faaliyet gösteren bir sağlık kuruluşuna sevk edilmeyi kabul etmemesi nedeniyle kolluk kuvvetleri marifetiyle hastaneye sevkinin sağlanarak rapor alınmasına ilişkin kaymakamlık işleminin iptali istemine ilişkin davasında Danıştay şu şekilde bir tespitte bulunmuştur:

> "Her ne kadar İdare Mahkemesi'nce dava konusu edilen işlemin idarî davaya konu edilebilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken işlem olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiş ise de; dava konusu işlemin yukarıda yer verilen Anayasa ve AİHS hükümlerine aykırı bir şekilde, bu yönde Türk Medeni Kanunu'nda açıkça izlenecek yöntem ve bu konuda yetkili makamlar belirlenmiş iken, davacının iradesi dışında bir yere kolluk kuvveti marifetiyle gitmeye mecbur bırakılarak kişisel özgürlüğünden geçici bir süre dahi olsa alıkonulmasına yol açacak şekilde verilen talimatın yasal dayanağının bulunmadığı da dikkate alındığında, davacının özgürlük ve güvenlik hakkına keyfî müdahale niteliğinde olduğu, bu nedenle idarî davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi gerekli işlem özelliği taşıdığı, iptali istemiyle açılan davanın esasının incelenmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen kararda hukukî isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır."[827]

Bu bakımdan, anılan mevzuat uyarınca kişi özgürlüğüne yönelik

826 Danıştay 2. Daire, E. 2011/9468, K. 2013/8021, T. 13.11.2013.
827 Ibid.

müdahalenin kamu görevlileri (örn. kolluk güçleri) tarafından gerçekleştiği hallerde ihlal iddiasında bulunan kişilerin idarî yargıda tazminat yoluna gitmeleri mümkün görünmektedir. Olayın koşullarına göre kolluk güçlerinin özgürlükten yoksun bırakma eylemini gerçekleştirmediği durumlarda ise, Yargıtay'ın Medeni Kanun uyarınca vesayete dayalı tazminat ve rücu davalarında vesayet dairelerinin bulunduğu asliye hukuk mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğunu söylediğini kaydedelim.[828]

Özgürlükten Yoksun Bırakılanın Tazminat Hakkı
1-) Sözleşme'de yer alan haklardan birinin ihlal edilmesi halinde tazminat ödenmesini sağlayacak etkili bir hukuk yolu var mı? 2-) Söz konusu hukukî yol, ihlali tespit edip, ağırlığını karşılayacak bir tazminat sağlıyor mu?

828 Yargıtay 2'inci Hukuk Dairesi, E. 2003/1487, K. 2003/4930, T. 7.4.2003.

V. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNE YÖNELİK MÜDAHALELERİN DİĞER HAKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale, kişinin diğer hakları üzerinde de etki doğurabilir. Bu etki, özellikle kanuni dayanağı olmayan ve keyfî yapılan müdahalelerde söz konusu olabilir. Böyle durumlarda Mahkeme'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini tespit etmesi, somut olayın koşullarına göre diğer haklar yönünden de ihlal belirlemesine yol açabilir. Bu olasılığın ortaya çıkabileceği durumlar, sınırlı sayıda değildir, somut olayın koşullarına göre çeşitlenebilir. Örneğin ne AYM ne de İHAM içtihatlarında henüz tespit edilmemiş olmasına rağmen, kanuna aykırı şekilde tutuklanan bir öğrencinin kişi özgürlüğü hakkı ihlal edilmekle birlikte eğitim özgürlüğünün ihlalinden bahsedilebilir. Benzer şekilde bu haksız tutukluluğun ailenin birliği üzerine etki göstermesi olasıdır ve bu bakımdan aile yaşamına saygı hakkının ihlalinden bahsedilebilir. Bu, somut olayın koşullarına göre başvuruculara güçlü temellendirilmesi gereken bir noktadır.

Bu tür örnekler sınırlı sayıda olmamakla birlikte, içtihada yansıyan örneklerin üzerinde durabiliriz.

A. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI İHLALİNİN MADDİ VE MANEVİ BÜTÜNLÜK HAKKI ÜZERİNDE ETKİ GÖSTERMESİ

Sözleşme'nin 5'inci maddesi ve Anayasa'nın 19'uncu maddesi hareket serbestisi ile ilgili bir konu olmakla birlikte, özgürlüğünden yoksun kalan kişilerin bazı haklarına riayet edilmemesi maddi ve manevi bütünlük hakkının ihlaline neden olabilir. Örneğin "kayıtsız tutma" gibi eylemler, "zorla kaybedilme" gibi ağır insan hakları ihlallerine neden olabilecektir.[829] Bu bakımdan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına saygı gösterilmesi, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı ile bütünleşik bir anlam taşımaktadır. Benzer şekilde, daha önce de ifade edildiği gibi, kişinin derhal hâkim önüne çıkartılması, işkence görüp görmediğinin belirlenmesi yönünden de bir anlam taşır:

829 *Orhan/Türkiye*, § 372; *Er ve diğerleri/Türkiye*, § 69; *Uğur/Türkiye*, § 129.

"Yürütmenin, bireyin özgürlük hakkına müdahalesinin yargısal denetimi, madde 5/3'te bulunan güvencenin yaşamsal bir özelliğidir; keyfîlik riskini en aza indirmeyi amaçlar ve hukukun üstünlüğünü sağlar. (…) Ayrıca, hızlı yargısal müdahale, Sözleşme'de mutlak olarak ve yükümlülük azaltmanın yasaklandığı (…) kötü muamele teşkil eden ciddi eylemlerin saptanmasını ve önlenmesini sağlayabilir."[830]

Aynı şekilde bu hakkın bünyesinde yer alan unsurlara saygı gösterilmemesi ve bu bakımdan kişinin iletişimsiz tutulması (*incommunicado detention*) işkence ve insanlık dışı muamele yasağının ihlalini sonuçlayabilir.

B. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI İHLALİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI ÜZERİNDE ETKİ GÖSTERMESİ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali ifade özgürlüğü üzerinde de etki gösterilebilir. Bu, özellikle "kuvvetli suç şüphesi" olarak görülen delillerin tamamının birtakım ifadelerden oluştuğu hallerde gündeme gelir. Bu bakımdan AYM'nin *Can Dündar ve Erdem Gül* kararı iyi bir örnektir. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, söz konusu olayda başvurucuların kişi özgürlüğüne yönelik tutuklama kararı şeklindeki müdahalenin kanuniliğini incelerken olayda "kuvvetli şüphe" bulunup bulunmadığına odaklanmıştır. Bu bağlamda yaptığı incelemede tutuklamaya dayanak olan tek delilin bir haber olduğu tespit edilmiştir. AYM, bu olayda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini tespit ettikten sonra, kaçınılmaz olarak, sadece habercilik faaliyetinden ötürü tutuklanan başvurucuların basın özgürlüğünün de ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[831]

Bu tür iddialar, başkaca bağlamlarda da gündeme gelebilir. Bu bakımdan özellikle toplu ifade özgürlüğü kullanımına, başka bir deyişle, toplanma hakkına yönelik müdahalelere binaen uygulanan gözaltılarda bu olasıdır. Bu gibi hallerde gözaltı koşulları olmadan gerçekleşen bir

830 *Aksoy/Türkiye*, § 76.

831 Tersten örnekler için bkz. *Hidayet Karaca başvurusu*, op. cit.; *Mehmet Baransu başvurusu (2)*, op. cit.

müdahale, bir yandan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale oluşturacak, fakat aynı zamanda toplanma özgürlüğünün de ihlaline yol açabilecektir.[832] İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında *Lütfiye Zengin/Türkiye* kararı buna örnek gösterilebilir. Bu olayda başvurucuların bir yolu kapatarak gerçekleştirdikleri gösteriye yapılan müdahale, bir yandan haksız gözaltı ve tutukluluk olarak görülmüş, diğer yandan da toplanma ve örgütlenme hakkının ihlali olarak görülmüştür.[833] Daha önce ifade edilen *Fatma Akaltun Fırat* kararında da sendika bildirisi dağıtan başvurucunun, kanunsuz tutulması her iki hak yönünden de ihlal olarak görülmüştür.[834]

C. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA MÜDAHALENİN SERBEST SEÇİM HAKKI ÜZERİNDE ETKİ GÖSTERMESİ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik müdahalenin ihlal yarattığı hak, müdahale edilen kişinin sıfatına bağlı olarak başkalaşabilir. Örneğin bir milletvekilinin keyfî tutukluluğu, bir yandan kişi özgürlüğünün ihlali, diğer yandan da serbest seçim hakkının ihlaline neden olabilir. Türkiye'de tutuklu milletvekilleri kararları bunun tipik örneğidir. Mahkeme'nin bu bağlamdaki tespiti şu şekildedir:

> "Seçilme hakkı, mutlak olmayıp meşru amaçlarla sınırlanabilir. Nitekim, Anayasa'nın 67'inci maddesinde siyasi haklara 'kanunda gösterilen şartlara uygun' olarak sahip olunacağı belirtilmiş, maddede bazı özel sınırlamalara yer verilmiş ve Anayasa'nın diğer maddelerinde de bu hakların kullanılmasına yönelik bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Anayasa'da belirtilen sebeplere dayanılarak kanunla getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13'üncü maddesinde belirtilen şartlara uygun olması gerekmektedir. Benzer şekilde, AİHM de bu hakların sınırlandırılabileceğini kabul etmekte, ancak bu sınırlamaların 'yasama organının seçiminde halkın görüşlerinin serbestçe açıklanması'nı ve bu anlamda belli kişilerin veya grupların ülkenin siyasal hayatına

832 Karş. *Gülşah Öztürk ve diğerleri* başvurusu, AYM, 2013/3936, 17/02/2016; *Osman Erbil başvurusu*, AYM, 2013/2394, 2013/2394, 25/03/2015.

833 *Lütfiye Zengin/Türkiye*, op. cit.

834 *Fatma Akaltun Fırat/Türkiye*, op. cit.

katılımlarını engelleyici, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkisini ortadan kaldıracak ölçüde olmaması ve öngörülen amaçla orantılı olması gerektiğini belirtmektedir. (bkz. Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika, B.No. 9267/81, 2/3/1987, § 52; Tanase/Moldova [BD], B.No: 7/08, 27/4/2010, § 157, 158, 161,114) Somut olayda başvurucu hakkındaki soruşturma, milletvekili seçilmeden çok önce başlatılmış, tutuklu olarak yargılanırken 12 Haziran 2011 tarihinde yapılan genel seçimde milletvekili seçilmiştir. Bu yönüyle gerek yürütülen kovuşturma gerekse başvurucunun tutukluluk hali başvurucunun milletvekili seçilmesine engel teşkil etmemiştir. Bu anlamda başvurucunun seçilme hakkına bir müdahale söz konusu olmadığı gibi, buna yönelik bir iddia da ileri sürülmemiştir. Bununla birlikte başvurucu, milletvekili seçildikten sonra tahliye edilmediğinden Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yemin edememiş ve milletvekilliği görevini fiilen yerine getirememiştir. Bu görevin yerine getirilmesine engel olan tutukluluk halinin milletvekili olarak siyasi faaliyet ve temsil hakkını engellemesi nedeniyle seçilme hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, başvurucunun milletvekili seçildikten sonraki tahliye talepleri ilgili mahkemeler tarafından reddedilmiştir. Önceki başlıktaki inceleme sonucunda başvurucunun milletvekili seçildikten sonraki tahliye taleplerinin reddine ilişkin kararlarda başvurucunun seçilme ve temsil hakkıyla yargılamanın tutuklu olarak sürdürülmesindeki kamu yararı arasında makul bir dengenin gözetilmediğine, dolayısıyla Anayasa'nın 19'uncu maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir (§§ 80-104). Başvurucunun makul olmayan bir şekilde tutuklu kalması, yasama faaliyetlerine katılmasını engellemiştir. Başvurucunun milletvekili olduktan sonra tutuklu kaldığı süre de gözetildiğinde, seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik bu ağır müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenemez."[835]

Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, bir milletvekilinin tutuklanmasının mümkün olabileceğini söylemişse de bunun oldukça katı

835 *Mehmet Haberal başvurusu*, §§ 113-115; *Mustafa Ali Balbay başvurusu*, §§ 131-133.

bir gereklilik testine tabi olacağını ortaya koymuştur. Buna karşın *Gülser Yıldırım* kararında söz konusu katılık, nispeten esnemiş görülmektedir.[836]

D. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA MÜDAHALE VE AMAÇTA SAPTIRMA YASAĞI

Tutuklama tedbiri, kişi özgürlüğüne yapılan bir müdahaledir. Demokratik ülkelerde özgürlük kural, sınırlama istisnadır. Dolayısıyla tutuklama kararı da istisnaî hallerde gündeme gelir. Bu konuda ulaşılan ortak standart; tutuklama tedbirine, suçlu olduğuna ilişkin kuvvetli kuşku bulunan bir kişinin kaçmasını veya delilleri karartmasını engellemek için ve de son çare olarak başvurulmasıdır. Fakat bu standart, çoğu kez kâğıt üzerinde kalmaktadır. Özellikle antidemokratik sistemlerde tutuklama tedbiri, suçla mücadele adı altında siyasal muhalefetin bastırılması ve baskıcı iktidarın pekiştirilmesi amacıyla kullanılabilmektedir. Bu tür uygulamalarda, görünürde hukuksal bir süreç vardır ama aslında, bağımsızlığı şüpheli mahkemeler yoluyla, meşru siyasal faaliyetler ve/veya eleştirel basın cezalandırılmaktadır. Yani bu tür örneklerde göstermelik hukuk, siyasal iktidarın gerçek amacını perdeleme işlevi görmektedir. Tutukluluğun hukuksal amacı, siyasal nedenlerle saptırılmaktadır.[837]

Hukuk, kuşkusuz bu "amaç saptırması" karşısında tamamen sessiz değildir. Özellikle insan hakları hukukunda, bu konuda birtakım gelişmeler söz konusudur. Bu bağlamda, en önemli düzenleme ise Sözleşme'nin 18'inci maddesidir. Bu maddeye göre; "sözü edilen hak ve özgürlüklere bu Sözleşme'yle getirilen sınırlamalar, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamazlar."

1. Sözleşme md. 18 Kapsamındaki Kararlar

İHAS'ın 18'inci maddesi, iktidarın kötüye kullanılması teorisinin bir yansımasıdır.[838] Bu maddedeki kural, diğer bir kötüye kullanım

836 *Gülser Yıldırım başvurusu*, AYM, 2016/40170, 16/11/2017.

837 Jochen Abraham Frowein, "Art. 18", in Jochen Abraham Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, (3. Auflage, 2009) § 1.

838 *Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application, Proceedings of the 19th Colloqum on European Law*, Luxembourg, 1989, s. 66.

türü olan "hakkın kötüye kullanılması"ndan (İHAS md. 17) farklı olarak, "sınırlamanın" kötüye kullanılması şeklinde adlandırılmakta ve doğrudan devleti muhatap almaktadır.[839] Bu maddenin en temel özelliği, tıpkı İHAS md. 13 ve 14 gibi, özerk olarak uygulanamamasıdır.[840] Yani, sınırlamanın kötüye kullanıldığı iddiasının mutlaka özel bir hak temelinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Tek başına "sınırlandırmanın kötüye kullanılması" iddiası, Strazburg organları tarafından incelenmemektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin şimdiye kadarki pratiğine bakıldığında; bu konunun, tutukluklarla ilgili olan kişi özgürlüğüve güvenliği hakkı yönünden tartışıldığı görülmektedir. 2000'li yıllara kadar, sınırlamanın kötüye kullanılmasından dolayı ihlal kararı verilmiş değildir.[841] Bunun üç önemli nedeni vardır: Birinci neden, Mahkeme'nin bir hakkın ihlalini bağımsız olarak tespit ettikten sonra, o hak ile bağlantılı ikinci bir inceleme yapmama eğiliminde olmasıdır. İkinci neden, İHAM'ın uluslararası bir mahkeme olarak Sözleşme'ye taraf devletlerin iyi niyetle hareket ettiğini bir karine olarak kabul etmek durumunda olmasıdır. Üçüncü neden ise hükümetlerin gizli gündemlerini şüphe düzeyinin ötesinde ispatlamanın çoğu kez epey zor olmasıdır.[842] Mahkeme, kamu kurumlarının gizli gündemi olabileceğini ve iyi niyet karinesinin çürütülebileceğini kabul etmekle birlikte, gerçek amacın söylenenden farklı olduğu iddiasının, basit bir kuşku düzeyinin ötesine geçmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yani kamu makamlarının farklı bir amacının olduğunun ispat edilebilmesi için ya bu durumun ikna edici şekilde ortaya konulması ya da bunun somut olayın bağlamından makul bir şekilde türetilebilmesi gerekmektedir.[843] Bu belirlemenin anlamı ise, halen Mahkeme'nin önüne gelen kararlarla netleştirilmeye çalışılmaktadır.

---

839 *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, İHAM, 7151/75 ve 7151/75, 08/10/1980 tarihli Komisyon raporu, § 123.

840 *Gusinsky/Rusya*, İHAM, 70276/01, 19/05/2004, § 73.

841 Angelika Nußberger, "The Reception Process in Russia and Ukraine", in Helen Keller/Alec Stone Sweet (ed.), *A Europe of Rights*, Oxford: OUP, 2008, s. 633. Gerçi Komisyon raporlarında bu konuda göndermeler yok değildir.

842 Frowein, § 26.

843 *Khodorkovskiy/Rusya*, İHAM, 5829/04, 21/05/2011, § 255.

Mahkeme, kişi özgürlüğünün md. 18 yönünden de ihlal edildiğini ilk kez 2004 yılında verdiği *Goussinski/Rusya* kararında tespit etmiştir.[844] Bu olayda medya şirketi sahibi olan başvurucu dolandırıcılık suçuyla ilişkili olarak tutuklanmıştır. Fakat tutukluluğu devam ederken kendisine bir anlaşma sunulmuştur. Bu anlaşmanın konusu, başvurucunun sahibi olduğu medya şirketini devlete satması karşılığında, hakkındaki bütün suçlamaların düşürülmesidir. Mahkeme, bir bakanın da imzasının bulunduğu bu anlaşmayı dikkate alarak söz konusu tutuklamanın, iddiaların aksine, aslında ticarî görüşmelerin bir parçası olarak (yani ticarî amaçla) yapıldığını tespit etmiştir.[845]

Bu karardan üç yıl sonra 2007 yılında verilen *Cebotari/Moldova* kararında bir enerji dağıtım şirketi sahibi olan başvurucu, Maliye Bakanlığı ile düştüğü ihtilaftan dolayı yüksek miktarda tazminata hak kazanmıştır. Fakat bu ücret, hiçbir zaman tam olarak ödenmediği gibi, bu davadan bir süre sonra başvurucu hakkında bir takım yolsuzluk iddialarına dayanılarak ceza soruşturması başlatılmıştır. Başvurucu, bu konuyla ilgili İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı başvurudan hemen sonra tutuklanmıştır. Mahkeme bu vakada, başvurucunun tutuklanmasının İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı başvuru ile yakından ilişkili olduğunu tespit etmiştir.[846]

Dikkat edilirse; bu iki kararda tutukluluklar, büyük ölçüde ticarî amaçlar taşımaktadır. Kuşkusuz bunların siyasal iktidarın iktisadi gündemi ile yakından ilişkisi vardır. Fakat sırasıyla 2012 ve 2013 yıllarında verilen *Lutsenko/Ukrayna* ve *Tymoshenko/Ukrayna* kararlarında[847] Mahkeme, ilk kez içtihadını ticarî nitelikte olmayan ve doğrudan politik amaç taşıyabilecek tutuklamalara uygulamıştır.[848] Eski başbakan ve bakan olan başvurucuların politik nedenlerle tutuklandıkları iddiasını içeren bu vakaların ortak tarafı,

844 Nußberger, s. 633.

845 *Gusinskiy/Rusya*, §§ 76 vd.

846 *Cebotari/Moldova*, İHAM, 35615/06, 13/11/2007, § 53.

847 *Lutsenko/Ukrayna*, İHAM, 6492/11, 03/07/2012, §§ 104-110; *Tymshenko/Ukrayna*, İHAM, 29872/11, 30/04/2013, §§ 294-301.

848 Bkz. Frank Zimmerman/Helmut Satzger/Martin Eibach, "Does Art. 18 ECHR Grant Protection Against Politically Motivated Criminal Proceedings?", *European Criminal Law Review*, Vol. 4, 2014, ss. 248-264.

her iki başvurucu hakkında da, iktidarın el değiştirmesinden kısa bir süre sonra, siyasal motivasyon taşıdığı ileri sürülen ve görevlerini kötüye kullandıkları iddiasını içeren soruşturmalar açılmasıdır. Bu davalarda *Lutsenko*, basına yaptığı açıklamalar yoluyla halkı yanlış bilgilendirmek ve yargıyı etkilemeye teşebbüsten, *Tymoshenko* ise yargılama sırasında mahkeme heyetine saygısızlık etmekten dolayı tutuklanmıştır. Mahkeme, bu tutuklamalardaki gerekçelerin "başvurucuların suç işlediklerine ilişkin makul şüpheye dayanılarak yetkili makamlar önüne çıkartılması amacı"ndan başka bir amaç güdüldüğünü gösterdiği sonucuna ulaşmıştır. *Lutsenko* kararında tutuklamaların "Sözleşme'nin ruhuna" aykırı olduğunun tespit edilmiş olması da ayrıca dikkat çekicidir.[849]

İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararlarından bir yıl sonra, 2014 yılında verdiği *Ilgar Mammadov/Azerbaycan* kararında, bu konudaki içtihadını daha da derinleştirmiştir. Bu kararın başvurucusu, muhalefet partilerinden birinin kurucusu ve aynı zamanda bir internet sitesinin (blog) yazarıdır. Ismayilli şehrinde yaşanan kitlesel gösterilerle ilgili olan ve hükümetin kamuoyundan gizlemeye çalıştığı birtakım bilgileri içeren bir blog yazısı yazmıştır. Bu yazının paylaşımından sonra, yazıda atıf yapılan bakanlık sitesi bilgileri yetkililerce silinmiş, fakat yazı medyada yaygın şekilde paylaşılmıştır. Ardından yetkililer, başvurucuyu suçlayan açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu suçlamalardan sonra başvurucu hakkında, asayişi bozmak ve polise mukavemet suçlarından dolayı soruşturma açılmıştır. Bu soruşturmada tutuklanmasına karar verilmiş ve başvurucunun adaylığı da bu süreçte reddedilmiştir.

İnsan Hakları Mahkemesi ise iddia edilen suçla ilgili objektif veri olmadığını dikkate almış ve başvurucunun tutuklamasındaki asıl nedeninin bu protestoların arkasında yatan gerçek nedenleri ortaya koyan ve hükümetin gizlemeye çalıştığı bazı bilgileri içeren blog yazısı olduğunu tespit etmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre başvurucuya uygulanan tedbirlerin gerçek amacı, başvurucuyu susturmak ve hükümet tarafından gizlenmeye çalışılan, fakat başvurucunun doğru olduğuna inandığı bilgilerin yayılmasının ve hükümet eleştirisinin cezalandırılmasıdır.

849 *Lutsenko/Ukrayna*, § 108.

Dolayısıyla söz konusu tutuklama, kişi özgürlüğüne yönelik sınırlama yetkisinin kötüye kullanımı anlamına gelmektedir.[850]

Görüldüğü gibi bu kararla birlikte İnsan Hakları Mahkemesi, politik amaçlı tutuklamalara yönelik çok daha net tespitler yapabilmiştir. Üstelik tutukluluğun amacının ne olduğunu ispatlamak için her zaman *Goussinski* kararında olduğu gibi somut bir sözleşmenin veya münferit vakaların olamayacağını dikkate alan Mahkeme, somut olaya özgü vakaların bütününden de ikna edici düzeyde yeterli kuşkuya ulaşılabileceğini göstermiştir. Bu yönelimin en son ve aynı zamanda en heyecan verici örneği *Rasul Jafarov/Azerbaycan* karadır. Bu kararda Mahkeme'nin yaptığı tespitler, konuyla ilgili özel olarak dikkate değer ve çığır açıcı niteliktedir.

Bu olayda başvurucu, Azerbaycan'da insan hakları konusunda faaliyet gösteren İnsan Hakları Kulübü isimli sivil toplum örgütünün üyesidir. Başvurucu aynı zamanda Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler bünyesinde çeşitli çalışmalar yürütmekte ve hükümete karşı insan hakları temelinde meşru kampanyalar örgütlemektedir. Azerbaycan'da son yıllarda insan hakları aktivistlerine yönelik artan bir baskı ortamı vardır. Bu sürecin bir parçası olarak, sivil toplum örgütleri hakkında soruşturma başlatılmıştır. Bu kapsamda, başvurucu hakkında yurtdışına çıkış yasağı konulmuş, başvurucunun derneğinde yapılan aramalarda çeşitli belgelere ve muhasebe defterlerine el konulmuştur. Başvurucu, bundan bir süre sonra, tanınan uluslararası insan hakları örgütlerinden (NED, OSIAF vs.) alınan hibelere ve bu gelirlere ilişkin prosedürlere uymamasına dayanılarak, yasadışı girişimcilik ve vergi kaçakçılığı, emniyeti suiistimal vb. suçlarla ilgili olarak sürdürülen soruşturmada tutuklanmıştır. Mahkeme, 5'inci maddeye yönelik değerlendirmesinde, tutuklama kararı için gerekli olan makul kuşkunun mevcut olmadığını, hatta isnat edilen suça ilişkin temel kurucu unsurların dahi bulunmadığını ve bu nedenle de hükümetin iyi niyet karinesinin temelinin çürüdüğünü söylemiştir. Gerçi bunun tek başına md. 18 ihlalini tespit etmek için yeterli olmadığı kanaatindeki İHAM, *Ilgar Mammadov* kararındaki değerlendirme kriterini de kullanarak konuya bütünsel olarak bakmıştır:

850 *Ilgar Mammadov/Azerbaycan*, İHAM, 15172/13, 22/05/2014, §§ 137-144.

Birincisi; ülkede sivil toplum örgütlerinin faaliyetleri ve finansmanına yönelik düzenlemelerin gittikçe katılaşması ve bu örgütlere yönelik müdahalelerin, basit idarî yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı kişilerin tutuklanmasına varacak düzeyde sertleşmesi;

İkincisi,yüksek siyasal makamlardaki yetkililerin açıklamalarında ve hükümet yanlısı medyada yayımlanan makalelerde, yerel sivil toplum örgütlerine ve başvurucunun da dâhil olduğu örgüt yöneticilerine yönelik, dış güçlerin, hainlerin, yabancı ajanların maşası (beşinci kol) oldukları suçlamalarında bulunulması ve bu kişilerin faaliyetlerinin, ülkenin yurt dışındaki imajını zedelediği söyleminin yaygınlaştırılması;

Üçüncüsü, somut olayın ülkedeki, Avrupa Konseyi de dâhil olmak üzere uluslararası insan hakları örgütleriyle ilişki içindeki çok sayıda aktivistin tutuklanması pratiğinden soyutlanamayacağı dikkate alınarak; söz konusu tutuklamanın, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin daha önce dikkat çektiği, ülkede 2014 yılının yaz mevsimi boyunca süregelen "insan hakları savunucularına göz açtırmama" politikasının bir parçası olduğu sonucuna ulaşılmıştır.[851]

Mahkeme'nin bu kararı, politik amaçlı tutuklama iddiaları incelemesinde, "yandaş medya"nın (*pro-governmental media*) söylemlerinin, hükümet yetkililerinin açıklamalarının ve ülkedeki genel tutuklama pratiklerinin de ispat hukukunda dikkate alınacağının en net örneğidir. Bu açıdan, ilerici ve çığır açıcıdır.[852]

2. İHAS md. 18 ve Ortak Koruma Alanı

İHAS'ın 18'nci maddesine benzer bir düzenleme, Türkiye Anayasa hukukuna yabancı sayılmaz. Çünkü buna benzer bir düzenleme, "temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar **öngörüldükleri amaç dışında** kullanılamaz" şeklinde bir formül ile 1982 Anayasası'nın

851 *Rasul Jafarov/Azerbaycan*, İHAM, 69981/14, 17/03/2016, §§ 159-161.

852 Bu el kitabının tamamlandığı tarihlerde İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında 18'inci madde ile ilgili çok önemli bir karar daha vermiştir. Gürcistan'daki anamuhalefet liderinin tutuklanması ile ilgili bu ihlâl kararı için bkz. *Merabishvili/Gürcistan*, İHAM, 72508/13, 28/11/2017, §§ 241 vd.

ilk halindeki 13'üncü maddede yer almaktaydı. Ayrıca bu maddenin gerekçesinde de *"öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek,* ***başka bir amaca*** *ulaşmak için hak ve hürriyetlerin sınırlanmayacağı"* açıkça ifade edilmişti. Maddede 2001 yılında yapılan ve genel sınırlama nedenlerini kaldırıp daha geniş güvence getirme amacı güdülen ve gerekçesinde *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlendiği"* söylenendeğişiklikte ise aynı hüküm, bu defa farklı bir şekilde kaleme alındı: "Temel hak ve hürriyetler, (...) yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde **belirtilen sebeplere** bağlı olarak (...) sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa'nın **sözüne ve ruhuna** (…) aykırı olamaz."

Yani maddenin ilk halinde "amaç", sonraki halinde "sebep" kavramına başvurulmuştur. Fakat bu iki kavramın kullanılma bağlamları ve nedenleri dikkate alındığında kavramların, özü itibarıyla aynı noktaya dikkat çektikleri açıktır. Ayrıca İnsan Hakları Mahkemesi'nin*Lutsenko* kararında tutuklamanın "Sözleşme'nin ruhuna aykırı" olduğunu söylemesi ve 13'ncü maddedeki "söze ve ruha uygunluk" vurgusu da ayrıca bir benzerlik katmaktadır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin geleneksel soyut ve somut norm denetimi kararlarında, kanunları "amaç unsuru" yönünden denetlediği ve kanunlarla ilgili olarak Meclis görüşmelerini ve bu bağlamda kanunun yazılışındaki siyasal konjonktürü dikkate aldığı bilinmektedir.[853] Bu yaklaşımın mahkeme kararları yönünden de sürdürülmemesi için bir neden yoktur. Ayrıca Anayasa'nın uluslararası hukuka açık karakteri[854] ve Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti davalarında, Sözleşme metni ve içtihadını da referans alan "uluslararası sisteme uygun yorum pratiği[855] de

853 Oya Boyar, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", Sibel İnceoğlu (Ed.) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İstanbul: Avrupa Konseyi Yay., 2013, s. 94 ve oradaki atıflar.

854 Almanya Anayasa Hukuku'nda "*Völkerrechtsfreundlichkeit*" denilen bu durum, 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmı, 2, 15, 16, 38, 42, 68, 81, 90, 92, 103, ve 125'inci maddelerinin bütünlüklü yorumundan çıkartılabilir.

855 Bu konuda bkz. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Hukukunda Yorum Yöntemleri*, (İstanbul: Beta Yay., 2010).
Ayrıca İHAM'ın ulusal hukukla çatışan kararlarının ilgili kanun hükmünü zımnen ilga edeceği konusunda bkz. *Sevim Akat Eşki başvurusu*, § 44.

dikkate alındığında, Sözleşme'nin 18'inci maddesinin Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile paralel nitelik taşıdığı söylenebilir. Yani 1982 Anayasası'nda da temel haklara yönelik müdahalelerde, Anayasa'da yazılanlardan farklı ve Anayasa'nın ruhuna/özüne aykırı amaçların güdülmesi halinde bu, ayrıca bir ihlal durumu yaratacaktır. Daha net bir ifadeyle 1982 Anayasası, Sözleşme'nin 18'nci maddesinin getirdiği güvenceyi içermektedir. Dolayısıyla baskı rejimlerinde görülen politik amaçlı tutukluluk, 1982 Anayasası tarafından da yasaklanmıştır. Bu yasak, Anayasa Mahkemesi denetimine tabidir.

Sonuç olarak hakkında tutuklama kararı verilen kişiler, eğer kendilerine uygulanan tutuklamanın münhasıran politik bir amacı olduğu düşüncesinde iseler; bu iddialarını, basında üretilen veya hükümet yetkilileri tarafından dile getirilen açıklamalara ve de diğer tutukluluk kararlarının niteliğine ve ülkenin genel durumuna dikkat çekerek, Anayasa Mahkemesi önünde dile getirebilirler. Bu iddia, kişi özgürlüğü ihlali iddiası ile bağlantılı fakat ondan ayrı olarak incelenmelidir. Son karar da göstermiştir ki bu iddialarının Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmesi halinde İnsan Hakları Mahkemesi bu tür iddiaları, anılan çerçevede dinlemeye hazırdır.

VI. OLAĞANÜSTÜ HÂL ZAMANLARINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI

Anayasa'nın ve Sözleşme'nin hükümleri olağan zamanlar için geçerlidir. Anayasa ve Sözleşme, savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl vb. türden istisnaî dönemler için farklı bir rejim benimsemiştir.[856] Bu rejimin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı üzerinde de etkileri bulunmaktadır.

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Temel hak ve özgürlüklerin istisnaî dönemlerdeki durumuna yönelik bazı genel açıklamalar yapmak gerekmektedir. Bu bakımdan ilkin terminolojiye değinilebilir. Bu tür dönemlerde kamuoyunda temel hak ve özgürlüklerin "askıya alındığı" söylemi yaygınlaşmaktadır.[857] Anayasa metninde böyle bir kavram bulunmuyor olmasına rağmen bu tür bir kavrama başvuruluyor olmasının nedeni, büyük ihtimalle İnsan Hakları Sözleşmesi metninin tercümelerinde bu kavramın kullanılmasıdır.

Birçok tercümede ve AYM'nin resmî internet sitesinde yer alan ve kararlarında da kullandığı "*derogation*" kelimesi, Türkçeleştirilmiş metninde "askıya alma" şeklinde tercüme edilmiştir.[858] Bu tercümeye, iki nedenle katılmak mümkün değildir:

Birincisi; "askıya alma" kelimesinin İngilizce'deki karşılığı "*suspension*" şeklindedir. *Suspension* kavramı İHAS'ta yer almamaktadır. Bu kavram, Avrupa Konseyi Şartı'nın 8'inci maddesinde geçmekte ve çok özel koşullara bağlanmış bir süreci anlatmaktadır.[859] Bu bakımdan iki kavramın aynılaştırılması, konuların birbirine karışmasına yol açmaktadır.

---

856 Savaş konusunda bkz. *Hassan/Birleşik Krallık*, İHAM, 29750/09, 16/09/2014.

857 "Numan Kurtulmuş Açıkladı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Askıda", *Cumhuriyet*, 1/07/2016.

858 http://www.anayasa.gov.tr

859 Bu konuda genel olarak ve özellikle 21 Nisan 1967 ve 24 Temmuz 1974 tarihleri arasında yönetimde olan Albaylar Cuntası politikalarından dolayı Yunanistan'ın Avrupa Konseyi üyeliğinin askıya alınması tartışması bağlamında bkz. Konstantinos D. Magliveras, *Exclusion from Participation in International Organisations: The Law and Practice behind Member States' Expulsion and Suspension of Membership*, (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999), ss. 79 vd.

İkincisi; askıya alma kelimesinin zihinlerdeki yankısı, *derogation* kelimesinin anlamının ötesinde bir nitelik taşımaktadır. Temel hakların askıya alındığı söylemi, başta kolluk güçleri olmak üzere, sosyal hayatta, kamu gücünün temel haklara yönelik müdahalelerde dilediği gibi hareket edebileceği; ortada kamu gücünü bağlayıcı herhangi bir hukuk normunun kalmadığı algısı yaratmaktadır.[860]

En az bu iki nedenle söz konusu kavramın kullanımına mesafeli olunması gerekir. Bu bakımdan "askıya alma" sözcüğü yerine "derogasyon" veya "yükümlülük azaltma" kavramının tercih edilmesi önerilir.[861] Anayasa Mahkemesi de çok yerinde bir yaklaşımla "derogasyon" kavramını kullanmıştır.[862]

Olağanüstü dönemlerde geçerli olabilecek "derogasyon" konusu İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

> "Savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir kamusal tehlike zamanında herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu durumun doğurduğu zorunlulukların kesin biçimde gerektirdiği ölçüde olması ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükleriyle bağdaşmayan türde önlemler olmaması koşuluyla, bu Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklere aykırılık teşkil eden önlemleri alabilir.
>
> Bu hüküm çerçevesinde, hukuka uygun savaş fiilleri sonucunda gerçekleşen ölümler hariç 2'inci madde veya 3'üncü, 4'üncü (1'inci paragraf) ve 7'inci maddelerle ilgili hiçbir yükümlülük azaltmaya gidilmeyecektir.
>
> Yükümlülük azaltma hakkını kullanan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, almış olduğu önlemler ve bunların gerekçeleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni tam olarak bilgilendirecektir. Yüksek Sözleşmeci Taraf ayrıca, bu tür önlemlerin uygulaması sona erdiğinde

860 Bu konuda bkz. "Af Örgütü'nden OHAL Açıklaması", Cumhuriyet, 21/07/2016.

861 Osman Doğru, *İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı*, (İstanbul: Beta Yay., 1998,) s. 265. Ayrıca İ. Ö. Kaboğlu, "sapma" tercümesini kullanmaktadır. Bkz. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, s. 110.

862 Bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu*, AYM, 2016/22169, 20/06/2017.

ve Sözleşme hükümleri tam olarak yeniden uygulanmaya başlandığında da Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni bilgilendirecektir.

Söz konusu düzenleme 1982 Anayasası'nın 15'inci maddesinde de karşılık bulmaktadır. 1982 Anayasası'nın 15'inci maddesine göre:

> "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.
>
> Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

Görüldüğü gibi iki metin arasında bir ortaklık bulunmaktadır. Sözleşme'de, Anayasa'dan farklı olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirim yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Bu bildirimin açıkça veya zımnen ülke içinde resmî olarak ilan edilmesi ve aynı zamanda Sekreterliğe makul bir süre içerisinde yazılı olarak iletilmesi gerekmektedir.[863] Böyle bir bildirim olmadıkça başvurular olağan dönem kriterlerine göre incelenmektedir.[864] İnsan Hakları Mahkemesi, "ulusun yaşamını tehdit eden kamusal tehlike" kavramını "toplumun bütününü etkileyen ve Devleti oluşturan insan topluluğunun düzenli yaşamına yönelik tehdit oluşturan kriz durumu ve olağanüstü hâl" olarak ifade etmiştir.[865] Söz konusu tehlikenin soyut değil, gerçek ve yakın nitelikte olması gerekir. Bunun için ise şu dört koşulun bulunması gerekir:

---

863 *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, İHAM, 14553/89; 14554/89, 26/05/1993. *Yunanistan/Birleşik Krallık*, Komisyon Raporu, 26/09/1958.

864 *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 48.

865 *Lawless/İrlanda, (3)*, İHAM, 332/57, 01/07/1961, § 28.

"1. Tehlike gerçek ve yakın olmalıdır.

2. Tehlike, tüm ulusu etkilemelidir.

3. Toplumun düzenli yaşamının sürekliliği tehdit altında olmalıdır.

4. Kriz veya tehlike, kamu güvenliğinin, sağlığının ve düzeninin korunması için Sözleşme'nin izin verdiği olağan önlem ve sınırlandırmaları etkisiz bırakır şekilde olağanüstü nitelikte olmalıdır."[866]

Mahkeme, şimdiye kadar kendisine yapılan bildirimleri, *Yunanistan* davasında 1967 yılında başarıya ulaşmış olan "Albaylar Cuntası"nın sunduğu bildirim hariç olmak üzere, kabul etmiştir.[867] Yani bu konuda taraf devletlerin geniş bir takdir marjından yararlandıkları söylenebilir. Türkiye yönünden de 1990'lı yıllardaki OHAL bildirimleri, PKK örgütünün terör eylemlerinin kapsamı ve özel etkileri bakımından, söz konusu bölgede kuşkusuz ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike teşkil ettiği yönünde bir değerlendirmeyle kabul edilmiştir.[868] 2016 yılındaki OHAL ilanı ve sonrasındaki uzatmalar da Avrupa Konseyi ile Birleşmiş Milletler'e sunulmuştur. Bu konuda henüz içtihadî bir değerlendirme yapılmamıştır.

Uluslararası organlar, bu bağlamda uygulanan olağanüstü tedbirleri sürekli olarak yeniden değerlendirirler.[869] Bu bakımdan İnsan Hakları Mahkemesi, olağanüstü dönemin **zamanını** aşan bir tedbiri, md. 15 kriterleri ışığında ele almamaktadır. Zamana yönelik sınırlama **mekân** yönünden de geçerlidir. Örneğin Türkiye, 1990'lı yıllardaki OHAL'i sadece Güneydoğu Anadolu için ilan etmiş, fakat çeşitli olaylarda bu alanın dışında da OHAL mevzuatını uygulamıştır. İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu tedbirler yönünden 15'inci maddenin yer bakımından uygulanabilir olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[870] Dolayısıyla Strazburg

866 Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 624.

867 Schabas, s. 602.

868 *Aksoy/Türkiye*, § 70.

869 *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, § 54.

870 *Sakık ve diğerleri/Türkiye*, § 34-39; *Abdulsamet Yaman/Türkiye*, İHAM, 32466/96, 01/11/2004; *Yurttaş/Türkiye*, İHAM, 25143 27098/95, 27/05/2004, § 54 vd.; *Sadak/Türkiye*, İHAM, 25142/94 27099/95, 08/04/2004, §§ 52-57; *Bilen/Türkiye*, İHAM, 34482/97, 21/02/2006, § 44.

organları yönünden; Sözleşme md. 15 hükmünün, **OHAL'in zamanını ve mekânını** aşan tedbirler yönünden uygulama bulamayacağını söyleyebiliriz.

Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi tarafından da paylaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1991 ve 2003 yılında verdiği kararlarda olağanüstü halin zamanını ve mekânını aşan OHAL kanun hükmünde kararnamelerinin (OHAL KHK'lerinin) şeklî anlamda OHAL KHK'si olarak görülemeyeceğini söylemiş ve bu KHK'leri iptal etmiştir. AYM, İnsan Hakları Mahkemesi ile koşut olan bu yaklaşımını, soyut norm denetimi bağlamında 2017 yılında değiştirmiştir. AYM, 2016 yılında ilan edilen OHAL sürecinde çıkarılan OHAL KHK'lerini Anayasa'nın 148'inci maddesindeki "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz" hükmü uyarınca incelememiş ve iptal taleplerini reddetmiştir.[871]

Aktarılan hükümlerde yer alan bir diğer ortaklaşma da istisnaî dönemlerde dahi dokunulmaz **çekirdek haklardan** bahsedilmesidir. Dikkat edilirse kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı açıkça bu kategoride değildir. Ne var ki bu hakkın, diğer haklar ile kesişiminin olmadığı söylenemez. Örneğin tutuklu bulunan kişinin derhal hâkim önüne çıkartılma hakkı bu türden bir kesişim içerir. Eski İHAM üyesi S. Trechsel'in dikkat çektiği gibi, kötü muamele yöntemleri, duruma göre insanların vücudunda uzun süre kalıcı olan izler bırakmayabileceği için, hâkim önüne çıkartılma hakkı, polis şiddetinin ve işkencenin mevcut olduğu ülkelerde özel bir önem taşımakta, işkenceye karşı da bir işlev görmektedir.[872] Yine, bir başka yazarın da dikkat çektiği gibi, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldıktan sonra hâkim önüne çıkartılması, işkence görüp görmediğine ilişkin bir kontrol imkânı sağlayan usûlî bir

871 AYM, E. 2016/159, K. 2016/166, 04/11/2016; AYM, E. 2016/160, K. 2016/167, 04/11/2016; AYM, E. 2016/164, K. 2016/171, 08/11/2016; AYM, E. 2016/165, K. 2016/172, 08/11/2016.

872 Stefan Trechsel, "Liberty and Security of Person", R. St. J. Macdonald/F. Matscher/H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994), s. 333.

güvence sağladığı gibi; bu usulün otomatik niteliği, akıl zayıflığı bulunan veya yerel dili konuşamayan kişilerin içinde bulundukları korunmasız durum yönünden de kritiktir.[873]

Aynı yaklaşımı paylaşan İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de;

> "Yürütmenin, bireyin özgürlük hakkına müdahalesinin yargısal denetimi, madde 5/3'te bulunan güvencenin yaşamsal bir özelliğidir; keyfîlik riskini en aza indirmeyi amaçlar ve hukukun üstünlüğünü sağlar. (…) Ayrıca, hızlı yargısal müdahale, Sözleşme'de mutlak olarak ve yükümlülük azaltmanın yasaklandığı (…) kötü muamele teşkil eden ciddi eylemlerin saptanmasını ve önlenmesini sağlayabilir."[874]

Öte yandan, bir kişinin uzun süreyle veya uzunluğu belirsiz bir süre boyunca hâkim önüne çıkartılmadan tutulmasının yaratacağı psikolojik etki de insanlık dışı muamele niteliği taşıyabilir. Şu hâlde, zaten sert çekirdek alanda yer alan işkence yasağının (maddi ve manevi bütünlük) prosedürel güvencesini getiren bu hakka ilişkin kullanılan mutlak dil, Anayasa'nın 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasıyla uyumlu gibidir. Bir yandan işkence yasağının geçerli olduğunu söyleyip diğer yandan özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerinhâkim önüne çıkartılmayacağını söylemek, Anayasa'nın bütünlüğüne de aykırı sonuçlara yol açabilir. Bu bakımdan bu tür bir yorum, belli sınırlar dâhilinde meşrudur.[875]

Anayasa Mahkemesi de kişi özgürlüğü ile ilgili olmasa da adil yargılanma hakkı bünyesindeki mahkemeye erişim hakkı yönünden bu yönde bir tespitte bulunmuştur. Mahkeme, 2003 yılında verdiği bir kararında "hukuk devleti" ilkesine ve "özgürlükçü ve demokratik

873 Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, ss. 339. Çocuk hakları yönünden de bu değerlendirme yapılabilir. Zira çocuk hakları Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden yükümlülük azaltmanın mümkün olmadığı kategoride yer almaktadır.

874 *Aksoy/Türkiye*, § 76.

875 Bu yoruma yönelik Anayasa md.19/8'in İHAS'taki karşılığının md. 5/4 olduğu itirazında bulunulabilir. Ayrıca, örneğin md. 19/8'deki "sebep" kavramı ile tutma sebeplerinin ifade edildiği de bu yoruma eklenebilir. Son olarak zamansal esnemeler bağlamında karş. *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, op. cit.

düzen" kavramlarına yer vererek, olağanüstü dönemde Anayasa'nın özüne aykırı eylem ve işlemlerde bulunulamayacağını şu cümlelerle ortaya koymuştur:

"Anayasa'nın 125'inci maddesinin 7'inci fıkrası olağanüstü yönetimlerde yasanın, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün karşıt anlamı, olağanüstü yönetim usullerinde bile iptal davası açılması yolunun yasa ile olsa dahi engellenemeyeceğidir. Olağanüstü hal bir keyfîlik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde, yetkili organların tesis ettikleri bireysel ve düzenleyici işlemlerin idarî yargı denetimine tabi tutulması özgürlükçü ve demokratik düzenin bir gereğidir. Dava konusu hüküm yargı yolunu kapatmaya ilişkindir. Bu hüküm, Anayasa'nın hukuk devletini belirleyen 2'inci maddesine ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açan 125'inci maddesine aykırıdır. Çünkü, kamu düzeninin korunmasına ve şiddet eylemlerinin önlenmesine yardımcı olacak bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle ölçü kuralı, elverişlilik ilkesiyle çelişmekte ve dolayısıyla da Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır."[876]

Dolayısıyla söz konusu sert çekirdek haklar alanının esneklik taşıdığı söylenebilir. Öte yandan, Anayasa'nın 15'inci maddesindeki "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek" kaydı, çekirdek haklar kategorisi oluşturulurken Türkiye'nin taraf olduğu başkaca Sözleşmelerin dedikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan BM MSHS md. 4'te yer alan daha geniş nitelikteki çekirdek haklar kategorisinin ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin bu konudaki 29 no.lu Genel Yorumu'nun da dikkate alınması gerekecektir. Bu Genel Yorum uyarınca "özgürlükten keyfî şekilde mahrum etme" de çekirdek haklar arasına girebilmektedir. İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da buna koşuttur. Dolayısıyla bu metinler dikkate alındığında söz konusu liste şu şekilde oluşmaktadır:[877]

876 AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, T. 22/05/2003.

877 Tolga Şirin, "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 10, 2016.

Sözleşme Metinleri ve Anayasa'da Tanınan Çekirdek Koruma Kategorisi
- Eşitlik hakkı, (AY md. 10) - Kişi olarak tanınma hakkı, (AY md. 12/1 ve 17/1) - Yaşama hakkı, (AY md. 17) - Ölüm cezası yasağı, (AY md. 17) - İşkence yasağı hakkı, (AY md. 17) - Kulluk ve kölelik yasağı hakkı, (AY md. 17) - Özgürlükten keyfî olarak yoksun bırakılmama (AY md. 19) - Din, vicdan, düşünce ve kanaat özgürlüğü hakkı, (AY md. 24-25) - Suç ve cezaların kanuniliği/geriye yürümezliği hakkı, (AY md. 38/1) - Masumiyet karinesi hakkı, (AY md. 38/4) - Borç nedeniyle hapis yasağı hakkı, (AY md. 38/8) - *Non bis in idem*. (Tartışmalı olsa da md. 36/son)
İHAM ve İnsan Hakları Komitesi'nin Yorumlarında Öne Çıkartılan Ek Güvence Vurguları
- Uluslararası hukukun emredici kuralları, (jus cogens) - Avukatlık mesleğini yerine getirebilme hakkı, - Mahkemeye erişim hakkı, - Özgürlüğünden yoksun bırakılanların insan onuruna uygun tutulma hakkı, - Özgürlüğünden keyfî olarak yoksun bırakılmama hakkı, - Barışçıl toplanma özgürlüğü hakkı - Soykırım yasağı, - Hukuka aykırı sınır dışı etme, yer değiştirmeye zorlama yasağı, - Savaş propagandası ve nefret söylemi yasağı.

Anayasa Mahkemesi de anılan hakları dikkate almış ve çekirdek alanı dar kapsamda görmemiştir.[878] Mahkeme, her ne kadar soyut

878 *Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu*, §§ 196 vd.

norm denetiminde OHAL KHK'lerini incelemiyor olsa da bu KHK'lerin uygulamalarına karşı bireysel başvuruları incelemektedir.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hâl usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlerle ilgili olarak Anayasa'nın 15'inci maddesinde öngörülen kriterleri uygulayacağını söylemiştir.[879] AYM, Anayasa'da Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun OHAL ilanı konusundaki takdirini denetleme yetkisinin düzenlenmemiş olduğunu söylemekle birlikte, OHAL ilanına gerekçe olarak gösterilen olayların mahiyetini, bu olaylar karşısında alınan tedbirlerin Anayasa'nın 15'inci maddesi kapsamında "durumun gerektirdiği ölçüde" olup olmadığını değerlendirirken dikkate alacağını ifade etmiştir.[880] Gerçi Mahkeme, OHAL ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesine ilişkin kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu söyleyerek denetim konusunda kendini sınırlamışsa da, bu "takdir yetkisinin aşılıp aşılmadığı konusunda" bir denetim yetkisine sahip olduğunu da ifade etmiştir.[881]

Bunun yanında, Mahkeme'ye göre "başvuru konusu tedbirin olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış olması yeterli olmayıp aynı zamanda olağanüstü durumun ilanına neden olan tehdit ve tehlikenin bertaraf edilmesiyle de ilgili olması gerekir." Yani buna göre Mahkeme, tedbir ile olağanüstü yönetimin amacı arasında bu tür bir ilgi kurulamıyorsa konuyu, Anayasa'nın 15'inci maddesindeki kriterlere göre değil, 13'üncü madde kriterlerine göre incelemektedir.

Bu belirlemelerden çıkartılacak sonuç Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başvuruları öncelikle Anayasa'nın 13'ncü maddesindeki olağan dönem kriterlerine göre inceleyecek olmasıdır. Mahkeme bu kriterlere göre Anayasa'ya aykırılık sonucuna ulaştığı durumlarda, söz konusu aykırılığın Anayasa'nın 15'nci maddesi kriterlerine uygun olup olmadığını sınayacaktır.

879 Ibid., § 187.
880 Ibid., § 189.
881 Ibid., § 191.

Mahkeme'nin bu belirlemeleri, ilk kez *Aydın Yavuz ve diğerleri* olayında somut karşılık bulmuştur. Söz konusu dava, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili iddialar içermektedir. Bu olayda başvurucuların tutuklanmalarına neden olan suçlama, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsünün bir parçası olarak uydu yayınlarının kesilmesini sağlamak amacıyla işgal edilen TÜRKSAT yerleşkesine gitmeleridir.

Bu olayda Mahkeme, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe girişimine karşı ilan edilen OHAL'i meşru bulmuş, hatta "ülkenin maruz kaldığı terör saldırılarının da bu hususta etkisinin olduğu" belirlemesinde bulunarak OHAL hukuk rejiminin, OHAL ilanında açıkça zikredilmeyen terör olgularına da taşabilmesini uygun görmüştür.[882]Somut olaydaki tutuklama tedbiri yönünden ise Mahkeme, öncelikle13'ncü madde kriterlerine göre bir denetim yapmıştır.

B. OHAL VE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI

Sözleşme sisteminde 15'nci madde ile ilgili içtihadın büyük bir kısmı kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgilidir. Bu olaylara bakıldığında yoğunlaşmanın derhal hâkim önüne çıkartılma bağlamında gerçekleştiği görülmektedir.

Bunlardan *Brogan/Birleşik Krallık* davasında başvurucular, Birleşik Krallık'taki terör faaliyetlerinin şüphelisidirler. Polis tarafından Kuzey İrlanda'da yakalanmış ve ifadeleri **4 gün 6 saat ile 6 gün ve 16 buçuk saat**arasında değişen sürelerde alınmıştır. Daha sonra herhangi bir ceza verilmeden veya hâkim karşısına çıkarılmadan serbest bırakılmışlardır. Başvurucuların, gözaltı süreleri ile ilgili iddiaları karşısında Birleşik Krallık Hükümeti, özellikle organize terörün oluşturduğu tehdit başta olmak üzere, Kuzey İrlanda'daki zor koşulları öne sürmüştür. Buna rağmen Mahkeme Sözleşme'nin md. 5/3 hükmü yönünden ihlal kararı vermiştir.[883]

Bu kararın verilmesinden hemen sonra başvurusu yapılan *Brannigan ve Mc Bride/Birleşik Krallık* olayında da başvurucular IRA üyesi oldukları

882 Ibid., § 228-229.

883 *Brogan/Birleşik Krallık*, op. cit.

şüphesiyle Kuzey İrlanda'da gözaltına alınmışlardır. Birinci başvurucu **6 gün ve 14 buçuk saat** boyunca, diğeri ise **6 saat ve 25 dakika** boyunca gözaltında tutulmuştur. Bu başvurunun konusu da başvurucuların derhal hâkim önüne çıkartılmamaları ile ilgilidir. Bu davada Mahkeme, Britanya hukukunda terör şüphelilerinin 7 güne kadar tutulmasına olanak veren bir yetkinin Sözleşme'yi ihlal ettiğini söylememiştir. Mahkeme, bu olayda süreden ziyade bu yetkinin herhangi bir yargı kararı olmadan uygulanabilmesine odaklanmıştır. Bu bakımdan söz konusu uygulamanın, gerçekten de acil bir durum karşısında gerçekleşip gerçekleşmediğinin üzerinde duran Mahkeme, Kuzey İrlanda'daki terör tehlikesinin niteliğine, yükümlülük azaltma kapsamının sınırlı olmasına ve bunu destekleyici sebeplere değer atfetmiştir. Bu kararda Mahkeme'nin özellikle söz konusu yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı avukata, yakınlarına, arkadaşlarına, doktora vb. erişim gibi koruyucuların bulunmasına önem atfettiği görülmektedir. Mahkeme, bu olayda, anılan koruyucuların bulunduğunu dikkate alarak Birleşik Krallık'ın takdir yetkisini aşmamış olduğu sonucuna ulaşmıştır.[884] Bu içtihattan anlamamız gereken şey, olağan dönemden sapan tedbirin Sözleşme'ye uygun olması için bu tedbirin keyfî uygulamalarına karşı koruyucuların bulunması (örn. kişinin tamamen iletişimsiz [*incommunicado*] tutulmaması ve mahkemeye sevkininidarî görevlilerin insafına kalmaması) ve uygulamanın somut olay yönünden kesinlikle gerekli olması, başka bir ifadeyle, şartların gerektirdiğinden daha fazla önlem alınmaması ve bu kesin gerekliliğin gerekçelerinin hükümet tarafından somutlaştırılmasıdır.

Türkiye ile ilgili davalara bakıldığında da bu koşulların karşılanmasında sorun bulunduğu görülmektedir. İnsan Hakları Mahkemesi, bu davalarda da Türkiye'nin Güneydoğu'sundaki ciddi terör sorununu ve devletin bu meseleye karşı etkili tedbirler alırken karşılaştığı zorlukları dikkate almakla birlikte, az önce ifade edilen koşulların bulunmamasından dolayı ihlal sonucuna ulaşabilmiştir.

> Örneğin terörle mücadele kapsamındaki gözaltı uygulamalarından olan *Aksoy/Türkiye* olayında başvurucu, **14 gün** boyunca hâkim önüne

884 *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, op. cit.

çıkartılmamaktan yakınmıştır. Mahkeme, bu kararda Türkiye'deki OHAL'in varlığını ve Sözleşme ile uyumunu kabul etmekle birlikte, somut olay yönünden başvurucuların bu kadar süre boyunca, herhangi bir koruyucu da olmadan hâkim önüne çıkartılmamasını haklı kılacak gerekçelerin hükümet tarafından somutlaştırılamadığı sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu durumun, başvurucuları sadece kişi özgürlüğü yönünden değil, aynı zamanda işkence yasağı bakımından da keyfî müdahalelere açık hale getirdiğini söyleyen Mahkeme, Sözleşme'nin md. 5/3 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.[885] Bu içtihat, başvurucusunun **18 gün** gözaltında tutulduğu *Bilen/Türkiye* kararında,[886] başvurucusunun **11 gün** gözaltında tutulduğu *Nuray Şen/Türkiye* kararında da yinelenmiştir.[887] Bu konuda benzer nitelikte olmakla birlikte ek bir tartışma *Demir ve diğerleri/Türkiye* kararında gündeme gelmiştir. Bu davada **23 gün** ve **16 gün** süreyle gözaltında tutulan başvurucular, benzer nitelikte bir itirazda bulunmuşlar, fakat hükümet ise somut olayda *Aksoy/Türkiye* kararından farklı olarak başvurucuların gözaltı sürecinde birden çok defa doktor kontrolüne girdiklerini ve avukatlarının da şikâyetçi olma olanağının bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ise somut olayda adlî tıp merkezinin görevinin, kişilerin gözaltından önce ve sonra bedeninde darbe veya şiddet izinin olup olmadığının değerlendirmesiyle sınırlı olduğunu ve bu tür bir incelemenin anılan türden uzun süreli tutmalar için yeterli güvenceyi sağlamadığını ifade etmiştir. Aynı şekilde, avukatların şikâyette bulunma olanağına sahip olmaları yönünden de Mahkeme, bütün haberleşme araçlarından mahrum olan başvurucular yönünden bunun bir koruyucu olmadığını ifade etmiştir.[888]

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında bir başka ihlal örneği de *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararında ortaya çıkmıştır. Bu davanın konusu Birleşik Krallık'ın, ABD'deki 11 Eylül 2011 terör saldırısının ardından yükümlülük bildirimine dayanarak uyguladığı tedbirlerdir. Başvurucular, kendilerini Britanya'da 2011 yılında çıkartılan Terörle

885 *Aksoy/Türkiye*, §§ 68-87.

886 *Bilen/Türkiye*, İHAM, 34482/97, 21/02/2006.

887 *Nuray Şen/Türkiye*, İHAM, 25354/94, 30/03/2004.

888 *Demir ve diğerleri/Türkiye*, İHAM, 71/1997/855/1062–1064, 23/09/1998, §§ 56-58.

Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu uyarınca "uluslararası şüpheli teröristler" olarak nitelendiren ve ilgili zamanda Birleşik Krallık'tan sınır dışı edilemeyen yabancı ülke vatandaşlarını tutuklama yetkisi getiren hükümlerden yakınmışlardır. Mahkeme, Sözleşme'nin md. 5/1 hükmü ile ilgili bu olayda İngiliz vatandaşları ve yabancı ülke vatandaşları arasında **ayrımcılık** getiren yükümlülük azaltma tedbirini ölçüsüz görerek ihlal kararı vermiştir.[889]

Bu kararlardan sonra Strazburg organlarının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik yaklaşımı hususunda bir toparlama yapmak gerekirse, esasen bu konunun iki bağlamda tartışıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, gözaltına alınan kişilerin derhal hâkim önüne çıkartılması hakkı ile ilgilidir. Bu konuda Mahkeme, taraf devletlerin yükümlülük azaltma tedbirine başvurabileceğini kabul etmekle birlikte, tedbirin:

(i) Gözaltı süresindeki uzamanın, OHAL ilanının öngördüğü zaman, mekân ve konu ile sınırlı olması gerekir.

(ii) Gözaltı süresindeki uzamanın somut olayda kesinlikle gerekli olduğunun somutlaştırılması gerekir.

(iii) Gözaltı süresi boyunca kişinin keyfî uygulamalara karşı etkili koruyuculara sahip olması ve iletişimsiz tutulmaması gerekir.

Bu konunun, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden tartışıldığı ikinci bağlam ise Sözleşme'nin md. 5/1 hükmü ile ilişkilidir. Bu konuda ise tutuklama koşulları yönünden ayrımcı bir pratiğin md. 15 hükmü ile haklı kılınamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi yönünden ise Mahkeme, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının olağanüstü hâl dönemindeki görünümü ve bu konunun, Anayasa'nın 15'nci maddesi yönünden incelenme kriterleri konusunda ise ilk kez 2017 yılında bir karar vermiştir. 21/07/2016 tarihinde ilan edilen ve şimdiye kadar 4 defa uzatılan OHAL sürecindeki tedbirlerle bağlantılı ilk karar *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararıdır. Bu dava, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe girişimi ile ilgilidir. Darbe

889 *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, op. cit.

girişimi sırasında Gölbaşı'nda bulunan TÜRKSAT yerleşkesi 16 Temmuz 2016 günü saat 00.47 sıralarında darbeciler tarafından işgal edilmiştir. Elektronik, elektrik-elektronik ve bilgisayar mühendisi olup Ankara dışında ikamet eden başvurucular, 02.00 sularında yerleşkenin bulunduğu yere gitmişlerdir. Başvurucular, yerleşkenin girişinde polisler tarafından durdurulunca "içeriden çağrıldıklarını" söylemişler ve yerleşkeye girmelerine izin verilmesini istemişlerdir. Bunun üzerine başvurucular polisler tarafından gözaltına alınmıştır. İki gün sonra da tutuklanmalarına karar verilmiştir. Başvurucular, bu davada, CMK md. 100'deki tutuklanma koşullarının bulunmadığını ileri sürmüşler, ayrıca "uzun tutukluluk", "duruşma hakkı" ve "soruşturma dosyasının kısıtlanması" yönlerinden de ihlal iddialarında bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi bu kararda öncelikle OHAL ilanının niteliğine ilişkin bir belirlemede bulunmuştur:

> "Ülkemizdeki olağanüstü durumu oluşturan temel olay, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüdür. Darbe teşebbüsü sırasında savaş uçağı, helikopter, gemi, tank gibi savaş araçları ve ağır silahlarla millete, egemenliği millet adına kullanan organlara, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olan basın yayın kuruluşlarına ve meşru demokratik otoritenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden güvenlik güçlerine saldırılarda bulunulmuştur. Bu olay nedeniyle 250 kişi hayatını kaybetmiş ve çok sayıda kişi yaralanmıştır. Diğer taraftan darbe teşebbüsünün, ülkemizin birçok terör örgütünün açık hedefi olduğu ve neredeyse her gün bir terör saldırısının gerçekleştiği veya engellendiği bir dönemde gerçekleştirilmesi bu riskin ağırlığını daha da artırmıştır.
>
> Buna göre 15 Temmuz darbe teşebbüsünün sadece demokratik anayasal düzen yönünden değil, bununla sıkı bağı olan 'bireylerin temel hak ve özgürlükleri' ve 'millî güvenlik' yönünden de mevcut ve ağır bir tehdit oluşturduğu, ülke tarihinde ulusun yaşamını ve hatta varlığını hedef alan millî güvenliğe yönelik en ağır saldırı olduğu sonucuna varmak gerekir.

Darbe teşebbüsünden önce gerçekleşen FETÖ/PDY'ye (Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması) ilişkin olay ve olgular, teşebbüs sonrasında başlatılan soruşturmalarda alınan şüpheli ve tanık ifadeleri ile soruşturma makamlarınca tespit edilen maddi olgular birlikte dikkate alındığında darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanmanın FETÖ/PDY olduğuna ilişkin kamu makamlarınca yapılan değerlendirmenin yeterli olgusal temelinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

15 Temmuz darbe teşebbüsünün faili olduğu değerlendirilen FETÖ/PDY'nin tespit edilen 'başta TSK, emniyet, yargı, eğitim ve din alanında faaliyet gösterenler olmak üzere ülkedeki tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, siyasi partiler, sendikalar, vakıf ve dernekler ile ticarî kuruluşlar gibi sivil organizasyonlarda örgütlenmesi; ulusal ve uluslararası ittifaklarının bulunması, yüz elliyi aşkın ülkede birçok alanda faaliyet göstermesi, kendisine atfettiği kutsallık dolayısıyla her şeyin değer bakımından kendisinden sonra geldiği anlayışına sahip olması, itaat ve teslimiyet temelinde hareket edip hiyerarşik ve hücre tipi gizli bir örgütlenmesinin bulunması, gizli haberleşme yöntemleri kullanması; sonuçta devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçlaması' gibi özelikleri bu teşebbüsün demokratik toplum düzenine karşı oluşturduğu tehdidin ağırlığını daha da artırmaktadır.

21/7/2016 tarihli olağanüstü hâl ilanı, temelde 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsü nedeniyledir. Bununla birlikte ülkenin maruz kaldığı terör saldırılarının da bu hususta etkisinin olduğu anlaşılmaktadır."[890]

Mahkeme, esasa ilişkin ise başvurucuların darbe teşebbüsü kapsamında bir faaliyete katıldıkları iddiasıyla teşebbüsün yaşandığı gece yakalandıkları ve yakalandıktan iki gün sonra tutuklanmış olduklarını dikkate alarak tutuklamaya dayanak suçlamaların OHAL ilanını gerekli kılan olaylarla doğrudan ilgili olduğunu tespit etmiştir:

890 *Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu*, §§ 212 vd.

> "Darbe teşebbüsü gibi ani gelişen ve ağır etkileri olan durumlar karşısında OHAL ilanına dair usule ilişkin süreçler tamamlanıncaya kadar kamu otoritelerinin aldığı tedbir ve önlemlerin temel hak ve özgürlükler üzerinde etkisinin de Anayasa'nın 15'inci maddesi kapsamında incelenmesi gerekir"[891]

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi OHAL sürecinde uygulanan her tedbirin Anayasa md. 15 hükmündeki kriterlerle incelenmeyeceğini ifade ederek iki basamaklı bir inceleme yöntemine başvurmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesi:

> - Öncelikle olağan dönem kriterlerine (md. 13) göre inceleme yapmaktadır. Eğer ihlal bulmaz ise incelemeyi sonlandırmaktadır.
>
> - Eğer olağan dönem kriterlerine göre Anayasa'ya aykırılık bulur ise söz konusu tedbiri, Anayasa'nın 15'nci maddesi yönünden değerlendirmektedir.

Söz konusu olayda, başvurucuların "uzun tutukluluk" ve "soruşturma dosyasının kısıtlanması" yönünden ihlal iddiaları olağan dönem kriterlerine göre incelenmiş ve Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir. Bu nedenle de ayrıca bir olağanüstü hal kriterlerine uygunluk denetimine gerek duyulmamıştır. Somut olayda başvuruculara uygulanan 11 aylık tutukluluğun makul olduğu ve dosyada özensizlik olmadığı kanaatine varan Mahkeme,[892] soruşturma dosyasının kısıtlanması konusunda da yukarıda değinilen kriterler çerçevesinde herhangi bir hak ihlalinin olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[893]

Başvurucuların tutukluluk kararının CMK md. 100'deki koşullara uygun olmadığı iddiası yönünden de benzer yaklaşım geliştirilmiştir. Mahkeme bu bağlamda öncelikle bir kanunilik incelemesi de yapmıştır. Somut olayda başvurucuların tutukluluğunun "kuvvetli şüphe" koşulunu karşılayıp karşılamadığını inceleyen AYM, derece mahkemesinin olay yeri görgü tespit tutanağına ve başvurucuların ifadelerine atıf yaptığını

891 Ibid., § 241. Ayrıca bkz. § 160.

892 Ibid., §§ 288-289.

893 Ibid., § 320.

kaydettikten sonra, başvurucuların içeriden çağrıldıklarını söylemesi ve cep telefonundaki kayıtları silmeye çalışması üzerine yakalanmaları, darbeye karşı koyan konvoylara katılmak üzere hareket edip şehir merkezinin onlarca kilometre uzağındaki TÜRKSAT yerleşkesine gelmiş olması vb. belirlemeleri ele alarak bu yönden bir sorun olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[894] Bu bağlamda Mahkeme, bazı başvuruculardа bulunduğu söylenen ve "FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen ByLock uygulaması" açısından da dikkate değer tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre söz konusu programı kuvvetli suç şüphesi yönünden belirleyici kılan:

> "Kurumsal ve ticarî mahiyetinin olmaması, uygulama üzerinden yapılan iletişimin çözümlenen içeriğinin tamamına yakınının FETÖ/PDY unsurlarına ait örgütsel temas ve faaliyetlere ilişkin olması, uygulamayla ilişkili İnternet kaynaklı yayınların çoğunlukla sahte hesaplar üzerinden yapılması ve burada FETÖ/PDY lehine paylaşımlarda bulunulması, büyük bir kullanıcı kitlesine sahip uygulamanın 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde diğer kişilerce bilinmemesi, kullanıcılarının belirlenmesini önlemeye yönelik olağan dışı işleyişinin ve şifreleme sisteminin bulunması, kullanımın ancak diğer bir kullanıcının onaylamasıyla mümkün hale gelmesi ve bu yönüyle hücre tipi örgütlenmeye elverişli olması, haberleşme içeriğinin belirli bir süre sonra otomatik olarak kendiliğinden silinmesi"dir.[895]

AYM'ye göre bu uygulamayı kullanmak veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklemek soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak görülebilir:

> "Uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Bu belirtinin derecesi elbette söz konusu uygulamanın ilgili kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı, kullanım şekli, kullanım sıklığı, haberleşme yapılan kişilerin FETÖ/PDY içindeki konumu ve önemi, haberleşmenin içeriği gibi hususlara bağlı olarak her somut

894 Ibid., §§ 258-266.

895 Ibid., §106.

> olayda farklı olabilir. Bununla birlikte darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda, soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce, 'ByLock'un kullanılmasının ve/veya kullanılmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklenmesinin somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair 'kuvvetli belirti' olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfî bir tutum olarak değerlendirilemez."[896]

Bunun yanında konuyu, kaçma şüphesi ve delilleri karartma olasılığı ve ölçülülük değerlendirmesi yönünden de sınayan Mahkeme, davaya konu olaydaki şiddet olaylarının yaygınlığı, ülkede bir süreliğine "şiddet ve korku dalgası oluştuğu", "FETÖ/PDY'nin ülkedeki neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarında örgütlenmiş olması, yüz elliyi aşkın ülkede faaliyet göstermesi ve ciddi seviyede uluslararası ittifaklarının bulunması, bu yapılanma ile ilgili olarak soruşturmaya tabi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracağı", "FETÖ/PDY'e mensubiyet nedeniyle ivedilikle soruşturma yapılması ihtiyacı birlikte dikkate alındığında soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalmasının söz konusu olabileceği", ayrıca suçlamalar için öngörülen cezaların ağırlığı vb. türden gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.[897]

Mahkeme bu belirlemelerini, daha sonra darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen soruşturmalar kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olduğundan bahisle tutuklanan bir hâkim ile ilgili *Selçuk Özdemir* kararındada, bu olaya özgü ek verilerle birlikte yenilemiştir.[898]

Aydın Yavuz ve diğerleri kararında başvurucuların ileri sürdükleri bir diğer ihlal iddiası da kendilerine isnat edilen suçlar kapsamında tutukluluk durumlarının **8 ay 18 gün** boyunca duruşmasız incelendiği ve bu bakımdan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ile bağdaşmadığıdır.

896 Ibid., § 267.

897 Ibid., §§ 269- 274.

898 *Selçuk Özdemir başvurusu*, AYM, 2016/49158, 26/07/2017.

AYM tutuklu başvurucuların "duruşma hakkı"yönünden ise incelemenin ikinci basamağına geçmiştir. Mahkeme, öncelikle başvurucuların 8 ay 18 gün boyunca duruşmasız şekilde tutuklu kalmalarının, olağan dönem kriterlerine göre ihlal oluşturacağını kabul etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, tedbirin OHAL kriterleri yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek Anayasa'nın 15'inci maddesi yönünden de bir değerlendirmeye geçmiştir.[899] Söz konusu hakkın Anayasa'nın md. 15/2 hükmündeki çekirdek haklar arasında yer almadığını ve bu uygulamanın uluslararası yükümlükler ile çelişmediğini söyleyen Mahkeme, incelemesini "ölçülülük" kriteri yönünden yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi olağan zamanlarda ihlal yaratacağını kabul ettiği bu tedbiri, Anayasa'nın 15'inci maddesi ve bu bağlamda özellikle "iş yükü" sorunundan hareketle haklı görebilmiştir. Anılan süreçte 162 bin kişi hakkında soruşturma başlatılmış ve bu kapsamda 50 binden fazla kişinin tutuklanmış, 47 binden fazla kişinin adlî kontrol ile serbest bırakılmış olduğunu ve 2745 hâkim ve Cumhuriyet savcısının görevden el çektirilmesine karar verilmiş, daha sonra süreç içinde 4 binden fazla yargı mensubunun meslekten çıkarılmış olduğunu kaydeden Mahkeme, somut olaydaki sapmanın "iş yükü sorunu" karşısında kabul edilebilir olduğunu ele almıştır. Yani başka bir ifadeyle AYM'ye göre bu kapsamdaki soruşturmalar, diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşıktır, ayrıca yargı organları ve soruşturma mercileri öngörülemez şekilde ağır bir iş yükünü yönetmek zorundadırlar. Dolayısıyla başvurucular da dâhil olmak üzere bazı suçlar yönünden tutuklu bulunan kişilerin tutukluluk incelemelerinin 8 ay 18 gün süreyle duruşmasız olarak dosya üzerinden yapılması, durumun gereklerine uygun ölçülü bir tedbir olarak görülmüştür.[900] Mahkeme'ye göre:

> "Darbe teşebbüsü sonrasında soruşturma mercileri ve yargı organları bakımından ortaya çıkan öngörülemez nitelikteki ağır iş yükü, bu iş yüküyle mücadele edecek ve ülkenin hukuk sistemini işletecek hâkim ve savcıların önemli bir bölümünün (yaklaşık 1/3'ünün) HSYK

899 *Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu*, §§ 342-343.

900 Ibid. , 344-359.

tarafından FETÖ/PDY ile iltisak ve irtibatları bulunduğu gerekçesiyle görevden el çektirilmesi ve meslekten çıkarılması, darbe teşebbüsü veya FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmış olmaları olguları birlikte değerlendirildiğinde bazı suçlar yönünden tutuklu bulunan kişilerin tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak dosya üzerinden yapılmasının durumun gereklerine uygun ölçülü bir tedbir olarak kabul edilmesi gerekir. Son olarak tutukluların güvenliğini ve muhafazasını sağlamakla görevli ceza infaz koruma memurlarının ve jandarma personelinin bir kısmı, ayrıca gerektiğinde tutukluların güvenliğinin sağlanmasında görevlendirilebilecek olan emniyet görevlilerinin önemli bir bölümü FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmış veya uzaklaştırılmıştır. Darbe teşebbüsü ve FETÖ/PDY kapsamında yürütülen soruşturmalarda on binlerce şüphelinin tutuklanmış olması nedeniyle ceza infaz kurumlarının doluluk oranının kapasitenin üzerine çıktığı bilinmektedir. Nitekim süreç içinde açık ceza infaz kurumuna ayrılma, koşullu salıverme ve denetimli serbestlikten yararlanma sürelerinde değişiklik yapılarak çok sayıda kişinin tahliyesi sağlanmış, böylece kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan kişi sayısının azaltılması yoluna gidilmiştir. Bütün bu olgular karşısında özellikle darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terör ile ilgili suçlardan dolayı tutuklu olan ve büyük çoğunluğu il merkezlerindeki ceza infaz kurumlarında bulunan binlerce kişinin tutukluluk incelemelerinin yapılması için periyodik olarak adlîyelere veya SEGBİS yoluyla dinlenebilecekleri yerlere getirilmeleri hâlinde çok ciddi güvenlik sorunları yaşanabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan devletin ve toplumun varlığına ve millî güvenliğe yönelik ağır bir saldırı olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde, söz konusu suçlar yönünden tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılması kamu güvenliğinin sağlanması bakımından gerçek bir ihtiyaç olarak değerlendirilebilir."[901]

901 Ibid., §§ 356-357.

VII. TALEPLER VE HÜKÜM

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması üzerine yaptığı bireysel başvurularda başvurucuların talepleri, maddi/manevi tazminat ve/veya serbest bırakılmalarının sağlanmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu tür olaylarda eğer bir ihlal sonucuna ulaşmışsa ve tazminat talebinde bulunulmuşsa, öncelikle tazminata hükmetmekte bunun yanında "Kararın bir örneğinin X Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE" veya "Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için X Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE" şeklinde kalıplar kullanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin her türlü ihlal kararı, kişinin salıverilmesini sağlamaz. Örneğin başvurucunun tutulma nedenleri hakkında derhal bilgilendirilmemiş olduğunun tespiti, o kişinin serbest bırakılmasını gerektirmez. Buna karşın kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığına işaret eden bir karardan sonra, başkaca somut gerekçeler ortaya konulamıyorsa kişinin serbest bırakılması gerekecektir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, hüküm kısmında açıkça bu konuda belirleme yapmamaktadır.

Bu tür bir yaklaşım, kural olarak İnsan Hakları Mahkemesi yönünden de görülmektedir. Mahkeme de ihlal tespiti yapmakta ve koşulları varsa tazminata hükmetmektedir. Buna karşın Mahkeme'nin, bazı olaylarda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yönünden bundan daha fazlasını yapabildiği görülmektedir. Örneğin *Assanidze/Gürcistan* kararında başvurucu eski bir milletvekilidir. Gürcistan Yüksek Mahkemesi'nin beraat kararı vermesinden sonra 3 yıl daha Acaristan özerk bölgesinde tutulu kalmaya devam etmiştir. Hükümet hukuksal ve siyasal adımlar atmış olsa da başarılı olamamıştır. Bu olayda Büyük Daire başvurucunun tutulmasının keyfî olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin md. 5/1 ve md. 6/1 hükümlerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bu olayda İnsan Hakları Mahkemesi, hüküm kısmında Gürcistan devletinin "başvurucunun mümkün olan en kısa sürede serbest bırakılmasını sağlamasına" da hükmetmiştir.[902] Benzer nitelikteki *Ilaşçu ve diğerleri* kararında da başvurucu, Moldova'da 1991 yılında bağımsızlığını ilan eden, fakat uluslararası toplum tarafından tanınmayan Transdniestria'da, burada kurulan bir mahkemenin verdiği karara binaen tutulmaktadır. Bu olayda da Mahkeme, ihlal sonucuna

902 *Assanidze/Gürcistan*, hüküm § 14.

varmış ve hüküm kısmında benzer türden (serbest bırakılması yönünde) bir belirlemeye yer vermiştir.[903] Bu türden bir diğer karar ise *Yakışan/Türkiye* kararıdır. Söz konusu davada başvurucu yaklaşık 13 yıldır yargılanmaktadır ve 11 yıl 7 aydır tutukludur. Mahkeme bu olayda 12 bin Euro tazminatın yanında "ihlalin sonlandırılması için davanın en hızlı şekilde sonra ermesi gerektiğine" de hükmetmiştir.[904]

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 50'nci maddesindeki "esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için ***yapılması gerekenlere*** hükmedilir" şeklindeki hüküm, AYM'nin de Strazburg Mahkemesi gibi bir pratiğe girmesine izin vermektedir. Özel durumlar yönünden bu yönde karar verilmesi için talepte bulunulması hukuken mümkündür.

Bunların yanında başvurucuların hastalıkları vb. nedenlerle hayati tehlike içinde bulunmasına rağmen cezaevinde tutulması gibi durumlarda tedbiren tahliye talebinde bulunabilir. Anayasa Mahkemesi *Fatih Hilmioğlu* başvurusunda bu türden bir karar vermiştir.[905]

903 *Ilaşçu ve diğerleri/Moldova ve Rusya*, İHAM, 48787/99, 08/07/2004, hüküm § 22.

904 *Yakışan/Türkiye*, İHAM, 11339/03, 06/03/2007, hüküm § 4.

905 *Fatih Hilmioğlu başvurusu*, AYM (Tedbire ilişkin ara karar), 2014/648, 20/01/2014.

VIII. DİZİN

AYM KARARLARI

A. S. başvurusu, B. No: 2014/2841, 09/06/2016. (159, 162)
A.V. ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/1649, 20/01/2016. (145, 243)
Abdullah Ünal başvurusu, B. No: 2012/1094, 7/3/2014. (85)
Abdulselam Tunç başvurusu, B. No: 2013/6986, 05/11/2014. (222)
Abdulvahap Aydemir ve Yusuf Candemir başvurusu, B. No: 2013/7349, 01/12/2015. (156)
Adem Gedik başvurusu, B. No: 2013/2950, 14/10/2015. (118, 265)
Ahmet Çakar ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/1519, 25/02/2015. (178)
Ahmet Kürşad Özsoy ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/5387, 15/06/2016. (77, 264, 266)
Ahmet Soysal başvurusu, B. No: 2012/237, 26/03/2013. (186)
Ahmet Şanci başvurusu, B. No: 2012/29, 05/11/2014. (156, 165)
Ahmet Teyit Keşli, B. No: 2013/2237, 18/09/2014. (222)
Ahmet Uğur Soylu başvurusu, B. No: 2012/1036, 15/10/2014. (222)
Ali Pala başvurusu, B.No: 2013/3056, 14/10/2015. (156)
Ali Zeki Irmak başvurusu,B. No: 2014/15990, 16/02/2017. (17, 143)
Alper Kutlu başvurusu, B. No: 2013/8064, 26/2/2015. (266)
Arif Haldun Soygür başvurusu, B. No:2013/2659, 15/10/2015. (77)
Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu, B. No:2016/22169, 20/06/2017. (290, 296, 297, 298, 303, 304, 305, 306, 307, 308)
Ayhan Bilgen başvurusu, B. No: 2017/5974, 21/12/2017. (266)
AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, T. 22/05/2003. (295)
AYM, E. 2011/18, K. 2012/53, T. 13/10/2012. (66)
AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04/07/2013. (183)
AYM, E. 2012/116, T. 2013/32, T. 28/02/2013. (66)
AYM, E. 2013/57, K. 2013/162, 26/12/2013. (148)
AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, T. 14/01/2015. (216)
AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, T. 14/1/2015. (169)
AYM, E. 2016/160, K. 2016/167, 04/11/2016. (293)

AYM, E. 2016/164, K. 2016/171, 08/11/2016. (293)
AYM, E. 2016/165, K. 2016/172, 08/11/2016. (293)
AYM, E.2009/52, K.2010/16, 21/1/2010. (169)
AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015. (169, 170)
AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015. (169, 170)
AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015. (169, 170)
Azize Yağız ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/5475, 17/11/2016. (180)
Bayram Demirbilek başvurusu, B. No: 2014/1125, 10/12/2014. (178)
Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir başvurusu, B. No: 2014/2626, 27/10/2016. (222)
Bilgin Özkaynak başvurusu, B. No:2014/3129, 27/10/2016. (117)
Burak Döner başvurusu, B. No: 2012/521, 02/07/2013. (263)
Bülent Karataş başvurusu, B. No: 2013/6428, 26/6/2014. (220)
Bülent Polat başvurusu,B. No: 2013/7666, 10/12/2015. (65)
Can Dündar ve Erdem Gül başvurusu, B. No: 2015/18567, 25/02/2016. (3)
Cem Özen başvurusu, B. No: 2014/1328, 29/09/2016. (113)
Cemal Duğan başvurusu, B. No: 2014/19308, 15/2/2017. (25, 98)
Cüneyt Kartal başvurusu, B. No: 2013/6572, 20/03/2014. (25)
Deniz Özfırat başvurusu, B. No: 2013/7929, 01/12/2015. (156, 165, 265)
Devran Duran başvurusu, B. No: 2014/10405, 25/05/2017. (222, 245)
Doğan Yüksekbağ ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/1197, 13/09/2007. (268)
Dursun Çiçek başvurusu, B. No: 2012/1108, 16/07/2014. (118)
Emrah Ergün başvurusu,B. No: 2014/4651. (83)
Emrah Oğuz başvurusu, B. No: 2013/1755, 25/03/2015. (201)
Engin Demir başvurusu, B. No: 2013/2947, 17/12/2015. (112, 198)
Engin Ekinci başvurusu, B. No: 2014/3060, 10/03/2015. (11)
Erdal Korkmaz ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/2653, 18/11/2015. (232, 240)
Erdem Gül ve Can Dündar başvurusu. B. No: 2015/18567, 25/02/2016. (115, 116, 117, 229)
Ergun Poyraz başvurusu, B. No: 2013/2809, AYM, 26/02/2015. (118)
Erman Ergin başvurusu, B. No: 2014/2680, 27/10/2016. (222)

Ersin Emekçi ve Sinan Emekçi başvurusu, B. No: 2013/6068, 18/11/2015. (156)
Eyüp Karul başvurusu, B. No: 2014/2321, 26/10/2016. (178)
F. A. ve M.A. başvurusu, B. No: 2013/655, 20/01/2016. (42, 243)
F.H.H. başvurusu, B. No:2013/1419, 15/04/2015. (34)
Fahri Gösteriş başvurusu, B. No: 2013/1297, 13/04/2016. (222)
Fatih Hilmioğlu başvurusu, B. No: 2014/648, 20/01/2014. (312)
Fatih Yazar başvurusu, B. No: 2013/6232, 18/11/2015. (156, 229)
Faysal Sarıyıldız başvurusu, B. No: 2014/9, 03/01/2014. (183)
Ferit Çelik başvurusu, B. No: 2012/1220, 10/02/2014. (245)
Fetih Ahmet Özer başvurusu, B. No: 2013/6179, 20/03/2014. (25)
Fikriye Aytin ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/6154, 11/12/2014. (65)
Firas Aslan ve Hebat Aslan başvurusu, B. No: 2012/1158, 21/11/2013. (222, 231, 235, 245)
Galip Öğüt başvurusu, B. No: 2014/5863, 01/03/2017. (25, 26, 52)
Güllüzar Erman başvurusu, B. No: 2012/542, 04/11/2014. (202)
Gülser Yıldırım başvurusu, B. No: 2016/40170, 16/11/2017. (279)
Gülşah Öztürk ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/3936, 17/02/2016. (277)
Günay Dağ ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/1631, 17/12/2015. (224, 228, 236)
Günay Okan başvurusu, B. No: 2013/8114, 17/09/2014. (55)
Gürhan Nerse başvurusu, B. No: 2013/5957, 30/12/2014. (222)
Halas Aslan başvurusu, B. No: 2014/4994, 16/12/2017. (149, 176, 186, 187, 193, 196)
Halil Aslan başvurusu, B. No: 2014/3038, 10/12/2014. (92, 132)
Halil İbrahim Aydın ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/483, 19/11/2014. (183)
Hamit Kaya başvurusu, B. No: 2012/338, 02/07/2013. (263)
Hanefi Avcı başvurusu, B. No: 2013/2814, 18/6/2014. (112, 185, 188, 236)
Hasan Baki Gülcan başvurusu, B. No: 2013/760, 12/03/2015. (89)
Hidayet Karaca başvurusu, B. No: 2015/144, 14/7/2015. (213, 214, 224, 265, 276)
Hikmet Kopar ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/14061, 08/04/2015. (171, 181, 218, 265)
Hikmet Yayğın başvurusu,B. No: 2013/1279, 30/12/2014. (220, 222, 236)

Hüseyin Arasan başvurusu, B. No: 2014/4246, 6/5/2015. (236)
Hüseyin Burçak başvurusu, B. No: 2014/474, 03/02/2016. (185, 202)
İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya başvurusu, B. No: 2013/3193, 15/10/2015. (113, 266)
İlker Turdan başvurusu, B. No: 2013/6437, 17/7/2014. (198)
İrfan Gerçek başvurusu, B. No: 2014/6500, 29/09/2016. (265)
İzzettin Alpergin başvurusu, B. No: 2013/385, 14/07/2015. (156, 165)
K. A. başvurusu, B. No: 2014/13044, 11/11/2015. (42, 145, 159, 203, 243, 268)
Kamil Koç başvurusu, B. No: 2012/660, 07/11/2013. (222)
Karlis A. Ş. başvurusu, B. No: 2013/849, 15/4/2014. (66)
Kemal Üner ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/17198, 29/06/2017. (35)
Lale Çeliker başvurusu, B. No: 2014/7806, 21/09/2016. (222)
Lokman Gönül ve Mehmet Emin Gürgil başvurusu, B. No: 2013/2254, 15/10/2015. (178)
Mecit Gümüş başvurusu, B. No: 2013/9105, 25/6/2015. (263)
Mehmet Ali Aydın başvurusu, B. No: 2013/9343, 04/06/2015. (56)
Mehmet Baransu (2) başvurusu, B. No: 2015/7231, 17/05/2016. (115, 213, 276)
Mehmet Deniz Yıldırım başvurusu, B. No: 2014/1482, 01/06/2016. (70)
Mehmet Emin Güneş başvurusu, B. No: 2013/5707, 16/04/2015. (263, 266)
Mehmet Fatih Yiğit ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/16838, 09/09/2015. (157)
Mehmet Güneş başvurusu, B. No: 2014/1268, 17/05/2016. (197)
Mehmet Haberal başvurusu, B. No: 2012/849, 04/12/2013. (118, 183, 222, 235, 278)
Mehmet Halim Oral başvurusu, B. No: 2012/1221, 16/10/2014. (245)
Mehmet İlker Başbuğ başvurusu, B. No: 2013/6099, 16/07/2014. (52, 70, 180)
Mehmet Koray Eryaşa başvurusu, B. No:2013/6693, 16/4/2015, 13/7/2015. (65)
Mehmet Şah Araş başvurusu, B. No: 2014/798, 28/09/2016. (20, 114)
Mithat Bakikuşağı başvurusu, B. No: 2013/4682, 17/9/2014. (41, 92)
Muharrem Keserci başvurusu, B. No: 2012/575, 08/05/2014. (222)
Murat Çiftçi ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/2257, 26/10/2016. (264)
Murat Narman başvurusu, B. No: 2012/1137, 02/07/2013. (88, 148, 182, 184, 185, 199, 200)

Murat Gül başvurusu, B. No: 2013/8037. (156)
Mustafa Ali Balbay başvurusu, B. No: 2012/1272, 04/12/2013. (112, 118, 183, 186, 278)
Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusu, B. No: 2015/7908, 20/01/2016. (85, 118, 171, 227)
Mustafa Özbey başvurusu, B. No: 2013/8705, 23/03/2016. (114)
Nejdet Atalay başvurusu, B. No: 2014/184, 16/07/2014. (117)
Nihat Baymiş başvurusu, B. No: 2014/10373, 30/06/2016. (114)
Nusret Argun başvurusu, B. No: 2013/6149, 06/03/2014. (198)
Oğuz Okuyucu başvurusu, B. No: 2013/5576, 02/12/2015. (118, 184)
Osman Erbil başvurusu, B. No: 2013/2394, 2013/2394, 25/03/2015. (277)
Özgür Görmez başvurusu, B. No: 2013/843, 03/04/2014. (263)
Özgür Murat Engin başvurusu, B. No: 2014/7806, 21/09/2016. (222)
Ramazan Aras başvurusu, B. No: 2012/239, 02/07/2013. (263)
Ramazan Tosun başvurusu, B. No: 2012/998, 07/11/2013. (222)
Reşat Ertan başvurusu, B. No: 2013/5700, 15/4/2015. (263, 266)
Rıda Boudraa bavurusu, B. No: 2013/9673, 21/1/2015. (42, 78, 145, 206, 240, 243)
Rıdvan Döner başvurusu, B. No: 2014/2278, 19/4/2017. (236)
Sabahat Tuncel başvurusu,B. No: 2012/1051, 20/2/2014. (51, 54)
Sadullah Remzi Karagöz başvurusu, B. No: 2014/8870, 08/06/2016. (54)
Safkan Aydoğdu başvurusu, B. No: 2014/7498, 05/04/2017. (82)
Salih Şahin başvurusu, B. No: 2013/7040, 11/12/2014. (201)
Savaş Çetinkaya başvurusu, B. No: 2012/1303, 21/11/2013. (177)
Sebahat Tuncel başvurusu, B. No: 2012/1051, 20/02/2014. (51)
Selçuk Özdemir başvurusu, B. No: 2016/49158, 26/07/2017. (266, 306)
Serkan Akbaş başvurusu, B. No: 2013/2342, 21/01/2016. (117, 202, 236)
Sevim Akat Eşki başvurusu, B. No: 2013/2187, 19/12/2013. (196, 285)
Seyfi Polat başvurusu, B. No: 2013/7020, 2/12/2015. (222, 236)
Soner Şengüller başvurusu, B. No: 2012/899, 09/01/2014. (263)
Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri başvurusu, B. No: 2015/9756, 16/11/2016. (86, 115, 233)

Şaban Dal başvurusu, B. No: 2014/2891, 16/02/2017. (40)
Tahir Canan (2) başvurusu, B. No: 2013/839, 05/11/2014. (55)
Tahir Canan başvurusu, B. No: 2012/969, 18/09/2013. (52)
Tahir Gökatalay başvurusu, B. No: 2013/1780, 20/3/2014. (170, 214)
Tamer Morkoç başvurusu, B. No: 2013/5507, 15/06/2016. (117, 156)
Tuğba Arslan başvurusu, B. No: 2014/256, 25/06/2014. (61, 63, 65)
Uğur Hoşgören başvurusu, B. No: 2012/999, 09/01/2014. (263)
Ulaş Kaya ve Adnan Ataman başvurusu, B. No: 2013/4128, 18/11/2015. (236, 245, 249, 250)
Vedat Şorli ve Bilal Şorli başvurusu, B. No: 2014/10459, 13/07/2016. (114)
Veli Küçük başvurusu, B. No: 2013/6099, 16/7/2014. (180, 182, 183)
Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri başvurusu, B. No: 2014/253, 9/1/2015. (230)
Yaşasın Aslan başvurusu, B. No: 2013/1134, 16/5/2013. (170, 214, 222)
Yavuz Pehlivan ve diğerleri başvurusu, B. No: 2013/2312, 04/06/2015. (185, 230)
Youtube başvurusu, B. No: 2014/4705, 29/05/2014. (65)
Yusuf Karabaş başvurusu, B. No: 2013/1615, 15/04/2015. (34)
Zekayi Çelebi başvurusu, B. No: 2014/5633, 18/05/2016. (222)
Zeki Bingöl (2) başvurusu, B. No: 2013/6576, 18/11/2015. (266)
Zeki Güngör başvurusu, B. No: 2013/8491, 31/03/2016. (222)
Zeki Rüzgar başvurusu, B. No: 2013/6084, 06/04/2016. (156)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

A ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 3455/05, 19/02/2009. (207, 226, 300)
A. Ş./Türkiye, Appl. No: 58271/10, 13/09/2016. (264)
A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 3455/05, 19/02/2009. (226, 301)
Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye, Appl. No: 30471/08, 22/09/2009. (29, 42, 45, 69, 154, 243)
Abdulsamet Yaman/Türkiye, Appl. No: 32466/96, 01/11/2004. (292)
Acar/Türkiye, Appl. No: 30495/11, 27/09/2016. (261)
Adolf/Avusturya, Appl. No: 8269/78, 26/03/1982. (102)
Ahmet Özkan ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 21689/93, 06/04/2004. (74)
Airey/İrlanda, Appl. No: 6289/73, 07/07/1977. (93)
Akdeniz ve Diğerleri/Türkiye, Appl. No: 25165/94, 31/05/2001. (21)
Aksoy/Türkiye, Appl. No: 100/1995/606/694, 18/12/1994. (164, 167, 173, 276, 292, 294, 300)
Aleksandr Andreyev/Rusya, Appl. No: 2281/06, 23/02/2016. (86)
Aleksandr Sokolov/Rusya, Appl. No: 20364/05, 04/11/2010. (71,74)
Ali Osman Özmen/Türkiye, Appl. No: 42969/04, 05/07/2016. (210, 213)
Ali Rıza Kaplan/Türkiye, Appl. No: 24597/08, 12/11/2014. (221, 231)
Alican Demir/Türkiye, Appl. No: 41444/09, 25/2/2014. (92)
Aliev/Türkiye, Appl. No: 30518/11, 21/10/2014. (268)
Alimov/Türkiye, Appl. No: 14344/13, 06/09/2016. (268)
Aliyev ve Gadzhiyeva/Rusya, Appl. No: 11059/12, 12/07/2016. (21)
Al-Jedda/Birleşik Krallık, Appl. No: 27021/08, 07/07/2011. (s. 11)
Alouache/Fransa, Appl. No: 28724/11, 06/10/2015. (248)
Altınok/Türkiye, Appl. No: 31610/08, 29/11/2011. (223, 234)
Altuğ Taner Akçam/Türkiye, Appl. No: 27520/07, 25/10/2011. (26)
Altun/Almanya, Appl. No: 10308/83, 03/05/1983. (17)
Altun ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 54788/11, 17/12/2013. (56)
Amuur/Fransa, Appl. No: 19776/92, 25/06/1996. (29,45)
Anguelova/Bulgaristan, Appl. No: 38361/97, 13/06/2002. (44, 71, 73)
Apcov/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, Appl. No: 13463/07, 30/05/2017. (15)
Aquilina/Malta, Appl. No: 25642/94, 19/04/1999. (168, 171)

Asalya/Türkiye, Appl. No: 43875/09, 15/04/2014. (248)
Ashingdane/Birleşik Krallık, Appl. No: 8225/78, 28/05/1985. (39)
Assanidze/Gürcistan, Appl. No: 71503/01, 08/04/2004. (82, 311)
Assenov ve diğerleri/Bulgaristan, Appl. No: 24760/94, 28/10/1998. (200, 245)
Attard/Malta, Appl. No: 46750/99, 28/09/2000. (258)
Austin ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 39692/09 et. al., 15/03/2002. (30, 31, 47)
Aydın Dağlı/Türkiye, Appl. No: 18386/07, 17/05/2016. (261)
Aydın/Türkiye, Appl. No: 34170/07, 16/05/2017. (261)
Aydın ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 63130/15, 29/12/2015. (35)
Aygün/Türkiye, Appl. No: 12541/86, 14/06/2011. (37)
Ayşe Yüksel ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 55835/09 et. al., 31/05/2016. (109, 110)
Babajanov/Türkiye, Appl. No: 49867/08, 10/05/2016. (243)
Bağrıyanık/Türkiye, Appl. No: 43256/04, 05/06/2007. (224)
Baisuev ve Anzorov/Gürcistan, Appl. No: 39804/04, 18/12/2012. (72)
Balca/Türkiye, Appl. No: 41843/07, 22/1/2013. (261)
Balta/Türkiye, Appl. No: 51359/09, 09/12/2014. (261)
Barakhoyev/Rusya, Appl. No: 8516/08, 17/01/2017. (24)
Baranowski/Polonya, Appl. No: 28358/95, 28/03/2000. (67, 208)
Baranowski/Ukrayna, Appl. No: 40107/02, 10/02/2011. (69)
Barthold/Almanya, Appl. No: 8734/79, 25/03/1985. (67)
Basnet/Birleşik Krallık, Appl. No: 43136/02, 24/06/2008. (17)
Becciev/Moldova, Appl. No: 9190/03, 04/10/2005. (184, 207)
Beiere/Letonya, Appl. No: 30954/05, 29/11/2011. (93, 94)
Belevitskiy/Rusya, Appl. No: 72967/01, 01/03/2007. (74)
Belilos/İsviçre, Appl. No: 10328/83, 29/04/1988. (102)
Bendenoun/Fransa, Appl. No: 12547/86 , 24/02/1994. (103)
Benham/Birleşik Krallık, Appl. No: 19380/92, 10/06/1996. (87, 89, 103)
Beştaş/Türkiye, Appl. No: 16857/12, 17/05/2016. (261)
Bezicheri/İtalya, Appl. No: 11400/85, 25/10/1989. (244)
Bilen/Türkiye, Appl. No: 34482/97, 21/02/2006. (292, 300)
Birleşik Krallık Yurttaşları ve Kolonileri/Birleşik Krallık, Appl. No: 4626/70, 06/03/1978. (56)

Dizin

Birulev ve Shiskin/Rusya, Appl. No: 35919/05 3346/06, 14/06/2016. (48, 71)
Blackstock/Birleşik Krallık, Appl. No: 59512/00, 21/06/2005. (256)
Bollan/Birleşik Krallık, Appl. No: 42117/98, 04/05/2000. (27)
Bordovskiy/Rusya, Appl. No: 49491/99, 08/02/2005. (158, 160)
Bouamar/Belçika, Appl. No: 9106/80, 29/02/1988. (120, 121, 238)
Bozano/Fransa, Appl. No: 9990/82, 02/12/1987. (29)
Bozano/Fransa, Appl. No: 9990/82, 18/12/1986. (57)
Bozano/İtalya, Appl. No: 9990/82, 18/12/1986. (71, 140)
Brand/Hollanda, Appl. No: 49902/99, 11/05/2004. (135)
Brannigan ve Mc Bride/Birleşik Krallık, Appl. No: 14553/89, 14554/89, 14554/89, 26/05/1993. (291, 292, 294, 299)
Birulev ve Shiskin/Rusya, Appl. No: 35919/05 3346/06, 14/06/2016. (48, 71)
Brogan/Birleşik Krallık, Appl. No: 11209/84 et al., 30/05/1989. (102, 105, 172, 256, 291, 298)
Buishvili/Çek Cumhuriyeti, Appl. No: 30241/11, 25/10/2012. (219)
Buzadji/Moldova, Appl. No: 23755/07, 05/07/2006. (32, 191, 195, 196)
Bülbül/Türkiye, Appl. No: 47297/99, 22/5/2007. (212)
Bykov/Rusya,Appl. No: 4378/02, 10/03/2009. (176)
Calmanovici/Romanya, Appl. No: 42250/02, 01/07/2008. (87)
Can/Avusturya, Appl. No: 9300/81, 30/9/1985. (237)
Cebotari/Moldova, Appl. No: 35615/06, 13/11/2007. (281)
Ceviz/Türkiye, Appl. No: 8140/08, 17/07/2012. (226)
Cevizovic/Almanya, Appl. No: 49746/99, 29/07/2004. (190)
Chahal/Birleşik Krallık, Appl. No: 22414/93, 15/11/1996. (141, 231, 243)
Chitayev ve Chitayev/Rusya, Appl. No: 39630/09, 13/12/2012. (256)
Cihan Yeşil/Türkiye, Appl. No:24592/08, 22/10/2013. (261)
Ciszewski/Polonya, Appl. No: 38668/97, 13/07/2004. (69)
Ciulla/İtalya, Appl. No: 11152/84, 22/02/1989. (257)
Coëme ve diğerleri/Belçika, Appl. No: 32492/96 et al., 20/06/2000. (62)
Čonka/Belçika, Appl. No: 51564/99, 05/02/2002. (140, 157, 158, 161, 248)
Contrada/İtalya, Appl. No: 66655/13, 14/04/2015. (189)
Creangă/Romanya, Appl. No: 29226/03, 23/02/2002. (22, 23, 24, 67, 72, 85)

Cüneyt Polat/Türkiye, Appl. No: 32211/07, 13/11/2014. (261)
Çakıcı/Türkiye, Appl. No: 23657/94, 08/07/1999. (21, 71)
Çatal/Türkiye, Appl. No: 26808/08, 17/4/2012. (235)
Çelikkaya/Türkiye, Appl. No: 34026/03, 1/6/2010. (92)
Çiçek/Türkiye, Appl. No: 25704/94, 17/02/2001. (21)
D. D./Litvanya, Appl. No: 13469/06, 14/02/2012. (208)
D. N./İsviçre, Appl. No: 27154/95. (208)
Dacosta Silva/İspanya, Appl. No: 69966/01, 02/11/2006. (32)
Dağ ve Yaşar/Türkiye, Appl. No: 4080/02, 08/11/2005. (28)
De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda, Appl. No: 8805/79 8806/79 9242/81, 22/05/1984. (171, 205)
De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, Appl. No: 2832/66 et. al., 18.06.1971. (48, 210)
Del Rio Prada/İspanya, Appl. No: 42750/09, 10/7/2012. (92)
Delijorgji/Arnavutluk, Appl. No: 6858/11, 28/04/2015. (32)
Demicoli/Malta, Appl. No: 13057/87, 27/08/1991. (102)
Demir/Türkiye, Appl. No: 51770/07, 16/10/2012. (261)
Demir ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 71/1997/855/1062–1064, 23/09/1998. (300)
Deweer/Belçika, Appl. No: 6903/75, 27/02/1980. (102)
Didov/Bulgaristan, Appl. No: 27791/09, 17/03/2016. (77)
Dikme/Türkiye, Appl. No: 20869/92, 11/07/2000. (155,160)
Dochnal/Polonya, Appl. No: 31622, 18/09/2012. (225)
Douyeb/Hollanda, Appl. No: 31464/96, 04/08/1999. (87)
Döner ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 29994/02, 07/03/2017. (161)
Draci/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, Appl. No: 5349/02, 17/10/2017. (15)
Drozd ve Janousek/Fransa ve İspanya, Appl. No: 12747/87, 26/06/1992. (90)
Dzhabarov ve diğerleri/Bulgaristan, Appl. No: 6095/11, 74091/11 ve 75583/11, 31/03/2016. (12, 23)
E./Norveç, Appl. No: 11701/85, 29/08/1990. (242, 252)
El-Masri/Makedonya, Appl. No: 39630/09, 13/12/2012. (28)
Elçi ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 23145/93 25091/94, 13/11/2003. (86, 164)
Engel ve diğerleri/Hollanda, Appl. No: 5100/71, 08/06//1976. (23, 34, 51, 96, 102, 103, 108, 109)

Enhorn/İsveç, Appl. No: 71555/01, 16/10/2001. (123)
Epple/Almanya, Appl. No: 77909/01, 24/03/2005. (96)
Er ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 23016/04, 31/07/2012. (71, 260, 275)
Erdagöz/Türkiye, Appl. No: 21890/93, 22/10/1997. (108)
Erdem/Almanya, Appl. No: 38321/97, 05/07/2001. (190, 198)
Erişen ve diğerleri/Türkiye,Appl. No: 7067/06, 03/04/2012. (234, 244)
Erkalo/Hollanda, Appl. No:23807/94, 02/09/1998. (84, 87)
Erkan İnan/Türkiye, Appl. No: 13176/05, 23/2/2010. (231)
Erkenov/Türkiye, Appl. No: 18152/11, 06/09/2016. (268)
Erol/Almanya, Appl. No: 68250/11, 07/09/2017. (192)
F. A.ve M. A. başvurusu, Appl. No: 2013/655, 20/1/2016. (42, 243)
Farhad Aliyev/Azerbaycan, Appl. No: 37138/06, 09/11/2010. (28)
Farmakopoulos/Belçika, Appl. No: 11683/85, 27/03/1992. (240)
Fartushin/Rusya, Appl. No: 38887/09, 08/10/2005. (74)
Fathi/Türkiye, Appl. No: 32598/06, 30/06/2009. (54)
Fatma Akaltun Fırat/Türkiye, Appl. No: 34010/06, 10/09/2013. (23, 28, 43, 76, 277)
Fedotov/Rusya, Appl. No: 5140/02, 25/10/2005. (72, 73)
Fesar/Çek Cumhuriyeti, Appl. No:76576/01, 13/11/2008. (252)
Fikri Yakar/Türkiye, Appl. No: 23639/10, 22/05/2012. (221)
Filiz/Türkiye, Appl. No: 28074/08, 04/03/2014. (261)
Firas Aslan ve Hebat Aslan/Türkiye,Appl. No: 15048/09, 28/10/2014. (231)
Foka/Türkiye, Appl. No: 28940/95, 24/06/2008. (24, 31, 53, 96)
Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, Appl. No: 12244/86 et. al., 30/08/1990. (107, 111, 154, 157, 248)
Frasik/Polonya, Appl. No: 22933/02, 05/01/2010. (244)
Freda/İtalya, Appl. No: 8916/80, 07/10/1998. (93, 143)
Freda/İtalya, Appl. No: 8916/80, 07/11/1980. (93, 143)
Gahramanov/Azerbaycan, Appl. No: 26291/06, 15/10/2013. (23, 30)
Gaidjurgis/Litvanya, Appl. No: 49098/99, 16/01/2001. (87)
Galip Doğru/Türkiye, Appl. No:36001/06, 28/04/2015. (263)
Ganea/Moldova,Appl. No: 2474/06, 17/05/2011. (258)
Garabayev/Rusya, Appl. No: 38411/02, 07/06/2007. (85)

Garcia Alva/Almanya, Appl. No: 23541/94, 13/02/2001. (220)
Gatt/Malta, Appl. No: 28221/08, 2010. (94)
Gaysanova/Rusya, Appl. No: 62235/09, 12/05/2016. (21)
Getoš-Magdić/Hırvatistan, Appl. No: 56305/08, 02/12/2010. (252)
Ghiurău/Romanya, Appl. No: 55421/10, 20/11/2012. (24)
Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, Appl. No: 4158/05, 12/01/2010. (31, 43, 53)
Giulia Manzoni/İtalya, Appl. No: 19218/91, 01/07/1991. (83)
Glien/Almanya, Appl. No: 7345/12, 28/11/2013. (91)
Gorny/Polonya, Appl. No: 50399/07, 08/06/2010. (225)
Grinenko/Ukrayna, Appl. No: 33627/06, 15/11/2012. (71)
Grisez/Belçika, Appl. No: 35776/97, 26/09/2002. (184)
Grori/Arnavutluk, Appl. No: 25336/04, 07/07/2009. (70)
Guemeniuc/Moldova, Appl. No: 48829/06, 16/05/2017. (90)
Gukovych/Ukrayna, Appl. No: 2204/07, 20/11/2016. (128)
Gulub Atanasov/Bulgaristan, Appl. No: 73281/01, 06/11/2008. (28, 40, 257)
Gurguchiani/İspanya, Appl. No: 16012/06, 15/12/2009. (102)
Gusinsky/Rusya, Appl. No: 70276/01, 19/05/2004. (280, 281)
Guzzardi/İtalya, Appl. No: 7367/76, 06/11/1980. (23, 37, 42, 51, 96, 126)
Günay/Türkiye, Appl. No: 31596/07, 17/02/2014. (261)
Güner/Türkiye, Appl. No: 10914/11, 16/05/2017. (224, 227)
Gürceğiz/Türkiye, Appl. No: 1045/07,15/11/2012. (261)
Gürkan/Türkiye, Appl. No: 10987/10, 03/07/2012. (210)
H. L./Birleşik Krallık, Appl. No: 45508/99, 05/10/2004. (22, 132)
H. ve B./Birleşik Krallık, Appl. No: 70073/10 44539/11, 09/03/2013. (160, 161)
H. W./Almanya, Appl. No: 17167/11, 19/09/2013. (91)
H.M./İsviçre, Appl. No: 39187/98, 26/02/2002. (49, 50)
Hađi/Hırvatistan, Appl. No: 42998/08, 01/07/2010. (251)
Haidn/Almanya, Appl. No: 6587/04, 13/01/2011. (28, 39)
Hammerton/Birleşik Krallık, Appl. No: 6287/10, 17/03/2016. (89)
Hasan Uzun/Türkiye, Appl. No: 10755/13, 30/04/2013. (252)
Hassan/Birleşik Krallık, Appl. No: 29750/09, 16/09/2014. (15, 289)
Hassan ve diğerleri/Fransa, Appl. No: 46695/10, 04/12/2014. (172)

Hauschildt/Danimarka, Appl. No: 10486/83, 24/5/1989. (214)
Hazni Bayam/Türkiye, Appl. No: 50332/12, 18/07/2017. (244)
Herczegfalvy/Avusturya, Appl. No: 10533/83, 24/09/1992. (67)
Herz/Almanya, Appl. No: 44672/98, 12/06/2003. (249)
Hıdır Durmaz/Türkiye (No. 2), Appl. No: 26291/05, 12/7/2011. (92)
Hilda Hafsteinsdottir/İzlanda, Appl. No: 40905/98, 08/06/2004. (70, 128)
Hirst/Birleşik Krallık, Appl. No: 40787/98, 24/07/2001. (243)
Hoalgă ve diğerleri/Romanya, Appl. No: 76672/12, 15/03/2016. (23)
Hood/Birleşik Krallık, Appl. No: 27267/95, 18/02/1999. (103)
Huseynli ve diğerleri/Azerbaycan, Appl. No: 67360/11, et. al., 11/02/2016. (106)
Hussain/Birleşik Krallık, Appl. No: 21928/93, 07/03/2006. (231)
Hussain ve Singh/BirleşikKrallık, Appl. No: 21928/93, 21/02/1996. (210)
Hutchinson Reid/Birleşik Krallık, Appl. No: 50272/99, 03/11/2008. (176)
Hutchinson ve Reid/Birleşik Krallık, Appl. No: 50272/99, 20/02/2003. (131)
I. A./Fransa, Appl. No: 28213/95, 23/09/1998. (189)
Ichin ve diğerleri/Ukrayna, Appl. No: 28189/04, 28192/04, 21/12/2010. (120)
Ilaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya, Appl. No: 48787/99, 08/07/2004. (90, 312)
Idalov/Rusya, Appl. No: 5826/03, 22/05/2012. (178)
Ilgar Mammadov/Azarbeycan, Appl. No: 15172/13, 22/05/2014. (283)
Ilias ve Ahmet/Macaristan, Appl. No: 47287/15, 14/03/2017. (29)
Ilijkov/Bulgaristan, Appl. No: 33977/96, 26/07/2001. (185, 215)
Illiya Stefanov/Bulgaristan, Appl. No: 65755/01, 22/05/2008. (96)
Ilowiecki/Polonya, Appl. No: 27504/95, 04/10/2001. (250)
Imbrioscia/İsviçre, Appl. No: 13972/88, 24/11/1993. (237)
Issa ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 31821/96, 16/11/2004. (15)
Iustin Robertino Micu/Romanya, Appl. No: 41040/11, 13/01/2015. (24, 48)
Ivan Kuzmin/Russia, Appl. No: 30271/03, 25/11/2010. (71)
İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 50541/08, 13/09/2016. (237)
İbrahimov ve diğerleri/Azerbaycan, Appl. No: 69234/11, et. al., 11/02/2016. (106)
İğdeli/Türkiye, Appl. No: 9296/95, 20/06/2002. (247)
İletmiş/Türkiye, Appl. No: 29871/96, 06/12/2005. (54)
İnan/Türkiye, Appl. No:14129/11, 04/11/2014. (261)

İpek/Türkiye, Appl. No: 25760/94, 17/02/2004. (21)
İpek ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 17019/02, 30070/02, 03/02/2009. (173)
İrfan Kalan/Türkiye, Appl. No: 73561/01, 2/10/2001. (92)
James, Wells ve Lee/Birleşik Krallık, Appl. No: 25119/09, 18/09/2012. (146)
Jarvinen/Finlandiya, Appl. No: 15/01/1998, 30408/96. (44)
Jecius/Litvanya, Appl. No: 34578/97, 31/07/2000. (107)
John Murray/Birleşik Krallık, Appl. No: 18731/91, 08/02/1996. (237)
Johnson/Birleşik Krallık, Appl. No: 22520/93, 24/10/1997. (137)
K.-F./Almanya, Appl. No: 25629/94, 27/11/1997. (82)
Kaboulov/Ukrayna, Appl. No: 41015/04, 19/11/2009. (155)
Khachukayevy/Rusya, Appl. No: 34576/08, 09/02/2016. (12)
Kadem/Malta, Appl. No: 55263/00, 09/01/2003. (249)
Kamantauskas/Litvanya, Appl. No: 45012/98, 29/02/2000. (87)
Kandzhov/Bulgaristan, Appl. No: 68294/01, 06/11/2008. (173)
Karaosmanoğlu ve Özden/Türkiye,Appl. No: 4807/08, 17/06/2014. (244)
Kasparov/Rusya, Appl. No: 53659/07, 11/11/2016. (22, 31, 48, 52)
Kemmache/Fransa (3), Appl. No: 17621/91, 24/11/1994. (84)
Kepenerov/Bulgaristan, Appl. No: 39269/98, 31/07/2003. (75)
Kerman/Türkiye, Appl. No: 15132/05, 22/11/2016. (210)
Keus/Hollanda, Appl. No: 12228/86, 25/10/1990. (154, 212)
Khachukayevy/Rusya, Appl. No: 34576/08, 09/02/2016. (12)
Khadisov ve Tsechoyev/Rusya, Appl. No: 21519/02, 17/09/2009. (71)
Kharchenko/Ukrayna, Appl. No: 40107/02, 10/02/2011. (69)
Kharin/Rusya, Appl. No: 37345/03, 03/02/2011. (127)
Khodorkovskiy/Rusya, Appl. No: 5829/04, 31/05/2011. (71, 96, 280)
Khomullo/Ukrayna, Appl. No:47593/10, 27/11/2014. (247)
Kıbrıs/Türkiye, Appl. No: 6780/74 6950/75, 10/07/1976. (34)
Kılıç ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 33162/10, 03/12/2013. (223)
Kiril Adreev/Bulgaristan, Appl. No: 79828/12, 28/01/2016. (83)
Kiril Zlatkov Kikolov/Fransa, Appl. No: 70474/11, 10/11/2016. (173)
Klaus Altmann (Barbie)/Fransa, Appl. No: 10689/83, 07/04/1984. (143)
Kleyn/Rusya, Appl. No: 44925/06, 05/01/2016. (89)

Koç ve Demir/Türkiye, Appl. No: 26793/08, 20/03/2012. (89)
Koçintar/Türkiye, Appl. No:77429/12, 01/07/2014. (266)
Kokkinakis/Yunanistan, Appl. No: 14307/88, 25/05/1993. (68)
Kolevi/Bulgaristan, Appl. No: 1108/02, 05/11/2009. (66)
Kolomenskiy/Rusya, Appl. No: 27297/07, 13/12/2016. (69)
Koniarska/Birleşik Krallık, Appl. No: 33670/96, 12/10/2000. (119, 120)
Korkmaz ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 35979/97, 21/03/2006. (158)
Kormos/Slovakya, Appl. No: 46092/06, 08/11/2011. (247)
Koster/Hollanda, Appl. No: 12843/87, 28/11/1991. (171)
Koşti ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 74321/01, 03/05/2007. (241)
Kömürcü/Türkiye, Appl. No: 2769/11, 17/02/2015. (54)
Krupko ve diğerleri/Rusya, Appl. No: 26587/07, 26/06/2014. (24)
Kudla/Polonya, Appl. No: 30210/96, 26/10/2000. (191)
Kurt/Türkiye,Appl. No: 24276/94, 25/05/1998. (21, 57)
Kushtova ve diğerleri/Rusya (2), Appl. No: 60806/08, 21/02/2017. (21)
L./İsveç, Appl. No: 10801/84, 20/01/1986. (36)
Labita/İtalya, Appl. No: 26772/95, 06/04/2000. (83, 105, 184)
Ladent/Polonya, Appl. No: 11036/03, 18/03/2008. (147, 161)
Lamy/Belçika, Appl. No: 10444/83, 30/03/1989. (160)
Lanz/Almanya, Appl. No: 24430/94, 31/01/2002. (209)
Laumont/Fransa, Appl. No: 43626/98, 08/11/2001. (69)
Lavents/Letonya,Appl. No: 58442/00, 28/11/2002. (32)
Lawless/İrlanda, (3), Appl. No: 332/57, 01/07/1961. (105, 107, 291)
Lazoroski/Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, Appl. No: 4922/04, 08/10/2009. (157)
Lebedev/Rusya (1), Appl. No: 4493/04, 25/10/2007. (238, 246)
Leonid Petrov/Rusya, Appl. No: 52783/08, 11/10/2016. (74)
Letellier/Fransa, Appl. No: 12369/86, 26/06/2001. (189, 190)
Leva/Moldova, Appl. No: 12444/05, 15/12/2009. (154)
Lietzow/Almanya, Appl. No: 24479/94, 13/02/2001. (219, 220)
Lloyd ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 29798/96, 01703/2005. (87)
Lolova-Karadzhova/Bulgaristan, Appl. No: 17835/07, 27/03/2012. (96)

Lowry/Portekiz, Appl. No: 42296/98, 06/07/1999. (155)
Luc Reinette/Fransa, Appl. No: 14009/88, 02/10/1989. (143)
Lukanov/Bulgaristan, Appl. No: 21915/93, 20/03/1997. (104)
Lutsenko/Ukrayna, Appl. No: 6492/11, 03/07/2012. (281, 282)
Lütfiye Zengin/Türkiye, Appl. No: 36443/06, 14/04/2015. (265, 277)
Lykova/Rusya, Appl. No: 68736/11, 22/12/2015. (23)
Magalhaes Pereira (2)/Portekiz, Appl. No: 15996/02, 20/12/2005. (238)
Magalhaes Pereira/Portekiz, Appl. No: 44872/98, 26/02/2002. (244)
Mahmut Öz/Türkiye, Appl. No: 6840/08, 03/07/2012. (260)
Malofeyeva/Rusya, Appl. No: 36673/04,30/05/2013. (252)
Malone/Birleşik Krallık, Appl. No: 8691/79, 02/08/1984. (67)
Mancini/İtalya, Appl. No: 44955/98, ECHR 2001-IX. (32)
Marcello Viola/İtalya, Appl. No: 45106/04, 5/1/2007. (233)
Martins O'Neill Pedrosa/Portekiz, Appl. No: 55214/15, 14/02/2017. (249)
Mc Kay/Birleşik Krallık, Appl. No: 543/03, 03/10/2006. (168)
Mc Veigh ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 8022/77 et al., 18/05/1981. (96)
Medeni Kavak/Türkiye, Appl. No: 13723/02, 03/05/2007. (259)
Medvedyev ve diğerleri/Fransa, Appl. No: 3394/03, 29/93/2010. (3, 14, 29, 172)
Medvedyev ve diğerleri/Rusya, App. No: 3394/03, 29/03/2010. (70)
Megyeri/Almanya, Appl. No: 13770/88, 12/05/1992. (219, 238)
Mehmet Çelik/Türkiye, Appl. No: 36505/10, 12/02/2012. (261)
Mehmet Emin Güne/Türkiye, Appl. No: 2013/5707, 16/04/2015. (264)
Menesheva/Rusya, Appl. No: 59261/00, 09/03/2006. (72)
Merabishvili/Gürcistan, Appl. No: 72508/13, 28/11/2017. (284)
Mergen/Türkiye, Appl. No: 44062/09, 31/05/2016. (109, 264)
Migon/Polonya, Appl. No: 24244/94, 25/06/2002. (225)
Mitev/Bulgaristan, Appl. No: 40063/98, 22/12/2004. (258)
Mitrović/Sırbistan, Appl. No: 52142/12, 21/03/2017. (15)
Moghaddas, Asalya/Türkiye, Appl. No: 46134/08, 15/02/2011. (243)
Morsink/Hollanda, Appl. No: 48865/99, 11/05/2004. (135)
Mouesca/Fransa, Appl. No: 52189/99, 18/10/2001. (92)
Mozer/Moldova ve Rusya, Appl. No: [BD], 11138/10, 23/02/2016. (15)

Mugoša/Karadağ, Appl. No: 76522/12, 21/06/2016. (69)
Murat Özdemir/Türkiye, Appl. No: 60225/11, 15/04/2014. (261)
Murray/Birleşik Krallık, Appl. No: 14310/88, 28/10/1994. (158)
Murray/Hollanda, Appl. No: 10511/10, 10/12/2013. (90)
Murray/Hollanda, Appl. No: 10511/10, 26/04/2016. (160)
Musaev/Türkiye, Appl. No: 72754/11, 21/10/2014. (268)
Musial/Polonya, Appl. No: 24557/94, 25/03/1999. (246, 250)
Mustafa Avcı/Türkiye, Appl. No: 39322/12, 23/05/2017. (265)
Müller ve diğerleri/İsviçre, Appl. No: 10737/84, 24/05/1988. (67)
N.C./İtalya, Appl. No: 24952/94, 18/12/2002. (256)
Nada/İsviçre, Appl. No: 10593/08, 12/09/2012. (23, 38, 47)
Nakach/Hollanda, Appl. No: 5379/02, 30/06/2005. (85)
Nart/Türkiye, Appl. No: 20817/04, 06/05/2008. (184)
Nasrulloyev/Rusya, Appl. No: 656/06, 11/10/2007. (68)
Navarra/Fransa, Appl. No: 13190/87, 31/11/1993. (250)
Nechiporuk ve Yonkalo/Ukrayna, Appl. No: 42310/04, 21/04/2011. (71)
Nedim Şener/Türkiye, Appl. No: 38270/11, 08/07/2014. (225)
Neumeister/Avusturya, Appl. No: 1936/63, 27/06/1968. (190)
Nielsen/Danimarka, Appl. No: 10929/84, 28/11/1988. (120)
Nikolov/Bulgaristan, Appl. No: 38884/97, 30/01/2003. (87, 181)
Nikolova/Bulgaristan, Appl. No: 31195/96, 25/03/1999. (32, 168, 219, 241, 242)
Nikolova/Bulgaristan (2), Appl. No: 40896/98, 30/09/2004. (28, 32)
Ninescu/Moldova, Appl. No: 47306/07, 15/07/2014. (32)
Novotka/Slovakya, Appl. No: 47244/99, 04/11/2003. (44)
Nowicka/Polonya, Appl. No: 30218/96, 02/12/2002. (93)
Nuray Şen/Türkiye, Appl. No: 25354/94, 30/03/2004. (300)
O. H./Almanya, Appl. No: 4646/08, 24/11/2011. (135)
O. ve S./Çek Cumhuriyeti, Appl. No: 21377/02, 14/02/2006. (120)
O'Hara/Birleşik Krallık, Appl. No: 37555/97, 16/10/2001. (111)
Olsson/İsveç, Appl. No: 10465/83, 24/03/1988. (67, 68)
Oravic/Hırvatistan, Appl. No: 51249/11, 11/07/2017. (220)
Orhan/Türkiye, Appl. No: 25656/94, 18/06/2002. (275)

Orlov ve diğerleri/Rusya, Appl. No: 5632/10, 14/03/2017. (20)
Ortsuyeva ve diğerleri/Rusya, Appl. No: 3340/08 24689/10, 22/11/2016. (21, 29)
Osmanovic/Hırvatistan, Appl. No: 67604/10, 06/11/2012. (195)
Ostendorf/Almanya, Appl. No: 15598/08, 07/03/2013. (28, 43, 96)
Osypenko/Ukrayna, Appl. No: 4634/04, 09/11/2010. (23, 48, 96)
Othman (Ab Qatada)/Birleşik Krallık, Appl. No: 8139/09, 17/01/2012. (17)
Ovakimyan/Rusya, Appl. No: 27297/07, 13/12/2016. (24)
Öcalan/Türkiye, Appl. No: 46221/99, 12/05/2005. (13, 29, 57, 139, 143)
Ömer Yıldız/Türkiye, Appl. No: 48448/11, 01/10/2013. (261)
Özçelik/Hollanda, Appl. No: 69810/12, 28/06/2016. (207)
Öztekin ve Yıldız/Türkiye, Appl. No: 26300/10, 17/03/2015. (261)
Paksoy/Türkiye, Appl. No: 3758/16, 16/01/2016. (35)
Pankiewicz/Polonya, Appl. No: 34151/04, 12/02/2008. (135)
Pantea/Romanya, Appl. No: 33343/96, 03/06/2003. (247)
Paradis/Almanya, Appl. No: 4065/04, 04/09/2007. (93)
Parlanti/Almanya, Appl. No: 45097/04, 26/05/2005. (161)
Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/Türkiye, Appl. No: 38337/12, 16/05/2017. (81, 263)
Paşaoğlu/Türkiye, Appl. No: 8932/03, 08/07/2008. (54)
Patsuria/Gürcistan, Appl. No: 30779/04, 06/11/2007. (195)
Pesa/Hırvatistan, Appl. No: 40523/08, 08/04/2010. (250)
Petkov ve Profirov/Bulgaristan, Appl. No: 50027/08, 24/06/2014. (248)
Petukhova/Rusya, Appl. No: 28796/07, 02/05/2013. (93, 94, 131)
Pezone/İtalya, Appl. No: 42098/98, 18/12/2003. (84)
Pichugin/Rusya, Appl. No: 38623/03, 23/10/2002. (231)
Plesó/Macaristan, Appl. No: 41242/08, 03/11/2012. (61)
Poninski/Polonya, Appl. No: 28046/95, 10/02/2000. (36)
Popoviciu/Romanya, Appl. No: 52942/09, 01/03/2016. (24, 76)
R. L. ve M.- J.D./Fransa, Appl. No: 44568/98, 19/05/2004. (103)
Radu/Almanya, Appl. No: 20084/07, 16/05/2003. (91)
Raimondo/İtalya, Appl. No: 12954/87, 22/02/1994. (33)
Rakevich/Rusya, Appl. No: 58973/00, 28/10/2003. (208)
Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, Appl. No: 25965/04, 07/01/2010. (20, 23, 28, 45, 56)

Rasul Jafarov/Azerbaycan, Appl. No: 69981/14, 17/03/2016. (284)
Rehbock/Slovenya, Appl. No: 29462/95, 28/11/2000. (243, 246, 257)
Reinprecht/Avusturya, Appl. No: 67175/01, 15/11/2005. (207, 219)
Reyntjens/Belçika, Appl. No: 16810/90, 09/09/1992. (96)
Riera Blume ve diğerleri/İspanya, Appl. No: 37680/97, 14/10/1999. (26)
Ringreisen/Avusturya, Appl. No: 2614/65, 16/0/1971. (176)
RuslanYakovenko/Ukrayna, Appl. No: 5425/11, 04/06/2015. (90)
Rusu/Romanya, Appl. No: 25721/04, 08/03/2016. (158)
Rutten/Hollanda, Appl. No: 32605/96, 24/07/2001. (209)
S. R./Hollanda, Appl. No: 13837/07, 18/12/2012. (132)
S./Almanya, Appl. No: 3300/10, 28/06/2012. (127)
Saadi/Birleşik Krallık, Appl. No: 131229/03, 29/01/2008. (138, 139, 147, 154, 157, 162)
Saadi/İtalya, Appl. No: 37201/06, 28/02/2008. (71)
Sabeur Ben Ali/Malta, Appl. No:35892/97, 29/06/2000. (251, 252)
Sadak/Türkiye, Appl. No: 25142/94 27099/95, 08/04/2004. (292)
Sakhnovskiy/Rusya, Appl. No: 21272/03, 02/11/2010. (234)
Sakık ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 23878/94, 26/11/1997. (208, 219, 257, 292)
Salabiaku/Fransa, Appl. No: 10519/83, 07/11/1988. (102)
Saraçoğlu ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 4489/02, 29/11/2007. (259)
Sarı ve Çolak/Türkiye, Appl. No: 42596/98 42603/98, 04/04/2006. (164)
Sarigiannis/İtalya, Appl. No: 14569/05, 05/04/2011. (96)
Savca/Moldova, Appl. No: 17963/08, 15/03/2016. (78)
Schiesser/Isviçre, Appl. No: 7710/76, 04/12/1979. (105)
Schöps/Almanya, Appl. No: 25116/94, 13/02/2001. (220)
Scott/İspanya, Appl. No: 21335/93, 18/12/1996, 74. (199)
Sevgin ve İnce/Türkiye,Appl. No: 46262/99, 20/09/2005. (257)
Sevim/Türkiye, Appl. No: 7540/07, 05/01/2010. (231)
Shamayev ve diğerleri/Gürcistan ve Rusya, Appl. No: 36378/02, 12/04/2005. (154, 157, 158, 161)
Shamsa/Bulgaristan, Appl. No: 45355/99 45357/99, 27/11/2003. (75)
Shcherbina/Rusya, Appl. No: 41970/11, 26/06/2014. (246)
Shilyayev/Rusya, Appl. No: 9647/02, 06/10/2005. (258)

Shimovolos/Rusya, Appl. No: 30194/09, 21/06/2011. (24, 44)
Shtukaturov/Rusya, Appl. No: 44009/05, 27/03/2008. (49)
Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 5947/72, 25/03/1983. (67)
Simons/Belçika, Appl. No: 71407/10, 28/08/2012. (70)
SinanTanrıkulu ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 50086/99, 03/05/2007. (158, 259)
Singh/Birleşik Krallık, Appl. No: 23389/94, 21/02/1996. (247)
Smatana ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Appl. No: 18642/04, 27.09.2007. (247, 252)
Smirnova/Rusya, Appl. No: 46133/99 48183/99. (190)
Smolik/Ukrayna, Appl. No: 11778/05, 19/01/2012. (71)
Soering/Birleşik Krallık, Appl. No: 14038/88, 07/07/1989. (142)
Solmaz/Türkiye, Appl. No: 27561/02, 16/01/2007. (178)
Somogyi/Macaristan,Appl. No: 5770/05, 11/01/2011. (257)
Soysal/Türkiye, Appl. No: 50091/99, 03/07/2007. (158)
Sporrong ve Lönnroth/İsveç, Appl. No: 7151/75 ve 7151/75, 08/10/1980 tarihli Komisyon raporu. (280)
Stanev/Bulgaristan, Appl. No: 36760/06, 17/01/2012. (208)
Starokadomskiy/Rusya, Appl. No: 42239/02, 31/07/2008. (252)
Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 23/09/1998. (67, 68)
Stephens/Malta (1), Appl. No: 11956/07, 21/04/2009. (16)
Stephens/Malta (2), Appl. No: 33740/06, 21/04/2009. (252)
Stepuleac/Moldova, Appl. No: 8207/06, 06/11/2007. (108)
Stocke/Almanya, Komisyon Raporu, 11755/85, 12.10.1989. (143)
Stoichkov/Bulgaristan, Appl. No: 9808/02, 24/03/2005. (90)
Storck/Almanya, Appl. No: 61603/00, 16/06/2005. (18, 20, 24, 47, 49)
Stögmüller/Avusturya,Appl. No: 1602/62, 10/11/1969. (188, 190)
Sunday Times/Birleşik Krallık,Appl. No: 6538/74, 26/04/1979. (67)
Suominen/Finlandiya, Appl. No: 37801/97, 01/07/2003. (186)
Süheyla Aydın/Türkiye, Appl. No: 25660/94, 24/05/2005. (72)
SvetoslavDimitrov/Bulgaristan, Appl. No: 55861/00, 07/02/2008. (207, 256)
Svipsta/Letonya, Appl. No: 66820/01, 09/03/2006. (68, 220)
Szeloch/Polonya, Appl. No: 33079/96, 22/02/2001. (189)
Şahin Çağdaş/Türkiye, Appl. No: 28137/02, 11/04/2006. (256)

Şakar/Türkiye, Appl. No: 38062/08, 20/10/2015. (261)
Şaman/Türkiye, Appl. No: 35292/05, 05/04/2011. (161)
Şayık ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 1966/07, 08/12/2009. (231)
Şekerci/Türkiye, Appl. No: 9961/08, 01/07/2014. (261)
Şevk/Türkiye, Appl. No: 4528/02, 11/04/2006. (247, 249)
Şık/Türkiye, Appl. No: 53413/11, 08/07/2014. (225, 226)
Talat Tepe/Türkiye, Appl. No: 31247/96, 1/12/2004. (85)
Tanışma/Türkiye, Appl. No: 32219/05, 17/11/2015. (210, 213)
Tase/Romanya, Appl. No: 29761/02, 10/06/2008. (176)
Tchankotadze/Gürcistan, Appl. No: 15256/05, 21/06/2016. (69)
Tengilimoğu ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 26938/08, 05/06/2012. (89)
Timurtaş/Türkiye, Appl. No: 23531/94, 13/06/2000. (21)
Tkacik/Slovakya, Appl. No:42472/98, 14/10/2003. (82)
Toniolo/San Marino ve İtalya, Appl. No: 44853/10, 26/06/2012. (16)
Toth/Avusturya, Appl. No: 11894/85, 12/12/1991. (200, 209, 220)
Toth/Hırvatistan, Appl. No: 49635/10, 06/11/2011. (27)
Trijonis/Litvanya, Appl. No: 2333/02, 15/12/2005. (33)
Trutko/Rusya, Appl. No: 40979/04, 06/12/2016. (95)
Ţurcan ve Ţurcan Moldova, Appl. No: 39835/05, 23/10/2007. (195)
Tutal ve diğerleri/Türkiye, Appl. No: 11929/12, 28/01/2014. (261)
Tymoshenko/Ukrayna, Appl. No:49872/11, 30/04/2013. (191, 256)
Tymshenko/Ukrayna, Appl. No: 29872/11, 30/04/2013. (281)
Uğur/Türkiye, Appl. No: 37308/05, 13/01/2015. (71, 115, 275)
Urfi Çetinkaya/Türkiye, Appl. No: 19866/04, 23/07/2013. (27)
Vachev/Bulgaristan, Appl. No: 42987/98, 08/07/2004. (32)
Valerian Dragomir/Romanya, Appl. No: 51012/11, 16/09/2014. (24)
Van der Leer/Hollanda, Appl. No: 11509/85, 21/02/1990.(48, 153)
Van Drogenbroeck/Belçika,Appl. No: 7906/77, 24/07/1982. (91)
Vanchev/Bulgaristan, Appl. No: 60873/09, 19/10/2017. (12)
Varbanov/Bulgaristan, Appl. No: 31365/96, 05/10/2000. (132)
Vasileva/Danimarka, Appl. No: 52792/99, 25/09/2003. (96, 147)
Vasiliciuc/Moldova, Appl. No: 15944/11, 02/05/2017. (192)

Vayiç/Türkiye, Appl. No: 18078/02, 20/06/2006. (200)
Vedat Doğru/Türkiye, Appl. No: 2469/10, 05/04/2016. (89, 258)
Veermäe/Finlandiya, Appl. No: 38704/03, 15/03/2005. (18)
Velinov/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, Appl. No: 16880/08, 19/09/2013. (93)
Venskutė/Litvanya, Appl. No: 10645/08, 11/12/2012. (23, 48)
Verbanov/Bulgaristan, Appl. No: 31365/96, 05/10/2000. (66, 132)
Vinter ve diğerleri/Birleşik Krallık, Appl. No: 66069/09, 09/07/2013. (39)
W./İsviçre, Appl. No: 14379/88, 26/01/1993. (184, 189)
Waite/Birleşik Krallık, Appl. No: 53236/99, 10/12/2002. (207)
Wassink/Hollanda, Appl. No: 12535/86, 27/09/1990. (253, 256, 257)
Weeks/Birleşik Krallık, Appl. No: 9787/82, 02/03/1987. (11, 39, 210, 218, 219, 242)
Wemhoff/Almanya, Appl. No: 2122/64, 27/06/1968. (91, 176, 177, 178, 199)
Winterwerp/Hollanda, Appl. No: 6301/73, 24/10/1999. (85, 132)
Witold Litwa/Polonya, Appl. No: 26629/95, 04/04/2000. (128)
X/Almanya, Appl. No: 8819/79, 19/03/1981. (49)
X/Almanya, Appl. No:6724/74, 10/12/1975. (256)
X/Almanya, Appl. No: 6859/74, 10/12/1975. (93)
X/Almanya, Appl. No: 9704/82, 16/12/1982. (141)
X/Avusturya, Appl. No: 8278/78, 12/12/1979. (49, 93)
X/Birleşik Krallık, Appl. No: 215/755. (154)
X/Birleşik Krallık, Appl. No: 6998/75, 14/05/1977. (162)
X/Birleşik Krallık,Appl. No: 4741/71, 02/04/1973. (154)
X/BirleşikKrallık,Appl. No: 7215/75, 05/11/1981. (206, 210)
X/Birleşik Krallık, Appl. No: 8083/77, 13/03/1980. (103)
X/Danimarka, Appl. No: 8828/79, 05/10/1982. (164)
X/Danimarka, Appl. No: 8828/79, 05/10/1982. (162)
X ve Y/İsveç, Appl. No: 7376/76, 07/10/1976. (45)
X/İsviçre, Appl. No: 8500/79, 14/12/1979. (119, 122)
X/İsviçre, Appl. No: 9012/80, 09/12/1990. (141)
Yağcı ve Sargın/Türkiye, Appl. No: 16419/90, 08/06/1995. (190, 198)
Yakışan/Türkiye, Appl. No: 11339/03, 06/03/2007. (312)

Yarashonen/Türkiye, Appl. No: 72710/11, 24/06/2014. (243, 268)
Yavuz Selim Güler/Türkiye, Appl. No: 76476/12, 15/1272015. (89)
Yefimenko/Rusya, Appl. No: 152/04, 12/02/2013. (89)
Yıldız/Türkiye, Appl. No: 42745/09, 11/10/2016. (261)
Yılmaz/Türkiye, Appl. No: 21806/08, 14/03/2017. (261)
Yoh-Ekale Mwanje/Belçika, Appl. No: 10486/10, 2011. (140)
Yunanistan/Birleşik Krallık, Komisyon Raporu, 26/09/1958. (291)
Yurttaş/Türkiye, Appl. No: 25143 27098/95, 27/05/2004. (292)
Yücel/Türkiye, Appl. No: 17869/10, 27/9/2016. (261)
Z. A./Rusya, Appl. No:61411/15 61420/15 61427/15 3028/16, 28/03/2017. (29)
Z. H./Macaristan, Appl. No: 28973/11, 08/11/2012. (160)
Z. N. S./Türkiye, Appl. No: 21896/08, 19/01/2010. (251)
Zagaria/İtalya, Appl. No: 58295/00, 27/11/2007. (234)
Zand/Avusturya, Appl. No:7360/76, 16/05/1977. (62)
Zayidov/Azerbaycan, Appl. No: 11948/08, 20/02/2014. (195)
Zeynep Avcı/Türkiye, Appl. No: 37021/97, 06/02/2003. (81)
Zilli ve Bonardo/İtalya, Appl. No:40143/98, 18/02/2004. (56)
Zubor/Slovakya, Appl. No:7711/06/06, 06/12/2011. (251, 252)

Bu proje Avrupa Birliği ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından birlikte finanse edilmektedir.

COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen ***Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi*** kapsamında hazırlanarak basılmıştır.
Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

www.coe.int/tr/web/ankara

www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru

PAYDAŞ KURUMLAR

- Yargıtay
- Danıştay
- Adalet Bakanlığı
- Hâkimler ve Savcılar Kurulu
- Türkiye Barolar Birliği
- Türkiye Adalet Akademisi