

Kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı

Avrupa
İnsan Hakları Sözleşmesinin
5. Maddesinin
uygulanmasına ilişkin
kılavuz

Monica Macovei

İnsan hakları kitapçıkları, No. 5

“İnsan hakları kitapçıkları” serisinden daha önce basılan kitaplar:

Kitapçık No. 1: Özel hayatın ve aile hayatının korunması. Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesinin 8. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Kitapçık No. 2: **İfade özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Kitapçık No. 3: **Âdil yargılanma hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Kitapçık No. 4: **Mülkiyet hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No.lu Ek Protokolünün 1. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Bu yayında belirtilen görüşler yazara ait olup bu görüşlerden ötürü Avrupa Konseyi sorumlu tutulamaz. Bu görüşlerin, bu yayında dile getirilen hukukî enstrümanlar üzerinde ve üye devletleri, Avrupa Konseyi'nin yasal organlarını ya da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde kurulmuş diğer organları bağlayıcı resmî yorumlar içerdiği varsayılmaz.

Directorate General of Human Rights
Council of Europe
F-67075 Strasbourg Cedex

© Council of Europe, 2002
Digital imagery © 2002 Photodisc/Getty Images
Birinci baskı, Mart 2002

Almanya'da basılmıştır

İçindekiler

Sözleşme Ne Diyor:8

I. Bölüm: özgürlük karînesi; hukuka uygunluk şartı; alıkoyma kavramı.....13

1. Özgürlük karînesi..... 13
2. Alıkoyma halinin hukuka uygunluğu..... 14
 - Ulusal Hukuka Resmen Uygunluk 15
 - Hukukî zeminin muhafaza edilmesinin önemi 17
 - İç hukuk uygulamalarına yanlış yönelimle itibar edilmesi 18
 - Sözleşmeye uyum. Sözleşmenin hukuka uygunluk anlayışı 20
 - Sözleşme hükümlerine uymamak 21
 - Yetkinin keyfî kullanımı 22
 - Erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve diğer teminatlar 25
3. Özgürlükten mahrumiyete neler yol açar?..... 30
 - “Yakalama” ve “alıkoyma” 30
 - Alıkoyulma halinin mevcut olduğunu kanıtlayan unsurlar..... 30

Hapsin özellikleri	31
Uygulamadan etkilenen kişinin statüsü	33
Özel kişilerin fiilleri	35
Deniz aşırı fiiller	36

II. Bölüm: Cezaî sürecin bir parçası olarak özgürlükten mahrumiyet.....39

1. Genel görüşler	39
2. Suç işlediğinden şüphelenilen kişiler	40
Yetkili yasal mercilere ibraz	41
Makul şüphe	45
Yargılama öncesi alıkoyma ihtiyacı	48
Yargılanma öncesi kişiyi alıkoyma gerekçeleri	50
<i>Kişinin Kaçması Riski</i>	51
Yargı sürecine müdahale riski	55
Suçu önleme ihtiyacı	57
Kamu düzenini koruma ihtiyacı	59
Kefaletle ilişkin şartlar	60
Yargılama öncesi alıkoyma süresinin uzunluğu	62
3. Hüküm giymiş suçlular	67

4. Kişinin İadesi	71
-------------------------	----

III. Bölüm: Diğer özgürlükten mahrumiyet gerekçeleri75

1. Mahkeme emri ve kanunen tanımlanan yükümlülük.....	75
2. Küçüklerin alıkoyulması	77
3. Akıl dengesi yerinde olmayan, alkolik, uyuşturucu bağımlısı, serseri kişilerin alıkoyulması ya da bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla alıkoyma	79

IV. Bölüm: Yakalanma sebebinin anında kişiye bildirilmesi görevi

görevi	84
---------------------	-----------

1. Açıklama yapma görevi ne zaman ortaya çıkar	84
2. Açıklamanın özellikleri	85
3. Açıklamanın anlaşılabilirliği	87
4. Zamanlama	88

V. Bölüm: Alıkonulan kişilerin, makul bir süre içinde en kısa sürede bir yargı yetkilisi huzuruna ve mahkeme önüne getirilmesi ya da salıverilmesi görevi.....90

1. Yetkili yasal merciin özellikleri90
2. Yetkili yasal merciin görevi93
3. Yargı gözetiminde zamanlama95
4. Acil Durumlar100
5. Yargı gözetiminin devam etmesi103

VI. Bölüm: Alıkoyma uygulamasının yasallığına itiraz....105

1. Mahkemeye çıkma ihtiyacı.....105
2. Bizzat mahkemeye çıkarılmak.....107
3. Hukukî yardım, nizalı dava ve silâhların eşitliği imkânlarına erişim107
4. Yasallığın tespiti.....110
5. Kararların süratle alınması gerekir112
6. Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafıyla Bağlantı.....115

VII. Bölüm: Tazminat117

Sözleşme Ne Diyor:

Sözleşmenin 5. Maddesi: özgürlük ve güvenlik hakkı

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

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

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

sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;

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

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

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir

alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması;

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

- 2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.*
- 3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul*

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

- 4. Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*
- 5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.*

4 Numaralı Protokolün 1. Maddesi

Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesiyle özgürlüğünden mahrum edilemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesi, bireyin insan haklarının korunmasına ilişkin önemli bir hususa işaret etmektedir. Kişisel özgürlük, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel koşuldur. Kişisel özgürlükten mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkından, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilecek bir şeydir. Ayrıca, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet, söz konusu kişiyi son derece hassas bir konuma düşürerek işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakacaktır. Hâkimler, özgürlük teminatının anlamlı olabilmesi için, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin istisnâî, objektif gerekçesi olan ve mutlak surette gerekenden daha

uzun süreli olmaması gerektiğini her zaman hatırd tutmalıdır.

“Özgürlük ve güvenlik hakkı” benzersiz bir haktır ve bu ifade bir bütün olarak değerlendirilmelidir. “Kişinin güvenliği” fiziksel özgürlük bağlamında algılanmalı ve farklı çerçevelerde değerlendirilmemelidir (meselâ, devletin kişiyi diğer kişilerin saldırılarından koruma görevi ya da sosyal güvenlik hakkı gibi). “Kişinin güvenliği” teminatı, Strazburg’daki mercilerin 5. Madde çerçevesinde özgürlük hakkı hükmüne yorum ve açıklık getirirken geliştirdikleri bir şartı vurgulamaya yöneliktir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkının önemini pek çok davada vurgulamıştır. Örneğin, *Kurt-Türkiye*¹ davasında Mahkeme şu kararı vermiştir:

...Sözleşmeyi kaleme alanlar, özgürlükten mahrumiyet kararının bağımsız yargı

¹ *Kurt-Türkiye* davası, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, 123. paragraf

denetimine tâbi tutulması ve bu kararı veren mercilerin sorumlu kılınması vasıtasıyla, özgürlükten mahrumiyet kararlarının keyfî bir hüviyet taşıması riskini asgarî seviyeye indirebilmeye yönelik bazı temel hakların teminat altına alınması yoluyla, kişinin keyfî bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesine karşı korunmasını vurgulamışlardır. [...] Gerekli olan, yalnızca kişilerin fiziksel özgürlüklerinin korunması değil, aynı zamanda, bu tür teminatların bulunmadığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin tahrip edilebileceği ve alıkonulan kişilerin en temel hukukî koruma yöntemlerine erişemeyeceği bir konuma düşebileceği hallerde kişisel güvenliklerinin de korunmasıdır.

5. Madde hükümlerinde öngörülen şartlara geçerlilik kazandırma çabalarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu karar metninin yorumlanması hayatî önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları

Sözleşmesinin bütün maddelerinde olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 5. Maddenin tüm hükümlerini belli bir niyetle ve dinamik bir şekilde yorumlamış ve hangi hükümlerin dikkate alınması gerektiğini belirlerken kaçınılmaz olarak bir hükmü Sözleşme metninin kelime anlamının ötesine taşıyarak değerlendirmiştir. Bu tür pek çok Sözleşme hükmüne Mahkeme tarafından özerk bir anlam kazandırılmıştır. Bu maksatlı yorumlar, 5. Madde ve diğer hükümlerinin öngördüğü şartları belirlemede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin esası ve maksadına ulaşma doğrultusunda gerçekleştirilir. Bu yaklaşım, antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallara uygun olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin anayasal ruhunu da yansıtmaktadır. Dolayısıyla, 5. Madde hükümlerinin getirdiği kısıtlamaları dar anlamda değerlendirilecek kısıtlamalar olarak görmek uygun olmayacaktır. Sözleşmenin amacı kişilerin gerçek haklarını güvence altına almaktır; bu da, bu hakların müstakil haklar olması ve yalnızca resmî bir teminatla iktifa edilemeyecek haklar

olması gerektiği anlamına gelmektedir. Netice itibarıyla, özgürlük hakkına getirilecek kısıtlamalar, istisnâ olarak değerlendirilmeli ve yalnızca kısıtlamayla ilgili ikna edici bir gerekçe olduğunda bu kısıtlamalara müsaade edilmelidir. Bu kısıtlamalar, kamu mercilerinin öngördüğü herhangi bir düzenlemenin uygun olduğu varsayımından hareketle uygulamaya konulamaz. Sözleşme hükümlerinin dinamik bir şekilde yorumlanması, daha önceden yorumlanmış bir hükmün değişen şartlar çerçevesinde yeniden yorumlanmasına istekli olmayı da gerektirir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hukukî metinleri yorumlamasının önemi göz ardı edilemez. 5. Madde hükümlerine (ve tüm Sözleşme hükümlerine) tam olarak riayet edilebilmesi için hâkimlerin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dinamik içtihatlarını da dikkate alması gerekir.

Kitapçıkta bundan sonraki bölümlerde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinde yer alan temel ilke ve kurallara, Strazburg'da bulunan Mahkemenin somut

durumlarda bu ilke ve kuralları yorumlama ve uygulaması çerçevesinde değinilmektedir.

I. Bölüm: özgürlük karînesi; hukuka uygunluk şartı; alıkoyma kavramı

1. Özgürlük karînesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesi 1. Paragrafında, herkesin özgürlük hakkından istifade etmesi gerektiği ve dolayısıyla, kişinin bu hakkından yalnızca istisnaî durumlarda mahrum edilebileceği karînesi yer almaktadır. Bu paragraf, bu hakkın koşulsuz şartsız ve kesin bir şekilde ortaya konmasıyla başlamaktadır: “herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır”. Paragrafta daha sonra şu ifade yer almaktadır: “Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz”.

Ayrıca, özgürlük karînesi, özgürlüğün mutlak surette gerekenden daha uzun süre kaybının söz konusu olamayacağı ve bu tür bir kaybın gerekçesi olmaması halinde de tazmin edilebilmesinin teminat altına alınması yoluyla, 5. Maddede dile getirilen kesin şartla vurgulanmaktadır. İlk husus, paragrafta yer alan şu cümlede net bir şekilde ortaya konmaktadır: “suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan kişiler makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahiptirler”. İkinci husus da aynı madde içinde şu şekilde tanımlanmaktadır: Özgürlüğünden mahrum edilen herkes, “özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir”. Dolayısıyla, bir kişiyi özgürlüğünden mahrum eden merci, hem bu mahrumiyet kararının 5. Madde hükümleri çerçevesinde sağlanan yetkiye dayanılarak verildiğini hem de mahrumiyet kararının uygulandığı durumun yine bu madde

hükümlerinde belirlenen bir durum olduğunu ispat etmekle yükümlü kılınmıştır.

Söz konusu ispat yükü, özgürlük mahrumiyetine yol açabilecek şekilde bu yetkiyi kullanacak merciler açısından bir öz-eleştiri gerektirmekte ve bu yetkinin kullanılması halinde de 5. Maddede öngörülen sınırlara her zaman uyulmasını sağlamaktadır. Ancak, böyle bir öz-değerlendirmenin hem gerçekleştirilmesi hem de geçerli olması, hâkimlerin, 5. Maddenin 3. ve 4. Paragraflarında kendilerine atfedilen önemli gözetim işlevini yerine getirirken şüpheli bir yaklaşım benimsemelerine önemli ölçüde bağlıdır. Her durumda, özgürlükten mahrumiyet kararı söz konusu olduğunda bir hâkimin, bu durumdan etkilenen kişinin aslen özgür olması gereğinden hareket etmesi esastır. Böyle bir varsayımdan hareketle, hâkimin yalnızca kişinin özgürlüğünden mahrum edilme gerekçelerini tespit etmesi değil, aynı zamanda bu gerekçelerin mahrumiyet tedbiri doğurup doğurmadığını da belirlemek üzere bu gerekçeleri yakından incelemesi gerekir.

Bunların yapılmaması, hukukun üstünlüğü ilkesinin terk edilerek keyfî uygulamaya teslim olunması anlamına gelir.

Bu istikamette olduğu belirlenen herhangi bir temayülün kabul edilemez olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Mansur-Türkiye*² davasında, kişinin devam eden alıkoyulma halinin haklı bulunmadığı doğrultusunda vardığı kararda ortaya konmaktadır: bu davada ulusal mahkeme müteaddit olarak, genellikle detaylandırılmadan aynı ifadeler, hatta aynı kalıplar kullanarak kişinin alıkoyulma halinin devamı doğrultusunda karar vermiştir. Bu tür bir yaklaşımla hâkim adeta, kolluk kuvvetlerinin kararını onaylamış; (ve) bağımsız ve eleştirel bir karar verememiştir. Bu tavır, hiçbir zaman özgürlükten mahrumiyet kararının bir gerekçeye dayanması esasına uygun olamaz.

2. Alıkoyma halinin hukuka uygunluğu

² 8 Haziran 1995.

5. Madde 1. Paragrafta, özgürlükten mahrumiyetin “yasada belirlenen yollara (usule) uygun” olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, özgürlükten mahrumiyete hangi şartlarda izin verildiğinin belirtildiği diğer tüm alt paragraflarda bu tedbirin “usulüne (hukuka) uygun” olması gerektiğine işaret edilmektedir. Hukuka uygunluk şartı, hem usul hem de esasa yönelik olarak yorumlanmıştır. Ayrıca, hukuka uygunluk, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin ulusal hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olması ve keyfî olmaması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır.

Ulusal Hukuka Şeklen Uygunluk

Bir kişi özgürlüğünden mahrum edilmişse, elbette, öncelikle ilgili ulusal kanunun gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek esastır. Bu tespit, temel bir usule uygun

davranılıp davranılmadığının ya da alınan tedbire ilişkin yasada bir hüküm bulunup bulunmadığının belirlenmesi için gerçekleştirilebilir. İkinci husus, belli bir yasa hükmünün kapsamını yorumlamak anlamına geldiği kadar, böyle bir hükmün uygulandığı durumun fiilen mevcut olduğunun kanıtlanması da demek olabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, bu işlemlerin gerçekleştirilmediği ve dolayısıyla, mesnedin oluşmadığına dair çok sayıda kararı bulunmaktadır³. Örneğin, *Van der Leer-Holland*⁴ davasında, bir kadın bir psikiyatri hastanesine kapatılmış, ancak bu emri veren hâkim, kadının karardan önce ifadesinin

³ Her ne kadar bir kanunun yorumlanması ve uygulanmasının ilke olarak bir Devletin yetkili merciinin – özellikle de mahkemelerinin – yetkisinde olduğunu kabul etse de AİHM, bu kanuna uyulup uyulmadığının tespitine dair yetkisi saklı tutar; aşağıda belirtilen bazı davalarda, Mahkeme ulusal mercilerin kararlarından farklı kararlar vermiştir.

⁴ 21 Şubat 1990.

dinlenmesine ilişkin yasal şartı yerine getirmemiştir. Hatta, AİHM'nin de işaret ettiği şekilde hâkim, bu kadını tedavi eden psikiyatrin kadının hâkim huzuruna çıkmasının maksadına ters düşmeyeceği ya da tıbben sakınca oluşturmayacağı şeklindeki kanaatinden neden farklı davrandığını açıklama gereği bile hissetmemiştir. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması bakımından, kadının hastaneye kapatılma gerekçelerinin 5. Madde hükümlerinde yer alan mahrumiyet gerekçelerine uygun ve uyumlu olabileceğini ileri sürmek mümkün değildir; kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeden önce yerine getirilmesi gereken usule ilişkin bir şartın dikkate alınmadığı durumlarda, yakalama ya da alıkoyma halini uygun telâkki etmemek gerekir.

Eski bir Bulgaristan başbakanının bazı kamu fonlarını geliştirmekte olan ülkelere aktarmış olması sebebiyle özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin ulusal mahkeme kararının

görüldüğü *Lukanov-Bulgaristan*⁵ davasında da benzer bir durum söz konusudur. Her ne kadar bir cürümden ötürü verilen bir özgürlükten mahrumiyet kararının Sözleşmeyle bağdaşma ihtimali bulursa da bu davada, özgürlükten mahrumiyet tedbirine yol açan fiilin bir cürüm olduğu, hatta aslen hukuka aykırı bir fiil olduğu bile kanıtlanamamıştır. Dolayısıyla, başvuru sahibinin bu tartışmalı fiili, Bulgaristan kanunlarına göre kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesi için bir mesnet teşkil etmemektedir. Ayrıca, her ne kadar bu tür bağışlar yoluyla kişinin kendisi için bir avantaj sağlamasının suç oluşturma ihtimali bulursa da (ki böyle görünmüyor), başbakanın böyle bir avantaj peşinde olduğunu gösteren makul bir şüphenin varlığına işaret eden hiçbir bilgi ya da kanıt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, başbakanın özgürlüğünden mahrum edilmesinin hiçbir hukukî dayanağı yoktur ve bu durum kesinlikle 5. Maddenin ihlâlidir.

⁵ 20 Mart 1997.

Benzer bir durum, silâh satışlarıyla ilgili bir protesto gösterisi esnasında broşür ve pankart bulundurmak sebebiyle tutuklanan kişilerce açılan *Steel-Birleşik Krallık*⁶ davasında başvuru sahiplerinin bir kısmı için de söz konusudur. Her ne kadar asayiş ihlâli tespit edildiğinde kişiyi yakalama yetkisi bulunsa da, başvuru sahiplerinin davranışları polis in böyle bir gelişmeden endişelenmelerine yol açacak haklı bir sebep teşkil etmemektedir; bu kişilerin konferansa katılmak isteyenleri ciddî bir biçimde engelledikleri, engellemeye çalıştıkları ya da insanları şiddete yöneltebilecek herhangi bir provokasyona başvurduklarına dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır. AİHM, başvuru sahiplerinin asayiş i ihlâl ettikleri gerekçesiyle yakalanmaları ve sonra da alıkoyulmalarının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷

⁶ 23 Eylül 1998.

⁷ Bkz. *Raninen-Finlandiya* davası, 16 Aralık 1997. Bu davada kamu hizmetini yerine getirmeyi reddeden bir kişi tutuklanmıştır. Ancak kendisine daha önceden kamu

Hukukî zeminin muhafaza edilmesinin önemi

Herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasında hukukî zemin, bu mahrumiyet devam ettiği sürece muhafaza edilmelidir. Pek çok kez, ilk başta hukuka uygun olmakla birlikte, özgürlükten mahrumiyet uygulamasında hukukî zeminin bir süre sonra ortadan kalkmış olması sebebiyle ihlâller tespit edilmiştir. Örneğin, *Quinn-Fransa*⁸ davasında, daha önce tamamen Fransız kanunlarına uygun olarak alıkoyulmuş olan bir kişi için mahkeme tahliye kararı vermiştir. Ancak, mahkemenin bu kararından on bir saat kadar sonra başvuru sahibinin alıkoyulma hali hâlâ devam etmiş ve kendisine ne mahkeme kararı bildirilmiş, ne de kararın infazıyla ilgili herhangi bir harekete geçilmiştir. Öyle

hizmetini yerine getirmeyi reddinde ısrar edip etmediğinin sorulmaması, Finlandiya kanunlarına aykırıdır.

⁸ 22 Mart 1995.

anlaşıyor ki bu süre zarfında savcılık, mahkemenin tahliye kararının uygulanmasından kaçınmaya yol açacak şekilde, söz konusu kişinin başka bir ülkeye iade edilmesiyle ilgili işlemlerle uğraşmıştır. AİHM, böyle bir mahkeme kararına uyulmasında bir miktar gecikme olabileceğine işaret etmiş, ancak yine de bu davada söz konusu olan gecikmenin 5. Maddede öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi anlamına geldiği karara varmıştır.

Labita-İtalya davasında, başvuru sahibinin hapisshaneden tahliyesinde yaşanan 10 saatlik gecikmenin, kişiyi alıkoymaya yönelik başka bir sebep olup olmadığını tespit etmekle yükümlü kayıt memurunun o anda orada bulunmamasından kaynaklanmasının 5. Maddenin ihlâli anlamına geldiği görülmüştür.⁹ *K.-F. Almanya*¹⁰ davasında ise, ulusal kanunlar kimlik tespitinin yapılabilmesi için bir kişinin on iki saate kadar alıkoymasına müsaade ederken,

başvuru sahibi bu on iki saatlik süreden kırk dakika daha uzun bir süre alıkoymuştur. Alman Devleti, bu sürenin söz konusu kişiye ait bilgilerin kaydedilmesi için gerektiğini iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişiye ait bilgilerin kaydedilmesinin de kimlik tespit işlemlerinin bir parçası olduğuna işaret ederek, bu amaçla kanunen tanınan süre dahilinde bu işlemin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu şartlar altında, başvuru sahibinin alıkoyma hali hukuka uygun olmaktan çıkmıştır. Mahkeme bu durumda, 5. Maddenin ihlâl edildiği karara varmıştır.¹¹

İç hukuk uygulamalarına yanlış yönelimle itibar edilmesi

¹¹ Bkz. *Engel ve Diğerleri-Hollanda* davası, 8 Haziran 1976. Bu davada, kanunlara göre tanınan azamî yirmi dört saatlik gözaltı süresi yirmi iki ve otuz saat arasında değişen sürelerle aşılmıştır.

⁹ 6 Nisan 2000.

¹⁰ 27 Kasım 1997.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, pek çok davada ulusal mercilerin hukuka uygunluğu bile sorgulanmamış ve uzun süreden beri devam eden uygulamalara itibar etmesi sebebiyle 5. Madde ihlalleri tespit etmiştir. Örneğin, *Baranowski-Polonya*¹² davasında, başvuru sahibi ilk başta usule uygun bir şekilde yakalanmış, daha sonra ise kendisine isnat edilen suç sebebiyle (dolandırıcılık suçu) gözaltına alınmıştır. Ancak, kişinin alıkoyma hali, savcılığın iddianameyi hazırlamasından sonra mahkeme tarafından ele alınmamıştır. Polonya’da alıkonulan kişinin “mahkemeye çıkarılmasına” yönelik uygulama çerçevesinde, soruşturma aşamasında verilen alıkoyma emri belirsiz bir süre uzatılmış olmaktadır; mahkeme, kendi alacağı kararda o esnada devam eden alıkoyma halinin uzatılıp uzatılmaması doğrultusunda ayrıca karar vermek zorunda değildir. Bu uygulama, şüphesiz – ve anlaşılır bir şekilde – bir boşluğu giderme amacıyla

¹² 28 Mart 2000.

düşünülmüştür, ancak ne yasalarda ne de içtihatla bu uygulamayı destekleyen herhangi bir dayanak bulunmamaktadır. Bu uygulamanın hukuka uygunluğunun daha önce hiç incelenmemiş olması şüphelidir, zira alıkoyma halinin devam etmesi ihtiyacı açıktır – ve muhtemelen de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine son derece uygundur. Bu uygulamanın geliştirilmiş olması, bir uygulamanın genel anlamdaki meşruiyetinin, kişiyi nasıl söz konusu uygulamanın meşru olup olmadığını göz ardı etmeye ya da meşru olmaması halini sorgulamamaya sevk edebileceğinin iyi bir göstergesidir. Bu davada Mahkeme, öngörülebilirlik ve kesinlikten uzak olması ve dolayısıyla keyfiyete mahal verebileceği gerekçesiyle, söz konusu uygulamanın 5. Madde 1. paragraf hükümlerini ihlâl ettiği kararına varmıştır.¹³ *Jėčius-Litvanya*¹⁴

¹³ *Hukuka uygunluk* mefhumunu şekillendiren diğer unsurlar daha sonraki bölümlerde ele alınmaktadır. Bu sebepten ötürü, 5. Madde 1. paragraf hükümlerinin ihlâli 9 Ocak 2001 tarihli *Kawka-Polonya* davasında da görülmüştür. Bu davalarda mahkeme kararından önce, söz

davasında, başvuru sahibinin – katil zanlısı – başsavcı yardımcısının onayladığı bir gözaltı süresi sona ermiş olmasına rağmen alıkoyulmaya devam edilmiştir. Bu durum, davalarda sık rastlanan bir uygulama olup Sözleşmenin gerekleriyle bağdaşmayan bir alışkanlık halidir. AİHM, başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin hukukî kesinlik ve kişinin keyfî uygulamalardan korunması ilkeleriyle bağdaşmadığı kararına varmıştır.¹⁵

konusu uygulamalara son verilmiş ve yeni bir uygulama getirilmiştir. Yeni uygulamaya göre, soruşturma safhasında kişinin alıkoyulmasına ilişkin karar aldırılmak üzere mahkemeye başvurulması ve mahkemenin kişinin alıkoyulma halinin devam edip etmemesine ilişkin yeni bir karar vermesi kuralı getirilmiştir. Bu şekilde, Sözleşmede öngörülen hukuka uygunluk ve yargı gözetimi ilkelerine uygunluk sağlanmıştır.

¹⁴ 31 Temmuz 2000.

¹⁵ 5. Madde 1. paragraf hükümlerinin benzer bir şekilde ihlâli, 10 Ekim 2000 tarihli *Grauslys-Litvanya* davasında da görülmektedir.

Sözleşmeye uyum. Sözleşmenin hukuka uygunluk anlayışı

Ulusal hukuka tamamen uyulması şartının yanı sıra, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının potansiyel olarak daha kapsamlı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “hukuka uygunluk” anlayışıyla da bağdaşması gerekir. Bu anlayış öncelikle, 5. Maddede öngörülen özel şartların – bu şartlar ulusal mevzuatta bulunmasalar dahi – gözetilmesi endişesiyle bağlantılıdır. Özgürlükten mahrumiyet uygulamasının bu mahrumiyetin kişinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerini etkilemesi, bu mahrumiyetin keyfî bir şekilde uygulanan bir kanun hükmünden kaynaklanması ya da özü itibarıyla mahrumiyet uygulamasının yetersiz bir gerekçeden kaynaklanması hallerinde bu tür bir mahrumiyet uygulaması kabul edilemez. *Kurt-Türkiye* davasında, AİHM şu karara varmıştır:

*...herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının yalnızca ulusal hukuka esas ve usul olarak uyması değil, aynı zamanda kişinin keyfî uygulamalardan korunmasına ilişkin hükümler bulunan Sözleşmenin 5. Maddesinin amacına da uygun olması gerekir.*¹⁶

Ulusal makamların alıkoyma uygulamasıyla ilgili bir gerekçe gösteremedikleri durumlarda, AİHM, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği kararını verecektir. *Denizci ve Diğerleri-Kıbrıs* davasında, başvuru sahipleri, diğer taleplerinin yanı sıra, tutuklanmaları için kendilerine hiçbir gerekçe bildirilmediğini iddia etmişlerdir. AİHM de ilgili devletin başvuru sahiplerinin yakalanmaları ve alıkoyulmalarıyla ilgili olarak hukuka uygun davranmadığından hareketle, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.¹⁷

¹⁶ 28 Mayıs 1998.

¹⁷ 23 Mayıs 2001.

Sözleşme hükümlerine uymamak

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragrafında belirtilenler haricinde, ulusal düzeyde yasal gerekçelere dayandırılan bir özgürlükten mahrumiyet uygulaması, 5. Madde 1. Paragraf hükümleriyle ters düşeceği için kesinlikle “hukuka aykırı” bulunacaktır. Alıkoyulma amacının yargılama olmadığı durumlarda, zanlılara karşı önleyici tedbir alınması şeklinde gerekçeler kabul edilemez.¹⁸ Bu tür bir özgürlükten mahrumiyet uygulaması, her ne kadar ulusal düzeyde yasal olsa da 5. Madde 1. Paragrafa ters düşer.

Ancak, özgürlükten mahrumiyet uygulamasının Sözleşmede öngörülen gerekçelere dayandırıldığı hallerde bile, Sözleşme bu uygulamanın toplam süresinin kabul

¹⁸ *Jėčius-Litvanya* davası.

edilebilirliği açısından sınırlayıcı olarak değerendirilebilir. Bu durum, 5. Madde 3. Paragrafta, davası devam eden kişilerin alıkoyulma halinin devamıyla ilgili hükümde, davanın mahkeme tarafından makul bir sürede görüşülmesi şartıyla ortaya konmuştur. Sınır dışı ya da başka bir ülkeye iade edilmek ve ilgili işlemlerin gerçekleştirilmesi için alıkoyulan kişilerin durumunda ise bu hüküm, ilgili mercilerin gerekli titizliği göstermesi yükümlülüğünü getirmektedir.

Yetkinin keyfi kullanımı

zgrlkten mahrumiyet uygulamasına yetki veren bir ulusal kanunun bu tür itirazlara yol amaması ve bu ulusal kanunun diğer açılardan tamamen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle uyumlu olması halinde bile, bu kanunun belli şartlarda uygulanması, keyfyet unsuru içerebileceği için hukuka uygun

addedilmeyebilir. Bu tespit, bir özgürlükten mahrumiyet uygulaması gerçekten gerekli olmadığı hallerde bu doğrultuda yetki kullanılması durumunda ya da bu uygulama yasadışı bir amaca yönelik olduğunda kesinlikle geçerli olacaktır. İlk duruma örnek olarak *Witold Litwa-Polonya*¹⁹ davası verilebilir. Bu davada, bir gözü tamamen kr, diğer gözü ise görme yeteneğini önemli lde yitirmiş bir kişi, sarhoş bir şekilde, kendisine ait gönderilerin bulunduğu paketlerin açılarak içindekilerin boşaltıldığı şikayetinde bulunduğu posta idaresi görevlilerine saldırgan davranışlar göstermesi sebebiyle, posta görevlilerince çağrılan polis tarafından bir ayıltma merkezine kapatılmıştır. Ancak, her ne kadar başvuru sahibinin alıkoyulması 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrası hükümlerine uygun – alkoliklerin alıkouulması – bir gerekçeyle gerçekleştirilmiş olsa da kişinin kendisi ya da kamu için tehdit unsuru oluşturmaması, m olması ve daha ziyade karışık bir durumun söz

¹⁹ 4 Nisan 2000.

konusu olması sebebiyle, bu örnekte alıkoyma yetkisinin kullanılması net bir şekilde gereksizdir. Ayrıca, kanunlarda bu tür bir madde etkisi altında olan kişilere ne şekilde muamele edileceğine dair daha az zalim tedbirlere ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, bu kişinin bir sağlık kurumuna sevk edilmesi ya da evine gönderilmesi gibi. Bu davada ise bu tedbirlerin hiç dikkate alınmadığı görülmektedir. Sonuç olarak, bu örnekte özgürlükten mahrumiyet uygulaması, formel hukukî zemine rağmen yetkinin keyfî kullanımına dönüşmüştür ve bu haliyle hukuka aykırıdır.

Benzer bir sonuç, örneğin, daha önceden zaten polis tarafından tanındığı bir kişinin o anda üzerinde kimliği bulunmadığı gerekçesiyle kimlik tespiti amacıyla alıkoyması doğrultusunda yetki kullanılması hali için de geçerlidir. Bu tür durumlarda ısrarla ve gereksiz bir şekilde yetki kullanımı keyfî olarak değerlendirilir. Bu tür bir gereksiz yetki kullanımı, *Tsirlis* ve

*Kouloumpas-Yunanistan*²⁰ davasında da görülmektedir. Bu davada aslen iki Yehova Şahidi olan başvuru sahipleri, kendilerine askerlik görevlerini yapmak üzere celp gönderilmiş olmasına rağmen, birliklerine katılmayı ve askerî üniformayı giymeyi reddettikleri için itaatsizlik gerekçesiyle hüküm giyerek hapse atılmışlardır. Başvuru sahipleri sürekli olarak din adamı olduklarını ve bu sebeple de askerlik hizmetinden muaf olduklarını söylemişlerdir. Bu tür bir muafiyetin Yehova Şahitleri için uygulanmasına ilişkin Yunan yüksek idare mahkemesi içtihadı olmasına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahiplerinin davasını inceleyen askerî mahkemelerin bu içtihadı kasten görmezden geldiğini tespit etmiştir. Bu şartlar altında, başvuru sahipleri hakkında yürütülen ve bu kişilerin özgürlüklerini yitirmeleriyle sonuçlanmış olan takibat, 5. Madde 1. Paragraf hükümleri çerçevesinde keyfî ve dolayısıyla

²⁰ 29 Mayıs 1997.

hukuka aykırı bir uygulama olarak değerlendirilmiştir.

Ayrıca, hukuka uygun bir yetkinin özellikle yasadışı bir amacı gerçekleştirmek üzere kullanımı, bu şekilde bir ulusal yasa hükmünün söz konusu ülkede itiraz edilebilir olup olmadığından bağımsız olarak, Sözleşme hükümleri çerçevesinde kabul edilemez. Örneğin, *Bozano-Fransa*²¹ davasında 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği tespit edilmiştir. Bu davada başvuru sahibi, sözde sınır dışı edilmek üzere alıkoyulmuş, ancak alıkoyulma hali kişinin bir başka ülkeye iadesiyle ilgili kısıtlamalardaki boşluktan yararlanmak amacıyla kullanılmıştır. Bu şekilde, söz konusu kişinin İtalya'ya iadesi Fransız mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak, Fransız mahkemeleri tarafından serbest bırakılmasından bir aydan daha uzun bir süre sonunda, başvuru sahibi tutuklanmış ve kendisine, aslen gözaltında tutulduğu esnada, ülkesine iadesiyle ilgili işlemler sürerken

²¹ 18 Aralık 1986.

çıkartılmış bir sınır dışı bildiriminde bulunulmuştur. Başvuru sahibi daha sonra, İspanya sınırı çok daha yakında olmasına rağmen İsviçre sınırına getirilmiş ve İsviçre polisine teslim edilmiştir. Bu ülkede kişinin İtalya'ya iade işlemleri tamamlandıktan sonra da başvuru sahibi cezasını çekmek üzere İtalyan hapisanesine kapatılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tüm bu işlemlerin keyfi olduğunu tespit ederek 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği kararına varmıştır. Bu karara varmada Mahkemenin vurguladığı çeşitli unsurlar vardır: sınır dışı işlemlerinde, başvuru sahibinin durumunu düzelterek hiçbir etkili girişimde bulunamamasına yol açacak kadar gecikme olması; İsviçre ve İtalya'ya yapılan işlemlerin önceden bildirilmiş olduğunun ortaya çıkması; başvuru sahibine, oturma izni talebi reddedildikten sonra kendisi hakkında sınır dışı emri çıkartıldığının bildirilmemiş olması; ve başvuru sahibinin anî bir şekilde yakalanmış olması, eşi ya da avukatıyla görüştürülmemesi; sınır dışı edildikten sonra kendisine gidecek bir

ülke seçeneği sunulmamış olması. Tüm bunların ışığında, bu tür bir “örtülü iade” işleminin, başvuru sahibinin özgürlüğünden keyfî bir şekilde mahrum edildiği ve bu uygulamanın 5. Madde 1. Paragraf hükümlerine göre hukuka aykırı olduğu açıktır. Ancak, her ne kadar bu doğrultuda pek çok kanıt varsa da her bir kanıt en temel anlamda hukukun gözetilmediğini göstermektedir ve bu kanıtlardan herhangi biri bile tek başına bu anlamda keyfî uygulamanın mevcudiyetini ortaya koymada yeterli olacaktır.²²

²² Bkz. *Murray-Birleşik Krallık* davası, 28 Ekim 1994. Bu davada, başvuru sahibinin tutuklanmasının 5. Madde 1. Paragraf hükümleri çerçevesinde suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin yetkili yasal merci huzuruna çıkartılmak amacıyla değil, Sözleşmeye göre hiçbir yetkiye dayanmaksızın, tamamen genel anlamda bilgi toplamak için sorgulanmak üzere gerçekleştirildiği iddia edilmiştir. AİHM, ulusal mahkemelerin tutuklama kararının arkasında herhangi bir gizli ve uygunsuz maksat bulunmadığı doğrultusundaki kararlarından farklı yorumlanacak herhangi bir somut unsur görmemekle beraber, tutuklamanın bu tür bir gizli ve uygunsuz maksatla gerçekleştirilmesi halinin Sözleşme çerçevesinde hukuka

Erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve diğer teminatlar

Ancak, bir konuda yetki olsa ve bu yetki kötüye kullanılmasa bile, ilgili yasada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından herhangi bir

aykırı olacağı sonucuna varmıştır. Ayrıca, *Jéčius-Litvanya* davasında, ulusal mahkemenin kötü niyet taşıyor olması da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kişisel başvuruya konu olan ve net bir yasal dayanağı olan bir alıkoyma süresinin Sözleşme çerçevesinde hukuka aykırı olmadığı doğrultusundaki kararında dikkate aldığı hususlardan biridir. Benzer bir şekilde, 10 Haziran 1996 tarihli *Benham-Birleşik Krallık* davasında da AİHM, ulusal mahkemenin hapis kararının kötü niyetle ya da ilgili kanunların doğru bir şekilde uygulanmasının ihmali neticesinde alınmış bir karar olmadığı için keyfî olduğu iddiasını kabul etmemiştir. 12 Ekim 1999 tarihli *Perks-Birleşik Krallık* davasında ise, AİHM, mahkemenin takdir yetkisinin kısıtlı kullanımının ya da davayla ilgili bir kanıtın dikkate alınmamasının formel olarak aslen hukuka uygun bir kararı keyfî bir uygulamaya dönüştürebileceğine işaret etmiştir.

kanunun kabul edilebilir olmasında temel teşkil eden niteliklerin bulunmaması durumunda AİHM, özgürlükten mahrumiyet uygulaması için bu kanunun gerekli yasal dayanağı temin etmediğine hükmeder. Bu da yasalarda erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve kesinlik ilkelerinin gözetilmiş olması ve bu yasalara tâbi olan kişilerin keyfî muameleye maruz kalma riskine karşı diğer bazı teminatların bulunmasını gerektirir.

Özgürlükten mahrumiyet uygulaması gizli ya da yayınlanmamış bir yasal hükme göre gerçekleştirilmişse, yasanın erişilebilirliği ilkesi gözetilmemiş demektir. Erişilebilirlik şartı, bir yasanın uygulanmasına ilişkin tâlî kurallar için de geçerlidir. Bu tür tâlî kurallar mevcut değilse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği kararını verebilir. Bu duruma örnek olarak *Amuur-Fransa*²³ davasını gösterebiliriz. Bu davada Mahkeme, aslen yayınlanmamış bir sirkülerin –

yabancıların transit bölgede tutulmasıyla ilgili yegâne hukukî metin – zaten çok yetersiz olduğunu ve kanun hükmü taşıması için gereken teminatları barındırmadığına karar vermiştir. Söz konusu yasa somut değildir, dolayısıyla, bu tespitten hareketle sirküler yayınlanmadığı için yasanın erişilebilirliği söz konusu değildir. Ancak kuşkusuz, bu unsur pek çok diğer durumda da dikkate alınan önemli bir unsurdur. Bu tür durumlarda, ilgili yasal metnin içeriği, gözden kaçan kurala erişilememesinin önlenmesi ve özgürlükten mahrumiyetin hukuka uygun bulunması açısından yetersiz kalacaktır.

Yasada kesinlik, itibar edilen herhangi bir kuralın, içinde bulunulan şartlar çerçevesinde, kişinin belli bir fiilin sonuçlarını makul derecede öngörebilmesini – uygun bir tavsiye şeklinde de olabilir – sağlayacak şekilde, yeterince sarih olmasını gerektirir. Bu şartın yerine getirilmemiş olduğunu – ki bu şart, kanunun içeriğini keyfî muamele kapsamını sınırlayacak şekilde oluşturmak olarak da düşünülebilir – *Baranowski-Polonya* ve *Jėcius-Litvanya*

²³ 25 Haziran 1996.

davalarında görmekteyiz. Bu davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda açıklanan görüşe rağmen, söz konusu uygulamaların ulusal hukukta bir mesnedi olduğu varsayımından hareketle incelemelerine başlamıştır. Ancak yine de Mahkeme, bu davalarda görülen uygulamaların hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir. *Baranowski* davasında, hem soruşturma aşamasında verilen alıkoyma emrinin mahkeme aşamasında süresinin uzatılabilmesinin doğru olup olmadığına dair net bir yasal hüküm bulunmaması – böyle bir hüküm varsa da yasada hangi şartlarda bu hükmün uygulanacağını belirtmemiş olması – sebebiyle, hem de kişinin – kanunda boşluk olması sonucu ortaya çıkan – bu uygulama çerçevesinde, belirsiz ve öngörülemeyen bir süre için alıkonulmuş olması ve bu uygulamanın herhangi bir yasa hükmüne ya da yargı kararına istinaden gerçekleştirilmemiş olması sebebiyle bu durumu görmekteyiz.

Jéčius davasında ise, alıkonulan kişinin durumuyla ilgili net kurallar olmaması sebebiyle,

yasal kesinliğin bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu davada, yargı yetkisi olmaksızın, yalnızca davanın asliye mahkemesine intikal ettiğine itibar ederek bir kişiyi belirsiz bir süre için alıkoymak 5. Madde 1. Paragraf hükümlerine aykırı bulunmuştur. Ancak, ceza kanununda yer alan bir maddeyi işleterek alıkoyma süresini gerekçelendirmek girişimi de yasada kesinlik bulunmadığı şeklinde telâkki edilmiştir. Böyle bir girişimde, söz konusu yasa hükmünün alıkoyma haline ne şekilde yetki verdiği konusunda savcılık, kamu denetçisi (ombudsman) müessesesi, Yargıtay ceza dairesi başkanı ve idare üç farklı açıklama getirmiştir. Gerekçe arayışında bu tür bir görüş ayrılığını gidermeye çalışmaktansa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, haliyle yetkili Devlet makamları arasında karışıklığa yol açacak kadar muğlak bir yasa hükmünün hukuka uygunluk şartını taşıyamaması gerektiği sonucuna varmıştır.²⁴

²⁴ Bkz. 19 Ekim 2000 tarihli *Wloch-Polonya* davası. Bu davada AİHM, yalnızca hakkında birbiriyle çelişen

Özgürlükten mahrumiyet kararında mesnet teşkil edecek yasada kesinlik olması şartı, her ne kadar hukukî hiyerarşide²⁵ aynı konumda olmasa da yasayla ilgili diğer kurallarda ya da belli bir yasa hükmünün nasıl yorumlanacağına dair açıklama getiren içtihatla da sağlanabilir. İkinci duruma örnek olarak *Steel-Birleşik Krallık*²⁶ davası verilebilir. Bu davada asayiş bozan bir kişinin tutuklanması söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “asayiş

görüşler olan ve herhangi bir belirleyici içtihat bulunmayan bir yasa hükmüne istinaden gerçekleştirilen bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının hukuka aykırı olacağı kanaatine varmıştır.

²⁵ *Amuur-Fransa* davasında söz konusu olan sirküler, hukukî hiyerarşideki konumu sebebiyle değil, içerdiği hükümlerin sarih olmaması sebebiyle özgürlükten mahrumiyet kararı verilmesi için yetersizdir.

²⁶ Her ne kadar resmen bir suç olarak tanımlanmamış olsa da bu davada başvuru sahibi hakkında yürütülen takibatın özellikleri gereği, asayiş bozmak suç addedilmiş – polisin ve birinci derece ceza mahkemelerinin devreye girmiş olması sebebiyle – ve asayiş bozan kişilerin hapsedilmesi doğrultusunda yetki kullanılmıştır.

bozmak” kavramının son yirmi yılda alınan ulusal yargı kararlarında netleştiğini ve bu durumun yalnızca can ve mala zarar veren ya da verebilecek olan ya da hareketlerinin sonucu diğer kişileri şiddete teşvik eden kişiler için geçerli olduğunu dikkate almıştır. Bu gelişme neticesinde, oldukça muğlak olan bir kavramın (asayiş bozmak) yeterli bir şekilde tanımlanmış, net bir kavram haline dönüştüğünü görmekteyiz. *Wloch-Polonya* davasında, hakkında net bir içtihat ya da ortak bir hukukçu kanaati bulunmayan bir yasa hükmünün yorumlanması ne keyfi ne de makul olmayan bir uygulama telâkki edilmiştir. Ancak, bu tür mahkeme kararları, nasılsa gelecekte görülecek davalarda yasaya netlik kazandırılacak diyerek bir yasa hükmünün hukuka uygun olup olmadığının sorgulanmaması çağrısında bulunmak değildir. Yine de Sözleşme çerçevesinde geniş kapsamlı bir yasa hükmünü “hukuka uygun” kılabilmek için dar anlamıyla yorumlamak yetkisini kullanmak tamamen meşrudur.

Elbette, bazı durumlarda bu tür teminatlara çok ihtiyaç duyulabilir. Örneğin, *Amuur-Fransa* davasında – bu davada iltica talebinde bulunan kişiler yirmi gün boyunca alıkoyulmuşlardır – AİHM, yabancıların transit bölgede tutulması kararında temel alınan hukukî metinlerin hiçbirinin ulusal mahkemelerin bu kişilerin ne şartlar altında alıkoyulduğunu incelemesine ya da gerekirse, bu uygulamayı gerçekleştiren ulusal mercilere alıkoyma süresiyle ilgili bir kısıtlama kararı getirmesine imkân vermediğini üzülen gözlemlemiştir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada söz konusu olan kanun metinlerinin, iltica talebinde bulunan yabancıların gerekli adımları atabilmesi için yasal, insanî ve sosyal yardıma ve bu tür bir yardımla ilgili usul ve sürelerle erişimine olanak tanımadığını da tespit etmiştir. Dolayısıyla, bu yasalar, bu tür bir yardım imkânı mevcut olmadığında özellikle hassas bir konumda olacak bir grup kişinin özgürlük hakkının teminat altına alınması konusunda yetersiz olarak değerlendirilmiştir.

Bunlar çok temel şartlar olmakla birlikte son derece önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de müteaddit olarak, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasında doğru ve güvenilir kayıt tutulması gerektiğine işaret etmiştir. Bu endişe, kolluk kuvvetleri tarafından yakalandıktan sonra başına ne geldiği bilinmeyen kişilerle ilgili olarak açılan çeşitli davalarda Mahkeme tarafından dile getirilmiştir.²⁷ Gözaltına alınan kişilerle ilgili herhangi bir resmî kayıt bulunmaması sebebiyle kişinin başına neler geldiğinin tespit edilmesi zorlaşmış ve bu durum da bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum edilmelerinden sorumlu mercilerin kişilerin başına gelenler açısından sorumluluklarından kaçınmalarını kolaylaştırmıştır. Dolayısıyla, kişinin özgürlükten mahrumiyetinin söz konusu olduğu uygulamalarda ilk yakalanma anından

²⁷ Bkz. 8 Temmuz 1999 tarihli *Kurt-Türkiye* davası, 13 Haziran 2000 tarihli *Timurtaş-Türkiye* davası ve 14 Kasım 2000 tarihli *Taş-Türkiye* davası. Kişinin bu şekilde ortadan kaybolması, Sözleşmenin 2. Maddesine göre yaşam hakkının da ihlâli anlamına gelir.

gözaltında tutulduğu bir yerden herhangi başka bir yere sevk edilmesine varıncaya kadar her bir detayın sistematik olarak kaydının tutulması, keyfî muameleye karşı hayatî önem taşıyan bir güvencedir. Kayıt tutma sürecinin kurumsallaşması – kişinin ortadan kaybolması gibi vahim bir suiistimal riski söz konusu olmadığı hallerde bile – tüm özgürlükten mahrumiyet uygulamalarında temel şarttır.

3. Özgürlükten mahrumiyete neler yol açar?

“Yakalama” ve “alıkoyma”

Yakalama ve *alıkoyma* terimleri, Sözleşmenin 5. Maddesinin tüm hükümlerinde sık sık kullanılmaktadır. Bu terimler – ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun – Sözleşmede, temelde kişiyi özgürlüğünden

mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM, 5. Maddede yer alan yargı gözetimi teminatı şartını kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşmenin ihlâli anlamına gelir. Temel şart, çeşitli süreçlerin ne şekilde adlandırıldığı değil, bu süreçlerde neyin elde edildiği üzerinde durmaktır.

Alıkoyulma halinin mevcut olduğunu kanıtlayan unsurlar

Özgürlükten mahrumiyete neyin yol açığının – sebebi yakalama da olsa, alıkoymak da olsa – ve bu uygulamanın ne zaman başladığının net olması gerekir. Zira Sözleşmenin

5. Madde hükümleri, böyle bir özgürlükten mahrumiyet uygulaması başladığı anda geçerli olacaktır. Bu durum aşikâr olmakla birlikte, özellikle kişiye hiçbir fiziksel kısıtlama getirilmediği durumlarda kişiyi özgürlüğünden mahrum etmekten sorumlu olan mercilerin bu durumun mahrumiyet anlamına geldiğini takdir etmedikleri haller olabileceği için, yine de vurgulanmasında fayda vardır. Cezaî yargılama bağlamında kişinin ne zaman özgürlüğünden mahrum edildiğinin anlaşılması özellikle önemlidir, zira cezaî yargılamada hem kişinin hâkim önüne çıkarılana dek ne kadar bir süre alıkoyma süresinin, hem de dava herhangi bir mahkemede görüşülmeye başlanmadan önce toplam alıkoyma süresinin ne olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Hapsin özellikleri ve bu uygulamadan etkilenen kişinin durumu gibi unsurlar, belli bir uygulamanın özgürlükten mahrumiyet özelliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde esastır.

Hapsin özellikleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hapsin ne özellikler taşıdığını da dikkate alacaktır. Kişinin bir karakolda ya da hapisane hücrelerinde zorla alıkonulması halinde, kesinlikle bir özgürlükten mahrumiyet söz konusu olacaktır. Ancak, 5. Madde hükümleri tanımına giren çok çeşitli hapis türleri de bulunmaktadır. Örneğin, zor kullanarak ya da kullanmayarak kolluk kuvvetlerinin bir kişiye bir yerden ayrılamayacağını ya da kendileriyle başka bir yere gelmek zorunda olduğunu söylediği haller. Bu durum, bir kişinin yolda durdurulduğu ya da kendi özgür iradesiyle karakola geldikten sonra buradan ayrılamayacağını kendisine söylendiği haller için de geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür durumlarda asıl önemli unsurun kişiyi mecbur kılma olduğuna *De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika*²⁸ davasında işaret

²⁸ 18 Haziran 1971.

etmiştir. Bu şekilde alıkoyulma, hiçbir şekilde kişinin kendi rızasıyla teslim olmasının bir sonucu olamaz. Ayrıca, özgürlüğünden mahrum edilen kişinin bu durumdan haberdar olmaması da önemli değildir; önemli olan kişinin artık bulunduğu mekânı terk edemeyecek olmasıdır.

Kişinin belli bir noktadan – ister sokakta ister başka bir açık alanda – ayrılamaması ya da belli bir araç ya da odada (mutlaka bir hücre olmak zorunda değil) kalmaya zorlandığı ve bu şekilde kişinin tamamen belli bir mekâna hapsedildiği durumlarda genellikle 5. Madde hükümlerine başvurmak söz konusu olacaktır. Ancak, kişinin hapsedildiği mekânda bir miktar hareket özgürlüğüne sahip olması da 5. Madde hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmez. Bu durum, *Ashingdane-Birleşik Krallık*²⁹ davasında görülmüştür. Bu davada, zorla akıl hastanesinde tutulan bir kişi, zorla alıkonulduğunun belli olmaması için kapıları kilitli olmayan bir koğuştta tutulmakta ve yanında

²⁹ 28 Mayıs 1985.

kimse olmadan gündüzleri ve hafta sonları hastane dışına çıkmasına izin verilmektedir. *Guzzardi-İtalya*³⁰ davasında da benzer bir durum görülmektedir. Bu davada, ıssız bir adada çevresi çitle çevrilmemiş 2,5 km²'lik bir arazide kendisi gibi örgütlü suça katıldığından şüphelenilen diğer kişilerle birlikte tutulan bir kişi söz konusudur. Bu kişi her ne kadar o mekânda karısı ve çocuğuyla birlikte yaşayabilse de kişinin tecrit edilmiş ve kısıtlanmış olması sebebiyle, bu davada bir özgürlükten mahrumiyet uygulaması söz konusudur. Tecrit ve kısıtlanma, mekândan daha önemlidir. Dolayısıyla, *Giulia Manzoni-İtalya*³¹ davasında olduğu gibi yargı süreci devam ederken de olsa, *Kıbrıs-Türkiye*³² davasında olduğu gibi, son derece katı bir sıkıyönetim uygulaması sebebiyle yalnızca görevlilerin eşliğinde kişilerin evlerinden dışarı çıkmasına izin verilen durumlarda da olsa,

³⁰ 6 Kasım 1976.

³¹ 1 Temmuz 1997.

³² Başvuru No. 6780/74 ve 6950/75 (Komisyon Raporu).

kişinin kendi evinde alıkoyulduğu haller de 5. Madde hükümleri kapsamına girecektir.

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

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

Ancak, başka bir ülkeye gitme imkânının da gerçekçi olması gerekir. Yani bu kişiyi kabul edecek başka bir ülke yoksa ya da söz konusu kişi iltica talebinde bulunuyorsa ve başka bir ülke kişinin o anda sınırından geçmek istediği ülkenin sağladığı korumayı temin etmiyorsa, böyle bir imkândan söz edilemez. Bu durum, *Amuur-*

Fransa davasında görülmektedir. Bu davada, kişinin Fransa'dan başka gidebileceği tek ülke Suriye'dir ve kişinin Fransa'ya kabulü yalnızca “diplomatik ilişkilerin çapraşıklığına” bağlı değildir, aynı zamanda Suriye, Mültecilerin Statüsü Hakkındaki Cenevre Sözleşmesine taraf olmadığı için, kişinin zulüm görmekten korktuğu ülkeye iade edilmeyeceğinin hiçbir garantisi olmaması da dikkate alınmak zorundadır.

Uygulamadan etkilenen kişinin statüsü

Uygulamadan etkilenen kişinin statüsü de bir uygulamanın özgürlükten mahrumiyet anlamı taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde önemlidir. Bu durum, özellikle silâhlı kuvvetlerde görevli kişilerin normal disiplin uygulamasının bir parçası olarak belli bir yerde tecrit edilmelerinde dikkate alınmıştır. Örneğin, *Engel-Hollanda* davasında, askerlerin her ne kadar görev saatleri dışındaki hayatlarını silâhlı kuvvetlere ait

tesislerde belirli ancak kilitli olmayan bir mekânda tecrit edilerek geçirmeleri istenmiş olsa da bu davada 5. Madde kapsamında bir “tutulma” hali olmadığı görülmektedir. Askerler ancak, daha katı bir “tutulma” hali olması durumunda, örneğin normal hayatlarını idame ettiremeyecekleri şekilde bir hücreye kapatıldıkları durumda özgürlükten mahrumiyet iddiasında bulunabileceklerdi. Bu kararda dikkate alınan varsayım şudur: askerlik hizmeti kişiye kaçınılmaz olarak daha düşük seviyede özgürlük tanıdığı için, sivil kişiler için 5. Maddede öngörülen özgürlük kısıtlaması eşiği askerler için daha yüksektir.

Hâlihazırda hapisanede bulunan bir kişi için daha fazla özgürlük kısıtlaması getirilmesinin – örneğin, daha hafif güvenlik tedbirlerinin uygulandığı bir cezaevinden mahkûmların çok katı bir şekilde tecrit edildiği başka bir cezaevine mahkûmun nakli yoluyla – 5. Madde hükümleri kapsamında özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmesi mümkündür, zira kişi zaten hüküm giyerek ya da

başka bir hapis kararıyla özgürlüğünden mahrum edilmiş durumdadır. Bu durumda AİHM, bir mahkûmun her zamanki gibi diğer mahkûmlarla birlikte olma serbestisinden mahrum edilerek hücrede tecrit edilmiş olmasını özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirmemiştir. Ancak, *Bollan-Birleşik Krallık*³³ davasında AİHM, istisnâî koşullarda bir hapisanede alınan tedbirlerin özgürlük hakkına müdahale edildiğini ortaya koyabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, şartlı tahliye edilen bir mahkûm özgürlüğünü yeniden kazandığını ve bu kişinin şartlı tahliyeden sonra tekrar hapsedilmesinin, 5. Madde hükümleri çerçevesinde özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirileceğini de benimsemiştir. *Weeks-Birleşik Krallık*³⁴ davasında Mahkeme bu görüşünü açık bir şekilde ortaya koymuş ve her davanın kendi içinde değerlendirilmesi gereğine işaret ederek, kişinin şartlı tahliye edilmiş, belli bir denetime tâbi olan

³³ 4 Mayıs 2000 (davanın kabul edildiğine dair karar).

³⁴ 2 Mart 1987.

ve yetkililere bildirimde bulunması gereken bir kişi olmasının, 5. Madde hükümleri kapsamında özgür bir kişi olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmeye yeterli olmadığı kararına varmıştır. Bu davada başvuru sahibinin çok özel bir amaca – örneğin bir cenaze törenine katılmak gibi – yönelik olarak serbest bırakılmamış olması ve birtakım şartlara bağlı olarak normal bir hayat sürdürebilecek olması kuşkusuz çok önemlidir.

Özel kişilerin fiilleri

Her ne kadar 5. Madde hükümlerini yerine getirmede yaşanan sorunların çoğu hâkim ve kamu görevlilerinin karar ve uygulamalarından kaynaklansa da özel kişilerin davranışları da bir endişe kaynağı olabilir. Herhangi bir özel kişiye bir kişiyi yakalama yetkisi verilmesi hali de 5. Madde hükümleri çerçevesinde sınırlanmalıdır. Kendisine bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişiyi yakalama

yetkisi verilen (bu yetki ister genel uygulama alanı olan, ister özel güvenlik hizmetleri hakkında bir kanun çerçevesinde verilmiş olsun) bir özel kişi, tıpkı kolluk kuvvetlerinin yapmak zorunda olduğu gibi, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin cezaî yargıya sevk edilmesini sağlamalıdır.

Ayrıca, kamu görevlileri 5. Madde hükümlerine aykırı bir uygulama söz konusu olduğunda, kenara çekilerek kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine göz yumamaz. Kamu görevlilerinin bu tür bir ihlâlê rıza göstermesi durumu *Riera Blume ve Diğerleri-İspanya*³⁵ davasında görülmektedir. Bu davada, başvuru sahiplerinin aileleri – bir tarıkata üye oldukları düşünülen – başvuru sahiplerini bir otelde alıkoymuş ve bir psikolog ve psikiyatr tarafından “beyinlerinin yıkanacağı” düşünülmüştür. Bu davada söz konusu fiil, başvuru sahiplerinin ilk adlî soruşturma aşamasında yakalanmalarını takiben mahkemenin

³⁵ 14 Ekim 1999.

önerisiyle gerçekleştirilmiştir; ancak ne bu karar ne de ailelerin yaptığı şeyle ilgili yasal bir yetki bulunmamaktadır. Yetkili makamların faal işbirliği olmadan böyle bir şeyin yapılamayacağından hareketle, bu davada İspanya'nın 5. Madde hükümlerini ihlâl ettiği karar verilmiştir. 5. Madde hükümlerine aykırı bir şekilde kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesiyle neticelenecek hiçbir özel eyleme kamu görevlilerince müsaade edilmemesi gerekir. Kamu mercileri de hiçbir zaman özel kişileri, gerçekleştirmeleri yasaklanmış olan fiillere teşvik etmemelidir.³⁶

Denizasırlı fiiller

³⁶ AİHM ayrıca, 10 Mayıs 2001 tarihli *Kıbrıs-Türkiye* davasında, Devlet namına bir kamu merciinin özel kişilerin diğer kişi/kişilerin haklarını ihlâl etmelerine göz yumması ya da müsamaha göstermesi halinde, söz konusu kamu merciinin Sözleşme hükümleri çerçevesinde yetkisi dahilinde sorumlu tutulacağını vurgulamıştır. Ancak bu davada bu tür bir göz yumma ya da müsamaha gösterme olduğu tespit edilememiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan bir Devlet, Sözleşmenin 1. Maddesine göre yetki alanı dahilinde herkesin hak ve özgürlüklerini güvence altına aldığını taahhüt eder; söz konusu Devlet, yetkisini kullanabileceği her yerde, uluslararası hukuka göre tanınan ya da anayasasıyla belirlenmiş sınırları dahilinde herhangi bir yerde gerçekleştirdiği fiillerde bu fiillerle ilgili yasal bir dayanak bulunmasından bağımsız olarak, bu taahhütle bağlı kalacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Loizidou-Türkiye*³⁷ davası kararında net bir şekilde ortaya koyduğu gibi, Sözleşmenin amacı itibarıyla yetki alanı bir Taraf Devletin kendi topraklarıyla sınırlı değildir. Dolayısıyla, bir Taraf Devlet yetkililerinin etkisi başka bir yerde ortaya çıkan fiilleri ya da ihmalleri neticesinde de Taraf Devlet sorumlu tutulabilir. Özellikle, bu

³⁷ 18 Aralık 1996.

davada da görüldüğü üzere, bir başka Devletin sınırları dahilinde bir Taraf Devlet tarafından gerçekleştirilen bir askerî harekât, diğer Devlet sınırları içinde belli bir bölgeyi Taraf Devletin etkin bir şekilde kontrol altına almış olması, o bölgenin Taraf Devletin yetki alanı dahilinde olduğu ve dolayısıyla o bölgede de Sözleşme hükümleri çerçevesinde kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almakla yükümlü olduğunu kanıtlamak için yeterlidir.

Bu sonuç, *Kıbrıs-Türkiye* davasında da görülmektedir. Bu davada ihtilâf aynı sebeplerden kaynaklanmaktadır: bir askerî harekât neticesinde ortaya çıkan işgal sebebiyle, bir Âkit Taraf, söz konusu topraklarda Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremez duruma gelmiştir. Bu toprakların Türkiye'nin yetki alanına girdiğinin düşünülmemesi, o bölgede yaşayan kişilerin insan hakları güvencesi sisteminden faydalanmalarıyla ilgili bir boşluk ortaya çıkmasına yol açar.

Yetki alanı kavramının olayın özüne inmeye yönelik bu tür gerçekçi bir yaklaşımla ele alınması, 5. Madde hükümlerinin her zaman, her tür özgürlükten mahrumiyet uygulamasında dikkate alınması gerektiği anlamına gelir. Dolayısıyla, 5. Madde hükümleri, örneğin kolluk kuvvetlerinin bir başka ülkeye giderek yargılanmak ya da cezasını çekmek üzere bir kişiyi kendi ülkelerine getirmeleri halinde de uygulanacaktır. Örneğin, zanlının Saint Vincent'te bir askerî uçakta Fransız polisine teslim edildiği *Reinette-Fransa*³⁸ davasında, 5. Madde hükümlerinin dikkate alınması gerekmiştir. Fransız polisine teslim edildikten sonra başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edilmiş olması, her ne kadar teslim etme işlemi Saint Vincent'te de gerçekleşmiş olsa, Fransız makamlarının yetkisi dahilinde cereyan etmiş olduğu için 5. Madde uyarınca Fransa idaresinin yetki alanına girmektedir.

³⁸ 63 DR 189 (1989) (davanın kabul edildiğine dair karar).

Bir kişinin yasadışı yollarla yakalandığı ya da kaçırıldığı durumlarda da – cezaî yargılamaya tâbi tutulmasını sağlamak ya da bir çocuğun ebeveynlerinden birine teslim edilmesi amacıyla ya da bu tür bir fiilin Devlet makamları tarafından herhangi başka bir amaçla gerçekleştirildiği ya da bir Şekilde Devlet makamlarına atfedilebileceği hallerde de – 5. Madde hükümleri uygulanır. Ayrıca, *Kıbrıs-Türkiye* davasında görüldüğü gibi, bir başka ÷lke topraklarında gerçekleştirilen askerî bir harekât esnasında ortaya çıkan herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasında da 5. Madde hükümleri uygulanır. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs tarafından suçlanan Türkiye'nin gerçekleştirdiği askerî harekâta 5. Madde hükümlerini ihlâl etmediğine karar vermesinin tek sebebi, Kıbrıs'ın, söz konusu harekât esnasında Kıbrıs Rum toplumundan hiç kimsenin fiilen alıkoyulduğu iddiasında bulunmamış olmasıdır.

II. Bölüm: Cezaî sürecin bir parçası olarak özgürlükten mahrumiyet

1. Genel görüşler

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragrafında, cezaî süreç esnasında özgürlükten mahrumiyetin haklı bulunduğu üç durumdan bahsedilmektedir: bir suça iştirakinden şüphelenilen bir kişinin yakalanması (*c* fıkrası); bir suç işlediği için ceza olarak bir kişinin hapsedilmesi (*a* fıkrası); ve bir kişinin bir başka ülkeye gönderilmesi talebini takiben o kişinin tutulması (*f* fıkrası).

Her ne kadar bu doğrultuda neyin suç teşkil ettiği aslen ulusal hukuku ilgilendiren bir

mesele olsa da,³⁹ bu durum Sözleşmenin amacına göre özerk bir anlam taşıyan bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, bazı durumlarda ceza kanunlarının uygulanmasının orantısız olabileceği ve dolayısıyla keyfî uygulamaya yol açabileceği düşünülebilir.

Elbette, ceza olarak kişinin hapsedilmesi, genellikle Sözleşmede belirtilen bir başka özgürlük hakkına aşırı bir müdahale anlamına gelmekte⁴⁰ olup şüpheli bir kişinin yakalanma koşulları benzer şekilde değerlendirilebilir. Dolayısıyla, çoğu durumda bir sorun teşkil etme ihtimali bulunmasa da söz konusu suçun Sözleşmede öngörülen özgürlükten mahrumiyet gerekçeleriyle uyumlu olduğunu varsaymamak gerekir.

³⁹ Kişinin başka bir ülkeye iade edilmesi halinde, iade talebinde bulunan ülke kanunları da dikkate alınır.

⁴⁰ Örneğin, 25 Ağustos 1998 tarihli *Hertel-İsviçre* davasında ve 8 Temmuz 1999 tarihli *Sürek-Türkiye* davasında, hapis ihtimalinin, belli kısıtlamaların ifade özgürlüğü hakkını ihlâl etmesi açısından önem kazanacağına değinilmektedir.

Ayrıca, Sözleşmenin amacı doğrultusunda, cezaî sürecin tümüyle askerî suçları ve bu suçlarla ilgili takibatları⁴¹ da kapsadığını ve dolayısıyla, aşağıda belirtilen şartlara uyması gerektiği de hatırd tutulmalıdır.⁴² Daha önce de görüldüğü şekilde, bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının ilke olarak 5. Maddede belirtilen gerekçelere uygun olması gerçeği, böyle bir tedbirin uygulanmasında keyfiyet unsurunun aranmasının göz ardı edilmemesi gereğini değiştirmez. Dolayısıyla, bu bölümden sonra gelen bölümlerin

⁴¹ Bkz. 22 Mayıs 1984 tarihli *De Jong, Baljet ve Van Den Brink-Hollanda* davası, 18 Şubat 1999 tarihli *Hood-Birleşik Krallık* davası.

⁴² *Engel ve Diğerleri-Hollanda* davasında, takibat sürecinin “disiplin uygulaması” olarak değerlendirilmiş olmasına rağmen, uygulanan ceza itibarıyla, bu sürecin Sözleşmenin amacı doğrultusunda “cezaî uygulama” addedilmesi için yeterli bulunmuştur. Ancak, ulusal kanunlarda disiplin ve cezaî takibat arasında farklılıklar bulunmasının, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinde belirtilen şartların tamamının yerine getirilmesini engellediği açıktır.

de bu önemli yükümlülük ışığında okunması gerekir.

2. Suç işlediğinden şüphelenilen kişiler

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrasında, özgürlükten mahrumiyet uygulamasının, suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin ya bu tedbiri haklı kılan söz konusu suç işlenmeden önce ya da bu suçu takiben gerçekleştirilebileceğine değinilmektedir. Ancak, *Lukanov-Bulgaristan* davasında da görüldüğü şekilde, bu gerekçenin geçerli olabilmesi için, ulusal kanunlarda bir kişinin özgürlüğünden mahrumiyeti tedbirine zemin teşkil eden bir suç unsurunun bulunması gerekmektedir. Bu şart, bir suçun gerçekten işlendiğinin kanıtlanması gerektiği anlamına gelmez; ancak özgürlükten mahrumiyet tedbirinin alınmasına neden olan bu davranışın hâlihazırda kanunda belirtilen bir suç

kapsamına girdiğinin öne sürülebilmesi gerekmektedir.

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

Yetkili yasal mercilere ibraz

Her ne kadar bir suç işlendiği şüphesi, bir suçun işlenmesini ya da şüpheli kişinin kaçmasının önlenmesi gereği, bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin gerekçesi olsa da bu tür bir mahrumiyet tedbirinin 5.

Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerine uygun olabilmesi için, bu tedbirin söz konusu kişi hakkında cezaî yargılama amacıyla alınmış olması gerekir. Bu durum, Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrasının 5. Madde 3. Paragraf hükümleriyle ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olmasından kaynaklanmaktadır; bu paragraflardan ilkinde özgürlükten mahrumiyet tedbirine yetki verilirken, ikincisinde ise bu tür bir tedbir alınırken, söz konusu kişi “derhal bir yargıç veya adlî görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır ve kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adlî kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır” denilerek gözetilmesi gereken kurallar sıralanmaktadır. 5. Madde 3. Paragrafta belirtilen hâkim ya da görevli ifadesi, 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrasında belirtilen “yetkili yasal merci” terimini açıklamaktadır ve kişinin yetkili merci huzuruna çıkarılmasının, neticede yargılanmaya giden süreçte bir aşama olması ve özgürlükten mahrumiyetin aslen cezaî bir süreç olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Bu durum, özgürlükten mahrumiyet tedbirinin 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerine uygun olması için, mahrumiyetten sonra mutlaka cezaî takibat – yargılanma ya da yalnızca resmî suçlama ya da iddia – olması gerektiği anlamına gelmez. Dikkate alınacak en önemli husus, böyle bir mahrumiyetin ortaya çıkmasındaki amaçtır. Dolayısıyla, netice itibarıyla bu amacın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği önemli olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilk hususun diğerinden daha önemli olduğuna işaret etmiş olması, cezaî süreci doğuran unsurlara yaklaşımı yansıtmaktadır; mahrumiyet tedbiri alındığı andaki şüpheler geçerli olsa da olmasa da, bu tür bir takibatın başlatılması gereksiz (şüpheli fiilin ortadan kalkması sebebiyle), imkânsız (çok önemli kanıtların bulunamaması sebebiyle) ya da arzu edilmeyen (yargılanmanın şüphelinin sağlığı açısından sorun teşkil etmesi sebebiyle) bir hal alabilir. Örneğin, hem *Brogan-Birleşik Krallık*⁴³

⁴³ 29 Kasım 1989.

hem de *Murray-Birleşik Krallık* davasında, özgürlüklerinden mahrum edilen kişilerin, haklarında hiçbir suçlamada bulunulmadan ya da yetkili yasal merci huzuruna çıkarılmadan salıverilmiş olmaları sebebiyle AİHM 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerinin ihlâl edilmiş olduğu kararına varmamıştır. Bu davalarda Mahkeme, yetkili mercilerin söz konusu kişilerin sorgulanmalarından sonra haklarındaki şüpheleri kanıtlamanın imkânsız olduğu ve bu şartlarda herhangi bir suçlama getirilemeyeceği kararına vardıklarını gözlemlemiştir. Yine de bu sonuç, takibatın gerekip gerekmeyeceği ancak özgürlüğünden mahrum edilen kişi sorgulandıktan sonra belirlenebileceği için, takibatın amacının şüpheli olduğu anlamına gelmez.⁴⁴

⁴⁴ Bu davalarda takibatın başarısı önemli ölçüde şüphelilerin ifadelerine bağlıydı. Şüpheliler sorulara cevap vermedikleri için, herhangi bir suçlamada bulunmak mümkün olmayacaktı.

Dolayısıyla, bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine yönelik bir tedbirin ceza kanununun herhangi bir hükmü uyarınca alındığı öne sürülmekle beraber eğer hiçbir şekilde kişinin bu kanun hükmüne tâbi tutulması söz konusu olmamışsa, bu tür bir mahrumiyet tedbiri 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası uyarınca kabul edilemez.⁴⁵ Örneğin, *Ciulla-İtalya*⁴⁶ davasında, hakkında herhangi bir takibat başlatma amacı dışında bir amaç güdülerek özgürlüğünden mahrum edildikten sonra kişinin hâkim karşısına çıkarılması söz konusu olmuştur. Başvuru sahibi yakalanmış ve mafya-benzeri davranışları sebebiyle zorunlu ikâmet emri çıkartılması amacıyla hâkim karşısına çıkartılmıştır. Bu tür Mafya-benzeri davranışların çeşitli suçlara yol açabilmesi söz konusu olmasına rağmen, ikâmet

⁴⁵ Bir kişinin yakalanması doğrultusunda yetki kullanımı, o doğrultuda bir niyet olmadan gerçekleştirilmişse, bu durum hem 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrasına, hem de keyfî uygulamaların genel anlamda yasaklanmasına ilişkin hükümlere aykırı olur.

⁴⁶ 22 Şubat 1989.

emri şartının aranması ve bu emrin çıkarılması – ve takibatın aslen bu emre dayandırılması – kanıtlanmamış bir şüpheye dayanmaktadır; bu emir, başvuru sahibinin o anda somut ve belli bir suça karışmış olmasına değil, geçmişte işlediği ağır suçlara ve bu sebeple gelecekte de toplumsal açıdan tehdit oluşturabileceği ihtimaline dayandırılmıştır. Dolayısıyla, başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edilmesi, yargı öncesi kişinin alıkonulmasını gerektirecek herhangi bir fiilden ziyade, önleyici bir tedbirden kaynaklanmaktadır. Bu kişinin daha sonra hâkim karşısına çıkartılmış olması, kişi hakkında alınan mahrumiyet tedbirinin cezaî yargılamanın bir parçası olmadığı gerçeğini değiştirmez. *Ciulla* davasında görülen özgürlükten mahrumiyet, zorunlu ikâmet emrinin çıkartılması amacıyla bu tür bir mahrumiyet tedbirinin “[bir kişinin] herhangi bir suç işlemesini ... önlemek üzere makul ölçüde gerekli olduğu telâkki edilen...” bir tedbir olmaması sebebiyle, 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrasına da aykırıdır. Bunun sebebi, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinde kabul edilen

önleyici tedbir yetkisi, ceza kanununun uygulanmasına da bağlıdır ve bu yetkinin kullanımı belirli somut suçların işlenmesinin önlenmesine yönelik olmalıdır.⁴⁷ Özgürlükten mahrumiyet yetkisinin kullanımında bu tür bir şart aranması, tabii ki hem söz konusu fiilin, hem de özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu fiili gerçekleştirme ihtimalinin sarih olmasını gerektirmektedir. *Ciulla* davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aldığı karar, 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerini teyit eder mahiyettedir; Sözleşmenin bu hükmüne istinaden alınan bir özgürlükten mahrumiyet tedbirinin haklı bir önleyici tedbir olarak addedilebilmesi için, bu tedbirin somut ve belirli bir suçun önlenmesine yönelik olarak alınmış olması gerekir.

⁴⁷ Bu şarta göre, özgürlükten mahrumiyeti haklı kılan fiilin söz konusu suçun işlenmesine yönelik bir teşebbüs olması gerekir ki pek çok ülke kanunlarında bu durum başlı başına bir suç addedilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Ciulla* davasıyla ilgili kararının bir benzeri de *Jėčius-Litvanya* davasında görülmektedir. *Jėčius-Litvanya* davasında, başvuru sahibi cinayet zanlısıdır. Ancak dava kanıt yetersizliği sebebiyle tıkanmıştır. Bunun üzerine başvuru sahibi, ceza usul kanununda yer alan, suç örgütleriyle bağlantı yoluyla bir kişiyi tehdit etmek olarak tanımlanan ve önlenmesine yönelik olarak kişinin alıkonulabilmesine yetki verilen, haydutlukla ilgili bir hüküm çerçevesinde gözaltına alınmıştır. Bu hüküm çerçevesinde hareket eden başsavcı yardımcısı, altmış günlük bir gözaltı emri çıkarmış ve başvuru sahibinin bu emri temyiz başvurusu da mahkeme tarafından reddedilmiştir. Başvuru sahibi aleyhinde belirli hiçbir suçlama getirilmemiş ve bu önleyici gözaltı uygulamasıyla ilgili olarak da hiçbir soruşturma yapılmamıştır. Gözaltı emrinin çıkarılmasından bir ay sonra, kişinin hakkında yeniden cinayet suçlamasında bulunulmuş ve bu suçlama başvuru sahibinin gözaltında tutulmasının gerekçesi haline gelmiştir. AIHM,

hiç tereddütsüz, ilk önleyici gözaltı sürecinin cezaî takibatın yürütülmesiyle alâkalı olmamasından hareketle, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir. 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerine göre özgürlükten mahrumiyet tedbirinin amacının yalnızca cezaî yargılama sürecini başlatmak olmaması gerekir. Yasal çerçevenin de, eğer hâlâ serbest bırakılmadıysa, alıkonulan kişinin yetkili merci huzuruna çıkartılmasının özgürlükten mahrumiyet tedbirinin otomatik sonucu olmasına imkân vermesi gerekir. Yetkili merciin görevi, yargılama öncesi alıkoyma halinin devam edip etmeyeceğine ve eğer devamına karar verirse de süresine karar vermektir. Kitapçığın bundan sonraki bölümlerinde, alıkoyma halinin devam ettirilmesi ve toplam süresinin belirlenmesinde hangi gerekçelerin arandığı konusuna değinilmektedir. Ancak bu sürecin, zanlıların özgürlüklerinden mahrumiyetiyle ilgili düzenlemelerin ayrılmaz bir parçası olması gerekmektedir. Örneğin, AİHM aslen bu şartın gözetilmemiş olması sebebiyle, *Engel ve*

Diğerleri-Hollanda davasında, başvuru sahibi askerlerin işledikleri iddia edilen suçların disiplin suçu mahiyetinde olması ve özgürlükten mahrumiyet tedbirinin yetkili yargı makamının denetimine tâbi olmaması neticesinde 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği kararna varmıştır. Sonuç olarak bu mahrumiyet, zanlıların yakalanması yetkisine istinaden haklı çıkarılamaz.

Makul şüphe

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrasında yer alan, kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphe bulunması sebebiyle özgürlüğünden mahrum edilebileceği ifadesi, yalnızca bu şüphenin mesnetli olduğu ve bu hükmün keyfî olarak uygulanmadığı durumları kapsamaktadır. Şüphe daima geçerli bir sebebe dayanmalıdır – AİHM, *Murray-Birleşik Krallık* davasında, şüphede dürüstlük ve iyi niyet

ilkelerinin aranmasının şüphenin makul olmasında ayrılmaz bir unsur olduğuna işaret etmiştir; ancak söz konusu şüphenin makul olabilmesi için şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki olması gerekir. Dolayısıyla, söz konusu kişiyi doğrudan suçla ilişkilendirecek fiillere ait kanıt, belge ya da bu tür adlî bulgular olması gerekmektedir. Yani, bir kişinin bir suç işleminde bir gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da (etnik, dinî ya da diğer) önyargılara dayandırılan bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyet gerçekleştirilemez.

Ancak bu durum, kanıtların kişi hakkında hüküm verilmesine ya da bir suçlamada bulunulmasına yeterli olması gerektiği anlamına gelmez; daha önce de ifade edildiği gibi, *Brogan-Birleşik Krallık* ve *Murray-Birleşik Krallık* davalarında da görüldüğü şekilde, 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası uyarınca alınmış bir özgürlükten mahrumiyet tedbiri çerçevesinde yürütülen bir sorgulama sürecinin amacı

yalnızca, bu aşamada kaçınılmaz olarak kesinleşmeyecek olan suçla ilgili mevcut şüphenin kanıtlanması ya da bertaraf edilmesine yönelik olası bir suçla ilgili takibatın derinleştirilmesi olabilir. Ancak yine de, itibar edilen şüphenin belli bir gerekçeye dayanması gerekir.

Dolayısıyla, tek başına, kişinin geçmişte bir suç işlemiş olması – benzer bir suç bile olsa – gerçeği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Fox, Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık*⁴⁸ davasıyla ilgili kararında da işaret ettiği üzere, makul bir şüphe için yeterli bir gerekçe oluşturamaz. Bu davada, başvuru sahipleri geçmişte terör suçundan hüküm giymişlerdir. AİHM, bu durumun diğer bulgulardan da hareketle şüpheleri güçlendirebileceğini kabul etmekle beraber, aslen başvuru sahiplerinin özgürlüklerinden mahrumiyetinin yalnızca bu durumdan kaynaklandığını tespit etmiştir. Şüphenin kişinin mevcut fiiliyle ilgili olması

⁴⁸ 30 Ağustos 1990.

şarttır. Sadece, güvenilir ancak gizli bilgi bulunduğu öne sürülerek – *Fox* davasında olduğu gibi – özgürlükten mahrumiyet uygulamasının hukuka uygun olup olmadığını inceleyen mahkemeye bu bilgilerin iletilmemesi durumunda, makul bir şüphe bulunduğu kabul edilmesi için yeterli bir gerekçe söz konusu olmayacaktır.

K.-F.Almanya davasında bu tür bir makul şüphe olduğuna karar verilmiştir. Bu davada ev sahibi, polise kiracılarının yükümlülüklerini yerine getirme niyetleri olmadığı iddiasıyla başvurmuş, daha sonra başvuru sahibi olan kiracılar kira suçu işledikleri gerekçesiyle yakalanmışlardır. Yapılan inceleme sonucunda, kiracıların verdikleri adresin bir posta kutusu numarasından ibaret olduğu tespit edilmiş ve kiracılardan birinin daha önceden işlediği bir suçtan ötürü soruşturmasının devam ettiği görülmüştür. *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davasında da AİHM, makul bir şüphe bulunduğunu tespit etmiştir. Bu davada, iki mağazada görevli bir

satıcının karşılıksız olması sebebiyle tahsil edemediği iki çek söz konusudur.⁴⁹

Lukanov-Bulgaristan davasında AİHM, başvuru sahibinin kamu fonlarının diğer ülkelere tahsis edilmesinde ne kendisi ne de bir başkası için herhangi bir menfaat sağlama arayışında olduğunu gösteren herhangi bir bilgi ya da bulgu olmadığını vurgulamıştır. Bu davada muğlak bir şekilde belli “pazarlıklar”a atıf yapılmış olması da doğal olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından bu tür bir gayri meşru amaç güdüldüğüne ilişkin yeterli bir kanıt olarak değerlendirilmemiştir. Ancak, *Lukanov* davasında asıl mesele, başvuru sahibi hakkındaki suçlamaların çoğunun Bulgaristan kanunlarına göre cürüm teşkil etmekte yeterli olmamasıdır. Bu durumda, bu davada bir suç söz konusu olmadığı nispeten net olmakla birlikte, AİHM bazı durumların, ceza kanununa göre belirli bir suç kapsamına girmesi sebebiyle yasaklanmış fiiller olarak değerlendirilip

⁴⁹ 25 Nisan 2000.

değerlendirilmeyeceği konusunun çok belirgin olmayabileceğini de kaydetmiştir.

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

Her ne kadar şüphenin makul olup olmadığının tespiti, beklenen suçlar için söz konusu olmasa da bu gerekçeyle özgürlükten mahrumiyetin yalnızca belirli ve somut suçlar için geçerli olabilmesi ve bu tür bir mahrumiyetin suçun önlenmesi amacıyla “makul ölçüde gerekli” addedilmesine ilişkin bu ortak şart, kesinlikle, 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerinin ihlâlinden kaçınmak için

mahrumiyet tedbirinde de aynı düzeyde şüphenin mevcudiyetinin kanıtlanması gerektiği anlamına gelecektir. Dolayısıyla, kişinin gerçekleştirdiği fiilin bir suç işlenmesiyle bağlantılı olduğunu gösterir yeterli objektif kanıtı ihtiyacı duyulacaktır. Neler olabileceğiyle ilgili birtakım önyargı ya da belirsiz korkulardan hareket edilmesi mümkün değildir.

Yargılama öncesi alıkoyma ihtiyacı

Her ne kadar bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişi hakkında cezaî takibat başlatmak ya da bir suçun işlenmesini önlemek, ilk bakışta şüphelilerin özgürlüklerinden mahrum edilmelerinde haklı bir gerekçe olarak görülebilir de, bu durum bu amaçla başlatılmış bir mahrumiyet tedbirinin sürdürülmesi için yeterli bir mesnet teşkil etmez. Alıkoyma halinin devamı, hem bu uygulamanın ilk başta hem de hâlihazırda haklı olup olmadığını tespit etmek

üzere en kısa sürede yargı denetimine tâbi olmalıdır. Yalnızca, alıkonulan kişinin bir suç işlediği ya da suç işlemeye teşebbüs ettiğine ilişkin hâlâ makul bir şüphenin geçerli olduğu gerekçesiyle, alıkoyma uygulamasının hâlihazırda haklı olup olmadığı sorusunun cevabı müspet olamaz. AİHM, ya hiçbir suç işlenmediğinin anlaşılması ya da kişinin bu suçta iştirak ettiğine dair şüpheleri bertaraf edebilmesi sebebiyle, kişinin ilk olarak özgürlüğünden mahrum edilmesini takiben makul şüphenin ortadan kalkabileceğine işaret etmiştir. AİHM, müteaddit olarak bir şüphenin mevcudiyetinin esas olduğunu, ancak belli bir süre geçtikten sonra kişinin alıkoyma halinin uzatılması için yeterli olmadığını belirtmiştir.⁵⁰ Bunun sebebi, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinde kişinin

⁵⁰ 10 Kasım 1969 tarihli *Stögmüller-Avusturya* davası, 12 Aralık 1991 tarihli *Clooth-Belçika* davası, 24 Ağustos 1998 tarihli *Contrada-İtalya* davası, *Jėčius-Litvanya* davası (asliye mahkemesi şüphenin mesnetsiz olduğu kararına varmıştır) ve 1 Ağustos 2000 tarihli *Barfuss-Çek Cumhuriyeti* davası.

yargılanması sürerken salıverilmesi hakkının bulunmasıdır. Kişinin yargılanması devam ederken alıkoyma halinin – özgürlük karfinesine rağmen – sürmesi de yalnızca, özgürlükten mahrumiyet tedbiriyle ilgili bir ya da birden fazla makul ve yeterli gerekçe olmasıyla mümkündür.

Alıkoyma süresinin uzatılma sebepleri, yalnızca bu sebeplerin söz konusu kişinin içinde bulunduğu şartlara uygulanabileceği hallerle sınırlıdır. Dolayısıyla, hiçbir zaman, belli bir sabıka kaydı olan ya da bazı suçları işlediklerinden şüphelenilen kişilerin yargılanmaları devam ederken salıverilme hakkından faydalanamayacaklarına dair bir kural getirilemez. Örneğin, *Caballero-Birleşik Krallık* davasında, başvuru sahibi tecavüze teşebbüs suçundan tutuklanmıştır. Daha sonra, istisnasız tüm cinayet, katliam ve tecavüz zanlılarının kefaletle salıverilmelerini yasaklayan bir kanun hükmüne istinaden mahkeme tarafından başvuru sahibinin kefaletle tahliye talebinin reddedilmesi neticesinde de İngiltere idaresinin, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerini ihlâl ettiğine karar

verilmiştir.⁵¹ Böyle bir kanun kabul edilemez, zira bu kanun, mahkemenin kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin şartları dikkate almasını engellemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin cinayet davalarında bile özgürlükten mahrumiyet süresinin uzatılmış olmasını haksız bulduğunu hatırdâ bulundurmak gerekir.⁵²

Ayrıca, ilk bakışta özgürlükten mahrumiyet süresinin uzatılmasını haklı kıldığı düşünülen sebepler, alıkoyma süresi uzadıkça haklılığını yitirebilir; bu sebeple tahliye taleplerinin önyargısız bir şekilde incelenmesi şarttır. Alıkoyma süresinin uzatılmasıyla ilgili haklı sebeplerin artık mevcut olmaması – ilk başta ya da daha sonraki bir aşamada – ancak hâlâ suçun işlendiğine ilişkin makul bir şüphenin bulunması durumunda ise, kişi kefaletle serbest bırakılmalıdır. Ancak bu durumda, tahliye,

kişinin kovuşturmaya katılmasının sağlanmasına yönelik bir takım teminatlara tâbi olabilir. Ancak, herhangi bir kişi için özgürlükten mahrumiyet uygulamasının devamına ilişkin hâlâ haklı sebepler gösterilebilmesine rağmen, bu kişinin makul bir süre içinde mahkeme huzuruna çıkarılmasının sağlanması da gerekir. Bu şart da bu tür bir özgürlükten mahrumiyet tedbirinin toplam süresini sınırlandırmaktadır.

Yargılanma öncesi kişiyi alıkoyma gerekçeleri

AİHM, bir suç işlediğine dair hakkında hâlâ makul şüphe bulunan bir kişinin yargılanma

⁵¹ 8 Şubat 2000.

⁵² 23 Eylül 1998 tarihli *I.A.-Fransa* davası; 26 Haziran 1991 tarihli *Letellier-Fransa* davası.

öncesi alıkoyma halinin devamına ilişkin dört gerekçe belirtmiştir.⁵³ Bu gerekçeler:

- Kişinin kaçması riski;
- Yargı sürecine müdahale riski;
- Suçu önleme ihtiyacı;
- Kamu düzenini muhafaza etme ihtiyacıdır.

Bir kişinin özgürlüğünden mahrumiyet halinin devamı uygulamasını haklı göstermek için yukarıda belirtilen gerekçelerin bir ya da birkaçının kullanılmaması, bu gerekçelerin ancak kişinin durumuna gerçekten uygulanabileceğinin yeterli ve açık bir şekilde⁵⁴ ortaya konmasından

⁵³ Bir kişinin aleyhindeki delillerin gücü dikkate alınabilir ancak bu tek başına alıkoyma halinin devamı için yeterli bir gerekçe teşkil etmez. Bkz. 27 Kasım 1991 tarihli *Kemmache-Fransa* davası (No.1 ve 2), *Mansur-Türkiye* davası ve 8 Haziran 1995 tarihli *Sargın-Türkiye* davası.

⁵⁴ 11 Temmuz 2000 tarihli *Trzaska-Polonya* davasında AİHM, kişinin tahliye talebinin reddinde gerekçe olarak ileri sürülen tekrar suç işleyebileceği riskinin, ulusal makamların hiçbir kararında açık bir şekilde belirtilmemiş olması sebebiyle geçersiz olduğuna karar vermiştir.

sonra geçerli olması esastır. Bu gerekçelerin hiçbirinin geçerli olmaması halindeyse, 5. Madde 3. Paragraf hükümleri çerçevesinde kişinin tahliye edilmesi gerekir.

Kişinin Kaçması Riski

Kişinin kaçması riski, özellikle şüphelinin ilk yakalanışı kolay olmamışsa ve fırsatını bulduğu anda kaçacak kişilerin söz konusu olması halinde, kolluk kuvvetlerini endişelendiren bir unsurdur. Ancak, – kaçmak için hiçbir engel olmasa bile – özgürlükten mahrumiyet uygulamasını devam ettirmekte tek başına bu genel olasılığa itibar etmek yeterli değildir.⁵⁵ Her zaman, bu tür bir riskin mevcut olup olmadığını anlayabilmek için o davaya özgü

⁵⁵ Bkz. *Stögmüller-Avusturya* davası. Bu davada, bir kişinin kanundan kaçması riskinin kaçma ya da ülke sınırları dışına çıkmasının kolay olması ya da bu ihtimalin bulunmasından kaynaklanmadığı belirtilmiştir.

tüm koşulların incelenmesi gerekir. İlk dikkate alınacak koşullar da elbette, sonuçları ve sonrasında kişinin katlanması gerekecek zararlar ne olursa olsun kişinin kaçmasına yol açabilecek olanlardır. Bu sonuç ve zararlar, söz konusu suç neticesinde kişiye verilecek cezanın özelliklerine bağlı olmakla birlikte, AİHM, çok ağır bir cezanın beklenebilecek olmasının tek başına alıkoyma halinin devamını haklı çıkarmayacağını müteaddit davalarda açıklamıştır.⁵⁶ Ayrıca, *Mansur-Türkiye* davasında AİHM, “kanıtların özelliklerinin” iddia edildiği şekilde başvuru sahibinin kaçması riskini doğurmadığını tespit etmiştir.⁵⁷

Geçmişte, kişinin kendisine bir suç isnat edilmesini takiben kaçmış olduğu durumlarda, takibatın sürdürülebilmesi için kişinin bir başka

⁵⁶ Bkz. 10 Kasım 1969 tarihli *Matznetter-Avusturya* davası; *Letellier-Fransa* davası; 26 Ocak 1993 tarihli *W.-İsviçre* davası; *Yağcı ve Sargın-Türkiye* davası ve 17 Mart 1997 tarihli *Muller-Fransa* davası.

⁵⁷ 8 Haziran 1995.

ülkeye iadesinin gerektiği hallerde⁵⁸, net bir şekilde alıkoymaktan ikrah söz konusuysa,⁵⁹ belirli kaçma planlarının tespit edildiği hallerde,⁶⁰ kişinin kaçmasını kolaylaştıracak şekilde bir başka ülkeyle bağlantılarının olduğu ya da takibatın kişinin bu tür bağlantılarının olmadığı bir ülkede sürdürüldüğü durumlarda⁶¹

⁵⁸ Bkz. 25 Nisan 2000 tarihli *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davası. Bu davada, başvuru sahibi Almanya’da yürütülen cezaî takibattan kaçmıştır.

⁵⁹ Bu durum 10 Kasım 1969 tarihli *Stögmuller-Avusturya* davasında önemli bir unsur olarak tespit edilmiştir.

⁶⁰ 10 Kasım 1969 tarihli *Matznetter-Avusturya* davası. Bu davada, kişinin ülke dışındaki bir hesaba havale gönderdiği, yurtdışına bir ziyarette bulunduğu ve bu şekilde yurtdışında bağlantılar kurduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bkz. 6 Haziran 2000 tarihli *Českez-Çek Cumhuriyeti* davası. Bu davada ise başvuru sahibi bir tanıdığına yüklü bir miktar para vermiş, bir başkasının kimliğini kullanarak bir otomobil satın almış ve sahte bir pasaport edinmiştir.

⁶¹ 26 Ocak 1993 tarihli *W.-İsviçre* davası. Bu davada başvuru sahibi bekâr bir erkektir ve ikâmetini Monte Carlo’ya nakletmiştir. Sık sık bir banka sahibi olduğu Anguilla’yı, ayrıca İngiltere, Almanya ve ABD’yi ziyaret etmektedir. Bu şekilde İsviçre dışında, kullanabileceği epey

ya da kişinin herhangi bir ülkeyle bağlantılı olarak birtakım problemler yaşamasının söz konusu olduğu durumlarda bir kaçma riskinden söz edilebilir.

Ancak, cezanın şiddetiyle ilgili olarak, bir kişinin özgürlüğünden mahrumiyet halinin sürdürülmesinde tek başına kaçma riskini öne sürerek bu unsurlara istinaden bir gerekçe ortaya koymak mümkün değildir. Davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde bu tür bir (ya da birkaç) unsurun ne önem taşıdığına tespit edilmesi gerekir – yakın bir inceleme neticesinde bu unsurların bir bölümünün mevcut dahi olmadığı, diğerlerinin yetersiz olduğu ya da diğer bazı unsurların kişinin fiilî davranışlarıyla çelişki arz

bir malî kaynak bulundurmaktadır ve ayrıca çeşitli pasaportları da vardır. *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davasında ise, başvuru sahibinin yurtdışında çeşitli ticarî temasları bulunmaktadır. 1 Ağustos 2000 tarihli *Barfuss-Çek Cumhuriyeti* davasında, başvuru sahibi Almanya'ya kaçabilirse Alman vatandaşlığına geçebilecek ve bu da kendisinin Çek Cumhuriyeti'ne iadesini imkânsız kılacaktır.

ettiği görülebilir.⁶² Daha sonra ise, bu unsurun (ya da unsurların) fiilî durum itibarıyla kişinin kaçması riski bulunduğunu ortaya koyup koymadığına bakarak önem derecesini belirlemek gerekir. Risk zaman geçtikçe azalacağından, yargılanma öncesi alıkoyulma süresi ne kadar uzunsa AİHM de bu konudaki denetimini o kadar sıkı tutacaktır. Örneğin, *I.A.-Fransa* davasında Mahkeme, beş yıldan uzun sürdüğü öne sürülen bir kaçma riskinin ortaya konuş şekliyle ikna olmamıştır.

Kişinin ailevî sebeplerden ötürü kalmak zorunda olduğu ya da en azından kaçması ihtimalinin düşük olduğunun düşünüldüğü

⁶² 10 Kasım 1969 tarihli *Stögmüller-Avusturya* davasında, başvuru sahibi (pilotluk brövesi olan bir kişi) şartlı tahliye edildiği bir süre boyunca pek çok kez yurtdışına uçmuş ve her seferinde geri dönmüştür; bir seferinde geri dönüşündeki ufak bir gecikmenin sebebi ise tatminkâr bir şekilde açıklanmıştır. Benzer bir şekilde, *Letellier-Fransa* davasında, başvuru sahibi daha önce serbest bırakıldığı dört haftalık bir süre boyunca hiçbir kaçma teşebbüsünde bulunmamıştır.

durumlar olabilir.⁶³ Ayrıca, kişinin karakterinden, ahlâk anlayışından, statüsünden veya sorumluluklarından,⁶⁴ geride bırakmak zorunda kalacağı varlığı, geçmişte serbest bırakıldığında gösterdiği güvenilir tavırlar⁶⁵ ve adlî kovuşturmayaya katılmasını sağlamak için kendisine verilen teminatlardan⁶⁶ kaynaklanan

⁶³ Bkz. *Letellier-Fransa* davası. Bu davada başvuru sahibi, küçük çocukları olan bir annedir.

⁶⁴ Bkz. *Letellier-Fransa* davası. Bu davada başvuru sahibi, kendisinin tek gelir kaynağı olan bir şirketin yöneticisidir. *Matznetter-Avusturya* davasında ise, başvuru sahibinin başka durumlarda kişinin kaçabilmesi ihtimalini önemli bir şekilde azaltacak ciddi bir rahatsızlığı olmasına pek itibar edilmemiştir. *Yağcı ve Sargın-Türkiye* davasında ise, başvuru sahipleri haklarında takibat açılması riskinin farkında olmalarına rağmen kendi istekleriyle ülkelerine geri dönmüşlerdir.

⁶⁵ Bkz. *W-İsviçre* davası.

⁶⁶ *Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında, başvuru sahibine sürekli olarak serbest bırakılmasını sağlamak için büyük miktarda bir kefalet temin edemeyeceği intibahı verilmiştir. Ancak, *Letellier-Fransa* davasında, ulusal mahkemeler kişinin serbest bırakılmasıyla ilgili yeterli güvencelerin bulunmadığını

sebeplerden ötürü kaçma riski düşük olabilir. Tüm unsurlar – hem kaçmak hem de kaçmamakla ilgili – dikkate alındıktan sonra genel bir risk değerlendirmesi yapılması gerekir. Elbette, neden kaçma riski bulunduğu konusuna hiçbir açıklama getirilmeyen basmakalıp ifadelere dayalı bir yargı kararı hiçbir zaman AİHM tarafından kabul edilebilir bulunmayacaktır.⁶⁷

Ayrıca, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet tedbirinin sürdürülmesinde yegâne gerekçenin kişinin kaçması riski olması halinde, AİHM, 5. Madde 3. Paragrafın son cümlesine göre, kişinin salıverilmesini duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlamak mümkün olduğunda, söz konusu kişinin serbest

kanıtlamamışlardır. Ayrıca, *Stögmüller-Avusturya* davasında AİHM, başvuru sahibinin netice itibarıyla teminatla tahliye edilmiş olmasına rağmen tahliyesinden uzun süre önce zaten kendisinin bu tür bir teminat verme talebinde bulunmuş olduğunu tespit etmiştir.

⁶⁷ Bkz. *Yağcı ve Sargın-Türkiye* davası.

birakılması gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁸ Ancak, bu tür teminatlar temin edilemese ya da güvenilir bulunmasa da, tüm davalarda, kişinin kaçmamasını sağlamak için özgürlükten mahrumiyet dışındaki diğer uygun tedbirler de dikkate alınmalıdır. Bu tedbirler, kişinin belirli bir adreste ikâmet etmesinin istenmesi, seyahat evrakını ilgililere teslim etmesi veya sık sık polise bildirimde bulunmasının talep edilmesi şeklinde olabilir.⁶⁹

Yargı sürecine müdahale riski

Yargı sürecine müdahale riski, yargı görevini yürüten herkesin paylaştığı meşru bir

⁶⁸ 27 Haziran 1968 tarihli *Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti* davası.

⁶⁹ *Stögmüller-Avusturya* davasında AIHM, başvuru sahibinin ülkeyi terk etmesinin önlenmesi için kendisinden pasaportunu teslim etmesi talebinde bulunulabileceğini tespit etmiştir.

endişe olup, bu sebeple bir kişinin alıkoyulma halinin devamına karar verilmesi şaşırtıcı değildir. Sanık durumunda olan bir kişi, rahatlıkla, serbest bırakılmasından istifade ederek, şahitlere aleyhte tanıklık yapmalarını doğrultusunda baskı uygulama,⁷⁰ soruşturmaya alınabilecek diğer kişilere taktik verme, davaya karışan herhangi bir kişiye sorgulamada ne tür cevaplar vermesi gerektiği konusunda hileyle

⁷⁰ *Letellier-Fransa* davasında, yargılamanın hazırlık aşamasında şahitlere baskı uygulanması konusunda ciddi risk olduğu kabul edilmiş ancak bu riskin daha sonra azaldığı ve zaman içinde fiilen ortadan kalktığı tespit edilmiştir. Başvuru sahibinin serbest bırakılması talebinin ilk olarak reddedilmesinden sonra bu davaya bakan tüm Fransız mahkemelerinin söz konusu riskle ilgili bu durumu gözardı etmiş olması, bu riske istinaden özgürlükten mahrumiyet tedbiri alınmış olmasını kesinlikle haksız kılmaktadır. Şahitlere baskı yapılması riski *I.A.-Fransa* davasında da tespit edilmiştir. Ancak bu davada söz konusu riskin, yalnızca soruşturmanın ilk aşamasında geçerli olduğu görülmüştür.

başvurma⁷¹ ve hatta çeşitli belge ve diğer somut kanıtları imha etme⁷² veya tahkikatı kesintiye uğratabilecek başka yöntemlere başvurma yoluyla⁷³

⁷¹ *W.-İsviçre* davasında, başvuru sahibinin personelinin sahte kanıt hazırlama ya da şahitlerle işbirliği yapma konusunda etkileme riski bulunduğu tespit edilmiştir.

⁷² Kanıtların gizlenmesi doğrultusunda mahkemelerin duyduğu endişe, *Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında söz konusu suçların özelliği (güvenin kötüye kullanılması ve bankaya ait malî kaynakların uygunsuz kullanımı) ve davanın son derece karışık olması sebebiyle haklı bulunmuştur. Ancak, AİHM, ulusal temyiz mahkemesinin bile bu riskin ortadan kalkıp kalkmadığına ilişkin şüpheleri olduğunu tespit etmiş ve takibatla ilgili hazırlıklarının tamamlanması aşamasına ne kadar kısa sürede ulaşırsa mahkemenin bu endişesinin o ölçüde geçerli olamayacağına işaret etmiştir.

⁷³ Bkz. *Clooth-Belçika* davası. Bu davada AİHM, başvuru sahibinin başlangıçta birtakım farklı ve değişik ifadeler vermek suretiyle soruşturmayı zorlaştırmış olduğunu tespit etmekle beraber, soruşturmanın gerektirdiği şartların alıkoyma süresinin uzatılmasını haklı kılmadığını vurgulamıştır. Soruşturma sürecinde alınması icap eden belirli tedbirlerin engellenmesi tehlikesinin bulunduğu öne sürülüyorsa, bu tedbirlerin alınmasından sonra alıkoyma halinin devam etmesi haklı bulunmayacaktır. *Clooth*

kendisi aleyhine bir dava açılmasını engelleyebilir.

Ancak, bu ihtimallere yalnızca soyut düzeyde itibar edilemez; özgürlüğünden mahrum edilen kişi açısından bu ihtimalleri somut ve fiilî olarak destekleyen şartların bulunması gerekir.⁷⁴ Ayrıca, çoğu durumda, bu ihtimaller soruşturmanın ilerleyen aşamaları – ifadelerin alınması, bulguların teyit edilmesi – tamamlandıktan sonra daha az geçerli olacak ve tüm soruşturma süreci tamamlandıktan sonra da özgürlükten mahrumiyet uygulamasının sürdürülmesi için genellikle kabul edilebilir bir gerekçe olmaktan çıkacaktır.⁷⁵ Ancak, AİHM her

davasında bu şartın yerine getirilmemiş olması, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğine karar verilmesinde önemli bir unsur olmuştur.

⁷⁴ *Trzaska-Polonya* davasında, alıkoyma halinin devamında itibar edilen bu tür koşullar bulunmadığı tespit edilmiştir.

⁷⁵ Bkz. *Muller-Fransa* davası. Bu davada, soruşturma ve başvuru sahibinin mahkemeye çıkarılması, kişinin hüküm giymesinden yaklaşık bir yıl önce gerçekleştirilmiştir. *I.A.-Fransa* davasında ise, başvuru sahibinin karısını

zaman, davaya özgü bulgular ışığında değerlendirmesini yapacaktır. Bu bulgular bazı son derece istisnâî durumlarda, kişinin yargı huzuruna çıkarılıncaya kadar özgürlüğünden mahrum edilmesini haklı kılabilir.⁷⁶

öldürürken yalnız olmayabileceği ihtimali başlangıçta makul görülmeyle birlikte, bu tezi destekleyen hiçbir kanıt bulunamaması sebebiyle, suçlunun herhangi bir işbirliği içinde hareket etmiş olabileceği endişesi daha sonra ortadan kalkmıştır.

⁷⁶ *W.-İsviçre* davasında, davanın istisnâî içeriği (altmış şirketin yönetimini ilgilendiren bir dolandırıcılık suçu), el konulan belgelerin çok sayıda ve kasıtlı olarak karışık tutulmuş olması, çok sayıda şahidin ifadelerinin alınmasının gerekmesi (bir bölümü yurtdışında olmak üzere), başvuru sahibinin sistematik olarak, salıverilme öncesi ve sonrası sorumlu tutulmasına yol açabilecek kanıtları ortadan kaldırma niyetini yansıtan davranışları (hesaplarda sahtecilik yapma ya da hesapları imha etme gibi), hâlihazırda bulunamayan kanıtların başvuru sahibi tarafından yok edilebileceğine, sahte kanıt hazırlanabileceğine ve şahitlerle suç ortaklığı yapılabileceğine yönelik endişeler ve soruşturmanın Almanya'da işlenen suçları da kapsamı sebebiyle, kişinin mahkemeye çıkartılıncaya kadar geçecek sürede bir işbirliğine girmesi ciddi bir risk olarak tespit edilmiştir. Bu çerçevede, şüphesiz, takibatın çeşitli safhalarında başvuru sahibinin kendisini aklayacak kanıtlar hazırladığı, evrak üzerine geçmiş tarihler attığı ve şahitleri yönlendirdiğine ilişkin dava dosyasında yer alan

Suçü önleme ihtiyacı

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

bulgular önem kazanmaktadır. Ancak, bu durumun özgürlükten mahrumiyet halinin devamında yegâne gerekçe olmadığını vurgulamak gerekir; ayrıca başvuru sahibinin kaçması riski de bulunmaktaydı. İsviçre idaresi bu davada ayrıca, başvuru sahibinin başka suçlar işlemesinin önlenmesi gereğine de itibar etmiştir. Bu gerekçelerle gerçekleştirilen özgürlükten mahrumiyet uygulaması, başvuru sahibinin hileye müracaat etmesi ve kaçma riski haklı gerekçeler olarak değerlendirildiği için ki AİHM de bu görüşü paylaşmaktadır, temyiz mahkemeleri tarafından incelenmemiştir.

söz konusu kişinin geçmişte davaya konu olan suça benzer ya da aynı tür suçtan hüküm giymiş olması da, soruşturmanın başlangıç tarihinden itibaren kişinin alıkoyulması kararının verilmesine yol açan bir (ya da birkaç) suçtan hüküm giymesine kadar geçen sürede işlendiği anlaşılan diğer suçlar da önem kazanacaktır.⁷⁷ Ancak, bu tür durumlarda kişinin alıkoyulma halinin devamı, söz konusu suçların tür ve şiddetinin daha önceki suçlara benzerlik taşımaması halinde doğru olmayacaktır.⁷⁸ Ayrıca, kişinin şartlı tahliye edildiği dönemde başka suçların işlenmiş olduğu ihtimallerinin – alıkoyma halinin devamı için öne sürülebilir –

⁷⁷ *Assenov-Bulgaristan* davasında olduğu gibi.

⁷⁸ *Clooth-Belçika* davası bir cinayet ve kundaklama davasıdır. Bu davada başvuru sahibi, daha önce büyük soygun teşebbüsü ve firardan hüküm giymiştir. Başvuru sahibinin çeşitli silâhlı soygunlarla suçlandığı *Muller-Fransa* davasında ise, daha önceki olaylara atıfta bulunulmuştur.

kesinlikle kanıtlanması gerekir;⁷⁹ maddî sıkıntılarını kişiyi başka suçlar işlemeye sevk edebileceği doğrultusundaki argüman ikna edici olmaktan uzaktır.⁸⁰ Ayrıca, başvuru sahibinin psikiyatrik tetkiklerden geçmesi gerekebileceği, bu tetkiklerin kişinin tedavi olması gerektiğini ortaya koyabileceği ve kişi tedavi edilmeden alıkoyma halinin devamının doğru olmayacağı da hatırdan tutulmalıdır.⁸¹ Buna ilâveten, özelliği gereği gerçekleşmesi uzak bir ihtimal olan bir suçun işlenmesi endişesine istinaden alıkoyma

⁷⁹ *Stögmuller-Avusturya* davasında AİHM, gerekçe olarak belirtilen şikayetlerin yalnızca bir bölümünün bu tür bir yargılamaya yol açabileceğini vurgulamıştır.

⁸⁰ Bu durum özellikle *Stögmuller-Avusturya* davasında söz konusudur. Bu davada başvuru sahibi, isnat edilen suçlarla bağlantılı faaliyet konusu tefecilik mesleğini değiştirerek havacı olmuştur.

⁸¹ *Clooth-Belçika* davasında, psikiyatr, başvuru sahibinin hareketlerini kontrol etmesine imkân vermeyen ciddî ruhsal sorunlar yaşaması sebebiyle uzun süre tedavi görmesi gerektiğini bildirmiştir.

süresinin uzatılmasını haklı kılmaya çalışmak da doğru değildir.⁸²

Kamu düzenini koruma ihtiyacı

Sanığın korunması dahil olmak üzere kamu düzeninin muhafaza edilmesi ihtiyacı, *Letellier-Fransa* davasında alıkoyma halinin devamına mesnet teşkil edebilecek bir gerekçe olarak tespit edilmiştir. Ancak AİHM, bu kararın istisnaî hallerde, yani söz konusu kişinin salıverilmesi durumunda, salıverildiği andan itibaren fiilen kamu düzenine zarar verebileceğinin kanıtlanması halinde haklı olabileceğini vurgulamıştır. Dolayısıyla bu gerekçe, âdeta kişiye verilecek nihâî cezanın şiddetini dikkate alarak kişiye bir gözaltı cezası

⁸² Bkz. *I.A.-Fransa* davası. Bu davada, başvuru sahibinin karısını öldürdüğü iddia edilmektedir. Davada hiçbir şekilde, duyulan endişeye dayanak teşkil edecek bir bulgu yoktur.

vermek için bir yol olarak kullanılamaz. Ya da sadece söz konusu suçun özellikleri sebebiyle itibar edilecek bir gerekçe olamaz.⁸³

Her ne kadar cinayet gibi ağır bir suçta verilecek tepkinin – kurbanın yakınları ya da kamuoyu olarak – kamu düzenine zarar verebileceği endişelerini haklı göstermeye yeterli olabilse de AİHM *Letellier* davasında, kamu düzeninin zarar gördüğüne ilişkin hiçbir somut bulgu olmadığına işaret ederek maktulün annesi ve kız kardeşinin de başvuru sahibinin salıverilmesine itiraz etmediğini vurgulamıştır. Ayrıca, *I.A.-Fransa* davasında cinayet kurbanının yakınlarının misilleme yapabileceğine ilişkin olarak öne sürülen endişeler de hem muğlak olmaları, hem de maktulün yakınlarının büyük bir bölümünün Lübnan’da yaşıyor olmalarından

⁸³ Bkz. *I.A.-Fransa* davası. Bu davada AİHM, ne suçun özelliğine (başvuru sahibinin karısını öldürmüş olması) ne de bu suçun işlendiği şartlara ilişkin ulusal mahkemelerin verdiği kararlarda gösterdiği gerekçeleri ikna edici bulmuştur.

hareketle, AİHM tarafından imkân dahilinde görülmeyerek geçerli bulunmamıştır. Ayrıca AİHM, bu gerekçenin yalnızca kamu düzeninin zarar görmesi tehlikesi bulunduğu süre zarfında geçerli olabileceğini vurgulamıştır. Belli bir suçun işlenmesini takiben ilk şok atlatıldıktan sonra kamuoyunun misilleme ihtimali de azalabilir.

Kefaletle ilişkin şartlar

Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafında, kefalet hakkını güvence altına alan, kovuşturma devam ederken kişinin kefaletle salıverilebilmesine imkân tanıyan sağlam bir karîne bulunmaktadır. Bu karîne, yargılanma süreci geciktikçe daha da pekişmiş olur. Kefaletle salıverilme talebi ancak, AİHM'nin tespit ettiği dört gerekçe söz konusuysa haklı olabilir: sanığın kaçması, yargı sürecine müdahale, suçun önlenmesi ve kamu düzeninin korunmasına

ilişkin tehlikelerin bulunması – yukarıdaki paragraflarda ele alınan şartlar çerçevesinde.

Kefaletle salıverme, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamaya yönelik bir tedbir olduğu için, belirlenecek kefalet miktarının da bu amaca uygun olması gerekir. *Neumeister-Avusturya*⁸⁴ davasında, ulusal makamlar kefalet miktarını yalnızca başvuru sahibine atfedilen zararın tutarını esas alarak hesaplamıştır. AİHM ise, kefalet miktarının sanığın yol açtığı zararın tazminini değil, sanığın duruşmaya katılmasını sağlayacak düzeyde olması gerektiğine işaret ederek, bu durumun 5. Madde 3. Paragraf hükümlerine aykırı olduğu kararına varmıştır. Salıverme karşılığı talep edilen kefalet, sanık üzerinde makul düzeyde güvenliği sağlamak için gerekenden daha ağır bir yük oluşturmamalıdır. Sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamak için gereken güvenlik tedbirinin özellikleri ve tutarı, duruşma öncesi sanığın alıkoyulmasını haklı kılan gerekçeye uygun olmalı ve bu

⁸⁴ 27 Haziran 1968.

gerekçeden hareketle belirlenmelidir. Bu amaçla maddî bir teminat talep edilebilse de⁸⁵ bu teminatın miktarı sanık, sanığın serveti ve teminatı sağlayan kişiyle olan ilişkisi dikkate alarak belirlenmelidir. Yetkili makamların sanığın servetine ilişkin kendilerine iletilen bilgi çerçevesinde kefalet miktarını doğru bir şekilde belirleme sorumluluklarının bulunmasının yanı sıra, sanığın da kendisine ait servete ilişkin bilgi vermesi gerekir. “Sanığın kaçması ihtimali karşısında yeterince caydırıcı” olmanın ötesinde yüksek bir kefalet tutarı belirlenmesi, kefalet hakkının ihlâli anlamına gelir.⁸⁶ Maddî teminatların dışında, kişinin pasaportunu teslim etmesi gibi teminatlar da aynı şekilde, sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaya yönelik olarak talep edilebilir.⁸⁷

Ancak, sanığın kaçma ihtimalinin yüksek olduğunun kanıtlandığı bazı özel durumlarda

⁸⁵ *Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti* davası.

⁸⁶ *Neumeister-Avusturya* davası.

⁸⁷ *Stögmüller-Avusturya* davası.

kefalet miktarı ne olursa olsun, yetersiz görülebilir. *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davasında, ulusal mahkemeler başvuru sahibinin kefaletle serbest bırakılması talebini reddetmiş (başvuru sahibi 15,000,000 CZK'ya varan bir kefalet ödeme talebinde bulunmuştur), bir tek şartı dikkate alarak – o da başvuru sahibinin sağlık sorunlarıdır – ve başvuru sahibinin 30,000,000 CZK tutarında bir kefalet ödemesi koşuluyla başvuru sahibinin tahliye talebinin değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu durumda, başvuru sahibinin gerçekleştirdiği fiilleri de dikkate alarak (başvuru sahibi 28,400,000 CZK tutarında iki adet karşılıksız çek vermiştir; tutuklanmadan önce, 338,856,000 CZK ve 236,000,000 CZK tutarında iki mağaza satın almak için, 150,000,000 CZK'lık taksitlerle ödeme yapma taahhüdünde bulunmuştur), kefaletle salıverilme talebinin reddedilmesinin ve mahkemenin başvuru sahibinin belirttiğinden daha yüksek bir kefalet bedeli tespit etmiş olmasının 5. Madde 3.

Paragraf hükümlerini ihlâl etmediğine karar vermiştir.⁸⁸

Yargılama öncesi alıkoyma süresinin uzunluğu

Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafında, yargılama esnasında özgürlükten mahrumiyet süresinin hiçbir zaman makul bir süreyi geçmemesi gerektiği belirtilmektedir. AİHM, müteaddit davalarda şu karara varmıştır:

Bir davada alıkoyma halinin sürdürülmesi, ancak, masumiyet karînesine rağmen özgürlük hakkından feragat edilmesini gerektirecek ölçüde

⁸⁸ 25 Nisan 2000; AİHM bu davada başvuru sahibi hakkında bir başka ülkeye iadesine yönelik işlemler başlatıldığı için başvuru sahibinin tekrar alıkonulabileceğine de işaret etmiştir.

*aslî bir kamu menfaati bulunduğuna dair açık bulgular olması halinde haklıdır.*⁸⁹

AİHM ayrıca, tutuklanan kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin mevcudiyetinin, alıkoyma halinin sürdürülmesinin hukuka uygunluğunda *olmazsa olmaz* bir şart olduğunu düşünmekle birlikte, belirli bir süre geçtikten sonra bu şartın artık yeterli olmayacağını da vurgulamıştır. Dolayısıyla, AİHM, yargı makamlarının belirttiği diğer dayanakların özgürlükten mahrumiyeti haklı kılmaya devam edip etmediğine bakacaktır. Bu tür dayanakların mevcut olması ve “uygun ve yeterli” bulunması halinde, AİHM bir sonraki aşamaya geçer ve yetkili makamların takibat esnasında “özel bir titizlik” gösterip göstermediğine bakar.⁹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin alıkoyma hali olarak telâkki ettiği süre, kişinin

⁸⁹ Bkz. *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davası vb.

⁹⁰ Bkz. *W.-İsviçre* davası, *Assenov-Bulgaristan* davası ve *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davası.

yakalandığı andan başlayan ve salıverilmesine kadar devam eden süredir. Kişi mahkemesi devam ederken serbest bırakılmamışsa söz konusu sürenin, birinci derece mahkeme bir karara (beraat ya da mahkûmiyet) vardığı anda sona erdiği düşünülür. Sanık birinci derece mahkemede hüküm giydikten sonra devam eden alıkoyma – örneğin temyiz aşamasında – süresi dikkate alınmaz. AİHM, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin, 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası hükümleri uyarınca, sanığın mahkemede hüküm giymesinden sonra alıkoyma halinin devam etmesi durumunu kapsamadığına karar vermiştir.⁹¹ Ancak, temyiz mahkemesi tarafından ilk karar bozulur ve yeniden yargılama kararı verilirse, kararın bozulmasından yeniden yargılama sonucu verilecek karara kadar geçen süredeki alıkoyma da dikkate alınır.⁹² Bu durum, ilk mahkeme kararı bozuluncaya kadar verilen cezaya istinaden devam eden mahkûmiyet

⁹¹ 28 Mart 1990 tarihli *B.-Avusturya* davası.

⁹² *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davası.

süresinin de 5. Madde 3. Paragraf çerçevesinde yargılama öncesi alıkoyma hali olarak addedileceği anlamına gelmez.⁹³

Ayrıca, her ne kadar AİHM yalnızca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir devlet tarafından imzalanarak onaylanmasını takip eden sürede o devlet tarafından gerçekleştirilen alıkoyma uygulamalarını değerlendirme yetkisine sahipse de, söz konusu devletin Sözleşmeyi onayladıktan sonraki uygulamalarının makul olup olmadığının tespit edilmesinde, o devletçe Sözleşmenin onaylanması öncesinde gerçekleştirilen alıkoyma uygulamalarının sürelerinin de AİHM tarafından dikkate alınacağını unutmamak gerekir.⁹⁴

Neyin “makul” olduğunun tespitinde AİHM, hiçbir zaman, “yargılama öncesi azamî bir alıkoyma süresi vardır”, şeklinde bir görüşü kabul etmemiştir. Zira böyle bir yaklaşım *soyut*

⁹³ *I.A.-Fransa* davası.

⁹⁴ *Mansur-Türkiye* davası, *Trzaska-Polonya* davası, *Jėčius-Litvanya* davası ve *Kudla-Polonya* davası.

bir değerlendirme yapılmasına yol açar. Halbuki kararın her zaman, her bir davaya ait bütün özellikler dikkate alınarak verilmesi gerekir.⁹⁵ Ne kadar kısa olursa olsun, her zaman her sürenin haklılığının kanıtlanması gerekir. AİHM hukuku, davanın kendine özgü şartlarının önemini kanıtlamıştır. Bir yıldan uzun süreler aşırı uzun

⁹⁵ *Stögmüller-Avusturya davası, W.-İsviçre davası, Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti davası, W.-İsviçre davasında* hâkim Pettiti'nin karşı görüşünde belirttiği karşılaştırmalı incelemelerden çıkarılan ortalama süreleri hatırd tutmak gerekir. Bu süreler genel olarak, iki ya da üç aydan, ekonomik suçlarda ve iflâs halinde ise bir yıldan daha kısadır. Bu rakamlar Avrupa Konseyi'nin genişleme sürecinden sonra geçerli olmayabilir ancak yine de bir davada yargılama öncesi alıkoyma süresinin çok daha uzun tutulmasını gerektiren unsurlar olup olmadığını tespitinde bir başlangıç noktası olmaya devam edebilirler. Ayrıca, 5. Madde 3. Paragrafta öngörülen makul olma teminatı yalnızca özgürlüğünden mahrum edilen kişiler için geçerlidir. AİHM'nin, tüm cezaî takibatlar için geçerli olan 6. Madde 1. Paragraf hükümlerine göre cezaî takibat süresinin makul olması şartının, kabul edilebilirlik bakımından bir kural olarak benimsenmemesi doğrultusundaki kararlarını da dikkate almak gerekir, zira başvuru sahipleri her zaman alıkonulmadığı hallerde gecikme konusunda daha fazla esneklik sağlanabilir. *I.A.-Fransa ve B.-Avusturya davalarında* AİHM, 6. Madde 1. Paragraf hükümlerinin değil, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

telâkki edilse de⁹⁶ iki ilâ üç yıl arasındaki süreler çeşitli davalarda hem kabul edilebilir hem de kabul edilemez bulunmuştur.⁹⁷ Benzer bir şekilde, üç ilâ dört yıllık süreler de bazı davalarda kabul edilebilir, bazılarında ise kabul edilmez bulunmuştur.⁹⁸ Beş yılı aşan süreler haklı bulunmamıştır.⁹⁹

İç hukukta yargılama öncesi sanığın azamî ne kadar bir süre alıkonulabileceğine ilişkin bir hüküm bulunması, Sözleşmeye uygunluk açısından bir sorun teşkil etmez.

⁹⁶ *Jėčius-Litvanya davası* (14 ay 26 gün).

⁹⁷ *Letellier-Fransa davası* (2 yıl 9 ay); *Punzelt-Çek Cumhuriyeti davası* (2 yıl 6 ay); *Stögmüller-Avusturya davası* (2 yıl 1 gün); *Kudla-Polonya davası* (iki yıl dört ay üç gün).

⁹⁸ Bu tür bir süre, *W.-İsviçre davasında* kabul edilebilir bulunmuştur (4 yıl 3 gün). Ancak, *Clooth-Belçika* (3 yıl 2 ay 4 gün), *Muller-Fransa* (3 yıl 11 ay 27 gün), *Çesk-Çek Cumhuriyeti* (3 yıl 3 ay 7 gün), *Trzaska-Polonya* (3 yıl 6 ay), *Barfuss-Çek Cumhuriyeti* (3 yıl 5 ay 19 gün) davalarında bu süre kabul edilmez bulunmuştur.

⁹⁹ 27 Şubat 1992 tarihli *Birou-Fransa davası* (5 yıl 2 ay 27 gün) (dostâne çözüm bulunan bir dava); *I.A.-Fransa davası* (5 yıl 3 ay) (ancak bu davada süreye ilişkin gerekçeler bu süre sona ermeden çok önce ortadan kalkmıştır).

Ancak, tek başına bu tür bir azamî süreden hareket etmek, aslen bir davanın kendine özgü koşullarının makul bir süre geçip geçmediğini belirlemesi sebebiyle, yanıltıcı olacaktır.

Uzun süreli alıkoyma uygulamalarının kabul edilebilir bulunduğu davalar, daha ziyade, suçun özellikleri¹⁰⁰ ve/veya olaya karışan potansiyel şüpheli sayısı ya da sanığın davranışları sebebiyle davanın karmaşık olmasından kaynaklanan birtakım zorlukların bulunduğu davalardır. Ancak, bir davanın özellikle karmaşık bir hal almasına yol açan unsurlar, yalnızca ilgili makamların takibat esnasında fiilen “gerekli titizliği” göstermiş olduğu durumlarda¹⁰¹ özgürlükten mahrumiyetin

¹⁰⁰ Bu durum özellikle dolandırıcılık suçları için geçerlidir.

Ancak, çok sayıda evrakın incelenmesi ve çok sayıda tanığın ifadelerinin alınması gereken diğer davalar için de geçerlidir. Örneğin, 26 Ocak 1993 tarihli *W.-İsviçre* davası (altmış şirketin yönetiminin dahil olduğu büyük bir dolandırıcılık davası).

¹⁰¹ Her ne kadar bu şart tüm davalarda aransa da AİHM, bu şartın reşit olmayan bir kişinin söz konusu olduğu 28 Ekim 1998 tarihli *Assenov-Bulgaristan* davasında özellikle önemli olduğunu tespit etmiştir.

süresinin uzatılması için bir gerekçe olabilir. 5. Madde 3. Paragraf hükümleri ihlalleri çoğunlukla yargılama öncesi davanın tetkik aşamasında uzun süre hiçbir işlem yapılmamış olması,¹⁰² bilirkişilerden kaynaklanan gecikmeler,¹⁰³ imkân ya da çalışma şartlarının yetersizliği,¹⁰⁴ personel sıkıntısı¹⁰⁵ ve bir şahidin güvenlik sebebiyle

¹⁰² *Assenov-Bulgaristan* davası. Bu davada aslen bir yıl boyunca hiçbir işlem yapılmamıştır. *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davasında ise, birinci derece mahkeme, ilk kararı bozulduktan ancak on ay geçtikten sonra dava hakkında ikinci kararını vermiştir. *Barfuss-Çek Cumhuriyeti* davasında, davanın karmaşık bir dava oluşundan başka hiçbir mazeret ortaya konmaksızın sanığın hakkında bir suçlama getirilmesi ve gözaltına alınışı arasında 11 aylık bir süre geçmiş ve daha sonra da soruşturmanın devamı kararıyla sanık hakkındaki kararın bozulması ve ilk duruşma arasında da sekiz aylık bir gecikme daha söz konusu olmuştur.

¹⁰³ Genellikle bilirkişi raporunun belirlenen tarihte takdim edilemeyişi; bkz. *Clooth-Belçika* davası.

¹⁰⁴ *Assenov-Bulgaristan* davası. Bu davada AİHM, başvuru sahibi tahliyesi talebiyle her temyiz başvurusunda bulunduğu, ilgili makama evrakın bir nüshasının değil, aslının gönderilmesi sebebiyle soruşturmanın askıya alınmış olmasından ötürü gereksiz zaman kaybedildiğini tespit etmiştir.

¹⁰⁵ Personelin yeterli düzeyde olması açısından *Stögmüller-Avusturya* davası; *Clooth-Belçika* ve *Muller-Fransa* davalarında ise terfi, yeni atamalar ve emeklilik sebebiyle bir davaya bakan

kimliğinin gizli tutulmasının gerekmesi¹⁰⁶ sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Verilmesi söz konusu olan cezanın ağırlığına istinaden, davayla ilgili gerçekler – örneğin, tutuklanan kişinin bir ailesi ve istikrarlı bir hayatı olması ve zaman içinde kişinin bir hileye başvurması ya da kaçması tehlikesinin ortadan kalktığı haller – tamamen göz ardı edilerek mahkemelerin yargılama öncesi alıkoyma sürelerini uzun tuttuğu durumlarda kesinlikle 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâli söz konusudur. Bu durum, *Ilijkov-Bulgaristan* davasında tespit edilmiştir. Bu davada başvuru sahibi, yargılama öncesi üç yıl dört ay alıkonulmuştur.¹⁰⁷ Ayrıca bu davada AİHM, ulusal mahkemelerin ortaya koyduğu kanıtları da – başvuru sahibinin salıverilmesini

kişilerin değişmesi söz konusudur. *Trzaska-Polonya* davasında, tetkik hâkiminin hastalanmasından sonra mahkemede görevli hâkimlerin değiştirilmesinin gerekmesi sebebiyle dokuz ay boyunca duruşma yapılmamıştır.

¹⁰⁶ *Clooth-Belçika* davası.

¹⁰⁷ 26 Temmuz 2001.

temin edecek hiçbir istisnaî şart bulunmadığına dair – kabul edilmez bulmuş ve bu konuda ispat yükünü alıkonulan kişiye aktarmıştır. Öte yandan, yargılama öncesi alıkoyma süresinin uzatılmasının gerekçelerini ortaya koymak yükümlülüğü ise alıkonulan kişiye değil, ilgili mercilere aittir.

Karmaşık davalarda AİHM'nin, görevlilerin soruşturmayı en kısa süre içinde gerçekleştirdiğine ve herhangi bir imkânsızlık ya da personel veya ekipman sıkıntısı sebebiyle bir gecikme olmadığına kâni olması halinde, uzun süreli alıkoyma hali kabul edilebilir bulunmuştur.¹⁰⁸ Bu tür durumlarda, istisnaî özellikleri olan bir dava için bu davanın özel olarak oluşturulmuş bir birim tarafından ele alınmış olması ya da mevcut kaynaklara ilâveten ek kaynak yaratılmış olması özellikle önem kazanabilir. Ancak her şeyden önce, kovuşturmayla ilgili işlemlerin toplam süresinin takip edildiği ve bu süreci hızlandırmak için

¹⁰⁸ Örneğin *W.-İsviçre* davası.

gereken her çabanın sarf edilmiş olduğunu gösterebilmek şarttır. Bu tür bir takip uygulaması ve işlemlerin hızlandırılmasının teşviki, tahliye talebi söz konusu olduğunda mahkemenin özellikle yerine getirmesi gereken bir sorumluluk olacaktır.

AİHM, şüpheli bir kişinin herhangi bir şekilde yargıyla işbirliği yapma yükümlülüğü bulunduğunu düşünmez. Ancak şüphelinin bu şekilde davranmaması, genel anlamda soruşturma sürecinin ilerlemesini yavaşlatan bir unsur telâkki edilir. İşbirliği yapılmaması ve soruşturma sürecinin fiilen engellenmesi de yargılama öncesi toplam alıkoyma süresinin aşırı uzun olup olmadığının tespitinde dikkate alınacaktır.¹⁰⁹ Hiçbir durumda, soruşturma sürecinin engellenmiş olduğu iddiası, zaten makul olma sınırlarını aşmış bir yargılama öncesi alıkoyma süresinin uzunluğunda mazeret olarak öne

¹⁰⁹ *W.-İsviçre* davası. Bu davada başvuru sahibi, altmış şirketin yönetimini ilgilendiren bir dolandırıcılık suçunu araştıran yetkililere ifade vermediği reddetmiştir.

sürülemez.¹¹⁰ *Jablonski-Polonya* davasında,¹¹¹ ulusal mahkemeler, başvuru sahibinin alıkoyma süresinin, kişi daha önce kendisine zarar verdiği ve dolayısıyla yargı sürecini tıkadığı gerekçesiyle, kanunen öngörülen süre sınırlamasını (üç yıl) aşması doğrultusunda karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemelerin başvuru sahibinin – yargılama sürecinin aksamadan yürütülebilmesini sağlamak için – alıkoyması halinin devamı doğrultusunda verdikleri kararda, kefalet ya da polis gözetimi gibi alternatif bir “önleyici tedbir” dikkate almamış olmaları sebebiyle, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâl edilmiş olduğu kararına varmıştır.

3. Hüküm giymiş suçlular

¹¹⁰ *Stögmüller-Avusturya* davası.

¹¹¹ 21 Aralık 2000.

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrasında, “yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne (hukuka) uygun olarak hapsedilmesi” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm çerçevesinde, “hüküm giymek”, işlenen suç neticesinde suçlu bulunmaktır. Hüküm giymek tabii ki yargılama öncesi alıkoyulma ve diğer önleyici tedbirleri kapsamaz. Bir suçtan hüküm giydikten sonra hapis cezası çekme şeklindeki tipik durumla birlikte, 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası ayrıca, ruhsal durumunda bozukluk olan ve bir suçtan hüküm giymiş bir kişinin tedavi amacıyla bir akıl hastanesine kapatılmasını da kapsar. Mahkûmiyet kararı, cezaî takibat ya da disiplin soruşturması sonrasında suçun sabit olması neticesinde verilir. Sözleşmede kastedildiği şekilde mahkûmiyet, asliye mahkemesi (birinci derece mahkeme) tarafından verilen karar olup temyiz öncesi alıkoyma hali de bu madde hükümleri kapsamında değerlendirilir. *Wemhoff* davasında AİHM şu kararı vermiştir:

Birinci derece mahkemede hüküm giyen bir kişi, o ana kadar alıkonulmuş olsun olmasın, “mahkûmiyet sonrası” özgürlükten mahrumiyete yetki verilen 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası kapsamında değerlendirilir. “Mahkûmiyet sonrası” ifadesi, nihâî mahkûmiyetle sınırlı olarak yorumlanamaz.

Ayrıca, *B.-Avusturya* davasında AİHM şu karara varmıştır:

Temyiz ya da davanın yeniden incelenmesi aşamasında alıkonulan kişinin, Sözleşmenin 6. Maddesinde belirtilen şartlara uygun olarak görülen davasında hüküm giydiğini göz ardı etmemek gerekir.

Burada birinci derece mahkeme tarafından yargılanmaktan bahsedilmektedir.

Mahkûmiyet kararının “yetkili mahkeme” tarafından verilmiş olması gerekir. Yani, davaya

bakma yetkisi olan, ayrıca, idareden ve taraflardan bağımsız ve yeterli hukukî teminatlar sağlayabilecek bir kurum – her ne kadar üyelerinin hukukçu olması gerekmesede.¹¹² Polisin, savcının, askerî bir kumandan ya da idarî bir merci tarafından verilen kararlar bu şartları yerine getirmez. Mahkûmiyet kararı, Sözleşmeye taraf olan ya da olmayan bir ülkede, yabancı bir mahkeme tarafından da verilmiş olabilir. 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası hükümlerinin uygulanabilmesi için önemli olan, hüküm giyen kişinin cezasını Sözleşmeye taraf olan bir ülkede çekmesidir.¹¹³ Mahkûmiyet kararının yabancı mahkemeler tarafından verildiği davalarda “yeterli hukukî teminat” meselesi, *Drozd ve Janousek-Fransa ve İspanya* davasında gündeme gelmiştir. Bu davada AİHM, Sözleşmeye taraf olmayan bir ülkenin mahkemeleri tarafından

¹¹² X.-Avusturya davası (1968 ve 1969); *De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika* davası; *Engel-Hollanda* davası; *Eggs-İsviçre* davası; *Neumeister-Avusturya* davası.

¹¹³ X.-Federal Almanya Cumhuriyeti davası; 26 Haziran 1992 tarihli *Drozd ve Janousek-Fransa ve İspanya* davası.

verilen bir mahkûmiyet kararı “açık bir şekilde mahkemenin dava hakkında karar vermekten imtina etmesi” neticesinde verilmediği sürece, bu mahkûmiyetin yerine getirilmesinin, 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası kapsamında değerlendirileceği kararına varmıştır.¹¹⁴

Alıkoyma uygulamasının “hukuka uygunluğu” şartı, verilen mahkûmiyet kararının değil, yalnızca alıkoymanın hukuka uygun olmasını gerektirir. Yani, alıkoyma uygulamasının ulusal hukuka ve Sözleşmeye uygun olması gerekir. Hukuka uygunluk şartı, “yetkili mahkeme” tarafından verilen mahkûmiyet kararında belli bir hapis cezasının gerekçesinin bulunması ve cezanın verilmesine yol açan durumun da suç işlendiği tarihte ulusal hukuka göre hapis cezası vermeyi gerektirecek bir suç teşkil etmesi gerektiği anlamına gelir. Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası

¹¹⁴ Bu davada başvuru sahipleri, Andorra’daki mahkemelerin verdiği cezayı Fransa’da çekmiştir. Ayrıca bkz. 24 Ekim 1995 tarihli *Perez Fransa* davası.

uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkeme tarafından verilen bir mahkûmiyet kararının ya da cezanın hukuka uygun olup olmadığını inceleyemez.¹¹⁵ Aynı şekilde, bu madde çerçevesinde, bir kişi ne hapis cezasının süresi ve doğru olup olmadığını¹¹⁶ ne de hapis şartlarını sorgulayamaz.¹¹⁷

¹¹⁵ *Krzycki-Federal Almanya Cumhuriyeti* davası; *Weeks-Birleşik Krallık* davası.

¹¹⁶ *Weeks-Birleşik Krallık* davasında, başvuru sahibi ömür boyu ağır hapis cezasına çarptırılmıştır. AİHM bu davada, Sözleşmenin 5. Maddesini değil, 3. Maddesinde belirtilen insanlık-dışı cezalandırmanın yasaklanması hükmünü dikkate almıştır.

¹¹⁷ 15 Kasım 1996 tarihli *Bizzoto-Yunanistan* davası. Bu davada, başvuru sahibi alıkonulan yer ve alıkoyulma koşullarından şikayetçi olmuştur. AİHM, her ne kadar özgürlükten mahrumiyet gerekçesi ve alıkoyulma koşulları arasında bir ölçüde ilişki olması gerekse de, başvuru sahibinin alıkoyulmasının hakkında verilen mahkûmiyet kararı neticesinde olduğunu, ve dolayısıyla 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası kapsamına girdiğini tespit etmiştir. Ayrıca bkz. *Ashingdane-Birleşik Krallık* davası. *Bizzoto* davasında AİHM, alıkonulan yer ve alıkoyulma

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrasına göre, verilen mahkûmiyet kararı ve alıkoyma arasında yalnızca kronolojik değil, aynı zamanda bir sebep-sonuç ilişkisi de olması gerekir. Dolayısıyla, hüküm giymiş bir kişinin mahkeme tarafından bir süre hapis cezasına çarptırılması ve idarî bir karar neticesinde alıkoyulma halinin sürmesi halinde 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası, idarî hapis kararı ve mahkemenin ilk verdiği ceza arasında yeterli bir ilişki olan kişinin hapis halinin devamını da kapsar.¹¹⁸ Bu madde kapsamına girmesi için, alıkoyma halinin yalnızca zaman açısından bir

koşullarının Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamında ele alınabileceğine işaret etmiştir.

¹¹⁸ 24 Haziran 1982 tarihli *Van Droogenbroeck-Belçika* davası. Bu davada başvuru sahibi ceza mahkemesi tarafından iki yıl hapis cezasına ve on yıl kamu hizmeti görme cezasına çarptırılmıştır. İki yıllık hapis cezasını tamamladıktan sonra başvuru sahibi, ortadan kaybolmasını müteakiben iki defa İdare kararıyla özgürlüğünden mahrum edilmiştir. AİHM, hapis cezası ve kamu hizmeti görme cezasının “ayrılmaz bir bütün” teşkil ettiği kararına varmıştır.

mahkûmiyet kararını takip etmesi değil, aynı zamanda “verilen mahkûmiyet kararından kaynaklanan, bu mahkûmiyet kararını takiben, bu mahkûmiyet kararına bağlı veya mahkûmiyet kararının bir gereği olarak” gerçekleşmesi gerekir.¹¹⁹ *Weeks-Birleşik Krallık* davasında AİHM, “kişiyi salıvermeme ya da yeniden hapsedme doğrultusundaki kararın mahkûmiyet kararını veren mahkemenin bu kararı verme gerekçeleriyle tutarlı olmaması” halinde sebep-sonuç ilişkisinin söz konusu olamayacağı kararına varmıştır. Bu durumda, “ilk başta hukuka uygun olan bir alıkoyma hali, keyfî bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasına dönüşecek ve dolayısıyla 5. Maddeye aykırı olacaktır”.

4. Kişinin İadesi

¹¹⁹ 5 Kasım 1981 tarihli *X.-Birleşik Krallık* davası; *Van Droogenbroeck-Belçika* davası; *Weeks-Birleşik Krallık* davası.

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrasında, “bir kişinin ... kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne (hukuka) uygun olarak yakalanması veya tutulmasına” izin verilmektedir. Kişinin sınır dışı edilmesi ya da iadesi aslen gerçekleşmese ya da resmî bir iade talebi ya da kararı söz konusu olmasa da, soruşturmanın tamamlanmış olması kaydıyla, alıkoyma hali bu madde kapsamına girer. Soruşturma, 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrası uyarınca “işlem” anlamına gelecektir.

Bu maddede, kişinin (genellikle bir yabancıнын) sınır dışı ya da iade edilmesinden önce yetkili makamlar tarafından yakalanması ya da alıkonulması durumuna ilişkin birtakım şartlar bulunmaktadır. Örneğin, yakalama ya da alıkoymanın “hukuka uygun” olması, yani ulusal hukuka ve Sözleşmeye uygun olması ve keyfî olmaması gerekir.

Her ne kadar Strazburg makamları alıkoyma halinin hukuka uygunluğu ve iadenin hukuka uygunluğunu birbirinden ayırsa da,¹²⁰ alıkoymanın hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde, özellikle ulusal kanunlarda alıkoyma ve iade işlemlerinin hukuka uygunluğu arasında bir ilişki kurulmuş olduğu hallerde iade işleminin hukuka uygunluğunun genellikle bir mesele olduğunu tespit etmiştir. Bu sebeple, iade ya da sınır dışı etmeyi alıkoymanın hukuka uygun olup olmadığı belirleninceye kadar ertelemek gerekir, zira bu tespitin sonucu bizzat iade ya da sınır dışı etmenin hukuka uygunluğunu etkileyebilir. Ayrıca, 5. Madde 4. Paragrafta sağlanan teminatlar uyarınca, iade ya da sınır dışı etme işlemlerini, bir mahkeme tarafından alıkoymanın hukuka uygunluğu tetkik

¹²⁰ *Caprino-Birleşik Krallık* davası (1975). Bu davada Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, hukuka uygun bir sınır dışı işlemi başlatılmış ve ciddi bir şekilde takip ediliyorsa, bu işlemin neticesinin alıkoyma gerekçesi olamayacağı kararını vermiştir.

edilinceye ve gerekirse, tahliye kararı verilinceye kadar ertelemek gerekir.

İade amacıyla kişinin alıkoyulması uygulamasının hukuka uygunluğu meselesi *Bozano-Fransa* davasında görülmektedir. Bu davada AİHM, başvuru sahibinin alıkoyulmasının hukuka uygun olmadığını ve dolayısıyla 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrasına aykırı olduğunu tespit etmiştir. AİHM, başvuru sahibinin Fransa'dan İsviçre'ye iadesinin keyfi bir uygulama olduğu kararına varmıştır: her ne kadar Fransız mahkemesi İtalya'nın başvuru sahibinin iadesi doğrultusundaki talebini reddetmişse de, Fransız hükümeti başvuru sahibi hakkında sınır dışı etme emri çıkarmıştır. Yetkili makamlar sınır dışı etme emrini uygulamak için bir ay kadar bir süre beklemiş, bu esnada başvuru sahibinin herhangi bir yasal yola müracaatını, eşi ve avukatıyla temas kurmasını ya da kendisi için iade edilebileceği bir ülke belirlemesini engellemiştir. Başvuru sahibi polis tarafından zorla Fransa-İsviçre sınırına getirilmiş, İsviçre'de gözaltına alınmış ve daha sonra İtalya'ya iade

edilmiştir. AİHM, davada söz konusu olan koşulların, başvuru sahibinin alıkonulmasının sözüm ona bir iade işlemi çerçevesinde olduğunu gösterdiğini ve bu çerçevede Sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmiştir.

Sınır dışı etmek amacıyla alıkoyma uygulamasının hukuka uygun olup olmadığı, yakın geçmişte *Dougoz-Yunanistan* davasında da AİHM tarafından incelenmiştir. Bu davada AİHM, 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrasının ihlâl edildiğini tespit etmiştir. Her ne kadar ulusal kanunlarda sınır dışı etmeye yönelik yasal bir gerekçe bulunsa da AİHM, sınır dışı etme kararının ulusal kanunlarda yetki verilen makamların dışında bir merci tarafından alındığını – kıdemli bir savcının, idarî olarak iade edilmesi söz konusu olan kişilerin alıkoyması hakkında bir bakanlık kararnamesinin uygulanabilirliğine istinaden kurduğu benzerlik neticesinde – ve ulusal kanunlarda belirtilen “kamu açısından tehlike arz etme” şartının yerine getirilmediğini tespit etmiştir. Ayrıca AİHM, kıdemli bir başsavcının, idarî olarak iade

edilmesi söz konusu olan kişilerin alıkoyması hakkında bir bakanlık kararnamesinin uygulanabilirliğine istinaden kurduğu benzerlik neticesinde ortaya koyduğu kanaatinin, Sözleşme uyarınca yeterli “nitelikleri” haiz bir “kanun” addedilemeyeceğine karar vermiştir.¹²¹

Her ne kadar 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrası alıkoyma süresiyle ilgili bir kısıtlama getirmese de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, iade ya da sınır dışı etme işlemlerinin “gerekli titizlikle” sürdürülmesi gerektiğini belirtmiştir. *Lynas-İsviçre* davasında Komisyon, bu durumu şu şekilde açıklamıştır:

İşlemlerin gerekli titizlik gösterilerek sürdürülmemesi ya da alıkoymanın yetkinin kötüye kullanılmasından kaynaklanması halinde hapis uygulaması, 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrasına aykırıdır. Bu çerçevede Komisyonun, iade işlemleri esnasında kişinin alıkonulduğu

¹²¹ 6 Mart 2001.

*süreyi dikkate alma gerekçesi olacaktır...*¹²²

Ancak, iade işlemleri esnasında alıkoyma uygulamasının söz konusu kişinin yararına ya talebi üzerine uzaması halinde, kişi kendisinin uzun süre alıkonulduğunu iddia edemez. Örneğin, *X.-Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında,¹²³ iade işlemleri esnasında başvuru sahibinin 22 ay alıkoymuş olması haklı bulunmuştur, zira Alman makamları bu süre zarfında Türk hükümetinden, başvuru sahibi iade edildiğinde idam cezasına çarptırılmayacağına dair teminat alma doğrultusunda girişimlerde bulunmuştur. *Kolompar-Belçika* davasında da,¹²⁴ iade işlemleri sırasında başvuru sahibinin neredeyse üç yıl boyunca alıkonulmuş olması, başvuru sahibi bizzat pek çok şekilde işlemlerin

¹²² Başvuru No: 7317/76

¹²³ Başvuru No: 9706/83. Başvuru sahibi bu tür güvenceler olmadan iade edilmemiştir.

¹²⁴ 24 Eylül 1992.

gecikmesine ya da ertelenmesine yol açtığı için haklı bulunmuştur.

Hukuka uygunluk şartı, ulusal kanunların niteliklerini de kapsar. Bir başka deyişle, ulusal kanunlara erişilebilmeli ve ulusal kanunlar tahmin edilebilir ve yeterince açık olmalıdır. Ancak, her ne kadar bu tür iddialar mesnetsiz addedilmiş olsa da¹²⁵ bu konu gerekirse AİHM'ye götürülebilir.

¹²⁵ *Zamir-Birleşik Krallık* davası. Başvuru No: 9174/80.

III. Bölüm: Diğer özgürlükten mahrumiyet gerekçeleri

Yakalama ve alıkoyma, cezaî yargılama dışındaki işlemler neticesinde de ortaya çıkabilir. Bu işlemlerin hepsi, 5. Madde 1. Paragrafta bulunmakta olup dar anlamda yorumlanmalıdır. Yukarıda ele alınan “hukuka uygunluk” şartı,¹²⁶ özgürlükten mahrumiyete müsaade edilen durumlar için de geçerlidir. Yakalama ve alıkoymanın ulusal kanunlara ve Sözleşmeye uygun olması ve keyfî bir uygulama olmaması gerekir.

1. Mahkeme emri ve kanunen tanımlanan yükümlülük

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (b) fıkrasında, “bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için...” bir kimsenin yakalanması ve alıkonulmasına müsaade edilmektedir. Yakalama veya alıkoyma halinin ortaya çıkmasına sebep olan birinci durum, örneğin, kişinin mahkemece tayin edilen bir para cezasını ödememesi, bir tıbbî muayene bedelini karşılamaması, tanık olarak mahkeme huzuruna çıkmaması, ikâmetle ilgili kısıtlamalara uymaması ya da mal beyanında bulunmaması¹²⁷ olabilir. Her halükârda, bu tür bir yükümlülüğün mahkemenin yasal kararından kaynaklanması gerekir. *Slavomir Berlinski-Polonya* davasında AIHM, başvuru sahibinin zorunlu olarak bir akıl hastanesine kapatılmasının, söz konusu kişi hakkında yürütülen cezaî takibat kapsamında, cezaî sorumluluğun tespit edilmesi için aklı

¹²⁶ Bölüm 1.2.

¹²⁷ *Airey-İrlanda* davası; *X.-Avusturya* davası; *Freda-İtalya* davası; *X.-Federal Almanya Cumhuriyeti* davası.

durumunun tetkik edilmesi doğrultusundaki mahkeme kararını uygulayabilmek için gerçekleştirildiğini belirlemiştir. Kişinin alıkoymasının mahkeme kararıyla gerçekleştiğini tespit ettikten sonra AİHM, hukuka uygunluk şartını incelemiş ve hastanede alıkoyma halinin kanunen tanımlanmış usule uygun olduğunu ve keyfî bir uygulama olmadığını tespit etmiştir.¹²⁸

Bu madde kapsamında ikinci kategoriye giren durumlar ise o kadar net değildir. Ancak Strazburg makamları, “yasanın koyduğu bir yükümlülük”ten belirli ya da somut bir yükümlülük anlaşılması gerektiğine karar vermiştir.¹²⁹ Yetkili merciler genel olarak kuralların ihlâlini önlemeyi göz önüne aldığında, belirlilik şartı yerine getirilmemiş olur. Bu türden belirli bir yükümlülük, askerlik hizmeti ya da sivil hizmette bulunmak, kimlik belgesi taşımak,

gümrük ya da vergi beyanında bulunmak ya da belli bir yerde ikâmet etmek olabilir.¹³⁰ *Engel-Hollanda* davasında yetkili makamlar, geçici bir tedbir olarak “kişinin derhal yakalanması emri” çıkartılmasında gerekçe olarak bu hükme başvurmuş, ancak AİHM askerî disipline uyma doğrultusundaki genel yükümlülüğün yeterince açık olmadığını tespit etmiştir. *Ciulla-İtalya* davasında, başvuru sahibinin alıkoymasında gerekçe olarak ileri sürülen “davranışını değiştirmek” doğrultusundaki yükümlülük, belirli ve somut bir yükümlülük telâkki edilmemiştir. *McVeigh* davasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Birleşik Krallığa gelen bir kişinin bir yetkili tarafından muayene edildiğine dair bir evrak ibraz etmesine ilişkin şartın belirli ve somut bir yükümlülük olduğunu, dolayısıyla bu yükümlülüğün yerine getirilmesini temin etmek üzere kişinin alıkonulmasına ilke olarak 5. Madde 1. Paragraf (b) fıkrası çerçevesinde

¹²⁸ 18 Ocak 2001.

¹²⁹ 1 Temmuz 1961 tarihli *Lawless-İrlanda* davası; *Ciulla-İtalya* davası.

¹³⁰ *Johansen-Norveç* davası; *B.-Fransa* davası; *Ciulla-İtalya* davası; *McVeigh, O'Neill ve Evans-Birleşik Krallık* davası.

müsaade edildiğini tespit etmiştir. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşmenin ilgili maddesi çerçevesinde ortaya çıkan sorun hakkındaki gerçeklerin incelenmesi için bir çerçeve ortaya koymuştur:

Bu tür şartların mevcut olup olmadığına bakarken ... yükümlülüğün özellikleri de dikkate alınmalıdır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin acil bir ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve içinde bulunulan şartlarda yükümlülüğün yerine getirilmesini başka bir şekilde sağlamaya imkân olup olmadığı dikkate alınmalıdır...Alıkoyma süresi de bu tür bir denge gözetirken dikkat edilecek bir başka husustur.

Kamu cezasından kaynaklanıyor olsa da akitten doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, 5. Madde 1. Paragraf (b) fıkrası kapsamına girmez. 4 Numaralı Protokolün 1. Maddesine göre, akitten doğan bir yükümlülüğün

yerine getirilmemesi sebebiyle özgürlükten mahrumiyet yasaktır.

2. Küçüklerin alıkoyulması

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (d) fıkrasında, “bir küçüğün (reşit olmayan kişi) gözetim altında eğitimi için usulüne (hukuka) uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması” ya da “yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne (hukuka) uygun olarak tutulmasına” müsaade edilmektedir. Sözleşmeye göre “reşit olmayan kişi” ifadesinin kendine özgü bir anlamı vardır ve bu ifade 18 yaşın altındaki herkesi kapsar.

Bir mahkeme ya da idarî merciin hukuka uygun bir şekilde, reşit olmayan bir kişinin gözetim altında tutulmasıyla birlikte bir ıslahevinde ya da sağlık kurumunda alıkoyulmasına ilişkin kararının söz konusu olduğu durumlarda, alıkoyulmayla ilgili ilk

gerekçe aranır. *Boumar-Belçika* davasında¹³¹ AİHM, bir küçüğün süratle bir ıslahevine nakledilmesinden önce bir ıslahevinde ya da hapiste alıkoyulması durumuna, 5. Madde 1. Paragraf (d) fıkrası uyarınca yetki verildiğine karar vermiştir. Ancak AİHM, bu davada, bu madde hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir, zira reşit olmayan kişi – son derece dengesiz ve suçlu bir erkek çocuk – bir yıldan daha kısa bir süre içinde tam dokuz kez bir tutukevinde, toplam 119 gün boyunca hapsedilmiştir. AİHM, yetkili makamların alıkonulan küçüğün eğitimi için uygun imkânları sağlama yükümlülüğü bulunduğu kararına varmıştır. Reşit olmayan bir kişinin

fülen tecrit edilerek ve eğitim konusunda yetkililerden yardım sağlanmadan alıkoyulması herhangi bir eğitim amacına hizmet olarak telâkki edilemez.

¹³¹ 29 Şubat 1988.

Nielsen-Danimarka davasında AİHM, kendi iradesi dışında, ancak annesinin talebi üzerine bir çocuğun bir psikiyatri hastanesine kapatılmasının özgürlükten mahrumiyet değil, “çocuğunun menfaatleri doğrultusunda annesinin velâyet hakkından doğan bir sorumluluk” olarak değerlendirmiştir.¹³² *Suzie Koniarska-Birleşik Krallık* davasında, ulusal mahkemelerin reşit olmayan bir kişinin güvenli bir yerde ikâmet ettirilmesi doğrultusundaki kararlarını inceleyen AİHM, ulusal mahkemelerin başvuru sahibinin velâyet hakkına sahip olmaması sebebiyle başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edildiğini tespit etmiştir. Ancak AİHM, başvuru sahibinin alıkoyulması şeklindeki ulusal mahkeme kararının “eğitimi gözetmek” amacıyla verildiğini ve dolayısıyla bu kararın, başvuru sahibinin – reşit olmayan bir kişi – psikopatik bir hastalıktan muzdarip bir kişi olması sebebiyle, ciddî psikolojik bozuklukları olan gençlerin özel bir eğitim programına tâbi

¹³² 28 Kasım 1988.

tutulduğu uzman bir merkezde ikâmet ettirilmesi doğrultusunda olduğunu, bu durumda da 5. Madde 1. Paragraf (d) fıkrasına uygun olduğunu tespit etmiştir.¹³³

Yukarıda belirtilen maddeye göre reşit olmayan bir kişinin alıkoyulmasına ilişkin ikinci gerekçe, “zararlı çevreden uzaklaştırılmasını sağlayarak” çocuğun mahkeme huzuruna çıkarılmasının temin edilmesidir. Ancak bu gerekçe, bir suç işlediğinden şüphelenilen ya da kendisine bir suç isnat edilen küçüklerin alıkoyulmasını kapsamaz. Ancak, psikiyatrik gözlem altındayken ve çocuk hakkında tavsiyelerin bulunduğu bir rapor hazırlama aşamasında suç işlediğinden şüphelenilen bir çocuğun alıkoyulması ya da mahkemesi devam ederken küçüğün bir çocuk bakımevinde yerleştirilmek bakım altında bulundurulması şeklinde alıkoyulması bu gerekçe kapsamındadır.¹³⁴

¹³³ 12 Ekim 2000.

¹³⁴ X.-İsviçre davası (1979) ve *Bouamar-Belçika* davası.

3. Akli dengesi yerinde olmayan, alkolik, uyuşturucu bağımlısı, serseri kişilerin alıkoyulması ya da bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla alkoyma

Sözleşmenin 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrasında, “bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin” usulüne (hukuka) uygun olarak alıkoyulmasına müsaade edilmiştir. Kişilerin hangi sebepten ötürü yukarıda belirtilen kategorilere girdiğine ilişkin AİHM, “bu kişilerin yalnızca kamu güvenliği açısından zaman zaman tehlikeli olabileceği değil, aynı zamanda kendi menfaatlerinin de bu kişilerin alıkoyulmasını icap

ettirebileceğinin” dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir.¹³⁵

“Aklî dengesi yerinde olmayan kişilerle” ilgili olarak AİHM, aklî bozukluğun tıbbî anlamındaki gelişmeler ışığında, bu ifadenin “nihaî bir yorum” olarak kabul edilemeyeceği kararına varmıştır.¹³⁶ Elbette kişi, bu hüküm çerçevesinde “yalnızca görüş ve davranışları belli bir toplumda geçerli normlardan farklı olduğu” gerekçesiyle alıkonulamaz.¹³⁷ Bir kişinin aklî dengesinin yerinde olup olmadığına, ulusal kanunlar, bu kanunların belli bir durumda nasıl uygulandığı ve kişinin durumuna ilişkin mevcut psikiyatrik bilgilere göre karar verilmelidir.

Ancak, alıkoymanın “hukuka uygun” olması gerekir. Yani, alıkoyma hem esasa hem usule ilişkin kurallar bakımından, hem de Sözleşme açısından hukuka uygun olmalı ve

¹³⁵ *Guzzardi-İtalya* davası (aklî dengesi yerinde olmayan, alkolik ve uyuşturucu bağımlısı kişiler).

¹³⁶ 24 Ekim 1979 tarihli *Winterwerp-Hollanda* davası.

¹³⁷ Aynı dava.

keyfî bir uygulama olmamalıdır. *Winterwerp* davasında AİHM, aklî dengesi yerinde olmayan bir kişinin alıkoymasının “keyfî” bir uygulama olmaması için yerine getirilmesi gereken şartları belirtmiştir:

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

- v. alıkoyma bir hastanede, klinikte ya da bu tür kişileri alıkoyma yetkisine sahip bir diğer kurumda olmalıdır.¹³⁸

Birinci koşul, acil durumlarda geçerli değildir. Örneğin, *Winterwerp* davasında daha sonra bir karakol hücresinde çıplak olarak bulunan başvuru sahibi önceden tıbbî uzman görüşü alınmadan Belediye Başkanı tarafından bir psikiyatri hastanesine götürülmüştür.¹³⁹ Ancak, bazı şartlarda acil alıkoyma uygulamasına izin verileceği beklenebilirse de alıkoymayı takiben en kısa süre içinde geçici de olsa bir tıbbî teyit almak gerekir. *Varbanov-Bulgaristan* davasında başvuru sahibi, tıbbî bir uzmana danışılmadan çıkartılmış bir savcılık emriyle alıkonulmuştur. AİHM bu durumda, başvuru sahibinin “aklî dengesinin yerinde

olmadığı güvenilir kanıtlarla ortaya konmadığı için” alıkoyma uygulamasının hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir. AİHM bu karara, ilk davada “en azından mevcut belgelenmiş kanıtlara dayanarak önceden bir psikiyatr tarafından tetkikin mümkün ve kaçınılmaz olmasını” dikkate aldıktan sonra varmıştır. AİHM, davada bir ivedilik bulunduğu dair bir iddia olmadığına, başvuru sahibinin önceden bir akıl hastalığı geçirmemiş olduğuna ve tıbben ruh sağlığının yerinde olduğuna kanaat getirildiğine işaret etmiştir. Bu koşullar altında AİHM, başvuru sahibinin, bir psikiyatr tarafından değerlendirilmeden savcı ve polisin başvuru sahibinin ruh sağlığına ilişkin görüşü doğrultusunda yakalanması ve alıkoymasının kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.¹⁴⁰

Ayrıca, 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrasında, *Winterwerp* davasında başvuru sahibinin iddia ettiği şekilde zımnen “tedavi edilme hakkına” ilişkin bir hüküm

¹³⁸ Ayrıca bkz. *X.-Birleşik Krallık* davası (1981); *Ashingdane-Birleşik Krallık* davası (1985).

¹³⁹ Her ne kadar AİHM bu acil alıkoymayı “yasal” bulmuş olsa da, Hollanda kanunları önceden tıbbî uzman görüşü alınmasını gerekli kılacak şekilde değiştirilmiştir.

¹⁴⁰ 5 Ekim 2000.

bulunmadığına da dikkat edilmelidir. *Winterwerp* davasında başvuru sahibi, “mutlak olarak gerekenden daha uzun bir süre alıkoyulmamasının sağlanması için” bu maddede uygun tedavinin yapılması gerektiğine ilişkin zımnî bir hüküm bulunduğunu iddia etmiştir. Öte yandan, *Ashingdane* davasında AİHM, “özgürlükten mahrumiyete izin verilmesinde itibar edilen gerekçeyle alıkonulan yer ve alıkoyulma şartları arasında bir açıdan ilişki” olması gerektiğine karar vermiştir. Bir başka deyişle, aklî dengesi yerinde olmayan bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin bir kararın uygulanması da hukuka uygunluk şartının bir parçasıdır. Ancak, alıkonulan ve aklî dengesi yerinde olmayan bir kişinin tıbbî tedavisinin yapılmaması da Sözleşmenin “insanlık dışı muameleyi” yasaklayan 3. Maddesi kapsamında gündeme getirilebilir.

Serseri kişiler konusu, *De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika* davasında AİHM’ye getirilmiştir. AİHM ilke olarak, 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrası çerçevesinde, Belçika Ceza Kanununda

serseri kişilerle ilgili tanımı kabul etmiştir. Bu tanıma göre, serseri, “sabit bir ikâmetgahı, düzenli bir geliri, işi ya da mesleği olmayan kişi”dir. *Guzzardi-İtalya* davasında AİHM, İtalyan idaresinin, mafya mensubu olduklarından şüphelenilen kişilerin gelir kaynaklarının tespit edilememesinin bu kişilerin “serseri” tanımı çerçevesinde değerlendirilmeleri doğrultusundaki iddiasını kabul etmemiştir. Belçika davasında ise, başvuru sahipleri kendi rızalarıyla alıkonulmuşlardır. Bu davada AİHM, özgürlük hakkından feragat edilemeyeceğinden hareketle, alıkonulan kişi bizzat özgürlükten mahrumiyete rıza gösterse de bu doğrultuda bir yargı kararı olması gerektiği kanaatine varmıştır.

Her ne kadar uyuşturucu bağımlılarının, alkoliklerin alıkoyulmasına ya da bulaşıcı bir hastalığın yayılmasının önlenmesi amacıyla bir kişinin alıkonulmasına ilişkin birkaç şikayet bulunsa da bu başvurularda da AİHM’nin aklî dengesi yerinde olmayan kişilerin alıkoyulmalarının usule uygun olup olmadığına benzer bir yaklaşım

içinde olduğu zımnem düşünölebilir. *Witold Litwa-Polonya* davasında 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrası çerçevesinde “alkolik” kelimesinin anlamının belirlenmesiyle ilgili olarak AİHM Şu kanaate varmıştır:

Tıbben “alkolik” olarak tanımlanmayan ancak, alkollöyken sergiledikleri tavır ve davranışları kamu düzeni ya da kendileri açısından bir tehlike oluŐturan kişiler, kamu düzeni ve sağlık durumları ya da kişisel güvenliikleri bakımından kendilerinin korunması amacıyla gözaltına alınabilirler.

Ancak AİHM, bu durumun 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrası uyarınca “bir kişinin yalnızca alkol alması sebebiyle alıkonulması” anlamına gelmediğine de işaret etmiştir. Ayrıca AİHM, söz konusu davada başvuru sahibinin bir ayıltma merkezinde alıkonulmuş olmasının da başvuru sahibinin davranıŐlarının kamu düzeni ya da kendisine zarar verebilecek türde olduğu kanıtlanmadığı ve ulusal kanunlarda sarhoŐ bir

kişi hakkında alınabilecek alternatif tedbirler dikkate alınmadığı için, keyfi bir uygulama olduğunu tespit etmiştir. AİHM, ulusal kanunlara göre “sarhoŐ bir kişi, polis tarafından bir sağlık kurumuna ya da ikâmet adresine ulaŐtırılabileceđi için, böyle bir kişinin özgürlöğünden mahrum edilmesine gerek olmadığını” belirlemiştir. Sonuç olarak AİHM, başvuru sahibinin bir ayıltma merkezinde alıkonulmasının hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir.¹⁴¹

¹⁴¹ 4 Nisan 2000.

IV. Bölüm: Yakalanma sebebinin anında kişiye bildirilmesi görevi

Sözleşmenin 5. Madde 2. Paragrafında bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin yetkinin suiistimalini önlemeye yönelik çok önemli bir hüküm bulunmaktadır: Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dilde bildirilir. Bu şekilde, bu uygulamaya maruz kalan kişiye başına geleni ve bu uygulamaya ne şekilde itiraz edebileceğini anlama imkânı sağlanmalıdır. Haklı bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyetin söz konusu olduğu pek çok durumda, kişiye yapılacak açıklama, kişinin direnmesinin doğru olmadığını anlamasını sağlayacak ve dolayısıyla da yetkililerin görevini kolaylaştıracaktır. Ayrıca, bu tür bir tedbirin neden alınmış olduğunun açıklanması gereği, kamu görevlilerini yetkileri

dahilinde hareket edip etmediklerine dikkat etmeye ve haklı bir gerekçesi olmayan hareketlerde bulunmaktan kaçınmaya teşvik edecektir. Elbette, ileri sürülen sebepler – ya da herhangi bir sebep ileri sürülememesi – de özgürlükten mahrumiyetin kabul edilebilir olup olmadığını kararlaştıracak yargı mercii açısından son derece önemli bir unsur olacaktır. Sebep gösterme yükümlülüğünü yerine getirmede, asıl dikkate alınması gereken unsurlar, bu görevin hangi koşullarda ortaya çıktığı, yapılması gereken açıklamanın özellikleri, bu açıklamanın söz konusu kişi tarafından ne ölçüde anlaşıldığı ve bu açıklamada bulununcaya kadar ne kadar bir süre geçebileceğidir.

1. Açıklama yapma görevi ne zaman ortaya çıkar

Alıkoyulma sebeplerinin açıklanmasına ilişkin bir yükümlülük getirirken, 5. Madde 2.

Paragrafta kişinin “yakalandığına” ve “kendisine yöneltilen suçlamalar” bulunduğu işaret edilmektedir. Bu ifadeden, açıklama yapma gereği yalnızca cezaî yargılamada gerekir, sonucu çıkarılmamalıdır. Bir kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği her durumda bu mahrumiyetin sebebinin açıklanması gerektiği artık net bir şekilde bilinmektedir. Kişi özgürlüğünden mahrum edildiği durumlarda, sebebini bilmeden bu mahrumiyetin hukuka uygunluğuna itiraz etme hakkından faydalanamaz. Ayrıca, ilk alıkoyma açıklanmış bile olsa, şartlı salıvermeyi – kefalet yoluyla ya da hüküm giymiş bir kişinin şartlı tahliyesi biçiminde – takiben kişinin tekrar alıkoyması için bu görevin her tür özgürlükten mahrumiyet uygulamasında geçerli olduğunu hatırlamak gerekir.¹⁴²

¹⁴² Bkz. X.-Belçika davası, Başvuru No: 4741/71, 43 CD 14 (1973). AİHM, 5 Kasım 1981 tarihli *X.-Birleşik Krallık* davasında bu hususa istinaden karar vermemiştir. Ancak yine de herhangi bir özgürlükten mahrumiyet

2. Açıklamanın özellikleri

Fox, Campbell ve Hartley davasında AİHM, yapılacak açıklamada söz konusu kişiye, özgürlükten mahrumiyete temel teşkil eden ve kişinin daha sonra yakalamanın ya da alıkoymanın hukuka uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurabileceği kanunî ve fiilî gerekçelerin bildirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, *Fox, Campbell ve Hartley* davasında olduğu gibi, yalnızca özgürlükten mahrumiyete yetki veren resmî kanunlara atıfta bulunulması yeterli olmayacaktır. Bu kanunun dikkate alınmasıyla ilgili esasa ilişkin bilgi vermek de gerekir, zira bu şekilde söz konusu şartların bu kanun kapsamına girip girmediği ve bu kanunun o bağlamda esas

uygulamasının hukuka uygunluğuna itiraz etmede 5. Madde 4. Paragraf hükümleri uyarınca bir açıklama yapılmasının önemini vurgulamıştır.

alınmasının keyfi olup olmadığı ortaya çıkmış olur. -*Fox, Campbell ve Hartley* davasında, başvuru sahiplerinin suç teşkil eden belirli fiillerden ve yasadışı örgütlere üye olduklarından şüphelenilmelerinden ötürü sorgulanmalarıyla yakalanma sebepleri ortaya çıkmış olduğundan, AİHM, 5. Madde 2. Paragrafta öngörülen şartların kesinlikle yerine getirildiği görüşündedir. Bu davada verilen kararlar, 5. Madde 2. Paragraf hükümlerine uymada belli düzeyde bir açıklık gerektiği vurgulanmaktadır. Özgürlükten mahrumiyete gerekçe teşkil eden belirli bir fiile ilişkin herhangi bir açıklama olmaksızın, bu uygulamadan etkilenen kişi, bu doğrultuda kullanılan yetkinin haklı kullanılıp kullanılmadığını belirleyemez.¹⁴³ Pek çok durumda, uygulamadan etkilenen kişiye bu açıklamayı yapacak en iyi kişi belki de doğrudan

¹⁴³ *Cf Raişelis-Litvanya* davası. Bu davada, ya hiçbir sebep açıklanmadığı ya da birtakım kanun maddelerine atıfta bulunulduğu, ancak somut bir suçtan bahsedilmediği iddia edilmiştir; 2 Mart 1999 (başvurunun kabulüne dair karar) ve 29 Şubat 2000 (dostâne çözüm).

kişiyi özgürlüğünden mahrum eden yetkilidir. Örneğin, kişiye belli bir tarihte belli bir adreste herhangi bir hırsızlık olayına karıştığından şüphelenildiğini söylemek gibi.

Bir ceza davasında açıklama yapma görevi, hem kişinin işlediğinden şüphelenilen suç hakkında hem de bu suça ne şekilde karıştığının düşünüldüğü hakkında kişiye bilgi verilmesini gerektirir. Benzer bir şekilde, alıkoyulmanın kişinin akli bozukluğundan kaynaklandığı hallerde, kişinin endişeye yol açacak bir davranışta bulunmuş olduğuna ilişkin bulgular olması ve kişiye konulan teşhisin de alınan tedbiri haklı kılması gerekir. Aynı şekilde, kişinin bir başka ülkeye iadesinden önce alıkoyulması halinde de, kişiye söz konusu suç ve bu suçtan ötürü bir başka ülkenin kişinin iadesi talebinde bulunmuş olduğu hakkında bilgi vermek gerekir.

Sözleşmenin 5. Madde 2. Paragrafına göre ortaya çıkan yükümlülük, kişinin hakkındaki suçun niteliği ve bu suçlamanın

sebebine ilişkin bilgilendirilmesi görevine ilişkin 6. Madde 3. Paragraf (a) fıkrasından daha sınırlıdır; ikinci durumda çok daha fazla ayrıntıya ihtiyaç duyulur zira bu ayrıntılar yargı aşamasında savunma hazırlığı açısından gereklidir.

3. Açıklamanın anlaşılabilirliği

Açıklamanın teknik olmayan bir dilde yapılması gerekir. Özgürlüğünden mahrum edilen pek çok kişi, ya zihinsel kapasite ya da profesyonel tecrübe bakımından hukukî karmaşıklıkları çözemeyecek düzeydedir. Asıl olan, kişinin başına ne geldiğini anlaması olduğu için, her zaman kişinin bireysel kapasitesini de dikkate almak gerekir. Bu amaçla, özgürlükten mahrumiyete yetki veren resmî evrak – tutuklama emri ya da mahkeme kararı gibi – genel olarak anlaşılabilir bir dille ifade edilmelidir. Ancak, bu her zaman mümkün

olmayabilir ve 5. Madde 2. Paragraf hükümlerine göre belirli bir iletişim şartı getirilmediği için de yetkililerin resmî evrakı dikkate alarak yapacağı açıklamalar bu amaçla tamamen kabul edilebilir. Elbette, bu durum bazen yetkililerin düz ve basitleştirilmiş bir dilde iletişim kurmak için fazladan çaba harcamasını gerektirebilir. Kişinin yaşı ya da aklî durumu sebebiyle etkili bir iletişimin mümkün olmadığı hallerde, açıklama bu kişinin velâyetini elinde bulunduran kişiye – örneğin, küçük bir çocuğun ebeveynine – ya da söz konusu kişinin haklarını temsil etmek üzere vekil tayin edilmiş bir kişiye yapılmalıdır.

Özgürlüğünden mahrum edilen kişinin resmî dili anlamadığı hallerde, açıklama kişinin anladığı dilden yapılmalıdır (bu dil körler (Braille) alfabesi ve dilsiz alfabesi de olabilir). Ancak bu durum, açıklama ilk yakalanma anında verilmek zorunda olmadığından ve kişinin anlayacağı dilde açıklama yapabilecek bir

kimsenin bulunabilmesi imkânı olduğu için, bir sorun da teşkil etmemelidir.¹⁴⁴

4. Zamanlama

Sözleşmenin 5. Madde 2. Paragrafında, sebeplerin “derhal” değil, “en kısa zamanda” bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Mümkün olmasına rağmen yeterli bir açıklama yapılmaması, özgürlükten mahrumiyetin 5. Madde uyarınca keyfî ve hukuka aykırı addedilmesi için başlı başına bir sebep olabilir.

İlk yakalanma ve yeterli açıklamanın yapılması arasında geçen süre, o davaya özgü koşullara çok bağlıdır. Şüphelinin sorgulanmasının özgürlüğünden mahrumiyet

¹⁴⁴ Bkz. *Delcourt-Belçika* davası, Başvuru No: 2689/65, 10 YB 238 (1967). Bu davada, anadili Fransızca olan bir kişi hakkındaki tutuklama emri Flemenca dilinde yazılmış, ancak daha sonra kişinin sorgulanması Fransızca dilinde yapılmıştır.

sebebini anlamasına yeterli olduğu tespit edilen durumlarda AİHM, bu sürenin iki ilâ on dokuz saat arasında olmasına itiraz etmemiştir. İki saatlik süre *Murray-Birleşik Krallık* davasında, on dokuz saatlik süre ise *Dikme-Türkiye* davasında¹⁴⁵ söz konusu olmuştur. Ancak, bu davalarda ve diğer davalarda AİHM, bu sürenin yalnızca birkaç saat olduğunu vurgulamıştır.¹⁴⁶ Bir günden uzun bir süre geçmesi pek çok davada artık kabul edilmemektedir. Ancak, derhal bir tercüman bulunamaması gibi iletişimi etkileyen pratik zorlukların bulunması halinde daha uzun sürelerin kabul edilebilmesi de mümkündür. Yine de cezaî süreç dışında “en kısa sürede” ifadesinin yorumlanmasına daha fazla müsamaha gösterileceğini varsaymamak gerekir. Örneğin, *Van der Leer-Hollanda* davasında, akıl hastanesine kapatılan kişiye bu alıkoymanın sebebinin ancak on gün sonra açıklanmış olması,

¹⁴⁵ 11 Temmuz 2000.

¹⁴⁶ Bkz. *Fox, Campbell ve Hartley* davası (yedibuçuk saat) ve *Kerr-Birleşik Krallık* davası (başvurunun kabul edilmesine dair karar).

baştan kabul edilemez bulunmuştur. Elbette, bir kişinin özgürlükten mahrum edilme sebeplerini öğrenmesi, cezaî yargılama söz konusu olmasa da çok önemlidir ve bu tür bir alıkoyma tedbirinin yasallığına itiraz etme hakkı burada da geçerlidir. Ancak, özgürlüğünden mahrum edilen kişinin ne sebeple olursa olsun, kendisine bir açıklama yapılmasını imkânsız kıldığı hallerde de iletişim kurmak için hiçbir özel çaba sarf edilmesi gerekli değildir. Örneğin, *Keus-Hollanda* davasında,¹⁴⁷ 5. Madde 2. Paragraf ihlâline rastlanmamıştır. Bu davada, aklî dengesi bozuk bir kişi, kendisine hastaneye kapatılacağı kararı tebliğ edilmeden kaçmıştır. Kişi söz konusu hastaneyi telefonla aradığında da kendisine hastaneye kapatılma sebeplerinin yeterli ölçüde anlatıldığı tespit edilmiş ve bu çerçevede yetkililerin ayrıca kişinin avukatına önceden bu kararla ilgili bildirimde bulunma görevlerinin olmadığı kararına varılmıştır.

¹⁴⁷ 25 Ekim 1990.

V. Bölüm: Alıkonulan kişilerin, makul bir süre içinde en kısa sürede bir yargı yetkilisi huzuruna ve mahkeme önüne getirilmesi ya da salıverilmesi görevi

Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafında, özgürlükten mahrumiyetin özgürlük kaidesi çerçevesinde istisnaî bir uygulama olmasını ve yakalama ve alıkoyma hallerinin yargı gözetimine tâbi olmasını sağlamak için, bir dizi önemli teminat yer almaktadır. Bu paragraf yalnızca, 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası uyarınca alıkonulan kişiler hakkındadır.

Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafına göre, yakalama ve alıkoyma hallerinde geçerli

olacak yargı gözetimi üç unsurdan oluşur: bu gözetimi gerçekleştirecek yetkilinin özellikleri; alıkoyma halini sona erdirmeye yetkisi, bir başka deyişle, söz konusu kişiyi salıvermek; ve bu gözetimin zamanında gerçekleştirilmesi.

1. Yetkili yasal merciin özellikleri

Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafına göre öncelikle, 1. Paragraf (c) fıkrası uyarınca yakalanan ya da alıkonulan bir kişinin en kısa süre içinde bir hâkim ya da kanunen yargı yetkisini haiz bir yetkili huzuruna çıkarılması gerekir. “Hâkim” kelimesi herhangi bir istifhama yol açmazken, “kanunen yargı yetkisini haiz yetkili” ifadesi, AIHM’yi hâkim olmayan bu tür bir “yetkilinin” kim olduğunu belirlemek zorunda bırakmıştır.

Kuşkusuz, Sözleşme ilk onaylandığında pek çok kişi bu “yetkilinin” bir savcı

olabileceğini düşünmüştür. Bu durum zaten bazı Avrupa Konseyi üyesi ülkelerdeki uygulamadır; bu durumda da savcının 5. Madde 3. Paragrafta belirtilen kriterleri yerine getirmesine, yani savcının “yargı yetkisi kullanma yetkisini haiz” bir kişi olmasına dikkat edilmiştir. Savcılık makamının da tıpkı bir hâkim gibi idareden bağımsız olması gereği özellikle vurgulanmıştır.

Ancak uygulamada, savcıların Sözleşmede öngörülen şartlara uygun bir şekilde bu görevi üstlenmelerinin olanaksız olduğu da görülmüştür. “Yetkilinin” yargı yetkisini haiz olması şartı, söz konusu “yetkilinin” hem idareden bağımsız hem de tarafsız olması anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım AİHM’yi, bir savcıya, bir şüphelinin yargılanma öncesi alıkoymasına devam edilip edilmemesine karar verme yetkisi verilmesinin 5. Madde 3. Paragraf hükümlerine uygun olmadığını tespit etmeye yöneltmiştir. Bu problem her zaman, savcının – alıkoymaya karar veren – daha sonra söz konusu kişinin yargılanmasını da gerçekleştirmesi ihtimalinin olmasıyla ortaya çıkmıştır. AİHM’nin

görüşüne göre, soruşturma ve yargılamaya ait bu iki işlev aynı merci tarafından yürütülmemelidir. Asıl sorun, savcının yargılamayı gerçekleştiren taraf olması ve bu görevi üstlenen bir kişinin de aynı davada yargı işlevini yerine getirirken tarafsız olmasının beklenememesidir. Üzerinde önemle durulması gereken konu, savcının daha sonra davanın yargı aşamasında yer alma imkânının bulunup bulunmadığıdır. Bu durum, *Huber-İsviçre* davasında tespit edilmiş ve AİHM, Zürih savcısının 5. Madde 3. Paragrafta öngörülen şartları yerine getirmediği kararına varmıştır. Benzer bir şekilde, *Brincat-İtalya* davasında,¹⁴⁸ 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği tespit edilmiştir. Bu davada suçlanan kişinin alıkoyması savcı tarafından onaylanmış ve daha sonra aynı savcı yetkisizlik kararı vererek davayı bir başka bölge savcılığına devretmiştir. AİHM, görüldüğü üzere ilk savcının daha sonra yargılamada görev alabileceği çerçevesinde alıkoymaya onay vermesinin

¹⁴⁸ 26 Kasım 1992.

tarafsızlığına haklı olarak gölge düşürdüğü ve daha sonra da yetkisizlik kararıyla ilgili olarak da net bir gerekçe ortaya konmadığını vurgulamıştır. Savcının yargılamada yer alan taraflardan biri olmaması tamamen rastlantı eseridir ve bu karar, savcıların alıkoyma kararı veya onayı vermesi yetkisinin İtalyan muhakeme usulleri kanunundan çıkarılmasına yol açmıştır.

Tarafsızlık sorunun hâkimlerin konumunu da etkileyebileceği vurgulanmalıdır; hâkimin yargılama öncesi kararlara dahil olmasının aynı davaya bakarken objektif tarafsızlığını muhafaza edememesine yol açabileceğine dair kapsamlı bir içtihat bulunmaktadır. Bu durum özellikle, alıkonulan kişinin suçlu ya da suçsuz olduğuna dair bir karar verilmesi gereken hallerde geçerli olacaktır.

Ancak, objektif tarafsızlık meselesi, yargı sistemlerinin yapısı dikkate alındığında çok daha önemli bir sorun haline gelecektir. Bu durumda, pek çok ülkenin İtalya örneğini takip etmesi de şaşırtıcı değildir; zira önceden, alıkoyma kararı

veren bir kişinin daha sonra aynı yargılamaya dahil olmamasını sağlamak zordur. Bu durumun bir sorun teşkil etmeyeceği kesin olsa da savcının gerçekten de hem siyasî baskılardan hem de üstlerinden bağımsız olmasını sağlamak gerekecektir. Bazen, münferit bir davada astların üstlerinin talimatlarına uyması gerekiyor olabilir ve bu durumda da astlar gerekli bağımsızlığa sahip olmayacaklardır.

Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan davasında, başvuru sahibi kendisini sorgulayan bir sorgu yetkilisi huzuruna çıkarılmış, bu yetkili tarafından hakkında resmî bir suçlama getirilmiş ve yine bu kişi tarafından hakkında gözaltına alma kararı verilmiştir. Daha sonra bu yetkilinin kararı savcı tarafından onaylanmış ve diğer savcılar da alıkoyma halinin devamına karar vermiştir. AİHM, bu savcılarının herhangi birinin daha sonra cezaî yargılama esnasında başvuru sahibi aleyhinde görev alabileceğini dikkate alarak, bu savcılarının 5. Madde 3. Paragraf

hükümleri çerçevesinde yeterince bağımsız veya tarafsız olmadıklarına karar vermiştir.¹⁴⁹

Niedbala-Polonya davasında, savcının yetkileri AİHM tarafından detaylı bir şekilde incelenmiş ve görüşülmüştür. AİHM ilk olarak, o dönemde yürürlükte olan Polonya kanunlarına göre, cezaî yargılamada yargıya ilişkin görevlerin savcılar tarafından yürütüldüğünü tespit etmiştir. Savcılar, aynı zamanda Adalet Bakanı da olan Başsavcıya bağlıdır. Bu durum da hiçbir tartışmaya mahal vermeyecek şekilde, savcılarının görevlerini yerine getirmede idareyi temsil eden bir makamın denetimine tâbi olduklarını ortaya koymaktadır. AİHM ayrıca, savcılarının kamu menfaatini kollama görevlerinin – Polonya hükümeti tarafından verilen – kendilerine bir yargı yetkisi verilmiş olarak değerlendirilemeyeceği kararına varmıştır. Savcılar hem soruşturma hem de yargılama işlevlerine sahip oldukları için, cezaî yargılama sürecinin bir parçası olarak görülmeleri gerekir.

¹⁴⁹ 28 Ekim 1998.

Sonuç olarak AİHM, savcının – Polonya hukuk sisteminde – “kanunen yargı yetkisine haiz bir yetkili” olmadığını tespit etmiştir. Kişilerin savcılık kararıyla yakalanması ve alıkoyulmasının mukabilinde alıkoyulmaya itiraz ederek bir hâkime başvurabilmesi imkânının, alıkoyulma kararının savcı tarafından verilmesi eksikliğini gidermede yeterli bir tazmin yöntemi olmadığı görülmüştür. AİHM, alıkoyulma kararının otomatikman yargı gözetimine tâbi olmadığını, zira yargı gözetiminin kişinin mahkemeye başvurmasını takiben gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Ayrıca AİHM, Polonya kanunlarının başvuru sahibinin gözaltına alınması kararını veren aynı savcının daha sonra yargılamada görev alması riskine karşı herhangi bir güvence sağlamadığına da işaret etmiştir.¹⁵⁰

2. Yetkili yasal merciin görevi

¹⁵⁰ 4 Temmuz 2000.

Kişinin huzuruna çıkarılacağı hâkimin, söz konusu kişinin alıkoyulma halinin devam edip edemeyeceğine karar verme sorumluluğuna sahip olması (alıkonulan bir kişinin “makul bir süre” içinde yargılanması şartı gereği) gerekir. Bu konuda alınacak kararın bağlayıcı olması gerekir. Bu çok önemli bir husustur: 5. Madde 3. Paragraf hükümlerine göre, alıkonulan kişinin makul bir süre içinde salıverilmesi ya da yargılanması seçenekleri bulunmaktadır. Ancak alıkoyulma halinin uzatılması da yalnızca yeterli ve gerekli sebeplerle (kişinin kaçması riski, yargı sürecine müdahale riski, yeniden suç işleme ya da kamu düzenini bozma riski bulunduğu hallerde) söz konusu olabilir. Her ne kadar bu sebeplerden biri veya birkaçı kişi ilk alıkoyulduğunda geçerli olsa da zaman içinde bu sebeplerin geçerliliği azalabilir ve bu durumda da söz konusu kişinin salıverilmesi gerekir.¹⁵¹

Ayrıca, bir kişinin alıkoyulma halinin sürdürülmesi için haklı bir gerekçe olsa da her

halükârda, yargılama öncesi alıkoymanın makul olmayan bir süre devam etmemesine ilişkin genel bir şart vardır. Alıkoyma süresi, takibatın karmaşıklık ve dava hazırlığında gereken çalışmaların derecesine göre belirlenir. *Toth-Avusturya* davasında olduğu gibi uzun süre hiçbir işlem yapılmaması, kaçınılmaz olarak bir ihlâlin tespit edilmesine yol açacaktır; aynı durum bir davanın gecikmeden yargı önüne getirilmesinin teminine ilişkin yargı sorumluluğu için de geçerlidir. Bu sorumluluğu yerine getirebilmek için hâkimin hem ilk alıkoyulmanın gerçekleştirildiği mesnedi – zira tamamen yanlış olduğu görülebilir – hem de alıkoyulma halinin devamına ilişkin öne sürülen sebepleri çok yakından incelemesi gerekir. Yargı gözetimiyle ilgili endişeler genellikle, yargı gözetiminin suçluların yargılanmadan serbest bırakılmalarına yol açacağı ve dolayısıyla bu kişilerin yargıyı hiçe sayabileceği, yargıdan kaçabileceği ya da başka suçlar işleyebileceği doğrultusundaki yanlış bir inanıştan kaynaklanmaktadır. Ancak, salıverme otomatik bir işlem olmamalıdır;

¹⁵¹*Letellier-Fransa* davası; *Tomasi-Fransa* davası.

hâkimin görevi, alıkoyulmanın uygun olup olmadığına bakarak, geçerli ve haklı gerekçeler mevcutsa alıkoyma halini onaylamaktır. Alıkoyma süresinin uzatılmasında, kişinin kaçması ya da tanıklara müdahale etmesi endişesinin bulunduğu iddia edilmesi yeterli değildir; bu endişeye ilişkin kanıtların ortaya konması ve tüm kanıtlarda olduğu gibi bu kanıtların da ikna edici olup olmadığına bakılması gerekir. Örneğin, yeminli ifadelerin alındığı durumlarda tanıklara müdahale edilmesi riski yeterince ikna edici değildir. Ayrıca, hâkimin gösterdiği gerekçe gerçek olmalı ve salıverilme talebinin gerekçelerine hiç itibar edilmediğini gösteren bir kurgusal kalıba ait unsurlar barındırmamalıdır.¹⁵² Dolayısıyla, salıverilme talebinin otomatikman reddedilmesi ve gerekçesi olmayan kararlar kabul edilemez.

¹⁵² 8 Haziran 1995 tarihli *Mansur-Türkiye* davasında olduğu gibi.

3. Yargı gözetiminde zamanlama

Yargı gözetiminin en önemli şartlarından biri de ilk yargı gözetiminin “en kısa süre içinde” gerçekleştirilmesidir. Bu terim, bir kişinin alıkoyulmasında her tür keyfî uygulamanın kesinlikle yasaklanmış olmasından kaynaklanmaktadır. En kısa sürede yargılanma şartı, kişinin ilk alıkoyulma uygulaması ile bu uygulamanın ilk olarak yargı gözetimine tâbi olduğu an arasında geçen süreye hâricî bir sınırlama getirmektedir. Bu şart aynı zamanda, uluslararası standartlara göre alıkoyma işlemini gerçekleştiren mercilerin, yetki verilen azamî süre içinde mahkemelere bu denetimi mümkün olan ilk fırsatta gerçekleştirme imkânı vermesinin gerekmesini sağlamaktadır. Bir başka deyişle, bu hâricî sınır, davanın özelliklerine gerekli ölçüde dikkat edilerek uygulanmalıdır.

Bazı davalarda söz konusu alıkoyulma süresi, makul olarak kabul edilebilir süreden çok daha uzun olmuştur. Örneğin, suçlanan kişinin

gözüne alınmasıyla mahkeme huzuruna ilk çıkarılması arasında on beş günlük bir süre geçen *McGoff-İsveç* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hiç tereddütsüz, bir ihlâl tespit etmiştir. Yargı gözetimine kadar üç ay bir süre geçmiş olan *Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan* ve *Ječius-Litvanya* davalarında en kısa süre içinde yargı gözetimine tâbi olunması şartının ihlâl edildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, gecikmenin on bir ilâ on dört gün arasında olduğu *Van der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe-Hollanda* davasında da (bu davada askerî emirlere itaatsizlik söz konusuydu; askerliğe özgü koşullar ve kurallar gereği bir süre alıkoymaya müsaade edilmiştir) bir ihlâl bulunduğu tespit edilmiştir. Ancak, bu sürenin bu kadar uzun olmadığı hallerde de bu yükümlülüğün ihlâl edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, beş ilâ altı günlük süreleri de kabul etmemiştir.¹⁵³ Ayrıca, kişinin mahkemeye çıkartılmasına kadar

¹⁵³ Sırasıyla, *Koster-Hollanda; De Jong, Baljet ve Van den Brink-Hollanda* davaları.

altı günlük bir gecikme olmasının şikâyet konusu olduğu *Skoogström-İsveç* davasında dostâne bir çözüm bulunmuş olması da dikkat çekicidir.

Yargı gözetimiyle ilgili süre kısıtlaması getirilmesiyle (kişinin alıkoymasını takiben ilk olarak yargı huzuruna en fazla ne kadar bir süre sonra çıkartılabileceği) ilgili en çarpıcı dava, *Brogan-Birleşik Krallık* davasıdır. Bu davada hem dört gün altı saatlik süre çok uzun bulunmuştur, hem de bu dava kişinin ilk alıkoymasını takiben mahkeme huzuruna çıkartılması yükümlülüğünün ne amaçla getirilmiş olduğu konusu aydınlatılmıştır. *Brogan* davasında yakalanan kişi, terörist olduğundan şüphelenilen bir kişidir. AİHM her ne kadar terörle mücadeleye özgü şartların, alıkoymanın yargı gözetimine tâbi olmasından önceki süresini etkileyebileceğini kabul etmiş olsa da davaya özgü koşullar çerçevesinde, kişinin en kısa sürede yargı huzuruna çıkarılması şartının ihlâl edildiğini belirlemiştir. AİHM, kabul edilebilir ve yeterli kanıt bulmada karşılaşılan zorluklar, belli adli tahlillerin yapılması için gereken süreler ve

davaya ilişkin bilgilerin hassasiyeti gibi konularda bazı sıkıntılar yaşanabileceğini takdir etmektedir. Ancak, AİHM'nin bu koşulları takdir etmesi bir ölçüye kadardır, zira AİHM “en kısa süre” şartının aranması gerektiği ve bu şartın son derece önemli olduğu kanaatinde. AİHM bu davada şu kararı vermiştir:

Bu davanın özel koşullarına bu tür bir önem atfederek kişi hâkim ya da bir başka yargı yetkilisi önüne çıkarılınca kadar bu denli uzun bir alıkoyma süresini haklı göstermek, “en kısa sürede” ifadesinin kelime anlamının kabul edilemez ölçüde geniş bir şekilde yorumlanmasıdır.

Bu tür bir yorum, bu çerçevede

Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafında öngörülen usule ilişkin teminatın kişinin zararına olacak şekilde ciddî bir biçimde zayıflatılmasına yol açacak ve bu maddeyle korunan hakkın özüne zarar verecek sonuçlar doğuracaktır.

Teröristlerin yol açtığı sorunlar hakkındaki bir diğer davada AİHM'nin, yargı gözetimi olmaksızın on iki ilâ on dört günlük bir süre geçmiş olmasını kabul edilemez bulmuş olması da şaşırtıcı değildir.¹⁵⁴

Askerî suçlardan ötürü askerlerin alıkoyulmasına ilişkin davalarda, her ne kadar AİHM askerliğe özgü şartların gereği¹⁵⁵ olarak belli bir süre alıkoyulmaya müsaade etmişse de en kısa süre şartının bu durumda da geçerli olduğuna işaret etmiştir.

Devam ettirilmesi için yargı yetkisi alınmadan önce özgürlükten mahrumiyetin, şüphelinin takibatı için gerekenden daha uzun sürmemesi gerekir. Bu tür bir takibatta temel unsurlar: başka bir yerde alıkonulmuşsa kişinin karakola götürülmesi; kişiden adli kanıtlar temin

¹⁵⁴ 26 Kasım 1997 tarihli *Sakık ve Diğerleri-Türkiye* davası.

¹⁵⁵ *De Jong, Baljet ve Van den Brink, Koster, Van der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe-Hollanda* davalarında olduğu gibi.

edilmesi; kimlik tespiti için kişinin sorgulanması, ilk şüphelerin geçerli olup olmadığına bakılması ve yok edilme riski olan kanıtların yerinin tespiti; alıkonulacak diğer şüphelilerin-uyarılarak kaçmalarının önlenmesi; ve kişinin karakoldan alınarak mahkemeye çıkarılmasıdır. Her ne kadar bu tür ilk işlemlerin (takibatın tamamına kıyasla) tam süresi davadan davaya değişebilse de tüm davaların genel akışı içinde en fazla bir ilâ iki gün içinde tamamlanmaları gerekir. Zaten bu tür bir sürenin kullanımı, ceza muhakemeleri usulü kanununa ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun alıkonulan bir kişinin bu süre zarfında mahkeme huzuruna çıkarılmasının sorun yaratmayacağı doğrultusundaki görüşüne de yansımıştır.¹⁵⁶

Bir davada alıkoyulma ve yargı gözetimi arasında bu süreden daha uzun bir süre geçmiş olması otomatikman uluslararası standardın ihlâl edildiği anlamına gelmez. Ancak, geçen bu fazladan sürenin kabul edilebilir addedilmesi

¹⁵⁶ *X.-Birleşik Krallık davası ve X.-Belçika davası.*

için, davanın koşulları çerçevesinde gerekli olduğunun gösterilmesi lâzımdır. Bu tür bir durum, alıkonulan yer ile en yakın polis karakolu arasında bir günden fazla bir mesafenin olduğu hallerde,¹⁵⁷ pek çok şüphelinin karıştığı karmaşık bir yakalama operasyonunun bulunduğu hallerde, şüpheliden hayatî önem taşıyan kanıtların temin edilmesinin önemli ölçüde zaman aldığı (örneğin, kanıtların şüpheli tarafından yutulduğu) hallerde, sanığın hastanede yatmasını gerektirecek bir hastalığının olması ve bu sebeple hâkim huzuruna çıkarılmasının geciktiği hallerde¹⁵⁸ söz konusu olabilir. Yine de AİHM'nin kabul ettiği ivedilik hali, kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmasının kırk sekiz saati birkaç saatten fazla sürelerde aştığı görülen pek çok davada geçerli olmayacaktır. Birkaç saatlik süre de, esneklik gösterme ihtiyacı olup olmadığına karar vermede dikkate alınacak norm olmalıdır.

¹⁵⁷ Bkz. *Rigopoulos-İspanya davası.*

¹⁵⁸ *X.-Belçika davası.*

Bir davanın takibatında gereken işlemlerin, doğru planlama ve organizasyonla aşılabilecekken kurumsal ya da usule ilişkin engeller sebebiyle uzamasının haklı bir gerekçe olarak kabul edilmeyeceği hatırdâ tutulmalıdır. Örneğin, *Koster-Hollanda* davasında, her ne kadar askerî harekâtların alıkonulan kişinin beş gün boyunca askerî mahkeme huzuruna çıkarılmasını engellemiş olduğu iddia edilse de 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği tespit edilmiştir. AİHM söz konusu harekâtların beklenmeyen harekâtlar olmadığını,

belli aralıklarla gerçekleştirildiğini, dolayısıyla öngörülebilir olduklarını ve hiçbir şekilde askerî makamların Sözleşme şartları uyarınca, gerekirse Cumartesi ya da Pazar günü bile bir Askerî Mahkeme toplanmasını sağlamalarını engellemediğini

belirlemiştir.

Aynı yanıt, geçici bir süre bir hastalık sebebiyle (bir grip salgını gibi) olmadığı sürece,

hâkim sayısının yetersiz olması bir mazeret olarak ileri sürüldüğünde de kuşkusuz geçerli olacaktır. Ayrıca, resmî tatiller de alıkonulan kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmasının geciktirilmesinde bir mazeret olarak kullanılamaz. AİHM'nin duruşmaların hafta sonları da yapılmasına ilişkin görüşleri gayet açık bir biçimde, Devletin, mahkemelerin kapalı olduğu dönemde de bir hâkimin alıkoyma uygulamasını denetlemesini sağlama sorumluluğu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum, alıkoyma uygulamasının zamanlaması için de geçerlidir; alıkoyma süresinin mahkemelerin normal mesai saatinin bitiminden sonra başlamış olması, söz konusu kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmasının bir sonraki iş gününe ertelenmesi için tek başına haklı bir gerekçe olamaz. Böyle bir durumda, alıkonulan kişinin akşam saatlerinde ya da gece nöbetçi mahkeme huzuruna çıkarılması gerekir. Alıkonulan kişinin mahkeme huzuruna çıkarılmamasında malî sebeplerden ötürü yeterli

sayıda hâkim bulunmayışı da herhangi bir mazeret teşkil etmez.

4. Acil Durumlar

Brogan davasında kişinin alıkoyulmasına yol açan sebep, önceden bildirilmemiş bir acil durumdur. Dolayısıyla, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin yerine getirilmemesinde Sözleşmenin 15. Maddesinde bulunan ve olağanüstü hallerde Sözleşmenin askıya alınmasına ilişkin hükme itibar edilemez. Ancak, *Brogan* davasında AİHM'nin verdiği karar, Birleşik Krallık'ı bu tür bir askıya almaya başvurmaya yöneltmiş ve bu tür bir askıya almanın geçerli olup olmadığı da *Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık* davasında¹⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Alıkoyulma ve yargı huzuruna

çıkartılma arasındaki süre bu davada dört gün altı saat yirmi beş dakika ilâ altı gün on dört buçuk saattir. AİHM, hem gerçekten acil bir durum olduğunu hem de mahkeme huzuruna çıkartılıncaya dek yedi güne kadar bir sürenin geçmesinin bu tür bir askıya almanın kabul edilebilir sınırları dahilinde olabileceğini kabul etmiştir. Bu kararında AİHM, alıkoyma uygulamasının yargı gözetimine tâbi olması halinde açıklanması gerekebilecek hassas bilgiler bulunması ve alıkoyma süresinin uzatılmasına yargının dahil olmasının, hiçbir şekilde sayısal olarak düşük seviyede olması ve terör saldırılarına karşı hassasiyet taşıması sebebinden kaynaklanmamakla birlikte, kamuoyunda yargının bağımsızlığına olan itimadı sarsabileceğine dair Birleşik Krallığın endişelerini özellikle dikkate almıştır. Bu davada *habeas corpus*'un her zaman mevcut olmasıyla (*habeas corpus*'un, kişinin hangi gerekçeyle alıkonulduğuna ilişkin bilgilerin açıklanmasını gerektirmeyecek olması sebebiyle) ve kırk sekiz saat alıkonulduktan sonra kişinin bir avukatla

¹⁵⁹ 26 Mayıs 1993.

görüşme hakkına riayet edilmesi sebebiyle de askıya alma kabul edilebilir bulunmuştur. Her ne kadar bu karara AİHM'nin dört hâkimi şiddetle itiraz etmiş olsa da alıkoyma uygulamasının otomatik olarak yargı gözetimine tâbi olmasının bu denli önemli bir süre ertelenmesini gerektiren durumlar da olabilmektedir. Yine de bu tür bir adımın istisnâî özellik taşıması, hem bir acil durumun gerçekten mevcut olduğunun kanıtlanması – ki bu da yargı gözetimine tâbidir – hem de alıkonulan kişilerin hassasiyetlerinin suiistimal edilmesi ihtimaline karşı çeşitli teminatlar sağlanması gereğine işaret edilerek vurgulanmıştır. Ayrıca, AİHM'nin bu kararı yargı gözetiminin sınırsız bir süre ertelenmesi yetkisini vermez; yedi gün izin verilen azamî süredir. Bu süre kısıtlamasının önemine daha sonraki bazı davalarda da değinilmiş ve 15. Madde çerçevesinde sağlanan askıya alma imkânına rağmen, bir terör tehdidinin özellikleri ve kapsamının kişinin mahkemeye çıkartılmadan önce on dört ilâ yirmi üç gün boyunca alıkoymasını haklı kılmayacağına karar

verilmiştir.¹⁶⁰ Her iki davada da Türk Devleti, terör faaliyetlerinde soruşturmanın yetkili makamlar açısından özel sorunlar çıkarttığını ifade etmiş, ancak AİHM söz konusu alıkoyma uygulamalarının yargı denetimine tâbi olmasının herhangi bir soruşturmaya ne bakımdan zarar verebileceğine dair bir açıklama getirilmemiş olduğunu tespit etmiştir. Türkiye'nin 5. Madde 3. Paragraf hükümlerine uymamada bu askıya almayı mazeret olarak öne sürmesinin kabul edilmemesinin bir başka sebebi de yeterli alternatif teminatların bulunmayışıdır; alıkonulan kişiler avukat ve doktorla (*Demir* davasında çok kısıtlı olarak) ya da yakınları ve arkadaşlarıyla görüştürülmemiştir ve mahkeme tarafından alıkonulmalarının yasal olup olmadığının tespit edilmesi de gerçekçi bir şekilde mümkün olmamıştır. Her ne kadar *Demir* davasında başvuru sahibinin avukatı kanalıyla şikâyetçi olma imkânı söz konusuysa da, bu talep

¹⁶⁰ 18 Aralık 1996 tarihli *Aksoy-Türkiye* davası; 23 Eylül 1998 tarihli *Demir ve Diğerleri-Türkiye* davası.

anlaşılabilir bir şekilde keyfî uygulamaya karşı bir teminat olarak reddedilmiştir, zira alıkonulan kişiler hiç kimseyle görüştürülmemiş ve dolayısıyla, kendileriyle her tür irtibattan mahrum bırakılmışlardı. Her halükârda, *Brannigan ve McBride* davasında görüldüğü türden teminatların bulunması halinde bile, bu iki davada mahkeme huzuruna çıkartılmadan uzun süre kişinin alıkonulmasının haklı bulunma ihtimali çok düşüktür; yargı denetimi ne kadar gecikirse kişinin keyfî muameleye maruz kalma riski o kadar artacaktır ve bu tür bir alıkoymanın ne kadar ciddî olursa olsun bir acil durum neticesinde gerekli bulunma ihtimali de o kadar azalacaktır.

Yargı denetimi, keyfî alıkoyma riskinin asgari seviyeye çekilmesi açısından çok önemli bir rol oynamaktadır. Objektif olarak haklı bulunmayan bir alıkoyma uygulamasının keyfî bir uygulama olması kaçınılmazdır. Halbuki, alıkoyma işlemini gerçekleştiren mercilerin takibatın devamı için davayı mahkemeye sevk etmek üzere gerekli tüm hazırlık işlemlerinin

tamamladığı, ancak sonradan bir süre bu işlemleri gerçekleştirmediği durumlarda böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu tespit, takibatın net bir şekilde kapsamlı olduğu ve davanın mahkemeye götürülmesinin normal olarak diğer davalardan daha uzun bir süre alacağı haller için de geçerlidir.

Bu görüş AİHM'nin, yargı gözetimi ihtiyacının yalnızca yetkili mercilerin alıkoyma uygulamasını sürdürmek istemesi halinde ortaya çıkacağını kabul etmesiyle de pekiştirilmiştir. *De Jong, Baljet ve Van den Brink-Hollanda* davasında da açıklandığı üzere, “alıkoyulma halinin yargı denetimine tâbi olmasının mümkün olmasından önce, alıkonulan kişinin ‘en kısa sürede’ salıverilmesi” halinde 5. Madde 3. Paragraf hükümleri ihlâl edilmiş olmaz. Benzer bir şekilde *Brogan-Birleşik Krallık* davasında AİHM, Devletin ya “kişinin en kısa sürede salıverilmesi ya da en kısa sürede bir yargı mercii huzuruna çıkartılmasını sağlaması” sorumluluğu vardır. Kişiyi salıvermek için yargı onayı gerekmez. Bunun anlamı, kişiyi alıkoyan

mercilerin alıkoyma süresi boyunca, alıkoyma uygulamasının devamının gerçekten haklı olup olmadığını değerlendirmesi, eğer haklı değilse de derhal kişiyi salıvermekle yükümlü olduğudur. Bu yaklaşım, ilk mahkemesinden sonra kişinin gözaltı halinin devam etmesinin haklı olup olmadığı açısından da geçerlidir. Daha önce de incelediğimiz şekilde, yargılama öncesi alıkoyma halinin uzatılması, yalnızca uzatılmaya ilişkin yeterli sebepler varsa mümkündür. Asıl olan gereksiz alıkoymayı önlemek olduğundan, kişinin “en kısa süre” içinde mahkemeye çıkartılmaması ve alıkoyan mercilerin tavırları sebebiyle, davanın koşulları bakımından uygun olan sürede mahkemeye intikal etmemesi halinde bu kural ihlâl edilmiş olacaktır. Bir dava özellikle karmaşık ya da askeriye dahil olduğu bir davaysa ortalama bir davadan biraz daha uzun bir süre söz konusu olabilir; dolayısıyla davanın son derece basit bir dava olması ve kişinin doğrudan mahkemeye çıkartılmasını engelleyen herhangi bir pratik sebep olmaması halinde daha kısa bir sürenin söz konusu olması gerekir.

“En kısa süre” şartına riayet edilmesi, ya başlangıcından itibaren ya da zaman içinde değişen koşullar sebebiyle keyfi bir hal alan alıkoymada hayatî önem taşıyan bir teminattır. Alıkoyma uygulamasını gerçekleştiren mercilerin kişinin bir an evvel mahkemeye çıkartılması için gerekli işlemleri alalecele yapması gerekmez, ancak gerekli özenin gösterilmesi, yani kişinin mümkün olan en kısa sürede ve kesinlikle de daha önce belirtilen süre sınırlaması dahilinde mahkemeye çıkartılmasının sağlanması gerekir.

5. Yargı gözetiminin devam etmesi

Yargı gözetimiyle ilgili son bir husus da hâkim tarafından alıkoyma halinin devam ettirilmesinin haklı bulunup bulunmadığını belirlemek üzere, düzenli aralıklarla davanın incelenmesidir. Bu durum, daha önce de belirtildiği şekilde, koşulların değişebileceği,

dolayısıyla bir soruşturmanın ilk evrelerinde alıkoyma hali gerekiyken bu durumun daha sonraki bir aşamada gerekemeyebileceğidir. Dolayısıyla, alıkoyma uygulamasını gerçekleştiren mercilerin vazifesi, kişinin alıkoyulma halinin devam ettiği bir davayı düzenli aralıklarla yargı gözetimine sevk etmektir – bu aralıklar da bir ya da iki aydan uzun olmamalıdır. Bu şekilde yargı gözetimi devam etmezse – gözetimin devam etmesi en az ilk yargı gözetimi kadar gereklidir – kişi, Sözleşmeye uygun olmayan hallerde de alıkonulmaya devam edilebilir. *Jėčius-Litvanya* davasında başvuru sahibinin tutukluluk halinin devam etmesine ilişkin olarak ileri sürülen yegâne gerekçeler, işlenen suçun ağır bir suç olması ve dava dosyasında kişinin aleyhinde çok güçlü kanıtlar bulunmasıdır. AİHM, başvuru sahibinin cinayet işlediğinden şüphelenilmesinin ilk başta alıkoyulmasını haklı kılmış olmakla beraber, özellikle asliye mahkemesinin bu şüphelerin kanıtlanamadığından hareketle başvuru sahibi hakkında beraat kararı vermiş

olması da dikkate alınarak, başvuru sahibinin yaklaşık on beş ay tutuklu olarak alıkoyulmuş olmasının haklı olmadığına ve dolayısıyla başvuru sahibinin alıkoyulmasının aşırı uzun sürmüş olduğuna karar vermiştir.

VI. Bölüm: Alıkoyma uygulamasının yasallığına itiraz

Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinde yer alan ve kişiyi alıkoyan mercilerin başlatması gereken yargı gözetimine ilâveten, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinde de alıkonulan kişinin alıkoyma uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının süratle tespit edilmesi ve alıkoyma uygulaması hukuka aykırı ise kişinin salıverilmesine karar verilmesi için, alıkoyma uygulamasına itiraz etme hakkından bahsedilmektedir. 5. Madde 4. Paragrafta yer alan yükümlülük, bir kişinin alıkoyulmasının yasal olup olmadığının tespit edilebilmesi için *habeas corpus* türünde bir belge olması gerektiği şeklindedir. Bu maddede belirtilen yükümlülüğün en önemli unsurları: yargı gözetiminin bir mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi, nizalı dava ve hukukî yardım imkânı sağlanan sözlü bir

duruşma yapılması, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunun en geniş anlamda ele alınması ve bu gözetimin süratle gerçekleştirilmesi gereğidir.

Sözleşmenin 5. Madde 4. Paragrafında belirtilen yükümlülük, alıkoymanın gerekçesi ne olursa olsun geçerlidir. Ulusal mercilerin, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinde belirtilen gerekçeler dahil olmak üzere tüm davalarda kişinin mahkemeye başvurmasını temin etmesi gerekir.¹⁶¹

1. Mahkemeye çıkma ihtiyacı

Sözleşmenin 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinde açıkça mahkemeye atıfta bulunulmuş olması, bu durumun bir savcı tarafından kararlaştırılacak bir konu olup

¹⁶¹ Ancak, bu maddenin 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrası çerçevesinde uygulanması kısıtlıdır.

olmadığı tartışmalarına mahal bırakmamaktadır. *Vodenicarov-Slovakya* davasında AİHM, başvuru sahibinin savcılığa tazminat isteminde bulunabilmesi imkânının, “savcının izlediği usul yargı özelliği taşımadığı”¹⁶² için 5. Madde 4. Paragrafta öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi anlamını taşımadığına karar vermiştir. *Varbanov-Bulgaristan* davasında, başvuru sahibinin alıkonulması, bölge savcısının kararıyla olmuş, daha sonra aynı savcı, başvuru sahibinin bir psikiyatri hastanesine kapatılması doğrultusunda başvuru sahibi hakkında yürütülen takibatta görev almıştır. Bölge savcısının kararı yalnızca üst savcılarının kararıyla bozulabilmektedir. Bu durumda AİHM, 5. Madde 4. Paragrafa aykırı bir şekilde, başvuru sahibinin alıkonulmasının hukuka uygun olup olmadığının tespiti için mahkemeye başvurma hakkından mahrum bırakıldığını tespit etmiştir.¹⁶³

¹⁶² 21 Aralık 2000.

¹⁶³ 5 Ekim 2000.

Hukuka uygunluğun bir hâkim tarafından incelenmesi ve 6. Madde hükümlerinde belirtilen ve özellikle bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin olmak üzere, âdil yargılanmaya ilişkin şartların yerine getirilmesi esastır. Hukuka uygunluk incelemesini gerçekleştiren merciin bir şekilde idareye karşı sorumlu olması halinde, bağımsızlık şartı tabii ki yerine getirilmemiş olacaktır. Öte yandan, alıkonulmanın hukuka uygunluğunu tespit edecek hâkimin daha önce bu davaya bakmış olması halinde, örneğin bu hâkimin kişi ilk yakalandıktan sonra gözaltına alınması doğrultusunda karar veren hâkim olması halinde, tarafsızlık şartının yerine getirilmesi şüphelidir. Ancak bu durum AİHM’yi, bu görevin soruşturmayı yürüten bir hâkim tarafından gerçekleştirilmesi halini kabul edilmez addetmeye sevk etmemiştir – her ne kadar bu tür bir hâkimin soruşturmayı etkin bir şekilde gerçekleştirme görevi ve suçlanan kişinin salıverilmesi gerektiğini savunabilecek durumda olması arasında bir çelişki varmış gibi görünse de. Her durumda, mahkemenin özellikleri ne

olursa olsun, mahkemenin kişinin salıverilmesine karar verme yetkisini haiz olması gerekir; mahkeme karar alma ya da yasadışı alıkoyma halinde (resmî yetkiliye adlî ceza verilmesi gereken *Van Droogenbroeck-Belçika* davasında olduğu gibi) kişinin bu hakkından faydalanmasına yönelik diğer çözümlerin temin edilmesi konusunda kısıtlanmışsa, bu durumda 5. Madde 4. Paragraf hükümleri yerine getirilmemiş olur. Bu maddenin özü, alıkoyma halinin hukuka aykırılığının kanıtlanması halinde kişinin salıverilmesini teminat altına almaktır.

2. Bizzat mahkemeye çıkarılmak

Daha önce de belirtildiği gibi, yargı gözetiminin yararlarından biri de yasadışı alıkoyma dışındaki suiistimallerin de tespit edilebilmesidir. Bu da özellikle, alıkoyma işleminin hukuka uygunluğunun araştırılması için alıkonulan kişinin normal şartlar altında

mahkemeye çıkartılması şartı kapsamına girmektedir. Örneğin, hakkındaki dolandırıcılık suçlaması sebebiyle gözaltına alınan kişinin, ceza muhakemeleri usulü kanununa göre mümkün olmakla birlikte, mahkemeye çıkartılmamış olduğu *Kampanis-Yunanistan* davasında 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği tespit edilmiştir. AİHM, alıkonulan kişinin alıkoyma işleminin hukuka aykırı olduğunu iddia etmek hakkı bulunması ve bizzat mahkeme huzuruna çıkmanın alıkoymada suiistimal yapılması ihtimalini azaltması sebebiyle, alıkonulan kişinin savcılığın kendisi hakkındaki iddialara itiraz edebilmesinin önemine işaret etmiştir.

3. Hukukî yardım, nizalı dava ve silâhların eşitliği imkânlarına erişim

Tahliye talebiyle dava açılırken alıkonulan kişinin öne sürdüğü gerekçeler karmaşık hukukî açıklamalar gerektirebilir ve çoğu alıkonulan kişi de tüm yasal argümanları tek başına hazırlamak imkânına sahip değildir. Dolayısıyla, kaçınılmaz bir sonuç olarak, alıkonulan kişiye, itirazını formüle edebilmesi için hukukî yardım alma imkânı tanınması gerekir. Alıkonulan kişinin avukat ücretini ödeyememesi halinde, bu masrafın Devlet tarafından karşılanması gerekir. *Woukam Moudefo-Fransa* davasında AİHM, temyiz başvurusu hukukî meseleler ihtiva etmesine rağmen, suçlanan kişinin tahliye talebiyle Temyiz Mahkemesine başvurması için kendisine bir avukat tahsis edilmemiş olmasının, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâli anlamına geldiğini tespit etmiştir. Öte yandan, *Megyeri-Almanya* davasında AİHM, akli dengesi yerinde olmayan ve alıkonulan kişinin, aksi yönde bir uygulama gerektirecek özel koşullar olmadığı sürece, duruşmalarda hukukî temsil hakkına sahip olduğu kararını vermiştir. Ayrıca AİHM,

kişinin hukukî yardım alma konusunda kendisinden inisiyatif üstlenmesinin istenemeyeceğine de işaret etmiştir.

Hukukî yardım alma ihtiyacı, bir itirazın formüle edilmesinin ötesinde, mahkemede kişinin temsil edilmesini de kapsar. Duruşmada her iki taraf da hazır bulunabilmeli ve AİHM'nin 6. Madde hükümlerini uygularken belirttiği şekilde, taraflar arasında silâhların eşitliği ilkesi de gözetilmelidir: bunun anlamı, tahliye talebinde bulunan kişinin, alıkonulmasıyla ilgili öne sürülen gerekçelerden ve alıkonulmasını destekleyen kanıtlardan haberdar olması ve bu iddialara yanıt verme imkânının bulunması gerektiğidir. Örneğin, *Toth-Avusturya* davasında, alıkonulan kişinin katılmadığı duruşmada, mahkeme heyetinin iddia makamını dinlemiş olması kesinlikle kabul edilemez. Benzer bir şekilde, dava dosyasını hazırlarken Devletin avukatının resmî dosyaya erişebildiği, ancak alıkonulan kişinin böyle bir imkândan faydalanmadığı *Lamy-Belçika* davasında da 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği

belirlenmiştir. Davaya hazırlanmak için âdil fırsat tanınması, alıkonulan kişinin bu amaç için yeterli zamanının olması anlamına da gelir; itirazın ancak çok kısa bir süre içinde mümkün olması, çarenin özde değil, sözde sağlanmasına yol açabilir. Aynı şekilde alıkonulan kişinin, davasını hazırlamak için gereken imkânlara erişimi sağlanmalıdır; bu imkânlar arasında, hukuk kitapları temin edilmesi, itirazını hazırlaması (bu durum cezaevi kurallarının uygulanma şeklini etkileyebilir) ve elbette, alıkoyan mercilerin bulunmadığı bir ortamda avukatıyla davasını görüşmesi sıralanabilir.

Niedbala-Polonya davasında AİHM, her ne kadar her zaman 5. Madde 4. Paragrafta belirtilen usule ilişkin şartın 6. Madde 1. Paragrafta öngörülen teminatlarla yerine getirilmesi gerekmeseydi de bu usulün “hukukî bir özellik taşıması ve söz konusu özgürlükten mahrumiyet uygulamasına uygun teminatlar içermesi” gerektiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca şunları ifade etmiştir:

Özellikle, alıkoyma kararının temyiz talebinin incelendiği bir davada taraflar, yani savcı ve alıkonulan kişi arasında “silâhların eşitliği” ilkesinin gözetilmesi gerekir.¹⁶⁴

Niedbala davasında AİHM, o tarihte yürürlükte olan kanunların başvuru sahibine ya da başvuru sahibinin avukatına duruşmaya katılma hakkı vermediğini ve savcılık makamının başvuru sahibinin alıkoyulmasını destekleyen iddianamesinin başvuru sahibine ya da avukatına iletilmesini gerektirmediğini tespit etmiştir. Netice olarak, başvuru sahibi savcının mütalaaları hakkında yorum yapma imkânı bulamamıştır. Ayrıca, başvuru sahibi ya da avukatı alıkoyma halinin hukuka uygun olup olmadığının incelendiği duruşmalara katılamazken, o tarihte yürürlükte olan kanunlara göre savcı bu duruşmalara katılabilemiştir. Bu

¹⁶⁴ Ayrıca bkz. 25 Mart 1999 tarihli *Nikolova-Bulgaristan* davası.

durumda AİHM, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.¹⁶⁵

Ilijkov-Bulgaristan davasında AİHM, alıkoymanın temyiz talebinin incelendiği davaların “nizalı ve taraflar, yani savcı ve alıkonulan kişi arasında ‘silâhların eşitliği’ ilkesinin gözetildiği” davalar olması gerektiğini hatırlatmıştır. Savcılık makamı Temyiz Mahkemesinde başvuru sahibine iletilmeyen mütalaaları hâkimlere iletme ayrıcalığına sahip olduğu için, bu davada nizalı dava imkânı tanınmadığı ve 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği tespit edilmiştir.¹⁶⁶

4. Yasallığın tespiti

¹⁶⁵ 4 Temmuz 2000. Benzer tespitler 11 Temmuz 2000 tarihli *Trzaska-Polonya* ve 9 Ocak 2001 tarihli *Kawka-Polonya* davalarında da söz konusudur.

¹⁶⁶ 26 Temmuz 2001.

Sözleşmenin 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, yasallık kavramı her zaman Sözleşme standartlarına uygunluk anlamı taşımaktadır. Alıkonulan kişinin, kendisinin alıkoyulmasının ulusal kanunlara ve Sözleşmeye uygun olup olmadığını, dolayısıyla keyfi olup olmadığını sorgulama hakkı olmalıdır. Örneğin bir kişi suç olduğu öne sürülen bir ifadede bulunmaktan ötürü alıkonuluyorsa, bu tür bir suç Sözleşme tarafından sağlanan ifade özgürlüğü hakkına aykırı olacağı için, bu suçla ilgili takibat öncesinde kişinin alıkoyulmasının haklı olmayacağı doğrultusundaki mütalaaları dikkate almaya açık olunması gerekir. Bu mütalaa, böyle bir durumda alıkoyma yetkisi bulunmadığını ya da yetkinin uygun olmayan bir şekilde kullanıldığını öne sürmenin de ötesine taşınabilir. Ayrıca bu usulün, alıkonulan kişiye, bir suç işlediğine dair hakkındaki şüphelerin makul olduğuna itiraz etme imkânı sağlaması da esastır.

Jėčius-Litvanya davasında AİHM, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinde:

yakalanan ve alıkonulan kişilerin, özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin, Sözleşme açısından “hukuka uygunluğun” temel unsurları olan usule ve esasa ilişkin koşulun yargı incelemesine tâbi olması hakkı bulunmaktadır. Bunun anlamı, yetkili mahkemenin yalnızca usule ilişkin şartlar bakımından ulusal kanunlara uygunluğu değil, aynı zamanda kişinin yakalanmasını destekleyen şüphenin makul olup olmadığını ve kişinin yakalanması ve sonrasında da alıkonulmasında gözetilen amacın meşruiyetini de incelemesi gerektiğidir.

şeklinde görüş belirtmiştir.

Bu davada AİHM, başvuru sahibinin gözetiminde tutulmasına yetki veren mahkemelerin, başvuru sahibinin alıkonulmasının hukuka aykırı olduğu doğrultusundaki şikâyetlerini hiç dikkate almadığını tespit etmiştir. AİHM ayrıca, her ne

kadar başvuru sahibinin alıkonulmasının hukuka uygunluğu konusunun sorgulanabileceğine işaret etmiş olsalar da yüksek mahkemelerin, başvuru sahibinin şikâyetlerini o tarihte yürürlükte olan kanunî engeller çerçevesinde incelemediklerini belirlemiştir.

Yakın tarihte incelenen *Ilijkov-Bulgaristan* davasında ise AİHM, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin, hâkimlerin alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunu incelerken başvuru sahibinin her tür mütalaasını dikkate alma zorunluluğu getirmediğine, ancak yine de alıkonulan kişi tarafından öne sürülen ve Sözleşme çerçevesinde alıkoymanın “hukuka uygunluğu” için gerekli şartlarda bir şüphe uyanmasına yol açacak somut gerçeklerin hâkim tarafından göz ardı edilmesinin ya da bu gerçeklere hâkim tarafından itibar edilmemesinin, kişiyi 5. Madde 4. Paragrafta dile getirilen haktan mahrum etme anlamına geleceğine işaret etmiştir. Bu davada mahkemeler, bu meselelere itibar edilecek olursa davanın esası hakkında peşin hüküm verecekleri

ve dolayısıyla taraflı olacaklarını öne sürerek, başvuru sahibinin mütalaalarını ve hakkında makul bir şüphenin devamına ilişkin olarak bu mütalaaları destekler kanıtları dikkate almayı reddetmiştir. Bulgaristan kanunlarına göre, suçlanan kişinin alıkoyulmasına ilişkin kararı verecek hâkim, davayı inceleyen aynı asliye mahkemesi hâkimidir. Bu davada AİHM şu karara varmıştır:

Bir asliye mahkemesi hâkiminin kişinin tutuklu olarak alıkoyulmasına karar vermiş olması, kendi başına, bu hâkimin tarafsız olmadığına ilişkin endişeleri haklı çıkarmaz. Normal şartlarda, kişinin tutuklu olarak alıkonulması kararını verirken bir hâkimin cevaplandırması gereken sorular ve nihâi hüküm verirken cevaplandırılması gereken sorular aynı değildir. Kişinin tutuklu olarak alıkoyulması kararı ve yargılama öncesi buna benzer kararlar verirken, hâkim, özetle, kişi hakkında yürütülen takibatın söz konusu şüphe açısından ilk bakışta

haklı olup olmadığına ilişkin mevcut bulguları değerlendirir; davanın sonunda dava hakkında bir hüküm verirken de ibraz edilen ve mahkemede ele alınan kanıtların suçlanan kişinin suçlu bulunmasına yetip yetmediğini değerlendirmelidir.

Bu mütalaadan hareketle AİHM, yetkililerin tarafsızlık ilkesini kollama endişelerinin başvuru sahibinin bu madde uyarınca sahip olduğu haktan mahrum edilmesini haklı kılmaması sebebiyle, bu davada 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

5. Kararların süratle alınması gerekir

Daha önce incelediğimiz özgürlükten mahrumiyete karşı karîneye göre, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin, alıkoyma uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının tespitinin de “süratle” gerçekleştirilmesini gerektirmesi şaşırtıcı değildir. Bu gerek, kuşkusuz, 5. Madde 3. Paragrafta dile getirilen “en kısa süre” ifadesi gibi bir şart olarak düşünülmemiştir. Bu da şaşırtıcı değildir, zira 5. Madde 4. Paragraf hükümlerine müracaat edilen hukukî meseleler daha karmaşık olabilir. Dolayısıyla, başvuru tarihinden itibaren başvuru sonuçlandırılıncaya kadar geçen sürenin bir ilâ iki hafta olması, genellikle pek çok davada kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir. Ancak, alıkoyma uygulamasının başladığı anda bu uygulamanın yasallığına itiraz söz konusu olmuş ve 5. Madde 3. Paragraf hükümleri uyarınca en kısa süre şartı da yerine getirilmemişse, bu sürenin uzunluğu özellikle dikkate alınır.

Her ne kadar ilk alıkoyulma ve yargı gözetimi arasında 5. Madde 4. Paragraf uyarınca kabul edilebilir süre daha uzun olabilse de, pek

çok davada da görüldüğü üzere – özel olarak karışık bir davada daha uzun sürelere izin verilebilmesine rağmen – bu sürenin birkaç haftadan daha uzun olmaması gerekir. *Bezicheri-İtalya* ve *Sanchez-Reisse-İsviçre* gibi pek çok davada bir aydan uzun süreler kesinlikle kabul edilmemiştir. Hâkimin izinde olması ya da iş yükünün fazlalığından kaynaklanan gecikmeler kabul edilmez. Öte yandan, alıkonulan kişiden kaynaklanan gecikmeler de dikkate alınmaz: bu duruma örnek olarak, başvuru sahibinin temyiz başvurusunda bulunmak için oyalandığı *Navarra-Fransa* davası ve alıkonulan kişinin fiilen ortadan kaybolduğu *Luberti-İtalya* davası gösterilebilir. Hukukî yardım temin edilecek alıkonulan kişiye yasal yardım sağlanması hakkında bir karar alınması gerekirse, bu kararın da süratle alınması gerekir; *Zamir-Birleşik Krallık* davasında bu sürenin yedi hafta olması, doğel olarak çok uzun bulunmuştur.

Sözleşmenin 5. Madde 4. Paragrafı uyarınca bu süre, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğuna itiraz başvurusunda

bulunulduktan sonra başlar ve alıkoyma haliyle ilgili nihaî kararın verilmesiyle sona erer. Ancak, alıkonulan kişinin itiraz başvurusunda bulununcaya kadar bir süre beklemesinin gerektiği hallerde de 5. Madde 4. Paragraf hükümleri ihlâl edilmiş olabilir.

Daha önce açıklandığı şekilde, işlemlerin süratle gerçekleştirilmesi kararı, davaya özgü koşullara bağlıdır. *Ilowiecki-Polonya* davasında AİHM, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunun tespitine ilişkin tıbbî ya da diğer türden unsurların karmaşık olmasının, dikkate alınması gereken hususlar olabileceği kanaatine varmıştır. AİHM bu davada ayrıca şunları söylemiştir:

Ancak bunun anlamı, bir dosyanın karmaşıklık derecesi – istisnâ de olsa – ulusal mercilerin bu hüküm çerçevesindeki aslî sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

Bu davada AİHM, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunun

değerlendirilmesi için takibat esnasında tıbbî kanıtların temin edilmesi gereği aşikâr olsa bile, bu gereğin başvuru sahibinin her bir tahliye talebini takiben üç ilâ yedi ay gibi uzun bir süre geçmiş olmasını açıklayamadığını tespit etmiştir.¹⁶⁷

Alıkoyma halinin devam etmesine ilişkin kararda tıbbî meselelerin karmaşıklığından hareket edilmesi durumu, *Baranowski-Polonya* davasında da görülmüştür. AİHM, bu durumun süratli hareket edilip edilmediğine ilişkin verilecek kararda dikkate alınacak bir faktör olabileceğine işaret etmekle birlikte, ulusal mahkemelere kardiyolog raporunun altı haftada iletilebildiğini, ayrıca mahkemelerin bir ay daha nöroloji ve psikiyatri raporunu beklediklerini, diğer bazı kanıtların kendilerine ulaştırılmasının da ilâveten bir ay daha bir süre gerektirdiğini tespit etmiştir. AİHM'nin görüşüne göre, bu uzun süreler, takibatın sürdürülmesinde gözetilmesi gereken “özel titizlik” ile bağdaşmamakta ve bu

¹⁶⁷ 4 Ekim 2001.

durumda 5. Madde 4. Paragraf ihlâl edilmiş olmaktadır.¹⁶⁸

Jablonski-Polonya davasında karmaşıklık bir sebep değildir. Bu davada AİHM, alıkoyulma halinin hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesinin kırk üç gün sürmüş olmasının, davanın özel koşulları çerçevesinde, süratle karar verilmesi şartına aykırı olduğunu belirlemiştir. Polonya Devletinin, Yüksek Mahkemenin (dava hakkında karar vermesi için başvurulmuş) iş yükünün çok yoğun olduğunu ileri sürmesi AİHM tarafından bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir.¹⁶⁹ Ayrıca, *Rehbock-Slovenya* davasında AİHM, alıkonulan kişinin iki kez tahliye talebinde bulunmasını takiben geçen yirmi üçer günlük iki sürenin süratle karar verilmesi şartını ihlâl ettiğini tespit etmiştir.¹⁷⁰

¹⁶⁸ 28 Mart 2000.

¹⁶⁹ 21 Aralık 2000.

¹⁷⁰ 28 Kasım 2000.

6. Sözleşmenin 5. Madde 3. Paragrafıyla Bağlantı

Daha önce de gördüğümüz gibi, 5. Madde 4. Paragrafta dile getirilen şartlar, özellikle yasal temsil ve nizalı dava imkânı itibarıyla, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinden daha kesindir. Ancak Devletin kendi tasarrufu için temin ettiği yargı gözetiminin bu şartları yerine getirmesi halinde, o zaman bu gözetimin en azından o tarihte 5. Madde 4. Paragraf çerçevesindeki yükümlülüğü yerine getirdiği düşünülür. Bu hususa değiniyoruz, zira bir kişinin alıkoyulmasının hukuka uygunluğuna itiraz edebilmek bir defaya mahsus bir imkân değildir; koşullar değiştiği gibi, alıkoyma uygulaması için daha önce geçerli olan yasal gerekçe artık geçerli olmayabilir. Dolayısıyla, kişinin alıkoyulma hali devam ettiği sürece itiraz başvurusunda bulunma hakkının olması gerekir. Ancak bu durum, alıkonulan kişi herhangi bir anda ve her zaman itiraz başvurusunda bulunabilir anlamına gelmez;

böyle bir şey ceza hukuku sistemini felç edebilir. Bu sebeple AİHM, itiraz hakkının makul aralıklarla tanınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu da kendi içinde değişebilir; örneğin, aklî dengesi yerinde olmayan bir kişinin alıkoyulma hali için, bir yıla varan aralıklarla itiraz hakkı tanınması kabul edilebilir bulunmuştur. Ancak, yargılanması devam ederken bir kişinin alıkoyulmasında bu da bir kural addedilmemelidir. İçtihatlarla göre, yargılanması devam eden kişilerin alıkoyulmalarına itiraz edebilmeleri için çok daha kısa süreler uygun olacaktır. Örneğin, *Bezicheri* davasında bir aylık bir süre kabul edilebilir bulunmuştur. Bu süreden daha kısa süreler de elbette kabul edilebilecektir. Önemli olan, mahkeme kişinin alıkoyulmasına ilişkin gerekçenin haklı olup olmadığını incelerken, söz konusu kişinin de alıkoyulmasının doğru olmadığını öne sürecektir. Önemli olan, mahkeme gerekçeleri olması ve kişi hüküm giymeden önce haftalar geçtikçe de alıkoyulmanın haklı olmama ihtimalinin artmasıdır.

Bu iki tür yargı gözetimi, birbirini tamamlar özellikte olup her ikisi de Sözleşme çerçevesinde sağlanan kişisel özgürlük teminatının temel şartlarıdır. Bu denetimler olmazsa suiistimal ihtimali artacaktır. Bu denetimler etkin bir ceza hukuku sistemiyle tezat teşkil etmez, zira ceza hukuku, her zaman, hukukun üstünlüğü ilkesi gözetildikçe en iyi şekilde işleyecektir.

VII. Bölüm: Tazminat

Sözleşmenin 5. Madde 5. Paragrafında, bu madde hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir yakalama veya alıkoyma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu tür bir hakkın tanınmaması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde dava açma hakkı doğar. 5. Madde 4. Paragraf gibi bu paragraf da, Sözleşmenin 13. Maddesinde belirtilen, Sözleşme tarafından teminat altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlâli halinde kişinin etkili başvurma hakkına ilişkin daha genel bir yükümlülüğün net bir tezahürüdür.

Sözleşmenin 5. Madde 5. Paragrafı Devlete, tazminat talebinde bulunulacak merci konusunda bir takdir hakkı tanımamaktadır. 5. Madde 5. Paragrafa göre, tazminat talebiyle mahkemeye başvurulması gerekir; bu da tazminatın yasal olarak bağlayıcı özelliği olan bir

karara bağlanması gerektiği anlamına gelir. Tazminat hakkının ne tür bir hukukî usul çerçevesinde aranabileceğine ilişkin olarak ulusal mercilerin yeterli serbestisi bulunmaktadır. Diğer merciler tarafından ödenen (*ombudsman* gibi) ya da devletin yasal bir yükümlülük olmadan, lütuf mahiyetinde temin ettiği türden tazminatlar 5. Madde 5. Paragraf hükümleri çerçevesinde yeterli değildir.

Uygulamada, tazminat normal koşullarda malî bir tazminat şeklindedir. Ödenecek tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin ulusal bazda farklılıklar olabilse de bu tür bir tazminat belirlenirken net kaybın dikkate alınması konusunda farklılık olmamalıdır. Tazminat miktarını belirlemeden önce, ulusal mercilerin 5. Madde hükümlerinin ihlâlinden kaynaklanan zararlara ilişkin kanıtı ihtiyacı olabilir. AİHM, kişi 5. Madde hükümlerinin ihlâli sebebiyle mağdur olmuşsa da “tazmin edilecek herhangi bir maddî ya da gayri-maddî

zararının olmaması halinde bir ‘tazminat’ doğmayacağı” kanaatine varmıştır.¹⁷¹

Sözleşmenin 5. Madde 5. Paragrafı uyarınca bir tazminat başvurusunda bulunma hakkı yalnızca, mağdur olduğunu ileri süren kişinin 5. Madde 1-4 Paragraf hükümlerinden herhangi birine aykırı bir şekilde yakalandığı ve alıkonulduğu hallerde geçerlidir. Ulusal kanunlar ya da Sözleşme çerçevesinde 5. Madde hükümlerine aykırılık bulunduğu dair bir karar olmaksızın tek başına 5. Madde 5. Paragraf hükümleri çerçevesinde bir tazminat talebinde bulunulması istisnaî bir durumdur. AİHM genellikle, 5. Madde 5. Paragraf hükümleri çerçevesinde bir tazminat talebini yalnızca 5. Maddenin diğer paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit ettiği hallerde dikkate alacaktır.¹⁷² Ayrıca, bu şekilde hareket ederek AİHM, mağdurların ulusal mercilerden bu tür bir tazminat temin edebilmeleri için iç hukuk

yollarını tüketmiş olması şartını da aramamaktadır. Ancak, bir Devletin “belli bir kesinlik düzeyiyle” mağdura 5. Madde 5. Paragraf hükümleri çerçevesinde bir tazminat temin edilebileceğini göstermesi halinde AİHM, bu paragraf hükümlerinin ihlâl edilmediğini tespit edecektir.¹⁷³ *Rehbock-Slovenya* davasında, ulusal kanunlara göre tazminat hakkı yalnızca özgürlükten mahrumiyetin hukuka aykırı olduğu ya da bir yanlışlıktan kaynaklandığı hallerle sınırlandırılmıştı. AİHM bu davada 5. Madde 5. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir, zira 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin – alıkonulan kişinin mahkemeye başvurarak alıkoyulmasının hukuka uygunluğuna itiraz etmesi hakkı; mahkemenin bu tür bir başvuru hakkında süratle karar vermesi ve alıkoyma işleminin hukuka aykırı olduğu tespit edilirse de söz konusu kişiyi salıvermesi gerekir – ihlâlî sebebiyle başvuru sahibinin tazminat hakkı

¹⁷¹ *Wassink-Hollanda* davası.

¹⁷² *Ciulla-İtalya* davası.

¹⁷³ Aynı dava.

doğmuş ve yeterli bir kesinlik düzeyiyle bir tazminat temin edilmemiştir.¹⁷⁴

Sözleşmenin ulusal hukukun bir parçası haline geldiği ülkelerde, mahkemelerin 5. Madde hükümleri ihlâli tespit ettikleri durumlarda bu tür bir tazminat kararı verme yetkisine haiz ve bu yetkiyi kullanmaya hazır olması gerekir. Ulusal mahkemelerin bu yetkiyi kullanmamaları, yalnızca, ortaya çıkan 5. Madde ihlâlinin daha da katmerleşmesine yol açacaktır.

¹⁷⁴ 28 Kasım 2000.

Directorate General of Human Rights
Council of Europe
F-67075 Strasbourg Cedex

<http://www.humanrights.coe.int>

Bu insan hakları kitapçıkları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bazı maddelerinin Strazburg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ne şekilde uygulandığı ve yorumlandığına ilişkin son derece pratik birer kılavuz oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu kitapçıklar özellikle hâkimler ve hukukçulara yönelik olarak hazırlanmış olmakla beraber, ilgilenen herkes tarafından kullanılabilir.