



COUNCIL
OF EUROPE

CONSEIL
DE L'EUROPE



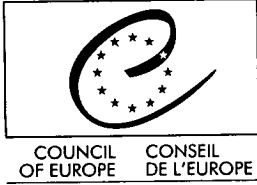
TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ

Kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı

*Avrupa
İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
5. Maddesinin
uygulanmasına ilişkin
kılavuz*

Monica Macovei

İnsan hakları el kitapları, No. 5



Kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz

Monica Macovei

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 91
TBB-İHAUM : 9

İnsan hakları el kitapları, No. 5

“İnsan hakları kitapçıkları” serisinden daha önce basılan kitaplar:

Kitapçık No 1: Özel hayatın ve aile hayatının korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Kitapçık No 2: İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Kitapçık No 3: Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Kitapçık No 4: Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 No.lu Ek Protokolünün 1. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz (2001).

Bu yayında ifade edilen görüşler yazara aittir ve Avrupa Konseyi’ni herhangi bir sorumluluk altına sokamaz. Söz konusu görüşler, değindikleri hukuki araçlara, Üye Devletlerin hükümleri, Avrupa Konseyi’nin yasal organları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne dayalı olarak oluşturulmuş herhangi bir organı bağlayıcı güçte bir yorum getirdikleri şeklinde algılanamaz.

**Avrupa Konseyi
İnsan Hakları Genel Müdürlüğü**

Bu metinler, Avrupa Komisyonu/Avrupa Konseyi’nin Türkiye ile ortak girişimi çerçevesinde hazırlanmış, ilgilenen herkes tarafından kullanılması amacıyla, Türkiye Barolar Birliği tarafından çoğaltılmıştır.

F-67075 Strasbourg Cedex
© Council of Europe, 2001
Birinci Baskı, Eylül 2001
Baskı: Şen Matbaası

İçindekiler

Sözleşme Ne Diyor: 5

I. Bölüm: özgürlük karinesi; hukuka uygunluk şartı; alıkoyma kavramı 8

1. Özgürlük karinesi 8
2. Alıkoyma halinin hukuka uygunluğu 9
- Ulusal Hukuka Resmen Uygunluk 10
- Hukuki zeminin muhafaza edilmesinin önemi 11
- İç hukuk uygulamalarına yanlış yönelimle itibar edilmesi 12
- Sözleşme'ye uyum. Sözleşme'nin hukuka uygunluk anlayışı 13
- Sözleşme hükümlerine uymamak 13
- Yetkinin keyfi kullanımı 14
- Erişebilirlik, öngörülebilirlik ve diğer teminatlar 16
3. Özgürlükten mahrumiyete neler yol açar? 19
- "Yakalama" ve "alıkoyma" 19
- Alıkoyma halinin mevcut olduğunu kanıtlayan unsurlar 19
- Hapsin özellikleri 20
- Uygulamadan etkilenen kişinin statüsü 21
- Özel kişilerin fiilleri 22
- Denizaşırı fiiller 23

II. Bölüm: Cezai sürecin bir parçası olarak özgürlükten mahrumiyet 25

1. Genel görüşler 25
2. Suç işlendiğinden şüphelenilen kişiler 25
- Yetkili yasal mercilere ibraz 26
- Makul şüphe 29
- Yargılama öncesi alıkoyma gerekçeleri 31
- Yargılama öncesi kişiyi alıkoyma gerekçeleri 32
- Kişinin Kaçması Riski* 33
- Yargı sürecine müdahale riski 34
- Suçü önleme ihtiyacı 35
- Kamu düzenini koruma ihtiyacı 36
- Kefaletle ilişkin şartlar 36
- Yargılama öncesi alıkoyma süresinin uzunluğu 38
3. Hüküm giymiş suçlular 41
4. Kişinin ladesi 43

III. Bölüm: Diğer özgürlükten mahrumiyet gerekçeleri 45

1. Mahkeme emri ve kanunen tanımlanan yükümlülük 45
2. Küçüklerin alıkoyması 47
3. Akli dengesi yerinde olmayan, alkolik, uyuşturucu bağımlısı, serseri kişilerin alıkoyması ya da bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla alıkoyma 48

IV. Bölüm: Yakalanma sebebinin anında kişiye bildirilmesi görevi 51

| | |
|--|----|
| 1. Açıklama yapma görevi ne zaman ortaya çıkar | 52 |
| 2. Açıklamanın özellikleri | 52 |
| 3. Açıklamanın anlaşılabilirliği | 53 |
| 4. Zamanlama | 54 |

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

| | |
|--|----|
| 1. Yetkili yasal merciin özellikleri | 55 |
| 2. Yetkili yasal merciin görevi | 58 |
| 3. Yargı gözetiminde zamanlama | 59 |
| 4. Acil durumlar | 62 |
| 5. Yargı gözetiminin devam etmesi | 65 |

VI. Bölüm: Alıkoyma uygulamasının yasallığına itiraz

| | |
|---|----|
| 1. Mahkemeye çıkma ihtiyacı | 66 |
| 2. Bizzat mahkemeye çıkarılmak | 67 |
| 3. Hukuki yardım, nizalı dava ve silahların eşitliği imkanlarına erişim | 67 |
| 4. Yasallığın tespiti | 69 |
| 5. Kararların süratle alınması gerekir | 71 |
| 6. Sözleşme'nin 5. madde 3. paragrafıyla bağlantı | 73 |

VII. Bölüm: Tazminat

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) Bulaştırıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkolik, 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 yürütülme olmasından dolayı 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 Sözleşmesi'nin 5. Maddesi, bireyin insan haklarının korunmasına ilişkin önemli bir hususa işaret etmektedir. Kişisel özgürlük, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel koşuldur. Kişisel özgürlükten mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkından, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilecek bir şeydir. Ayrıca, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet, söz konusu kişiyi son derece hassas bir konuma düşürerek işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakacaktır. Hâkimler, özgürlük teminatının anlamlı olabilmesi için, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin istisnai, 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 gi-

bi). “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 denetimine tâbi tutulması ve bu kararı veren mercilerin sorumlu kılınması vasıtasıyla, özgürlükten mahrumiyet kararlarının keyfi bir hüviyet taşıması riskini asgarî seviyeye indirebilmeye yönelik bazı temel hakların teminat altına alınması yoluyla, kişinin keyfi 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 tahrir edilebileceği ve alıkonulan kişilerin en temel hukukî koruma yöntemlerine erişemeyeceği bir konuma düşebileceği hallerde kişisel güvenliklerinin de korunmasıdır.

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

5. Madde hükümlerinde öngörülen şartlara geçerlilik kazandırma çabalarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu karar metninin yorumlanması hayati önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 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 Sözleşmesi’nin 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 değerlendirecek 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, istisnai olarak değerlendirilmeli ve yal-

nızca 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 Mahkemesi'nin hukuki 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 karinesi; hukuka uygunluk şartı; alıkoyma kavramı

1. Özgürlük karinesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesi 1. Paragrafında, herkesin özgürlük hakkından istifade etmesi gerektiği ve dolayısıyla, kişinin bu hakkından yalnızca istisnai durumlarda mahrum edilebileceği karinesi 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 karinesi, 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 olduğuna 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 Mahkemesi'nin *Mansur-Türkiye*² davasında, kişinin devam eden alıkoyma halinin haklı bulunmadığı doğrultusunda verdiği kararda ortaya konmaktadır: bu davada ulusal mahkeme müteaddit olarak, genellikle detaylandırılmadan aynı ifadeler, hatta aynı kalıplar kullanarak kişinin alıkoyma 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

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 Sözleşmesi'ne uygun olması ve keyfî olmaması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır.

² 8 Haziran 1995.

Ulusal Hukuka Şeklen Uygunluk

Bir kişi özgürlüğünden mahrum edilmişse, elbette, öncelikle ilgili ulusal kanunun gereklerini 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 Mahkemesi'nin, bu işlemlerin gerçekleştirilmediği ve dolayısıyla, mesnedin oluşmadığına dair çok sayıda kararı bulunmaktadır³. Örneğin, *Van der Leer-Hollanda*⁴ davasında, bir kadın bir psikiyatri hastanesine kapatılmış, ancak bu emri veren hâkim, kadının karardan önce ifadesinin 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 tubben sakinca 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 geliştirmek için 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 huku-

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, Mahkem ulusal mercilerin kararlarından farklı kararlar vermiştir.

⁴ 21 Şubat 1990.

⁵ 20 Mart 1997.

ki dayanağı yoktur ve bu durum kesinlikle 5. Maddenin ihlâlidir.

Benzer bir durum, silâh satışlarıyla ilgili bir protesto gösterisi esnasında broşür ve pankart bulundurmamak 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 polisin böyle bir gelişmeden endişelenmelerine yol açacak haklı bir sebep teşkil etmemektedir; bu kişilerin konferansa katılmak isteyenleri ciddi bir biçimde engelledikleri, engellemeye çalıştıkları ya da insanları şiddete yöneltebilecek herhangi bir provokasyona başvurduklarına dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır. AİHM, başvuru sahiplerinin asayiş ihlâl ettikleri gerekçesiyle yakalanmalarını ve sonra da alıkoyulmalarının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷

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 karardan 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 anlaşılıyor 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 kararına varmıştır.

Labita-İtalya davasında, başvuru sahibinin hapisshaneden tahliyesinde yaşanan 10 saatlik gecikmenin, kişiyi alkoymaya 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 alıkoyulmasına müsaade eder-

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

⁸ 22 Mart 1995.

⁹ 6 Nisan 2000.

¹⁰ 27 Kasım 1997.

ken, 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 kararına varmıştır.¹¹

İç hukuk uygulamalarına yanlış yönelimle itibar edilmesi

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 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 Sözleşmesi'ne son derece uygundur. Bir uygulamanın geliştirilmiş olması, bu uygulamanın genel anlamdaki meşruiyetinin, kişiyi nasıl söz konusu uygulamanın meşru olup olmadığını göz ardı etmeye ya da meşru olmaması halini sorgulamamaya sevk edebileceğinin iyi bir göstergesidir. Bu davada Mahkeme, öngörülebilirlik ve kesinlikten uzak olması ve dolayısıyla keyfiyete mahal verebileceği gerekçesiyle, söz konusu uygulamanın 5. Madde 1. paragraf hükümlerini ihlâl ettiği kararına varmıştır.¹³ *Jėčius-Litvanya*¹⁴ davasında, başvuru sahibinin – katil zanlısı – başvuru yardımcısının onayladığı bir gözaltı süresi sona ermiş olmasına rağmen alıkoymaya devam edilmiştir. Bu durum, davalarda sık rastlanan bir uygulama olup Sözleşmenin gerekleriyle

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

¹² 28 Mart 2000.

¹³ Hukuka uygunluk mefhumunu şekillendiren diğer unsurlar daha sonraki bölümlerde ele alınmaktadır. Bu sebeple ötürü, 5. Madde 1. paragraf hükümlerinin ihlali 9 Ocak 2001 tarihli *Kawka-Polonya* davasında da görülmüştür. Bu davalarda mahkeme kararından önce, söz konusu uygulamalara son verilmiş ve yeni bir uygulama getirilmiştir. Yeni uygulamaya göre, soruşturma safhasında kişinin alıkoymasına ilişkin karar aldıkları mahkemeye başvurulması ve mahkemenin kişinin alıkoyma halinin devam etmesine ilişkin yeni bir karar vermesi kuralı getirilmiştir. Bu şekilde, Sözleşmede öngörülen hukuka uygunluk ve yargı gözetimi ilkelerine uygunluk sağlanmıştır.

¹⁴ 31 Temmuz 2000.

bağdaşmayan bir alışkanlık halidir. AİHM, başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin hukuki kesinlik ve kişinin keyfi uygulamalardan korunması ilkeleriyle bağdaşmadığı kararına varmıştır.¹⁵

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 Sözleşmesi'nin "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 de etkilemesi, bu mahrumiyetin keyfi bir şekilde uygulanan bir kanun hükmünden kaynaklanma - sı 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 keyfi 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 bildirmediğini iddia etmişlerdir. AİHM de ilgili devletin başvuru sahiplerinin yakalanmaları ve alıkoymalarıyla ilgili olarak hukuka uygun davranmadığından hareketle, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.¹⁷

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. Alıkoyma amacının yargılama olmadığı durumlarda, zanlılara karşı önleyici tedbir alınması şeklinde gerekçeler ka-

¹⁵ 5. Madde 1.

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

¹⁶ 28 Mayıs 1998.

¹⁷ 23 Mayıs 2001.

bul 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 Sözleşme'de öngörülen gerekçelere dayandırıldığı hallerde bile, Sözleşme bu uygulamanın toplam süresinin kabul edilebilirliği açısından sınırlayıcı olarak değerlendirilebilir. 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. Sınırdışı 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

Özgürlükten mahrumiyet uygulamasına yetki veren bir ulusal kanunun bu tür itirazlara yol açmaması ve bu ulusal kanunun diğer açılardan tamamen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle uyumlu olması halinde bile, bu kanunun belli şartlarda uygulanması, keyfiyet 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 kör, diğer gözü ise görme yeteneğini önemli ölçüde 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 alıkonulması - bir gerekçeyle gerçekleştirilmiş olsa da kişinin kendisi ya da kamu için tehdit unsuru oluşturmaması, âmâ olması ve daha ziyade karışık bir durumun söz konusu olması sebebiyle, bu örnekte alkoyma 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 keyfi kullanımına dönüşmüştür ve bu haliyle hukuka aykırıdır.

¹⁸ *Jėčius-Litvanya* davası.

¹⁹ 4 Nisan 2000.

Benzer bir sonuç, örneğin, daha önceden zaten polisin tanıdığı bir kişinin o anda üzerinde kimliği bulunmadığı gerekçesiyle kimlik tespiti amacıyla alıkoyulması doğrultusunda yetki kullanılması hali için de geçerlidir. Bu tür durumlarda ısrarla ve gereksiz bir şekilde yetki kullanımı keyfi olarak değerlendirilir. Bu tür bir gerekçesiz 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 keyfi ve dolayısıyla hukuka aykırı bir uygulama olarak değerlendirilmiştir.

²⁰ 29 Mayıs 1997.

²¹ 18 Aralık 1986.

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 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: sınırdışı 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 sınırdışı emri çıkartıldığının bildirilmemesi; ve başvuru sahibinin ani bir şekilde yakalanması, eşi ya da avukatıyla görüş-türülmemesi; sınırdışı edildikten sonra kendisine gidecek bir ülke seçeneği sunulmamış olması. Tüm bunların ışığında, bu tür bir "örtülü iade" işleminin, başvuru sahibinin özgürlüğünden keyfi 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 keyfi uygulamanın mevcudiyetini ortaya koymada yeterli olacaktır.²²

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 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 keyfi 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 tâli kurallar için de geçerlidir. Bu tür tâli 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 baltırdığına 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 eri-

²² Bkz. *Murray-Birleşik Krallık davası*, 28 Ekim 1994. Bu davada, başvuru sahibinin tutuklanmasınır Madde 1. Paragraf hüküm eri çerçevesinde suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin yetkili yasal merci hüruna çıkartılmak amacıyla değil, Sözleşmeye göre hi bir yetkiye dayanmaksızın tamamen genel anlamda bilgi toplamak için sorgulan-mak üzere gerçekleştirildiği iddia edilmiştir. AİHM, ulusal mahkemelerin tutuklama kararının arkasında herha bir gizli ve uygunsuz mal bulunmadığı doğrultusunda ki kararlardan farklı yorumlanacak herhangi bir mut unsur görmemekle beraber, tutuklamanın bu tür bir gizli ve uygunsuz mal satla gerçekleştirilmesi hakkında Sözleşme çerçevesinde hukuka aykırı olacağı sonucuna varmıştır. Ayrıca, *Jéčius-Litvanya* davasında ulusal mahkemenin kötü niyet taşıyor olması da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kişisel başvuru konu olan ve net bir yasa dayanağı olan bir alkoyn süresinin Sözleşme çerçevesinde hukuka aykırı olması doğrultusundaki kararı da dikkate aldığı hususlardan biridir. Benzer bir şekilde, 10 Haziran 1996 tarih *Benham-Birleşik Krallık*

davasında da AİHM, ulusal mahkemenin hapis kararının kötü niyetle ya da ilgili kanunların doğru bir şekilde uygulanmasının ihmalî 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 kararkeyfî bir uygulamaya dönüştürebileceğine işaret etmiştir.

²³ 25 Haziran 1996.

²⁴ Bkz. 19 Ekim 2000 tarihli *Włoch-Polonya* davası. Bu davada AİHM, yalnızca hakkında birbiriyle çelişen 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 sarîh olmaması sebebiyle özgürlükten mahrumiyet kararı verilmesi için yetersizdir.

şilememesinin 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 sarîh 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* 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 uzatılabileceğinin 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 alıko-

nulmuş olması ve bu uygulamanın herhangi bir yasa hükmüne ya da yargı kararına istinaden gerçekleştirilmemiş olması sebebiyle bu durumu görmekteyiz.

Jėcius 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. Gerekece 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 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 içtihat 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 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 dikte etmiştir. 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 - AIHM, yabancıların transit bölgede tutulması kararında temel alınan hukuki 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 üzülerek gözlemlemiştir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada söz konusu olan kanun metinlerinin, iltica talebinde bulunan yabancıların gerekli adımları atabilmesi için yasal, insani 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

²⁶ Her ne kadar resmî olarak bir suç olarak tanımlanmamış olsa da bu davada başvuru sahibi hakkında yürütülen takattin özellikleri gerçekte asayiş bozmak suçuna dedilmiş - polis tarafından birinci derece cezalı mahkemelerinin devriye almış olması sebebiyle - ve asayiş bozan kişilerin hapsedilmesi doğru olduğunda yetki kullanıldığıdır.

yakalandıktan sonra başına ne geldiği bilinmeyen kişilerle ilgili olarak açılan çeşitli davalarda Mahkeme tarafından dile getirilmiştir.²⁷ Gözaltına alınan kişilerle ilgili herhangi bir resmi 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 gözaltında tutulduğu bir yerden herhangi başka bir yere sevk edilmesine varıncaya kadar her bir detayın sistematik olarak kaydının tutulması, keyfi muameleye karşı hayati 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”

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 ihlali anlamına gelir.

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 ihlali anlamına gelir. Temel şart, çeşitli süreçlerin ne şekilde adlandırıldığı değil, bu süreçlerde neyin elde edildiği üzerinde durmaktır.

Alıkoyma halinin mevcut olduğunu kanıtlayan unsurlar

Özgürlükten mahrumiyete neyin yol açtığı - 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 alıkoyulduğunun, 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 hapishane 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 ayırlamayacağını 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 ayırlamayacağının 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 etmiştir. Bu şekilde alıkoyma, 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 - ayırlanması 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 koğuşta tutulmakta ve yanında 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

²⁸ 18 Haziran 1971.

²⁹ 28 Mayıs 1985.

³⁰ 6 Kasım 1976.

arazide kendisi gibi örgütlü suçta 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, kişinin kendi evinde alkolüldüğü 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 çaprazlığına” 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 olma-

³¹ 1 Temmuz 1997.
³² Başvuru No. 6780/74 ve 6950/75 (Komisyon Raporu).

yan 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 eşitliği 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 mümkün değildir, 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, istisnai 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 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

³³ 4 Mayıs 2000 (davanın kabul edildiğine dair karar)
³⁴ 2 Mart 1987.

³⁵ 14 Ekim 1999.

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.

³⁷ 18 Aralık 1996.

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 cezai 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 ihlâl eylemine göstermesi durumu *Riera Blume ve Diğerleri-İspanya*³⁵ davasında görülmektedir. Bu davada, başvuru sahiplerinin aileleri – bir tarikata üye oldukları düşünülen – başvuru sahiplerini bir otelde alıkoymuş ve bir psikolog ve psikiyatr tarafından “beyinlerinin yıkanacağı” düşünülmüştür. Bu davada söz konusu fiil, başvuru sahiplerinin ilk adli soruşturma aşamasında yakalanmalarını takiben mahkemenin önerisiyle gerçekleştirilmiştir; ancak ne bu karar ne de ailelerin yaptığı şeyle ilgili yasal bir yetki bulunmamaktadır. Yetkili makamların faal işbirliği olmadan böyle bir şeyin yapılamayacağından hareketle, bu davada İspanya'nın 5.

Madde hükümlerini ihlâl ettiğine karar verilmiştir. 5. Madde hükümlerine aykırı bir şekilde kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesiyle neticelenecek hiçbir özel eyleme kamu görevlilerince müsaade edilmemesi gerekir. Kamu mercileri de hiçbir zaman özel kişileri, gerçekleştirmeleri yasaklanmış olan fiillere teşvik etmemelidir.³⁶

Denizaşırı fiiller

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan bir Devlet, Sözleşme'nin 1. Maddesine göre yetki alanı dahilinde herkesin hak ve özgürlüklerini güvence altına aldığı 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 Mahkemesi'nin *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 tutulabi-

lir. Özellikle, bu davada da görüldüğü üzere, bir başka Devletin sınırları dahilinde bir Taraf Devlet tarafından gerçekleştirilen bir askeri 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 askeri harekât neticesinde ortaya çıkan işgal sebebiyle, bir akıt taraf, söz konusu topraklarda Sözleşme'den 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 askeri 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.

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 ülke topraklarında gerçekleştirilen askeri bir harekât esnasında ortaya çıkan herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasında da 5. Madde hükümleri uygulanır. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kıbrıs tarafından suçlanan Türkiye'nin gerçekleştirdiği askeri harekâta 5. Madde hükümlerini ihlâl etmediğine karar vermesinin tek sebebi,

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

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 *Süreke-Türkiye* davasında, hapis ihtimalinin, belli kısıtlamaların ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmesi açısından önem kazanacağına değinilmektedir.

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 Sözleşme'nin amacı doğrultusunda "cezaî uygulama" addedilmesi için yeterli bulunmuştur. Ancak, ulusal kanunlarda disiplin ve cezaî takibat arasında farklılıklar bulunması, 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinde belirtilen şartların tamamının yerine getirilmesini engellediği açıktır.

Kıbrıs'ın, söz konusu harekât esnasında Kıbrıs Rum toplumundan hiç kimsenin fiilen alıkoyulduğu iddiasında bulunmamış olmasıdır.

İI. Bölüm: Cezaî sürecin bir parçası olarak özgürlükten mahrumiyet

1. Genel görüşler

Sözleşme'nin 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 Sözleşme'de öngörülen özgürlükten mahrumiyet gerekçeleriyle uyumlu olduğunu varsaymamak gerekir.

Ayrıca, Sözleşme'nin amacı doğrultusunda, cezaî sürecin tümüyle askerî suçları ve bu suçlarla ilgili takibatları⁴¹ da kapsadığını ve dolayısıyla, aşağıda belirtilen şartlara uyması gerektiği de hatırdta tutulmalıdır.⁴² Daha önce de görüldüğü şekilde, bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının ilke olarak 5. Maddede belirtilen gerekçelere uygun olması gerçeği, böyle bir tedbirin uygulanmasında keyfîyet unsurunun aranmasının göz ardı edilmemesi gereğini değiştirmez. Dolayısıyla, bu bölümden sonra gelen bölümlerin 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 çıkarılmak 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 ihtimalinin 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, Sözleşme'nin 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 adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır ve kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli 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 orta-

ya çıkmasındaki amaçtır. Dolayısıyla, netice itibarıyla bu amacın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği önemli olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk hususun diğerinden daha önemli olduğuna işaret etmiş olması, cezai 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 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 kanıtlanmanın 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

Dolayısıyla, bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine yönelik bir tedbirin ceza kanunun 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 mafyabenzeri davranışları sebebiyle zorunlu ikâmet emri çıkartılması amacıyla hâkim karşısına çıkartılmıştır. Bu tür Mafya-benzeri davranışların çeşitli suçlara yol açabilmesi söz konusu olmasına rağmen, ikâmet 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 suçla 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 alı-

⁴³ 29 Kasım 1989.

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

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

⁴⁶ 22 Şubat 1989.

nan mahrumiyet tedbirinin ceza yargılamasının 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 sarîh olmasını gerektirmektedir. *Ciulla* davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin aldığı karar, 5. Madde 1. Paragraf (c) fıkrası hükümlerini teyit eder mahiyettedir; Sözleşme’nin 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.

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. AİHM, hiç tereddütsüz, ilk önleyici gözaltı sürecinin cezaî takibatın yürütülmesiyle alakalı 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

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.

otomatik sonucu olmasına imkân vermesi gerekir. Yetkili merciin görevi, yargılama öncesi alıkoyma halinin devam edip etmeyeceğine ve eğer devamına karar verilirse 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 olması neticesinde 5. Madde 1. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiği kararına 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 keyfi 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 adli bulgular olması gerekmektedir. Yani, bir kişinin bir suç işleminde bir gösterge olarak ne kadar güvenilir olursa olsun duygu, içgüdü, varsayım ya da (etnik, dini 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 kesinleşemeyecek olan suçla ilgili mevcut şüphenin kanıtlanması ya da bertaraf edilmesine yönelik olası bir suçla ilgili takibatın derinleştirilmesi

olabilir. Ancak yine de, itibar edilen şüphenin belli bir gerekçeye dayanması gerekir.

Dolayısıyla, tek başına, kişinin geçmişte bir suç işlemiş olması - benzer bir suç bile olsa - gerçeği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *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 bulgularlardan da hareketle şüpheleri güçlendirebileceğini kabul etmekle beraber, aslen başvuru sahiplerinin özgürlüklerinden mahrumiyetinin yalnızca bu durumdan kaynaklandığını tespit etmiştir. Şüphenin kişinin mevcut fiiliyle ilgili olması 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 bulunduğunun 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 güldüğüne ilişkin yeterli bir kanıt olarak değerlendirmemiştir. 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 değerlendiri-

⁴⁸ 30 Ağustos 1990.

⁴⁹ 25 Nisan 2000.

lip 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 gerçekleş-tirdiği fiilin bir suç işlenmesiyle bağlantılı olduğunu gösterir yeterli objektif kanıtla 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 görülebilsede, 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 etmeye en kısa sürede yargı denetimine tâbi olmalıdır. Yalnızca, alıkonulan kişinin bir suç işlediği ya da suç işlemeye teşebbüs ettiği 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 suça 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 yargılanması sürerken salıverilmesi hakkının bulunmasıdır. Kişinin yargılanması devam

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

ederken alıkoyma halinin – özgürlük karinesine rağmen – sürmesi de yalnızca, özgürlükten mahrumiyet tedbirleriyle 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, katilim 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 Mahkemesi'nin cinayet davalarında bile özgürlükten mahrumiyet süresinin uzatılmış olmasını haksız bulduğunu hatırdaki bulundurmamak 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 öncesi alıkoyma halinin devamına ilişkin dört gerekçe belirtmiştir.⁵³ Bu gerekçeler:

Kişinin kaçması riski;

⁵¹ 8 Şubat 2000.

⁵² 23 Eylül 1998

tarifli *I.A.-Fransa* davası; 26 Haziran 1991 tarihli *Letellier-Fransa* davası.

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 *Sargin-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 geçerli olduğuna karar vermiştir.

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.

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 *Müller-Fransa* davası.

⁵⁷ 8 Haziran 1995.

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

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

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

Bir kişinin özgürlüğünden mahrumiyet halinin devamı uygulanmasını 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 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 kuvvetlerinin 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 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 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 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 or-

taya 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 fiili davranışlarıyla çelişki arz ettiği görülebilir.⁶² Daha sonra ise, bu unsurun (ya da unsurların) fiili 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 ailevi sebeplerden ötürü kalmak zorunda olduğu ya da en azından kaçması ihtimalinin düşük olduğunun düşünüldüğü durumlar olabilir.⁶³ Ayrıca, kişinin karakterinden, ahlâk anlayışından, statüsünden veya sorumluluklarından,⁶⁴ geride bırakmak zorunda kalacağı varlığı, geçmişte serbest bırakıldığında gösterdiği güvenilir tavırlar⁶⁵ ve adli kovuşturmayla katılmasını sağlamak için kendisine verilen teminatlardan⁶⁶ kaynaklanan 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 ifadelerle 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 bırakılması gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁸ Ancak, bu tür teminatlar temin edilemeye 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

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 *Český-Çek Cumhuriyeti* davası. Bu davada ise başvuru sahibi b tanıdığına yüklü bir miktar para vermiş, bir başkasının kimliğini kullanarak bir otomobil satın almış ve saht 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'ya, ayrıca İngiltere, Almanya ve ABD'yi ziyaret etmektedir. Bu şekilde İsviçre dışında, kullanabileceği epe bir mali kaynak bulundurmaktadır ve ayrıca çeşitli pasaportları da vardır *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davasında ise, başvuru sahibinin yurtdışında çeşitli ticarî temasları bulunmaktadır. 1 Ağustos 2000 tarihli *Barlous-Çek Cumhuriyeti* davasında, başvuru sahibi Almanya'ya kaçabilirse Alman vatandaşlığına geçebilecektir ve bu da kendisinin Çek Cumhuriyeti'ne iadesini imkânsız kılacaktır.

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 talminkâr bir şekilde açıklanmıştır. Benzer bir şekilde, *Letellier-Fransa* davasında, başvuru sahibi daha önce serbest bırakıldığı dört haftalık bir süre boyunca hiçbir kaçma teşebbüsünde bulunmamıştır.

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.

endişe olup, bu sebeple bir kişinin alıkoyulma halinin devamına karar verilmesi şartıdır değildir. Sanık durumunda olan bir kişi, rahatlıkla, serbest bırakılmasından istifade ederek, şahitlere aleyhte tanıklık yapmamaları doğrultusunda baskı uygulama,⁷⁰ soruşturmayla alınabilecek diğer kişilere taktik verme, davaya karışan herhangi bir kişiye sorgulamada ne tür cevaplar vermesi gerektiği konusunda hileye başvurma⁷¹ ve hatta çeşitli belge ve diğer somut kanıtları imha etme⁷² veya tahkikatı kesintiye uğratacak başka yöntemlere başvurma yoluyla⁷³ 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 ihtimallerin 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 zaman, davaya özgü bulgular ışığında değerlendirmesini yapacaktır. Bu bulgular bazı son derece istisnai durumlarda, kişinin yargı

huzuruna çıkarılınca kadar özgürlüğünden mahrum edilmesini haklı kılabilir.⁷⁶

Suç önleme ihtiyacı

Suç 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 geçmiş ve kişiliği başta olmak üzere, davayla ilgili tüm şartların dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla, 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 taşıması halinde doğru olmayacaktır.⁷⁸ Ayrıca, kişinin şartlı tahliye edildiği dönemde başka suçların işlenmiş olduğu ihtimallerinin – alkoyma halinin devamı için öne sürülebilir – kesinlikle kanıtlanması

gerekir;⁷⁹ maddi sıkıntılarını kişiyi başka suçlara işlemeye sevk edebileceği doğrultusundaki argüman ikna edici olmaktan uzaktır.⁸⁰ Ayrıca, başvuru sahibinin psikiyatrik tetkiklerden geçmesi gerekebileceği, bu tetkiklerin kişinin tedavi edilmesi gerektiğini ortaya koyabileceği ve kişi tedavi edilmeden alıkoyma halinin devamının doğru olmayacağı da hatırdta tutulmalıdır.⁸¹ Buna ilâveten, özelliği gereği gerçekleşmesi uzak bir ihtimal olan bir suçun işlenmesi endişesine istinaden alıkoyma 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 istisnai 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 nihai cezanın şiddetini dikkate alarak kişiye bir gözaltı cezası 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 suçla 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 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 atıldıktan sonra kamuoyunun misilleme ihtimali de azalabilir.

Kefaletle ilişkin şartlar

Sözleşme’nin 5. Madde 3. Paragrafında, kefalet hakkını güvence altına alan, kovuşturma devam ederken kişinin kefaletle salıverile-

⁷⁶ *Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında, başvuru sahibir sürekli olarak serbest bırakılmasını sağlamak için büyük miktarda bir kefalet temin edemeyeceği itibarı verilmiştir. Ancak, *Letellier-Fransa* davasında, ulusal mahkemeler kişinin serbest bırakılmasıyla ilgili yeterli güvencelerin bulunmadığı kanıtlayamamışlardır. 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 Sarıncı-Türkiye* davası.

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

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

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 tedbirini 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.

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

bilmesine imkân tanıyan sağlam bir karine bulunmaktadır. Bu karine, yargılanma süreci geçtikçe 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 olarak 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 alıkoymasını haklı kılan gerekçeye uygun olmalı ve bu gerekçeden hareketle belirlenmelidir. Bu amaçla maddi bir teminat talep

edilebilse de⁸⁵ bu teminatın miktarı şaık, 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 ihlali anlamına gelir.⁸⁶ Maddi 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 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-

ru 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

Sözleşme'nin 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 karinesine rağmen özgürlük hakkından feragat edilmesini gerektirecek ölçüde aslî bir kamu menfaati bulunduğuna dair açık bulgular olması halinde haklıdır.*⁸⁹

AİHM ayrıca, tutuklanan kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin mevcudiyete-

tinin, alıkoyma halinin sürdürülmesinin hukuksal 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 Mahkemesi'nin alıkoyma hali olarak telâkki ettiği süre, kişinin 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 ka-

⁷² Kanıtların gizlenmesi doğrultusunda mahkemelerin duyduğu endişe, *Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında söz konusu suçların özelliği (güvenin kötüye kullanılması ve bankaya ait mali 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 hazırlıkların 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 şartları alıkoyma süresinin uzatılmasını haklı kıldığını vurgulamıştır. Soruşturma sürecinde alınması icap eden belirli tedbirlerin engellenmesi tehlikesinin bulunduğu öne sürülüyorsa, bu tedbirlerin alınmasından sonra alıkoyma halinin devam etmesi haklı bulunmayacaktır. *Clooth* davasında bu şartın yerine getirilmemiş olması, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini-

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 karşını öldürürken yalnız olmayabileceği ihtimali başlangıçta makul görülmekle 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 istisnai içeriği (almış şirketin yönetimini ilgilendiren bir dolandırıcılık suç), 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 (tesaplarda

rarı 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 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 Sözleşmesi'nin bir devlet tarafından imzalanarak onaylanmasını takip eden sürede o devlet tarafından gerçekleştirilen alıkoyma uygulamalarını değerlendirmeye yetkisine sahipse de, söz konusu devletin Sözleşme'yi onayladıktan sonraki uygulamalarının makul olup olmadığının tespit edilmesinde, o devletçe Sözleşme'nin onaylanması öncesinde gerçekleştirilen alıkoyma uygulamalarının sürelerinin de AİHM tarafından dikkate alınacağını unutmamak gerekir.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* 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 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 bulunmuştur.⁹⁹

İç hukukta yargılama öncesi sanığın azamî ne kadar bir süre alıkonulabileceğine ilişkin bir hüküm bulunması, Sözleşme'ye uygunluk açısından bir sorun teşkil etmez. 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 süresinin uzatılması için bir gerekçe olabilir. 5. Madde 3. Paragraf hükümleri ihlalleri çoğun-

lukla yargılama öncesi davanın tetkik aşamasında uzun süre hiçbir işlem yapılmaması, ¹⁰² bilirkişilerden kaynaklanan gecikmeler, ¹⁰³ imkân ya da çalışma şartlarının yetersizliği, ¹⁰⁴ personel sıkıntısı ¹⁰⁵ ve bir şahidin güvenlik sebebiyle kimliğinin gizli tutulmasının gerekmesi ¹⁰⁶ 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 başvurusu 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, *Iljkov-Bulgaristan* davasının tespiti 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 temin edecek hiçbir istisnai 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, istisnai 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 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 sü-

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 çıkartılmasına 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 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 işleminin 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.

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 silahlı soygunlarla suçlandığı Muller-Fransa davasında ise, daha önceki olaylara atıfta bulunulmuştur.

⁷⁹ Stögmüller-Avusturya davasında AİHM, gerekçe olarak belirtilen şikayetlerin yalnızca bir bölümünün bu tür bir yargılamaya yol açabileceğini vurgulamıştır. ⁸⁰ Bu durum özellikle Stögmüller-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 ciddi ruhsal sorunlar yaşaması sebebiyle uzun süre tedavi görmesi gerektiğini bildirmiştir.

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.

recinin engellenmiş olduğu iddiası, zaten makul olma sınırlarını aşmış bir yargılama öncesi alıkoyma süresinin uzunluğunda mazeret olarak öne sürülemez.¹¹⁰ Jablonski-Polonya davasında,¹¹¹ ulusal mahkemeler, başvuru sahibinin alıkoyma süresinin, kişi daha önce kendisine zarar verdiği ve dolayısıyla yargı sürecini tükadığı 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

Sözleşme'nin 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 alıkoyma ve diğer önleyici tedbirleri kapsamaz. Bir suçtan hüküm giydik-

ten 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. Sözleşme'de 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, nihai mahkûmiyetle sınırlı olarak yorumlanamaz.

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

Temyiz ya da davanın yeniden incelenmesi aşamasında alıkonulan kişinin, Sözleşme'nin 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, dava-ya bakma yetkisi olan, ayrıca, idareden ve taraflardan bağımsız ve yeterli hukuki teminatlar sağlayabilecek bir kurum – her ne kadar üyelerinin hukukçu olması gerekmeseyse de.¹¹² Polis, savcının, askerî bir kumandan ya da idarî bir merci tarafından verilen kararlar bu şartları yerine getirmez. Mahkûmiyet kararı, Sözleşme’ye taraf olan ya da olmayan bir ülkede, yabancı bir mahkeme tarafından da verilmiş olabilir. 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası hükümlerinin uygulanabilmesi için önemli olan, hüküm giyen kişinin cezasını Sözleşme’ye taraf olan bir ülkede çekmesidir.¹¹³ Mahkûmiyet kararının yabancı mahkemeler tarafından verildiği davalarda “yeterli hukukî teminat” meselesi, *Droz d ve Janousek-Fransa ve İspanya* davasında gündeme gelmiştir. Bu davada AİHM, Sözleşme’ye taraf olmayan bir ülkenin mahkemeleri tarafından verilen bir mahkûmiyet kararı “açık bir şekilde mahkemenin dava hakkında karar vermektan 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 Sözleşme’ye 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. Sözleşme’nin 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası 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

Sözleşme’nin 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 netice-

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.

⁸⁴ 27 Haziran 1968.

⁸⁵ *Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti* davası.

⁸⁶ *Neumeister-Avusturya* davası.

⁸⁷ *Stögmüller-Avusturya* davası.

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.

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

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

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

⁹² *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davası.

⁹³ *I.A.-Fransa* davası.

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

95 Stögmüller-Avusturya davası, W.-İsviçre davası, Wemhoff-Federal Almanya Cumhuriyeti davası. W.-İsviçre davasında hakim Pettiti'nin karşı görüşünde belirttiği karşılaştırmalı incelemelerden çıkarılan ortalama süreleri hatırlatmak gerekir. Bu süreler genel olarak, iki ya da üç aydan, ekonomik suçlarda ve iltis 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 olmadığının 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.

sinde alıkoyma halinin sürmesi halinde 5. Madde 1. Paragraf (a) fıkrası, idari hapis kararı ve mahkemenin ilk verdiği ceza arasında yeterli bir ilişki olan kişinin hapis halinin devanını da kapsar.¹¹⁸ Bu madde kapsamına girmesi için, alıkoyma halinin yalnızca zaman açısından bir 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

Sözleşme'nin 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrasında, “bir kişinin ... kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmesi olması nedeniyle usulüne (hukuka) uygun olarak yakalanması veya

tutulmasına” izin verilmektedir. Kişinin sınır dışı edilmesi ya da iadesi aslen gerçekleşmese ya da resmi bir iade talebi ya da karar 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 yabancı) sınır dışı ya da iade edilmesinden önce yetkili makamlar tarafından yakalanması ya da alıkonulması durumuna ilişkin bir takım şartlar bulunmaktadır. Örneğin, yakalama ya da alıkoymanın “hukuka uygun” olması, yani ulusal hukuka ve Sözleşme'ye 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 edilinceye ve gerekirse, tahliye kararı verilinceye kadar ertelemek gerekir.

İade amacıyla kişinin alıkoyması uygulamasının hukuka uygunluğu meselesi *Bozano-Fransa* davasında görülmektedir. Bu davada AİHM, başvuru sahibinin alıkoymasının 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 çer-

çevede Sözleşme'ye 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 getirilmediği de Avrupa İnsan Hakları Komisyo-

Madde 1. Paragraf hükümlerinin değil, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

⁹⁶ *Jécus-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), *Çek-Çek Cumhuriyeti* (3 yıl 3 ay 7 gün), *Trzaska-Polonya* (3 yıl 6 ay), *Barluss-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) (dostane 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).

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 *Asenov-Bulgaristan* davasında özellikle önemli olduğunu tespit etmiştir.

¹⁰² *Asenov-Bulgaristan* davası. Bu davada aslen bir yıl boyunca hiçbir işlem yapılmamıştır. *Punzelt-Çek Cumhuriyeti* davasında ise, birinci derece mahkeme, ilk kararın bozulduktan ancak on ay geçtikten sonra dava hakkında ikinci kararını vermiştir. *Barfuss-Çek Cumhuriyeti* davasında, davanın karmaşık bir dava olduğundan 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.

nu, 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 süreyi dikkate alma gereğesi 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 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.

III. Bölüm: Diğer özgürlükten mahrumiyet gerekçeleri

Yakalama ve alıkoyma, cezai yargılama dışındaki işlemler neticesinde de ortaya çıkabilir. Bu işlemlerin hepsi, 5. Madde 1. Paragraf- ta 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 Sözleşme’ye uygun olması ve keyfî bir uygulama olmaması gerekir.

1. Mahkeme emri ve kanunen tanımlanan yükümlülük

Sözleşme’nin 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 tıbbi 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 AİHM, başvuru sahibinin zorunlu olarak bir akıl hastanesine kapatılmasının, söz konusu kişi hakkında yürütülen cezaî takibat kapsamında, cezaî sorumluluğun tespit edilmesi için aklî durumunun tetkik edilmesi doğrultusundaki mahkeme kararını uygulayabilmek için gerçekleştirildiğini belirlemiştir. Kişinin alıkonulmasının mahkeme kararıyla gerçekleştiğini tespit ettikten sonra AİHM, hukuka uygunluk şartını incelemiş ve hastanede alıkonulma halinin kanunen tanımlanmış usule uygun olduğunu ve keyfi 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 aldığına, 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 hükmeye başvurmuş, ancak AİHM askeri disipline uyma doğrultusundaki genel yükümlülüğün yeterince açık olmadığını tespit etmiştir. *Ciulla-İtalya* davasında, başvuru sahibinin alıkonulmasında 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 müsaade edildiğini tespit etmiştir. Bu davada Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşme'nin ilgili maddesi çerçevesinde ortaya çıkan sorun hakkındaki gerçeklerin incelenmesi için bir çerçeve ortaya koymuştur:

¹⁰³ Genellikle bilirkişi raporunun belirlenen tarihte takdim edilemeyeşi; 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 gerekizi zaman kaybedildiğini tespit etmiştir.

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

¹⁰⁸ Örneğin *W.-İsviçre* davası.

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

¹¹⁰ Stögmüller-Avusturya davası.

¹¹¹ 21 Aralık 2000.

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.

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

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.

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 alıkoyması

Sözleşme'nin 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. Sözleşme'ye

göre "reşit olmayan kişi" ifadesinin kendine özgü bir anlamı vardır ve bu ifade 18 yaşın altındaki herkesi kapsar.

Bir mahkeme ya da idari merciin hukuka uygun bir şekilde, reşit olmayan bir kişinin gözetim altında tutulmasıyla birlikte bir işlemevinde ya da sağlık kurumunda alıkoymasına ilişkin kararının söz konusu olduğu durumlarda, alıkoymayla ilgili ilk gerekçe aranır. Boumar-Belçika davasında¹³¹ AİHM, bir küçüğün süratle bir işlemevine nakledilmesinden önce bir işlemevinde ya da hapiste alıkoyması 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

fiilen tecrit edilerek ve eğitim konusunda yetkililerden yardım sağlanmadan alıkoyması herhangi bir eğitim amacında hizmet olarak telâkki edilemez.

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 alıkoyması şeklindeki ulusal mahkeme kararının “eğitimini gözetmek” amacıyla verildiğini ve dolayısıyla bu kararın, başvuru sahibinin – reşit olmayan bir kişi – psikopatik bir hastalıktan muzdarip bir kişi olması sebebiyle, ciddi psikolojik bozuklukları olan gençlerin özel bir eğitim programına tâbi 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 alıkoymasına 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 küçüklükten alıkoymasını kapsamaz. Ancak, psikiyatrik gözlem altındayken ve çocuk hakkında tavsiyelerin bulunduğu bir rapor hazırlama aşamasında suç işlediğinden şüphelenilen bir çocuğun alıkoyması ya da mahkemesi devam ederken küçüğün bir çocuk bakım evinde yerleştirilmek bakım altında bulundurulması şeklinde alıkoyması bu gerekçe kapsamındadır.¹³⁴

3. **Aklî dengesi yerinde olmayan, alkolik, uyuşturucu bağımlısı, serseri kişilerin alıkoyması ya da bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla alıkoyma**

Sözleşme'nin 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrasında, “bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin” usulüne (hukuka) uygun olarak alıkoymasına 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

¹¹⁷ 15 Kasım 1996 tarihli *Bizzoto-Yunanistan* davası. Bu davada, başvuru sahibi alıkonulan yer ve alıkoyma koşullarından şikâyetçi olmuştur. AİHM, her ne kadar özgürlükten mahrumiyet gerekçesi ve alıkoyma koşulları arasında bir ölçüde ilişki olması gerekse de, başvuru sahibinin alıkoymasının 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 alıkoyma 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 idare kararıyla özgürlüğünden

mahrum edilmiştir.

AİHM, hapis cezası ve kamu hizmeti görme cezasının "ayrılmaz bir bütün" teşkil ettiği kararına varmıştır.

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

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.

¹²¹ 6 Mart 2001.

¹²² Başvuru No: 7317/76

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

¹²⁴ 24 Eylül 1992.

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

¹²⁶ Bölüm 1.2.

alıkoymasını icap ettirebileceğinin" dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir.¹³⁵

"Akli dengesi yerinde olmayan kişilerle" ilgili olarak AİHM, akli bozukluğun tıbbi anlamındaki gelişmeler ışığında, bu ifadenin "nihai bir yorum" olarak kabul edilemeyeceği kararına varmıştır.¹³⁶ Elbette kişi, bu hüküm çerçevesinde "yalnızca görüş ve davranışları belli bir topluma geçerli normlardan farklı olduğu" gerekçesiyle alıkonulamaz.¹³⁷ Bir kişinin akli 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 keyfi bir uygulama olmamalıdır. *Winterwerp* davasında AİHM, akli dengesi yerinde olmayan bir kişinin alıkoymasının "keyfi" bir uygulama olmaması için yerine getirilmesi gereken şartları belirtmiştir:

- i. akli bozukluk objektif bir tıbbi uzman tarafından tespit edilmiş olmalıdır;
- ii. bozukluğun özellikleri veya derecesi alıkoymayı gerektirecek ölçüde ağır olmalıdır;

- iii. alıkoyma hali yalnızca tıbbi 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 hücrelerinde çıplak olarak bulunan başvuru sahibi önceden tıbbi 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 tıbbi teyit almak gerekir. *Varbanov-Bulgaristan* davasında başvuru sahibi, tıbbi bir uzmana danışılmadan çıkartılmış bir savcılık emriyle alıkonulmuştur. AİHM bu durumda, başvuru sahibinin "akli dengesinin yerinde olmadığı güvenilir kanıtlarla ortaya konmadığı için" alıkoyma uygulamasının hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir. AİHM bu karara, ilk davada "en azından mevcut belgelenmiş kamt-

lara dayanarak önceden bir psikiyatr tarafından tetkikin mümkün ve kaçınılmaz olmasını” dik-kate 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 polislin başvuru sahibinin ruh sağlığına ilişkin görüşü doğrultusunda yakalanması ve alıkonulmasının kabul edilene-yeceğine karar vermiştir.¹⁴⁰

Ayrıca, 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrasında, *Winterwerp* davasında başvuru sahibinin iddia ettiği şekilde zimnen “tedavi edilme hakkına” ilişkin bir hüküm bulunmadığına da dikkat edilmelidir. *Winterwerp* davasında başvuru sahibi, “mutlak olarak gerekenden daha uzun bir süre alıkonulmamasının sağlanması için” bu maddede uygun tedavinin yapılması gerektiğine ilişkin zımni bir hüküm bulunduğunu iddia etmiştir. Öte yandan, *Ashingdane* davasında AİHM, “özgürlükten mahrumiyete izin verilmesinde itibar edilen gerekçeyle alıkonulan yer ve alıkonulma şartları arasında bir açıdan ilişki” olması gerektiğine karar vermiştir. Bir başka deyişle, akli dengesi yerinde olmayan bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin bir kararın uygulan-

ması da hukuka uygunluk şartının bir parçasıdır. Ancak, alıkonulan ve akli dengesi yerinde olmayan bir kişinin tıbbi tedavisinin yapılması da Sözleşme’nin “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 ikâmetgâhı, 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 etmiştir. 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 alıkonulmasına ya da bulaşıcı bir hastalığın yayılmasının önlenmesi amacıyla bir kişinin alıkonulmasına ilişkin birkaç şikâyet

¹²⁷ *Airey-İrlanda* davası;

X.-Avusturya davası;

Freda-İtalya davası; *X.-*

Federal Almanya

Cumhuriyeti davası.

¹²⁸ 18 Ocak 2001.

¹²⁹ 1 Temmuz 1961

tarihli *Lawless-İrlanda*

davası; *Ciulla-İtalya*

davası.

¹³⁰ *Johansen-Norveç*

davası; *B.-Fransa* davası;

Cuilla-İtalya davası;

McVeigh, O’Neill ve

Evans-Birleşik Krallık

davası.

¹³¹ 29 Şubat 1988.

¹³² 28 Kasım 1988.

¹³³ 12 Ekim 2000.

¹³⁴ *X.-İsviçre* davası

(1979) ve *Bouamar-*

Belçika davası.

¹³⁵ *Cuzzardi-İtalya*

davası (akli dengesi

yerinde olmayan, alkolik

ve uyuşturucu bağımlısı

kişiler).

¹³⁶ 24 Ekim 1979 tarihli

Winterwerp-Hollanda

davası.

¹³⁷ Aynı dava.

¹³⁸ Ayrıca bkz. *X.-*

Birleşik Krallık davası

(1981); *Ashingdane-*

Birleşik Krallık davası

(1985).

bulunsa da bu başvurularda da AİHM'nin akli dengesi yerinde olmayan kişilerin alıkoymalarının usule uygun olup olmadığında benimsediği yaklaşıma benzer bir yaklaşım içinde olduğu zımnen düşünülebilir. *Witold Litwa-Polonya* davasında 5. Madde 1. Paragraf (e) fıkrası çerçevesinde “alkolik” kelimesinin anlamının belirlenmesiyle ilgili olarak AİHM şu kanaate varmıştır:

Tibben “alkolik” olarak tanımlanmayan ancak, alkollüyen sergiledikleri tavır ve davranışları kamu düzeni ya da kendileri açısından bir tehlike oluşturan kişiler, kamu düzeni ve sağlık durumları ya da kişisel güvenlikleri bakımından kendilerinin korunması amacıyla gözaltına alınabilirler.

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 alıkoymuş olmasının da başvuru sahibinin davranışlarının kamu düzeni ya da kendisine zarar verebilecek türde olduğu kanıtlanmadığı ve ulusal kanunlarda sarhoş bir kişi hakkında alınabilecek alternatif tedbirler dikkate alınmadığı için, keyfî bir uygulama olduğunu tespit etmiştir. AİHM, ulusal kanunlara göre “sarhoş bir kişi,

polis tarafından bir sağlık kurumuna ya da ikâmet adresine ulaştırılabileceği için, böyle bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine gerek olmadığını” belirlemiştir. Sonuç olarak AİHM, başvuru sahibinin bir ayıltma merkezinde alıkoymulmasının hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir.¹⁴¹

IV. Bölüm: Yakalanma sebebinin anında kişiye bildirilmesi görevi

Sözleşme'nin 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. Hakkı bir gerekçeyle özgürlükten mahrumiyetin söz konusu olduğu pek çok durumda, kişiye yapılacak açıklama, kişinin direnmesinin doğru olmadığını anlamasını sağlayacak ve dolayısıyla da yetkililerin görevini kolaylaştırıcaktır. Ayrıca, bu tür bir tedbirin neden alınmış olduğunun açıklanması gereği, kamu görevlilerini yetkileri dahilinde hareket edip

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.

¹⁴¹ 4 Nisan 2000.

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 cezai 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 alıkoyulma açıklanmış bile olsa, şartlı salıvermeyi - kefalet yoluyla ya da hüküm giymiş bir kişinin şartlı tahliyesi biçiminde - takiben kişinin tekrar alıkoyulabilmesi için bu görevin her tür özgürlükten mahrumiyet uygulamasında geçerli olduğunu hatırlamak gerekir.¹⁴²

2. Açıklamanın özellikleri

Fox, Campbell ve Hartley davasında AİHM, yapılacak açıklamada söz konusu kişiye, özgürlükten mahrumiyete temel teşkil eden ve kişinin daha sonra yakalanman ya da alıkoymanın hukuka uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurabileceği kanuni ve fiili 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 alınmasının keyfi olup olmadığı ortaya çıkmış olur. -*Fox, Campbell ve Hartley* davasında, başvuru sahiplerinin suç teşkil eden

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

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 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 karıştığına düşünülmesi hakkında kişiye bilgi verilmesini gerektirir. Benzer bir şekilde, alıkoymanın 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 alıkoyması halinde de, kişiye söz konusu suç ve bu suçtan ötürü bir başka ülkenin kişinin iadesi talebinde bulunmuş olduğu hakkında bilgi vermek gerekir.

Sözleşme'nin 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 hukuki 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

¹⁴³ Cf *Raišelis-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).

de yetkililerin resmî evrakı dikkate alarak yapacağı açıklamalar bu amaçla tamamen kabul edilebilirdir. Elbette, bu durum bazen yetkililerin düz ve basitleştirilmiş bir dilde iletişim kurmak için fazladan çaba harcamasını gerektirebilir. Kişinin yaşı ya da akli 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

Sözleşme'nin 5. Madde 2. Paragrafında, sebeplerin “derhal” değil, “en kısa zamanda” bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Mümkün olmasına rağmen yeterli bir açıklama yapılmaması, özgürlükten mahrumiyetin 5.

Madde uyarınca keyfi ve hukuka aykırı addedilmesi için başlı başına bir sebep olabilir.

İlk yakalanma ve yeterli açıklamanın yapılması arasında geçen süre, o davaya özgü koşullara çok bağlıdır. Şüphelinin sorgulanmasının özgürlüğünden mahrumiyet sebebini anlamasına yeterli olduğu tespit edilen durumlarda AİHM, bu sürenin iki ilâ on dokuz saat arasında olmasına itiraz etmemiştir. İki saatlik süre *Murray-Birleşik Krallık* davasında, on dokuz saatlik süre ise *Dikme-Türkiye* 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, 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

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

¹⁴⁵ 11 Temmuz 2000.

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

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, akli 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.

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

Sözleşme'nin 5. Madde 3. Paragrafında, özgürlükten mahrumiyetin özgürlük kaidesi çerçevesinde istisnai 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.

Sözleşme'nin 5. Madde 3. Paragrafına göre, yakalama ve alıkoyma hallerinde geçerli olacak yargı gözetimi üç unsurdan oluşur¹ 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

Sözleşme'nin 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 getirmesi-

¹⁴⁷ 25 Ekim 1990.

ne, 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 Sözleşme’de 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, *Brinca-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 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 eserdir ve bu karar, savcılarının alıkoyma kararı veya onayı vermesi yetkisinin İtalyan muhakeme usulleri kanunundan çıkarılmasına yol açmıştır.

Tarafsızlık sorununun 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.

¹⁴⁸ 26 Kasım 1992.

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 siyasi 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 sorğu 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 alıkoyulma 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. 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 ger-

¹⁴⁹ 28 Ekim 1998.

çekleştirdiğini 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

Kişinin huzuruna çıkarılacağı hâkimin, söz konusu kişinin alıkoyma 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 alıkoyma 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 alıkoyma durumunda geçerli olsa da zaman içinde bu sebeplerin geçerliliği azalabilir ve bu durumda da söz konusu kişinin salıverilmesi gerekir.¹⁵¹

Ayrıca, bir kişinin alıkoyma 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 alıkoymanın gerçekleştirildiği mesnedi – zira tamamen yanlış olduğu görülebilir – hem de alıkoyma 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; hâkimin görevi, alıkoymanın uygun olup olmadığına bakarak, geçerli ve haklı gerekçeler mevcutsa alıkoyma halini onaylamaktır. Alıkoyma süresinin uzatılmasında, kişinin kaçması ya da tanıkların müdahale etmesi endişesinin bulunduğuun

¹⁵⁰ 4 Temmuz 2000.

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

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.

3. Yargı gözetiminde zamanlama

Yargı gözetiminin en önemli şartlarından biri de ilk yargı gözetiminin “en kısa süre içinde” gerçekleştirilmesidir. Bu terim, bir kişinin alıkoymasında her tür keyfî uygulamanın kesinlikle yasaklanmış olmasından kaynaklanmaktadır. En kısa sürede yargılanma şartı, kişinin ilk alıkoyma uygulaması ile bu uygulamanın ilk olarak yargı gözetimine tâbi olduğu an arasında geçen süreye haricî bir sınırlama getirmektedir. Bu şart aynı zamanda, uluslararası standartlara göre alıkoyma işlemi gerçekleştirilen mercilerin, yetki verilen azami süre içinde mahkemelere bu denetimi mümkün olan ilk fırsatta gerçekleştirme imkânı ver-

mesinin gerekmesini sağlamaktadır. Bir başka deyişle, bu haricî sınır, davanın özelliklerine gerekli ölçüde dikkat edilerek uygulanmalıdır.

Bazı davalarda söz konusu alıkoyma süresi, makul olarak kabul edilebilir süreden çok daha uzun olmuştur. Örneğin, suçlanan kişinin gözetimine 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 Jėcius-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 askeri 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 altı günlük bir gecikme olmasının şikayet konusu olduğu *Skoogström-*

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

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

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 terörlü mücadeleyle 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 çıkarıluncaya 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

Sözleşme'nin 5. Madde 3. Paragrafında öngörülen usule ilişkin teminatın kişinin zararına olacak şekilde ciddi 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

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

Devam ettirilmesi için yargı yetkisi alınmadan önce özgürlükten mahrumiyetin, şüphelinin takibati için gerekenden daha uzun

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.

sürmemesi gerekir. Bu tür bir takibatta temel unsurlar: başka bir yerde alıkonulmuşsa kişinin karakola götürülmesi; kişiden adli kanıtlar temin 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 Komisyonu'nun alıkonulan bir kişinin bu süre zarfında mahkeme huzuruna çıkarılmasının sorun yaratmayacağı doğrultusundaki görüşüne de yansımıştır.¹⁵⁶

Bir davada alıkonulma ve yargı gözetimi arasında bu süreden daha uzun bir süre geçmiş olması otomatikman uluslararası standardın ihlâl edildiği anlamına gelmez. Ancak, geçen bu fazladan sürenin kabul edilebilir addedilmesi için, davanın koşulları çerçevesinde gerekli olduğunun gösterilmesi lâzımdır. Bu tür bir durum, alıkonulan yer ile en yakın polis karakolu arasında bir günden fazla bir mesafenin olduğu hallerde,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.

Bir davanın takibatında gereken işlemlerin, doğru planlama ve organizasyonla aşılabilecekken kurumsal ya da usule ilişkin engeller sebebiyle uzamasının haklı bir gerekçe olarak kabul edilmeyeceği hatırdta 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, dolaşısıyla öngörülebilen olduklarını ve hiçbir şekilde askerî makamların Sözleşme şart-

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

¹⁵⁷ Bkz. *Rigopoulos-İspanya davası.*

¹⁵⁸ *X.-Belçika davası.*

ları 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, resmi 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 mali sebeplerden ötürü yeterli sayıda hâkim bulunmayışı da herhangi bir mazeret teşkil etmez.

4. Acil Durumlar

Brogan davasında kişinin alıkoymasına yol açan sebep, önceden bildirilmemiş bir acil durumdur. Dolayısıyla, 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinin yerine getirilmemesinde Sözleşme'nin 15. Maddesinde bulunan ve olağanüstü hallerde Sözleşme'nin askıya alınmasına ilişkin hükme itibar edilemez. Ancak, *Brogan* davasında AİHM'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. Alıkoyma ve yargı huzuruna çıkarılma 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 yar-

¹⁵⁹ 26 Mayıs 1993.

gının 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 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 durum 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 alıko-

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

yulmasını 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 herhangisi 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 bulunmamasıdır; alıkonulan kişiler avukat ve doktorla (*Demir* davasında çok kısıtlı olarak) ya da yakınları ve arkadaşlarıyla görüştürülmemiştir ve mahkeme tarafından alıkonulmalarının yasal olup olmadığının tespit edilmesi de gerçekçi bir şekilde mümkün olmamıştır. Her ne kadar *Demir* davasında başvuru sahibinin avukatı kanalıyla şikâyetçi olma imkânı söz konusuysa da, bu talep anlaşılabilir bir şekilde keyfi uygulamaya karşı bir teminat olarak reddedilmiştir, zira alıkonulan kişiler hiç kimseyle görüştürülmemiş ve dolayısıyla, kendileriyle her tür irtibatın mahrum bırakılmışlardır. Her halükârda, *Bramigan* 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 keyfi muameleye maruz kalma riski o kadar artacaktır ve bu tür bir alıkoymanın ne kadar ciddi olursa olsun bir acil durum neticesinde gerekli bulunma ihtimali de o kadar azalacaktır.

Yargı denetimi, keyfi alıkoyma riskinin asgari seviyeye çekilmesi açısından çok önemli bir rol oynamaktadır. Objektif olarak haklı bulunmayan bir alıkoyma uygulamasının keyfi 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, takibaun 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, "alıkoyma 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 sağlama" 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 keyfî bir hal alan alıkoymada hayati önem taşıyan bir teminatır. Alıkoyma uygulamasını gerçekleştiren mercilerin kişinin bir an evvel mahkemeye çıkartılması için gerekli işlemleri alelacele 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 gerekliken bu durumun daha sonraki bir aşamada gerekmebileceğidir. Dolayısıyla, alıkoyma uygulamasını gerçekleştiren mercilerin vazifesi, kişinin alıkoyma 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, Sözleşme’ye 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 alıkoymasını haklı kılmış olmakla beraber, özellikle asliye mahkemesinin bu şüphelerin kanıtlanmadığından hareketle başvuru sahibi hakkında beraat kararı vermiş olması da dikkate alınarak, başvuru sahibinin yaklaşık on beş ay tutuklu olarak alıkoymuş olmasının haklı olmadığına ve dolayısıyla başvuru sahibinin alıkoymasının aşırı uzun sürmüş olduğuna karar vermiştir.

VI. Bölüm: Alıkoyma uygulamasının yasallığına itiraz

Sözleşme’nin 5. Madde 3. Paragraf hükümlerinde yer alan ve kişiyi alıkoyma 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 alıkoymasının 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.

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

1. Mahkemeye çıkma ihtiyacı

Sözleşme'nin 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinde açıkça mahkemeye atıfta bulunulmuş olması, bu durumun bir savcı tarafından kararlaştırılacak bir konu olup olmadığı tartışmalarına mahal bırakmamaktadır.

Vodnicarov-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 savcıların kararıyla bozulabilmektedir. Bu durumda AİHM, 5. Madde 4. Paragrafa aykırı bir şekilde, başvuru sahibinin alıkoymasının hukuka uygun olup olmadığının tespiti için mahkemeye başvurma hakkından mahrum bıraktığını tespit etmiştir.¹⁶³

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 mercinin bir şekilde idareye karşı sorumlu olması halinde, bağımsızlık şartı tabii ki yerine getirilmemiş olacaktır. Öte yandan, alıkoymanın hukuka uygunluğunu tespit edecek hâkimin daha önce bu davaya bakmış olması halinde,

¹⁶¹ Ancak, bu maddenin 5. Madde 1. Paragraf (f) fıkrası çerçevesinde uygulanması kısıtlıdır.
¹⁶² 21 Aralık 2000.
¹⁶³ 5 Ekim 2000.

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 adli 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, nızalı 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 başvurusu için kendisine bir avukat tahsis edilmemiş olmasınının, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâli anlamına geldiğini tespit etmiştir. Öte yandan, *Megyeri-Almanya* davasında AİHM, aklı 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 silahların eşitliği ilkesi de gözetilmelidir: bunun anlamı, tahliye talebinde bulunan kişinin, alıkoyulmasıyla ilgili öne sürülen gerekçelerden ve alıkoyulmasını destekleyen kanıtlardan haberdar olması ve bu iddialara yanıt verme imkânının bulunması gerektiridir. 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 öзде değil, sözde sağlanmasına yol açabilir. Aynı şekilde alıkonulan kişinin, davasını hazırlamak için gereken imkânlarla 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 gerekirse de bu usulün "hukukî bir özellik taşıması ve söz konusu özgürlükten mahrumiyet uygulamasına uygun teminatlar

ıçermesi" 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 alıkoymasını 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 katılmamakta, o tarihte yürürlükte olan kanunlara göre savcı bu duruşmalara katılabilmektedir. Bu 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 Mahke-

mesinde 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

Sözleşme'nin 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, yasallık kavramı her zaman Sözleşme standartlarına uygunluk anlamı taşımaktadır. Alıkonulan kişinin, kendisinin alıkoymasının ulusal kanunlara ve Sözleşme'ye uygun olup olmadığını, dolayısıyla keyfi olup olmadığını sorgulama hakkı olmalıdır. Örneğin bir kişi suç olduğu öne sürülen bir ifade bulunmaktan ötürü alıkonuluyorsa, bu tür bir suç Sözleşme tarafından sağlanan ifade özgürlüğü hakkına aykırı olacağı için, bu suçla ilgili takibat öncesinde kişinin alıkoymasının 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 sağlama da esastır.

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

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.

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 gözaltında tutulmasına yetki veren mahkemelerin, başvuru sahibinin alıkoymasının hukuka aykırı olduğu doğrultusundaki şikâyetlerini hiç dikkate almadığını tespit etmiştir. AİHM ayrıca, her ne kadar başvuru sahibinin alıkoymasının hukuka uygunluğu konusunun sorgulanabileceğine işaret etmiş olsalar da yüksek mahkemelerin, başvuru sahibinin şikâyetlerini o tarihte yürürlükte olan kanuni 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 alıkoymasına ilişkin kararı verecek hâkim, davayı inceleyen aynı asliye mahkemesi hâkimidir. Bu davada AİHM şu karara varmıştır:

Bir asliye mahkemesi hâkiminin kişinin tutuklu olarak alıkoymasına karar vermiş olması, kendi başına, bu hâkimin tarafsız olmadığına ilişkin endişeleri haklı çıkarmaz. Normal şartlarda, kişinin

tutuklu olarak alınoulması kararını verirken bir hâkimin cevaplandırması gereken sorular ve nihâi hüküm verirken cevaplandırılması gereken sorular aynı değildir. Kişinin tutuklu olarak alıkoyması 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 kıl-maması sebebiyle, bu davada 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

5. Kararların süratle alınması gerekir

Daha önce incelediğimiz özgürlükten mahrumiyete karşı karineye göre, 5. Madde 4. Paragraf hükümlerinin, alıkoyma uygulamasının hukuka uygun olup olmadığıнын 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 alıkoyma ve yargı gözetimi arasında 5. Madde 4. Paragraf uyarınca kabul edilebilir süre daha uzun olabilir 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. Hukuki 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, doğal olarak çok uzun bulunmuştur.

Sözleşme'nin 5. Madde 4. Paragrafı uyarınca bu süre, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğuna itiraz başvurusunda bulunulduktan sonra başlar ve alıkoyma haliyle ilgili nihai 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 tıbbi 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 - istisnai de olsa - ulusal mercilerin bu hüküm çerçevesindeki asli sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

Bu davada AİHM, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi için takibat esnasında tıbbi 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 tıbbi 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 durumda 5. Madde 4. Paragraf ihlâl edilmiş olmaktadır.¹⁶⁸

¹⁶⁷ 4 Ekim 2001.

¹⁶⁸ 28 Mart 2000.

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 başvuru) 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

6. Sözleşme'nin 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 düşünülmür. Bu hususa değiniyoruz, zira bir kişinin

alıkoyulmasının hukuka uygunluğuna itiraz edebilmek bir defaya mahsus bir imkân değildir; koşullar değiştiği gibi, alıkoyulma 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 deza hukuku sistemini felç edebilir. Bu sebeple AİHM, itiraz hakkının makul aralıklarla tanınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu da kendi içinde değişebilir; örneğin, akli 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. İctihatlara 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 inceleyen, söz konusu kişinin de alıkoyulmasının doğru olmadığını öne sürecek gerekçeleri olması ve kişi hüküm giymeden önce haftalar

¹⁶⁹ 21 Aralık 2000.

¹⁷⁰ 28 Kasım 2000.

geçtiğçe de alıkoymanın 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

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

Sözleşme'nin 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 hukuki usul çerçevesinde aranabileceğine ilişkin olarak ulusal mercilerin yeterli serbestisi bulunmaktadır. Diğer merciler tarafından ödenen (*ombudsman* gibi) ya da devletin yasal bir yükümlülük olmadan, lütuf mahiyetinde temin ettiği türden tazminatlar 5. Madde 5. Paragraf hükümleri çerçevesinde yeterli değildir.

Uygulamada, tazminat normal koşullarda mali 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

Sözleşme'nin 5. Madde 5. Paragrafı uyarınca bir tazminat başvurusunda bulunma hakkı yalnızca, mağdur olduğunu ileri süren

¹⁷¹ *Wassink-Hollanda* davası.

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 istisnai 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 alıkonulmasının hukuka uygunluğuna itiraz etmesi hakkı; mah-

kemenin, bu tür bir başvuru hakkında süratle karar vermesi ve alıkoyma işleminin hukuka aykırı olduğu tespit edilirse de söz konusu kişiyi salıvermesi gerekir – ihlâli sebebiyle başvuru sahibinin tazminat hakkı doğmuş ve yeterli bir kesinlik düzeyiyle bir tazminat temin edilmemiştir.¹⁷⁴

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

¹⁷² *Ciulla-İtalya* davası.

¹⁷³ Aynı dava.

¹⁷⁴ 28 Kasım 2000.

**Avrupa Konseyi
İnsan Hakları Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex**

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

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