

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE KİŞİ ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİĞİ

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ*

A. GİRİŞ

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına şöyle bir ekleme yapılmıştır: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır"*.¹ Bu düzenlemeyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile eki olan protokollerin ve Sözleşme'nin yorumcusu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararının dikkate alınması hususu bir kez daha önem kazanmıştır.² O nedenle, iç hukuktaki düzenlemelerde yer alan kavramların iç hukuktaki anlamları önemli olmakla beraber, çelişki çıkması halinde Sözleşme'deki anlamı ve dolayısıyla Sözleşme'deki anlamını belirleyen AİHM kararındaki değerlendirmenin göz önünde bulundurulması gerekir. Zaten ülkemizde yukarıda belirttiğimiz 5170 sayılı Anayasa değişikliği hakkındaki yasayla Anayasa'nın 90. maddesine yapılan ekleme ile, temel hak ve özgürlüklerle ilgili Sözleşme hükümleri ile yasalar arasında ortaya çıkacak uyumsuzluk halinde Sözleşme hükümlerinin esas alınacağının belirtilmesi nedeniyle, bu

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Fıkranın son cümlesi 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa'nın 7 (i) maddesiyle eklenmiştir (Ek: 7.5.2004-5170/7 md).

² Anayasa'nın 90. maddesi şu biçimi almıştır: Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye

tür Sözleşme hükümlerinin önemi bir kez daha ortaya çıkmıştır. Bu durumda, sadece iç hukukumuzun değil, temel haklarla ilgili Sözleşme hükümleri ile, Sözleşme’de yer alan kavram ve kurumların Sözleşme organı tarafından yapılan yorumunun da dikkate alınması zorunluluğu doğmuştur. Zira, Anayasa’da gerçekleştirilen bu düzenlemeden önce konu çeşitli biçimlerde tartışılıyordu. Yeni düzenleme bir bakıma bu tartışma ve tereddütlere son vermeyi amaçlamıştır.³ Diğer tüm özgürlüklerin kullanılması bakımından çok önemli bir yere sahip olan Kişi Özgürlük ve Güvenliğinin AİHS’de yer alışı ve Sözleşme organlarının bu kavramlara verdikleri anlamların bilinmesindeki zorunluluk nedeniyle bu yazının kaleme alınmasında yarar görülmüştür.

B. KAVRAM

Kişi özgürlük ve güvenliği kavramları yakın bağlantıları nedeniyle birlikte kullanılmaktalar. Kişi özgürlük ve güvenliğinin günümüzde kavuştuğu güvencelerine kolaylıkla ulaşamamıştır; bunlar tüm diğer özgürlüklerde olduğu gibi, belli bir mücadele sonucu elde edilmiştir. Bunların güvenceye bağlanmasındaki zorlukları ifade etmek üzere tarihi “*trajik*” olarak nitelenmektedir.⁴ Bu özgürlük ve güvenliğin tarihi insanlık tarihi kadar eskidir; ancak halen iyileştirmelerle ilgili çabalara son verilememiş olduğundan, çeşitli ülkelerde ağır ihlaller olduğuna tanık olunmaktadır. Dahası, kişi özgürlük ve güvenliğinin tek başına korunması değil, “*tüm özgürlüklerin temeli*”⁵ ve “*bir temel insan hakkı*”⁶ oldukları için tüm ulusal ve uluslararası metinlerde yer almaktadırlar. Örneğin; 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi’nin 3. maddesi,⁷ 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 9. maddesi,⁸ Afrika şartının 6. maddesi,

Büyük Millet Meclisi’nce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk Kanunları’na değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. (Ek:7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.

³ 5170 sayılı Yasa’nın Anayasa Komisyonu’nun 7. madde gerekçesi şöyledir: Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.

Amerikan Bildirisi'nin 1. maddesi, Amerikan Sözleşmesi'nin 7. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi konuyu düzenlemişler; Anayasa'nın 19. maddesinde konuyla ilgili düzenleme getirmiştir. Görüldüğü gibi kişi özgürlük ve güvenliğine ulusal ve uluslararası metinlerde birlikte yer verilmiştir.

Bu iki kavramın birlikte ve yan yana kullanılmasının özel bir anlamı vardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) göre, kişi özgürlük ve güvenliği deyimleri ayrı ayrı değil, *"bir bütün olarak alınıp anlaşılmalıdır; 'güvenlik' kelimesi özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder."*⁹ Komisyon'a göre, güvenlik hakkının mutlak olmasına karşın, özgürlük hakkı mutlak olmayıp, Sözleşme'nin 5. maddesi-nin 1. fıkrasının (a) ila (f) bentleri gereğince sınırlanabilir.¹⁰ Kişi güvenliği, özgürlük kısıtlamasıyla tehlikeye gireceğinden, özgürlük kısıtlamasında keyfilik önleyici düzenlemeler öngörülmektedir. Çünkü yasal olmayan her özgürlük kısıtlamasının güvenliği tehdit edeceği karinesi mevcut olduğu gibi, özgürlük kısıtlamasının devamına ilişkin her kararın da yasaya uygun olması gerekir. Bu nedenle kişi güvenliğinin sağlanmış sayılabilmesi için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesi kapsamında alınacak her kararın, ulusal mevzuatta önceden öngörülen koşullara hem şekil hem de esas (öz) bakımından uygun olması; yani kararların yasal olması gerekir.¹¹ Dolayısıyla "güvenlik" kavramı ile keyfilik arasında yakın bağlantıdan söz edilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), bir davada, "keyfilik" kavramı ile "güvenlik hakkı"nın aralarındaki bağlantı nedeniyle, bunları birlikte ele almıştır. Olaya göre, esasen bir suçlunun geri verilmesi işlemi olması gerekirken, "yabancı birinin sınır dışı edilmesi" gerekçesi ve etiketi altında yapılmasının söz konusu olduğu bir davada Mahkeme, "burada çözümü gereken asıl mesele davaya konu teşkil eden 'tutuklama' olayının 'yasanın öngördüğü usule' riayet de dahil olmak üzere,

⁴ Colliard, A. C., *Libertés Publiques*, Dalloz 1959, s. 172.

⁵ Gözübüyük, A.Ş. - Gölçüklü, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 221.

⁶ *Uluslararası Af Örgütü Adil Yargılanma Hakkı*, İletişim Yayını, Çev. Fadıl Ahmet Tamer-Erol Kaplan, İstanbul 2000, s. 65.

⁷ 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Bildirisi'nin 3. maddesine göre, "yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır."

⁸ 1966 tarihli Sözleşme'nin 9. maddesine göre, "herkesin kişi özgürlük ve güvenliğine hakkı vardır."

⁹ Kom. K., *Doğu Afrikalı Asyalılar*, Yirmi Beş Başvuru/İngiltere, 10.10.1970, No: 4403/70 ve ötekiler; Benzer kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölçüklü, s. 223.

¹⁰ Kom. R., Kamma/Hollanda, 14.7.1974, No: 4771/71; Gözübüyük-Gölçüklü, 2003, s. 223.

¹¹ (Kom. K., *Philip Burnett AGEE*/İngiltere, 17.12.1976, No: 7729/76; Kama/Hollanda; Dyer/Hollanda, 9.10.1984, No: 10475/83; Gözübüyük-Gölçüklü, 2003, s. 223.

'normlara uygun' bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu konuda, esas itibarıyla, ulusal mevzuata atıfta bulunmakta ve ulusal mevzuatın koyduğu kuralları uygulama gereğini emretmekte ise de, bunun yanında fazla olarak, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin 5. madde ile güdülen amaca uygun olmasını da istemektedir. Bu amaç da bireyi keyfiliğe karşı korumaktır" demiştir.¹² Mahkeme kararlarında sadece özgürlük hakkını değil, aynı zamanda güvenlik hakkını da göz önünde bulundurmaktadır.¹³

Görüldüğü gibi, kişi özgürlük ve güvenliği, ikisi birlikte, kişinin yasayla belirli ve sınırlı haller dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılamaması demektir.¹⁴ Bu iki hakkın diğer hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemleri nedeniyle, bunlara "hakların garantisi",¹⁵ "koruyucu haklar"¹⁶ denmektedir. Komisyon'a göre "özgürlük" ve "güvenlik" bir bütün teşkil etmekte olduğundan,¹⁷ Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan "özgürlük" kavramını "güvenlik gibi anlamak zorunludur".¹⁸ Anayasa Mahkemesi de, kişi güvenliğini kişi özgürlüğünün özel bir türü olarak nitelemiştir.¹⁹

Ancak yakın bağlantılarına rağmen iki kavram arasında farklılıklar olduğu da kuşkusuzdur. Bu nedenle iki kavramı ayrı alt başlıklar altında irdelemek gerekir. Önce kişi özgürlüğü, sonra kişi güvenliği kavramlarının çerçevelerini çizmeye çalışacağım.

1. Kişi Özgürlüğü

Özgürlükten mahrumiyet üzerine, aile hayatı ve özel hayat, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi bir çok hak ve özgürlükten yararlanabilme doğrudan olumsuz biçimde etkilenmektedir. Demokratik toplumlar özgürlüklere büyük önem veren rejimler olduklarından, diğer tüm özgürlüklerin kullanımındaki öneminden dolayı kişi özgürlüğü büyük öneme sahiptir.

¹² Mahkeme Kararı, Bozano/Fransa kararı; benzeri kararlar için bkz., Kurt/Türkiye, 25.5.1998; Çakıcı/Türkiye, 8.7.1999; Akdeniz/Türkiye, 31.5.2001; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 223.

¹³ Mahkeme'nin 18.12.1986 tarihli kararı, Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 223.

¹⁴ Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990, s. 60.

¹⁵ Rousseau, Mementos, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Paris 1956, s. 6.

¹⁶ Gözübüyük, A.Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 1989, s.156.

¹⁷ Requêtes, No: 5573/72 ve 5670/72, D. R., 7-p. 5; Aktaran Alderson, J., *İnsan Hakları ve Polis*, Kuntbay, Ç. İhsan, TODAİE Yayını, Ankara 1984, s. 38.

¹⁸ Commission, Déc. Du 11 Octobre 1973, Ref. No:5302/71, Rec.no:44, s.29; Bkz., Ergec, R., *Prot ction Internationale et Europeenne des Droits L'Homme, le Droit a' la libert  et a' la s ret  suppl ant a' l'universit  libre de Bruxelles*, 2   dition, 1987, 1988/1, s. 15, No: 34.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, AMKD, Sayı: 22, s. 364.

Bir yazar, “özgürlük, keyfiliğe ve adaletsizliğe direnme cesaretiyle başlar, hukukun kurumsallaşması yoluyla demokratik bir rejime dönüşür” demektedir.²⁰ Demek ki özgürlükten bahsedebilmek için, demokratik bir rejimin olması gerekir. Ancak demokratik bir rejimde kişi özgürlüğü ve diğer özgürlüklerden söz edilebilir.

Kişi özgürlüğü, özgürlüklerin tümünün hukuki güvencesi olarak kabul edilmekte ve bireye güvence vermektedir; bu güvencelerin başında iktidar sahiplerinin yetkilerini kötüye kullanmalarına engel olunması suretiyle kişiye gerçek koruma sağlanması gelir.²¹ Böylesine önemli bir özgürlüğün dar yorumu yoluyla uygulanmasının savunulduğu görülmekte ise de,²² kavramın kişi özgürlüklerinin tümünü kapsayacak biçimde geniş yorumlandığı da görülmektedir. Bu sonuncu yaklaşımda Fransız Anayasa Konseyi, kişi özgürlüğünü, “güvenlik”, “özel yaşam ve konut özgürlüğü” ile “bazı sınırlamalarla kişinin gidip gelme (hareket özgürlüğü) ve yabancıların ülkeye giriş ve çıkışlarını” da kapsayacak biçimde geniş tutmuştur. Fransa’da Anayasa Konseyi’nin bu yorum tarzının Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin içtihatlarını etkilediği görülmektedir.²³

Kişi özgürlüğü ile kişisel özgürlük ayrımı yapılmakla birlikte; bunlardan birincisi kişinin kamu iktidarlara karşısında koruma görmesi iken, ikincisi kamu organları dışında kalan kişi ve guruplara karşı korunmayı da öngörmektedir.²⁴

Kişi özgürlüğü kavramının öğretide çeşitli tanımları yapılmaktadır. Gölcüklü’ye göre²⁵ kişi özgürlüğü, “kişinin fizik yahut beden özgürlüğü; diğer bir deyimle, kişinin fizik mekân içinde gidip gelme, yer değiştirme serbestisidir”; Jeze’ye²⁶ göre, “her fert için, faaliyetini, istediği gibi ve her istediği istikamette icra etmek hakkıdır”. Kişi özgürlüğü, kişinin yasaya/Anayasa’ya aykırı

²⁰ Doğu, Ergil, “Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından”, *İnsan Hakları ve Güvenlik*, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Yayın No: 1, Ankara 2001, s. 116.

²¹ Roche, Jean - Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s. 86.

²² Fransa’da CMUK’un 136. maddesinin uygulanması için Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1964-1965 yıllarında Kişi Özgürlüğünü sadece “ikametgah” ve “güvenliğin yeniden elde edilmesi” olarak yorumladıkları görülmektedir. Roche - Pouille, s. 86.

²³ Fransız Anayasa Konseyi’nin 12 Eylül 1977 tarihli kararı için bkz., Roche-Pouille, s. 86.

²⁴ Bkz., Roche-Pouille, s. 87’de Fransa Anayasa Konseyi’nin 25 Temmuz 1989 tarihli kararı.

²⁵ Gölcüklü, Feyyaz, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması, Hukusal Kolokyum*, Ankara 1992, s.38.

Jeze, Gaston, Ferdî Hürriyetler, *AÜHFM*, C. 3, S. 1, 1946, s. 216.

olarak yakalanamama ve tutuklanamaması demektir.²⁷ Kişi özgürlüğü, bireyin temel hakkı olması nedeniyle, keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı kişinin korunmasını amaçlamaktadır. Kişinin serbest hareket etmesini engelleyen tüm keyfilikler karşısında korunmasının zorunluluğu, O'nun sadece gidip-gelme özgürlüğünün korunması şeklinde değil, aynı zamanda, "özel yaşamına saygı", "konut dokunulmazlığı", "haberleşme özgürlüğü" ve "evlenme özgürlüğünü" de içine almaktadır. Dolayısıyla kişi özgürlüğü, kişinin haklarının tümünün bir arada değerlendirildiği bir birliğe doğru yöneliş halindedir.²⁸ Kişi özgürlüğünün önemi nedeniyle, Fransız devriminden beri, modern demokratik devletlerde artık bu özgürlüğe rasgele ilişilememektedir; o tarihten itibaren kişi özgürlüğü parlamento tarafından ve yasama yoluyla tespit edilerek sınırları çizilmiş durumlar dışında kişinin kendi faaliyetini istediği gibi ve istediği yönde kontrol altında tutabilme serbestliği olarak algılanmaktadır.²⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı başlıklı 5. maddesine göre:

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

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

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

c. Bir 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 tutuklu durumda bulundurulması;

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

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

²⁷ Favoreu, Luis - Gaia, Patrick - Ghevontian, Richard - Mestre, Jean Louis - Pfersmann, Otto - Roux, André - Scoffoni, Guy (Favoreu ve diğerleri olarak geçecek): *Droit Constitutionnel*, Dalloz 2000, s. 850.

²⁸ Favoreu ve diğerleri, s. 850.

²⁹ Jeze, *agm.*, s. 218 vd.; benzeri değerlendirme için bkz., *La Grande Encyclopédie*, Paris, Cilt: 14, s.309, Sütun: 2.

f. Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması;

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 koşullara uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya ya-sayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin 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 tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 4 numaralı protokolün "borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı" başlıklı 1. maddesine göre "hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."³⁰

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesinde de yer alan prensibin metinde yer alışı şöyledir: "Herkesin yaşama ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır."

2. Kişi Güvenliği

Kişi güvenliği, 1789 tarihli Fransız Bildirisi'nin 7, 8 ve 9. maddelerinde "tabii hak" olarak düzenlenmiştir. Düzenlemelerin amacı, bir hukuk devletinde bireyin hem diğer kişilere hem de devlete karşı fiziki ve moral bakımlarından korunmasını güvence altına almaktır. Güvenlik sayesinde birey, bedensel bütünlüğe, fiziksel özgürlüğe kavuşabilir. Bunun sağlanabilmesi için ceza ve Ceza Usul Yasaları'nda hukuk devleti ilkelerine uygun düzenlemelerin yer alması gerekir. Bu nedenle Fransız hukukunda, kişi

³⁰ Aynı düzenleme Anayasa'nın 38. maddesinde (Ek: 3.10.2001-4709/15 m.) Hiç kimse, yalnızca Sözleşme'den doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz şeklinde düzenlenmiştir.

özgürlüğünün ve dolayısıyla kişi güvenliğinin idari otoritelere karşı korunmasında, bekçiliğin adli yargıca verildiği ifade edilmektedir.³¹

Bir görüşe göre kişi güvenliğinin prensipleri olarak; kişinin keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı korunması, vücut bütünlüğüne zarar veren davranış ve cezaların yasak olması üzerinde durulması gerekir.³²

Bir başka yaklaşıma göre kişi güvenliği, kişi özgürlüğüne benziyor. Bu yakın ve benzer oluş nedeniyle ikisi birlikte “*habeas corpus*” olarak niteleniyor.³³ Kişi güvenliğinin 1789 Bildirisi’nin bir kazanımı olduğu kuşkusuzdur. Çünkü, kişi güvenliği, eski rejimin keyfiliklerine karşı reaksiyon olarak yürütme organına karşı korunmaya alınmıştır. İngiliz hukuku kökenli “*habeas corpus*”un etkisiyle Fransız Hukuku’na devrim sonucu giren kişi güvenliği, ceza yasalarının geriye yürümezliği, savunma hakkının temel hak oluşu ve masumluk(suçsuzluk) karinesinin tanındığı, kişi özgürlüğünü koruyan temel değerleri içerir. Bu değerler 1958 tarihli Fransız Anayasası’nın girişinde yer almakla anayasallık bloğuna dahil edilmişlerdir.³⁴

Güvenlik kavramı kendine özgü bir anlama sahip olmayıp, özgürlükle bağlantılı olarak anlaşılmaktadır.³⁵ Kişi güvenliği, “*insanın zamanaşımına uğramayan tabii hakları*” arasında kabul edilmektedir.³⁶

Habeas Corpus prensibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde yer almaktadır; “*yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının Yasa’ya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*”

Kişi özgürlüğüne getirilen ve özgürlükten mahrumiyeti sağlayan hususların da keyfi olmaması, hukuk güvencesinde olması gerekir. Bir başka deyişle, gözaltına alma, yakalama, tutuklama, bir yere kapatma gibi kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan tüm işlemlerin hukuka uygun da olması

³¹ Roche, Jean - Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s. 87; Mukayeseli hukukta yakalama ve gözaltına alma konusunda geniş bilgi için bkz., Şahin, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 54-100.

³² Roche, Jean-Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997, s.87.

³³ Habeas Corpus kuralı, özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu kısıtlamanın yasaya uygun olup olmadığını ve serbest bırakılmayı isteme hakkını ifade etmektedir. Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 241 vd.; Şahbaz, 1994, s. 23 vd.; Favoreu ve diğerleri, s. 850.

³⁴ Rémy Cabrillac - Marie Anne Frison - Roche Thierry Revet, *Libertés et Droits Fondamentaux*, 7. édition, Dalloz 2001, s. 323 vd.

³⁵ Reisoglu, S., *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001, s. 96.

³⁶ Jean - Marie Pontier, *Droits Fontamentaux et Libertés Publiques*, Paris 2001, s. 86.

gerekir. İşte tüm bu işlemlerde keyfiliğin önlenmesi kişi güvenliğinin sağlanması ile mümkündür.

Demek ki kişi özgürlüğü sadece yasada sayılan nedenlerle sınırlanabilir. Özgürlükten mahrumiyetin keyfiliğini engelleyecek güvencelerin bulunması ve özgürlükten mahrumiyete karşı bireye haklar tanınması gerekir.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE KONUyla İLGİLİ İÇTİHATLAR

Konu AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Madde sadece yakalama ve tutuklamaya karşı koruma getirmekte olup, kişinin hareket özgürlüğünü güvenceye almaktadır.³⁷ Bu nedenle, ağır olmayan disiplin suçları ile ilgili uygulamanın madde kapsamında olmadığı sonucuna varılmıştır.³⁸ Özgürlükten yoksun kılmanın yasaya dayanması gerekir. Çünkü Sözleşme'nin 5/1. maddesinde "*Yasa'da gösterilen durumlar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*" denmektedir. AİHM'ye göre iç hukuku yorumlamak öncelikli olarak ilgili devlet yargı organlarına aittir. Ancak, iç hukuka uygun hareket edilmemesi Sözleşme'nin ihlali sonucuna yol açacağından, AİHM'nin dolaylı olarak işlemin iç hukuka uygun olup olmadığını da denetlemesi gerekmektedir. Zira 5. maddenin amacı, bu maddede yer alan düzenlemeye karşı kötüye kullanma ve keyfiliğe engel olunmasını sağlamak olduğundan, AİHM, yapılan işlemin iç hukukla uyumluluğunu incelerken, o işlemin dayanağı olan iç mevzuatın da Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim AİHM bir kararında,³⁹ başvuru hakkında uygulanan ve kişinin özgürlüğünü kısıtlayan yasanın belirsizliği ve bununla bağlantılı güvensizlik nedeniyle, 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında (a-f bentleri arasında) belirtilen hallerde özgürlükten yoksun bırakma hukuka uygun, bunların dışındaki hallerde ise hukuka aykırı sayılır.

³⁷ Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, 208.

³⁸ AİHM kararında askeri disiplinle ilgili "hafif göz hapsi" ile "sıkı göz hapsini" 5. maddeye aykırı bulmazken, "ağır göz hapsi" (Sözleşme'de yer alan meşru kısıtlama nedenleri arasında yer almadığı gerekçesi) ile "oda hapsini" aykırı bulmuştur; Engel ve diğerleri, 8.6.1976; bu kararda asker kişiye verilen 24 saatlik hapis süresinin 30 saatten fazla olarak uygulanması ihlal olarak kabul edilmiştir; Doğru, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003, s. 137 vd.

³⁹ Arrowsmith/İngiltere.

1. Özgürlükten Yoksun Kılmanın Hukuka Uygun Olduğu Durumlar

Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınmış olan kişi özgürlüğü, buna aykırı davranılması halinde ilgiliye birtakım haklar vermektedir. Maddenin ilk üç fıkrasında yer alan güvencelere aykırı olarak alınan kararlarla ilgili olarak AİHM içtihatlarında, tutmanın/tutukluluğun yasallığı ve usule uygunluğu kavramları konusunda ulusal mahkemelere geniş takdir alanı bırakmakla beraber, yine de Sözleşme'ye uygunluğu üzerinde durmaktadır.⁴⁰ Örneğin; Sözleşme'nin 5/1. maddesinde yer alan özgürlükten yoksun bırakılma halleri sınırlı sayıda olduğundan, kişinin bu haller dışındaki bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkün değildir. Özgürlükten yoksunluk hallerinin istisnai oluşu nedeniyle, getirilecek sınırlamaların geniş yorumlamaya elverişli olmayıp, dar yorumlanmaları gerekir.⁴¹

AİHM, mahkemece verilen derhal salıverme kararına karşın, salıvermeyle ilgili işlemler nedeniyle salıvermenin on bir saat gibi bir süre geciktirilmesini, 5/1.c ve diğer fıkralarla ilgili görmeyip,⁴² bu uygulamanın 5/1. maddenin ilk iki cümlesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴³

a. AİHS'nin 5/1.a maddesinde öngörülen, bireyin özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlendirilmesi ve bunun yerine getirilmesinde yer alan "*yetkili mahkeme*", hem kararı veren merciin yargısal nitelik taşıması, hem yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız ve tarafsız olması, hem de takip ettiği yargılama usulünün güvenceli olmasını ifade eder.⁴⁴ Aynı bentte geçen "*mahkum edilmek*" kavramı, yasal yoldan saptanmış bir suçun varlığını ifade etmektedir. Bu suç ister cezai yaptırım gerektirsin, ister disiplin cezasını gerektirsin; bunun önemi yoktur. İhlal bakımından özellik arz eden husus, bireyin özgürlüğünün ağır ihlali sonucunu doğuran bir tespitin yapılmış olmasıdır.⁴⁵

⁴⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 224 vd.

⁴¹ Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976; Winterwerp/Hollanda (5/1'deki akıl hastası teriminin "bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle, kendisinin zorunlu kapatılmaya tabi tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamaz"); Doğru, 2003, s. 332; benzeri karar için bkz., Wassink/Hollanda, 27.9.1990.

⁴² Kemmache/Fransa, 3-24.11.1994; Bozano/Fransa, 18.12.1986; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 226-227.

⁴³ Quinn/Fransa, 22.3.1995; Labita/İtalya, 6.4.2000; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 227.

⁴⁴ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1971; Neumeister/Avusturya, 27.6.1968; diğer kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 227.

⁴⁵ Kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s.227-228; Engel ve diğerleri, 8.6.1976.

AİHK'ya göre, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet hükmü yeterli olup, bunun istinaf veya temyize götürülmesi birinci fıkra hükmünün uygulanmasına engel değildir.⁴⁶ Ancak uygulanacak bendin belirlenmesi bakımından kararın kesinleşmesi gerektiği yönünde mahkeme kararları var. Zira, hakkında kuvvetli suçluluk emareleri bulunduğundan bahisle fıkranın (c) bendi gereğince tutuklanan, ancak hüküm giydikten sonra ikinci derece mahkemesi tarafından tutukluluğunun devamına karar verilen biri hakkında artık yakalamayla ilgili (c) bendi değil, mahkumiyetle ilgili (a) bendi uygulanacaktır.⁴⁷ Ancak ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda 5/3 değil, 50/1a hükmünün uygulanması gerekir.

Sözleşme'nin 5. maddesi yabancı mahkeme kararları için, koşulların varlığı halinde, ülkede infazına engel değildir;⁴⁸ ancak bunun için özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın dayanağı olan mahkeme kararının adil yargılanma hakkını ihlal etmemiş olması şarttır.⁴⁹

b. AİHS'nin 5/1b maddesi ile ilgili kararlara gelince, bu bentte, *"bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak bir karara uymama"* ve *"yasal bir yükümlüğün yerine getirilmesini sağlamak amacı ile kişinin tutuklanması"* şeklindeki özgürlük kısıtlamaları yer almaktadır.

Birinci durumda kararı bir mahkemenin vermesi esastır. Mahkemenin ne olduğu ise, AİHM tarafından, *"bağımsız ve tarafsız ve aynı zamanda, adil bir yargılama usulü güvencesine sahip yargı makamı"* olarak tanımlanmıştır.⁵⁰ Buradaki mahkeme kararı, davanın esası hakkındaki mahkumiyet hükmü dışında kalan ve maddenin fıkrasının diğer bentlerindeki kararlardan başka kararlardır. Bu kararlar arasında duruşmanın selameti için mahkemece alınan disiplin cezalarına ilişkin kararlar da yer almaktadır. Örneğin; bunlar, bir hukuk mahkemesi kararının infazını sağlayıcı ceza olabileceği gibi, nafaka borcunun ödenmemesi, ayrılan eşlerden birinin çocuk ile diğer tarafı görüştürmemesine engel olunmasını sağlayan kararlar veya mal beyanından imtina, kan testi yapılmasına engel olma gibi kararlar ile⁵¹ sanık veya tanıklara ilişkin özgürlüğü kısıtlayıcı kararlardır.⁵²

İkinci durumla ilgili kararlar ise, yasanın öngördüğü ve yerine getirilmesini emrettiği somut bir yükümlüğün yerine getirilmemesi hali için öz-

⁴⁶ Komisyon kararı, H. Krzycki/Almanya, 9.3.1978, No: 7629/76.

⁴⁷ Mutatis Mutandis Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992; Wynne/İngiltere, 18.7.1994.

⁴⁸ Kom. K., X/Almanya, 14.12.1963, No: 1322/62, Ann. 6, s. 517.

⁴⁹ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 228'de AİHM'nin 458 numaradaki içtihatları.

⁵⁰ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1971; Engel ve diğerleri/Hollanda, 6.6.1976.

⁵¹ Kom. K., X/Avusturya, No: 8278/78.

⁵² Lawless/İrlanda, 1.7.1961; Guzzardi/İtalya, 6.11.1980.

gürlükten yoksunluk kararlarıdır. Ancak 4 nolu Protokol ile benimsenen, hiç kimsenin yalnızca Özel Hukuk Sözleşmesi'nden doğan bir yükümü yerine getirmemiş olması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı hususu gözetilerek, bu tür kararlar bent kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Yakalama ve tutuklama sonucu kişinin bulunduğu yerdeki hareketi de önem kazanmaktadır. Yani özgürlükten mahrumiyet üzerine kişinin yine de özgürlüğüne değer verilmesi gerekir.

c. Sözleşme'nin 5/1c hükmü, ceza yargılamasıyla ilgilidir. Bu nedenle, (c) bendinin kişinin bir suç işlediği iddiasıyla “geçici olarak yakalanması”, “geçici olarak gözaltına alınması” ve “tutuklanması” hususları bakımından dikkate alınması gerekir. Burada, bir kimsenin belli bir suçu işlediği hususunda hakkında “makul şüphe” bulunması, veya bir suçu işlemesi kuşkusunu bulunan yahut suçu işledikten sonra kaçmasına engel olunması gereği inancını doğuran makul nedenlerin bulunması durumlarında kişinin adli mercii önüne çıkarılması için yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulması söz konusudur.

Kişinin bu nedenlerle yakalanmasından sonra, özgürlüğünden yoksunluğunun sürdürülebilmesi için, kaçma tehlikesinin bulunması veya suç işleme riskinin varlığı yanında başka hususların da göz önünde bulundurulması gerekebilir. Örneğin; bunlardan başka, delillerin yok edilmesi veya karartılması tehlikesi de söz konusu olabilir.

Ancak yakalama veya tutma, her koşulda, kişinin yetkili bir adli mercinin önüne götürülmesini amaçlamak zorundadır. Zira, yakalama veya tutuklamadan sonra kişi hakkında ceza kovuşturmasına geçilip geçilmemesi, adli mercii önüne götürülmesinden ayrı bir sorundur. Buradan şu sonuca ulaşabiliriz, kişi hakkındaki yakalama veya tutuklamaya rağmen ceza kovuşturmasına geçilmemesi, bu önlemlerin Sözleşme'ye aykırı olduğu anlamına gelmez.⁵³

Buradaki adli mercinin, içi hukuk tarafından belirlenmiş, yargıç olmasa bile, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi yargıçlık güvencelerine sahip olması şarttır.⁵⁴

AIHM'nin denetimi, adli mercinin, Sözleşme'nin 5/1c maddesinde belirtilen koşullara uygun işlem yapılıp yapılmadığını, denetleyip denetlemediği

⁵³ Chiulla/İtalya, 22.2.1989; Brogan/İngiltere, 29.11.1988; Murray/İngiltere, 28.10.1994; Erdagöz/Türkiye, 22.10.1997; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 230.

⁵⁴ Bkz., AIHS, m. 5/3.

hususı ile sınırlı olup, kendisini ulusal mahkemenin/merciin yerine koyup onun kararının yerine yeni bir karar vermek şeklinde değildir.

Sözleşme’de yakalama ve tutuklama nedenleri sayıldığından, bu nedenler dışındaki amaçlarla örneğin; sırf kendisinden bazı bilgiler alınması amacıyla kişinin tutulması Sözleşme’ye aykırıdır.⁵⁵

Kişinin suç işlediği şüphesi ile kaçmasının önlenmesi dışında kalan, “suç işlenmesinin önlenmesi” amaçlı özgürlük kısıtlaması olup, bu hemen her olayı bahane ederek başvurulabilecek bir önlem olmayıp, somut koşullara göre, belli bir suçun gelecekte işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvuru bir tedbirden ibarettir.⁵⁶ AİHM’nin burada, özgürlükten yoksunluğun da makul süreyi aşmış aşmadığı hususunu denetleyecektir. Bu tedbirin, yine suç işleyebilir şeklinde değerlendirilip, yeniden peş peşe uygulanması doğru değildir. Çünkü böyle bir anlayış bizi, bir suç işleyeninden yeniden suç işleyebileceği ve bu nedenle özgürlüğünün kısıtlanması gerekire götürür ki, Sözleşme’nin bunu öngördüğünü söyleyemeyiz. Ancak her üç durum için de özgürlük kısıtlamasına gidilebilmesi için somut makul nedenlerin bulunması gerekir. Mahkeme bunu, ilgili kişinin atılı suçu işlediğinin mümkün olduğu konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olay ve bilgilerin olması şartına bağlamaktadır. Bu nedenle makul olmanın her somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Burada sadece gerçek ve samimi şüpheden değil, makul şüpheden, makul sebeplerden söz edilmektedir. Yani objektif ve sübjektif olarak makullüğü aranmaktadır.⁵⁷ AİHM, Sözleşme’yi yorum ve denetim yetkisine sahip olması nedeniyle, makullüğü denetleyebilmekle beraber, bunu, ulusal takdir marjını da dikkate alıp, ulusal mahkemenin yerine geçmek suretiyle değil, ulusal merci tarafından yapılan durum değerlendirmesinin makul ve geçerli olup olmadığını saptama şeklinde yapmaktadır.⁵⁸

Mahkemeye göre, yakalama veya tutuklamadaki makul şüphenin kamu davası açılmasına yeterlilikte olması gerekmez.⁵⁹ Yani yakalama ve tutuklama ile ilgili olarak makul şüphenin varlığı için, kişinin o suçu işlemiş olabileceği konusunda, objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcut olması yeterlidir.⁶⁰ Zira kişinin yakalanması veya tutuklanması, yetkili makam önüne götürülmesini amaçlar. Yetkili makama sevk, özgürlük kısıtlamasının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin

⁵⁵ İrlanda - İngiltere, Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, 131.

⁵⁶ Guzzardi/İtalya, 6.11.1980.

⁵⁷ Bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 231’deki kararlar.

⁵⁸ Fox, Cambell et Hartley/İngiltere, 30.8.1990.

⁵⁹ Brogan ve diğerleri/İngiltere, 29.10.1988.

⁶⁰ Murray/İngiltere, 28.10.1994.

yanında (bkz., m. 5/3), duruma göre salıverilme veya makul sürede yargılanmayı da amaçlar.⁶¹ Burada 5/1c ile 5/3'ün birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, Sözleşme'nin 5/1c maddesindeki koşullara göre özgürlüğünden yoksun kılınan bir kimsenin, 5/3. madde gereğince özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacıyla yetkili bir adli mercii önüne çıkarılmasının yanında, makul sürede yargılanmasının bitirilmesi veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmasının sağlanması söz konusudur. Bu nedenlerle, maddenin (c) bendindeki özgürlükten yoksunluk, bir ceza kovuşturması aşamasında ve bu kovuşturmanın gereği olarak özgürlükten yoksunluktur. Yani kişinin bir kovuşturma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınması (c) bendine girmekle beraber, kovuşturma bitirilip anılan kimse hükümlü statüsüne girer ve tutukluluğu hükümle birlikte devam ederse, durumu (a) bendine ve akıl hastalığı nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayan, tedavi amacıyla akıl hastanesinde bir kliniğe kapatılan kimsenin durumu ise (e) bendine girer.⁶²

d. Sözleşme'nin 5/1d bendinde, iki husus söz konusudur. Birincisi, bir küçüğün gözetim altında eğitimi, yani bir iyileştirme önleminin yerine getirilmesi; ikincisi, kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak özgürlüğünün kısıtlanmasıdır.

Birinci durumda, küçüğün rüşt yaşı, gözetim altında eğitimi ve özgürlük kısıtlamasında önüne götürüleceği merciin belirlenmesinde ulusal yasa uygulanır. Ulusal yasada yer alacak önlemin, özgürlük kısıtlamasında güdülen amaca uygunluğu şarttır. Küçüğün iyileştirilmesi lehine olduğundan, bunun için başlangıçta kararın yargıç tarafından verilmesi gerekmez. Ancak alınan önlemle ilgili olarak 4. fıkra gereğince yargıç denetimi mümkündür.⁶³

İkincisinde ise, küçüğün herhangi bir konuda karar alınması için yetkili merciin önüne götürülmesi amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması söz konusudur. Bu hale örnek olarak, küçüklerin suç eğilimlerinden kurtarılması gösterilebilir.⁶⁴

e. Sözleşme'nin 5/1e bendinde de ikili ayırım yapmak mümkündür. Birinci grupta, bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin tedavi veya iyileştirme amaçlı özgürlüğünün kısıtlanması yer almaktadır. Buradaki akıl hastalığı, düşünce bakımından topluma ters düşen kişiyi değil, tıbbi anlamda bir marazı olan kimseyi ifade etmektedir. Akıl hastalığı nedeniyle özgürlük

⁶¹ Lawless/İrlanda, 1.7.1961; İrlanda/İngiltere, 18.1.1978; Schicsser/İsviçre, 4.12.1979.

⁶² Herczegfalvy/Avusturya, 24.9.1992.

⁶³ Bouamar/Belçika, 29.2.1988.

⁶⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, s.233.

kısıtlamasıyla ilgili olarak AİHM, gerek şekil ve gerekse esasa ilişkin olarak ulusal mevzuatın uyması gereken kuralları belirlemiştir. Buna göre, kişinin durumu, (1) objektif ve tıbbi bir ekspertizle saptanacak, (2) gerçek akıl hastalığının saptanması durumunda kapalı bir kuruma (psikiyatri kliniği gibi) konması⁶⁵ ve (3) hastalığın ağırlık ve niteliğinin böyle bir önleme başvurmaya gerekli kılması gerekir.

Mahkeme kişinin bu önlem nedeniyle konacağı yerin nasıl olması gerektiği üzerinde de durmuştur. Mahkemeye göre, akıl hastalığı nedeniyle kişinin konacağı yerin, ancak hastane ve benzeri bir kurum olması gerekir. Bu kurumun yine de, fiziki koşulları itibariyle de uygun olması gerekir; aksi takdirde Sözleşme'nin 3. fıkrasındaki kurala aykırılık söz konusu olabilir.

İkinci grupta ise, bir serserinin usulüne uygun olarak tutuklu durumda bulundurulması yer almaktadır. Aslında bu halde de kişinin iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Çünkü, suç işleme eğilimi taşıyan kimsenin bu meylinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Sözleşme'de serserinin tanımı yok ise de, AİHM bir içtihadında,⁶⁶ Belçika Ceza Yasası'nın 374. maddesindeki düzenlemeyi Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Ancak, kriminolojide serseri kavramı, Belçika Ceza Yasası'nda belirtildiği gibi, suç öncesi evreyi belirlemede olup, belli bir ikametgahı veya meskeni bulunmayan, bir meslek ve sanatı olmayan, geçim olanaklarına sahip olmayan kimseleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Fakat, suç öncesi tehlike halinin başka şekilde ortaya çıkış biçimlerinden hareketle geniş yorum veya kıyas yoluyla serseri kavramı içerisinde değerlendirilmesi yoluyla, örneğin bir mafya üyesinin toplum için tehlikeli oluşunu da bu kavram içerisinde değerlendirmemek gerekir.⁶⁷

Kuşkusuz sosyal devlet anlayışının benimsendiği bir dünyada serseri kavramının içeriğinin değiştirilmesi ile serseri olarak nitelenenlerin sayılarının azaltılması devletlerin görevleri arasındadır.

f. Sözleşme'nin 5/1f bendinde söz konusu olan husus, bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutuklu durumda bulundurulmasına izin verilmesidir. Maddenin bu bendinde sözü edilen yakalama veya tutuklama önleminin usulüne uygun olduğunun kabulü için, yapılan

⁶⁵ Verbanon/Bulgaristan, 15.10.2000.

⁶⁶ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.11.1978.

⁶⁷ "Zorunlu ikamete tabi tutma önlemi"nin uygulanabilirliği hk. Guzzardi/İtalya, 6.11.1980; Liberti/İtalya, 23.2.1984.

işlemin hem şeklen hem de esas bakımından ulusal ve gerekiyorsa uluslararası mevzuata uygun olması gerekir.

AIHM'ye göre, bu bent hükmüne göre gerçekleştirilecek tutuklama, sadece bu bent hükmünde belirtilen amaçlara yönelik işlemlerin gerektirdiği zaman dilimi için meşru kabul edilebilir. Yani bir kimsenin, kendisini isteyen ülkeye iade edilmek üzere bir başka ülkede tutuklanması ve iadeye ilişkin işlemler için gerekli olan süreden uzun süre özgürlüğünden yoksun kılınması fıkra ya aykırılık oluşturur.⁶⁸

AIHM, iade işlemi bahanesiyle, ama gerçekte kişinin sınır dışı edilmesinin etkililiği ve kolaylığından istifade edilerek, kişinin bu bent hükmü gereği tutuklanmasını (f) bendine aykırı bulmuştur.⁶⁹

Diğer taraftan, yabancıların ülkeye giriş ve orada oturma koşullarının belirlenmesi o ülkenin serbestçe takdir edebileceği bir husus olmakla beraber, bu yetkinin kullanım biçiminin AIHS'ye uygun olması şartı aranmaktadır.⁷⁰

Ayrıca, ülkeye girişin engellenmesi ve sınır dışı etme önlemleri ile ilgili güvenceler ve istisnalar için 4 nolu ek protokolün 3 ve 4. maddeleriyle 7 nolu ek protokolün 1. maddelerine göz atmak gerekir. 4 nolu ek protokole göre, hiç kimse *“vatandaşı olduğu devletin ülkesinden bireysel olarak veya topluca sınır dışı edilemez; vatandaşı olduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz”* (m. 3); *“yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaktır”* (m. 4).

7 numaralı ek protokolün 1. maddesine göre ise, bir devletin ülkesinde meşru olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararı dışında sınır dışı edilemez. Bu şekilde verilen bir sınır dışı etme kararına karşı da kişinin, sınır dışı etmenin yerinde olmadığına ilişkin sebeplerini ileri sürebilmek amacıyla durumunun yeniden incelenmesini isteyebilme hakkı vardır. Bunu sağlayabilmek için kişi, yetkili makamlar nezdinde kendisini temsil ettirme hakkına sahiptir. Bu sınır dışı etme işlemi kamu düzeni veya ulus güvenliğinin korunması nedenleri bakımından gerekli ise, bu durumda kişi sınır dışı edilme işlemine karşı başvuru hakkını kullanmadan önce sınır dışı edilebilecektir. Burada hak kullanımının sınır dışı etmenin fiilen yerine getirilmesinden sonraya bırakılabilmesi için, *“kamu düzeni”* ve *“ulusal güvenliğin korunması”* hususlarının çok ivedilik

⁶⁸ Quinn/Fransa, 22.3.1995.

⁶⁹ Bozano/Fransa, 18.12.1986; Benzeri değerlendirme için bkz. Komisyonun X/İngiltere (5.5.1982) kararı.

⁷⁰ Amuur/Fransa, 25.6.1996; Grauslys/Litvanya, 10.10.2000.

taşınması ve belgelenmesi gerekir. Aksi takdirde keyfilikten söz edilebilir ve bu durum kişi özgürlük ve güvenliğinin ihlali olur.⁷¹

2. Özgürlüğü Kısıtlanan Kişinin Hakları

a. 5/2. Madde ile İlgili Kararlar

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrası, hakkında aynı maddenin 1. fıkrası gereğince işlem yapılan kişinin, yapılan bu tutuklama işleminin yapılmasını gerektiren nedenler ile yapılan suçlamaların *"en kısa bir zamanda ve anlayacağı bir dil ile kendisine bildirileceğini"* emretmektedir. Fıkra da yer alan düzenleme, bir yandan olası maddi hataların bertaraf edilmesinin, bir yandan da, maddenin 4. fıkrasındaki *"itiraz"* hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanmasını amaçlamaktadır.⁷²

Buradaki güvence, özellikle suç kovuşturması ve polis tarafından gerçekleştirilen gözaltına alma sırasında önem arz etmektedir. Çünkü, bu güvence, kişiye tanınan ve güvenliğinin vazgeçilmez unsurunu oluşturan, birinci fıkra da öngörülen tüm haller için geçerlidir.⁷³ Zira kişinin tutulmasının hemen akabinde ve tutulma boyunca bu güvence büyük öneme sahiptir.⁷⁴

Komisyonu göre, kişiye yapılacak bildirimin içeriği, amaçla sınırlı olduğundan, bu bildirimin içeriği 6/3a'daki savunmanın hazırlanması amaçlı bildirimden hem farklı, hem de daha dardır. Buradaki bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir;⁷⁵ önemli olan bildirimin en kısa sürede gerçekleştirilmesidir. Bu bildirimin savunma amaçlı olmayıp, suçlamanın ne olduğunun bildirilmesi amaçlı olması nedeniyle, ilk etapta soruşturma dosyasının ilgili kişi tarafından incelenmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak daha sonraki ve nihai amacın soruşturma dosyasının incelenmesi ve savunma olduğu kuşkusuzdur.

Bununla beraber, bildirimin içeriği, her somut ve özel duruma göre, habeas corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır.⁷⁶

Çünkü, özgürlük kısıtlaması ve bunun dayanağı ile ilgili işlemin duyurulmasının ilk hedefi bu kısıtlamanın sona erdirilmesinin sağlanmasıdır.

⁷¹ Kolompar/Belçika, 24.9.1992.

⁷² X/İngiltere, 5.11.1981; Van der Leer/Hollanda, 21.2.1980; Lamy/Belçika, 30.3.1989.

⁷³ Campbell ve Hartley/İngiltere, 30.8.1990.

⁷⁴ Dikme/Türkiye, 11.7.2000.

⁷⁵ İrlanda/İngiltere, 18.1.1978.

⁷⁶ Lamy/Belçika, 30.3.1989; Murray/İngiltere, 28.10.1994.

Burada yer alan kısa süre deyimi, hemen demek olmamakla beraber, sürenin gereksiz şekilde uzun tutulması da değildir. Sürenin her somut olay için ayrı ayrı dikkate alınacağı kuşkusuzdur. Ancak, bunun mümkün olan en kısa süre olarak anlaşılması gerekir.

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

b. 5/3. Madde ile İlgili Kararlar

Beşinci maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir. Burada amaç, yasal dayanağı olmayan ve gereksiz olan tutuklamanın önlenmesidir.⁷⁷

Görüldüğü gibi Sözleşme, kişinin yakalanma ve tutuklanma ile ilgili tüm koşulların gerçekleşmesi nedeniyle tutuklanmış olmasına rağmen, kişiye birtakım haklar tanımıştır. Bunlar: (1) Tutuklama nedenlerinin ve isnadın sanığa en kısa sürede bildirilmesi, (2) sanığın hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasanın yetkili kıldığı bir memur huzuruna çıkarılması ve tutukluluğunun makul süreyi aşmamasının sağlanması, (3) sanığın tutuklama ve yakalamanın yasaya uygunluğunun denetimini sağlamak için yargı yoluna başvurma hakkı, (4) yakınlarına durumuyla ilgili bilgi verilmesi hakkı.

Fıkranın yazılışından anlaşıldığı üzere buradaki düzenleme, 1. fıkranın (c) bendi ile bütünlük oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu fıkranın, 1/c hükmü dışında kalan diğer hükümlerle birlikte uygulanması söz konusu değildir.⁷⁸

⁷⁷ McGoff/İsveç, 26.10.1984; Shoogström/İsveç, 2.10.1984.

⁷⁸ Lawless/İrlanda, 1.7.1961; İrlanda/İngiltere, 18.1.1978; Schiser/İsviçre, 4.12.1979; Dewilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1974; B./Avusturya, 28.3.1990; Quinn/Fransa, 22.3.1995.

Fıkra da geçen yargıç deyiminin ne olduğu hususunu Sözleşme açıklamamakla beraber, mahkeme, yargıcı, yasanın kendisine verdiği görevin gerektirdiği güvencelere sahip olan görevli olarak açıklamaktadır. Adli görevin gerekli kıldığı ilk güvence, görevlinin öncelikle yürütme organı karşısında bağımsızlığının sağlanmasıdır. Bu nedenle savcının da güvenceli olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹

Ancak savcının yargıç sayılması mümkün olmadığı gibi, adli görev kavramı yargısal görev kavramından farklı ve daha geniş kapsamlıdır.⁸⁰

Adli görevlinin öngörülmesi ve başvurunun amacı göz önünde bulundurulduğunda, görevlinin güvenceli olmasının yanı sıra, ilgiliyi salıvermeye de yetkili olması gerekir. Bu nedenle güvenceli olmak koşuluyla, yargıç dışında kalan adli görevliler de bu işte yeterli görülmektedir.⁸¹

Burada geçen “hemen” kavramını gereksiz gecikmeye sebebiyet vermeksizin şeklinde anlamak gerekir. AİHM, Brogan davasında dört gün altı saat ve dört gün on bir saatlik süreleri, bir başka kararında da yedi günü aşan süreyi somut durumun özelliklerine göre gerekmeyen uzunlukta bulmuştur.⁸² Her olayın özelliği farklı olmakla beraber, gözaltı bakımından, vicdani redci asker kişilerin 7, 11 ve 16 günlük,⁸³ 11 ve 12 günlük,⁸⁴ 3 ve 5 günlük⁸⁵ süreler ihlal olarak kabul edilmiştir.

Yine bir kararda vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle 2 yıl 4 aylık tutukluluk süresi ihlal olarak kabul edilmiştir.⁸⁶ Buradan çıkan sonuca göre, Sözleşme’nin bu fıkrası, tutuklama veya yakalama işleminin denetlenmesi bakımından, konuya verilen önem nedeniyle, bu özgürlük kısıtlamalarını, suç yargılamasında hemen hemen istisnai bir önlem olarak düzenlemiştir. Bu husus hem makul sürede yargılanma, hem de yargılama sırasında serbest bırakılmanın sağlanması için bir hak olarak kabul edilmiştir.

Buradaki “makul süre” ilk derece mahkemesindeki yargılama ile ilgili aşama bakımındandır; istinaf ve temyizde geçecek olan süre, “makul süreye”

⁷⁹ Niedbala/Polonya, 4.7.2000.

⁸⁰ Huber/İsviçre, 23.10.1990; Schiesser/İsviçre, 4.12.1979; Brincat/İtalya, 26.11.1992; Jordan/İngiltere, 14.3.2000; Sabeur Ben Ali/Malta, 15.6.2000.

⁸¹ Schiesser/İsviçre, 4.12.1979; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klape/Hollanda, 22.5.1984; Duinhof et Duijf/Hollanda, 22.5.1984; Pauwels/Belçika, 26.5.1988; Grauzinis/Litvanya, 10.10.2000; Wloch/Polonya, 19.10.2000.

⁸² Kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, 238.

⁸³ Dejong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda (22.5.1984,8805/79).

⁸⁴ Duinhof ve Duijf/Hollanda (22.5.1984,9626/81).

⁸⁵ Van Der Sluijs, Zuiderveld ve Klape/Hollanda (22.5.1984,9362/81).

⁸⁶ Neumeister/Avusturya (27.6.1968) kararı.

dahil değildir.⁸⁷ Ancak ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk durumu devam ediyorsa, bu durumda 5/3 değil 5/1a hükmünün uygulanması gerekir. Asıl olan masumluk karinesi olduğundan, yargılama süresi boyunca tutukluluğun devamına karar vermeye gerek yoktur. Zira tutuklama yargılamanın rahat yürütülebilmesi için kabul edilmiş geçici önlemdir; bu önlemin cezaya dönüştürülmesi yerinde değildir. Bunu göz önünde tutan AİHM yerleşik içtihatlarında, ulusal mercilerin her somut olayda kişinin tutukluluk halinin makul süreyi aşıp aşmadığı hususunda karar verirken, masumluk karinesini göz önünde tutmak suretiyle, kişi özgürlüğüne istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının var olup olmadığının tespitine gerekçe oluşturacak tüm hususları incelemek zorunda olduklarına işaret etmektedir. Dolayısıyla ulusal adli merciler, ilgililerin salıverilme istekleri ile ilgili olarak red kararı verirlerse, red gerekçelerinde kamu yararının ne olduğunu açıkça belirtmek zorundadırlar. AİHM, ulusal mercilerin, salıverilme isteğinde ileri sürülen ve yalanlanamayan olguları dikkate almak suretiyle 5. madde hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.⁸⁸

AİHK ve AİHM'nin "*makul süre*" ile ilgili olarak ortaya koydukları diğer bir ilke ise, tutuklama önlemi için gerekli olan sanığın suç işlediği konusunda kuvvetli emarelerin varlığı olmakla beraber, bunun başlangıçta aranmasına karşın, belli bir süre sonunda yeterli olmayacağı ve bunun tek başına tutukluluk için gerekçe oluşturmayacağı hususudur. Zira başlangıçta, sanığın kaçma veya delilleri karartma ya da yok etme tehlikesinin varlığı yahut kamu düzeninin korunması gibi hususlar tutuklamaya karar verilmesi için yeterli görülmeyle beraber, yargılama devam ederken bu koşulların bir aşamada son bulması gerekeceğinden, yargılamanın hızlandırılması suretiyle buna son verilmesinin sağlanıp sağlanmadığı hususu üzerinde durulmaktadır.⁸⁹ Yani ulusal adli mercilerin, sanığın tutuklanması ile ilgili olarak verdikleri kararlar yerinde olsalar da, yargılamanın sürüncemede bırakılması nedeniyle sanıkların tutukluluklarının devamına ilişkin kararları bakımından AİHM ihlal kararı vermektedir.⁹⁰ Çünkü, tutukluluk süresi uzadıkça, 5. maddeyle getirilen güvence özgürlük aleyhine bozulmakta olduğundan, başlangıçtaki kısıtlama nedenleri artık varlıklarını yitireceklerdir. Kişi güvenliğinin önemi nedeniyle, özgürlük kısıtlamasının kısıtlama amacıyla sınırlı olması gerekir. Sözleşme'nin 5/1c bendindeki "*makul şüphe*" tutukluluğun devamı için zorunlu bir koşul olmakla beraber, bu şüphe yok

⁸⁷ Wemhoff/ Almanya, 27.6.1968; Van Droogenbroeck/ Belçika, 24.6.1982; A./ Avusturya, 28.3.1990; Labita/ İtalya, 6.4.2000.

⁸⁸ Konuyla ilgili kararlar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 238-239.

⁸⁹ Türkiye ile ilgili kararlar: Mansur, 8.6.1995; Yağcı ve Sargın, 8.6.1995.

⁹⁰ Stögmüller/ Avusturya, 10.11.1969.

olmuşsa, tutukluluğun da sona ermesi gerekecektir. Yani “*makul şüphe*” sona ermişse, tutuklulukla ilgili “*makul süre*” sorunu da kalmayacaktır.⁹¹

Tutukluluktaki “*makul süre*” ile, yargılamayla ilgili 6. maddedeki “*yargılamada makul süre*” farklıdır. Kimi nedenlerle yargılama uzun sürmüş olabilir ve bu husus 6. maddeye aykırılık oluşturmaz; buna karşılık tutukluluğun sürdürülmesindeki uzun süre hoşgörüyü karşılanmamaktadır.⁹² Ancak, yargılama ve tutuklamada makul sürelerin değerlendirilmesinde, sanığın ve görevli makamların davranışı ile soruşturma konusunun karmaşıklığı gibi nedenlerin dikkate alındığına da rastlanmaktadır.⁹³

Buradaki tutuklulukta makul sürenin aşılması ile maddenin 5. fıkrasındaki madde hükümlerine aykırılık nedeniyle tazminat isteme hususları birbirinden farklıdır.⁹⁴

Beşinci maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesine göre, sanığın yargılama sırasında kaçmasının önlenmesi amacıyla, salıverme bir güvenceye de bağlanabilir. Özgürlük asıl olup, tutuklama istisnai bir önlem olduğundan, tutuklamanın alternatifinin olduğu hallerde alternatifinin seçilebilmesi için, salıvermede bir güvenceye başvurulabilmesi düşünülmüştür. Bu nedenle Mahkeme, güvenceye bağlı salıverme istemlerinin sistematik biçimde reddedilmesini 3. fıkranın ihlali olarak kabul etmektedir.⁹⁵

AİHM’ye bu tür özgürlük kısıtlamalarının uzamasında da ulusal mercilerin elinde olmayan nedenleri de dikkate almak suretiyle, bir marj tanımaktadır. Bu nedenle, işin karmaşıklığı veya somut olayın olağanüstülüğünü göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin, bir davada,⁹⁶ sanığın kişiliği ve dava konusunun özellikleri dikkate alınıp, dört yıl üç günlük tutukluluk süresini, komisyonun aksi görüşüne rağmen, “*makul*” kabul etmiştir.

Tutuklama, işlenen suçtan doğan zararın tamir ve tazmini amacıyla olmayıp, sanığın duruşmada hazır bulundurulmasının sağlanması amacını taşıdığından, güvence miktarı saptanırken işlenen suçun ağırlığının değil, sanığın kişisel durumunun her yönüyle incelenmek suretiyle, kaçması halinde hazineye gelir kaydedilecek paranın onda bırakacağı etkinin

⁹¹ B./Avusturya, 28.3.1990; W./İsviçre, 26.1.1993.

⁹² Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969; Matznetter/Avusturya, 10.11.1969.

⁹³ Wemphoff/Almanya 27.6.1968 B./Avusturya, 28.3.1990; Toth/Avusturya, 12.12.1991; Tomasi/Fransa, 27.8.1992; W./İsviçre, 26.1.1993; Punzeit/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000; Labita/İtalya, 6.4.2000.

⁹⁴ Tomasi/Fransa, 27.8.1992.

⁹⁵ Caballero/İngiltere, 8.2.2000.

⁹⁶ W./İsviçre, aksi görüşte karar da var. Bkz., Punzelt/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000.

göz önünde bulundurulması zorunludur.⁹⁷ Salıvermek amacıyla sanıktan istenen kefaletin, sanık üzerinde makul düzeyde güvenliği sağlamak için gerekenden daha ağır bir yük oluşturmaması gerekir. Bunu sağlamak için sanıktan istenebilecek teminat miktarının sanığın serveti üzerinde bırakacağı etki ve teminatla salıvermede sanığa kefil olacak kişi ile sanığın arasındaki kişisel ilişkinin yoğunluğunun dikkate alınarak verilmesi gerekir. Yani gerek kefaletin miktarı ve gerekse kefil olacak kişi ile sanığın bağlantısının yoğunluğunun sanığın kaçmasına ihtimal bırakmayacak düzeyde olması gerekmektedir. Kefalet miktarının yeterlilikten fazla da olmaması gerekir. Bu nedenle, sanığın kaçma ihtimalinin çok yüksek olduğu durumlarda, kefalet miktarının çok düşük olması da davanın seyrini olumsuz yönde etkileyeceğinden, bunun da kabul edilmemesi gerekir. Nitekim, AİHM'ye başvuru sahibinin işlediği suçun ağırlığı ve sanığın kaçma ihtimalinin yüksekliğini gözeterek, salıverme talebinin reddedilmesini 5/3. maddeye aykırı bulmamıştır.⁹⁸

c. Kişi Güvenliği ile İlgili Kararları (m. 5/4)

AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrası gereğince verilen kararlarda, bu fıkranın öngördüğü denetimin, maddenin 3. fıkrasında sanıklar için öngörülen denetimden tamamen bağımsızdır. 3. fıkra da yer alan denetim, bu fıkra da yer alan *"bu maddenin 1c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir"* biçimindeki düzenleme sadece suç işleyenlerle ilgili güvenceyi içermektedir. Oysa, dördüncü fıkra da yer alan güvence ve denetim, hangi nedenle ve şekilde olursa olsun, bütün özgürlük kısıtlamaları için koruma öngörmektedir. Ancak üçüncü ve dördüncü fıkranın birlikte uygulanması, gerektiğinde birinin diğerinin yerine uygulanması da mümkündür.⁹⁹ Çünkü somut olaylarda bu iki fıkranın içiçelikleri söz konusudur.

AİHM *"habeas corpus"* yolunun açık olup olmadığını, sadece 5. maddenin 4. fıkrası bakımından değil, 5. maddenin 1. fıkrası yönünden inceleme yaptığı da dikkate almaktadır.¹⁰⁰

⁹⁷ Neumeister/Avusturya, 27.6.1968.

⁹⁸ Punzelt/Çek Cumhuriyeti, 25.4.2000.

⁹⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, s. 241; AİHM, De Jong, Baljet et Vanden Brink/Hollanda, 22.5.1984, A 78, 56-57.

¹⁰⁰ De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1974 (bir kimsenin gözaltına alınması veya tutuklanmasında 4. fıkra anlamında bir mahkemenin karar vermesi halinde

Özgürlük kısıtlaması sonrası değişen koşullara göre durumun yeniden gözden geçirilmesi gerekir. Çünkü, tehlikeli durum var ve ortadan kalkmış, veya tedavi amaçlı özgürlük kısıtlamasına başvurulmuş olup iyileşme sağlanmış olabilir. Bu hallerde yine 4. fıkra gereğince, belli aralıklarla durumun yeniden gözden geçirilmesini isteme hakkı vardır. Bu konularla ilgili kararlar, ceza sorumluluğu bulunmayan bir akıl hastasının önlem olarak psikiyatri kliniğine veya bir mükerrer yahut suç işlemeyi alışkanlık haline getiren suçlunun veya bir serserinin, örneğin; Belçika Sosyal Savunma Yasası'ndaki düzenlemeye göre, bir eğitim kurumuna alınması; veya, bir akıl hastasının iyileştirilmesi amacıyla hastaneye yerleştirilmesi; yahut, İngiliz hukukunda yer alan bakanlık emrinde ömür boyu hapis (süresiz hüküm) uygulamaları bu hususun örnekleridir.¹⁰¹

d. Sözleşme'nin 5/5 Maddesi ile İlgili Kararlar

Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerine aykırı olarak yapılan özgürlük kısıtlamalarının mağduru olan herkesin tazminat isteme hakkı vardır. Buradaki tazminat, bu işlemde kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazminidir.¹⁰² Sözleşme'ye taraf ülkelerin tazminatın nasıl belirleneceği hususunu iç hukuklarında düzenlemeleri gerekir. İç hukukta gerçekleştirilecek düzenlemenin güvenceli olması gerekir, aksi takdirde Sözleşme'ye aykırılık söz konusu olur.¹⁰³

İç hukukta konuyla ilgili olarak yapılan başvurudan olumsuz sonuç alan kimse, bu karara karşı AIHM'ne başvurmak suretiyle, iç hukuktaki uygulamanın Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasına aykırılığının tespiti ni isteyebilir. Sözleşme'nin 5/5. maddesinde öngörülen tazminat, Sözleşme'nin genel hüküm niteliğindeki 41. maddesinden tamamen bağımsız olup, 5. maddenin diğer fıkralarının ihlali ile ilgilidir. Ancak 5. maddedeki özel düzenlemeye rağmen, koşulların varlığı halinde, bu konuda 41. maddenin uygulanması da mümkündür.

fıkra öngörülen hukukilik denetiminin sağlanmış sayılacağına karar verilmiştir); Winterwerp/Hollanda, 24.10.1979 (tutmaya karar veren makamın mahkeme niteliğine sahip olması zorunluluğu ve 4. fıkranın öngördüğü usul güvencelerini taşıması gerekmektedir); Doğru, 2003, s. 336; benzeri kararlar için bkz., Luberti/İtalya, 23.2.1984; Bouamar/Belçika, 29.2.1988.

¹⁰¹ Van Droogenbreck/Belçika, 24.6.1982; De Vilde Ooms et Versyp/Belçika; Winterwerp/Hollanda; Luberti/İtalya; E./Norveç, 29.8.1990; Bkz., Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, 241-242.

¹⁰² Reisoğlu, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 102.

¹⁰³ Hood/İngiltere, 18.2.1999; Jordan/İngiltere, 14.3.2000.

D. SONUÇ

Görüldüğü gibi, AİHS'nin 5. maddesindeki düzenleme kişi özgürlük ve güvenliği bakımından önemli güvenceler getirmektedir. Sözleşme'de yer alan kavramların anlam ve içeriğinin belirlenmesi yetkisi AİHM'ye ait olduğundan, taraf ülkelerin iç hukuklarında Sözleşme'de yer alan kavramlara farklı anlamlar yüklense de, bunların Sözleşme'ye uygun olup olmadığı hususundaki asıl yetki AİHM'nindir. Dolayısıyla iç hukuklarda Sözleşme hükümlerinin yorumunda, AİHM'nin yorumları ve kavramlara yüklediği anlamların dikkate alınması gerekir. Bu nedenle, AİHM kararlarının hukukçulara ışık tutacağı kuşkusuzdur. Ancak, bu kavramların anlamlarında AİHM kararlarının göz önünde bulundurulmasının yanısıra, taraf ülkelerin yerellik marjının da dikkate alınması ve iç hukukta uygulamacıların karar ve işlemlerinde yerellik marjını çok iyi işlemeleri gerekmektedir. Bu bakımdan, bilhassa mahkemelerimizin kararlarında, AİHM kararlarının yerellik marjı ile ilgili kısımlarının gerekçelerinin mutlak surette işlenmesi gerekir. Aksi takdirde AİHM'nin ihlal kararlarıyla karşılaşılır ki, bunun ülkemize pahalıya mal olduğunu söylemeye gerek bile yoktur. Anayasa'nın 90. maddesine getirilen söz konusu ekten sonra, Anayasa hükümlerinin bağlayıcılık ve üstünlüğü (m. 11) nedeniyle, Sözleşme hükümlerine ve dolayısıyla AİHM kararlarına uyulması yükümlülüğü, ülkemizin özgün koşulları dikkate alınmak suretiyle ve varsa özgün koşullarla ilgili düzenlemelerin Sözleşme'nin olur verdiği özel düzenlemelerle kıyaslanması zorunlu ve gereklidir. Esasen Anayasa'daki bu değişiklik uygulayıcılara Sözleşme'yi uygulama yükümlülüğü getirmekle beraber, yasama organının yerellik koşullarını dikkate alan düzenlemelerinin gözden uzak tutulacağı anlamına gelmez. Yerellik koşullarını dikkate almadan yapılacak uygulamaların kimi durumlarda sıkıntılar yaratması mümkündür. Bu itibarla olağan koşulların dışındaki düzenlemeler yanında, olağan koşullara ait düzenleme ve mahkeme kararlarının göz önünde tutulması suretiyle, bu yerelliğin haklı kıldığı nedenlerin gerçekçi bir biçimde gerekçelendirilmesi zorunludur.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Örneğin; Türkiye ile ilgili olarak verilen kararların birinde şartla tahliye bakımından suç cinsine bağlı olarak farklı uygulamanın yer alması (Gerger/Türkiye) ve yine terör suçları bakımından daha uzun gözaltı süresi öngörülmesi (Dertli ve diğerleri/Türkiye) Sözleşme'ye aykırı görülmemiştir. Bu kararlarda 14. maddede belirtilen ayırmıcılık yasağının ihlal edilmediği tespitleri önemlidir.

KAYNAKLAR

- ALDERSON, J., *İnsan Hakları ve Polis*, Çev. KUNTBAY, İhsan, TODAİE Yayını, Ankara 1984.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.*
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.*
- Birleşmiş Milletler Bildirisi (1948).*
- CABRILLAC, Rémy - FRISON, Marie Anne - ROCHE, Thierry Revet, *Libertés et Droits Fondamentaux*, 7 édition, Dalloz 2001.
- COLLIARD, A. C., *Libertés Publiques*, Dalloz 1959.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi (DMTD)*, C. 8, Birleşim: 131, s. 215-240 arası görüşmeler.
- DOĞU, Ergil, “Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından”, *İnsan Hakları ve Güvenlik, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, Yayın No: 1, Ankara 2001.*
- DOĞRU, Osman, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003.
- ERGEC, R., *Protéction Internationale et Europeenne des Droits L’Homme*, le Droit a’ la liberté et a’ la sûreté suppléant a’ l’université libre de Bruxelles, 2é édition, 1987, 1988/1.
- FAVOREU, Luis - GAIA, Patrick - GHEVONTIAN, Richard - MESTRE, Jean Louis - PFERSMANN, Otto - ROUX, André - SCOFFONI, Guy (Favoreu ve diğerleri olarak geçiyor): *Droit Constitutionnel*, Dalloz 2000.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması, Hukuksal Kolokyum*, Ankara 1992.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. - GÖLCÜKLÜ, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 1989.
- JEZE, Gaston, “Ferdî Hürriyetler”, *AÜHFM*, Cilt: 3, Sayı:1, 1946.
- KUZU, Burhan, *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.

La Grande Encyclopédie, Paris, Cilt: 14, s. 309, Sütun: 2.

MEMENTOS, Rousseau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris 1956.

PONTIER, Jean Marie, *Droits Fontamenteaux et Libertés Publiques*, Paris 2001.

REİSOĞLU, S., *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, İstanbul 2001.

ROCHE, Jean Pouille, André, *Libertés Publiques*, Dalloz 1997.

ŞAHBAZ, İbrahim, *Anayasa'da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Adım Yayıncılık, Ankara 1994.

ŞAHİN, İlyas, *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

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

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, M. Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

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

Uluslararası Af Örgütü Adil Yargılanma Hakkı, İletişim Yayını, Çevirenler: TAMER, Ahmet - KAPLAN, Erol, İstanbul 2000.