

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE GÖRE TUTUKLAMA

Bilal ÇALIŞKAN
UHDİGM Genel Müdür Yardımcısı

“...Sözleşmedeki anlamıyla özgürlük hakkı, ‘demokratik bir toplumda’ o kadar önemlidir ki, bir kimse surf kendi isteği ile gidip tutulmak istediğini belirttiği gerekçesiyle, Sözleşmenin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse bile, Sözleşmenin 5’inci maddesini ihlal edebilir. Avrupa Konseyi içinde kamu düzenini ilgilendiren bir konuda, Sözleşmenin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek nitelikteki bütün tedbirlerin, Sözleşme organları tarafından her davada denetlenmesi gereklidir...” (AİHM 18.06.1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, paragraf 65 özet.)

I. Tutuklama kavramı

Anayasada ve yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle zorunlu hallerde, maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla, hâkimin verdiği karara dayanılarak, bir kişinin henüz suçluluğu hakkında kesin karar verilmesinden önce özgürlüğünün kaldırılmasıdır. Tutuklamanın zorunlu hallerde başvuru bir tedbir olduğu Anayasada da belirtilmiştir. (madde 19/3) Tutuklama onu haklı gösteren amacın çeşidine göre, önleyici bir koruma tedbiri niteliğini taşır.¹

II. Tutuklamanın hukuki niteliği

Yargılama sonunda verilmesi muhtemel hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilebilmesini sağlamaya yönelik geçici nitelikte olan bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olan tutuklama, bir ceza olmayıp, koruma tedbiridir, amaç değil, araçtır, hükmedilen cezadan tutukluluk süresi düşülür. Hâkimlerin tutuklama yetkilerini kullanırken özen göstermeleri ve kişinin özgür olma hakkı ile toplumun suç işlediğinden kuşku duyulan kişinin el altında tutulmasındaki çıkarını iyi dengelemeleri gerekir.²

Tutuklamanın ağır bir önlem olması, ancak zaruri hallerde başvurulmasını gerekli kılacağından, orantılılık ilkesine göre, amaçlarına başka önlemlerin uygulanması ile ulaşılabilecek olduğu hallerde, tutuklama yapılmamalıdır.

Tutuklama koşulları anayasalarda ve yasalarda belirtilerek, koşulları gerçekleştiğinde, son takdirin hâkime bırakılması, hukuk devleti ilkesiyle

¹ Kunter; Yenisey; (2000), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 599, 600, Beta Yayınevi, 11. basım, İstanbul.

² Nur Centel, (1989), *Tutuklama ve Yakalama*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, s. 7.

bağdaşan bir çözümdür. Anayasa (madde 19) “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.” şeklinde tutuklama koşulları sayıldıktan sonra, kişilerin tutuklanabilecekleri belirtilmiş, yargıcın mutlaka tutuklama kararı vereceği belirtilmemiştir. CMK 100’üncü maddede ise, “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir.” ibareleri bulunmaktadır.

Tutuklama bir koruma tedbiri olması nedeniyle, sanığın bulunulmasının sağlanması, delillerin ortaya konulabilmesi veya ileride verilebilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilebilmesi için bir vasıtaadır. Nitelik olarak geçicidir, haklı bir neden kalmadığında veya hüküm verildiğinde sona erer.

Tutuklama ile özgürlüğün tahdidinde ilk ön şart bu işlemin hemen yapılmasında zaruret bulunması, gecikmenin tehlike doğuracak olmasıdır. Bu tehlike telafisi güç bir durum halinde tezahür edebilir. Tutuklamaya başvurmada haklı olup olunmadığı, yargılamanın sonunda anlaşılacaktır ve tutuklanan kişi sonuçta beraat edebileceğinden, bu tedbirlere başvurulmasında, ancak görünüşte haklılık ile ihtimal üzerine hareket edilecektir.³ Tutuklama ile ulaşılmak istenen amaç ile uygulanacak olan emniyet tedbiri arasında bir orantı bulunmalıdır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre

III. Tutuklama nedenleri

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre tutuklama kararı verilebilmesi için;

1. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular ve

2. Bir tutuklama nedeni bulunmalıdır. Kanun tutuklama kararı verilebilmesi için bu iki koşulun bir arada bulunmasını aramakta ve hangi hallerde tutuklama nedenlerinin varsayılabileceğini göstermektedir.

Kanuna göre aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni varsayılabılır:

a. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b. Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

³ Centel, s. 11.

Yukarıda belirtilen sebeplerden biri yanında, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması durumunda tutuklama kararı verilebilecektir.

Kanun, belli suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeninin varsayılabilceğini belirtmiştir. Ancak belirtildiği üzere bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı tutuklama kararı için yeterli değildir. Bu durumda sadece, tutuklama nedeni varsayılabilir. Oysa tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklama nedeninin yanı sıra, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular bulunmalıdır. Kanuna göre aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni varsayılabilir:

- a. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, (madde 76, 77, 78)
 2. Kasten öldürme, (madde 81, 82, 83)
 3. İşkence, (madde 94, 95)
 4. Cinsel saldırı, (birinci fıkra hariç, madde 102)
 5. Çocukların cinsel istismarı, (madde 103)
 6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, (madde 188)
 7. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)
 8. Devletin güvenliğine karşı suçlar, (madde 302, 303, 304, 307, 308)
 9. Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314 ve 315)
- b. 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, (madde 12)
- c. 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22'nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d. 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
- e. 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,
- f. 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110'uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

Bu koşullardan, cezaya ilişkin olan koşul ile kuvvetli belirti koşulu, temel koşullardandır. Nedenlerden birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Birinci fıkroda, şüpheli veya sanığın kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması temel koşulu yer verilmiştir. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular, şüpheli/sanığın suç işlediğini gösterir yüksek derecede kuşku ve büyük olasılığın bulunmasıdır. Dava açmak için ise, CMK

170'inci maddeye göre, toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması yeterlidir. Bu durumda, tutuklama için, davanın açılmasını gerektiren nedenlerden daha güçlü nedenlerin bulunması gerekmektedir. Sanığın suçu işlediğine ilişkin güçlü suç şüphesi yoksa suçun ağırlığı önem taşımamakta ve yargılamanın tutuksuz yapılması gerekmektedir. Şüpheli veya sanığın suçu işlediğine ilişkin, aleyhinde güçlü suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması ise, tutuklamayı zorunlu kılmaktadır. Yalnızca güçlü olgular tutuklama kararının verilmesine yetmemekte, diğer koşullar ile nedenlerden en az birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Asıl olan, kişinin hakkında verilecek hükmün kesinleşmesine kadar suçsuz olduğu ve tutuklamanın geçici bir önlem olup, yargılamanın tutuksuz yapılmasıdır. Koşullar ve nedenlerin bulunması halinde tutuklamaya veya tutuklamanın devamına karar verilmesi mümkündür. Tutuklama kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilebilir. Bu konular dışında, hiç kimsenin tutuklama kararı vermeye yetkileri yoktur. Tutuklama kararı verilmesinde, zaman açısından bir sınırlama bulunmayıp, her aşamada verilebilir.

Tutuklama kararı şüpheli/sanığın hükümlülüğüne karar verilmemesi ya da beraati halinde giderilmesi olanaksız zarara yol açabilir. Bu nedenle tutuklama son çare olmalıdır. Ancak madde de öngörülen koşulların gerçekleşmesi ve sayılan nedenlerden birinin bulunması halinde tutuklama kararı verilebilir:

a. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olaylar bulunması halinde tutuklama kararı verilebilir. Şüpheli veya sanık, tutuklanmaktan ya da ilerde alacağı cezadan kendisini kurtarmak için, olaydan hemen sonra bulunduğu yeri terk edip gitmiş, izini kaybettirmiş, arandığı halde bulunamamış ise, onun kaçıp saklandığı kabul edilmeli ve tutuklama kararı verilmelidir. Şüpheli veya sanık henüz kaçmamış, ancak kaçacağı şüphesini uyandıran olaylar içindeyse, örneğin, oturduğu yeri değiştirmiş veya pasaport almış ya da araç sağlamaya kalkışmış ise, bu gibi durumlarda, yargıç ya da mahkeme, tutuklama kararı verebilir. Yalnız şüphe yeterli değildir. Şüpheye yol açacak olayların bulunması şarttır.

b. Suçun delillerinin korunması amacıyla, tutuklama kararı verilebilir. *“Doğal olarak bu hususta da maddî bir takım vakıalar aranmalıdır.”* Yoksa sanığın kanıtlara zarar vereceği soyut düşüncesiyle bu ek koşulun gerçekleştiği kabul edilemez. Şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, gizleme veya değiştirmeye çalıştığı hususunda kuvvetli suç şüphesinin oluşması gerekir.

c. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılmasının önlenmesi için de tutuklama kararı verilebilir. Bu nedenle tutuklama kararı verilmesi için, yalnızca böyle bir olasılığın bulunması yeterli olmayıp, baskı

girişiminde bulunduğu hususunda kuvvetli şüphe oluşması gerekir. Şüpheli veya sanık, olayla ilgili olarak tanıklarla konuşmaya çalışıyor ya da mağdurla görüşme çabalarını gösterir tavırlar sergiliyorsa, baskının varlığını kabul etmek gerekir. Şüpheli ve sanık ile şerikleri arasında kanuna aykırı uzlaşma ve iştiraklerin önlenmesi için de tutuklama kararı verilebilir.

Uyuşturucu madde kaçakçısı şüpheli veya sanığın, diğer suç ortaklarıyla telefonda konuşuyor, toplantı yapıyor ya da evine gidip görüşüyorsa onun, suçu ortaklardan birisinin üzerine yükleyerek, kendisini ya da diğerlerini kurtarmak için, uzlaşmaya çalıştığını kabul etmek ve tutuklama kararı vermek gerekir. Ayrıca konuşma ve görüşmelerin gerçekten bu yolda olduğunu belirlemeye ihtiyaç yoktur.

Tutuklama kararı

MADDE 101– (1) *Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.*

(2) *Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukukî ve fiilî nedenler ile gerekçeleri gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.*

(3) *Tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır.*

(4) *Tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanık derhâl serbest bırakılır.*

(5) *Bu madde ile 100'üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir.*

Tutuklama kararı, yargıç veya mahkeme tarafından verilir. Yargıç bu karara ulaşırken, şüpheli veya sanığın, mağdurun ve toplumun yararını gözetir. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve nedenlerinin saptanıp saptanmadığını takdir eder. Keyfi davranmadığını gösterecek biçimde, tutuklamanın gerekçesine yer vermesi gerekir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararını vermemesi gerekir.

Bir kimsenin tutuklanması istemiyle mahkemeye sevk edildiğinde, mahkeme kişinin tutuksuz yargılanmasına karar verir ve adli kontrol uygulanmasına gerek görürse; “*bu kişinin suçu işlediğine dair kuvvetli bir şüphenin varolduğunu, ancak kişi hakkında tutuklama kararı verilmesi hakkani-*

yete uygun görülmediğini ve kendisine adli kontrol hükümlerinin uygulanmasına karar verildiği anlamına gelir.”Adli kontrol kararı verilmesi, kişiyi tutuklayabilecek kadar kuvvetli bir suç şüphesinin olduğu, ama duruma göre tutuklama kararının verilmesine gerek görülmediğidir.

Yeni yasa ile tutuklama kararı için kuvvetli de olsa belirti yeterli olmayacak, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular aranacaktır. “*Olgu*” olayın bizatihi kendisidir. Kanun, olayın gerçekleştiğine ilişkin emareler değil, olayın kendisini, şüpheli veya sanığın, kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguları aramaktadır. Sanığın/şüphelinin delilleri yok edilmesine, karartılmasına, gizlenmesine, vesariye çalışıldığını gösteren girişimlerde bulunma hususunda kuvvetli şüphe yeterli görülmüştür. Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Tutuklama kararı verilebilmesi için adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenler bulunmalı ve bunlar tutuklama kararında gösterilmelidir. Yani adli kontrol uygulaması ile sonuç alınabilecekse, tutuklama yoluna gidilemeyecektir. Ancak adli kontrol hükümlerinin uygulanabileceği alan kısıtlı olduğundan, bu hükmün uygulama alanı da sınırlıdır. Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin redine ilişkin kararlarda hukukî ve fiilî nedenler ile gerekçeleri gösterilir.

Tutuklama istenildiğinde, şüpheli/sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır. Bu hükmle birlikte, tutukluluk durumunun gerçekleşeceği her olayda, zorunlu müdafilik sistemi getirilmiş olmaktadır. Tutuklamadan ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karardan tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye, hâkimin kararıyla gecikmeksizin haber verilir. Ayrıca, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, tutuklunun tutuklamayı bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesine de izin verilir.

Tutuklulukta geçecek süre

MADDE 102– (1) *Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok altı aydır. Ancak, bu süre, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek dört ay daha uzatılabilir.*

(2) *Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.*

(3) *Bu maddede öngörülen uzatma kararları, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilir.*

Cumhuriyet savcısının tutuklama kararının geri alınmasını istemesi

MADDE 103– (1) *Cumhuriyet savcısı, şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hâkiminden isteyebilir. Hakkında*

tutuklama kararı verilmiş şüpheli ve müdafii de aynı istemde bulunabilirler.

(2) Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, şüpheliyi re'sen serbest bırakır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde şüpheli serbest kalır.

Şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri

MADDE 104– (1) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Ret kararına itiraz edilebilir.

(3) Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtaya geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar resen de verilebilir.

Usul

MADDE 105– (Değişik: 25.05.2005 – 5353/13 md.)

(1) 103 ve 104'üncü maddeler uyarınca yapılan istem üzerine, mercince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulanmasına karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir.

Tutukluluğun incelenmesi

Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100'üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir. Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir. Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de resen karar verir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında tutuklama⁴

AİHM, ulusal mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararlarının veya cezanın iç hukuka uygunluğunu değil, tutukluluğun uzunluğunu incelemeye tabi tutar. AİHS 5'inci maddede, mahkumiyet kararından 'sonra' sözcüğünün gelmesi, hapisliğin sadece zaman bakımından sonra gelişini değil, ama daha çok hapisliğin mahkumiyet kararına dayanmasını ifade eder.

⁴ Osman Doğru, *Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Beşinci Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu*, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/osmandogru.html> erişim tarihi 20.04.2010

Bu hüküm, bir kimsenin bir mahkeme kararıyla mahkum olmasından sonra, bu karara dayanılarak, tecil edilmiş cezanın veya şartla tahliyeden sonra kalan sürenin infazı gibi, bir kararla tutulması olaylarına uygulanır. Özetle, iç hukukta infaz hukukuyla ilgili sorunlar, bu bent kapsamında değerlendirilmektedir. AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre dava mahkemesinin mahkumiyet kararıyla birlikte, eğer sanık tutuklu ise, hapis cezasının infazı da başlamaktadır.

Belirli bir olayda sanığın tutukluluğunun makul bir süreyi aşmamasını güvence altına almak, öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı yerleri, masumluk karinesine dikkat ederek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan kamu yararı gereğinin gerçekten varolduğu hakkında lehte ve aleyhte ileri sürülen bütün koşulları incelemeli ve salıverilme talebi hakkında verdikleri kararlarda bunları göstermelidirler. Esas itibarıyla AİHM'den, ulusal mahkemelerin kararlarında verilen gerekçelere ve başvuru tarafından salıverilme ve temyiz başvurularında belirtilen maddi vakialara dayanarak, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasına bir aykırılık olup olmadığı hakkında karar vermesi istenmektedir.

Tutulan bir kişinin bir suç işlediğinden makul kuşku duyulmasındaki süreklilik, tutukluluğun devam etmesinin geçerliliği için olmazsa olmaz nitelikte bir koşuldur; fakat belirli bir sürenin geçmesinden sonra artık yeterli değildir. Bu nedenle AİHM, yargısal makamlar tarafından gösterilen diğer gerekçelerin özgürlükten yoksun bırakmayı haklı göstermeye devam edip etmediğini tespit etmelidir. Bu gerekçeler "ilgili" ve "yeterli" ise, AİHM, yetkili ulusal makamların muhakemeyi icra ederken "özel bir özen" gösterip göstermediğini de belirlemelidir (*12.12.1991 tarihli Clooth v. Belçika kararı, başvuru no: 12718/87; parag. 36*). (*Muller v. Fransa, 17 Mart 1997, parag. 35*).

AİHM, 5'inci maddenin üçüncü fıkrasındaki, yargıç veya yargılama yetkisine sahip görevliyi sadece bağımsızlık veya tarafsızlık açısından değil, tutuklama konusundaki işlevi ve karar verirken izlediği usul bakımından da incelemiştir. *4 Aralık 1979 tarihli Schiesser v. İsviçre Kararında (başvuru no: 7710/76), milli yargıcın veya tutuklama kararını veren görevlinin, tutuklamanın lehinde ve aleyhinde olan bütün koşulları incelemek ve hukuki ölçülere dayanarak tutuklamayı haklı kılacak sebepler varsa tutuklama ve yoksa serbest bırakılmasına karar verme yetkisinin bulunmasını gerektiğini belirtmiştir*. Buna göre söz konusu yargıç veya görevli, sanığın tutuklanmasının hukukiliği hakkında bağlayıcı karar verebilmelidir; tutuklama veya salıverme konusunda sınırlı bir denetim yetkisine sahip olması, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal eder.

AİHM, 29.04.1999 tarihli *Aquilina v. Malta kararında (başvuru no: 25642/94)* başvurucuların önüne çıkarıldıkları yargıcı salıverme yetkisine

sahip biri olarak görmemiş ve Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararın gerekçesinde, "Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrası, bir suç işlediği kuşkusuyla gözaltına alınan veya tutulan bir kimseye, her türlü keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakmaya karşı güvence sağlamaktadır. (28.10.1998 tarihli, **Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan Kararı**, parag. 146.) Sözleşmenin 5'inci maddesinin 1/c bendiyle bir bütün oluşturan **5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının temel amacı, makullük sona erdiği zaman salıvermeyi sağlamaktır.** Gözaltına alınan bir kimsenin yargısal bir makama ulaşabilmiş olması, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne uygunluk oluşturmak için yeterli değildir. Bu hüküm, gözaltına alınan kişinin önüne çıkarıldığı yargısal görevlinin, tutulmanın leh ve aleyhine olan şartları inceleme, yasal ölçülere dayanarak tutuklamayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine kararı vermeye yetkili olmalıdır. Bir başka deyişle, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, yargısal görevlinin tutulmayı esastan incelemesi gerektiği düzenlenmiştir. Yargısal denetimin bu hükme uygun olabilmesi için, derhal ve otomatik yapılmış olması gerekir. Derhallik, her bir olayın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir. Böyle bir şart, tutulmanın bir mahkeme tarafından hukukilik denetiminin yapılabilmesi için başvurma hakkını güvence altına alan AİHS'nin 5'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki güvenceden farklı bir güvence olan 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki güvencenin niteliğini değiştirir. (22.05.1984 tarihli **De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda kararı** (başvuru no: 8805/79; 8806/79; 9242/81), parag. 44, 47 ve 51, 52, 57.) Yargısal denetim, tutulan kimsenin başvurmuş olması şartına bağlı kılınmaz. Bu şart, özgürlükten yoksun bırakmayı, bağımsız yargının derin incelemesine tabi tutmayı sağlamak suretiyle bireyi keyfi tutmaya karşı koruyan Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki korumanın amacını da ortadan kaldıracaktır. (25.05.1988 tarihli **Kurt v. Türkiye kararı**, parag. 123.) Ancak, derhal kavramının yorumunda ve uygulanmasındaki esneklik çok sınırlıdır. (29.11.1988 tarihli **Brogan ve diğerleri v. İngiltere Kararı**, parag. 62.)

Tutmanın derhal yapılan yargısal denetimi, gözaltına alınan bir kimseyi kötü muameleye karşı da koruyan önemli bir koruyucudur. (18.12.1996 tarihli **Aksoy v. Türkiye kararı**, parag. 76.) Dahası, bu tür bir muameleye tabi tutulan gözaltına alınmış kimseler, tutulmalarının denetimi için yargıçtan talepte bulunamayacaklardır. Aynı şey, zihinsel olarak zayıf veya yargısal görevlinin konuştuğu dili konuşamayan gözaltındaki durumu hassas diğer kişiler için de geçerlidir.

A. Tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

AİHS'nin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci hükmü, tutuklu olarak yargılanan bir kimsenin "*yargılama sürürken salıverilmesini isteme*

hakki”na sahip olduğunu belirtmektedir. AİHM, tutuklamayla ilgili ilk kararlarından olan (27.06.1968 tarihli Wemhoff v./Almanya Kararında (Başvuru no: 2122/64) bu hükmü yorumlarken, taraf Devletin tutuklu bir kimseyi makul sürede yargılama, eğer makul sürede yargılayamıyorsa tutukluyu salıvermekle yükümlü olduğundan buna riayet edilmediğinden maddenin ihlal edildiği iddiasını, “*saf lafzi yorum*” olarak görerek başvuruda ihlal olmadığına karar vermiştir. AİHM’ye göre bu hükmün, kişi özgürlüğünün güvencelerinden biri olduğu hatırlanmalı ve “*makul süreyi aşmaması gereken, sanıkların tutukluluğudur, yargılama süresi değildir.*” Özetle bu hüküm, “*tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı*” biçimde anlaşılmalıdır.

AİHM, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine dair bir iddiayı incelerken, önce başvurunun “*tutukluluk süresi*”ni tespit etmekte, ikinci olarak tutukluluk süresinin “*makul*” olup olmadığını belirlemektedir.

i. Tutukluluk süresinin hesaplanması

Tutukluluk süresinin hesaplanmasında AİHM’nin, Wemhoff v./Almanya Kararında kurduğu içtihadı göre, tutukluluk dönemi, kişinin gözaltına alındığı tarihinden başlayarak dava mahkemesi tarafından hakkında beraat veya mahkûmiyet kararı verilmesine kadar süren dönemi kapsamaktadır. Dava mahkemesinin esas hakkında karar verdiği tarihe kadar veya dava mahkemesi önünde dava sürerken sanık salıverilmiş ise, salıverilme tarihine kadar, sanığın fiilen özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre, tutukluluk süresidir.

AİHM, temyiz yargılaması sırasında sanığın özgürlüğünden yoksun kaldığı döneme 5’inci maddenin üçüncü fıkrasını değil, 1’inci fıkrasının (a) bendini uygulamaktadır. AİHM, dava mahkemesinin kararından sonra kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam etmesinin, (a) bendindeki “*yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararına*” dayandığını belirtmektedir. Tutukluluk döneminin AİHM tarafından bu şekilde tespit edilmesi, temyiz yargılaması sırasında tutukluluğunun devam etmesini ve hüküm kesinleştikten sonra hükümlülüğün başlamasını öngören hukuk sistemleri bakımından anlaşılması zordur.

AİHM, 28.03.1990 tarihli B.v./Avusturya kararında (başvuru no: 11968/86) 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanabileceği tutukluluk döneminin dava mahkemesinin hükmüne kadar süreceği, bundan sonraki dönem için birinci fıkranın (a) bendinin uygulanacağı görüşünü teyit etmiştir. Öte yandan, 27.11.1991 tarihli Kemmache (no. 3) v./Fransa kararında (başvuru no: 17621/91) olduğu gibi, sanık bir yargılama sırasında bir kaç dönem tutuklu kalmış ise, tutukluluk süreleri toplanarak hesaplanır.

ii. Tutukluluk süresinin makullüğü

Bir davada başvurunun tutukluluk süresinin makullüğünü incelenecek ölçütler AİHM içtihadıyla belirlenmiştir. AİHM, gözaltındaki dört gün-

lük süre gibi, tutuklulukta da aşılmaması gereken azami bir süre öngörme- miştir. Tutukluluk süresinin makullüğü, her olayın özel şartlarına göre ince- lenmektedir. Bu inceleme iki konuda yapılmaktadır: Birincisi, sanığın tu- tulmasının devamında kamu yararı bakımından geçerli sebepler bulunup bulunmadığı; ikincisi tutuklu hakkındaki soruşturma veya yargılamanın ma- kul olarak beklenenden daha az hızla gerçekleştirilmiş olup olmadığıdır.⁵ Bu iki durumdan birinin varlığı halinde AİHM, bir olayda tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğini tespit eder.

AİHM, tutukluluğun devamında kamu yararı bakımından gereklilik bulunup bulunmadığı konusundaki incelemesini, dosyadaki ulusal makamların tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeli kararları ile başvuru- rucunun salıverilmek için dayandığı olayların gösterdiği salıverilme taleple- rine bakarak sonuçlandırır. AİHM'ye göre ulusal makamlar, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verirken, kamu yararı bakımından gösterdikleri gerekçelerin, olayla “*ilgili*” ve “*yeterli*” olması gerekir. Ulusal makamların tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarındaki gerekçeleri, “*il- gililik ve yeterlilik*” testinden geçirilmektedir. Bu nedenle ulusal mahkeme- lerin tutuklama veya tutukluluğun devamına dair kararlarının gerekçeleri, Mahkeme için çok büyük bir önem taşımaktadır.

AİHM, 26.06.1991 tarihli *Letellier v. Fransa kararında (başvuru no: 12369/86)*, ulusal mahkemelerin, tutuklama konusunda karar verirken, “ma- sumiyet karinesine gerekli dikkati göstererek, kişi özgürlüğüne saygı kura- lından ayrılmayı haklı kılan kamu yararına ilişkin bir gereğin olayda ger- çekten bulunduğu iddiasının lehinde ve aleyhindeki bütün olayları ince-lemek ve bunları tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında belirtmek zorunda olduklarını hükme bağlamıştır.” AİHM, “esas itibarıyla bu kararlardaki gerekçelere ve salıverilmek için başvuru tarafından ulusal düzeydeki hukuk yolları izlenirken dile getirilen gerçek vakıalara dayana- rak” karar verir. AİHM, tutukluluğun devamı gereğine dair ulusal mahke- melerin yaptığı değerlendirmelere katılmayabilir ve Sözleşmenin ihlal edil- diği sonucuna varabilir. *AİHM, B. v. Avusturya Kararında*, olay karmaşık olduğundan ve yurt dışından istinabe istenildiğinden, tutukluluk için gerekli özen gösterildiğine karar vermiştir. (parag. 45) Ancak, *Stögmüller v. Avus- turya Kararında*, hâkim ve savcı sayısının azlığının, tutukluluk süresinin uzmasına mazeret olamayacağını belirtmiştir. (parag. 5)

Öte yandan AİHM, ulusal mahkemelerin tutukluluğun devamına iliş- kin gerekçelerini ilgili ve yeterli bulsa bile, eğer yetkili ulusal makamlar yargılamanın yürütülmesinde gerekli özeni göstermedikleri için tutukluluk süresi uzamış ise, bu noktada da ihlal tespit edebilir. Tutukluluk süresi, AİHM tarafından bir de “gerekli özen” testine de tabi tutulur.

⁵ D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 136.

iii. Sanığın suçluluğu hakkında makul kuşku

Ulusal makamların sanığın tutuklanmasına veya tutukluluğunun devamına ilişkin kararlarının gerekçesinde kamu yararı bakımından gösterebilecekleri ilk sebep, sanığın suçluluğu hakkında makul kuşku duyulmasıdır. AİHM'ye göre sanığın suç işlediğinden makul kuşku duyulması ve bu kuşkunun sürmesi, tutuklama ve tutukluluğun devamı için "olmazsa olmaz" (sine qua non) koşuldur. Ancak sanığın suç işlediğinden kuşku duyulması, bir süre sonra yeterli olmaz; tutukluluğun devamı için ek sebepler gereklidir. AİHM, sanıkların salıverilme taleplerinin ulusal makamlar tarafından dört sebepten birine veya bir kaçına dayanılarak reddedilerek tutukluluğun devamına karar verildiğini tespit etmiştir. Bu sebepler; kaçma tehlikesi, adaletin işleyişine müdahale tehlikesi, suçta tekerrürün önlenmesi ve kamu düzeninin korunmasıdır.⁶

30.08.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley (Esas hk) kararı, paragraf 30–36 Kuzey İrlanda'da polis, terörist olduklarından kuşkuyla başvurularını tutmuş ve haklarında bir suçlamada bulunmadan salıvermiştir. İç hukuktaki bu tutma yetkisinin, polisin "samimi kuşku"suna dayandığı belirtilmiştir. AİHM, iç hukuk makul kuşkuyu aramadığı için bu tutma yetkisine dair yasa hükmünün soyut olarak Sözleşmeye uygunluğunu değil, olayda makul kuşku bulunup bulunmadığını incelemiş, başvuruların daha önce başvuru sahiplerinin terör suçlarından yedi yıl hapis yatmaları, haklarındaki kuşkunun makullüğünü kanıtlayacak başka bir bilgi verilmemesini, yakalananların, terör eylemleri nedeniyle daha önce mahkûm edilmiş olmaları, terör suçlarına iştiraklerine dair bir kuşkuyu güçlendirse de, bu tek başına, olaydan yedi yıl sonra, tutulmalarını haklı kılacak bir kuşku nedeni oluşturamayacağı, başvuru sahiplerinin tutulmaları sırasında ayrı terör eylemlerinden sorguya çekilmiş olmaları, gözaltına alan görevlilerin samimi bir kuşku duyduklarını teyit etse de, objektif bir gözlemciyi, başvuru sahiplerinin bu eylemleri işlemiş olabilecekleri konusunda ikna edemeyeceği, bunların, "makul bir kuşku"nun bulunduğu sonucuna varmak için yeterli olmadığı gerekçesiyle, 5'inci maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

28.10.1994 tarihli Murray v.İngiltere kararında (başvuru no: 4310/88) Hükûmetin, başvuru sahibinin silah alımı için para topladığı suçunu işlediğinden makul kuşku duymak için güçlü sebepler bulunduğunu, bu bilgilerin bir kısmının gizli kaynaklardan elde edildiğini, yine başvuru sahibinin ABD'de IRA'ya silah alımından mahkûm olan kardeşleriyle ilişkisi bulunduğunu, yakın zamanda ABD'yi ziyaret edip kardeşleriyle görüştüğü iddiasıyla ilgili olarak, AİHM, gözaltına alma konusunda "kuşku"nun düzeyi bakımından gözaltında tutma sırasında yapılan sorgunun amacı, gözaltına alınanın dayandığı somut kuşkuyu teyit etmek veya gidermek suretiyle so-

⁶ D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 139.

ruşturmayı iletirmek olduğu, bir olayda makul kuşkunun bulunup bulunmadığı her olayın özel şartlarına dayandığı, Hükümetin başvuru hakkında kuşku duyulmasını gerektiren gizli ve fakat güvenilir kaynaklardan elde edilen bilgiler bulunduğu yolundaki açıklaması inandırıcı olduğu, başvuran hakkındaki kuşkunun samimiyetini göstermek üzere ulusal mahkemelerin önündeki davalarda Hükümetin sunduğu deliller de incelendiğinde, soruşturma makamlarının duydukları kuşkunun samimiyeti ve iyi niyetli olması, bu kuşkunun makullüğü bakımından vazgeçilmez bir ilk unsurdur. Başvuru hakkındaki kuşkuyla haklı göstermek için varolan olgular ile terör suçlarının soruşturulmasındaki güçlükler dikkate alındığında, başvuru, terör örgütü İRA'ya silah alımı için para topladığından kuşulanmak için objektif ve ikna edici, yeterli olay ve bilgi bulunduğundan, birinci başvuru, suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutma şartı ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

a. Kaçma tehlikesi

Kaçma tehlikesinin bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin genel bir test, AİHM tarafından 10.11.1969 tarihli *Stögmüller v. Avusturya kararında* (başvuru no: 1602/62) uygulanmıştır. AİHM'ye göre, kaçma tehlikesinin bulunması için, kaçmanın yaratacağı sonuçlar ve doğuracağı risk, kişiye tutukluluğunun devamına göre daha hafif görünmesini sağlayan bütün şartlar bulunmalıdır. Kaçma tehlikesi, mahkumiyeti halinde alması muhtemel cezaya dayandırılmaz (*Wemhoff v. Almanya kararı*, 26.3.93, p:14). Kişinin karakteri, ev durumu, mesleği, malvarlığı gibi husular, bu durumu değerlendirirken göz önünde bulundurulmalıdır.

Kaçma tehlikesiyle ilgili unsurlardan biri, mahkumiyet halinde sanığın alabileceği hapis cezasının ağırlığıdır. Ancak tutukluluk süresinin cezadan düşülecek olması halinde, tutukluluk süresi uzadıkça cezanın önemi düşer. Üstelik, isnat edilen suça verilecek 'cezanın ağırlığı' önemli olmakla birlikte, cezanın ağırlığı salıverilme talebinin reddedilmesi için ayrı bir sebep oluşturmaz; bir başka deyişle isnat edilen suça verilebilecek cezanın ağırlığı, sanığın kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle kendiliğinden tutuklamayı haklı kılmaz. Kaçma tehlikesiyle ilgili olarak sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgahı, mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkedeki bağlantıları, tutukluluğa karşı gösterdiği tepki, başka bir ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı, kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları gibi unsurlar, incelenmesi gereken diğer unsurlardır.

AİHM'ye göre, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi, tutukluluğun tek dayanağının, sanığın duruşmaya gelmeme tehlikesi olması halinde, kendisinden duruşmaya gelmesini güvence altına alacak **kefalet alınması koşuluyla, sanığın salıverilmesi gerekir**. 27.06.1968 tarihli *Neumeister v. Avusturya kararında* (başvuru no: 1936/63) AİHM, sanığın salıverilmesi karşılığında uygun bir mali teminat önermesine rağmen, ulusal

mahkemelerin bunu dikkate almamalarını, 5'inci maddenin üçüncü fıkranın ihlali olarak görmüştür.

27.08.1992 tarihli Tomasi v. Fransa kararında (başvuru no: 12850/87), Başvurucunun kaçma tehlikesiyle ilgili olarak, Hükümetin Tomasi'nin tehdidi altında bulunduğu cezanın ağırlığını dile getirdiği, bu görüşünü ayrıca, başvuru ile aynı suçlardan kovuşturulan ve onun gibi sürekli masum olduğunu savunup üç buçuk yıl firarda kalan Pieri'nin kaçmış olmasıyla desteklediği, Korsika'daki durumun özel koşullarını vurguladığı, başvurucunun ise, duruşmaya gelmesi için yeterli güvenceleri vermeye muktedir olduğu biçiminde karşılık verdiği, kendisinin bir dükkan sahibi olması, temiz polis kayıtlarının bulunması ve iyi bir üne sahip olması bu güvenceleri oluşturduğu iddialarını dikkate alarak, ilk önce, Hükümet tarafından bu konuda ileri sürülen gerekçenin itiraz konusu yargısal kararda görünmediği, itiraf edildiği gibi yargısal kararların genellikle, Tomasi'nin yargısal makamlar önünde hazır bulundurulmasını güvence altına alma gereğine dayandırıldığı, fakat sadece birinin, yani Poitiers ceza mahkemesinin, 22 Mayıs 1987 tarihli kararında bu bağlamda, özel bir unsura, yani eski-FLNC üyelerinin başvurucuya yargılamaktan kaçması için verebilecekleri yardım unsuruna yer verildiği, ayrıca, sadece risk altında bulunan cezanın ağırlığına dayanarak, kaçma tehlikesinin ölçülemeyeceği, kaçma tehlikesinin varlığını teyit eden veya kaçma tehlikesini tutuklamayı haklı kılmayacak kadar hafifleten, konuyla ilgili daha bir çok unsura dayanarak değerlendirme yapılması gerektiği, bu davada adli soruşturma makamlarının kararları, başvurucunun salıverilme başvurularında ileri sürdüğü argümanlara rağmen, kaçma riskinin kesinliğini neden kabul ettiklerini ve bu riski neden örneğin bir güvenlik önlemini şart koşarak ve kendisini mahkemenin gözetimi altına alarak karşılamaya çalışmadıklarını açıklayabilecek pek az gerekçe içerdiği gerekçesiyle beşinci maddenin ihlaline karar verilmiştir.

b. Adaletin işleyişine müdahale tehlikesi

Tutukluluğun devamı için haklı bir sebep olarak görülebilir. Sanığın salıverilmesi halinde araştırma konusu belgeleri tahrip edebilecek olması, sanığın muhtemel diğer sanıkları uyarması veya onlarla işbirliği yapabilecek olması, tanıklar üzerinde baskı yapabilecek olması, adaletin işleyişine engel olabilecek unsurlar olarak görülmüştür. AİHM, *Ringesien v. Avusturya Kararında*, delilleri karartma durumunu değerlendirerek, sanığın hakkındaki hileli iflas suçu nedeniyle, iki defa ifadesi alındıktan 5 ay sonra tutuklanmasını, tanıklarla temas kurup delilleri karartabileceği gerekçesine dayanılmayacağını karara bağlamıştır.

Ancak tutuklama kararında veya salıverme talebinin reddine ilişkin kararlarda, sanığın adaletin işleyişine müdahale edecek olmasını soyut bir biçimde ifade etmek yeterli değildir; bunu kanıtlayacak delillerin de gösterilmesi gerekir. Bir başka deyişle örneğin, soyut olarak 'soruşturmanın de-

vam etmekte olduğunun' belirtilmesi, tutukluluğun devamına karar vermek için yeterli değildir. Hangi soruşturma işlemlerinin neden henüz tamamlanamadığı, yapılması gereken hangi soruşturma işlemlerinin kaldığı da tutuklamaya devam kararlarında gösterilmelidir. Öte yandan tutukluluk süresi boyunca soruşturma ilerleme kaydedeceği için, adaletin işleyişine müdahale riski de azalacağından, bu sebebe dayanarak tutukluluk halini devam ettirmek zorlaşacaktır.

27.08.1992 tarihli Tomasi v./Fransa kararında, (başvuru no: 12850/87) Tanıklar üzerinde baskı yapma ve şerik-sanıklar arasında işbirliği riskini değerlendirirken, olayda verilen birçok yargısal kararda, tanıklar üzerinde baskı uygulama ve şerik-sanıklar arasında işbirliği riskine dayanılmış, hatta Poitiers ceza mahkemesi "*sindirme faaliyetlerine*" atıfta bulunmuş; fakat bu kararlarda, her nedense bu risklerle ilgili herhangi bir ayrıntı vermemiştir. Hükümete göre Moracchini'ye yapılan tehditler, Tomasi'nin salıverilme talebinin kabulünü imkansız kılmıştır. Hükümete göre Tomasi, kovuşturmanın kökeninde yer alan ve intihara teşebbüs eden Moracchini üzerinde yapılan baskının etkililiğini artırabilecektir. Başvurucu bunu reddetmiş, Komisyon ise bu konuda görüş belirtmemiştir. Mahkemenin görüşüne göre başlangıçta gerçekten tanıklar üzerinde baskı yapılması riski vardır. Ancak bu tehlike tamamen ortadan kalkamasa bile, tedricen azalmıştır.

c. Tekrar suç işleme tehlikesi

AİHM, 10.11.1969 tarihli Matznetter v./Avusturya kararında, (Başvuru no: 2178/64) olayın özel şartları içinde, "*tekrar suç işlenmesinin önlenmesi*" gerekçesiyle tutuklamayı, haklı bir sebep olarak kabul etmiştir. Buna göre sanığın cezalandırılabilir nitelikteki faaliyetlerini çok uzun bir süreden beri devam ettirmesi, mağdurların uğradığı kayıpların büyüklüğü, sanığın kendisine isnat edilen suç işlemedeki tecrübe ve yeteneği, sanığın yeniden aynı tür suçları işlemeye başlayacağı konusunda haklı bir kaygı uyandırabilir. Mahkeme bunu izleyen kararlarda, sanığın salıverilmesi halinde kendisine isnat edilen ağır suçları işleyebileceğine inanmak için sebeplerin bulunması halinde, suçun önlemesi için tutukluluğun devamına karar verilebileceğini ima etmektedir.

Ancak bu sebebe dayanan bir tutuklama, 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki "*suçu engellemek üzere tutma*" hükmüne dayanılarak özgürlükten yoksun bırakma arasında ayırım yapılabilir. Birincisinde, çok ciddi bir suç işlediğinden makul kuşku duyulan sanığın, diğer özel koşullarla birlikte, yargılama sırasında tutukluluğunun devam etmesidir; ikincisinde ise bir ceza davasıyla bağlantılı olmaksızın önleyici genel bir tutma yetkisine dayanılarak bir kimsenin tutulması söz konusudur ki,⁷ AİHM, Söz-

⁷ D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 141.

leşmenin bu son durumla ilgili yoruma imkan vermediğini belirtmiştir. Suç işlemeye devam durumunun anlaşılır ve tedbirin olayın akışı ve sanığın geçmişi ve kişiliği ışığında değerlendirilmesi gerekir. (*Clooth v. Belçika, kararı p:40*).

d. Kamu düzeninin bozulması

Kamu düzeninin bozulması tehlikesi, AİHM tarafından tanınmış başka bir tutuklama sebebidir. **AİHM, Letellier v./Fransa** kararında, istisnai hallerde, belirli suçların özel ağırlıkları ve bu suçlara toplumun tepkisi nedeniyle doğabilecek toplumsal huzursuzluğun, en azından belirli bir süre tutuklamayı haklı kılabileceğini kabul etmiştir. Ancak burada böyle bir sebebin iç hukukta tanınmış olması ve olayda sanığın salıverilmesi halinde kamu düzeninin gerçekten bozulacağını gösterilmesi gerekir. Bu sebebe dayanan tutuklama da belirli bir süre sonra ağırlığını yitirir. AİHM, ulusal makamların gerekçeli tutuklama ve tutukluğun devamına dair kararlarında gösterebilecekleri yukarıda incelenen sebeplerin bulunup bulunmadığını önüne gelen davalarda aramıştır.

27.08.1992 tarihli Tomasi v. Fransa kararında, (başvuru no: 12850/87) söz konusu mahkemelerin çoğunluğu, başvurusunun suçlandığı cezai fiillerin neden olduğu zararlardan kamu düzenini koruma ihtiyacını önemle ve hemen hemen aynı terimlerle ifade etmişlerdir. AİHM, özel ağırlıkları ve halkın bunlara tepkisi nedeniyle bazı suçların, en azından kısa bir süre için tutukluluğu haklı göstermeye yetecek kadar halkın huzursuzluğuna yol açabileceğini kabul etmektedir. Bu faktör, istisnai şartlarda ve tabii ki yeterli delil varsa, Fransız Ceza Usul Yasasının 144'üncü maddesinde suçun kamu düzenine zarar vermesi kavramının yer alması gibi iç hukukta tanınması halinde, Sözleşmenin amaçları bakımından dikkate alınabilir. Ne var ki bu sebep sadece, sanığın salıverilmesinin kamu düzenine gerçekten zarar vereceğini göstermeye yeterli vakıalara dayandırıldığı zaman ilgili ve yeterli sayılabilir. Ayrıca tutukluluk sadece kamu düzeninin gerçekten tehlikede olması halinde meşruluğunu sürdürebilir; tutukluluğun devamı, hapis cezasını beklemek için kullanılamaz.

Bu davada soruşturma yargıçları ve ceza mahkemeleri, özgürlükten yoksun bırakmayı sürdürme gereğini sadece suçların ağırlığını vurgulayarak veya bunların etkilerini not ederek, tamamen soyut bir görüş açısıyla değerlendirmiştir. Ancak, Yabancı Lejyon Dinlenme Merkezine yapılan saldırı, silahlı mücadeleyi savunan gizli bir örgütün sorumluluğu üstlendiği düşünülen bir terör eylemidir. **Bu eylem bir kişinin ölümü ve bir başkasının çok ciddi bir biçimde yaralanmasıyla sonuçlanmıştır. Bu nedenle, başlangıçta kamu düzenine zarar verme riski bulunduğunu varsaymak makul olabilir; ancak bu risk, belirli bir zaman sonra kaybolmuş olmalıdır.**

iv. Tutuklama kararlarında gerekçe bulunmaması

AİHM'den, ulusal mahkeme kararlarında açıklanan gerekçelere ve ilgili kişinin taleplerinde dile getirdiği olgulara dayanmak suretiyle, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edilip edilmediğine karar vermesi istenilir. (26.06.1991 tarihli Letellier v./Fransa kararı, paragraf 35)

Tutulan kişinin, bir suç işlemiş olduğuna ilişkin duyulan makul kuşuların sürmesi, o kişinin tutukluluğunun devamının geçerliliği açısından onusuz olmaz (sine qua non) bir koşul olduğu; ancak bu koşulun, belli bir süreden sonra yeterli olamayacağı bu durumlarda, yargısal makamlar tarafından özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılmak için belirtilen gerekçelerin devam edip etmediğine karar verilmesi gerekir. (Wemhoff v./Almanya kararı, Başvuru no: 2122/64 paragraf 12 ve Ringeissen v./Avusturya (Esahk) kararı, (başvuru no: 2614/65) paragraf 104). Tutukluluk gerekçeleri “*ilgili*” ve “*yeterli*” ise, AİHM bu durumda, yetkili ulusal makamların yargılamanın yürütülmesi sırasında “*gerekli özeni*” gösterip göstermediklerini saptar. (Matznetter v./Avusturya kararı, başvuru no: 2178/64 paragraf 12; B. v./Avusturya kararı paragraf 42 ve Letellier v./Fransa kararı, paragraf 35)

v. Tutuklama gerekçelerinin ilgisiz veya yetersiz kalması

AİHM'nin, ulusal mahkemeler tarafından tutukluluğun devamına ilişkin gösterdikleri gerekçeleri “*belirli bir tarihten sonra*” ilgili ve yeterli görmediği, dolayısıyla Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığı davalarda, başvuru sahiplerinin tutuklu kaldıkları süreler 02.06.1968 tarihli Neumeister kararında iki yıl dört ay, 10.11.1969 tarihli Stögmüller kararında iki yıl yedi hafta, 16.07.1971 tarihli Ringeissen v./Avusturya kararında yaklaşık iki yıl, 26.06.1991 tarihli Letellier v./Fransa kararında iki yıl dokuz ay, 27.11.1991 tarihli Kemmache (no. 1 ve 2) kararında toplam iki yıl dokuz ay on gün, 12.12.1991 tarihli Clooth kararında üç yıl iki ay dört gün, 27.08.1992 tarihli Tomasi kararında beş yıl yedi ay, 17.03.1997 tarihli Müller kararında yaklaşık dört yıl, 23.09.1998 tarihli I.A./Fransa kararında beş yıl üç aydan biraz fazladır.

AİHM'nin “*yeterli ve yerinde*” sebepler gösterildiği için tutuklunun makul sürede salıverilme hakkına aykırılık görmediği davalarda başvuru sahipleri 27.06.1968 tarihli Wemhoff v./Almanya kararında üç yıl beş ay, 10.11.1969 tarihli Matznetter v./Avusturya kararında iki yıl iki ay, 30.03.1989 tarihli Lamy v./Belçika kararında (başvuru no: 10444/83) yedi ay, 24.09.1992 tarihli Herczegfalvy v./Avusturya kararında (başvuru no: 10533/83) yaklaşık on üç ay, 26.01.1993 tarihli W. v./İsviçre kararında (başvuru no: 14379/88) dört yıl üç gün, 13.07.1995 tarihli Van der Tang v./İspanya kararında (başvuru no: 19382/92) üç yıl bir ay yirmiyedi gün, 23.03.1995 tarihli Quinn v./Fransa kararında (başvuru no: 18580/91) bir yıl, 27.05.1997 tarihli Eriksen v./Norveç kararında (başvuru no: 17391/90) kırk sekiz gün tutuklu kalmışlardır.

27.08.1992 tarihli Tomasi v./Fransa kararında, Korsikacı bir parti üyesi olan başvuran Tomasi, bir askeri dinlenme tesisine yapılan saldırı nedeniyle, olaydan bir yıl kadar sonra gözaltına alınmış ve tutuklanmış, tutukluluk süresinin aşırı olduğunu iddia etmiştir. Dikkate alınacak süre, başvuranın gözaltına alındığı tarih olan 23.03.1983’de başlamış ve Gironde Ağır Ceza Mahkemesinin beraat kararı vermesinin ardından salıverildiği 22.10.1988 tarihinde sona ermiştir. Tutukluluk beş yıl yedi ay sürmüştür. Soruşturma yargıçları, Tomasi’nin salıverilme başvurularını reddederken, ayrı ayrı veya birlikte olmak üzere dört temel gerekçe göstermişlerdir. Bunlar; iddia edilen suçların ağırlığı, kamu düzeninin korunması, tanıklara karşı yapılabilecek bir baskıyı engelleme veya şerik sanıklar arasında yapılabilecek bir hileyi bertaraf etme gereği, başvuruçunun kaçma tehlikesi.

Soruşturma yargıçları ve ceza mahkemeleri, başvuruçunun suçlandığı cezai fiillerin özel veya istisnai ağırlıkta olduğunu vurgulamış, başvuruçunu bunu inkar etmemekte, fakat bunun, kendisinden kuşulanmak için milliyetçi bir hareketin üyesi olmasından başka hiç bir neden bulunmadığı halde, bu kadar uzun bir süre tutuklu kalmasını haklı çıkarmak için yeterli görmekte, kendisinin tutukluluk süresi, on yıldan fazla bir süreyle mahkûm olmuş birinin fiilen geçireceği hapislik süresine karşılık geldiğini ileri sürmekte, Hükümet ise, şerik-sanık Moracchini’nin, Tomasi’nin saldırıyı hazırladığını ve organize ettiğini belirten ifadelerinin birbiriyle tutarlı olduğunu, bu kişinin suç işlediği hakkında ciddi belirtilerin varlığı ve devamlılığı, hiç kuşkusuz alakalı faktörleri oluşturduğunu ileri sürmüş, AIHM, bunların tek başına, böylesine uzun bir tutukluluk süresini haklı göstermeyeceğini kabul etmektedir.

Başvuruçuya göre dava hiç de karmaşık değil; aslında soruşturma özetleyici incelemenin yapıldığı 18.10.1983 gibi erken bir tarihte tamamlanmış, fakat yargısal makamlar tarafından birçok hata yapılmış ve ihmaller gösterilmiş, özellikle savcı, esas hakkında mütalaa vermeyi reddetmiş, daha önce yapılmış olan soruşturma tedbirlerinin alınmasını talep etmiş, yetkinin Bastia Mahkemesinden devrini istemiş, hatalı olarak yargı yetkisi bulunmayan bir mahkemeye dava açmış ve sanığı soruşturma makamlarından çok uzak bir mesafede tutmuş, başvuruçunu, görülmekte olan davalara 09.09.1986 tarihli Yasanın da uygulanmasını sağlayan 30.12.1986 tarihli yasanın, o sırada yaklaşık dört yıldır tutuklu bulunan Tomasi gibilerin durumunu daha karmaşık hale getirdiğini belirtmiştir. Başvuruçunu, sorgu yargıcından beş yılda sadece bir kez, 05.09.1985’de Bordeaux’da sorgulandığını ifade etmiştir. Başvuruçunu, salıverilmesi ile ilgili olarak yirmi üç başvurusundan yirmi birini özetleyici incelemeyi sonradan yaptığına işaret etmiş ve Bordeaux Ceza Mahkemesinin 27.05.1986 tarihli kararına karşı hukuki noktalardan yaptığı itiraz sonucu, savunmanın haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle kaldırılmasına karar verilmiştir. Hükümet ise, söz konusu tutukluluk süresinin makul olduğunu, ilk önce, 30.12.1986 tarihli yasanın işleyişi ve Poitiers ve

Bordeaux ceza mahkemelerinin müşterek yetkileri nedeniyle, başvuru ve üç şerik-sanığı suçlama sürecinin karmaşıklığını vurgulamış, ayrıca, yetkililerin sürekli olarak gerekli özeni gösterdiklerini yansıtan muhakemede alınan tedbirlerin birbirleriyle olan uyumuna, Bastia yargıcının yetkisizlik kararının ve 30.12.1986 tarihli yasanın uygulanmasının, soruşturmadaki iki ertelemeye neden olduğuna işaret etmiş, Tomasi'nin temyiz mahkemesine yaptığı birçok temyiz başvurusunu eleştirmiş, özellikle Bordeaux'da verilen 27.05.1986 tarihli birinci sevk kararına karşı yapılan başvurunun, duruşmanın başlamasının önemli ölçüde geciktirildiğini, salıverilme için çok sayıda başvuru yapıldığını vurgulamış ve tutukluluğun uzunluğu konusunda başvuru- rucunun da sorumlu olduğunu ifade etmiştir.

Fransız mahkemelerinin bu davada gerekli çabuklukla hareket etmedikleri, temyiz mahkemesi başsavcısının tazminat dairesine verdiği 05.06.1991 tarihli mütalaada bu gecikmenin kabul edildiği; özellikle Kasım 1983'den Ocak 1985'e ve Mayıs 1986'dan Nisan 1988'e kadar olan "*çeşitli ertelemeler olmasaydı,*" soruşturma "*önemli ölçüde kısaltılmış olurdu.*" denildiği, buna göre itiraz konusu tutukluluk süresinin, esas olarak davanın karmaşıklığına veya başvuru- rucunun tutumuna bağlanabilir görünmediği, bu nedenle 5'inci maddenin üçüncü fıkrasının ihlaline karar vermiştir.

AİHM'nin ihlal tespit ettiği ve etmediği davalar arasında bir karşılaştırma yapıldığında, ihlalin doğrudan tutukluluk süresiyle bağlantılı olmadığı görülür. Örneğin, Ringeissen v. Avusturya davasında yaklaşık iki yıl süren tutukluluk, Sözleşmeye aykırı görülmüş, öte yandan Mahkeme W./İsviçre davasında dört yıl üç gün süren tutukluluğu Sözleşmeye aykırı görmemiştir.

vi. Özen gösterilmediği için tutukluluğun uzaması nedeniyle ihlal

AİHM 12.12.1991 tarihli Toth v./Avusturya v. kararında, (başvuru no: 11894/85) tutuklu sanığın davasının ivedilikle incelenmesini isteme hakkının, mahkemelerin görevlerini gerekli özenle yerine getirme çabalarını aşırı derecede engellememesi gerektiğini takdir ettiğini belirtmektedir. İki yıl bir ay tutuklu kalan ve işlediği suç yüzünden dört yıla mahkûm edilen başvuru- rucunun, tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin ulusal mahkemeler tarafından gösterilen sebepleri ilgili ve yeterli bulmuş; ancak AİHM, tutuklu sanığın yargılanmasında ulusal makamların gerekli özeni göstermeleri gerektiğini belirtmiş ve olayda başvuru- rucunun salıverilme taleplerinin karara bağlanması için her defasında üst mahkemeye dava dosyasındaki orijinal belgelerin gönderilmesi nedeniyle tutukluluk süresinin uzadığını ve bu nedenle tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvuru- rucunun dört yıl on altı gün tutuklu kaldığı 18.12.1996 tarihli Scott v./İspanya kararında da (başvuru no: 21335/93) AİHM, başvuru- rucunun tutukluluğuna ilişkin sebepleri ilgili ve yeterli görmüş, ancak bu denli uzun süreli tutukluluğu "*gerekli özen*" testine tabi tutmuş; hiç de karmaşık olma-

yan bu olayda kamu makamlarının tutuklu sanığın davasının görülmesinde “*gerekli özeni*” göstermedikleri için, makul sürede salıverilme hakkına aykırılık bulmuştur.

AIHM, 28.10.1998 tarihli Assenov ve Diğerleri v./Bulgaristan kararında, (başvuru no: 24760/94) işlediği çok sayıda hırsızlık suçlarından iki yıl kadar tutuklu kalan 14 yaşındaki başvurucunun tutukluluğu konusunda iç hukukta gösterilen gerekçeleri yeterli ve ilgili görmüş, ancak başvurucunun muhakemesine “*gerekli özen*” gösterilmediği için uzun süre tutuklu kalmış olmasını Sözleşmenin 5’inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılık bulmuştur.

vii. Tutukluluğa karşı mahkemeye itiraz hakkı

Sözleşmenin 5’inci maddesinin 4’üncü fıkrası, suç veya başka her hangi bir sebeple tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Bu hak, ceza muhakemesiyle ilgili olarak gözaltında tutma ve tutuklama hallerine olduğu gibi, birinci fıkradaki diğer tutma hallerine de uygulanır. Bir özgürlükten yoksun bırakma, 5/1’inci fıkrasındaki hallerden birine uygun olsa bile, eğer hukukilik denetimi için başvurma hakkı bulunmuyorsa 4’üncü fıkraya aykırılık oluşur. Bu hakkın ulusal düzeyde kullanılabilmesi için, iç hukukta başvurulacak makamın ve usulün gösterilmiş olması gerekir.

Bu fıkra, idari makamlar tarafından gerçekleştirilen bir tutma işleminin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi konusunda iç hukukta hukuki bir yol sağlanmasını öngörmektedir. Eğer bir olayda bir mahkeme tarafından bir tutma/tutuklama kararı verilmiş ise, bu kararda hukukilik denetiminin içselleştirilmiş olduğu kabul edilir. (18.07.1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp (Esas hk) v./Belçika kararı, (başvuru no: 2832/66; 2835/66; 2899/66) 08.06.1976 tarihli Engel ve diğerleri v./Hollanda Kararı (Esas hk) (başvuru no: 5100/71; 5101/71; 5102/71) 18.07.1994 tarihli Wynne v./İngiltere kararı (başvuru no: 15484/89)

AIHM’ye göre tutuklama aşamasında ve tutukluluğa itiraz aşamasında başvurucu tarafından dosyaya ulaşılmış olması gerekirken, olayda başvurucunun avukatına kovuşturmanın dayanağı olan dosyadaki beyanlara karşı etkili bir biçimde itiraz etme olanağı tanınmamış olması, dosyadaki şerik sanıkların ifadelerine karşı görüş belirtme fırsatı verilmemiş olması, öte yandan iddia makamının dosyanın bütününe hakim olması nedeniyle, olayda izlenen usulde çelişmeli yargılama ve silahlarda eşitlik ilkesi yoktur; bu nedenlerle dördüncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

AIHM, 12.12.1991 tarihli Toth v./Avusturya kararında, başvurucunun salıverilme talebinin reddine karşı itirazının görüşüldüğü üst mahkeme önündeki yargılamada, kendisi ve avukatı bulunmadığı halde iddia makamından bir yetkilinin bulunması ve mahkemenin sorularına yanıt vermiş

olması nedeniyle izlenen usulde çelişmeli yargılama ilkesine aykırılık görmüş ve 4'üncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Ancak başlangıçtaki tutma/tutuklama kararının mahkeme tarafından verilirken hukukilik denetiminin yapılmış olması, artık bir kez daha denetim yapılmayacağı anlamına gelmez. Bu fıkra hukukilik denetiminin, ulusal hukukta sadece tek dereceli olarak yapılmasını zorunlu kıldığı halde, eğer iç hukukta salıverilme talebinin reddine dair mahkeme kararlarına karşı üst mahkemeye itiraz hakkı tanınmış ise, üst mahkeme denetiminin de, kural olarak, 4'üncü fıkranın şartlarını taşıması gerekir. (12.12.1991 tarihli Toth v./Avusturya kararı)

Bu fıkradaki hak, dört unsur içermektedir: Birincisi tutulmanın hukukilik denetiminin bir "*mahkeme*" tarafından yapılması; ikincisi hukukilik denetiminin "*makul aralıklarla*" yapılması; üçüncüsü denetimin "*hukukilik*" konusunda yapılması; dördüncüsü denetimin "*süratle*" yapılmasıdır.

Hukukilik denetiminin bir "*mahkeme*" tarafından yapılması, bu mahkemenin (hâkimin) yargısal bir usul izlemesini, bir başka deyişle usul güvencelerini uygulamasını gerektirir. Tutukluluğun hukukilik denetiminde izlenen usulü incelediği 30.03.1989 tarihli Lamy kararında, başvuru avukatı, ulusal mahkemelerin yaptığı yorum nedeniyle tutukluluğun ilk otuz gününde tutuklama kararı dışında soruşturma dosyasını inceleyememiş, tutukluluğa itiraz aşamasında da dosyayı inceleme imkanı verilmemiştir.

Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince yargısal görevli, uygun kararı vermeden önce tutulan kişiyi bizzat dinlemelidir. (De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı, paragraf 51.)

13.07.1995 tarihli Kampanis v./Yunanistan kararında da (başvuru no: 17977/91) AİHM, tutuklu bulunan başvuru sahibinin salıverilme talebine karşılık iddia makamının görüşünün alınmasından sonra başvuru sahibinden görüş alınmamış olması nedeniyle, yürürlükteki yasaya göre başvuru sahibine tutukluluk yargılamasına katılma bakımından yeterli bir imkan verilmediğini ve bunun da silahlarda eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiş ve 5'inci maddenin dördüncü fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, 28.10.1998 tarihli Assenov ve Diğerleri v./Bulgaristan kararında, başvuru sahibinin salıverilme talebinin incelemesi sırasında duruşma yapılmamış olmasını nedeniyle; 25.03.1999 tarihli Nikolova v./Bulgaristan kararında da, (başvuru no: 31195/96) başvuru sahibinin salıverilme talebine karşılık savcılıktan görüş alınmasına rağmen başvuru sahibinin bir görüş bildirememiş olması ve salıverilme talebine ilişkin müzakerenin kapalı yapılmış olması nedeniyle, 4'üncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM iç hukukta, hukukilik denetiminin fiilen yapılabileceği bir sistemin bulunmasını aramaktadır. 26.09.1997 tarihli R.M.D. v./İsviçre kararında, hakkında tutuklama kararı bulunan başvuru sahibi, çeşitli kantonlarda işlediğinden kuşku edilen suçlar için yedi değişik kantonda gezdirilerek

toplam iki ay tutuklu kalmıştır. Başvurucunun avukatı ilk tutuklama kararına itiraz etmiş, ancak ulusal mahkemeler başvurucunun yeri değiştirildiği için başvuru konusuz kaldığı gerekçesiyle salıverilme talebini reddetmiştir. AİHM, başvurucunun bulunduğu her kantonda salıverilme talebinde bulunma hakkına sahip olduğunu, ancak yer değişikliği nedeniyle denetimin mümkün olmadığını belirterek, hukukilik denetiminde olayın özelliğinden kaynaklanan bir etkisizlik görmüş ve 4'üncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Hukukilik denetiminin ulusal makamlar tarafından süratle yapılıp yapılmadığını tespit için, önce salıverilme talebinin incelenme süresinin belirlenmesi gerekir. Bu süre, kural olarak salıverilme talebinin yapıldığı tarihte başlar. Hukukilik denetimi için ulusal mahkemeden önce, bir idari makama başvurmak gerekiyorsa, incelenme süresi başvurunun idari makama yapıldığı anda başlar. Bu süre, başvurucunun salıverilme talebiyle ilgili kesin kararın verilmesine kadar devam eder. Hukukilik incelemesinin süratle incelenip incelenmediği sorunu, daha çok suç nedeniyle tutukluluğu devam eden kişiler ile akıl hastalığı nedeniyle tutulan kişilerin salıverilme taleplerinin incelenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır.

AİHM, tutuklanan başvurucunun tutuklanmasından bir ay sonra yaptığı salıverilme talebini, makul aralıkla yapılmış bir talep olarak görmüş, başvurucunun ulusal mahkemeye sunduğu salıverilme taleplerinden biri hakkında beş buçuk ay sonra kesin karar verilmiş ve talep reddini, bu denli uzun bir inceleme süresini dördüncü fıkradaki süratle karar verme şartına aykırı görmüştür.

28.10.1998 tarihli Assenov ve diğerleri kararında ise AİHM, başvurucunun iki yıl tutuklu kaldığı halde, sadece bir kez salıverilme talebinde bulunabilmesini, hukukiliğin makul aralıklarla denetimi şartına aykırı görmüş ve 4'üncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Letellier v./Fransa kararında, adam öldürmeye teşvik suçundan tutuklu bulunan başvurucunun altı defa yaptığı salıverilme talebi, sekiz gün ile yirmi gün arasında değişen sürelerle sonuçlanmış, ancak başvurucunun ikinci talebi hakkında kesin karar on üç ay üç hafta sonra verilmiştir. AİHM bu incelemenin süresini kuşkuyla karşılamakla birlikte, başvurucunun her zaman yeni bir talepte bulunabilmesini ve diğer talepler hakkında kısa sürede karar verilmiş olmasını dikkate alarak, olayda dördüncü fıkranın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

23.11.1993 tarihli Navara v./Fransa kararında, (başvuru no: 13190/87) silahlı soygun suçundan tutuklu başvurucunun üçüncü salıverilme talebinin reddine ilişkin karara karşı üst mahkemede yaptığı itiraz yedi ay sonra sonuçlanmıştır. Başvurucunun bu olayda süratli inceleme yapılmadığına dair şikayetini mahkeme reddederken, sürenin uzunluğundan kuşku duymakla

birlikte, başvuruçunun iç hukuka göre her zaman yeni bir salıverilme talebinde bulunabileceğini dikkate almıştır.

Tutukluluğun makullüğünde gözetilecek hususlar: Sanığın suç işlediğine dair şüphelerin sürmesi, bu süre bitiminde, ilgili ve yeterli gerekçeler bulunmalı, (*Stögmüller/Almanya p:4*; objektif bir gözlemciyi ikna edecek olaylar ve bilgiler sunulmalıdır. Örneğin, mafya türü bir örgütün mali işlerine bakan bir itirafçının dolaylı ifadelerine dayanarak, uzun süre iki yıl yedi ay gözaltında tutulamaz. (**Labita/İtalya**))

AİHS'ye göre, tutukluluk için aranan makul şüphe şartı, tutukluluğun devamı kararları için de, aranmalı ve ulusal mahkemeler konuyla ilgili ve yeterli gerekçe göstermesi gerekir.

AİHM, mahkemelerimizin verdiği tutuklama kararlarındaki matbu gerekçeleri (davanın durumu, suçun niteliği gibi...) ihlal nedeni saymış, tutuklama için makul şüphenin yanında kaçma, delilleri karartma, kamu düzenini bozma veya suçta tekrür tehlikesini de aramıştır. Mahkemelerimizin tutuklama kararlarında gerekçe olmamasını ihlal nedeni saymış, tutuklamaya itiraz kurumunu da yetersiz bulmuştur. Tutuklama konusunda üst yargılama yolunun açılması gerektiğini belirtmiştir. Belirli bir süre tutuklu kalmış olanların, Yargıtaya başvurabilmeleri gerektiği tartışmaları yapılmaya başlanmıştır. Tutukluluk süresinin anayasal ilkelere, AİHS'ye uygunluğunun denetiminin yapılabilmesi için, yerel mahkemelerin tutuklama kararı verirken dikkatli olması gerekir.

Beşinci maddenin üçüncü fıkrası hükmü, milli mevzuatta, belli bir tutukluluk süresi bulunması gerektiği biçiminde yorumlamamakta, somut olayın özelliklerini göz önüne almaktadır. Bu nedenle, taraf devletlerin, milli mevzuatlarında, tutuklama için, sınırlandırıcı süre bulunması AİHS açısından şart değildir. Belçika, Danimarka ve Norveç hukuk sistemlerinde tutuklama için, sınırlandırıcı süre öngörülmemiştir. İsviçre, Alman, Avusturya ve İtalya'da öngörülmüştür.⁸ Maddenin birinci fıkrasında (bireylerin) hürriyetlerinden mahrum bırakılmasına izin verilen durumların dar yorumlanması gereken, ayrıntılı bir listesi vardır (*Ciulla v. İtalya Kararı 22 Şubat 1989, s. 18, § 41*). Başvurayı, İtalya'ya iade edemeyen Fransa'nın, bu ülkeye verilmesine olanak sağlayacak şekilde İsviçre'ye sınır dışı etmesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali olarak görülmüştür. Özgürlük kısıtlanması, ulusal usuller yanında, beşinci maddedeki kurallara uygun olmak zorundadır. Bundan amaç, bireyi keyfiliklere karşı korumaktır. (**Bozano v. Fransa Kararı, 18 Aralık 1986, s. 3, § 54 ve Benham v. Birleşik Krallık Kararı, 10 Haziran 1986, § 40**).

⁸ Prof. Dr. Nur Centel, *3842 Sayılı Yasa Hüükümleri Karşısında Yakalama ve Tutuklama, Yargı Reformu 2000 İzmir Barosu Sempozyumu*, s. 615.

AİHM önündeki durumumuz

Uzun tutukluluk süreleri, ülkemizle ilgili birçok AİHM kararında, AİHS'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını güvenceye alan 5'inci maddesinin ihlal edildiği tespitine ve başvurulara tazminat ödenmesine sebep olmaktadır. Bu kararlarda AİHM, tutuklama gerekçelerini ve tutuklama kararlarına itirazın etkili bir başvuru yolu olmadığına (AİHS madde 13) ihlale karar vermektedir. Tutuklamanın, bir erken infaza dönüşmemesi, gerekmektedir. Sanığın tutuklu kaldığı süre gözetilerek, yargılandığı ceza miktarı hesaplanarak tutukluluk süresine karar verilmemelidir. Yurt dışına çıkış yasağı koyarak da şüphelinin kaçma ihtimalini ortadan kaldırıldığında tutuklama cezaya dönüşmeyebilir.

AİHM, uzun süreli tutukluluğun, masumiyet karinesinin de ihlali anlamına geldiği sonucuna varmaktadır. AİHM kararlarında da suçun türü ne olursa olsun, masumiyet karinesini ihlal etmeyecek bir süre tutuklu kalınması gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde, uzun tutukluluk, kişinin suçlu gibi gözükmeye yol açmaktadır. Yargıçların bu konuda son derece titiz olması gerekmektedir.

AİHM, başvuruların iki yıl beş ay kadar tutuklu kaldıkları **08.06.1995 Yağcı ve Sargın v. Türkiye Kararı (başvuru no: 16419/90; 16426/90)** ile başvurucunun yaklaşık altı yıl dört ay tutuklu kaldığı yine aynı tarihli **Mansur v. Türkiye kararında başvuru no: 16026/90**), tutukluluğun devamına ilişkin Türk ulusal mahkemelerinin gerekçelerini yetersiz bularak Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başka bir deyişle, bu davalarda AİHM, ulusal mahkemelerin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarında sadece, isnat edilen "suçların niteliği" ve "delil durumu" gibi, matbu olmasa da aşağı yukarı hep aynı ifadelere yer verilerek hiç bir açıklama getirilmemiş olmasının, yeterli gerekçe sayılamayacağını tespit etmiştir.

Yağcı ve Sargın kararında, AİHM'nin göz önüne alacağı sürenin, Türkiye'nin AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığı 22 Ocak 1990 ile başvuruların tahliye edilmiş oldukları 4 Mayıs 1990 arasında geçen üç ay, on iki günlük süre olduğunu, başvuruların 22 Ocak 1990 tarihinden sonraki tutukluluklarının, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre haklı olup olmadığını değerlendirirken, o tarihte başvuruların tutukluluk hallerinin 16 Kasım 1987'den itibaren, yani yaklaşık "iki yıl iki aydan" bu yana sürdüğünü de göz önüne almak zorunda olduğunu dikkate alarak, bir sanığın yargılama sırasındaki tutukluluk durumunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk aşamada ulusal yargı makamlarının görevi olduğunu vurguladıktan sonra, bu amaçla ulusal yargı makamlarının, masumiyet karinesine gereği gibi saygı göstererek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan gerçek bir kamu yararının varlığının, lehinde ve aleyhinde ileri sürülen bütün olayları incelemek ve salıverilme taleplerine ilişkin ka-

rarlarında belirtmeleri gerektiği, AİHM'nin zaman bakımından yetki alanına giren dönem içinde, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, 8 Şubat ve 9 Mart 1990'da re'sen, 6 Nisan 1990 tarihinde de sanıkların talebi üzerine toplam üç kez tutukluluk halinin devamı konusunda karar verdiği, ulusal mahkeme Yağcı ve Sargın'ın tahliye taleplerini reddederken, suçların niteliğini (ağır suçlar olarak sınıflandırılan suçlar, sanığın kaçma tehlikesinin varlığına dair hukuki karine oluşturmaktadır), eldeki delillerin durumunu ve tutukluluk tarihini, yani 16 Kasım 1987'yi belirttiği, toplam tutukluluk süresi, Sözleşmeyle ilgili bir sebebe dayanmaksızın, kendini haklı göstermeyeceği, söz konusu süre içinde başvuruçuların tutukluluklarının devamının, Sözleşmenin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olduğu sonucuna varır. Bu sonuç, yargısal makamların tutukluluk muhakemesini nasıl yürüttüklerini incelemeyi gereksiz kılmaktadır sonucuna varmıştır.

Kararda, "Kaçma tehlikesinin, sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilemeyeceği" bir dizi başka unsurlara dayanılarak değerlendirilmesi gerektiği, bu unsurlar, kaçma tehlikesinin varlığını teyid etmezse, tutukluluğu haklı kılacak kadar ağır görülemeyeceği, Yağcı ve Sargın'ın, Türkiye'ye, Türkiye Birleşik Komünist Partisini kurmak gibi belirli bir amaçla tamamen kendi istekleriyle yurda döndükleri, cezai takibata uğrayacaklarını bilmemelerinin mümkün olmadığı, **Devlet güvenlik mahkemesinin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararları matbu olmamakla birlikte**, bu kararlarda neden bir kaçma tehlikesinin bulunduğunu hiç bir şekilde açıklamayan, hemen hemen aynı ifadeler kullanıldığı, "Delillerin durumu" kavramı, suçluluğun varlığına dair ciddi belirtilerin var olduğu ve sürdüğü şeklinde anlaşılabilirliği, bu tür belirtilerin varlığı, konuyla ilgili bir faktör olmasına rağmen, bu davada bu belirtiler varlığı şikayet konusu tutukluluğun devamını kendiliğinden haklı kılmak yeterli olmadığı (**Kemmache v. Fransa (No. 1 ve 2) (Esas hk) kararı, parag. 50**) Devlet güvenlik mahkemesi tarafından belirtilen gerekçenin, yani başvuruçuların gözaltına alınma tarihleri konusunda ayrıca bir denetim yapmanın gerekli olmadığı gerekçesiyle 5'inci maddenin üçüncü fıkrasının ihlaline karar vermiştir.

AİHM'nin Mansur v. Türkiye Kararı (başvuru no: 16026/90) (8 Haziran 1995 tarihli): İran vatandaşı uyuşturucu kaçakçısı olan başvuran (1989 yılında Türk vatandaşı olmuş), Yunanistan'da yargılandıktan sonra Türkiye'ye iade edilmiş, Türkiye'de işlediği suçlardan, Edirne'de yargılanmaya başlamış, 1 ve 2. Ağır Ceza mahkemelerinde aynı suçtan açılan davalar daha sonra birleştirilmiştir. AİHM'nin zaman itibarıyla yetkisi kapsamındaki süre içinde Edirne Birinci Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın tutukluluk süresinin devamını 9 kez, "suçlamaların niteliği" ve "delil durumu" gerekçeleriyle reddetmiş, 3 kez de ret kararı için bir gerekçe göstermemiştir.

AİHM, davada, birinci mahkemenin tutukluluk halini teyit eden emirlerinde, kaçmaya ilişkin bir tehlikenin neden olduğuna ilişkin herhangi bir açık-

lama yapılmaksızın, basma kalıp denmese de, hemen her zaman aynı kelimeler kullanıldığı dikkate alınarak, başvuranın söz konusu süre içinde sürdürülen tutukluluk halinin 5'inci maddenin üçüncü fıkrasını ihlal ettiğini kabul etmiştir.

AİHM İkinci Dairesinin Vayiç v. Türkiye (Başvuru no: 18078/02) Kararı 20 Haziran 2006: Başvuran, kaçmasının nedeninin yargılamadan kaçmak değil, vicdani retçi olduğundan ve askerliğini yapmadığından dolayı yetkililer tarafından arandığından kaynaklandığını, yasa dışı bir örgüte üye olmak şüphesiyle, toplam beş yıl, bir ay, on gün tutuklu yargılanmasının, AİHS'nin 5/3 maddesindeki "makul süre" şartını karşılamadığını ileri sürerek şikayetçi olmuştur.

Hükümet, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 110'uncu maddesine göre, bir kamu davasından tutuklu yargılanan bir kimsenin azami tutulu bulundurulma süresinin iki yıl olduğunu belirtmiş**, kişi, en fazla cezanın, bu davada olduğu gibi, yedi yıldan fazla hapis cezası olan bir suçla suçlanmış ise, mahkeme tutukluluk halinin uzatılmasına karar verebileceğini, amacın, sanığın, diğer sanıklarla anlaşması, delilleri tahrif etmesi, kaçması ve tekrar suç işlemesi riskini önlemek olduğunu, başvuranın kaçmasının, tutukluluk halinin uzatılması için iyi bir gerekçe olduğunu kanıtladığını belirtmiştir.

Söz konusu davada, AİHM, gözönüne alınacak sürecin 9 Eylül 1996 tarihinde başladığını ve 19 Ekim 2001 tarihinde sona erdiğini belirtmektedir. Böylece, bu süre beş yıl bir aydan fazla sürmüştür. DGM, başvuranın devam etmekte olan tutukluluğunu, kendi gerek görmesi veya başvuranın talebi üzerine, her duruşmanın sonunda incelemiştir. Ancak, AİHM, dava dosyasındaki delillere dayanarak, Devlet güvenlik mahkemesinin, "suçun niteliğini ve delillerin durumunu gözönünde tutarak" gibi aynı ve basmakalıp ifadelere başvurarak başvuranın tutukluluğunun devamını emrettiğini belirtmektedir. "Delillerin durumu" ifadesi genel olarak ciddi suç göstergelerinin varlığı ve devamlılığına yönelik ilgili bir unsur oluşturabilir. Ancak, bu davada, başvuranın hakkında şikayetçi olduğu tutukluluk süresini tek başına haklı çıkarmaya yetmez (**Demirel v. Türkiye, no. 39324/98, § 59, 28 Ocak 2003**).

AİHM, ayrıca, davanın başlangıç safhalarında düzenlenen iki duruşmada, DGM'nin, serbest bırakılmasının kaçma tehlikesi doğuracağını ifade ederek, başvuranın tutuklu yargılanmasının uzatılmasına karar verdiğini gözlemlemektedir. AİHM'nin görüşüne göre, bu tehlike gerçekleşmiş olmasa bile başvuranın toplam tutuklu yargılanma süresini haklı çıkarmaz. Suçlamaların ciddiyetinin, uzun süreli tutuklu yargılamayı tek başına haklı çıkarmaya yetmez (31/07/2000 tarihli **Ječius v. Litvanya, no. 34578/97, § 94**).

AİHM, cezai işlemlerin yürütülmesinde yetkililerin özel itina göstermediklerini kaydetmektedir. **DGM Cumhuriyet savcısının başvuran aley-**

hinde iddianame sunmasının neredeyse altı ay sürmesinin veya ağır ceza mahkemesinin, DGM'nin polis memurları hakkındaki davaya ilişkin soruşturmasına yanıt vermesinin neredeyse üç yıl sürmesinin sebebine ilişkin olarak bir açıklama gelmemiştir. Duruşmalar düzenli olarak başka bir tarihe ertelenmiştir. AİHM, Cumhuriyet savcılığının davanın esaslarına ilişkin görüşünü 18 Haziran 1998 tarihinde sunmuş olmasına rağmen, Devlet güvenlik mahkemesinin nihai kararını dört yıl yedi aydan fazla bir süre sonra verdiğini kaydetmektedir. Bu değerlendirmelerin ışığında, AİHM, başvuranın tutuklu yargılanma süresinin AİHS'nin 5/3 maddesine ihlal ettiği kararını vermiştir.

AİHM 3 Mayıs 2007 tarihli Koştı ve Diğerleri v. Türkiye Kararında (başvuru no: 74321/01), molotof kokteyli atma eyleminde yer aldıkları iddiasıyla tutuklanan başvuranların tahliye taleplerinin yargılandıkları davanın her duruşmasında reddinin, ***Türkiye’de mahkemelerin tutukluluk halinin devamı konusunda aynı gerekçeleri gösterip, her duruşmada tutukluluk halinin devamına “suçun niteliği, delillerin durumu ve dosya içeriği” gibi basmakalıp ifadelerle karar verdiği gerekçesiyle, 5’inci maddenin ihlaline karar vererek, Türkiye’yi 4 bin Euro tazminata mahkûm etmiştir.***

Neytullah Getiren’in, yerel mahkemenin, tutukluluk süresini ve öğrenci olmasını göz önünde bulundurarak tahliye kararı vermesine rağmen, 3 yıl tutuklu kaldığını, 2003’te yaşamını yitirmesi nedeniyle, normalde yatması gereken süreden daha az tutuklu kalmasına rağmen, Türkiye’yi 11 bin 500 Euro tazminat ödemeye mahkûm eden ***AİHM, 22/07/2008 tarihli (başvuru no:10301/03) kararında*** “Mahkeme her duruşmada ‘kanıtların durumu, toplam tutukluluk süresi, sanığın itham edildiği suçun niteliği, öngörülen cezanın üst sınırı’ gibi birbirinin aynı ve kalıplaşmış terimler kullanarak, tutukluluk süresini uzatmıştır. AİHM cezanın ağırlığının, kaçma riskiyle bağlantısını kabul etmektedir. Ancak yerel mahkeme ülkeden ayrılma yasağı veya kefaletle tahliye gibi önleyici tedbirlerin uygulanması konusunu hiçbir zaman göz önünde bulundurmamıştır” yorumunu yapmıştır. Kararda bir üst mahkemeye itiraz yolu da “başarı olasılığı çok düşük bir yöntem” olarak nitelendirilmiştir.

AİHM İkinci Dairesinin Engin v. Türkiye Kararında (Başvuru no: 6194/04) (13 Ekim 2009) başvuranın, AİHS'nin 5/3 maddesine dayanarak hakkında yürütülen yargılama süresinin haddinden fazla uzun olduğu iddiasıyla ilgili olarak, davada üç tutukluluk dönemi bulunduğu, birinci dönemin, gözetimle 7 Mayıs 1997 başlayıp 27 Eylül 2001 tarihli mahkûmiyet kararıyla sona erdiği 4 yıl 5 ay, bu tarihten Yargıtayın 14 Mayıs 2002 tarihli bozma kararına kadar olan süreyi başvuranın, “yetkili bir mahkemece mahkûm edildikten sonra” hükümlü olarak geçirdiği, ikinci dönemin, Yargıtayın bozma kararı 14 Mayıs 2002 ile başlayıp Mahkemenin başvuranı ikinci kez mahkûm ettiği 25 Aralık 2003 tarihinde sona erdiği bir yıl yedi ay, üçüncü dönemin, Yargıtayın mahkeme kararını tekrar bozduğu 5 Temmuz 2004

tarihinde başladığı, başvuranın halen tutuklu olduğu (beş yıl iki ay) toplam tutukluluk süresinin, 11 yıl 2 ay olduğu, başvuranın tutuklu yargılanma süresinin aşırı olduğundan AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlaline karar verdikten sonra, başvuranın 20,000 Euro manevi tazminat talebini, içtihadını dikkate alarak 9.200 Euro olarak uygun bulmuş, ayrıca, taraflarca sunulan bilgilere göre başvuran hakkında yürütülen yargılama halen devam ettiğinden, ***bu koşullarda, tespit ettiği ihlale son verilmesi için uygun yolun, adaletin düzgün işletilmesinin gerekleri dikkate alınarak başvuran hakkında devam eden yargılamanın mümkün olan en ivedi şekilde sonuçlandırılması ve/veya başvuranın söz konusu yargılamada karar verilene kadar tahliye edilmesi olacağı kanaatindedir (Yakışan v./Türkiye, başvuru no: 11339/03; Batmaz/ Türkiye, no. 34497/06).***

Tamamboğa ve Gül v. Türkiye Kararında, (Başvuru no: 1636/02; 29 Kasım 2007), belli bir davada şüphelinin yargılama süresince tutukluluk halinin makul bir süreyi aşmamasını sağlamanın ulusal yargının görevi olduğunu hatırlatarak, bu amaçla masumiyet karinesi ilkesine bağlı kalarak, kişisel özgürlüğe saygı kuralına uymamayı haklı çıkaran gerçek bir kamu yararı gereğinin mevcudiyetini destekleyen veya çürüten delilleri incelemeli ve bunları, serbest bırakılma başvurularına ilişkin kararlarında açıkça ortaya koymalıdır. Söz konusu kararlarda belirtilen nedenler ve itirazlarında başvuranlar tarafından ortaya konan saptanmış gerçekler temel alındığında, AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edilip edilmemiş olduğu hususunda bir karara varmalıdır (***Sevgin ve İnce v. Türkiye, başvuru no: 46262/99***).

Yakalanan kişinin bir suç işlemiş olduğuna ilişkin makul şüphenin bulunması, sürekli tutuklu bulundurma işleminin geçerliliği için ilk koşuldur. Ancak, belirli bir süre sonra yeterli olmamaktadır; AİHM bu durumda adli makamlarca öne sürülen diğer gerekçelerin, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasını haklı çıkarmaya devam edip etmediğini tespit etmelidir (***Ilijkov v. Bulgaristan, başvuru no: 33977/96 ve Labita v. İtalya [BD], başvuru no: 26772/95***).

Birinci başvuranın tutukluluğu üç tutuklu yargılama döneminden oluşmaktadır ve toplamda 6 yıl 10 ay kadar sürmüştür. İkinci başvuranın tutukluluğu iki tutuklu yargılama döneminde toplam 6 yıl 4 ay kadar sürmüştür. Bu dönemlerde birinci derece mahkemesi kendi isteği ya da başvuranların talebi üzerine her duruşma sonunda başvuranların tutukluluk halini değerlendirmiştir. Ancak AİHM, dava dosyasına göre birinci derece mahkemesinin “suçun niteliği ve delillerin durumu göz önüne alınarak” gibi değişmeyen, basmakalıp ifadelerle başvuranların tutukluluğunun devamına karar vermiş olduğunu kaydeder.

AİHM, başvuranlara isnat edilen suçun ciddiyeti ve buna ilişkin cezanın ağırlığını dikkate aldığını, ancak bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığını teorik olarak değerlendiremeyeceği, sanığın tutuklu kalması-

nın makul olup olmadığı her davanın özel niteliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği, devam eden tutukluluğun, davada masumiyet karinesine rağmen, kişisel özgürlüğe saygı kuralından daha önemli olarak ortaya çıkan gerçek bir kamu yararı gereğinin belirli göstergelerinin bulunması halinde haklı çıkarılabilir (*Kudla v. Polonya* [BD], başvuru no: 30210/96).

Bu bağlamda ayrıca AİHM, ***AİHS içtihadının kefaletle tahliyenin reddi için kabul edilebilir, dört temel gerekçeyi belirlemiş olduğunu hatırlatır. Sanığın duruşmalara katılmama riski, tahliye edildiği takdirde adaletin işleyişini bozmak için girişimde bulunma riski, başka suçlar işleme veya toplum düzenini bozma tehlikesi*** (*Smirnova v. Rusya*, başvuru no: 46133/99 ve 48183/99). Somut davada AİHM, ulusal mahkemelerin başvuranın tutukluluk halinin devamı kararlarında böyle gerekçelerin olmadığı, yetkili makamların geçmiş süreyi başvuranların lehinde bir ölçüt olarak dikkate aldıklarına dair delil de bulunmadığı, genellikle “delillerin durumu” ifadesi, suça işaret eden ciddi göstergelerin varlığı ve devamıyla ilgili bir etken olabilmesine rağmen, bu ifade söz konusu davada, başvuranların şikayetçi olduğu tutukluluk süresini yalnız başına haklı çıkaramadığı, başvuranların tutukluluğu için sunulan gerekçelerin onları sırasıyla yaklaşık 6 yıl 10 ay ve 6 yıl 4 ay tutuklu bulundurmak için “yeterli” ve “yerinde” olmadığına karar vermesi için yeterli görerek, AİHS’nin 5/3 maddesi ihlaline karar vermiştir.

AİHM Kapar v. Türkiye Kararında (Başvuru No: 7328/03; 03 Mayıs 2007) başvuran uzun tutuklu yargılanma süresinden şikayetçi olmuştur. AİHM, AİHS’nin 5/3 maddesinde hedeflenen dönemin son süresinin ‘ilk etapta, iddianın yerindeliliğine hükmedildiği tarih’ olduğunu hatırlatır. Mevcut davada AİHM başvuranın 29 Haziran 2001 tarihinde tutuklu yargılanmasına karar verilerek 21 Ocak 2003 tarihinde salıverildiğini tespit etmektedir. Ağır ceza mahkemesi 21 Ocak 2003 tarihinde başvuruyu bir hapis cezasına çarptırmıştır. Bu itibarla AİHS’nin 5/3 maddesi uyarınca dikkate alınması gereken tutuklu yargılanma süresi bir yıl yedi aydır.

AİHM, bir sanığın bir davadaki tutuklu yargılanma süresinin makul sınırı aşmamasına özen gösterme görevinin ilk olarak ulusal adli mercilere düştüğünü hatırlatmaktadır. Bu maksatla adli merciler, masumiyet karinesini göz önünde tutarak, bireysel özgürlük kuralı noktasında bir istisnaya gidilmesini gerektirir nitelikte gerçek bir kamu menfaati bulunup bulunmadığını tespit etmek üzere tüm dava koşullarını tetkik ederek salıverme taleplerini reddettikleri kararlarında bu hususları belirtmelidirler. Bilhassa söz konusu kararlarda yer verilen gerekçeler ve ilgilinin başvurusunda belirttiği ihtilafa yol açmayan olaylar temelinde AİHM, AİHS’nin 5/3 maddesinin ihlal edilip edilmediği hususunda bir karara varmak durumundadır (***Assenov ve diğerleri v. Bulgaristan, 28 Ekim 1998 tarihli karar***).

Bu hususta yakalanan kimsenin bir suç işlediğinden şüphe etmek için makul nedenlerin süreklilik arz etmesi tutukluluğun devam ettirilmesinin yasallığının olmazsa olmaz koşuludur. Ancak bir süre sonra bu da yetersiz hale gelir. Bu durumda AİHM adli mercilerce benimsenmiş diğer gerekçelerin özgürlük mahrumiyetini meşru kılmaya devam edip etmediğini ortaya koymalıdır. Şayet söz konusu gerekçelerin ‘uygun’ ve ‘yeterli’ olduğu ortaya çıkar ise, AİHM, ulusal makamların yargılamanın devamına özel bir önem atfedip atfetmediklerini araştırır. (**Özellikle Smirnova v. Rusya Kararında (başvuru no: 46133/99 ve 48183/99, § 59)**)

Kaçma tehlikesi yalnızca bir mahkumiyet kararının ağırlığıyla ilgili olarak değerlendirilemez. Sanığın kişiliği, alışkanlıkları, varlıkları, yargılandığı ülke ile ilişkileri ve uluslararası bağlantıları gibi hesaba katılması gereken önemli sayıda başka etkenler de vardır. Bu etkenler gerçek bir tehlike olup olmadığını ortaya koyucu nitelikte etkenlerdir. Gerçek bir tehlikenin olmaması durumunda tutukluluğun devamı meşruiyetini kaybeder.

Mevcut davada ağır ceza mahkemesinin başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verirken, hiçbir izahat vermeksizin, isnat edilen suç, delillerin durumu ve başvuranın mahkum olması muhtemel cezanın sınırı gibi birbirinin benzeri, hatta birbirinin kopyası ifadeler kullandığı uygun dosya unsurlarından anlaşılmaktadır.

Bu kararlarda söz konusu suçtan soyut bir biçimde bahsedilmekle yetinilerek sözü edilen tehlikelerin gerekçelerini temellendirmek üzere herhangi bir unsura yer verilmemiş ve başvuranın kaçma tehlikesine ilişkin gerçekler ortaya konulmamıştır. Sözgelimi ulusal mahkemeler başvuranın sabit bir ikametgaha sahip olup olmadığı hususunu incelememiş ve mahkeme huzuruna çıkmama tehlikesine ilişkin açıklık getirmemişlerdir. Ayrıca **AİHM’ye göre başvuranın kendisine isnat edilen olayların meydana geldiği dönemde on sekiz yaşında olduğu ve kişilik bozukluğundan muzdarip olduğunun görüldüğü mevcut davaya özel bir önem atfetmek gerekiyordu (bilhassa Batı ve diğerleri v. Türkiye, başvuru no: 33097/96 ve 57834/00, § 162)**. Mevcut davanın özel koşullarını ve bilhassa başvuranın ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edildiği cezayı dikkate alan AİHM, AİHS’nin 5/3 maddesi bakımından tutuklu yargılama süresinin meşru olmadığı sonucuna varmaktadır. Bu nedenle AİHS’nin 5/3 maddesi ihlaline karar vermiştir.

AİHM, **18 Temmuz 2006** tarihli **Baltacı v. Türkiye Kararında (Başvuru No: 495/02)**, başvuranın toplamda başvuranın yaklaşık on iki yıl beş ay tutuklu kaldığı davada, TCK’nın 125’inci maddesinin uygulanmasına istinaden müebbet hapis cezasına çarptırıldığı, DGM’nin, dava dosyasında yer alan unsurlar ışığında her duruşmada düzenli olarak «isnat edilen suçun niteliği», «kanıtların durumu», «dava dosyasının içeriği» gibi benzer ifadeleri yineleyerek başvuranın serbest bırakılma taleplerini reddettiği ve tutuk-

luluk halinin devamına karar verdiği, iki defa gerekçe göstermeksizin tutukluluk halinin devamına karar verdiği, bu koşullarda, özellikle başvuranın uzun süreli tutuklu bulundurulmasında, AİHM, AİHS'nin 5/3 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. **AİHM İkinci Dairesinin Yeşilyurt v. Türkiye (Başvuru no: 15649/05) Kararında, (23 Şubat 2010 tarihli)** aynı sonuca varmıştır.

Sonuç

AİHM, **Değerli ve Diğerleri v. Türkiye Kararında (Başvuru no: 18242/02; 5 Şubat 2008 günlü)**, çok kısa da olsa haksız yere tutuklu kalma durumu için ihlal kararı vermiştir. Olayda, ağır ceza mahkemesinin almış olduğu tahliye kararının savcılığa intikal ettiği 3 Temmuz 2001 saat 17.10'dan başlayarak **on sekiz saat ve elli dakika ve yirmi üç saat ve otuz beş dakika arasında değişen sürelerde tutuklu kalan başvuranlar açısından**, aralarında başvuranların da yer aldığı cezaevinde bulunan 40 tutuklunun serbest bırakılması kararını cezaevi yetkililerinin 3 Temmuz 2001 tarihinde saat 17.50 sularında mesai saatleri dışında almalarına rağmen, hemen gerekli işlemlerin yerine getirilmesi için harekete geçtiği halde, tutukluların başka cezaevlerinde meydana gelen olaylara da karışmış eski hükümlüler olmaları nedeniyle, bu kişiler hakkında başka tevkif müzekkeresi olup olmadığı gibi, başka birçok hususun araştırılmasının belli bir süre aldığı, başvuranların tahliyelerindeki gecikmenin, cezaevi yetkililerinin ihmalden veya eksikliğinden değil, yerine getirilmesi gereken idari formalitelerin cinsinden ve sayıca fazla olmasından ileri geldiği yolundaki savunmayı kabul etmeyerek, 5/1. maddede yer alan özgürlük hakkına yönelik istisnai durumların eksiksiz bir liste olduğunu ve yalnızca dar yorumun bu hükmün, kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmamasının sağlanması olan amacına uygun olacağını hatırlatarak (**Giulia Manzoni v. İtalya kararı, 1 Temmuz 1997**), tahliye kararının ifası için belirli bir sürenin genellikle kaçınılmaz olduğu, ancak, bu sürenin minimum düzeye indirgenmesi gerektiği, tahliyeyle ilgili idari işlemlerin birkaç saatten daha uzun sürmesinin kabul edilemeyeceği (**Nikolov v. Bulgaristan kararı no: 38884/97, 30 Ocak 2003**), gecikmelere ilişkin şikayetleri titizlikle inceleyeceğinden (**Bojinov v. Bulgaristan kararı no: 47799/99, 28 Ekim 2004**) konuyla ilgili olayların ayrıntılı dökümünü yapma yükümlülüğünün Hükümete ait olduğu, **tahliye kararının on sekiz saat elli dakika ila yirmi üç saat otuz beş dakika sonra uygulandığı**, cezaevi yetkililerinin yerine getirdikleri formalitelerin ve işlerin saat bazında dökümü olmadığı takdirde, Hükümetin başvuranların tahliyelerinde hiçbir gecikme olmadığı tezi kabul edilemeyeceği, ayrıca, tahliye edilecek mahkum sayısının çokluğunun bu gecikmeyi haklı gösteremeyeceği, taraf devletlerin kendi yargılarına tabi kişilerin özgürlük hakkına saygı gösterilmesini sağlamak üzere, çok sayıda tutuklunun tahliyesini söz konusu olduğu durumlar da dahil, cezaevi ve tevkif evleri personelinin tahliye tezkerelerinin gereklerini vakit kaybetmeden yerine getirmelerine imkan

sağlamak için gerekli tedbirleri alması gerektiğinden, başvuranların tahliye tezkeresini takip eden saatlerde tutukluluklarının devamının, 5/1’de izin verilen amaçlardan birine dayanmadığından, 5’inci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının infazını denetleyen Avrupa Konseyi Delegeeler Komitesinin *Cahit Demirel (Başvuru no: 18623/03) Kararı ile diğer ilgili kararların infazının görüşülmesinde, bu davalar bağlamında önceki bir grup davaya atıfta bulunarak, bekleyen 140 benzer başvurunun olduğunu belirtildikten sonra*, bekleyen davalar ve önceki kararlardaki bulguları ışığında AİHM, “Türk ceza adalet sisteminin hatalı işlemesi ve Türk mevzuatının durumundan doğan yaygın ve sistemli sorunlarından kaynaklanan” Sözleşmenin Madde 5/3 ve 4 ihlali olarak değerlendirilecek durumları dikkate alarak, “**Sözleşmenin 5/3 ve 4 maddesinde güvence verilen özgürlük ve güvenlik hakkının etkin biçimde sağlanması için ulusal düzeyde gerekli tedbirlerin alınması gerektiğinin**” altını çizmiştir.

AİHM, bu başvurularda başka ihlalleri tespit etse de, özellikle serbest bırakma kararından sonra devam eden tutukluluk haline özel önem vermiş, ve Türkiye’den bu durumu giderecek önlemleri almasını istemiştir. Bireysel olarak, tutuklu tutulmakta ve haklarındaki işlemler mahkemelerde bekleyenlerin (12 davada başvuranlar soruşturma için tutukludur ve 47 davada haklarındaki işlemler devam etmektedir) tutuklu olup olmadıkları ve haklarındaki işlemlerin sonuca varıp varmadığına dair bilgilerin acilen gönderilmesi istenilmiştir.

Türkiye, 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununun bu tip ihlallerin önlenmesi için bazı tedbirler sağladığını ileri sürmüşse de, CMK’de yapılan değişiklikler Türk mevzuatının Sözleşme şartları uyarınca iyi yönde değiştiğine dair bir gösterge kabul edilmiş, yerel mahkemelerin CMK madde 100 – 102’yi uygularken tutuklamanın devamı için ilgili ve yeterli nedenleri ortaya koymaları ve her davanın özel koşullarını göz önünde bulundurmaları oldukça önemli olduğu, tek tip kararlar vermekten kaçınmaları ve Sözleşmenin doğrudan Türk kanunlarında uygulanmasını mümkün kılan Türk Anayasası 90’ıncı madde ışığında AİHM içtihadını göz önüne almaları tavsiyesinde bulunulmuştur. Ayrıca, soruşturma için tutuklama maksimum zaman sınıрыyla ilgili olarak, AİHM içtihadından elde edilen izlenime göre, iki yılı aşan tutuklama süresinin muhtemelen Sözleşmenin 5/3 maddesini ihlal edeceği, fakat eğer haklı bir sebebi yoksa, en kısa tutukluluk halinin bile ihlal oluşturabileceği, yaklaşık beş yıl gibi uzun tutuklama süreleri olan karar örnekleri eğer haklı sebepleri varsa doğrudan ihlal olarak düşünülmediği, (*bk, örneğin, W.v. İsviçre ve Chraidi v. Almanya Kararı*) bundan dolayı tutuklama süreci için zaman sınırlandırmaların kendisi benzer ihlalleri önlememesi gerektiği vurgulanmalıdır. Herhangi bir durumda CMK’de belirtilen istisnalar ile birlikte genel zaman sınırlama-

ları oldukça uzun tutukluluk süreçlerine dönüşebilirler (bazı suçlar için bu süre yedi yıla çıkabilir).

Delil durumu ne de suçlamaların çokluğu belli bir süreyi aşan önleyici tutuklamaları tek başlarına haklı göstermez. Yerel hâkim tutukluluk süresini uzatırken “ilgili ve yeterli nedenin” mevcudiyetini belirtmesi gerekmektedir, örneğin kişinin serbest kalması ne dereceye kadar özellikle davanın ilerleyen sürecinde risk oluşturabilir. AİHM'nin mülahazalarını göz önüne alarak, Türk yetkililerinin sunduğu kararların Sözleşme standartlarının yerel mahkemeler uygulamalarına ne kadar yansıdığına dair kapsamlı bir değerlendirme yapmak için yeterli değildir. İlk olarak bu kararların davanın hangi aşamasında verildiği açık değildir ve bu davalarda toplam tutukluluk süresinin ne kadar olduğu belirtilmemiştir. İkinci olarak ise, kefaletle serbest bırakılma gibi önleyici tedbirler çok az davada uygulanmış ve yurt dışına çıkma yasağı gibi diğer tedbirlerin alındığı örnekler yer almamıştır.

Daha kesin bir değerlendirme yapmak için yerel mahkemelerin CMK ilgili hükümlerini tutukluluk halini uzatma kararlarında uygulaması hakkında daha fazla bilgi gerekmektedir. Yerel mahkemelerin böyle kararlarda AİHM içtihadını göz önüne almaları beklenmektedir. Özellikle, Türk yetkililer AİHM içtihadının, doğrudan uygulanmasını mümkün kılan Yargıtay karar örneklerini verebilirse çok faydalı olacaktır. Hâkim ve savcılara AİHS yükümlülükleri ve AİHM kararları hakkında bilgi verilmesi yasal uygulamaların gelişmesi için önemli olduğu vurgulanmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemeleri Kanunumuz, tutuklama ile ilgili önemli hükümler koymuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Tutukluluk Hakkındaki R (80) 11 sayılı Tavsiyesi ile insancıl ve sosyal sebeplerle, tutukluluğa başvurmayı adalet gereği elverdiğince minimuma indirmenin arzu edilirliliğini görerek, Avrupa düzeyinde duruşma için bekleyenlere uygulanmak üzere belli standartlar vazetmenin arzu edilirliliğini ele alarak, hakkında bir suç isnat edilen kimsenin mümkün olan süratle duruşmasının yapılması için gerekli kaynakları sağlamanın önemini algılayarak, suçluluğu sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılacağını, bir suçla itham edilen hiç kimsenin durumlar kesin gerektirmediğinde tutuklanamayacağını, kendisine bir suç isnat edilen ve hürriyetinden yoksun bırakılan kişi derhal hâkim önüne çıkarılması, tutukluluğuna ilişkin kararın gecikmeksizin alınacağı, tutukluluk durumu kanun veya adli makamca saptanacak makul ölçüdeki kısa aralıklarla gözden geçirilmesi gerektiği yönünde kararlar almıştır.

Bu anlamda olmak üzere, getirdiği haklar listesi ve denetim mekanizması ile uluslar arası sözleşmeler arasında en etkili güvence sistemini oluşturan AİHS, gerek normatif düzenlemeleri ve gerekse içtihadi birikimiyle, hukuku ileriye götürücü nitelikteki yorumlarıyla, insan haklarının aktif bir biçimde korunmasını gerçekleştirmekte, iç hukukları da etkilemektedir.

Özellikle koruma tedbiri niteliğinde olan ve dolayısıyla geçicilik özelliğine sahip tutuklama kurumu, gerek hazırlık soruşturması aşamasında, gerekse son soruşturma safhasında koşulları ve nedenlerine uygun olarak kullanılmalı, özellikle AİHM kararlarında belirtilen ölçütlere uyularak, dikkatli kullanılmalı, Yargıtayın, bir soruşturmada şüphe üzerine bir gün gözaltında kalan ve tutuksuz yargılandığı davada beraat eden bir kişiye 2 bin TL tazminat ödenmesine karar verdiği dikkate alınarak, tutuklulukta makul süre özenle gözetilmelidir.⁹

Aksi halde, ülkemizin AİHM tarafından birçok ihlal kararı verilerek, çok fazla tazminat ödeme durumu söz konusu olabilecektir.

⁹ M. Tarık Şentuna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Yargılama Yasamız Açısından Tutuklulukta Makul Süre* <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=267&id2=1027> erişim tarihi 20.4.2010