

# AIHM KARARLARI IŞIĞINDA TUTUKLAMA TEDBİRİNİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

## EXAMINING THE LAWFULNESS OF THE DETENTION IN THE LIGHT OF ECHR'S JUDGEMENTS

Recep DOĞAN\*

**Özet:** Bu makalede tutuklama tedbirinin uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar nedeniyle AIHM'ye yapılan başvurular- da, AIHM'nin tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunu denetler- ken kullandığı kıstaslar ve konuya yaklaşımı tartışılmış, özellikle son beş yıl içerisinde Mahkeme'nin Türkiye aleyhine verdiği kararların taranması suretiyle Türkiye'deki uygulamanın AIHM uygulaması ile tutarlı olup olmadığı incelenmiştir.

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi- yle ilgili mahkemenin temel içtihatları ve Türkiye aleyhine verdiği kar- rarlar ışığında, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli as- gari şartlar, AIHM'in inceleme yetkisinin kapsamı, makul süreyi aşan tutukluluk halleri ve bu tutukluluk hallerinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların etkili bir iç hukuk yolu sağlayıp sağla- madığı tartışılmış ve bazı çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Tutuklama, Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğu, Makul Süreyi Aşan Tutuklama, AIHM Kararları, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

**Abstract:** In the light of well-established case law of the European Court of Human Rights (ECHR) and its specific judgements given against Turkey within the last five years, this article discusses how ECHR reviews the applications when examining whether the applicant's initial and continued pre- trial detention is "lawful" within the meaning of Article 5 of the European Convention on Human Rights.

After explaining case law and the approach of the ECHR, the article discusses whether the Turkish courts' interpretations of relevant provisions concerning detention are compatible with the ECHR's case law. In this context, how the ECHR examines the lawfulness of the detention and grounds submitted to justify it, and the limit of the ECHR's power in this examination will be discussed. Then, how the Court ascertains whether the length of detention exceeds a reasonable time will be explained. Finally, the effectiveness

\* Dr. LL.M., PhD, Keele University UK, recepdogan06@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7739-3071, Makalenin Gönderim Tarihi: 31.12.2020, Kabul Tarihi: 03.01.2021

of an individual application to the Constitutional Court in such cases where the length of the detention is excessive will be reflected with some recommendations.

**Keywords:** Detention, The Lawfulness of The Detention Pending Trial, The Excessive Duration of The Detention, The Judgements Of ECHR, An Individual Application to The Constitutional Court

## GİRİŞ

Yaygın olarak kabul gören kullanımıyla “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)”<sup>1</sup> imzalandığı andaki resmi çevirideki adıyla “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme” Avrupa Konseyi üyesi devletlerin dışişleri bakanları tarafından Roma’da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanarak 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Bu makalenin<sup>2</sup> konusunu teşkil eden tutuklama tedbiri kapsamında, söz konusu Sözleşme’nin 5. maddesi, “demokratik bir toplumda” çok büyük öneme sahip özgürlük ve güvenlik hakkını güvence altına almaktadır.<sup>3</sup> Bu madde hükmüne göre, her bireyin özgürlükten yoksun bırakılmamaya veya özgürlükten yoksun bırakılması halinde bu halin sürdürülmemesini istemeye hakkı vardır.<sup>4</sup> Özgürlükten yoksun

<sup>1</sup> İnsan haklarının evrensel bir niteliğe sahip olduğu, sadece Avrupa’ya özgü bir kavram olmadığı gerçeği karşısında, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme’nin Türkçe’ye “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)” yerine “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)” şeklinde, Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kurulan mahkemenin ise Türkçe’ye “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)” yerine “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)” şeklinde aktarılması gerektiği, yaygın kullanımın yanlış olduğu düşüncesi paylaşılacakla beraber, söz konusu terimlerin literatürdeki yaygın kullanım şekli bu makalede de tercih edilmiştir.

<sup>2</sup> Bu makale kapsamında, AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen son beş yıllık (Ocak 2016- Ekim 2020) tüm mahkeme kararları AİHM veri bankası (<https://hudoc.echr.coe.int>) üzerinden taranmış olup Türkçe kararlar için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından çevirisi yapılan ve veri bankasında yer alan kararlardan faydalanılmıştır. Kullanılan bu Türkçe kararların künyesi makalede “Davacı/Türkiye” formatında belirtilmiş, diğer İngilizce kararların künyesi için ise “Applicant v.” formatı kullanılmıştır.

<sup>3</sup> Assanidze v. Georgia [GC], (no. 71503/01), § 169, 8 April 2004; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, (Başvuru no. 13237/17), § 122, 20 Mart 2018; Alparslan Altan/Türkiye, (Başvuru no. 12778/17), § 99, 16 Nisan 2019; Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.2), (Başvuru no.14305/17), § 159, 20 Kasım 2018.

<sup>4</sup> Weeks v. the United Kingdom, (no.9787/82), § 40, 2 March 1987; Alparslan Altan / Türkiye, § 100; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 160.

bırakılma ve Sözleşme'nin 5. maddesi söz konusu olduğunda, hukuki belirlilik genel ilkesinin karşılanması oldukça önemlidir. Bu nedenle, iç hukukta özgürlükten yoksun bırakılmanın şartları açıkça tanımlanmalı ve hukukun bizatihi kendisi ve uygulaması önceden öngörülebilir hale getirilmelidir. Böylelikle, her somut olayın özelliklerine bağlı olarak, her bireyin davranışlarının muhtemel sonuçlarını, gerekirse uygun gördüğü danışmanlık hizmetlerinden de yararlanıp makul sayılabilecek sınırlar içinde önceden öngörmesi sağlanarak, Sözleşme tarafından ortaya konan hukukilik ilkesinin şartları gerçekleştirilmelidir.<sup>5</sup>

Hal bu olmakla beraber, yapılan tüm reform çalışmalarına ve mevzuat değişikliklerine rağmen, tutuklama tedbiri ve bu tedbirin yorumlanmasına ilişkin problemler ceza muhakemesinin en sorunlu alanlarından biri olmaya devam etmektedir. Bu nedenle bu makalede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi kapsamında mahkemenin temel içtihatları ve Türkiye aleyhine son 5 yıl içinde verdiği kararlar ışığında, öncelikle tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli aşgari şartlar ve tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunun AİHM tarafından nasıl denetlendiği açıklanacak, tutuklama tedbirine ilişkin olarak Türkiye'deki mevcut uygulamanın AİHM uygulaması ve içtihatları ile uyumlu olup olmadığı incelenecektir. Ardından AİHM kararlarına konu olmaya devam eden, makul süreyi aşan tutukluluk hallerinde AİHM'nin inceleme yetkisinin kapsamı ve bu tutukluluk hallerinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların etkili bir iç hukuk yolu sağlayıp sağlamadığı tartışılacak, nihayetinde bazı çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

## I- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE TUTUKLAMA TEDBİRİ VE TERİM SORUNU

AİHS' in "özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5. maddesinin tutuklamaya ilişkin bölümüne göre:

"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

<sup>5</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 103; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 143.

c) Kişinin bir suç işlediğine dair *makul şüphenin* bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul sebeplerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve *tutulması*;

...

3. İşbu maddenin 1.(c) fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya *tutulan* herkesin *derhal* bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi *makul bir süre* içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya *tutulma* yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında *ivedilikle* karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.”

Bu bağlamda, özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasına ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen istisnalar sınırlı sayıda<sup>6</sup> belirlenmiş olup bu istisnaların genişletilmeyerek dar bir yoruma tabi tutulması, bu hükmün amacına ve konusuna uygun düşer.<sup>7</sup> Bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesinin muğlak olması ve hukuki belirlilik genel ilkesinin karşılanması önemli olmakla beraber, söz konusu maddenin 1954 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan çevirisiyle, hâlihazırda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi internet sayfasında yer alan çeviri<sup>8</sup> arasında farklar bulunmaktadır. Her şeyden önce 5. maddenin tamamı incelendiğinde görüleceği üzere, söz konusu madde özgürlüğün kısıtlanması kapsamında

<sup>6</sup> Labita v. Italy [GC], (no. 26772/95), § 170, 6 April 2000; Alparslan Altan/Türkiye, § 100; Selahattin Demirtaş/ Türkiye (No.2), § 160.

<sup>7</sup> Assanidze v. Georgia, § 170; Al-Jedda v. the United Kingdom [GC], (no. 27021/08), § 99, 7 July 2011; Buzadji v. the Republic of Moldova [GC], (no. 23755/07), § 84, 5 July 2016; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 123; Alparslan Altan/Türkiye, § 100; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 160.

<sup>8</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf)

ceza muhakemesi hukukuna ilişkin olan yakalama (*arrest*) gözaltı (*custody*) ve tutuklama (*initial and continued pre-trial detention*) kavramından daha geniş olacak şekilde, özel hukuka ilişkin olarak bir küçüğün eğitim amacıyla bir kurumda tutulması veya akıl hastalarının ya da bulaşıcı hastalığa sahip olan kişilerin tedavi amacıyla bir kuruma yerleştirilmesini kapsayan tutma veya tutulma (*detention*) hallerini de düzenlemektedir.

Ancak Sözleşme'nin 5. 1 (c), 5/2, 5/3 ve 5/4 maddeleri mutlak surette soruşturma sırasında tutuklanmaya, kovuşturma süresince tutukluluk halinin devamına ve tutuklu yargılanmaya ilişkindir. Bu bağlamda Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesinde yer alan ve Türkçe'ye "makul veya kabul edilebilir şüphe" olarak çevrilmesi gereken "*reasonable suspicion*" deyimini, 1954 tarihli resmi çeviride "bir suç işlendiği şüphesi doğuran makul sebep" olarak çevrilmişken, hâlihazırda AİHM'in internet sayfasında yer alan çeviride ise "kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için *inandırıcı* sebep" şeklinde, çevrilmiştir. Söz konusu farklar AİHM tarafından Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu davalara ilişkin olarak verilen ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından çevirisi yaptırılıp, AİHM'in içtihatlarının yayımlandığı veri bankasında yer alan Türkçe kararlara da yansımış bulunmaktadır.<sup>9</sup>

Madde metninde yer alan "*reasonable*" kelimesinin "makul" olarak çevirmesi ile "*inandırıcı (convincing)*" olarak çevrilmesi arasındaki farkın hâkim veya mahkeme tarafından şüpheli veya sanık hakkında yargılamanın soruşturma ve kovuşturma aşamasında alınabilecek tedbirler için gerekli olan şüphe derecesinde farklılıklara yol açtığı, makul şüphenin inandırıcı şüpheye göre daha aşağıda bir etki derecesine

<sup>9</sup> Tutukluluk veya özgürlükten yoksun bırakılmanın "makul şüpheye" dayandırılması gerektiği yönünde kararlar için bkz. Mergen ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09), § 46, 31 Mayıs 2016; "inandırıcı nedene" dayanması gerektiği yönündeki kararlar için bkz. Ayşe Yüksel ve diğerleri/ Türkiye (Başvuru no. 55835/09, 55836/09 ve 55839/09), § 51, 31 Mayıs 2016; Erkenov/Türkiye, (Başvuru no.18152/11) § 18, 6 Eylül 2016; Levent Ersöz/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.45746/11), § 48; 17 Şubat 2015; Ağıt Demir/Türkiye (Başvuru no. 36475/10), § 32, 27 Şubat 2018; Şahin Alpay/Türkiye, (Başvuru no. 16538/17), § 103, 20 Mart 2018; "kabul edilebilir şüpheye" dayanması gerektiğine dair kararlar için bkz. İrfan Güzel/Türkiye, (Başvuru no. 35285/08), § 42, 7 Şubat 2017.

sahip olduğu, inandırıcı şüphe halinde ise hâkimin takdir yetkisinin esaslı bir biçimde sınırlandırıldığı açıktır.<sup>10</sup> Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da, her bir tedbirin insan hak ve özgürlüklerine getirdiği sınırlama derecesine göre farklı şüphe ve delil durumlarını zorunlu kılmıştır.<sup>11</sup>

Bu nedenle Sözleşme'nin 5. 1 (c), 5/2, 5/3 ve 5/4 maddelerinde yer alan terimlerin yukarıda yer aldığı şekilde ceza ve ceza muhakemesi hukukunun kavramlarına ve kurumlarına uygun olarak çevrilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu makalede tutuklama tedbirine ilişkin olarak AİHS'in 5. maddesinde geçen "*reasonable suspicion*" kelimesi "makul şüphe", "*reasonable time*" kelimesi "makul süre", "*promptly*" kelimesi "derhal", "*speedily*" kelimesi "ivedilikle" şeklinde çevrilecek ve bu şekilde yorumlanacaktır.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> CMK'da yer alan farklı şüphe durumları hakkında bkz. Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s.298, 299.

<sup>11</sup> Şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının anlaşılması amacıyla gözlem altına alınması için fiili işlediği yolunda kuvvetli şüphenin bulunması (CMK m.74/1), gözaltı tedbirinin uygulanması için kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı (CMK m.91/2), tutuklama tedbirinin uygulanması için kuvvetli suç şüphesinin bulunması (CMK m.100/1), arama tedbirinin uygulanabilmesi için şüphelinin veya sanığın yakalanabileceğine veya suç delillerinin elde edilebileceğine dair makul şüphenin varlığı (CMK m.116/1), taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma (CMK m.128/1), bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda kayyım tayini (CMK m.133/1), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m.134/1), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m.135/1), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m.139/1), teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı (CMK m.140/1), için kuvvetli suç şüphesinin varlığı, kamu davasının açılması için (CMK m.170/1) yeterli suç şüphesinin varlığı, uzlaştırma kapsamında yer alan suçlarda dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesi için soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması (CMK m.253/4), hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerin varlığı nedeniyle reddi (CMK m.24/1) için basit şüphenin bulunması gerekmektedir.

<sup>12</sup> Ceza muhakemesi kurum ve kavramlarının ve tutuklama tedbirinin AİHS ve AİHM kararları doğrultusunda yorumlanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s.37-74; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

## II- AİHM İÇTİHATLARINA GÖRE TUTUKLAMA TEDBİRİNİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ

5. maddenin yorumlanmasına ilişkin AİHM içtihatlarına göre tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için:

- a) Her şeyden önce kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin bulunması,
- b) Tutukluluğun keyfi olmaması, makul şüpheye ek olarak özgürlükten yoksun kılmanın gerekli olduğuna dair amaca uygun ve yeterli gerekçe sunulması,
- c) Tutukluluğun ölçülü olması, tutuklamaya alternatif diğer kontrol tedbirlerinin yetersiz kalması halinde son çare olarak uygulanması,
- ç) İlgiliye özgürlükten yoksun kılmanın meşruluğuna adli bir makam önünde itiraz etmesini sağlayacak bir itiraz başvurusu yapma olanağının sağlanması,
- d) Bu itiraz yolunun etkili olması, yani tutuklamanın hukuka uygunluğunun ivedi bir biçimde incelenerek gerektiğinde ilgilinin serbest bırakılmasını sağlayabilmesi,
- e) Nihayetinde tutukluluğun makul süreyle sınırlı olması ve ilgili hakkında ilk derece mahkemelerince henüz hüküm verilmemiş olması gerekir. Hakkında ilk derece mahkemelerinin hüküm verdiği ve tutuklu yargılanmasına devam edilen kişilerin uzun süren tutukluluk hallerinde Sözleşme'nin 6 ve 5. 1 (a) maddesi geçerli olup bu durumda tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğundan çok adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği denetlenmektedir.

Aşağıda bu hususlar tek tek alınıp açıklanacaktır.

### A-Makul Şüphenin Bulunması

Bir koruma tedbiri olan tutuklama kurumunun masumiyet karnesiyle de bağlantılı olması ve geçici bir tedbir olması sebebiyle, AİHS'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince, tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin bulunması gerekir. Bu yönüyle 5.

madde tutuklama için kuvvetli suç şüphesini arayan CMK'nın 100. maddesinden kısmen ayrılmakta olup makul şüphe kuvvetli şüpheden daha az yoğun bir şüpheyi ifade etmektedir.<sup>13</sup>

AİHM, yakalama, tutuklama ve gözaltına alma gibi özgürlükten yoksun kılan koruma tedbirleri kapsamında, tedbirleri uygulayan kolluk kuvvetlerinin suç işlendiği konusunda sahip oldukları kötü niyetten uzak samimi bir şüphenin tedbiri uygulamak için yeterli olmadığını belirtmektedir. Mahkeme şüphenin makul olması gerektiğini, bu özelliğin şüphe kavramına denetime elverişli objektif bir nitelik kazandırdığını, kolluk kuvvetlerinin aklından geçenlere, kişisel kanaate ve yoruma dayalı olarak ileri sürülebilecek sübjektif ve keyfi gerekçelerin önüne geçtiğini belirtmektedir.<sup>14</sup> Mahkeme'ye göre, tutuklama kararının dayandırılması gereken "makul şüphe" kavramı Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi tarafından getirilen korumanın temel unsurunu teşkil etmektedir. Bu bağlamda, makul şüphe, söz konusu kişinin, atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olguların ve bilgilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla birlikte, inandırıcı olarak kabul edilebilecek bilgi ve olgular somut olayın koşullarının bir bütün olarak değerlendirilmesine bağlıdır.<sup>15</sup>

Kişinin, atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olguların iç hukukta cezai yaptırım öngören bir eylem veya olay hakkında olması gerekir. Bir başka deyişle, makul şüphe konusunda varlığına dayanılan olgular suç olarak öngörülmüş bir fiile ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla, tutuklu bulunan bir kişiye isnat edilen

<sup>13</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt vd. (Editör, Bahri Öztürk), Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.303.

<sup>14</sup> Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, (no. 12244/86; 12245/86; 12383/86), §§ 19, 20, 30, 31, 30 August 1990.

<sup>15</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, § 32; O'hara v. The United Kingdom, (no. 37555/97), § 34, 16 October 2001; Korkmaz ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 35979/97), § 24, 21 Mart 2006; Süleyman Erdem/Türkiye, (Başvuru no. 49574/99), § 37, 19 Eylül 2006; Çiçek/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 72774/10), § 62, 3 Mart 2015; Ayşe Yüksel ve Diğerleri/Türkiye, § 51; Mergen ve diğerleri/Türkiye, § 46; İrfan Güzel/Türkiye, § 42; Erarslan ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 55833/09, 55837/09, 55838/09 ve 55843/09), § 23, 19 Eylül 2018; Şahin Alpay/Türkiye, § 103; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 124; Alparslan Altan/Türkiye, § 126; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 161; Kavalı/Türkiye (Başvuru no.28749/18), § 127, 10 Aralık 2019, Kesinleşme 11 Mayıs 2020.



eylemler veya olaylar, gerçekleştikleri dönemde suç teşkil etmiyorsa, “makul şüphe” söz konusu olamaz.<sup>16</sup> Ayrıca, işlendiği ve suç teşkil ettiği iddia edilen eylem veya olayların, başvuranın Sözleşme kapsamındaki haklarının kullanılmasından kaynaklanmaması bununla ilişkili olmaması da gerekir.<sup>17</sup>

Bu bağlamda, Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği üyesi veya yöneticisi olan başvuranların, Ergenekon terör örgütüne üye oldukları iddiasıyla yürütülen soruşturmalarda gözaltına alınmalarına karşı açtıkları davada, AİHM başvuranların Ergenekon terör örgütüne üye oldukları şüphesi dışında başka bir olguya dayanmayan gözaltı tedbirinin, söz konusu kişilerin atılı suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olgu ve bilgiler içermediğini, dolayısıyla makul olmayıp hukuka aykırı olduğunu ve keyfi bir nitelik taşıdığını bildirerek ihlal kararı vermiştir.<sup>18</sup> Yine aynı derneğin bazı yöneticilerinin, Ergenekon terör örgütüne üye oldukları iddiasıyla yürütülen soruşturmalarda gözaltına alınmasına ve başvuran *Ayşe Yüksel*'in tutuklanmasına ilişkin olarak açtıkları davada, AİHM söz konusu derneğin üyelerinin yasadışı bir örgüte üye olduklarına, örgütle ve birbiriyle bağlantı olduklarına dair hükümetin bir delil sunmadığını belirterek, derneğin burs verdiği bir kişinin başka bir yasa dışı örgüte üye olduğuna dair şüphenin, başvuranların da yasadışı bir örgüte üye olma suçunu işlediği hususunda objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun ve yeterli olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.<sup>19</sup>

Nihayetinde *Kavala* kararında AİHM, Gezi Olaylarında şiddet yanlısı grupların göstericilere katıldığıının ve şiddet eylemlerine başvurduğunun gerçek olduğunu ancak Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde yer alan “cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme” suçundan yargılanan *Kavala*'nın, bu amaçla Gezi Olayları sırasında ve sonrasında güç veya

<sup>16</sup> *Kandjov v. Bulgaria*, (no. 68294/01), § 57, 6 November 2008; *Mammadli v. Azerbaijan*, (no. 47145/14), § 52, 19 April 2018; *Aliyev v. Azerbaijan judgment* (nos. 68762/14 and 71200/14), § 152, 20 September 2018; *Kavala / Türkiye*, § 128.

<sup>17</sup> *Merabishvili v. Georgia [GC]*, (no.72508/13), § 187, 28 November 2017; *Kavala / Türkiye*, §§ 129, 136.

<sup>18</sup> *Mergen ve diğerleri / Türkiye*, §§ 52, 54; *Erarslan ve diğerleri / Türkiye*, § 23.

<sup>19</sup> *Ayşe Yüksel ve diğerleri / Türkiye*, §§ 56, 58.

şiddet kullandığına, söz konusu şiddet eylemlerine azmettirdiğine ya da böylesi suç oluşturan davranışları desteklediğine dair makul şüphenin bulunduğunu gösteren ve bu konuda tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek delil veya olguların iddianamede bulunmadığını, dolayısıyla makul şüphe kavramının gereklerine aykırı hareket edildiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, iddianameye konu edilen olaylar; birbiriyle bağlantısı olmayan, münferit ve hukuka uygun faaliyetlerden ya da başta ifade özgürlüğü (m.10) ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (m.11) olmak üzere açıkça Sözleşme'den kaynaklanan bir hakkın kullanımına ilişkin faaliyetlerden ibaret olup her hâlükârda şiddet içermeyen faaliyetlerdir. Dolayısıyla Mahkeme, Kavala'nın "makul bir şüpheye" dayanarak tutuklandığı iddiasının yeterince ispatlanmadığını belirterek, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>20</sup>

### **B- Makul Şüphenin Derecesi ve Suç İşlendiğine Dair Kesin Delil Sunulmasının Zorunlu Olmaması**

AİHM'ye göre, başlangıçta ceza soruşturmasının başlatılması için gerekli olan ve "makul şüpheye" neden olan olguların seviyesinin, şüpheli hakkında ceza davası açılması ya da suçlu bulunması için gerekli olan olgu veya deliller ile aynı olması gerekli değildir. Bir başka deyişle, soruşturmayı yapan görevlilerin, yakalama, gözaltı veya ilk tutuklama anında kişiyi suçla itham etmek için yeterli delilleri toplamış olması zorunlu olmayıp, soruşturmanın hedefi, soruşturma süresince kişinin yakalanmasına dayanak oluşturan somut şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya bu şüpheleri ortadan kaldırarak soruşturmanın tamamlanmasıdır.<sup>21</sup> Ancak "makul şüphe", yakalama ve ilk tutuklama anında mevcut olmalıdır.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Kavala/Türkiye, §§ 139-160.

<sup>21</sup> Case of Murray v. The United Kingdom, (no. 14310/88), §§ 55, 56, 28 October 1994; Case of Brogan and Others v. The United Kingdom, (no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), § 53; 29 November 1988; Çetin Doğan /Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.28484/10), § 79, 10 Nisan 2012; İrfan Güzel/Türkiye, § 43; Şahin Alpay/Türkiye, § 104; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 125; Alparslan Altan/Türkiye, § 127; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 162; Kavala / Türkiye, § 126.

<sup>22</sup> Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, (no. 15172/13), § 90, 22 May 2014; Kaval/Türkiye, § 131.

Tutuklamaya dayanak teşkil etmesi gereken makul şüphenin derecesi konusunda AİHM, organize suçlar ile bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenen terör suçlarında, bu suçların kendisine özgü karmaşıklığını göz önüne almaya hazır olduğunu, makul şüphe kavramına ilişkin olarak klasik veya geleneksel suç kategorisinde yer alan suçlarda uyguladığı ölçütlerin, bu suçlarda aynı şekilde uygulanmayabileceğini belirtmiştir.<sup>23</sup> Bu suçların ortaya çıkarılması için dolaylı tanık ifadelerinin ve delillerin kullanılabilmesini belirten Mahkeme, organize suçlarla mücadelede bu tür delillerinin önemini farkında olduğunu, ancak, söz konusu tanık ifadelerinin zaman zaman muğlak ve taraflı olması ihtimalinin bulunduğunu, bu nedenle doğrulanmamış iddialara dayalı tutuklamanın önüne geçilmesi için, bu tür dolaylı veya üçüncü kişilerin duyumuna dayalı kulaktan dolma ifadelerin (*hearsay*) tarafsız delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>24</sup> Nitekim, hukukumuzda da 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin sekizinci fıkrasında, gizli tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği öngörülmüş olup tarafsız diğer delillerle desteklenmediği sürece, tek başına hükme esas teşkil edemeyecek olan ve güvenilirliği son derece tartışmalı bu beyana dayanarak, tutuklama kararı verilmemelidir.<sup>25</sup> Tutuklamanın ilk başlarda bu tür dolaylı delillere dayanabileceğini ve hukuka uygun bir tutuklama yapılabileceğini belirten Mahkeme, özellikle tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediğine karar verileceği aşamada, soruşturma sırasında başka yeni bir delil elde edilmemiş ise bu tür delillerin yargılamanın esasıyla bağlantısının giderek azalacağını ifade etmektedir.<sup>26</sup>

Ancak Mahkeme'ye göre, organize suçlarla mücadele etmek adına, makul şüphe kavramı Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesince teminat altına alınan güvencelere zarar verecek şekilde genişletilemez ve bu şekilde yorumlanamaz.<sup>27</sup> Dolayısıyla şüphelinin kendisine yöneltilen suçu işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye uygun olgulara ve bilgilere dayanan makul şüphenin ilk tutukluluk anında bu-

<sup>23</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, §§ 32; 34; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 210; Alparslan Altan/Türkiye, §§ 134, 135.

<sup>24</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, § 19.

<sup>25</sup> Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, C. 69, S. 4, s. 19-33, s.27-28.

<sup>26</sup> Labita v. Italy, §156; Kavala/Türkiye, § 130.

<sup>27</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 136.

lunmaması, bu tür delillerin tutuklamadan sonra toplanması halinde, -işlenen terör suçu olsa ve sonradan toplanan deliller şüphelinin işlendiği iddia edilen suç ile ilişkisine dair başlangıçta oluşan şüpheyi güçlendirse bile-; bu durum başlangıçta tutukluluk için mevcut olması gereken ve tutukluluğun haklılığını gösteren makul şüphenin varlığına temel teşkil edemez.<sup>28</sup> Aksi bir yorum, keyfi ve haksız tutuklamayı engellemeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5. maddesini hükümsüz kılacak, etkisiz hale getirecektir.<sup>29</sup>

Bu bağlamda, AİHM *Alparslan Altan* kararında başvuran aleyhine olan delillerin başvuranın tutuklanmasından daha sonra toplandığını, başvuranın tutuklanmadan önce 20 Temmuz 2016'da yasadışı örgüt üyeliği suçuyla bağlantılı olarak sorgulanmış olmasının en fazla polis gerçekten onun bu suçu işlediğinden şüphelendiğini ortaya koyacağını; bu durumun tek başına, başvuranın söz konusu suçu işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetmeyeceğini, mahkeme önündeki delillerin tutukluluğun başladığı anda başvuran hakkında makul şüphenin bulunduğu sonucunu destekleyemeyeceğini, bu durumun da Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesinde belirtilen makul şüphe kavramının gereklerini karşılamadığını belirterek, söz konusu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>30</sup>

*Demirtaş* kararında ise AİHM 2. Dairesi tutuklama anında milletvekili olan başvuran hakkında düzenlenen 31 fezlekenin tek bir soruşturma dosyasında birleştirildiğini, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının gerekleri dikkate alındığında, ceza soruşturması dosyasında, en azından başvuranın yargılanmasına yol açan suçların bir kısmının başvuran tarafından işlenmiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek yeterli bilgilerin dosyada bulunduğu kanaatine vardığını, bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edilmediği kanaatinde olduğunu bildirmiştir.<sup>31</sup> Ancak, bu davanın Büyük Daire'ye intikalinin ardından Büyük Daire, terör örgütü üyeliğine ve tutukluluğa dayanak gösterilen telefon dinleme kayıtlarının gerçek olup olmadığı konusunda inceleme yapılmasına dair başvuru-

<sup>28</sup> Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, § 35; Alparslan Altan/Türkiye, § 139.

<sup>29</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 139.

<sup>30</sup> Alparslan Altan/Türkiye, §§ 138-145.

<sup>31</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 169-171.

ranın ısrarlı taleplerinin yerel mahkemelerce reddedildiğini, telefon kayıtlarına konu olduğu iddia edilen örgütsel talimatların başvuran tarafından yerine getirilip getirilmediğinin ispatlanamadığını, kaldı ki Avrupa Konseyi bünyesinde 2008 yılında yapılacak bazı toplantılara katılmaktan ibaret olduğu anlaşılan eylem ve talimatların aradan geçen onca zamandan sonra suç işlendiği konusunda ne şekilde makul şüphe oluşturduğunun anlaşılamadığını, Sözleşme ile garanti altına hakların yerine getirilmesinden öteye geçmediği anlaşılan konuşma ve toplantılar ile terör örgütü üyeliği arasında açık bir bağlantının bulunmadığını gerekçe göstererek, Sözleşme'nin 5. (1). c maddesinde belirtilen makul şüphe gereklerinin karşılanamadığına ve Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrası anlamında tutuklamanın hukuka uygun bir tutuklama olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>32</sup>

Makul şüphe konusunda, soruşturma aşamasından kovuşturma aşamasına geçildikçe bir başka deyişle özgürlükten yoksun kılmaya ilişkin tedbirin süresi uzadıkça, makul şüphe için gerekli olan olgular ve bu olguların derecesi ile yetinilmemesi gerekmekte olup, özgürlükten yoksun bırakmaya devam edilebilmesi için, makul şüpheye ek olarak özgürlükten yoksun kılmanın gerekli olduğuna dair yeterli gerekçe sunulması, ilgiliye özgürlükten yoksun kılmanın meşruluğuna itiraz etmesini sağlayacak bir itiraz başvurusu yapma olanağının sağlanması, bu itiraz yolunun etkili olması, yani ilgilinin serbest bırakılmasını sağlama perspektifini veya ihtimalini sunabilmesi gerekir.<sup>33</sup>

### **C-Haklı Gerekçe, Keyfi Olmama ve Belli Bir Tutuklama Sebebinin Olma Zorunluluğu**

AİHM'ye göre tutuklama tedbirinin meşru ve hukuki sayılabilmemesinin ön koşullarından biri bu tedbirin keyfi olarak uygulanmamasıdır.<sup>34</sup> Mahkeme; yetkililerin kötü niyetle hareket ettiği, tutuklama ka-

<sup>32</sup> Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) [GC], (no.14305/17), 22 December 2020, §§ 334-340.

<sup>33</sup> Gavril Yosifov v. Bulgaria, (no. 74012/01), § 40, 6 November 2008; Mustafa Avcı/Türkiye, (Başvuru no. 39322/12), § 60, 23 Mayıs 2017; Şahin Alpay/Türkiye, § 82; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 103; Alparslan Altan/Türkiye, § 84; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 132.

<sup>34</sup> Nitekim dava tarihinde Türk hukukunda yabancıların sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezlerinde tutulmasına dair uygulamanın kanuni dayanaktan yoksun olması, söz konusu tutulmanın yargı denetimine tabi olmaması, hukuka

rarının ve bu kararın icrasının Sözleşme'nin 5. maddesinde müsaade edilen kısıtlamaların amacına gerçekte uymadığı, özgürlükten yoksun kılmaya dayanak teşkil eden tutuklama gerekçesiyle tutuklamanın yeri ve koşulları arasında herhangi bir bağlantının olmadığı ve nihayetinde tutuklamaya gerekçe teşkil eden olayların tutuklama tedbiri ile ölçülü olmadığı hallerde, tutuklamanın keyfiliğinden bahsedilebileceğini belirtmektedir.<sup>35</sup>

Bu bağlamda tutuklamanın keyfi olmaması için, hâkim veya diğer adli görevliler makul şüpheye ek olarak tutukluluk için ilgiliye tutuklamanın amacına uygun (*relevant*) ve yeterli gerekçe göstermekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük tutuklamaya hükmedilen ilk karar anında yani yakalamadan hemen sonra “derhal” işlerlik kazanır.<sup>36</sup> Yine ilk tutuklama anında var olması gereken makul şüphenin tutukluluk süresinin uzatılmasına karar verilmesi halinde uzatma süresi boyunca, her uzatma kararı öncesinde de mevcut olduğu ispatlanmalıdır.<sup>37</sup> Dolayısıyla makul şüphenin tutuklama süresince devam etmesi, olmazsa olmaz bir ön koşul olup tutuklamanın hemen ardından yargı makamlarının tutuklama için ilgiliye tutuklamanın amacına uygun (*relevant*) ve yeterli gerekçe göstermeleri de zorunludur.<sup>38</sup> Nitekim Demirtaş davasının Büyük Daire tarafından yeniden görüşülmesi üzerine *Buzadji* ve *Merabishvili* kararlarındaki bu kurala atıf yapan Büyük Daire, makul şüphenin tutuklamanın olmazsa olmaz koşulu olduğunu hatırlatarak, Demirtaş'a yönelik makul şüphenin hiçbir koşulda ispatlanmadığının tespitinden sonra, hâkim veya diğer adli görevlilerin makul

---

aykırı tutulma için tazminat elde etme olanağı sağlayan bir iç hukuk yolunun Türk hukukunda öngörülmemiş olması, hususlarını göz önünde bulunduran AİHM, sınır dışı edilmek üzere geri gönderme merkezinde tutulmanın Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı ve keyfi olduğu gerekçesiyle Türkiye aleyhine birçok ihlal kararı vermiştir. Bkz. Alimov/Türkiye, (Başvuru no. 14344/13), §§ 39, 50-52, 6 Aralık 2016; Amerkhanov/ Türkiye, (Başvuru no. 16026/12), §§ 66, 73-74, 5 Haziran 2018; Batyrkhairov/Türkiye, (Başvuru no. 69929/12), §§ 64, 68- 69, 5 Haziran 2018; Erkenov/Türkiye, §§ 23-24.

<sup>35</sup> James, Wells and Lee v. the United Kingdom, (nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09), §§ 191-195, 18 September 2012; Kavala/Türkiye, § 133.

<sup>36</sup> Buzadji v. the Republic of Moldova, § 102; Alparslan Altan/Türkiye, § 130; Merabishvili v. Georgia, § 222; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 184; Kavala / Türkiye, § 131.

<sup>37</sup> Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, § 90; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 164.

<sup>38</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 184, 189; Case of Mamedova v. Russia, (no. 7064/05), § 73, 1 June 2006. Ayrıca bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.309-311.

şüpheyek olarak tutukluluk için ilgiliye tutuklamanın amacına uygun (*relevant*) ve yeterli gerekçe sunup sunmadığı hususunu tartışmanın anlamsız olduğuna, yargılama sırasında gerekçe konusuna özel bir ihtimam gösterilip gösterilmediğinin tartışılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.<sup>39</sup>

Türk hukukunda tutuklamanın koşulları CMK'nın 100. maddesinde düzenlenmiş olup burada AİHS'ten farklı olarak suç işlendiği konusunda makul şüphe yerine kuvvetli suç şüphesi uyandıran olguların bulunması ve Kanun'da gösterilen tutuklama nedenlerinden birinin (kaçma, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişimi) mevcut olması şartı aranmaktadır. Kuvvetli suç şüphesinin anlamı günlük hayatın deneyimleri ve eldeki delillere göre şüphelinin suç işlediğinin kesin gibi olması,<sup>40</sup> ya da yargılama sonunda mahkûm olmasının kuvvetle muhtemel olmasıdır.<sup>41</sup>

AİHM içtihatlarına göre, şüphelinin kaçma, tanıklar üzerinde baskı kurma, delilleri yok etme, gizleme, değiştirme veya bu yönde gizli anlaşmalar yapma riskinin bulunması halinde bu risklerin giderilmesi, şüphelinin yeni bir suç işleme riskinin bulunması halinde bunun önlenmesi, kamu düzeninin korunması ve nihayetinde durumun gerektirdiği hallerde şüphelinin bizzat kendisinin korunması gerekçesiyle tutuklanması mümkündür.<sup>42</sup> Bu risklerin veya tutuklama sebeplerinin varlığı mahkemece uygun şekilde ortaya konmalı (*must be duly substantiated*), tutuklama sebebinin varlığına ilişkin gerekçeler genel, soyut veya basmakalıp olmamalı, önyargı içermemelidir.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) [GC], §§ 353-356; Buzadji v. the Republic of Moldova, §§ 87-91; Merabishvili v. Georgia, §§ 222-225.

<sup>40</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s.320.

<sup>41</sup> A. Caner Yenidünya, Zafer İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 332; Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, s.644.

<sup>42</sup> Buzadji v. the Republic of Moldova, §§ 87-88, 101, 102; Merabishvili v. Georgia, § 222; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 185.

<sup>43</sup> Letellier v. France, (no. 12369/86), § 51, 26 June 1991; Clooth v. Belgium, 12 December 1991, § 44, Series A no. 225; Smirnova v. Russia, (nos. 46133/99 and 48183/99), § 63, 24 July 2003; Giorgi Nikolaishvili v. Georgia, (no. 37048/04), §§ 73, 76, 13 January 2009; Merabishvili v. Georgia, § 222; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 185.

Kaçma riskine ilişkin olarak, AİHM bu riskin şüphelinin kişiliği, ahlak anlayışı, serveti veya mali kaynakları, kendisini yargılama yetkisine sahip devlet ile bağları ve uluslararası bağlantıları gibi birçok diğer faktöre bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>44</sup> Bu bağlamda AİHM, *Demirtaş* kararında, olayların meydana geldiği dönemde aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen üçüncü en büyük siyasi partinin eş başkanı da olan başvuranın, mahkeme huzuruna çıkmamasının Türk mahkemelerince ne şekilde kaçma riskinin işareti olarak görüldüğünün açıklanamadığını, başvuranın birçok defa yurt dışına gittiğini ve kaçma niyeti göstermeden her zaman ülkesine geri döndüğünü, başvuranın çok uzun zamandan beri hakkında yürütülen ceza soruşturmalarından ve üzerine atılı suçlamaların ağırlığından haberdar olmasına rağmen kaçmadığını, bu nedenle kaçma riskinin bulunduğu dair tespitlerin yerinde olmadığını belirtmiştir.<sup>45</sup> Bununla beraber, tutuklama için sadece ilgilinin kaçacağı ve böylece mahkeme huzuruna çıkarılamayacağı ve yargılamadan kurtulacağı endişesi gerekçe gösterilmişse, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında da öngörüldüğü üzere, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminatın<sup>46</sup> gösterilmesi suretiyle duruşmalara katılımını sağlamak mümkün ise ilgili tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmalıdır.<sup>47</sup>

### Ç- Tutukluluğun Ölçülü Olması, Alternatif Diğer Kontrol Tedbirlerinin Yetersiz Kalması Halinde Son Çare Olarak Uygulanması

Tutuklama kendisine alternatif olabilecek diğer tedbirlerin uy-

<sup>44</sup> W. v. Switzerland, (no.14379/88), § 33, 26 January 1993; Smirnova v. Russia, § 60; Buzadji v. the Republic of Moldova, § 90; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 186. Ayrıca bkz. Tezcan/Erдем/Sancakdar/Önok, s. 287.

<sup>45</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 192.

<sup>46</sup> Bu teminat maddi bir teminat kefalet-bail şeklinde olabileceği gibi, bunun dışında adli kontrol, zorunlu ikamet- compulsory residence order, ev hapsi- house arrest, polis denetimi- police supervision, yurtdışına çıkış yasağı, pasaporta tahdit veya el koyma- surrender of passport şeklinde de olabilir. Bkz. Sesim Soyer Güleç, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, C. 98, S. 1, s.25-74, s.44.

<sup>47</sup> Wemhoff v. Germany, 27 June 1968, p. 21, § 15, Series A no. 7; Letellier v. France, § 46; Luković v. Serbia, (no. 43808/07), § 54, 26 March 2013; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 186.



gulanması halinde kamu yararının gerçekleştirilemeyecek olması ve tutuklamadan umulan faydanın gerçekleşmeyecek olması halinde uygulanması gereken ve özgürlükten yoksun kılmayı gerektiren oldukça ağır bir tedbirdir.<sup>48</sup> Hal böyle olmakla beraber, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlatılarak yayınlanan 5 Ocak 2011 tarihli Tutuklama Raporu'ndaki verilere göre, 2010 yılı Haziran ayı itibariyle ceza ve tutukevlerinde bulunanların % 50'si tutuklulardan oluşmaktadır.<sup>49</sup> Bu durum, tutuklama tedbirine durumun gerekliliğinin ötesinde oldukça sık başvurulduğunu, alternatif tedbirlerin yeterince uygulanmadığını göstermektedir. Oysa tutuklama tedbiri kapsamında özgürlükten yoksun kılmanın ulusal hukuka uygun olması yeterli olmayıp, özgürlükten yoksun kılmanın görülen somut davanın koşullarında gerekli olması da lazımdır.<sup>50</sup> Bu nedenle, gerek tutuklama tedbirinin başlangıcında gerekse tutukluluğun devamına karar verilmesi sırasında, tedbirin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi bağlamında makul ve ölçülü olup olmadığına karar verilebilmesi için, öncelikle tutukluluğa veya tutukluluğun devamına alternatif tedbirlerin araştırılması yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine bakmak gerekir.<sup>51</sup>

Bu bağlamda, CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve adına, "katalog suçlar", denilen suçlar bakımından tutuklama nedeninin varsayılabileceğine ilişkin karine, mahkemeleri tutuklamaya alternatif tedbirlerin bulunup bulunmadığını araştırma ve bu tedbirleri öngörme yükümlülüğünden kurtarmamaktadır.<sup>52</sup> Dolayısıyla tutuklunun yaşı, kişisel durumu ve davanın somut şartları bakımından tutuklamanın iç hukukun gerektirdiği son çare olarak uygulandı-

<sup>48</sup> Hakim Aydın/Türkiye, (Başvuru no. 4048/09), § 34, 26 Mayıs 2020, Kesinleşme, 26 Ağustos 2020.

<sup>49</sup> Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 183, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 5 Ocak 2011, s. 17.

<sup>50</sup> Agit Demir/Türkiye, § 38. Ayrıca bkz. Ambruszkiewicz v. Poland, (no. 38797/03), §§ 29-32, 4 May 2006; Ladent v. Poland, (no. 11036/03), § 55, 18 March 2008; Khayredinov v. Ukraine, (no. 38717/04), § 27, 14 October 2010; Bolech v. Switzerland, (no. 30138/12), § 45, 29 October 2013; Lütfiye Zengin ve diğerleri / Türkiye, (Başvuru no.36443/06), § 81, 14 Nisan 2015; Hakim Aydın/Türkiye, § 34.

<sup>51</sup> Agit Demir/Türkiye, § 38; Tinner v. Switzerland, (no. 59301/08 ve 8439/09), § 58, 26 April 2011.

<sup>52</sup> Agit Demir/Türkiye, § 39; Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.2), § 190.

ğını, tutuklamadan önce tutuklamaya alternatif olabilecek tedbirlerin öngörülüp tartışıldığını gösteren gerekçeler sunulmaksızın verilen tutuklama kararları, AİHM'ye göre Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen şartları karşılamış sayılamaz ve bu durumda özgürlükten yoksun kılma hali kanuna uygun olarak yerine getirilmiş bir kısıtlama olarak değerlendirilemez.<sup>53</sup>

Bu konuda *Demirtaş* kararında AİHM, tutukluluk halinin devamına gerekçe gösterirken, Türk mahkemelerinin tutukluluğa alternatif tedbirlerin yetersiz kalacağı şeklinde yaptıkları değerlendirmelerin, başvuranın kişisel durumunun herhangi bir analizine dayanmadığını ve Sözleşme'nin 5. maddesinin gereklerine uygun olmadığını belirtmiştir.<sup>54</sup> Mahkeme'ye göre, başvuranın kişisel durumu incelendiğinde, aynı zamanda milletvekili olan ve tutukluluk süresince maaş almaya devam edebilen Demirtaş'ın tutuklu olması nedeniyle, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin faaliyetlerine katılamaması, milletvekili sıfatıyla halkın görüşünü özgürce ifade etme hakkının yanı sıra, kendisinin seçilme ve milletvekili görevini ifa etme hakkına da haksız bir müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenle uzun süren tutukluluk hali, Demirtaş'ın seçilme ve milletvekili görevini ifa etme hakkının özülüyle bağdaşmadığı gibi, kendisini milletvekili seçen seçmenlerin egemenlik yetkisini de ihlal etmekte, ayrıca Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine de aykırı bulunmaktadır.<sup>55</sup>

Yine AİHM CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen katalog suçlar söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerinin kararlarının gerekçesinde, bu hüküm ile varlığı karine olarak kabul edilen herhangi bir riskin (kaçma, delilleri karartma, tanıklara, mağdurlara veya diğer kişilere baskı yapma riski) varlığını ispatlayan koşullara neredeyse hiç değinmediğini tespit ettiğini belirtmektedir. AİHM'ye göre, söz konusu riskin ne şekilde tespit edildiği ve uzun tutukluluk hallerinde nasıl bu denli uzun bir süre devam edebildiği mahkemelerce açıklanmamaktadır.<sup>56</sup> Bir başka deyişle uygulamada CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasındaki suçlar mahkemelerce sanki zorunlu tutuklamayı gerektiren suçlar şeklinde anlaşılmakta olup madde met-

<sup>53</sup> Agit Demir/Türkiye, §§ 44-45; Mamedova v. Russia, § 80.

<sup>54</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 190.

<sup>55</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 240.

<sup>56</sup> Galip Doğru/Türkiye, (Başvuru no. 36001/06), § 58, 28 Nisan 2015.

ninde geçen, mahkemenin takdir yetkisini ve tutuklamanın ihtiyarılığı prensibini koruyan “tutuklama nedeninin *var sayılabileceği*” ibaresi ihmal edilmektedir.<sup>57</sup> Bununla birlikte kaçma veya delilleri karartma karinelerinin var sayılabileceğine ilişkin hükmün Anayasa’nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasıyla da uyumlu olmadığı görülmektedir. Çünkü Anayasa’nın 19. maddesinde, kaçma, delilleri karartma veya bunlar gibi hallerde tutuklamaya başvurulabileceği gösterilmekte, “nedenleri var sayma” seçeneğinden söz edilmemektedir. Dolayısıyla bu suçlarda da tutuklama nedeninin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.<sup>58</sup> Bu bağlamda, AİHM, her türlü zorunlu tutuklama sisteminin, tek başına, Sözleşme’nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası ile uyumlu olmadığını daha önce tespit ettiğini,<sup>59</sup> kanunda tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörüldüğünde, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı gerektiren somut olayların varlığının yine de ikna edici biçimde gösterilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>60</sup>

Yine dosyada mevcut her bir delil, bilgi veya olguya ilişkin özel bir değerlendirme yapılmaksızın sadece CMK’nın 100. maddesinin metnine ve dosyadaki mevcut delil durumuna yapılan muğlak ve genel bir atıf,<sup>61</sup> AİHM’ye göre, alternatif tedbirlerin araştırıldığı hususuna gerekçe teşkil edemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi eski üyesi *Alparslan Altan*’a ilişkin olarak verdiği kararında bu hususu dile getiren Mahke-

<sup>57</sup> Bıçak, s. 646; Katoğlu, s.22; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırt vd. s.306; Soyaslan, s.322; Şahin, s.298; Yenidünya/İçer, s.330-331; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.329; Feridun Yenisey, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2016, C. 33, s. 213-229; s.224; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18 Basım, Savaş Yayınları, Ankara, 2018, s. 256-257; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 933-934; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.344; Yusuf Solmaz Balo, “Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi’nin İmtihani”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, C.3, S.1, s.1-57, s.9.

<sup>58</sup> Nur Centel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, 2011, C. 17, S. (1-2), s. 49-93, s.55; Nur Centel, “Tutuklama Uygulamasında Sorunlar”, *İÜHFH, (İstanbul Hukuk Mecmuası)*, 2013, C. 71, S. 1, s. 193-206, s.195.

<sup>59</sup> Ilijkov v. Bulgarıa, (no. 33977/96), § 84, 26 July 2001.

<sup>60</sup> Contrada v. İtalya, (no.92/1997/876/1088), §§ 58-65, 24 August 1998.

<sup>61</sup> Hakim Aydın/Türkiye, §§ 15, 40.

me, Sulh Ceza Hakimi'nin *Alparslan Altan* dışında 13 diğer şüphelinin daha tutuklanmasına ilişkin olarak verdiği kararında, sadece CMK'nın 100. maddesinin metnine atıfta bulunmasının ve dosyada mevcut delil durumuna ilişkin olarak, dosyaya konulan raporları, arama ve elkoyma tutanaklarını tüm dosya muhteviyatı olarak ismen zikretmesinin, tutukluluğa alternatif tedbirlerin araştırıldığına dair haklı bir gerekçe sayılamayacağına karar vermiştir.<sup>62</sup>

Mahkeme, özellikle yargılamaların ileriki aşamalarında Türk mahkemelerinin işlenen suç sayısına, suçun niteliğine, suç için kanunda öngörülen cezanın ağırlığına genel bir atıf yaparak tutukluluk halinin devamına karar verdiklerini, bu tür bir genel atfın ilk başta tutuklamanın haklı olabileceği varsayımını desteklese bile, özellikle yargılamanın ileriki aşamalarında, tutukluluk halinin uzatılmasına gerekçe teşkil edemeyeceğini, bir başka deyişle, yargılama makamlarının tutukluluk halinin devamının halen haklı olduğunu tutukluluk boyunca ikna edici şekilde göstermekle yükümlü olduklarını belirtmektedir.<sup>63</sup> *Demirtaş* kararında olduğu gibi, tutukluluk halinin devamı için hâkimler tarafından yaygın olarak belirtilen mevcut delil durumu, tutuklulukta geçen süre ve delilleri değiştirme riski gibi gerekçelerin, genel, tekdüze, basmakalıp, hatta matbu sayılabilecek içerikte bir takım gerekçelerin sıralanmasından (*a formulaic enumeration of the grounds of general scope*) ibaret olduğunu belirten AİHM,<sup>64</sup> başvuranın serbest bırakılmasını sağlayabilecek iddialar ile ilgili olarak Türk mahkemelerince derinlemesine bir inceleme yapılmamış olmasının şaşırtıcı olduğunu belirtmektedir.<sup>65</sup> Mahkemenin *Demirtaş*, *Şık*,<sup>66</sup> *Cahit Demirel*<sup>67</sup> ve diğer kararlarında<sup>68</sup> da ifade edildiği üzere, basmakalıp ifadelerle kaleme alınan

<sup>62</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 142. Ayrıca bkz. *Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, (no. 4922/04), § 48, 8 October 2009; *İlgar Mammadov v. Azerbaijan*, § 97.

<sup>63</sup> *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No.2), § 191. Ayrıca bkz. *Letellier v. France*, § 51; *Ilijkov v. Bulgaria*, §§ 80-81; *Kučera v. Slovakia*, (no. 48666/99), § 94, 17 July 2007; *Idalov v. Russia [GC]*, (no. 5826/03), § 145, 22 May 2012. Ayrıca bkz. *Tezcan/Er-dem/Sancakdar/Önok*, s. 284.

<sup>64</sup> *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No.2), § 193.

<sup>65</sup> *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No.2), § 193.

<sup>66</sup> *Şık/Türkiye*, (Başvuru no. 53413/11), § 62, 8 Temmuz 2014.

<sup>67</sup> *Cahit Demirel/Türkiye*, (Başvuru no. 18623/03), §§ 21-28, 7 Temmuz 2009.

<sup>68</sup> *İbrahim Güler/Türkiye*, (Başvuru no.1942/08), §§ 19-27, 15 Ekim 2013; *Ali Rıza Kaplan/Türkiye*, (Başvuru no. 24597/08), §§ 19-23, 13 Kasım 2014.

kararlar, hiçbir durumda, bir kişinin tutuklanmasını ve tutukluluk halinin devamını haklı göstermek için yeterli olarak değerlendirilemez.

Bu nedenle, CMK m. 101/2 gereğince tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda, karara dayanak teşkil eden hukuki ve fiili nedenlerin gerekçesi gösterilirken, yukarıda belirtilen AİHM içtihatlarının gerekleri yerine getirilmelidir. Gerekçe sayesinde, tutuklamanın kanuna uygun yapıp yapılmadığı anlaşılacak, sanık ve müdafii tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek savunma yapabilecek, itiraz merciinin ise denetim yapabilmesi mümkün olacaktır.<sup>69</sup> Zira kararın gerekçesiz olması durumunda şüpheli, itiraz kanun yolu aşamasında kararın hangi noktalarına karşı görüş bildireceğini bilemez. Bu ise, savunma hakkının kısıtlanması demek olup adil yargılanma hakkını da ihlal eder.<sup>70</sup>

#### **D- Tutuklama Tedbirine Karşı Adli Bir Makama İtiraz Hakkının Bulunması**

AİHM birçok kararında, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile beraber, bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanan kişinin özgürlüğünden haksız ve keyfi olarak mahrum edilmesine karşı teminat sağladığını, tutuklamanın (*detention*) makul olmaktan çıktığı andan itibaren serbest bırakılmasını zorunlu kıldığını hatırlatmaktadır.

Bu bağlamda AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası, bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanan kişinin, adli bir makama erişimini güvence altına almakla yetinmemektedir.<sup>71</sup> Bir başka deyişle tutuklanan kişiye, özgürlükten yoksun kalma ile ilgili olarak sadece adli bir adli makama erişim hakkı tanımak, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasından kaynaklanan yükümlülüklerin tam anlamıyla yerine getirildiği anlamına gelmez. Bu yükümlülüklerin tam olarak yerine getirebilmiş sayılması için, özgürlüğünden yoksun bırakılan

<sup>69</sup> Centel, 2011, s. 58; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s.941.

<sup>70</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırt vd. s. 310-311; Yenisey, s.221; Case of Salov v. Ukraine, (no. 65518/01), §§ 89-92, 6 September 2005.

<sup>71</sup> Assenov and Others v. Bulgaria (no. 90/1997/874/1086), § 146; 28 October 1998; Aquilina v. Malta [GC], (no 25642/94), § 47, 29 April 1999; Abdulsitar Akgül/Türkiye, (Başvuru no. 31595/07), § 19, 25 Haziran 2013; Vedat Doğru/Türkiye, (Başvuru No. 2469/10), § 54, 5 Nisan 2016.

kişinin huzuruna çıkarıldığı hâkimin veya adli makamın, kişinin lehine ya da aleyhine olan koşulları inceleme, tutukluluğu haklı gösteren nedenlerin varlığıyla ilgili hukuki kriterlere göre bir karar verme ve bu tür sebepler bulunmadığında şüpheli veya sanığın serbest bırakılmasını sağlama hak ve yükümlülüğüne sahip olması gerekir.<sup>72</sup> Başka bir deyişle, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası, hâkimin tutukluluğun yerindeliğini, gerekçesini ve esasını (*the merits of the detention*) incelemesini gerekli kılmaktadır.<sup>73</sup>

Bu nedenle, kaçaklar hakkında yoklukta tutuklama kararı verilmesi (CMK m.248/5), tutuklama talebinin reddedilmesi ve buna yönelik itiraz üzerine itiraz merci tarafından dosya üzerinden tutuklama kararı verilmesi (CMK m.271/4), ya da yakalama emri düzenlenmesi (CMK m.98/1) ve şüphelinin de suçun işlendiği yerdeki yargı çevresinin dışında yakalanması durumunda, yakalama yerine en yakın Sulh Ceza Hâkimi'nin (CMK m.94) yakalama emrine konu olan kişinin kimliğini tespit etmek ve söz konusu yakalama emrini kendisine tebliğ etmekle yetinmesi, ilgilinin ifadesini almaması, özgürlükten yoksun kılmaya gerekçe teşkil eden koşulları incelememesi, bu hususu yetkili diğer bir hâkim veya mahkemeye bırakması hallerinde, şüpheli veya sanığa Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında özgürlükten yoksun kılma ile ilgili olarak derhal adli bir makama erişim hakkı tanınmamış demektir.<sup>74</sup> Her ne kadar CMK'nın 94. maddesinin ikinci fıkrası ilgilinin en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından sorgusunun yapılmasına veya ifadesinin alınmasına imkân verse bile, adına "yol ya da sevk tutuklaması" denilen şüphelinin asıl

<sup>72</sup> De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands, (no. 8805/79; 8806/79; 9242/81), §§ 44, 47, 51, 22 May 1984.

<sup>73</sup> Abdulsitar Akgül/Türkiye, §§ 19, 25; Vedat Doğru/Türkiye, § 54; Süleymanoğlu/Türkiye, (Başvuru no. 38283/04), § 21, 29 Ocak 2013; Aquilina v. Malta, § 47.

<sup>74</sup> Abdulsitar Akgül/Türkiye, § 20; Salih Salman Kılıç/Türkiye, (Başvuru no. 22077/10), § 26, 5 Mart 2013; Süleymanoğlu/Türkiye, §§ 21-25. Abdulsitar Akgül'e ilişkin kararında AİHM, Diyarbakır Cumhuriyet savcısı'nca hakkında 6 Kasım 2006 tarihinde yakalama emri çıkarılan Abdulsitar Akgül'ün 14 Ocak 2007'de yakalanıp aynı gün Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimi'nce tutuklanma gerekçesi incelenmeksizin tutuklanmasını, ardından tutukluluğun esasına ilişkin incelemenin Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nce 19 Ocak 2007'de yapılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmuş, sanığa Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında özgürlükten yoksun kılma ile ilgili olarak derhal adli bir adli makama erişim hakkı tanınmadığına karar vermiştir (Abdulsitar Akgül/Türkiye, §§ 20-22).

tutuklama kararını verecek olan yetkili yargı merciine çıkarılması için tutuklanmasını amaçlayan bu uygulamada, adli makama derhal erişim hakkının süre yönünden de ihlal edilme ihtimali vardır.<sup>75</sup> Çünkü AİHM içtihatlarına göre, yakalama anından itibaren en geç 4 gün içinde ilgilinin yukarıda belirtildiği üzere salıvermeye de yetkili adli bir makama erişim hakkı sağlanmalı, bu makam özgürlükten yoksun kılmaya gerekçe teşkil eden koşulları en geç 4 gün içinde inceleyebilmeli ve gerektiğinde ilgiliyi serbest bırakmalıdır.<sup>76</sup>

Bu nedenle aşağıda açıklanacağı üzere haksız tutuklamaya ilişkin olarak CMK'nın 141. maddesiyle öngörülen tazminat elde etme olanağı, bu bağlamda tutukluğa son verebilecek adli bir makama erişim hakkı sağlamamakla beraber, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45 ve 51. maddeleri arasında düzenlenen bireysel başvuru hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanmasının çeşitli yorumlar ile önüne geçilmemesi ve kararların etkili bir şekilde uygulanacağından şüphe edilmemesi şartıyla tutukluğa son verebilecek adli bir makama erişim hakkı sağlayan etkili bir başvuru yoludur.<sup>77</sup>

### 1-İtirazın İncelenmesi Usulü

AİHM'nin tutuklama kararının verilmesinin ardından tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunun incelenmesi sırasında takip edilmesi gereken usule ve usul hatalarının yol açtığı ihlallere dair birçok içtihadı bulunmaktadır. Öncelikle CMK'nın 108. maddesinde olduğu gibi, tutukluluğun azami döneminin "yenilenmesini" ve müteakip tutukluluğun uzatılmasını sağlayan kararların resen dosya üzerinden verilmesi halinde, AİHM Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fık-

<sup>75</sup> Centel, 2011, s.59-61; Centel, 2013, s.197; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s.946-948; Tezcan/Erdem/Sancakdar/ Önok, s.292, 293; Hikmet Murat Akkaya, "Sevk Tutuklaması ve AİHM'nin Yaklaşımı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 17, S. 4, s.129-153, s.137, 147

<sup>76</sup> McKay v. the United Kingdom [GC], (no. 543/03), § 33, 3 October 2006; Magee and Others v. the United Kingdom, (nos. 26289/12, 29062/12 and 29891/12), §§ 77-78, 12 May 2015; Döner ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 29994/02), §, 57, 7 Mart 2017.

<sup>77</sup> Ali Koçintar/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 77429/12), §§ 41, 43, 1 Temmuz 2014; Şahin Alpay / Türkiye, § 111; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 103; Hakim Aydın/Türkiye, § 30; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 132; Kavala/ Türkiye, §§ 100-101.

rası bağlamında bir inceleme yapmanın kendi görevi olmadığını hatırlatmaktadır.<sup>78</sup> Bir başka deyişle CMK'nın 108. maddesinde olduğu gibi, soruşturma ve kovuşturma aşamasında en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeceği hususunda resen karar verilmesi halinde, bu durum tek başına Sözleşme'nin 5. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>79</sup>

Yine tutukluğun devamına ilişkin itiraz kararlarının CMK'nın 268. maddesinde düzenlendiği üzere bir başka mahkeme tarafından incelenmesi durumunda, tutuklunun incelemeyi yapacak mahkeme huzuruna çıkarılmaması ve incelemenin dosya üzerinde çekişmesiz ve duruşmasız yapılması halinde, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmemesi şartıyla, AİHM bu durumun da tek başına Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasını ihlal etmediğini belirtmektedir.<sup>80</sup> İdeal olan itiraz duruşmalarının çekişmeli, tutuklunun mahkemeye çıkarılması ve silahların eşitliği ilkesinin uygulanması suretiyle yerine getirilmesidir.<sup>81</sup>

Bu bağlamda Mahkeme, itirazın tutuklunun mahkemeye çıkarılması suretiyle incelenmesini gerektiren ve duruşma yapılmasını zorunlu kılan hallerin olabileceğini, bu durumda duruşma yapılıp yapılmayacağını, incelenmesi gereken konuların niteliğine, kararın tutuklu için önemine, tutuklunun itiraz edilen kararın verildiği sırada kişisel olarak mahkemeye çıkarılmasının çekişmeli yargılama hakkına saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli olup olmadığına bağlı olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>82</sup> Nitekim Adem Serkan Gündoğdu kararında, sanığın tutukluluk halinin kaldırılmasına ilişkin olarak yargılandığı İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'ne yaptığı başvuruların reddine dair 17 Mayıs 2011 ve 13 Ekim 2011 tarihli kararlara karşı, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi'ne yaptığı itiraz başvurularının İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nce duruşma yapılmaksızın<sup>13</sup>

<sup>78</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, (Başvuru no. 67696/11), §§ 32, 33, 16 Ocak 2018 ; Altınok/Türkiye, (Başvuru no. 31610/08), § 40, 29 Kasım 2011.

<sup>79</sup> Aynı yönde bkz. Ş. Cankat Taşkın, "Tutuklamaya ve Tutukluluk Halinin Devamına İtiraz Kurumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 66, s.275-288, s.286; Centel, 2013, s.201.

<sup>80</sup> Rahbar-Pagard/Bulgaristan, (Başvuru no. 45466/99 ve 29903/02), § 67, 6 Nisan 2006; Saghinadze and Others v. Georgia, (no. 18768/05), §150, 27 May 2010; Nikolova v. Bulgaria [GC], (no.31195/96), § 58, 25 March 1999.

<sup>81</sup> Nikolova v. Bulgaria, § 58; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.290, 299.

<sup>82</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, § 40.



Haziran 2011 ve 16 Kasım 2011 tarihinde reddedilmesine ilişkin olarak, AİHM, sanığın 10. Ağır Ceza Mahkemesi huzuruna çıkarılmasının ardından, itiraz incelemelerinin sırasıyla 27 gün ve 1 ay 3 günlük arayla yapıldığını, sanığın makul aralıklarla dinlendiğini, itiraz sırasında sanığın şahsen mahkemeye çıkarılmamasının tek başına silahların eşitliği ilkesini zedelediğini dile getirmiş, bu hususta başta *Altınok* kararı olmak üzere diğer birçok kararında ihlal olmadığı yönünde karar verdiğini belirtmiştir.<sup>83</sup>

Ancak gerek *Altınok* gerekse *Adem Serkan Gündoğdu* kararında, sanığa itiraz aşamasında, Cumhuriyet savcısının yazılı görüşünün iletilmemesiyle ilgili olarak, gerek başvuranın gerekse avukatının, Cumhuriyet savcısının görüşünün kendilerine tebliğ edilmesi imkânından yararlanmadıklarını, bu görüşe cevap veremediklerini ve dolayısıyla taraflar arasında silahların eşitliği ilkesine riayet edilmediğini belirterek, itiraz aşamasının, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının gereklerini karşılamadığına karar vermiştir.<sup>84</sup> Özellikle bir avukatın, tutukluluğun kanuna uygun olup olmadığı ile ilgili etkili bir itiraz yapabilmesini sağlayacak dosyadaki önemli başlıca belgelere erişiminin engellendiği durumlarda, AİHM silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığını belirtmektedir.<sup>85</sup> Yine tutuklunun isnadı öğrenmesine engel olacak şekilde verilen erişimin engellenmesi kararları, Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinde belirtilen isnadı öğrenme hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir.<sup>86</sup> Soruşturmanın sağlıklı yürütülmesi için zorunlu olarak verilecek sınırlama kararları isnadın öğrenilmesine ve suçlamanın tam olarak bildirilmesine engel olmamalıdır.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, §§ 42, 44, 45, 47.

<sup>84</sup> Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye § 49; Altınok/Türkiye, §§ 57-61. Bunun yanında itirazın incelenmesi aşamasında dosyaya erişimin kısıtlanması halinde bu durumun silahların eşitliği güvencesine ve Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olacağı yönünde karar için bkz. Şık / Türkiye, § 75.

<sup>85</sup> Lamy v. Belgium, (no. 10444/83), § 29, 30 March 1989; Nikolova v. Bulgaria, § 58; Schöps v. Germany, (no. 25116/94), §§ 44, 53, 55, 13 February 2001; Lietzow v. Germany, (no. 24479/94), §§ 44, 48 13 February 2001, Mooren v. Germany [GC], (no. 11364/03), § 124, 9 July 2009; Ovsjannikov v. Estonia, (no.1346/12), §§ 72-78, 20 February 2014; Ceviz/Türkiye, (Başvuru no. 8140/08), § 41, 17 Temmuz 2012, Mustafa Avcı/Türkiye, § 90.

<sup>86</sup> Case of Foucher v. France, (no. 22209/93), §§, 34-36-38, 18 March 1997.

<sup>87</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.314; Ünver/Hakeri, s. 22-24; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 60-61.

## 2- İtirazın İvedi Olarak İncelenmesi Zorunluluğu

Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrası, tutukluya tutuklama kararına itiraz etme ve itirazın kısa bir süre içinde (ivedilikle) incelenmesini isteme hakkı vermekte, tutukluluk hali hukuka uygun değil ise salıverilmesini sağlamaktadır.<sup>88</sup> İtirazın ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığı ise, her somut olayın kendi şartlarında, özellikle ulusal makamlar ve başvuran için söz konusu olan tehlikenin ağırlığı ve davanın karmaşıklığı göz önüne alınarak değerlendirilmektedir.<sup>89</sup> Aynı durum, aşağıda açıklanacağı üzere tutuklama süresinin makullüğüne ilişkin Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ve yargılamanın makul sürede tamamlanmasına ilişkin Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının yorumunda da geçerlidir.

Bir başka deyişle, tutukluluğun ve yargılamanın makul süreyi aşp aşmadığı ile tutuklamaya itirazın ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığı ayrı kavramlar olmakla birlikte, benzer hususların incelenmesini gerekli kılan birbirleriyle bağlantılı kavramlardır.<sup>90</sup> Bununla beraber, Sözleşme'nin 5/4 maddesi gereğince tutukluluğa itiraz incelenmesinin ivedilikle (*speedily*) sonuçlandırılması için gereken süre, yakalanan kimsenin derhal (*promptly*) hâkim huzuruna çıkarılması için gerekli olan süreden daha uzun ve fakat, Sözleşme'nin 5/3 maddesinde belirtilen tüm tutukluluğun makul sürede (*reasonable time*) tamamlanması için gereken süreden daha kısadır.<sup>91</sup> Çünkü AİHM içtihatlarına göre, yakalananın, yakalanma anından itibaren en geç 4 gün içinde salıvermeye de yetkili adli bir makama erişiminin sağlanması gerekirken,<sup>92</sup> her somut olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmesi gereken tutukluluğun makul süreyi aşp aşmadığı hususunda, AİHM'nin uyuşturucu madde ticareti suçu kapsamında geçirilen 3 yıl 1 ay 27 günlük tutukluluk süresini makul gören kararları vardır.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> Mooren v. Germany § 106; Idalov v Russia, § 154; Şahin Alpay/Türkiye, § 133; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 161; Kavala/Türkiye, § 176.

<sup>89</sup> Mooren v. Germany, § 106; S.T.S. v. the Netherlands, (no. 277/05), § 43, 7 June 2011; Shcherbina v. Russia, (no.41970/11), § 62, 26 June 2014; Şahin Alpay/Türkiye, § 134; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 162; Kavala/Türkiye, § 179.

<sup>90</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s. 339-342.

<sup>91</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.948.

<sup>92</sup> McKay v. the United Kingdom, § 33; Magee and Others v. the United Kingdom, §§ 77-78; Döner ve Diğerleri/Türkiye, § 57.

<sup>93</sup> Case of van der Tang v. Spain, (no.19382/92), §§, 55,58, 75-76, 13 July 1995.

Bu bağlamda itirazın “ivedilikle” incelenmesiyle ilgili olarak, iç hukukun iki dereceli bir denetim yapılmasına izin verdiği hallerde, AİHM ikinci derece mahkemesi önündeki denetimin daha uzun zaman alabileceğini belirtmektedir.<sup>94</sup> AİHM, Türk hukuk sisteminde, keyfi tutuklamaya karşı güvence sağlayan itiraz mekanizmalarının mevcut olduğunu, tutuklanan kişilerin yargılamanın her aşamasında serbest bırakılmalarını talep edebileceklerini, taleplerinin reddedilmesi durumunda, bu karara karşı itirazda bulunabileceklerini ve nihayetinde CMK’nın 108. maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturma aşamasında en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluğun devamı konusunda mahkemelerce resen karar verilebildiğini belirtmektedir. Bu nedenle, aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, uzun tutukluluk hallerinde Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuruların, keyfiliğe karşı ek güvenceler niteliğinde olduğu AİHM tarafından ifade edilmektedir.<sup>95</sup>

Bununla beraber AİHM, keyfiliğe karşı güvence sağlayan itiraz kurumunun “etkili yargı denetimi” prensibine dayandığını, etkili olmanın zaman unsuruna bağlı olduğunu, bu nedenle tutukluluğa ilişkin gecikmiş bir yargı denetiminin etkili olamayacağını belirtmektedir.<sup>96</sup> Bu ilkedен hareketle, AİHM, *G.B* kararında, Lübnan ve Fransa’da meydana gelen terör saldırılarına katıldığı ve bir radyo istasyonunun bombalanmasına karıştığı iddiasıyla tutuklanan şüphelinin, 21 Ekim 1994’de başlayan ve 22 Kasım 1994 tarihinde sona eren tutukluluğa itiraz sürecinin, İsviçre Federal Mahkemesi’nce ivedilikle sonuçlandırılmadığına karar vermiştir. Bu kararında AİHM, şüphelinin 21 Ekim’de Savcılık bürosuna itiraz başvurusu yaptığını, 24 Ekimde Savcılığa tebliğ edilen ve Federal Savcı tarafından 25 Ekim’de reddedilen salıverme talebine karşı şüphelinin Federal Mahkeme’ye 31 Ekim tarihinde itiraz dilekçesi sunduğunu, Federal Mahkeme’nin Federal Savcı’dan tahliye talebine ilişkin görüşünü 7 Kasım tarihine kadar mahkemeye ve şüpheliye sunmasını, şüpheliden de Savcılığın görüşüne karşı iddialarını 11 Kasım tarihine kadar mahkemeye sunmasını istediğini, Federal

<sup>94</sup> Lebedev v. Russia, (no. 4493/04), § 96, 25 October 2007; Shcherbina v. Russia, § 65; Şahin Alpay/Türkiye, § 135; Mehmet Hasan Altan / Türkiye, § 163; Kavala / Türkiye, § 180.

<sup>95</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 137.

<sup>96</sup> Shcherbina v. Russia, § 62; Kavala/Türkiye, § 177.

Mahkeme'nin incelemesini 21 Kasım tarihinde tamamlayıp tahliyei reddettiğini, bunun da şüpheliye 22 Kasım tarihinde tebliğ edildiğini, ardından Federal Savcı'nın kararıyla şüphelinin 30 Kasım tarihinde tahliyesine karar verildiğini belirterek, Federal Savcı'nın daha önceden 1 günlük süre içinde hazırlayıp verdiği görüşünü tekrar temin etmek ve tahliye talebini incelemek için Federal Mahkeme'nin 10 gün süre harcamasının "ivedilik" gereklerine aykırı olduğunu tespit etmiştir.<sup>97</sup>

Yine AİHM Rusya'ya ilişkin olarak verdiği *Khudobin* kararında uyuşturucu madde satmak ve satışına aracılık etmek suçundan 29 Ekim 1998'de gözaltına alınan, 13 Ocak 1999'da yapılan ilk duruşmada tutuklu yargılanmasına karar verilen şüphelinin, 18 Şubat'ta tutukluluğuna itiraz edildiğini, 17 Mart'ta bu itirazın reddedildiğini, 21 Nisan tarihinde tutuklunun akıl sağlığının yerinde olmadığı ve salıverilmesi talebiyle yeni bir başvuru yapıldığını, bu başvurunun sağlık raporlarının beklendiği gerekçe gösterilerek 11 Kasım 1999 tarihine kadar sonuçlandırılmadığını ve bu tarihte tutuklunun akıl sağlığının yerinde olmadığı gerekçesiyle serbest bırakıldığını ve hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin uygulanması için hastaneye sevk edildiğini belirterek, 21 Nisan 1999 ve 11 Kasım 1999 tarihleri arasında geçen süre nedeniyle tutukluluğa yapılan itirazın ivedilikle sonuçlandırılmadığını belirterek, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>98</sup>

Yine AİHM Rusya aleyhine verdiği *Shcherbina* kararında, Kazakistan'da silahlı soygun suçuna karışan ve Rusya'ya kaçan bir Kazakistan vatandaşının, Kazakistan'ın talebi üzerine sınır dışı edilmek üzere, 28 Şubat 2011 tarihinde Rusya'da Savcılık kararıyla tutuklanmasının ardından, itiraz sürecinin ivedilikle sonuçlandırılmadığına karar vermiştir. Bu kararda, AİHM ilgilinin 30 Mart 2011 tarihinde tutukluluğa ilk derece mahkemesi önünde itiraz ettiğini, mahkemenin de 15 Nisan 2011'de yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının Rusya'da geçerli olabilmesi için Rus mahkemeleri tarafından yeni bir tutuklama kararının verilmesi gerektiği ve Savcı'nın tutuklama yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle tutuklama kararını kaldırdığını belirterek, 30 Mart 2011 ve 15 Nisan 2011 tarihleri arasın-

<sup>97</sup> G.B. v. Switzerland, (no. 27426/95), §§ 28-39, 30 November 2000.

<sup>98</sup> Khudobin v. Russia, (no. 59696/00), §§ 115-124, 26 October 2006.

da geçen 16 günlük sürenin bu tür bir inceleme için aşırı olduğunu belirtmiştir. Ardından somut olayın koşulları göz önüne alındığında itirazın ivedilikle sonuçlandırılmadığını, 16 günlük sürenin iki mahkeme arasında geçmediğini belirten AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>99</sup>

Sözleşme'nin 5. 1 (c) maddesi ve aynı maddenin dördüncü fıkrası gereğince, tutukluluğa itirazın ivedilikle sonuçlandırılmaması ve uzun süren tutukluluk hallerinde, AİHM tarafından tedbiren salıverme kararı verilebilmektedir. Ancak tedbiren salıverme olanağı, hakkında henüz ilk derece mahkemelerince hüküm verilmemiş kişiler için söz konusudur.<sup>100</sup> Hakkında ilk derece mahkemelerinin hüküm verdiği ve tutuklu yargılanmasına devam edilen kişilerin uzun süren tutukluluk hallerinde ise Sözleşme'nin 6. maddesi ve 5. 1 (a) maddesi geçerli olup, AİHM tarafından salıverme yönünde bir tedbir kararı verilmemektedir. Bu hallerde, AİHM, aşağıda inceleneceği üzere, kural olarak yargılamanın uzun sürdüğünü ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini gerekçe göstererek ihlal ve tazminat kararı vermekte, tedbiren salıvermeye karar vermemektedir.

Nitekim Şahin Alpay kararında AİHM, Şahin Alpay hakkında hüküm verilmemesi sebebiyle hemen tahliye edilmesine karar verebilmiş iken<sup>101</sup> Mehmet Hasan Altan kararında, Mahkeme, iç hukukun açık veya zımnî bir şekilde Sözleşme'yi ihlal edip etmeyeceğini denetleyebileceğini, özgürlükten yoksun bırakmanın keyfi olup olmadığı ve hukuki belirlilik ilkesini ihlal edip etmediğini inceleyebileceğini,<sup>102</sup> ancak Mehmet Altan'ın mümkün olan en kısa sürede tahliyesi hakkında karar veremeyeceğini, bu yönde bir tedbir kararı vermesine kanuni dayanak olmadığını, çünkü durumunun Sözleşme'nin 5. 1 (a) maddesi kapsa-

<sup>99</sup> Shcherbina v. Russia, §§ 62-71.

<sup>100</sup> Ayrıntılı tartışma için bakınız Wemhoff v. Germany, p.19, 20, § 9. Aynı yönde bkz. Centel, 2013, s.197-199; Taşkın, s.282-283; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.283-284. AİHM'in temyiz aşamasındaki tutukluluğu, Sözleşme'nin 5. 1 (a) maddesi kapsamında hükümlülük (*conviction*) olarak nitelendirmesinin iç hukukumuz bakımından uygun olmadığı yönündeki tartışma için bkz. Muharrem Özen/Devrim Güngör/Güneş Okuyucu Ergün, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, C. 68, S. 4, s. 181-187, s. 184-186.

<sup>101</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 195.

<sup>102</sup> Mehmet Hasan Altan/Türkiye, §§ 144-167.

mında olduğunu, Mehmet Altan hakkında Ağır Ceza Mahkemesi'nce hüküm verildiğini belirtmiştir.<sup>103</sup>

Ancak, AİHM tutukluluk halinin devamının Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasıyla beraber 18. maddesini de ihlal etmesi halinde bu yorumunun geçerli olamayacağını *Demirtaş*<sup>104</sup> kararında ortaya koymuştur. Mahkeme karar tarihinde Selahattin Demirtaş hakkında Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 7 Eylül 2018 tarihinde verilmiş 4 yıl 8 ay hapis cezası öngören mahkûmiyet hükmü bulunmasına rağmen, Demirtaş'ın tahliyesine karar vermiştir. Sözleşme'nin 18. maddesine göre, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümlerince getirilebilecek kısıtlamalar, öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Mahkeme'ye göre, Demirtaş'ın, ilk tutuklamanın ardından Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince tekdüze veya basmakalıp gerekçelerle tutukluluk halinin devam ettirilmesi, özellikle tutukluluk halinin 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa referandumu ile 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimi arasında devamı siyasi bir nitelik taşımaktadır. Bu siyasi niteliğin, Demirtaş'ın tutuklama suretiyle özgürlüğünün kısıtlanmasında ağır basan bir amaç olarak gözüktüğünü belirten Mahkeme, bu durumda Demirtaş'ın sadece bireysel nitelikte bir ihlalin mağduru olmadığını, muhalefet lideri olması sebebiyle Sözleşme'ye uygun olmayan bir amaçla tutukluluk halinin devam ettirildiğini, böylece sadece Demirtaş'ın hak ve özgürlüklerinin değil, demokratik sistemin kendisinin de tehlikeye atıldığını belirtmiştir.

Mahkeme'nin nazarında, bu durum Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasıyla beraber 18. maddesini de ihlal etmektedir.<sup>105</sup> Dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasıyla beraber 18. maddesinin de ihlal edilmesi durumuna son vermek üzere, tutukluluk halinin devamını haklı gösteren yeni gerekçeler veya deliller sunulmadığı sürece, AİHM önündeki davaya konu edilen ceza yargılamaları bakımından Selahattin Demirtaş'ın salıverilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 220.

<sup>104</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 242-274.

<sup>105</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 271-274.

<sup>106</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), §§ 282-283.

İvedi inceleme konusunda yukarıda aktarılan içtihatlarına rağmen, aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, AİHM, 15 Temmuz 2016 sonrası ilk kararlarında, Anayasa Mahkemesi'ne uzun süren tutukluluk hallerinin sonlandırılması talebiyle yapılan bireysel başvurularda, başvurunun ivedilikle incelenip incelenmediği konusunda, ortalama 1 yılı aşan inceleme süreleri için esnek bir tutum sergilemiş, 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen askeri darbe girişiminin iş yükünü arttırdığını, burada istisnai bir durumun bulunduğunu belirtmiştir. Ancak daha sonra *Osman Kavala* kararında mahkeme bu tutumunu değiştirmiştir. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak tekrar değinilecektir.

### E-Tutukluluğun makul süreyi aşmaması

Yukarıda belirtildiği üzere, tutuklama en son çare olarak başvurulması gereken geçici bir koruma tedbiri olup bir azami süresinin olması ve bu sürenin de makul olması zorunludur. Türk hukukunda da tutuklama, suçluluğu hakkında henüz kesin bir hüküm bulunmayan ancak suç işlediği konusunda kuvvetli bir suç şüphesi bulunan kişinin özgürlüğünün ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi ya da muhtemel bir mahkûmiyet hükmünün ilerde infazının sağlanabilmesi amacıyla, kanunda öngörülen şart ve usulde hâkim kararıyla geçici olarak sınırlandırılmasından ibarettir.<sup>107</sup> Türk hukukunda tutuklulukta azami süre ise CMK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir.

Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez.

<sup>107</sup> Balo, s.8; Bıçak, s.641; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.301; Yenidünya/İçer, s.329; Yurtcan, s.325; Mehmet Reşat Koparan, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S.65, s.154-172, s.154-157; Metin Feyzioğlu/ Güneş Okuyucu Ergün, "Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre", *AUHFED (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)*, 2010, C. 59, S.1, s.35-59, s.36-40.

Kanun metninin lafzı esas alındığında ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlarda, tutukluluk süresinin uzatma ile birlikte en fazla 18 ay olacağı açıktır. Ancak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar yönünden 3 ve 5 yıl olarak öngörülen “uzatma süresi” deyiminin kapsamı net değildir. Burada tartışılan husus “uzatma süresi” deyiminin kanunda öngörülen 2 yıllık tutukluluk süresini kapsayıp kapsamadığı yönündedir. Başka bir deyişle, toplam tutukluluk süresinin 3 yıl şeklinde mi yoksa 5 yıl şeklinde mi hesaplanacağı tartışılmaktadır.<sup>108</sup> Uygulamada toplam tutukluluk süresinin ağır cezalı suçlar yönünden 5 yıl, kanunda belirtilen ve Ağır Ceza Mahkemesi'nin görev alanına diğer suçlar yönünden ise 7 yıl olduğu, bu sürenin hesabına sadece ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verilmeye kadar geçen sürenin dâhil edilmesi gerektiği, hüküm verildikten ve sanığın hükmen tutuklu hale gelmesinden sonra geçen sürenin ise dâhil edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>109</sup>

Kanımızca ağır cezalı suçlar yönünden 5 yıllık, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar için 7 yıllık tutuklama süresi öngörmek ve tutukluğu isnada ve hükme bağlı tutukluluk şeklinde ayırarak,<sup>110</sup> bu süreye hükmün verilmesinden sonra geçen süreyi dâhil etmemek,<sup>111</sup> makul olmadığı gibi orantılılık ilkesine de aykırıdır.<sup>112</sup> Ayrıca uzatma süresinin tutuklama süresinden fazla olması eleştirilmesi gereken bir

<sup>108</sup> Feyzioğlu/Ergün, s.43; Katoğlu, s.23-25; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.283; Toroslu/Feyzioğlu, s.264; Zekiye Özen İnci, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

<sup>109</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.04.2011 tarihli ve E.2011/1-51, K.2011/42 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm, Korcan Pulatsü Başvurusu, B. No: 2012/726, 02.07.2013.

<sup>110</sup> Abdullah Batuhan Baytaz, “Hükme Bağlı Tutukluluk”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, C. 6, S.2, s. 133-153; Balo, s.37-38.

<sup>111</sup> Ünver ve Hakeri, s. 358-360. Ünver ve Hakeri, tutuklamanın azami süresinin tespitinde kullanılan ilk derece yargılamasının tamamlanması için gerekçeli kararın açıklanması gerektiğini belirtmektedirler. Dolayısıyla hükmün açıklanması ile gerekçeli kararın açıklanması arasında geçen sürede azami tutukluluk süresi işlemeye devam etmektedir (Ünver/Hakeri, s. 359-360). Yine birden fazla suçtan yargılanma halinde de azami süre tüm suçlar için tek bir süre olarak hesaplanmalıdır, her bir suç için azami tutukluluk süresi ayrı ayrı hesaplanmamalıdır (Ünver/Hakeri, s.360, Şahin, s.314-315).

<sup>112</sup> Katoğlu, s. 23-24; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.955-956; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.283; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt vd. s.313.



durum<sup>113</sup> olup kanundaki düzenlemede bir zafiyet varsa bu düzenlemenin de şüpheli veya sanık lehine yorumlanması gerekir.<sup>114</sup> Nihayetinde, CMK'nın 102. maddesindeki süreler soruşturma, kovuşturma, istinaf, temyiz gibi ayrımlar yapılmaksızın ortaya konmuş, suç isnadının yapılmasıyla başlayan ve hükmün kesinleşmesiyle sona eren tüm ceza muhakemesi evreleri için geçerli olan sürelerdir.<sup>115</sup>

Öte yandan tutukluluğun makul süreyi aşması, tutukluluk için kanunda öngörülen azami sürenin aşılmasından farklı olup tutukluğun azami süreyi aşmadığı hallerde dahi tutukluluğun makul süreyi aşması mümkündür.<sup>116</sup> Tutukluluğun makul süreyi aşmamasını sağlamak öncelikle ulusal adli makamlara düşen bir görevdir. Bu görevi yerine getirmek için ulusal mahkemeler, masumiyet karinesinin gereklerini dikkate alarak, Sözleşme'nin 5. maddesinde belirlenen kurala bir istisna getirmeyi haklı kılabilirler, kamu yararına uygun ya da aykırı nitelikteki bütün koşulları incelemek ve bu incelemeye dair gerekçelerini kararlarında belirtmek durumundadırlar.<sup>117</sup>

Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığı hususunda, AİHM, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararlarda yer alan ve başvuranın salıverilme taleplerinde ya da diğer başvurularında ileri sürülen gerekçelere dayanarak ihlal olup olmadığını incelemektedir.<sup>118</sup> Bu inceleme sırasında AİHM, her somut olayın kendi şartlarında, özellikle ulusal makamlar ve başvuran için söz konusu olan tehlikenin ağırlığını ve davanın karmaşıklığını göz önüne alarak değerlendirme yapmaktadır.<sup>119</sup> Bu

<sup>113</sup> Centel, 2011, s.67; Toroslu/FeYZioğlu, s.264.

<sup>114</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.283.

<sup>115</sup> BaytaZ, s.143; Toroslu/FeYZioğlu, s.264; Yenidünya/İçer, s.341.

<sup>116</sup> Baló, s.35-36. Anayasa Mahkemesi, (Başvuru no. 2012/239, 2012/521), §51; Anayasa Mahkemesi (Başvuru no. 2012/521), §§ 48-49.

<sup>117</sup> Nedim Şener/Türkiye, (Başvuru no. 38270/11), § 70, 8 Temmuz 2014; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 187. Uzun süren tutukluluk halleri sebebiyle Türkiye aleyhine verilen diğer kararlar için bkz. Centel, 2011, s.64-65; Centel, 2013, s.198-199; Güleç, s.46-48; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.960-961; Özen/Güngör/Ergün, s.185; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.285-289.

<sup>118</sup> Neumeister v. Austria, 27 June 1968, p. 37, §§ 4-5, Series A no. 8; Wemhoff v. Germany, p. 20-21, § 12; Letellier v. France, § 35; Buzadji v. the Republic of Moldova, § 91; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 187.

<sup>119</sup> Wemhoff v. Germany, p.20, §10; p.21 §14, p.22 § 17; 27; Mooren v. Germany, § 106; S.T.S. v. the Netherlands, § 43; Shcherbina v. Russia, § 62; Şahin Alpay/Türkiye, § 134; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 162; Kavala/Türkiye, § 179.

bağlamda, her somut olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmesi gereken tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığı hususunda, AİHM'nin uyuşturucu madde ticareti suçu kapsamında geçirilen 3 yıl 1 ay 27 günlük tutukluluk süresini makul gören kararları vardır.<sup>120</sup>

Yukarda kısmen değinildiği üzere, Sözleşme'nin 5/3 maddesi kapsamında makul süreyi aşmaması gereken tutukluluk halidir, yargılama değildir. Yargılamanın makul süreyi aşmaması gerektiği ise Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Nitekim AİHM Sözleşme'nin 6.maddesinin birinci fıkrasının, ceza yargılaması da dâhil olmak üzere yargılamanın makul süre içinde sonuçlanıp sonuçlandırılmadığı konusunda mahkemeye denetim yetkisi verdiğini, bu durumda yargılamanın uzunluğunun makul olup olmadığına dair değerlendirmenin, davanın koşullarının yanı sıra, davanın karmaşıklığı ve başvurular ile ilgili makamların davranışlarının dikkate alınması suretiyle gerçekleştirildiğini belirtmektedir.<sup>121</sup>

Bu bağlamda AİHM, *Bozkaya* kararında yargılamanın 19 Kasım 2003 tarihinde başvuranın tutuklanması ile başladığını ve 18 Şubat 2009 tarihinde Yargıtay'ın verdiği nihai karar ile sona erdiğini, iki dereceli yargılama sisteminde davanın Yargıtay'ca iki kez incelendiğini, yargılamanın toplam 5 yıl 3 ay sürdüğünü, mahkeme önündeki davanın karmaşık olmadığını, Yargıtay tarafından gerçekleştirilen ilk temyiz incelemesinin neredeyse 10 ay, ikinci temyiz incelemesinin neredeyse 2 yıl sürdüğünü, dolayısıyla toplam sürenin neredeyse yarısının Yargıtay aşamasında geçtiğini belirterek, yargılamanın aşırı uzun sürdüğüne ve makul süre koşulunu sağlamadığına karar vermiştir.<sup>122</sup>

Yine *Girişen* kararında, AİHM, başvuranın 22 Aralık 2001'de terör örgütüne üye olma suçundan gözaltına alındığını, hakkında ilk yargılamanın Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde başlayıp, ilk kararın 12 Haziran 2008 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nce

<sup>120</sup> van der Tang v. Spain, §§ 55,58, 75-76.

<sup>121</sup> Pélissier and Sassi v. France [GC], (no. 25444/94), § 67, 25 March 1999; *Bozkaya/Türkiye*, (Başvuru no. 46661/09), § 59, 5 Eylül 2017, Nihai 5 Aralık 2017; *Girişen/Türkiye*, (Başvuru no. 53567/07), § 64, 13 Mart 2018.

<sup>122</sup> *Bozkaya/Türkiye*, § 60. Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine ilişkin kararlar için ayrıca bkz. *Güngül/Türkiye*, (Başvuru no. 28388/03), § 24, 10 Mart 2009; *Daneshpayeh/Türkiye* (Başvuru no. 21086/04), § 28,16 Temmuz 2009; *Hayrettin Demir/Türkiye*, (Başvuru no. 2091/07), § 54, 24 Temmuz 2012.

verildiğini, sanığın suç tarihinde 18 yaşından küçük olması sebebiyle toplam 20 yıl hapis cezasına çarptırıldığını, kararın Yargıtay'ca 18 Ocak 2010 tarihinde bozulduğunu, ardından Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca Ağır Ceza Mahkemesi'nin dosyayı Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderdiğini, mahkemenin 2 Kasım 2010 tarihinde sanığın tutuksuz yargılanmasına karar verdiğini, 5 Haziran 2012 tarihinde sanığın toplam 16 yıl 8 ay hapis cezasına çarptırıldığını ve kararın Yargıtay'ca 17 Haziran 2014 tarihinde onaylandığı belirterek, toplam yargılamanın yaklaşık 12 yıl 6 ay sürdüğünü, ilk derece mahkemesinin kararını vermek için 6 yıldan fazla bir zaman harcadığını ve yargılamanın aşırı uzun sürdüğü ve makul süre koşulunu sağlamadığını tespit ederek, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>123</sup>

### III- MAKUL SÜREYİ AŞAN TUTUKLULUK HALLERİNDE AİHM'İN İNCELEME YETKİSİNİN KAPSAMI

AİHM tutukluluğun makul olup olmadığını, tutuklamanın meşru bir amacın izlenerek yapılıp yapılmadığını, tutukluğa itirazın ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığını denetlerken, önüne gelen davada Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ve dördüncü fıkrasında belirlenen koşulların yerine getirilip getirilmediğini incelemekle yetinmektedir. Bu bağlamda, AİHM'nin kendisine sunulan delilleri değerlendirmek için daha iyi bir konumda bulunan ulusal mahkemelerin olaylarla ilgili değerlendirmesini bir kenara bırakarak, kendi değerlendirmesini yapması, kural olarak, söz konusu değildir.<sup>124</sup> Mahkeme tarafından sıklıkla belirtildiği üzere, iç hukuku yorumlamak ve uygulamaktan öncelikli olarak sorumlu olan ulusal mahkemelerdir. İç hukuk yorumlanırken ulusal mahkemeler tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hataları ele almak için AİHM sınırlı bir yetkisinin olduğunu kabul etmektedir.<sup>125</sup> Buna göre,

<sup>123</sup> Girişen/Türkiye, § 65-68.

<sup>124</sup> Ayşe Yüksel ve Diğerleri/Türkiye, § 53; Levent Ersöz/Türkiye, § 50; Çetin Doğan/Türkiye, § 80; İrfan Güzel/ Türkiye, § 44; Murray v. The United Kingdom, § 66; Mergen ve diğerleri/Türkiye, § 48; Şahin Alpay/Türkiye, § 105; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 126; Alparslan Altan/Türkiye, § 128; Hakim Aydın/Türkiye, § 34; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 163; Kavala/Türkiye, §134.

<sup>125</sup> Alparslan Altan/Türkiye, § 110; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), § 147.

ulusal mahkemelerin yorumları keyfi veya açıkça gayrimakul (*manifestly unreasonable*) olmadığı sürece,<sup>126</sup> AİHM sadece bu yorumların Sözleşmeyle bağdaşır bağdaşmadığını saptamakla yetinmektedir.<sup>127</sup> Bu nedenle, AİHM'nin ulusal mahkemelerce verilmiş kararlar ile ilgili olarak önündeki davalarda ulusal hukukun yorumlanma ve uygulanma biçiminin Sözleşmeyle uyumlu olup olmadığını teyit etmesi gerekmektedir.<sup>128</sup>

Ancak bu husus AİHM'nin kendisine tutuklama ile ilgili sunulan delilleri ve tutuklamanın gerekçesini hiçbir şekilde tartışamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi bir yorum, AİHM'nin önüne gelen şikâyetle, başvuran aleyhine sunulan delillerin içeriğini inceleyemeyeceği, sadece tutukluluğun ve tutukluluk halinin devamının kanuni dayanağının olup olmadığını inceleyebileceği anlamına gelir ki, AİHM bu yorumun gerek kendisi gerekse Anayasa Mahkemesi açısından kabul edilemez olduğunu açıkça belirtmiştir.<sup>129</sup> Bu bağlamda Mahkeme, iç hukuk kurallarının açık veya zımni bir şekilde Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetlemek yetkisine sahip olup özellikle özgürlükten yoksun kılma konusunda, hukuki güvenlik ilkesine riayet edilmesinin önemine vurgu yapmaktadır. Yukarda da açıklandığı üzere, özgürlükten yoksun kılma ve tutuklama tedbiri bağlamında, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrası, hâkimin tutukluluğun yerindeliğini, ya da tutukluluğa esas teşkil eden gerekçeleri (*the merits of the detention*) incelemesini zorunlu kılmaktadır.

Bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanan kişinin, adli bir makama erişiminin güvence altına alınmış olması ya da bu tür tedbirlerin uygulanmasının iç hukukta kanuni bir dayanağının bulunması, bu düzenlemelerin içerik veya nitelik itibarıyla aynı zamanda hukuka uygun olduğu ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olduğu anlamına gelmez. Bu bağlamda, iç hukukta kanuna uygun olup azami süreyi aşmayan tutukluluk hallerinin gerekçesinin hukuka aykırı olması ve

<sup>126</sup> Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], (no. 73049/01), §§ 83, 86, 11 January 2007; Selahattin Demirtaş/ Türkiye (No.2), § 148.

<sup>127</sup> Waite and Kennedy v. Germany [GC], (no. 26083/94), § 54, 18 February 1999; Rohlena v. the Czech Republic [GC], (no. 59552/08), § 51, 27 January 2015.

<sup>128</sup> Assanidze v. Georgia, § 171; Alparslan Altan/Türkiye, § 110; Kavala/Türkiye, § 132. Ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.315.

<sup>129</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 114; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 135.

Sözleşme'nin ihlaline neden olması mümkündür. Mahkeme'ye göre, bir tutuklamanın keyfi olup olmadığının denetiminde esas faktör, tutuklamanın iç hukuka uygun olup olmadığı ve kanuni dayanağının bulunup bulunmadığından çok; bu kavramları aşacak şekilde hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda tutuklamaya esas teşkil eden gerekçenin denetlenmesidir.<sup>130</sup>

Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında oluşan bu gerekçenin denetlenmesi yetkisi, uzun süren tutukluluk halleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda verilen kararların da gerekçesinin denetlenmesini ve bireysel başvuruların ivedilikle sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığını incelemeyi mümkün kılmaktadır.

#### IV- ANAYASA MAHKEMESİ'NE YAPILAN BİREYSEL BAŞVURUNUN ETKİLİLİĞİ VE İNCELEME SÜRESİ

Tutuklama, tutuklama talebinin reddi, tutuklamanın devamı, tutukluluğun kaldırılması talebinin reddi kararlarına karşı "itiraz" kanun yoluna başvurulabilir (CMK m. 101/5). İtiraz yolu tüketilince, bireysel başvuru yoluna gidilebildiği gibi, yargılamanın makul süre içinde yapılmadığı iddiası ile de (Any. m.19/7) Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilmektedir. Neticede tutukluğun temel bir hakkı ihlal eder boyuta ulaştığına kanaat getirilirse, Anayasa Mahkemesi'nce tutukluluk durumunun sona erdirilmesine karar verilmesi gerekir.<sup>131</sup> AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında uzun süren tutukluluk halinin yerindeliğinin denetlenmesi ve tutukluluk halinin sona erdirilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma olanağının bulunmasının, Sözleşme'nin 35. maddesi gereğince tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu sağlayıp sağlamadığı konusunda görüşünü *Koçintar* kararında belirtmiştir.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Assanidze v. Georgia, § 171; Alparslan Altan/Türkiye, § 110; Kavala/Türkiye, § 132.

<sup>131</sup> Yenisey, s.216. Balo'ya göre Anayasa Mahkemesi'nin bu tür durumlarda "tedbiren tahliye kararı" yerine, CMK'nın 269. maddesinden de yararlanmak suretiyle itiraz mercii olarak, "tutukluluğun infazının geri bırakılması kararı" vermesi daha uygun olur. Çünkü "tedbiren tahliye kararı" da sonuçları itibarıyla tutukluluğun infazının geri bırakılmasıdır (Balo, s.18-19).

<sup>132</sup> Ali Koçintar/Türkiye.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usul-leri Hakkında Kanun'un 45 ve 51. maddeleri arasında düzenlenen bireysel başvuru hakkı kapsamında, AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğini tespit etme ve ihlali giderme konusunda uygun yetkilerle donatıldığını ifade etmektedir. Bu bağlamda, AİHM, Sözleşme'ye aykırılık hallerinde, Anayasa Mahkemesi'nin tazminata hükmedebileceğini ve/veya ihlalin telafisine ilişkin yolları belirterek gerektiğinde ilgili yargı makamından ihlale sona verilmesini isteyebileceğini, ya da ilgilinin zararının mümkün olduğunca ihlalden önceki duruma (*statu quo ante*) getirilmesini isteyebileceğini belirterek, Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin giderilmesine imkân veren uygun yetkilerinin bulunduğunu kabul etmiştir.<sup>133</sup> Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının, Anayasa'nın 153. maddesinin altıncı fıkrası gereğince devlet organlarını, tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı niteliğini dikkate alarak, bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının Türkiye'de yerel mahkemeler tarafından uygulanıp uygulanmayacağı hususunun öncelikle (*a priori*) sorgulanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>134</sup>

Bu bağlamda AİHM'ye göre; Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı niteliği karşısında, başvuranın tutukluluğunun Anayasa'ya aykırı olduğuna Anayasa Mahkemesi'nce karar verilmesi durumunda, tutukluluk halinin devamını haklı gösteren yeni gerekçe ve deliller yerel mahkemelerce sunulmadıkça, tutukluluk hakkında karar vermeye yetkili olan mahkemelerin başvuranın mutlaka suretle serbest bırakılmasını sağlayacak şekilde hareket etmesi gerekmektedir.<sup>135</sup> Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin Şahin Alpay ve Mehmet Hasan Altan hakkında bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal ve salıverme kararlarına rağmen,<sup>136</sup> Şahin Alpay'ın İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nce,

<sup>133</sup> Ali Koçintar/Türkiye, § 41; Hasan Uzun/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 10755/13), §§ 63-64, 30 Nisan 2013; Şahin Alpay/Türkiye, § 111; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 132; Kavala/Türkiye, §§ 100-101.

<sup>134</sup> Ali Koçintar /Türkiye, § 43; Hasan Uzun/Türkiye, § 66; Şahin Alpay/Türkiye, § 111; Mustafa Avcı/Türkiye, §§ 72-75; Mercan/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 56511/16), §§ 17-30, 8 Kasım 2016; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 132.

<sup>135</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 115; Mehmet Hasan Altan / Türkiye, § 136.

<sup>136</sup> Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11.01.2018, R.G. tarih ve sayı: 19.01.2018-30306; Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11.01.2018, R.G. tarih ve sayı: 19.01.2018-30306.

Mehmet Hasan Altan'ın ise İstanbul 26 ve 27. Ağır Ceza Mahkemelerince salıverilmemesi üzerine AİHM tarafından verilen kararlarda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal ve serbest bırakma kararına rağmen yeni delil ve gerekçe sunulmaksızın, yerel mahkemelerce serbest bırakılma talebinin reddi, Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının gereklerine uygun olarak yorumlanamaz. Bir mahkemenin, bireysel başvurulara ilişkin olarak nihai ve bağlayıcı kararlar verme yetkileriyle donatılmış Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini sorgulaması, hukuk devleti ilkesiyle hukuki belirlilik ve kesinlik ilkelerine aykırılık teşkil eder.<sup>137</sup> AİHM'ye göre hukukun üstünlüğü, hukuki belirlilik ve kesinlik ilkeleri Sözleşme'nin 5. maddesiyle sunulan korumanın ayrılmaz bir parçası olup keyfiliğe karşı sunulan güvencelerin temel taşlarını oluşturmaktadır.<sup>138</sup>

Ancak gerek Şahin Alpay gerekse *Mehmet Hasan Altan* kararında Anayasa Mahkemesi'nin kararını, "gereğini" yapması için Ağır Ceza Mahkemelerine tebliğ etmesine rağmen Ağır Ceza Mahkemelerinin, başvuranın serbest bırakılmasını reddederek, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen ihlalin telafisini imkânsız kılacak şekilde Yüksek Mahkeme'ye karşı gelmesini, AİHM ilk başlarda istisnai bir durum olarak yorumlamıştır. Nitekim AİHM Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının, kişilerin özgürlükten yoksun bırakılma şikâyetleri için etkili bir hukuk yolu olduğuna dair daha önce *Koçintar* kararında belirttiği içtihadını değiştirmeye ihtiyaç duymadığını belirtmiştir.<sup>139</sup> Ancak, Mahkeme, bireysel başvurunun etkili olup olmadığına dair oluşan ciddi şüpheler karşısında, ilk derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi konusunda içtihatlarında meydana gelebilecek muhtemel gelişmeleri dikkate alarak, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin başvurularda, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru yönteminin etkili olup olmadığını inceleme hakkını saklı tuttuğunu belirtmiştir.<sup>140</sup>

Bu görüşten hareketle, yukarıda aktarılan içtihatlarda belirtilen katı standartlara rağmen, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda inceleme süresinin uzunluğu konusunda, AİHM'nin ilk başlarda esnek bir tutum sergilediğini söylemek mümkündür.

<sup>137</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 118; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 139.

<sup>138</sup> Şahin Alpay/Türkiye, §§ 116, 118; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, §§ 137, 139.

<sup>139</sup> Ali Koçintar/Türkiye, § 44.

<sup>140</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 121; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 142.

Nitekim AİHM, Şahin Alpay kararında 8 Eylül 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurunun 11 Ocak 2018 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "16 ay 3 günlük" sürenin, *Mehmet Hasan Altan* kararında 8 Kasım 2016 tarihinde yapılan başvurunun 11 Ocak 2018 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "14 ay 3 günlük" sürenin, *Selahattin Demirtaş* kararında 17 Kasım 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun 21 Aralık 2017 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "13 ay 4 günlük" sürenin, *Tekin Akgün* kararında 5 Aralık 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun 21 Aralık 2017 tarihinde sonuçlanması nedeniyle geçen "1 yıl 16 günlük" sürenin ivedilik koşuluna uygun olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmesine rağmen, 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen askeri darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hal sebebiyle özgürlük ve güvenlik hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü arttırdığını, burada istisnai bir durumun bulunduğunu belirtmektedir.

Bu bağlamda, AİHM, sırasıyla "16 ay 3 gün", "14 ay 3 gün", "13 ay 4 gün", "1 yıl 16 gün" şeklinde gerçekleşen süreler "ivedi" olarak nitelendirilemeyecek olmasına rağmen, Şahin Alpay, *Mehmet Hasan Altan*, *Selahattin Demirtaş* ve *Tekin Akgün* davalarının kendi koşullarında, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen tutuklunun tutukluluğa itiraz etme ve ivedilikle karar verilmesini isteme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>141</sup>

Ancak AİHM, bu kararların, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında sunulan benzer şikâyetlerin inceleme süresi-ne ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi'ne istediği gibi davranabilme yetkisini (*carte blanche*) vermediğini, Anayasa Mahkemesi'ne tutukluluğun makul süreyi aştığı ve hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle yapılacak benzer bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruları ivedilikle sonuçlandırmaması halinde, kendisine diğer başvuranlar tarafından yapılabilecek şikâyetler için mutlak denetim yetkisini kullanmaya devam edeceğini belirtmiştir.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> Şahin Alpay/Türkiye, §§ 137, 138, 139; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, §§ 165, 166, 167; Selahattin Demirtaş / Türkiye (No.2), §§ 213-216; Akgün/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 19699/18), §§ 35-44, 2 Nisan 2019.

<sup>142</sup> Şahin Alpay/Türkiye, § 138; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 166.



Nitekim *Kavala* kararında, AİHM, daha önceki esnek tutumunu değiştirerek, 29 Aralık 2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun 28 Haziran 2019 tarihinde sonuçlanması nedeniyle, "1 yıl 5 ay 29 günlük" (17 ay 29 gün) sürenin geçtiğini, 29 Aralık 2017'de yapılan başvuruya rağmen Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşık 10 ay boyunca herhangi bir işlem tesis etmediğini, Hükümetten davaya ilişkin görüşünü 5 Kasım 2018'de sorduğunu, mevcut davada yaşanan gecikme süresinin yukarıda zikredilen diğer davalardan daha da uzun olduğunu, bu nedenle bu davada yaşanan gecikmelerin ilgililere atfedilebilir olduğunu ifade etmiştir.<sup>143</sup>

Olağanüstü halden kaynaklanan gecikmelerin mazur görülmesine rağmen, tutukluluğun hukuka uygunluğunun ivedi denetimi konusunda konan standartların katı olduğunu belirten Mahkeme,<sup>144</sup> 1 Kasım 2017 tutuklanan *Kavala* hakkında 9 Şubat 2019 tarihinde ilk iddianamenin düzenlendiğini, 4 Mart 2019 tarihinde iddianamenin kabulünü müteakip *Kavala*'nın ilk defa mahkeme huzuruna 30 Nisan 2019 tarihinde çıktığını, bu arada 17 aydan fazla bir sürenin geçtiğini, tüm tahliye taleplerinin basmakalıp ve matbu gerekçeler ile reddedildiğini, 20 Ekim 2017 tarihinde Sulh Ceza Mahkemesi'nce soruşturma dosyasına erişime konulan kısıtlamanın 4 Mart 2019 tarihinde iddianamenin kabul edilmesine kadar geçerli olduğunu, bu nedenle *Kavala*'nın 16 ay boyunca hakkındaki suçlamayı bilmeksizin tutuklu kaldığını, Anayasa Mahkemesi'nin *Kavala*'nın 29 Aralık 2017'de yaptığı bireysel başvurusunu ivedilikle görüşüp sonuçlandırarak tüm bu ihlalleri sonlandırması mümkün olmasına rağmen bunu yapmadığını, olağanüstü halin 18 Temmuz 2018 tarihinde kaldırılmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran 2019 tarihinde karar verdiğini, bu arada 11 aydan fazla bir sürenin geçtiğini belirtmiştir.<sup>145</sup> Tüm bu nedenlerle AİHM, daha önceki dört kararından farklı olarak *Kavala* kararında, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurunun toplam süresini ve başvuran açısından söz konusu olan tehlikenin ağırlığını göz önünde bulundurarak, Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülen yargılamanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen "ivedilikle" karar verme prensibinin gereklerine uygun olmadığına ve söz konu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> *Kavala*/Türkiye, §§ 190-191.

<sup>144</sup> Bkz. *Idalov v. Russia*, § 157.

<sup>145</sup> *Kavala*/Türkiye, §§ 192-195.

<sup>146</sup> *Kavala*/Türkiye, § 196.

Bununla beraber, AİHM, soruşturma makamlarının soruşturma süresince tutumunun ve başvuranın aleyhinde alınan tedbirlerin bir STK aktivisti ve insan hakları savunucusu olarak başvuranın kendisini susturmak, diğerlerini de benzer eylemler gerçekleştirmekten caydırmak ve ülkede sosyal toplumu etkisiz bırakmak şeklinde gizli bir amaca hizmet ettiği düşüncesinde olduğunu belirtmiştir. Ardından AİHM, tıpkı *Demirtaş* kararında olduğu gibi, bu kararında da Sözleşme'nin 5. maddesiyle beraber 18. maddesinin de ihlal edildiğine ve Kavala'nın bir an önce tahliye edilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>147</sup> Mahkeme'ye göre, Kavala'ya yönelik bu gizli amaç, bir STK aktivisti ve insan hakları savunucusu olarak sadece Kavala'nın bireysel bir hakkını değil, diğer insan hakları savunucularının ve STK aktivistlerinin de bireysel bir hakkını ve bununla beraber toplumu düzenleme aracı olarak demokrasinin de özünü etkilemektedir.<sup>148</sup>

Bu makalenin kaleme alındığı sırada AİHM'nin Büyük Dairesi'nde yeniden görülen *Demirtaş* davasında ise AİHM Büyük Dairesi, tutukluluğa itirazın ivedi bir biçimde incelenip incelenmediği konusunda 2. Daire tarafından daha önceden verilen ve yukarıda aktarılan kararı değiştirmemiştir. Büyük Daire, *Demirtaş* kararında "13 ay 4 gün" şeklinde gerçekleşen inceleme süresini "ivedi" olarak nitelendiremeyecek olmasına rağmen, *Selahattin Demirtaş* davasının kendi koşulları ve Anayasa Mahkemesi'nin artan iş yükü dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen tutuklunun tutukluluğa itiraz etme ve ivedilikle karar verilmesini isteme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>149</sup> Ancak 2. Daire tarafından daha önce hükmedildiği üzere, *Demirtaş*'ın tutukluluğunun siyasi bir amaca hizmet ettiğine, bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesiyle beraber 18. maddesinin de ihlal edildiğine karar veren Büyük Daire,<sup>150</sup> *Demirtaş*'ın tahliyesine ve tahliye kararının infaz edilip edilmediğinin Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce izlenmesine karar vermiştir.<sup>151</sup>

<sup>147</sup> Kavala/Türkiye, §§ 223-232.

<sup>148</sup> Kavala/Türkiye, § 231.

<sup>149</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2) [GC], §§ 368-370.

<sup>150</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2) [GC], §§ 433-438.

<sup>151</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (No. 2) [GC], §§ 439-442.

Görüldüğü üzere AİHM'in bu kararları Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda başvuranın tahliye edilmesinin halen mümkün olduğu, bu nedenle hâlihazırda iç hukukta tüketilmesi gereken etkili bir başvuru imkânının bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Bununla beraber yukarıda açıklandığı üzere, tutukluk süresinin makul süreyi aştığı konusunda yapılacak bireysel başvurularda tutukluluğa ilişkin gecikmiş bir yargı denetiminin etkili olamayacağını belirten<sup>152</sup> Mahkeme'nin, özellikle *Kavala* kararında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların etkililiğinden şüphe duymaya başladığı açıkça anlaşılmaktadır. Enis Berberoğlu hakkında verilen hak ihlali kararının<sup>153</sup> yerel mahkemece ve ardından istinaf mahkemesince uzun süre uygulanmadığı ve tahliyenin Anayasa Mahkemesi'nce verilen ikinci bir ihlal kararı<sup>154</sup> sonrasında gerçekleştiği göz önüne alındığında, uygulamanın bu yönde sürdürülmesi halinde AİHM'ye bu yönde yapılacak yeni başvuruların AİHM'nin şüphesinin artmasına neden olması, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda verdiği ihlal ve salıverme kararının etkili olmadığına, beklenen sonucu sağlamadığına, dolayısıyla tüketilmesine gerek olmadığına karar vermesi ihtimal dâhilindedir.

Bununla beraber 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurularda başvuruların sonuçlandırılması için azami bir süre öngörülmemiştir. Her ne kadar 49. maddenin beşinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin ilgili bölümünün "esas incelemesi aşamasında, başvuruçunun temel haklarının korunması için zorunlu gördüğü tedbirlere resen veya başvuruçunun talebi üzerine karar verebileceği ve tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde" verilmesi gerektiği hüküm altına alınmış ise de ilk tedbir kararının en geç ne zaman alınması gerektiği konusunda da azami bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla temel hak ihlallerine ilişkin başvuruların sonuçlandırılması gereken azami süreye dair bir hükmün söz konusu maddeye eklenmesi gereklidir. Aksi takdirde AİHM'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan tutukluğa itirazın ivedilikle sonuçlandırılması hükmünün gereklerinin karşılanması mümkün olmayacaktır.

<sup>152</sup> *Shcherbina v. Russia*, § 62; *Kavala /Türkiye*, § 177.

<sup>153</sup> Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17.09.2020, Resmî Gazete tarih ve sayısı 09.10.2020 - 31269

<sup>154</sup> Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21.01.2021, Resmî Gazete tarih ve sayısı 03.02.2021 - 31384.

## DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yapılan tüm reform çalışmalarına ve mevzuat değişikliklerine rağmen, tutuklama tedbiri ve bu tedbirin yorumlanmasına ilişkin problemler ceza muhakemesinin en sorunlu alanlarından biri olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda, işlenen suçun önemi, ihlal ettiği menfaatin ağırlığı, kamuoyunda yarattığı infialin derecesi, şüpheli aleyhine toplanan delillerin durumu ne olursa olsun, tutuklu statüsünün hükümlü statüsünden farklı olduğu ve farklı amaçlara hizmet ettiği hususunun Türk hukuk sisteminde yeterli derecede anlaşılamadığı görülmektedir.

CMK'nın 101/1 ve 2 maddesindeki açık hükme rağmen, davanın somut şartları bakımından, tutuklamanın iç hukukun gerektirdiği son çare olarak uygulandığını, tutuklamadan önce tutuklamaya alternatif olabilecek tedbirlerin öngörülüp tartışıldığını gösteren ve nihayetinde sanığın veya şüphelinin kişisel durumunun analizine dayanan, yeterli ve makul gerekçeler tutuklama kararlarında sunulmamaktadır.

Özellikle CMK'nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve adına "katalog suçlar" denilen suçlar söz konusu olduğunda, bu suçlar mahkemelerce sanki zorunlu tutuklamayı gerektiren suçlar şeklinde anlaşılakta olup madde metninde geçen ve mahkemenin takdir yetkisini koruyan "tutuklama nedeninin varsayılabileceği" ibaresi ihmal edilmektedir. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasıyla da uyumlu olmadığını düşündüğümüz CMK'nın 100/3 maddesi söz konusu olduğunda, tutuklama kararlarında, kuvvetli suç şüphesini haklı kılabilecek dosyada mevcut bilgi veya delillere dair özel bir değerlendirmenin yapılmadığı, işlenen suçun önemine, mevcut delil durumuna ve tutuklukta geçen süreye atıf yapan genel, tekdüze, hatta matbu sayılabilecek birtakım gerekçelerin sıralanmasıyla yetinildiği görülmektedir. Oysa makul ve yeterli gerekçenin bulunması halinde, tutuklamanın kanuna uygun yapılıp yapılmadığı anlaşılacak, sanık ve müdafii tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek savunma yapabilecek, itiraz merciinin ise denetim yapabilmesi mümkün olacaktır.

Yine gerek Yargıtay'ın gerekse Anayasa Mahkemesi'nin CMK'nın 100/2 maddesinde yer alan "uzatma süresine" ilişkin kararlarından, tutuklamaya ilişkin eski alışkanlıkların devam ettirildiği anlaşılacaktır. Bu bağlamda, mahkemelerin kovuşturma aşamasında delillerin tartışılmasını sağlamak yerine, sanık lehine veya aleyhine delilleri top-

lamaya devam ettikleri, bu nedenle tutukluğun azami süresi konusunda oldukça uzun bir süreyi tercih ettikleri, kişi hak ve özgürlüklerini ve masumiyet karinesini korumak yerine, ilerde verilmesi muhtemel bir mahkûmiyet kararının infazını mümkün kılmak üzere, tutuklama tedbirinin geçici niteliğine süreklilik kazandırdıkları görülmektedir.

Böylece, tutuklamanın geçici ve ihtiyari bir tedbir olduğu gerçeğinden uzaklaşmakta, ilerde mahkûmiyet halinde nihai cezadan mahsup edilecek “peşin ceza” formuna dönüştürülmesi sağlanmaktadır. Özellikle Yargıtay’ın ve Anayasa Mahkemesi’nin tutuklamayı isnada ve hükme bağlı tutukluluk şeklinde ikiye ayıran ve ilk derece mahkemelerince hüküm verildiği andan itibaren tutuklamayı herhangi bir azami süreye tabi tutmayan yorumu, AİHS’nin 6. maddesinde belirtilen makul bir süre içinde adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

Dolayısıyla yorum yolu ile AİHS’nin 5/3 ve 5/4 maddesinin sağladığı korumanın dışına çıkarılan tutukluluk halleri, AİHM tarafından her halükârda 6.madde kapsamında incelenmeye devam edilecek, ancak Sözleşme’nin 18.maddesinin de ihlali söz konusu olmadığı sürece tedbiren tahliye kararı verilemeyecektir. Bununla beraber, 6216 sayılı Kanun’un 49. maddesinde, bireysel başvuruların sonuçlandırılması için azami bir sürenin öngörülmemesi, Anayasa Mahkemesi’nin makul süreyi aşan tutuklamalara ilişkin bireysel başvurularda, Sözleşme’nin 5/4 maddesinde belirtilen ivedi inceleme gereklerine aykırı hareket etmeye devam etmesi, AİHM’nin daha uzun bir süre Türk mahkemelerince verilen tutuklama kararlarının yerindeliğini ve süre bakımından makul olup olmadığını incelemeye devam edeceğini göstermektedir.

Yine tutukluk süresinin makul süreyi aştığı konusunda yapılacak bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi’nce verilen hak ihlali ve salıverme kararlarının yerel mahkemelerce Anayasa Mahkemesi’nin temyiz mahkemesi olmadığı ve verilen kararlarda yerindelik denetimi yaptığı gerekçesiyle uygulanmamasına devam edilmesi halinde, *Kavala* kararından itibaren AİHM’de oluşan bireysel başvuru yolunun etkili olup olmadığına dair şüphenin haklı çıkması, bunun üzerine AİHM’nin makul süreyi aşan tutuklamalar sebebiyle kendisine yapılacak yeni başvurularda, Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuruların etkili olmadığına, beklenen sonucu sağlamadığına, dolayısıyla bu iç hukuk yolunun tüketilmesine gerek olmadığına karar vermesi ihtimal dâhilindedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Bıçak Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013.
- Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/McBride Jeremy/Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- İnci Zekiye Özen, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Seçkin, Ankara, 2014.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta, İstanbul, 2010.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Özge Sırma/Kırıt Yase-min F. Saygılar/Akcan Esra Alan/Tütüncü Efser Erden/Özaydın Özdem, (Editör, Bahri Öztürk), Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Savaş, Ankara, 2018.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 183, 2. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2011.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yenidünya A. Caner/İçer Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

### Makaleler

- Akkaya Hikmet Murat, "Sevk Tutuklaması ve AİHM'in Yaklaşımı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.17, S. 4, s.129-153.
- Balo Yusuf Solmaz, "Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihanı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, C.3, S.1, s.1-57.

- Baytaz Abdullah Batuhan, "Hükme Bağlı Tutukluluk", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, C.6, S.2, s. 133-153.
- Centel Nur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, 2011, C.17, S. (1-2), s. 49-63.
- Centel Nur, "Tutuklama Uygulamasında Sorunlar", *İÜHFH (İstanbul Hukuk Mecmuası)*, 2013, C. 71, S. 1, s. 193-206.
- Feyzioglu Metin/Ergün Güneş Okuyucu, "Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AUHFD)*, 2010, C. 59, S. 1, s. 35-59.
- Güleç Sesim Soyer, "Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, C. 98, S. 1, s.25-74.
- Katoğlu Tuğrul, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, C.69, S.4, s. 19-33.
- Koparan Mehmet Reşat, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 65, s.154-172.
- Özen Muharrem/Güngör Devrim/Ergün Güneş Okuyucu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, C. 68. S. 4, s.181-187.
- Taşkın Ş. Cankat, "Tutuklamaya ve Tutukluluk Halinin Devamına İtiraz Kurumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, S. 66, s.275-288.
- Yenisey Feridun "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2016, C. 33, s. 213-229.

### **AIHM Kararları**

- Abdulsitar Akgül/Türkiye, (Başvuru no. 31595/07), 25 Haziran 2013.
- Adem Serkan Gündoğdu/Türkiye, (Başvuru no. 67696/11), 16 Ocak 2018.
- Ağit Demir/Türkiye, (Başvuru no. 36475/10), 27 Şubat 2018.
- Akgün/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 19699/18), 2 Nisan 2019.
- Ali Koçintar/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 77429/12), 1 Temmuz 2014.
- Alimov/Türkiye, (Başvuru no. 14344/13), 6 Aralık 2016.
- Ali Rıza Kaplan/Türkiye, (Başvuru no. 24597/08), 13 Kasım 2014.
- Aliyev v. Azerbaijan judgment (nos. 68762/14 and 71200/14), 20 September 2018.
- Al-Jedda v. the United Kingdom [GC], (no. 27021/08), 7 July 2011.
- Alparslan Altan/Türkiye, (Başvuru No. 12778/17), 16 Nisan 2019.
- Altınok/Türkiye, (Başvuru no. 31610/08), 29 Kasım 2011.
- Ambroszkiewicz v. Poland, (no. 38797/03), 4 May 2006.

- Amerkhanov/Türkiye, (Başvuru no. 16026/12), 5 Haziran 2018.
- Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], (no. 73049/01), 11 January 2007.
- Aquilina v. Malta [GC], (no 25642/94), 29 April 1999.
- Assanidze v. Georgia [GC], (no. 71503/01), 8 April 2004.
- Assenov and Others v. Bulgaria, (no. 90/1997/874/1086), 28 October 1998.
- Ayşe Yüksel ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 55835/09, 55836/09 ve 55839/09), 31 Mayıs 2016.
- Batyrkhairov/Türkiye, (Başvuru no.69929/12), 5 Haziran 2018.
- Bolech v. Switzerland , (no. 30138/12), 29 October 2013.
- Bozkaya/Türkiye, (Başvuru no. 46661/09), 5 Eylül 2017, Nihai 5 Aralık 2017.
- Brogan and Others v. The United Kingdom, (no.11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 29 November 1988.
- Buzadji v. the Republic of Moldova [GC], (no. 23755/07), 5 July 2016.
- Cahit Demirel/Türkiye, (Başvuru no. 18623/03), 7 Temmuz 2009.
- Ceviz/Türkiye, (Başvuru no. 8140/08), 17 Temmuz 2012.
- Clooth v. Belgium, Series A no. 225; 12 December 1991.
- Contrada v. Italy, (no.92/1997/876/1088), 24 August 1998.
- Çetin Doğan/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.28484/10), 10 Nisan 2012.
- Çiçek/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 72774/10), 3 Mart 2015.
- Daneshpayeh/Türkiye (Başvuru no. 21086/04), 16 Temmuz 2009.
- De Jong, Baljet and Van den Brink v. the Netherlands (no. 8805/79; 8806/79; 9242/81), 22 May 1984.
- Döner ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 29994/02), 7 Mart 2017.
- Erarşlan ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 55833/09, 55837/09, 55838/09 ve 55843/09) , 19 Eylül 2018.
- Erkenov/Türkiye, (Başvuru no.18152/11), 6 Eylül 2016.
- Foucher v. France, (no. 22209/93), 18 March 1997.
- Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, (no. 12244/86; 12245/86; 12383/86), 30 August, 1990.
- G.B. v. Switzerland, (no. 27426/95), 30 November 2000.
- Galip Doğru/Türkiye, (Başvuru no. 36001/06), 28 Nisan 2015.
- Gavril Yosifov v. Bulgaria, (no.74012/01), 6 November 2008.
- Giorgi Nikolaishvili v. Georgia, (no. 37048/04), 13 January 2009.
- Girişen/Türkiye, (Başvuru no. 53567/07), 13 Mart 2018.
- Güngil/Türkiye, (Başvuru no. 28388/03), 10 Mart 2009.
- Hakim Aydın/Türkiye, (Başvuru no. 4048/09), 26 Mayıs 2020, Kesinleşme, 26 Ağustos 2020.



- Hasan Uzun/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 10755/13), 30 Nisan 2013.
- Hayrettin Demir/Türkiye, (Başvuru no. 2091/07), 24 Temmuz 2012.
- Idalov v. Russia [GC], (no. 5826/03), 22 May 2012.
- Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, (no. 15172/13), 22 May 2014.
- Ilijkov v. Bulgaria, (no. 33977/96), 26 July 2001.
- İbrahim Güler/Türkiye, (Başvuru no.1942/08), 15 Ekim 2013.
- İrfan Güzel/Türkiye, (Başvuru no. 35285/08), 7 Şubat 2017.
- James, Wells and Lee v. the United Kingdom, (nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09), 18 September 2012.
- Ječius v. Lithuania, (no. 34578/97), 31 July 2000.
- Kandjov v. Bulgaria, (no.68294/01), 6 November 2008.
- Kavala/Türkiye, (Başvuru no.28749/18), 10 Aralık 2019, Kesinleşme 11 Mayıs 2020.
- Khayredinov v. Ukraine, (no. 38717/04), 14 October 2010.
- Khudobin v. Russia, (no. 59696/00), 26 October 2006.
- Korkmaz ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 35979/97), 21 Mart 2006.
- Kučera v. Slovakia, (no. 48666/99), 17 July 2007.
- Labita v. Italy [GC], (no. 26772/95), 6 April 2000.
- Ladent v. Poland, (no. 11036/03), 18 March 2008.
- Lamy v. Belgium, (no. 10444/83), 30 March 1989.
- Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, (no. 4922/04), 8 October 2009.
- Lebedev v. Russia, (no. 4493/04), 25 October 2007.
- Letellier v. France, (no.12369/86), 26 June 1991.
- Levent Ersöz/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.45746/11), 17 Şubat 2015.
- Lietzow v. Germany, (no. 24479/94), 13 February 2001.
- Luković v. Serbia, (no. 43808/07), 26 March 2013.
- Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no. 36443/06), 14 Nisan 2015.
- Magee and Others v. the United Kingdom, (nos. 26289/12, 29062/12 and 29891/12), 12 May 2015.
- Mamedova v. Russia, (no. 7064/05), 1 June 2006.
- Mammadli v. Azerbaijan, (no. 47145/14), 19 April 2018.
- McKay v. the United Kingdom [GC], (no. 543/03), 3 October 2006.
- Mehmet Hasan Altan/Türkiye, (Başvuru no. 13237/17), 20 Mart 2018.
- Merabishvili v. Georgia [GC], (no. 72508/13), 28 November 2017.
- Mercan/Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no. 56511/16), 8 Kasım 2016.

- Mergen ve diğeri/Türkiye, (Başvuru no. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09), 31 Mayıs 2016.
- Mooren v. Germany [GC], (no. 11364/03), 9 July 2009.
- Murray v. The United Kingdom (no.14310/88), 28 October 1994.
- Mustafa Avcı/Türkiye, (Başvuru no.39322/12), 23 Mayıs 2017.
- Nikolova v. Bulgaria [GC], (no. 31195/96), 25 March 1999.
- Neumeister v. Austria, Series A no. 8, 27 June 1968.
- O'hara v. The United Kingdom, (no. 37555/97), 16 October 2001.
- Ovsjannikov v. Estonia, (no.1346/12), 20 February 2014.
- Pélissier and Sassi v. France [GC], (no. 25444/94), 25 March 1999.
- Rahbar-Pagard/Bulgaristan, (Başvuru no. 45466/99 ve 29903/02), 6 Nisan 2006.
- Rohlena v. the Czech Republic [GC], (no. 59552/08), 27 January 2015.
- Saghinadze and Others v. Georgia (no.18768/05), 27 May 2010.
- Salih Salman Kılıç/Türkiye, (Başvuru no. 22077/10), 5 Mart 2013.
- Salov v. Ukraine, (no. 65518/01), 6 September 2005.
- Schöps v. Germany, (no.25116/94), 13 February 2001.
- Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), (Başvuru no.14305/17), 20 Kasım 2018.
- Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) [GC], (no.14305/17), 22 December 2020.
- Shcherbina v. Russia, (no.41970/11), 26 June 2014.
- Smirnova v. Russia, (nos. 46133/99 and 48183/99), 24 July 2003.
- S.T.S. v. the Netherlands, (no. 277/05), 7 June 2011.
- Süleyman Erdem/Türkiye, (Başvuru no. 49574/99), 19 Eylül 2006.
- Süleymanoğlu/Türkiye, (Başvuru no. 38283/04), 29 Ocak 2013.
- Şahin Alpay/Türkiye, (Başvuru no. 16538/17), 20 Mart 2018.
- Şık/Türkiye, (Başvuru no.53413/11), 8 Temmuz 2014.
- Tinner v. Switzerland (no. 59301/08 ve 8439/09), 26 April 2011.
- van der Tang v. Spain, (no.19382/92), 13 July 1995.
- Vedat Doğru/Türkiye, (Başvuru no. 2469/10), 5 Nisan 2016.
- W. v. Switzerland, (no.14379/88), 26 January 1993.
- Waite and Kennedy v. Germany [GC], (no. 26083/94), 18 February 1999.
- Weeks v. the United Kingdom, (no. 9787/82), 2 March 1987.
- Wemhoff v. Germany, Series A no. 7, 27 June 1968.

### İnternet Kaynakları

<https://hudoc.echr.coe.int>

[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf)