**KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve GÜVENLİĞİ HAKKI**

AİHS’nin 5. maddesi kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılacağı durumları gösterir. Bu durumlar tüketici (tahdidi) bir liste halinde sunulur.

İlgili madde hem haklara yer verir hem de istisnaları gösterir. Anayasa m. 10’a bakınca bu hakkı görürüz. Sözleşmeye yakından bakalım:

Hakkın öznesi bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Yani özel bir rejime tabi tutulan silahlı kuvvetler mensupları da dahil olmak üzere herkes bu maddeden yararlanabilir.

Sözleşmenin 5. maddesi bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı tüm durumlar için geçerlidir. O sebeple, sadece yakalama ve tutuklama gibi koruma tedbirlerini kapsamaz; daha geniştir.

AİHM’ne göre özgürlükten yoksun bırakma çok çeşitli biçimlerde olabilir. Şunun altını çizelim m. 5 sadece kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılma olgusuyla ilgilenir, yani tutulduğu yerdeki koşullar m. 5’in konusuna girer. Aynı konu Ek Protokol 4’ün 2. maddesinde de görülür. Seyahat özgürlüğü ile kişi özgürlüğü arasında bir yarışma olabilir. Her ikisinin ihlali de birbirlerini gündeme getirir.

AİHS’nin 5. maddesi ancak belli hallerde kişinin tutuklanmasına izin verir; dolayısıyla gelecekte işlenecek (muhtemel) suçların önlenmesi amacıyla tutuklamaya izin verilmesi düşünülemez.

AİHS m. 5 iki unsur içerir:

Objektif Unsur

- kişinin önemsiz sayılamayacak bir süre için tutulmuş olması

- mesela birisi 7 saat gözaltında tutulmuştu

- asgari bir süre var mı mesela?

AİHM duruma göre 1 saatlik yoksunluğu bile hakkın ihlali olarak değerlendirir bazı kararlarında. Örneğin kişinin kimliğini tespit için 1 saat karakolda tutulması 5.  Maddeyi gündeme getirebilir (bkz. Novotka v. Slovakya, 2003).

Sübjektif Unsur

- kişinin bu duruma yönelik bir rızasının bulunmaması

Bir de kişinin yoksun bırakıldığı yerin mutlaka kapalı bir yer olması gerekmez. Mesela ev hapsi (bkz. Nikolova v. Bulgaristan, 2004) veya oda hapsi (bkz. Engel vd. v. Hollanda, 1976) gibi uygulamalarda m. 5 ihlaline yol açabilir.

Bu sadece vatandaşlar için geçerli de değildir. Mesela  yabancıların “kabul ve barınma” merkezi denilen yerlerde tutulması (bkz. Abdolkhanı ve Korimola v. Türkiye, 2009) ya da kişinin sınır dışı edilmek üzere havaalanın transit geçiş bölgesinde tutulması (Amuur v. Fransa, 1996).

Rıza olmaması gerekir. Kişinin rızası varsa ihlal gerçekleşmez. Ama m. 5/1(e) dışındaki bentlerde razı gündeme gelmez; rızaya bakılmadan kişi özgürlüğünden mahrum bırakılır. Kişi hastaneye yatırılacak (bkz. Nielsen v. Danimarka, 1988) veya bakımevine yatırılacak (H.M. v. İsviçre, 2002). O halde rızası aranmalı yoksa ihlal sayılır. Kişiler bu ricadan her zaman vazgeçebilir.

Kişi özgürlüğü ve güven acaba negatif mi yoksa pozitif yükümlülük mü yükler devlete?

- hem negatif (yoksun bırakmama)

- hem pozitif (kişinin özgürlüğü ve güvenliğini sınırlayan fiillere karşı koruma)

Bir kişi sözleşmeye uygun olarak nasıl özgürlüğünden mahrum bırakılır? İki şart var:

Hukuki bir dayanak olmalı + yoksun bırakma nedeninin 5. maddenin ilk fıkrasında sayılan 6 nedenden birine girmesi gerekir.

Sözleşmenin 5. maddesinde bir ölçüt vardır:

“yasanın öngördüğü usule uygun” bu neyi gösterir

bunun Türkçe’si kişi özgürlüğü ve güvenliğinin katı bir “yasallık” koşuluna tabi olduğunu göstermesidir.

AİHM ilk önce ulusal düzenlemelere bakar; iç hukukta hukuki bir dayanak var mı yok mu, sonra istisnalar kapsamında mı değil mi; tüm bunlardan sonra ihlal var mı yok mu onun kararını verir. Ama hiç kuşkusuz iç hukuktaki şekil ve esas kurallarının dışında asıl baktığı Sözleşmenin 5. maddesinin amacına uygun mu? Bu amaç şöyle özetlenebilir:

Hukuka uygun bir tutma için:

- bir kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirin ve bu tedbir sonunda salıvermenin kayıt altına alınmış olması ve bu kaydın gerçeğe uygun veriler içermesi

- kişinin iç hukukta belirtilen sürelerden fazla tutulmamış olması

- kişinin işlediği suçtan iç hukukta belirtilen sürelerden fazla bir süre tutulması

- kişinin suç işlemesinin önlenmesi nedeniyle yetkili adli merci önüne çıkarmaksızın yalnızca idari kararlarla kişini tutulması

- kişi suç şüphesi altında değilse tutulması veya mevcut bir hukuki sebebe dayanılarak tutulmuş olması

Yasallık ölçütünü; yalnızca kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anda değil kişinin yoksun bırakıldığı sürece uyulmalıdır. Ayrıca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında sınırlama getiren bir yasal düzenlemenin erişilebilir ve öngörülebilir olması ve belirlilik taşıması beklenmektedir (bu kıstaslar için bkz. Amuur v. Fransa, 1995; Baranowski v. Polonya, 2000).

Ulusal makamlar keyfi davranmamalı. Peki keyfilik nedir?

- mahkeme keyfiliği tanımlamamış ama bazı noktalara işaret etmiştir

- kamu makamlarının kötü niyetle davranması veya bir hilesi

(Kişi özgürlüğü ve güvenliğini ihlal etmeyen haller)

**HAKKIN İSTİSNALARI**

- Yetkili Bir Mahkemenin Verdiği Mahkumiyet Kararı Sonrasında Tutulma

- Mahkeme Kararına Uymama Sebebiyle veya Yükümlüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak Amacıyla Yakalama veya Tutma

- Yetkili Adli Merciinin Önüne Çıkarılmak Amacıyla Yakalama veya Tutma (Küçüklerin Tutulması)

- Ülkeye Girişin Önlenmesi veya Sınır Dışı ve Geri Verme Amacıyla Yakalama ya da Tutma

- Bulaşıcı Hastalığı Olanların, Akıl Hastalarının, Uyuşturucu Bağımlılarının ve Serserilerin Tutulması

**Yetkili Bir Mahkemenin Verdiği Mahkumiyet Kararı
Sonrasında Tutulma (m. 5/1-a)**

Burada kastedilen mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının infazıdır. Ama burada verilen mahkumiyet kararının “yasallığı” değerlendirilmemektedir. İlk derece mahkemesinin verdiği kararda bahsedilir burada; yoksa yargılama esnasındaki tutukluluk bu kapsamda değildir. Peki mahkeme ne anlama gelir. Bunun cevabını içtihatlarda buluruz.

De Wilde vd. v. Belçika, 1971 kararından hareketle: Özgürlükten yoksun bırakılma konusunda temel usul güvenceleri uygulayabilecek, yürütme organına ve taraflara karşı bağımsız ve tarafsız yargı organıdır.

M. 5/1-a’nın koşulları nelerdir:

- iç hukukta yetkili mahkeme kararı vermeli (aksi halde gerçekleşir)

- yetkili mahkeme idare ve taraflardan bağımsız ve yeterli yargısal güvence sağlayan mahkeme olmalı

O halde “idare” kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmaz. Ya disiplin cezaları kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakırsa; yetkili bir mahkeme ise ihlal sayılmaz. Peki suç kavramının kapsamı nedir? Hem ceza hukuku hem de disiplin cezası anlamında

**Mahkeme Kararına Uymama Sebebiyle veya Yükümlülüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak Amacıyla Yakalama veya Tutma (m. 5/1-b)**

Mahkeme Kararına Uymama

- yargı yerinin emrettiği sağlık muayenesine gitmeme sebebiyle tutma

- boşanmış eşlerin çocuklarına yasal teslim etme kararına uymama sebebiyle tutma

- nafakanın ödenmesini sağlamak için tutma (mahkeme kararı aslında esas hakkında bir karar değil!)

Yasanın Bir Yükümlülüğünü Yerine Getirmeme

- kimlik tespiti için tutma

- zorunlu askerlik

Sözleşmenin m. 5/1-b doktrinde eleştiriye uğrar çünkü devletlere geniş bir takdir hakkı tanır. Ama mahkeme demokratik bir toplum üzerinden dengeleme uğraşına girer (bkz. Nowika v. Polonya, 2002). Yoksun bırakma son çare olmalıdır. Ayrıca kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması cezalandırıcı bir nitelik taşımamalıdır.

**Yetkili Adli Merci Önüne Çıkarılmak Amacıyla Yakalama veya Tutma (m. 5/1-c)**

Bu fıkranın uygulanması için ulusal hukukta bir “suçun” mevcut olması zorunludur. Kişi mutlaka yetkili adli merciinin önüne çıkarılmalıdır.

M. 5/1-c bazı ölçütlere yer vermiştir: “makul şüphe” ve “makul olarak gerekli görülme”

Makul şüphe suçun kesin olarak kanıtlanması anlamına gelmez. Bir kişinin o suçu işlemiş olduğuna dair nesnel bir kişiyi ikna etmeye yeterli olgu ve bilgilerin varlığı yeterlidir. Ancak makul şüphe ortadan kalktığında kişinin tutulmaması gerekir. Aksi halde ihlal gerçekleşir.

Burada dikkat edilecek nokta: ceza soruşturması ve kovuşturması aşamalarını kapsadığıdır. Henüz bir mahkumiyet kararı yoktur.

Bu bent uyarınca tutulma nedenleri belirlenmemiştir. Ama AİHM mutlaka bir nedenin gösterilmesini zorunlu tutmaktadır (Boclenco v. Moldova, 2006). Sadece makul şüphe için yeterli değildir, ayrıca gerekçeli olmalı; karar ve kalıplaşmış ifadelere yer verilmemesi gerekir. Kişinin tutuklanması için kamu yararı olmalı;

- kaçma tehlikesi

- adalete engel olma

- delillerin karartılması

- yeniden suç işleme tehlikesi

- kamu düzeninin bozulması tehlikesi, tutuklanma sebeplerinden bazılarıdır.

Kişinin salıverilme kararına rağmen hala tutuklu kalması da m. 5/1-c’nin ihlalidir (bkz. Giulia Manzani v. İtalya, 1997).

**Küçüklerin Tutulması (m. 5/1-d)**

“Yasaya uygun olarak verilen kararla tutulma” ifadesi söz konusu kararın bir yargı organı tarafından verilmesini zorunlu tutar.

‘Küçük’ ifadesi 18 yaşından küçükleri kapsar. Burada suç isnadıyla yasal merci önüne çıkarılma kastedilmez, o m. 5/1-c’ye girer; burada eğitimin denetlenmesi söz konusu

**Bulaşıcı Hastalığı Olanların, Akıl Hastalarının, Alkoliklerin, Uyuşturucu Bağımlılarının ve Serserilerin Tutulması (m. 5/1-e)**

Burada da özel olarak “yasaya uygunluk” ölçüte yer alır.

Bulaşıcı hastalık taşıyanların tutulması genel sağlık açısından anlaşılır. Ama diğer kavramla tanımlanmış değildir. Bu konuda devletlerin takdir hakkı vardır belirleme için... AİHM bu kişilerin gerek topluma gerek kendilerine tehlike oluşturma şeklinde bir koşul arar (bkz. Guzzardi v. İtalya, 1980).

Bulaşıcı hastalık taşıyanların tutulması için 2 kıstas aranır:

- söz konusu hastalığın yayılmasının halk sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olması

- kişinin tutulmasından daha hafif bir tedbir alınmasının mümkün olmaması

Akıl hastası kişi tıbbi tedavinin yapıldığı bir yerde tutulmalı yani sırf bu  yüzden tutuklanamaz ve tutukevinde tutulamaz. Aksi halde m. 3 ihlal edilmiş olur.

Alkolik ise sırf tıbben alkollü tanımlaması  yapılanları kapsamaz; teşhis alkolik olmasa da, alkolün etkisi ile kamu düzeni ve  kendileri için tehlikeli olan kişilerin gözaltına alınması m. 5/1’e uygundur (bkz. Widold Litna v. Polonya, 2000).

**Ülkeye Girişin Önlenmesi veya Sınır Dışı ve Geri Verme
Amacıyla Yakalama / Tutma (m. 5/1-f)**

Yine bir yasallık ölçütü söz konusu ve uygulanacak bir koruma tedbirinin mutlaka ulusal ve uluslararası hukuka uygun olması ve keyfi olmaması gerekmektedir. Amaçlar belirlidir, bunun dışında bir amaç kabul edilemez.

**ÖZGÜRLÜĞÜNDEN YOKSUN BIRAKILAN KİŞİLERİN HAKLARI**

- Anladığı dilde derhal bilgilendirilme hakkı

- Derhal bir yargıç önüne çıkarılma hakkı

- Makul sürede yargılanma veya yargılama sırasında salıverilme hakkı

- Mahkemeye başvurma hakkı

- Yakınlarına haber verme hakkı

- Tazminat hakkı

**Anladığı Dilde Derhal Bilgilendirilme Hakkı**

3 farklı yükümlülük vardır:

- yakalanma nedenleri ve kendisine yönelen her türlü suçlama konusunda bilgilendirme yapılması

- bilgilendirmenin en kısa sürede yapılması

- bilgilendirmenin anladığı dilde yapılması

Böylesi yükümlülüklerin nedeni maddi hata olasılığının ortadan kaldırılmasıdır. Bu hüküm m. 5/1’in tamamı için uygulanır.

Belli bir şekil şartı yoktur bilgilendirme için... Savunma amaçlı değildir (m. 6’daki bilgilendirme savunma amaçlı). Ama mutlaka yasal ve fiili gerekçeleri içeren, dolayısıyla yeterli bir biçimde yapılmalıdır (bkz. Fox, Campell ve Hartley v. BK, 1990).

En kısa süre AİHM’ne göre, her somut olaya göre değerlendirilmek birlikte birkaç saat gibi bir süredir (bkz. Murray ve BK, 1994; Dilema v. Türkiye, 2000).

Anladığı dil resmi dil anlamına gelmez; kişinin anlayabildiği dildir, vatandaşlığının olduğu dil değil. Kişinin beyanı önemli ama kişi o dili bilmekle birlikte politik tercih yapıyorsa ihlal gerçekleşmez.