HÂKİM KARARINA DAYANMAYAN VE ADLİ MERCİ ÖNÜNE ÇIKARTMA AMACI GÜTMEYEN POLİS EYLEMLERİ İLE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINDAN MAHRUM BIRAKILMA

Onur ŞAHİNKAYA

110614037

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

DANIŞMAN

Yrd. Doç. Dr. Asuman Aytekin İNCEOĞLU

2015

HÂKİM KARARINA DAYANMAYAN VE ADLİ MERCİ ÖNÜNE ÇIKARTMA AMACI GÜTMEYEN POLİS EYLEMLERİ İLE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINDAN MAHRUM BIRAKILMA

DEPRIVATION OF RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY BY POLICE ACTIONS WHICH ARE NOT BASED ON A JUDICIAL DECISION AND WHICH HAVE NOT PURPOSE OF BRINGING TO BEFORE THE COMPETENT JUDICIAL AUTHORITY

Onur ŞAHİNKAYA
110614037

Yrd. Doç. Dr. Asuman Aytekin İNCEOĞLU :

Yrd. Doç. Dr. Ulaş KARAN :

Yrd. Doç. Dr. Ragıp Barış ERMAN :

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı : 150

Anahtar Kelimeler (Türkçe)	Anahtar Kelimeler (İngilizce)
1) Polis	1) Police
2) Düzen	2) Order
3) Alıkoyma	3) Detention
4) Adli Merci	4) Competent Judicial Authority
5) Hâkim Kararı	5) Judicial Decision

ÖZET

Polisin dünyevi düzeni kurması ve yeniden üretmesi 16. yüzyılda gözle görünür bir olgu olarak ortaya çıktı. Kapitalizmin toprağa dayalı üretimi parçalayıp köylü kitleleri şehirlere sevk etmesinin hızlandığı 16. yüz yıldan itibaren, şehir, düzensizlik, polis ve zamanla suç bir arada anılan kavramlar olageldi. Liberal siyaset felsefesi ile koşut olarak gelişen liberal ceza hukuku polise, suç fiili üzerine harekete geçebildiği bir çerçeve çizdi. Kişinin bedeni özgürlüğünün ortadan kaldırılması da doğal olarak, suç fiiline bağlı kılındı. Keyfiliğe karşı bir kalkan olarak hâkim güvencesi yüzyıllar içinde kurumsallaştı. Günümüzde suç çerçevesinin dışına çıkılarak önleyici, diğer bir değişle suç öncesi polis eylemleri gerçek hayatta artarken, bir yandan da ceza usul hukukunun da yapısı buna uygun olarak değişikliğe uğramaktadır. Bu değişim klasik ceza usul hukuku ve insan hakları hukuku disiplinleri ile derin çelişkiler barındırmaktadır. Kişinin fiziki özgürlüğü, bu çelişkilerin tam da ortasında duran, tarihi, merkezi ve güncel bir konudur. Öyle ki kişinin hareket serbestîsinin önleyici amaçlarla, hâkim kararına dayanmadan ortadan kaldırılmasına olanak veren doktrin görüşleri ve güncel mevzuat değişiklikleri bir bütün olarak ceza hukukunu ve giderek hukuku anlamsızlaştırma; olağanlaştırılmış bir olağanüstü hal uygulamasını kurumsallaştırma tehlikesi barındırmaktadır.

ABSTRACT

From 16th century onwards, the role of police in the establishment and the reproduction of worldly order emerged as an apparent phenomena. The concepts of urban, disorder, police and eventually crime, had mentioned together literally during this century while capitalism dissolving the agrarian based production model and increasingly forcing rural masses to move to new urban areas. Liberal criminal law that evolved parallel to liberal political philosophy had limited the initiative of police by legal frameworks over act of crime. Any annihilation of freedom and personal liberty legally depended on the structure of the act of crime. The protection of judiciary against arbitrariness on these liberties is institutionalized during the centuries. Nowadays, acts of police that violate the legal framework over acts of crime, in other words, preventive acts of police, are increasing in daily life and on the other hand the structure of the criminal law is evolving in line with this reality. This transformation poses a deep contradiction with the basic principles of classical law of criminal procedure and human rights law. The physical freedom of the person stands in the right in the middle between these contradictions as an historical, central and contemporary issue. Such that, those doctrines and current legislative arrangements that enable the police to violate the freedom of the person as a preventive measure without judicial decision pose a great threat of depriving the sense out of criminal law as a whole, and gradually law itself in general and institutionalizing a normalized state of emergency structure.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....iv

KAYNAKÇA ve ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ.....v

MAHKEME KARARLARI DİZİNİ.....xi

GİRİŞ.....1

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI VE İLGİLİ KAVRAMLAR

I. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı.....4

A- Hukukta Kişi Özgürlüğü, Güvenliği ve Haktan Mahrumiyet Kavramları.....4

B- Hakkın Doğuşu, Tarihi Gelişimi.....11

C- Hakkın Uluslararası Belgelerdeki Yeri.....25

D- Hakkın İç Hukuktaki Yeri ve Yakalama Kurumu.....28

II. Polis Kavramı, Gelişimi ve Polisin Günümüzdeki Fonksiyonu.....39

A- Polis, Düzen ve Tutma (Alıkoyma) Kavramları.....39

B- Polisin Doğuşu, Tarihsel Gelişimi.....44

C- Polisin Günümüzdeki Fonksiyonu.....51

III. Polisin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Müdahalesinde Keyfiliğe İmkân Veren Kavramlar.....60

A- Takdir Yetkisi.....60

B- Re'sen İcra.....63

C- Makul Şüphe, Mesleki Tecrübe, Makul Sebep.....66

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİM KARARINA DAYANMAYAN VE ADLİ MERCİ ÖNÜNE ÇIKARTMA AMACI GÜTMEYEN POLİS EYLEMLERİ İLE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINDAN MAHRUM BIRAKILMA HÂL VE USULLERİ

I. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan, Adli Merci Önüne Çıkartma Amacı Güden Ancak Yakalama Emrine Dayanmayan Kolluk Yakalaması (CMK.m.90/2).....73

A- Yakalama Emrine Dayanmayan Kolluk Yakalamasının Şartları.....73

1. Tutuklama Kararı veya Yakalama Emri Düzenlenmesini Gerektiren Hâl.....73

2. Gecikmesinde Sakınca (Tehlike) Bulunan Hâl.....76
3. Cumhuriyet Savcısına veya Âmirlerine Derhâl Başvurma Olanağı Bulunmaması.....76
B- Yakalama Emrine Dayanmayan Kolluk Yakalaması Karşısında Başvuru Yolları.....77
1. İtiraz Başvurusu.....77
2. Tazminat Başvurusu.....80
II. Önleme Yakalaması ve Durdurma Açısından Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Arama ve Yakalama Yönetmeliğindeki Hâl ve Usuller.....83
A- Önleme Yakalaması Açısından Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.13, 17, Mülga.m.18.....84
1. Sarhoşluk, Sınır İhlali, Akıl Hastalığı, Küçüklük, Serserilik, Bulaşıcı Hastalık Hâlleri (PVSK.m.13).....87
2. Polisin Verdiği Emre İtaatsizlik ve Koyduğu Tedbire Riayetsizlik, Polise Direnme Hâlleri (PVSK.m.17).....97
3. Önleme Yakalamasının Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki İlk Düzenlemesi (PVSK Mülga.m.18).....99
B- Durdurma Açısından Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu.m.4/A ve Yakalama Yönetmeliği.m.27.....102
1. Durdurma Yetkisinin Ortaya Çıkışı ve Hukuki Mahiyeti.....102
2. İç Hukukta Durdurma Yetkisinin Düzenlenişi.....108
3. Durdurmanın Anayasa Karşısındaki Durumu.....119
4. Durdurmanın Koruma Tedbirleri ve Önleme Araması İle Karşılaştırılması.....122
C- İç Hukuktaki Önleme Yakalaması ve Durdurma Hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşısındaki Hukuki Durumu.....126
D- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Önleme Yakalaması ve Durdurma Adı Altında Yapılan Müdahalelere Karşı Başvuru Yolları.....137
III. Polisin "Emre Dayanmayan Yakalama Yetkisi"ni Düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu Hükmü ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Arama Yönetmeliği Hükümleri Arasındaki Temel Farklar.....140
IV. Sonuç.....145

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)
age.	Adı geçen eser
Arama Yönetmeliği	Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	Bakınız
CGTİK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
Dn.	Dip not
E.	Esas
IRA	Irish Republican Army
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
f.	Fıkra
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
m.	Madde
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No.	Numarası
Parag.	Paragraf
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	Sayfa
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDP	Toplum Destekli Polislik
TMK	Türk Medeni Kanunu
v.	Karşı
vb.	Ve bunun gibi
vd.	Ve devamı
Yakalama Yönetmeliği	Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği

KAYNAKÇA

Abay : Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri (Çeviren: Muvafak Abay), AÜHFD, Cilt 7, Sayı 1-2, s.446-493.

Agamben : Giorgio Agamben, Olağanüstü Hal (Çeviren: Kemal Atakay), 1. Bası, Varlık Yayınları, İstanbul, 2008.

Agamben : Giorgio Agamben, Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat (Çev: İsmail Türkmen), 1. Bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.

Akıncı : Müslüm Akıncı, Normatif Düzen Kalitesi.

Akşin : Sina Akşin, Sened-i İttifak İle Magna Carta'nın Karşılaştırılması.

Altıparmak, Aytaç, Aydın Karahanoğulları, Hançer : Kerem Altıparmak, Ahmet Murat Aytaç, Onur Karahanoğulları, Türkan Hançer, Devrim Aydın, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama-Parmak İzi Alınması-Silah Kullanma, Hukuk ve Adalet Dergisi, s.117-140.

Avcıoğlu : Doğan Avcıoğlu, Türkiye'nin Düzeni Dün Bugün Yarın, Cilt 1, 10. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 1976.

Beccaria : Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çeviren: Sami Selçuk), 1. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004.

Beşe : Ertan Beşe, Kırık Pencereler Teorisi Bağlamında Kentsel Yaşamda Suç ve Güvenlik, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 8, Sayı.1, 2006, s.1-24.

Black : Hery Campbell Black, Black's Law Dictionary, 5. Bası, West Publishing Co., Minnesota, 1983.

Centel, Zafer : Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Centel, Zafer : Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Çelebican : Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Demir, Çelik, Çetin, Özkan : Oğuzhan Ömer Demir, Ahmet Çelik, Hakan Cem Çetin, Murat Özkan, Giuliani Dönemi New York'unda Suç Neden Azaldı? Suç Önleme Politikalarına Bir Bakış, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Cilt 8, sayı.2, 2011, s.250-264.

Demirbaş : Timur Demirbaş, Kişi Güvenliği, İÜHFM, Cilt 43, Sayı 1-4, 1977, s.149-172.

Devellioğlu : Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat Eski ve Yeni Harflerle, 11. Bası, Aydın Kitapevi Yayınları, Ankara, 1993.

Doğan : Cem Doğan, 1845 Polis Nizamnamesi: 12. ve 13. Maddeler Üzerine Bir Yeniden Değerlendirme.

Dutertre : Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekleri, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.

Erem : Faruk Erem, Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986.

Ergut : Ferdan Ergut, Modern Devlet ve Polis Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Toplumsal Denetimin Diyalektiği, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.

Ergül : Ozan Ergül, Muammer Ketizmen, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine, Güncel Hukuk Dergisi, Sayı 8-44, 2007, s.12-19.

Eryılmaz : M. Bedri Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

Feyzioğlu : Metin Feyzioğlu, Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu, AÜHFD, Cilt 44, Sayı 1-4, s.665-688.

Foucault : Michel Foucault, Deliliğin Tarihi (Çev: Mehmet Ali Kılıçbay), 4. Bası, İmge Kitap Evi Yayınları, Ankara, 2006.

Gedikli : Mustafa Gedikli, Durdurma Kontrol Arama ve Yakalama Uygulamaları, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Giritli, Bilgen, Akgüner : İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2008.

Gölcüklü, Gözübüyük : Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.

Gönen, Berksoy, Başer,Uçum: Zeynep Gönen, Biriz Berksoy, Zeynep Başer, Mehmet Uçum, Polis Kanunlarının Ruhu: Mevzuatta Söylemler, Araçlar ve Zihniyet, TESEV Yayınları, İstanbul, 2013.

Gözler, Kaplan : Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, 12. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2012.

Gözübüyük, Tan : Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 1, 9. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2013.

Günday : Metin Günday, İdare Hukuku, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.

Güriz : Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996.

Hakeri, Ünver : Hakan Hakeri, Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayın Evi, Ankara, 2012.

Işık : Mehmet Şemsettin Işık, Uygulamada Ceza Yargılaması Yöntem Yasası ve İçtihatlar, Tunç Matbaacılık, 1980.

İnal : Ersan İnal, Manga Carta, İÜHFM, Cilt 34, sayı 1-4, 1968, s.210-242.

İnceoğlu : Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı/Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkleler, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Kaboğlu : İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2011.

Kaboğlu : İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 7. Bası, İmge Kitapevi Yayınları, Ankara, 2013.

Kaçak : Nazif Kaçak, Yeni İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, 2. Bası, 1. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Karahanoğulları	: Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Karalarında Dayalı Bir İnceleme), 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.
Karahanoğulları	: Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, 1. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2002.
Kâşgarlı Mahmud	: Kâşgarlı Mahmud, Divanü Lûgat-İt-Türk (Dizin) (Çeviren: Besim Atalay), 5. Bası, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2006.
King, Hawley	: Edward King, Joseph Hawley, İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi (Çeviren: İlhan Lütem), s. 213.
Kunter	: Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1981.
Kunter	: Nurullah Kunter, Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, İÜHFM, Cilt 34, sayı 1-4, 1968, s.28.
Kunter, Yenisey, Nuhoğlu	: Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006.
Kunter, Yenisey, Nuhoğlu	: Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
Küçük	: Yalçın Küçük, Türkiye Üzerine Tezler, 2. Cilt, 1. Bası, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2007.
Koloş	: Umut Koloş, Mikro-İktidar İlişkileri ve Hukuk Öznesinin Teşekkülü (Düşünen Toplum-Düşünen Hukuk I: Metamorfoz, Yasemin Işıktaç (Editör), 1. Bası, Sümer Kitapevi, 2014 içinde)
Locke	: John Locke, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme (Çeviren: Fahri Bakırcı), Ebabil Yayınları, Ankara.
Macovei	: Monica Macovei, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, 1. Bası, Council Of Europe, Almanya, 2002.
Marx	: Karl Marx, Yahudi Meselesi (Çeviren: Niyazi Berkes), 1. Bası, Sol Yayınları, Ankara, 1968.
Marx	: Karl Marx, Kapital (Çeviren: Alaattin Bilgili), Cilt 1, 7. Bası, Sol Yayınları, Ankara, 2004.
Marx, Engels	: Karl Marx, Friedrich Engels, Alman İdeolojisi (Feuerbach) (Çeviren: Sevim Belli), 5. Bası, Sol Yayınları, Ankara, 2004.
Neocleous	: Mark Neocleous, Toplum Düzenin İnşası Polis Erkinin Eleştirel Teorisi (Çeviren: Ahmet Bekmen), Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2006.
Neocleous	: Marc Neocleous, The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power, 1 Bası, Pluto Press, London-Virginia, 2000.
Oğuzman, Barlas	: M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul. Bertrand Russel, Batı Felsefesi Tarihi İlkçağ Ortaçağ Yeniçağ (Çeviren: Muammer Sencer), 3. Bası, Say Kitap Pazarlama, İstanbul.
Onar	: Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt 1, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960.

Özay : İl han Özay, Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004.

Özbek : Nadir Özbek, İkinci Meşrutiyet İstanbul'unda Serseriler ve Dilenciler.

Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün, Tekinsoy : Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 4. Bası, 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Özon : Mustafa Nihat Özon, Osmanlıca Türkçe Sözlük, Ankara, 1985.

Öztürk : Bahri Öztürk (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Packer : Herbert L. Packer, The Limits of The Criminal Sanction, Stanford University Press, California, 1968.

Paine : Thomas Paine, Common Sense, Peter Eckler Publishing Co., New York, 1918.

Paye : Jean-Claude Paye, Hukuk Devletinin Sonu Olağan Üstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele (Çeviren:G. Demet Lüküslü), 1. Bası, İmge Kitapevi Yayınları, Ankara, 2009.

Rousseau : Jean-Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi (Çeviren: Vedat Günyol), 6. Bası, Adam Yayınevi, İstanbul, 1994.

Sander : Oral Sander, Siyasi Tarih, İlçağlardan 1918'e, 11. Bası, İmge Kitapevi, Ankara, 2003.

Saraç : Tahsin Saraç, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, 19. Bası, Adam Yayınları, İstanbul 2002.

Schmitt : Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm (Çeviren: A. Emre Zeybekoğlu), 3. Bası, Dost Yayınları, Ankara, 2010.

Selçuk : Sami Selçuk, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, 1. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004.

Soanes, Stevenson : Catherine Soanes, Angus Stevenson, Oxford Dictionary of English, 2 Bası, Oxford University Press, 2005.

Soyaslan : Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010.

Şahbaz : İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 55. Sayı, 2004, s.201-225.

Şahin : Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıları, Ankara, 2014.

Şeker : Gülseven Şeker, İdari İşlemin Uygulanması.

Şentuna : Mustafa Tarık Şentuna, İnsan Hakları Hukuku'nda Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Gelişimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 3. Sayı, 2001, s. 984.

Şirin : Tolga Şirin, 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, 1. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Tanilli : Server Tanilli, Uygarlık Tarihi (Ders Notları), Teksir, İstanbul, 1974.

Tanör : Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 10. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004.

Tarhanlı	: Turgut Tarhanlı, Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.
Taşkın	: Ş. Cankat Taşkın, Arama Yönetmeliği Madde 27, Hukuk ve Adalet Dergisi, 11. Sayı, 2007, s.171-196.
Tekinsoy	: Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni, 1. Bası, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
Tuncel, Karakaya	: Aynur Tuncel, Naim Karakaya, 5681 Sayılı PVSK Değişikliğinin Anayasa ve Ceza Muhakemesi İlkeleri Temelinde Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, 11. Sayı, 2007, s.141-164.
Tulum	: Mertol Tulum, XVII. yüzyıl Türkçesi ve Söz Varlığı, 1. Bası, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.
Velidedeoğlu	: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "1789 Devrimi İlkelerinin Osmanlı'daki Yansımaları" Cumhuriyet Gazetesi, 11.06.1989 s.16.
Wilson, Kelling	: James Q. Wilson, George L. Kelling, The Police And Neighborhood Safety Broken Windows.
Wilson, Kelling	: James Q. Wilson, George L. Kelling, Kırık Camlar (Broken Windows) (Çeviren: Serkan Altıntop), Polis Dergisi, Sayı 35, 2003, s.110-117.
Wiseman	: H. V. Wiseman, *Magna Carta* Efsanesi (Çeviren: Münci Kapani), AÜHF 40. Yıl Armağanı, Ankara, 1966.
Wood	: Ellen Meiksins Wood, Özgürlük ve Mülkiyet Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi (Çevire: Oya Köymen), 1. Bası, Yordam Kitap, İstanbul, 2012.
Yenisey	: Feridun Yenisey, Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006.
Yenisey, Nuhoğlu	: Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
Yıldırım, Yasin, Karan, Özdemir, Üstün, Tekinsoy	: Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 4. Bası, 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
Yurtcan	: Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
Yurtcan	: Erdener Yurtcan, PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, s.20-21.
Zürcher	: Erik Jan Zürcher, Modernleşen Türkiye'nin Tarihi (Çeviren: Yasemin Saner Gönen), 21. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.

ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr
http://dergiler.ankara.edu.tr
http://www.cumhuriyetarsivi.com
http://hudoc.echr.coe.int
http://www.tdk.gov.tr

https://www.nisanyansozluk.com
http://shakespeare.mit.edu
http://www.tbmm.gov.tr
http://yargitaykarar.wordpress.com
http://www.afyonbaro.org.tr
http://www.etymonline.com
http://www.turkhukukkurumu.org.tr
http://www.echr.coe.int
http://www.collinsdictionary.com
http://www.tarihsiyaset.com
http://www.jasstudies.com
http://www.manhattan-institute.org
http://www.j-humansciences.com
http://www.nytimes.com
http://www.aksiyon.com.tr
www.erzincan.pol.tr/
www.kamusalrehber.com
www.baransav.com
www.istanbulbarosu.org.tr
http://www.e-akademi.org/makaleler/gseker-1.pdf
www.turkhukuksitesi.com
www.mevzuat.gov.tr
www.ankara.adalet.gov.tr
http://cms.inonu.edu.tr
arsiv.cagdasses.com/
http://www.radikal.com.tr
http://www.adlisicil.adalet.gov.tr
www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr
http://emsal.danistay.uyap.gov.tr
http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=890

MAHKEME KARARLARI DİZİNİ

AİHM KARARLARI:
Aersts v. Belçika, Başvuru No: 61/1997/845/1051.
Ahmet Yıldırım v. Türkiye, Başvuru No: 3111/10.
Amuur v Fransa, Başvuru No: 19776/92.
Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No: 24760/94.
Boumaru v. Belçika, Başvuru No: 9106/90.
Bozano v. Fransa, Parag.54, Başvuru No: 9990/8.
Brega ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru No: 61485/08.
Ciulla v. İtalya, Başvuru No: 11152/84.
Çakıcı v. Türkiye, Başvuru No: 23657/94.
Ekin Derneği v. Fransa, Başvuru No:39288/98.
Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.
Foka v. Türkiye, Başvuru No: 28940/95.
Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 12244/86; 12245/86; 12383/86.
Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 4158/05.
Golder v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70.
Guzzardi v. İtalya, Başvuru No: 7367/76.
Jecius v. Litvaya, Başvuru No: 34578/97.
Kondzhov v. Bulgaristan, Başvuru No: 68294/01.
Lawless v. İrlanda, Başvuru no: 332/57.
Riener v. Bulgaristan, Başvuru No: 46343/99.
Sabeur Ben Ali v. Malta, Başvuru No: 35892/97.
Schiesseer v. İsviçre, Başvuru No: 7710/76.
Weeks v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 9787/82.
Wilde Ooms ve Versyp v. Belçika, Parag.68, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66.
Winterwerp v. Hollanda, Başvuru No: 6301/73.
Witold Litwa v. Polanya, Başvuru No: 26629/95.
Y.F. v. Türkiye, Başvuru No: 24209/94.

ANAYASA MAHKEMESİ VE UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI
Anayasa Mahkemesi'nin 20.02.2014 tarih, 2012/1051 Başvuru Numaralı kararı.
Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 tarih 2011/54E. ve 2011/142 sayılı kararı.
Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarih ve 2012/27E., 2012/173K. sayılı kararı.
Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 1.10.2012 tarih, 2011/224E. ve 2012/190 K. sayılı kararı.

YARGITAY KARARLARI
Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 tarih, 2005/7-144E. ve 2005/150K. sayılı kararı.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.11.2009 tarih, 2009/7-160E. ve 2009/264K. sayılı kararı.
Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 04.04.2012 tarih ve 2011/15700E., 2012/9187K. sayılı kararı.
Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 1904.2006 tarih, 2004/21680E., 2006/9696K. sayılı kararı.
Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 12.09.2013 tarih, 2012/12718E., 2013/8583K.. sayılı kararı.
Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.09.2013 tarih, 2012/14315E., 2013/9078K. sayılı kararı.

DANIŞTAY KARARLARI
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.11.2012 tarih, 2008/3257E. ve 2012/2137K. sayılı kararı.
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.11.2012 tarih, 2008/2358E. ve 2012/2133K. sayılı kararı.
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14.09.2012 tarih, 2007/2257E., 2012/1117K. sayılı kararı.
Danıştay 7. Dairesi'nin 16.3.2005 tarih, 2001/2357E. ve 2005/402K. sayılı kararı.

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ VE BÖLGE MAHKEMESİ KARARLARI
Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).
United States District Court Southern District of New York, 08.12.2013, 08 Civ. 1034.

I. GİRİŞ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği denilince akla hemen yakalama, tutuklama gibi işlemler gelir. İlk bakışta bu işlemler mevzuatta detayları ile düzenlenmiş, uygulamada birçok içtihada konu olmuş, dolayısı ile hukuk sahasında yeterince işlenip çerçevesi çizilmiş görünür. Beklenti şu şekilde oluşmaktadır: Suç ortaya çıktığında şüpheli yakalanır, gerekirse tutuklanır; bunlara da hâkim karar verir. Toplumun günlük yaşantısında ise başka bir pratik her gün farklı biçimlerde kendini yeniden üreterek hüküm sürer. Bu pratik kendini daha çok şehir sokaklarında ve polis eli ile gösterir. Polis suç şüphesinden ziyade farklı saiklerle kendisinden şüphelenilen kişilerle ilgilenir; bu kişilerin bir yerden bir yere gitmesini engeller, hatta bunları bir yerde tutar, kimliklerini kontrol eder, üstlerini arar, sorgular. Polisi bu türlü davranmaya iten asıl motivasyon siyasi ve tarihi temellidir. Düzen, yoksulluk, sokağın kontrolü, sınıfsal, cinsel ve milli farklılıklar, farklı sınıflar ve milletler arasındaki aynı coğrafyada ortaya çıkan çelişkiler; polisin bu çelişkilerdeki rolü ve bunların hukuka yansıması irdelenmeden salt mevzuat hükümlerinin ele alınması ile durum anlaşılamaz.

Polis kavramı ortaya çıktığında toplumsal düzen kavramı ile iç içe ele alınırken zamanla suç ile mücadele eden bir role bürünmüş, işlevinin temeline kanun ve suç kavramları oturtulmuştur. Bu sürecin bir ürünü olarak usuli güvenceler önem kazanmış, hukuki belirlilik ve hâkim güvencesi kişinin fiziki özgürlüğüne müdahalede temel güvenceler olagelmiştir. Ancak bir takım tarihsel ve toplumsal gelişmeler onu bu rolünün devamını imkânsızlaştıran fonksiyonlar ifa etmeye zorlamıştır. Mevzuat ve hukuk uygulaması da bu durumdan nasibini almıştır. Polisin sokakta günlük olarak yürüttüğü, kişinin fiziki hareket serbestisini ilgilendiren faaliyetleri giderek suç şüphesi kavramı ile değil de, tehlike kavramı ile; ceza hukuk kavramları ile değil de idare hukuku kavramları ile ele alınır olmuştur. Süreç, başı sonu belli bir usule bağlı olarak, ortaya çıkmış bir suça verilecek yanıta ulaşmak amaçlı adli bir faaliyet olmaktansa; düzene karşı ortaya çıkabilecek tehlikeyi bertaraf etmeye dönük, takdire bağlı, denetimsiz bir uygulamaya evrilmektedir. Bu süreç devam etmektedir. Bu tür uygulamaların en sık görüldüğü alanlar birçok çelişkiyi barındıran "şehir sokaklarıdır".

Esasen mevzuatta, kişiyi fiziki özgürlüğünden mahrum bırakacak "önleyici" bir polis yetkisi açık ve sistematik biçimde tanımlanmamıştır. Uluslararası hukukta, bu tür mevzuat hükümleri ve uygulamalar birçok açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ile mahkûm edilmiştir. Bu ve benzeri önleyici nedenlerle kişinin özgürlük ve güvenlik hakkından mahrum edilmesi, kendini "işlemlerden" ziyade polis "eylemleri" ile göstermektedir. Burada bahsedilen önleyicilik de giderek belli bir suçun önlemesi amacından uzaklaşarak daha genel bir amaca yönelmektedir. Yönelimin pratik, doktriner ve yargısal sonuçları gözlemlenmektedir. Kişi özgürlüğüne önleyici müdahalelerin daha geriye giden bir bağlamı olmakla birlikte, 1960'lardan itibaren belirginleşen yeni bir polislik anlayışı ile paralel biçimde, hukukta giderek daha çok yer bulmuşlardır. İncelemeye çalışacağımız süreçte, geçmişten gelen kavram, uygulama ve mevzuatla; yeni gelişen kavram, uygulama ve mevzuat arasında bir çelişki/gerilim gözlemlenmektedir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) hükümleri bu çelişki ve gerilimlerin tam ortasında yer almaktadır. PVSK hükümleri ve ilgili diğer bir kısım mevzuat hükmü, geçmişten gelen mevzuat ve kavramlarla çelişki ve uyumsuzluklar barındırmaktadır. Anayasal uygunluk sorunları çelişkinin ilk fark edildiği alanlardandır.

İşte bu nedenlerle, çalışmamızın inceleme konusu olarak gümrük muhafazadan jandarmaya kadar birçok birimi ifade eden kolluk kavramı yerine şehir sokaklarında faaliyet gösteren polisi; idari işlemlerden ziyade polisini eylemlerini ve ayrıca polisliğin tarihsel seyrini konu edindik. Mevzuatı kendi sistematiği içinde ve gelişmelerle paralel biçimde ele almaya çalışacağız. Kişinin fiziki özgürlüğüne sokakta yapılan müdahalenin çerçevesini çizen yakalama kurumunu, iç hukukta kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile birlikte incelemeye çalışacağız. Doktrinde önleme yakalaması vb. adlarla ifade edilen, polisin hâkim kararına gerek olmadan önleyici amaçla icra edebileceği ileri sürülen yakalama yetkisine dayanak yapılan mevzuat hükümleri ile durdurma başlığı ile mevzuatta yer alan hükümlerini ayrıca ele alacağız. Bu hükümler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) arasında ortaya çıkan çelişki noktalarını göstermeye gayret edeceğiz. Hukuk

sahasında görülen gelişmenin toplumsal ve tarihi temellerine çalışmamızın kapsamı el verdiğince değineceğiz.

Esasen çalışmamızı ilgilendiren bazı konular sosyologlar, tarihçiler, siyaset bilimcileri tarafından da ele alınmıştır. Sokak kontrolü, suç ve yoksulluk konulu sosyolojik incelemeler, polislik tarihi konulu araştırmalar literatüre girmiştir. Hatta hukukçular, mevzuattaki bir kısım ilgili gelişmeyi, mevzuatın kendi içinde karşılaştırmalı olarak ve yargı kararları, doktrin kapsamında incelemişlerdir. Ancak kanaatimizce mesele, bu disiplinler arasında yeterince tartışılmamıştır. Birbirinden bağımsız çalışmalarda, polis tarihi üzerine araştırmalar yapılmış, suçun sosyolojisi irdelenmiş, kanun değişiklikleri yapıldıkça değişiklerin mevzuata etkileri, hukuka uygunluğu ele alınmış ancak bu konular bir bütün olarak, bir diğeri ile ilişkileri ve ilişkilerin sebep/sonuçları açısından yeterince çalışılmamıştır. Bu aladaki boşluk tek bir çalışma ile giderilemeyecek kadar geniştir. Biz bu boşluğun doldurulmasına yeterliliğimiz ölçüsünde bir katkı yapma amacı güdüyoruz.

Konu, bugünlerde "iç güvenlik kanunu tartışmaları", "polisin yetkilerinin artırılması" gibi başlıklar altında kamuoyunda tartışılmakta, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde konu ile ilgili yeni yasama faaliyetleri sürmektedir.

Günlük yaşantımızda ve geleceğimizde önemli etkilere sahip güncel bir hukuki durum ve eğilimin açığa çıkartılmasına; hukuk açısından bu eğilimin doğru olup olmadığına; eğilimin tarihsel ve toplumsal temellerinin kavranmasına katkıda bulunmayı amaçlıyoruz.

BİRİNCİ BÖLÜM
KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI VE İLGİLİ KAVRAMLAR

I. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

A- Hukukta Kişi Özgürlüğü, Güvenliği ve Haktan Mahrumiyet Kavramları

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, hukukta en yalın anlamı ile kişilerin bedeni hareket serbestîsini, bir yerden ayrılabilme, tutulu bulunmama, kapatılmama haklarını ifade eder[1]. Kişilerin yakalanmaları, gözaltına alınmaları, tutuklanmaları, durdurulmaları doğrudan bu hakla ilgilidir. Tarihte ve özel olarak hukuk tarihinde, günlük yaşamda ve hukuk uygulamasında, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı önemli bir yere ve ağırlığa sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırılma yasaklarından hemen sonra bu hakkı düzenlemiştir. 1982 Anayasası da aynı sistematiği takip etmiştir. Kişinin biyolojik olarak var olabilmesi (yaşam hakkı), kişinin sistematik/ağır bedeni eziyete maruz kalmadan var olabilmesi (işkence yasağı), kişinin bir hukuk öznesi olarak var olabilmesi (kölelik yasağı), bir bütün olarak modern hukukun tasarladığı var oluş biçimidir. İşte bu hukuk öznesi insan, var olmaktan sonraki ilk eylemi ne olursa olsun, bu eylemi gerçekleştirebilmek için kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olmalıdır. Çalışmaktan alış verişe, gösteri yürüyüşüne katılmaktan sandıkta

---

[1] Timur Demirbaş, Kişi Güvenliği, İÜHFM, Cilt 43, Sayı1-4, 1977, s.150; Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s.221; İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 55, 2004, s.204; Mustafa Tarık Şentuna, İnsan Hakları Hukuku'nda Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Gelişimi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 3. Sayı, 2001, s. 984; Monica Macovei, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, 1. Bası, Council Of Europe, Almanya, 2002, s.10; Engel ve Diğerleri v. Hollanda, Parag, 58, Başvuru No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72; 5370/72, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

oy kullanmaya; en basit günlük faaliyetten en karmaşık siyasal katılım süreçlerine kadar tüm edimlerin ön koşulu, kişinin fiili hareket serbestine sahip olmasıdır[2]. Yani diğer bütün hakların kullanılabilmesi için ön şart olarak görülen bir kalıptan bahsedilir; bu, özgürlük ve güvenlik kavramlarının yan yana kullanıldığı bir kalıptır[3].

Kuşkusuz, özgürlük ve güvenlik kavramları kendi başlarına da anlamlı kavramlarıdır. Diğer hakların kullanılması için bir ön koşul olarak hareket serbestîsinden bahsederken ilk akla gelen "özgürlük" kavramı olmaktadır. "İfade özgürlüğü", "vicdan özgürlüğü" örneklerinde olduğu gibi, kavram, kişinin ifade edebilme, vicdani kanaat ve edimlerini yerine getirebilme potansiyel ve imkânını ifade etmektedir. Bu anlamı ile yine diğer hakların kullanımını bir ön koşul olarak imkânlı kılan "kişinin özgür olma" hâlidir[4]. İşte bu hâlin, dışarıdan gelen bozucu, keyfi müdahalelere karşı korunması ve muhafaza edilmesi de genel olarak "güvenlik" olarak ifade edilmektedir[5]. Kişi özgürlüğü belli koşullarda kısıtlanabilir ya da ortadan kaldırılabilirken kişi güvenliği mutlaktır; kısıtlanamaz, ortadan kaldırılamaz[6]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Çakıcı v. Türkiye kararında[7], "*Mahkeme, bir özgürlükten yoksun bırakmanın, sadece ulusal hukukun maddi ve usul ile ilgili kurallarına değil, ama aynı zamanda bireyi keyfi olarak tutmaya karşı koruyan Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına da uygun bir biçimde gerçekleştirilmiş olmasını gerektiğini belirtmiştir (bk. 15.11.1996 tarihli Chahal kararı, Parag. 118). Sözleşme'nin 5. maddesi, keyfi olarak gözaltında tutmanın risklerini asgariye indirebilmek için, özgürlükten yoksun bırakma işlemini bağımsız yargı denetimine tabi kılmayı ve bu işlemi yapan yetkililerin sorumluluğunu sağlamayı amaçlayan maddi haklar*

---

[2] Şahbaz, age, s.204, Şentuna, age, s.984; Macovei, age, s.10.
[3] Şahbaz, age, s.203; Şentuna, age, s.984; Macovei, age s.10; Gölcüklü/Gözübüyük, age, s.222.
[4] Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996, s.145.
[5] Timur Demirbaş, age, s.150; Gölcüklü/Gözübüyük, age, s.223.
[6] Jakob Kamma v. Hollanda, s.9, Komisyon Raporu, Başvuru No: 4771/71, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"appno":["4771/71"]} 31.12.2014.
[7] Çakıcı v. Türkiye, Parag.104, Başvuru No: 23657/94, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

bütünü getirmiştir[8]" ifadeleri ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yüklenen anlamın özünü ortaya koymaktadır. Amaç keyfiliğin önüne geçmektir[9], yöntem ise özgürlükten mahrumiyetin iç hukukta kanuni düzenlemeye tabi olması, uygulamanın bu kanuni düzenleme yanında AİHS.m.5'e de uygun gerçekleştirilmesi ve nihayetinde bu gereklerin yargı eli ile denetlenmesi ile görevlilerin sorumluluk taşımalarıdır. İleride ele alacağımız hukuk kurallarını bu amaç ve yöntem ilkeleri ile karşılaştırmak kuşkusuz Anayasa m.90'ın da gereğidir. Bir diğer anlatımla bu gerekleri yerine getirmeyen düzenleme ve uygulamalar, özgürlüğe hukuksuz müdahaleler teşkil edeceği gibi mutlak olan güvenlik hakkına da müdahale etmiş, onu ortadan kaldırmış olacaktır.

Bir kalıp olarak kişi özgürlüğü ve güvenliğini ortaya koymak için belki de en doğru yol tarihsel gelişime bakmak olacaktır çünkü iki kavramın bir arada kullanılması yeni değildir. Modern hukuk tarihi açısından dönemeç noktaları sayılabilecek zamanlardan bu yana iki kavramın bir arada kullanıldığı vakadır[10]. Ancak ele alacağımız tarihsel sürece geçmeden önce, kavramı tanımlamaya çalışırken sık sık kullandığımız kişi kavramının özgürlük ve güvenlik kavramlarının içinde geliştiği liberal düşünceyi temsil eden düşünürler ve karşıtları tarafından nasıl ele alındığını özetlemek faydalı olacaktır. Hakkın öznesinin kim olduğu, bu hakkın onun hangi ihtiyaçlarına karşılık geldiği, hakkın gerçek hayatta kazandığı içeriğini açığa çıkartmakta yardımcı olur.

Hukukta en genel anlamı ile kişilik, hak sahipliği ile anlaşılır (TMK.m.8 vd.). Hak ise, genel olarak hukuken korunan menfaat olarak kabul edilir[11]. Buna göre hukukta kişi, menfaatle temellendirilmiştir. Kişinin

---

[8] Çev: Osman Doğru, http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=890 31.12.2014

[9] Foka v. Türkiye, Parag.80, Başvuru No: 28940/95, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[10] Mark Neocleous, Toplum Düzenin İnşası Polis Erkinin Eleştirel Teorisi (Çeviren: Ahmet Bekmen), Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2006, s.74.

[11] M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s.91, s.115; Bertrand Russel, Batı Felsefesi Tarihi İlkçağ Ortaçağ Yeniçağ (Çeviren: Muammer Sencer), 3. Bası, Say Kitap Pazarlama, İstanbul, 1983, s.612; Umut Koloş, Mikro-İktidar İlişkileri ve Hukuk Öznesinin Teşekkülü (Düşünen Toplum-Düşünen Hukuk I: Metamorfoz, Yasemin Işıktaç (Editör), 1. Bası, Sümer Kitapevi, 2014 içinde), s.76.

menfaat üzerinden tanımlanması, kristalize olmuş hâlini hukukta bulsa da bu disipline has bir durum değildir. Kapitalizmin gelişmesine paralel olarak liberalizm, insanı mülk sahipliği ile açıklama yoluna gitmiştir. İnsanın temel davranış motivasyonu, onun mülke dayalı çıkarları olarak izah edilmiştir. Liberalizmin insan ve özgürlük anlayışını ve hukuka yansımalarını ele almak için John Locke'un (1632-1704) fikirlerine bakmak birçok açıdan yeterlidir; zira Locke, felsefi liberalizmin kurucusu olarak anılır[12] ve kendinden önceki gelişmeleri bugünkü ceza hukukuna taşıyan düşünürlerden biri olarak kabul edilir[13]. Bağımsız yargı, erkler ayrılığı vb. birçok konuda öncü fikirler geliştiren Locke'un düşüncelerine bir sonraki bölümde tarihsel bağlamı içinde yeniden değinme imkânı bulacağız. Burada Locke üzerinden esas değinmek istediğimiz, liberalizmin, siyasal iktidarın, demokrasinin, dolayısı ile hukukun temeline özel mülkiyet kavramının yerleşmiş olduğudur. Locke'a göre hükümetin temel amacı özel mülkü korumaktır[14].

18. yüzyılda bu anlayış kendisini açıkça kurucu hukuk metinlerinde gösterecektir. Kişinin toplumsal var oluşu bir kere özel mülkiyet ve çıkar ile temellendirildiğinde, özgürlük kavramından en çok serbestçe mülk edinme imkânının; güvenlik kavramından en çok edinilmiş mülkün ve yeni mülk edinmeye dönük faaliyetlerin keyfi müdahalelerden korunmasının anlaşılması doğaldır. Hâlbuki özgürlük kavramı, maddi bağlamından kopuk ele alındığında, diğer birçok değerden yüksekte kutsal bir yerde görülmekteydi. Tarihsel seyirde, uğrunda çok çaba sarf edilmiş, bedeller ödenmiş ve devrimler yapılmıştır. İşte buradan yola çıkarak kavramın maddi temeline doğru ilerlediğimizde Marx'ın karşılaştığı şaşkınlık bizi beklemektedir. "*Devrimin eylemi, devrimin teorisinin apaçık bir inkârı oluyor*[15]." Marx, Devrim sonrası Fransa'sının temel anayasal metinlerini ele

---

[12] Russel, age, s. 585.
[13] Russel, age, s. 583 ve 620.
[14] "*Dolayısı ile insanların devletlerde birleşmelerinin ve kendilerini hükümet altına koymalarının asıl ve ana amacı, mülkiyetlerinin korunmasıdır.*" John Locke, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme (Çeviren: Fahri Bakırcı), Ebabil Yayınları, Ankara, 2004. s.104. Russel, age, s. 611.
[15] Karl Marx, Yahudi Meselesi (Çeviren: Niyazi Berkes), 1. Bası, Sol Yayınları, Ankara, 1968, s. 38.

aldığında bu sonuca ulaşıyordu. Tarihin gördüğü en büyük siyasal eylemlerden birisi kendi siyasal varoluş amacını izah ederken insanın "doğal haklarını" garanti altına almaktan bahsetmekte[16], kötüleyerek yıktığı feodal düzenin yüz yıllardır içinde şekillendirdiği insanı değiştirme, dönüştürme yönünde bir irade ortaya koymamaktaydı. 1793 tarihli Fransız Anayasası'nın 8. maddesi güvenliği, hak ve mülkiyetin korunması için sağlanmış himaye olarak tanımlamaktaydı. Köklü bir devrimden sonra ortaya çıkan kurucu temel metinlerde insanın dönüştürülmesine ihtiyaç duyulmuyorsa, insanın çağlar boyu hiç değişmeyen doğal bir var oluşu ve doğal hakları olduğu kabul edilmektedir. Marx, bu insandan "*Çözülmüş bir toplumun pasif bir yaratığı... böylece tabi bir şey*" olarak bahseder[17]. Marx'a göre "*citoyen*" vatandaş, bencil "*homme*"un (insanın) bir uşağı olarak ilan edilmiştir[18]. Marx, bu yaklaşımı ile bugün hukukun temel aldığı liberal insan hakları teorisine eleştiri getirmektedir. İnsan haklarının sınırını belirlemede mülkiyet ilişkilerinin ve mülkiyete dayalı bencilliğin belirleyici olduğunu belirtmekte, özgürlüğü tanımını itibari ile "*iki tarla arasındaki sınırı belirleyen çit gibi*[19]" görmektedir ve özgürlük hakkı için şu tespiti yapmaktadır: "*İnsanın özgürlük hakkı, insanla insan arasındaki bağa dayanmıyor ki. Tersine, insanın insandan ayrılmasına dayanıyor. Özgürlük böyle bir ayrılma hakkıdır, kendi sınırları içine çekilmiş kişinin hakkı*[20]." Marx'ın bakış açısında, modern hukukun hak öznesi olarak tanımladığı insan, kendi sınırları içerinde daha çok menfaat ve mülkü ile ilgili, siyasal hayattan ve toplumdan kopuk insandır[21]. Özgürlük bu insanın yalıtık hayatında onu en çok ilgilendiren malı ve menfaati ile ilgili eylemlerinde

---

[16] Marx, Yahudi Meselesi, s. 37; 1791 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi m.2: "*Her siyasal toplumun amacı, insanın doğal ve zaman aşımı ile kaybedilmeyen haklarını korumaktır. Bu haklar; özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir.*"

[17] Marx, Yahudi Meselesi, s.41.

[18] Marx, Yahudi Meselesi, s.37.

[19] 1791 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi m.6: "*Özgürlük başkalarına zarar vermeden her şeyi yapabilmektir.*"; Marx, Yahudi Meselesi, s.35.

[20] Marx Yahudi Meselesi, s.34.

[21] "*Etimolojik olarak bakıldığında ratio'nun bir 'hesap'ı (İng. calculation) ifade ettiğini görüyoruz. (Dictionary, 99/ratio). Ratio'nun Latince bu orijininin İngilizce konuşulan dünyaya 17. yüzyılda yani kapitalizmin gelişiminin gözlemlenebildiği bir tarihsel momentumda karşılık bulduğunu görüyoruz*" Koloş, age, s.93. Hukuk öznesi olan rasyonel bireyin Max Weber okuması üzerinden ele alınması açısından Bkz. Koloş, age, s.92 vd.

özgür olmasıdır; güvenlik bu eylemlerin güvenliğidir. Yani kavramlar daha çok özel hukukun düzenlediği bireysel ilişkiler çerçevesinde anlam ifade etmektedir. Ancak bu açıklama tarihsel gerçeğe temas etmekle birlikte gerçekliğin bir yönünü ortaya koyar.

İnsanlık tarihi bir anlamda insanın toplumsallaşmasının ve siyasallaşmasının tarihidir. Siyasal devrimler en çok bunun eseridir. Geniş kitleler, sınıflı toplumlar tarihinde, defalarca yönetilmeye ve sömürülmeye karşı ayaklanmış veya devrime kalkışmış ama tam bir toplumsal yönetime henüz erişememiştir. Buna rağmen toplumsal mücadeleler, zaman içinde hukuka ve hukuksal kavramlara ikili bir işlev yüklenmesine neden olmuşlardır: Bir yandan kapitalist düzenin ön şartı olan özel mülk ile anlam bulan insanın hakları, diğer yanda siyasal eylem içerisinde toplumsallaşan insanın hakları bir gerilim hâlinde yan yana/iç içe durmaktadır. Başka bir ifade ile ileride örnekleri ile işlemeye çalışacağımız üzere, siyasal mücadele dönemlerinde ihtiyaçtan doğan hak kategorileri, iktidar çatışması bittikten düzen oturduktan sonra işlevsizleştirilmeye çalışılmaktadır ancak hak bir kere ortaya çıkmıştır. Artık koruyucu etkisi, kendisini tanımlayandan özerk olarak hukukta hüküm ifade etmektedir. Çalışmamızın ana hatlarından birini, bu gerilimin pozitif hukuka ve güncel hukuki gelişmelere yansıması teşkil edecektir. İlerleyen bölümlerde, pozitif hukuk kuralları, mahkeme kararları ve doktrindeki görüşler üzerinden bu gerilimin detaylarına değinmeğe; yol açtığı hukuki gelişmeleri incelemeye çalışacağız. Kişi özgürlüğü ve güvenliğine polisin doğrudan ve yeterli hukuki gerekçeye dayanmayan müdahalelerine imkân veren düzenlemenin hukuk tarihinde böyle bir geri planı vardır.

Hukuk uygulamasına haklar, soyut kavramsal tartışmalardan daha ziyade sınırlandırılma hâl ve usulleri ile konu olurlar. Hakların sınırlandırılması da bir hukuki rejime tabidir. Haktan mahrumiyet, kısıtlama gibi benzer kavramlar; "sınırlamaların sınırı[22]" şeklinde ifade edilebilecek kıstaslar çerçevesinde ele alınırlar. Hukuk, hakka müdahaleyi, hakkın

---

[22] İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, 7. Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2011, s.253.

kullanılmasının kısıtlanmasını, haktan mahrum bırakılmayı birbirinden ayırır. Müdahale peşinen hukuka aykırı görülmez. Müdahalenin haklı sebeplerinin var olup olmadığı ve biçimi onun hukukiliğini belirler[23]. Kişi özgürlüğünün ortadan kaldırılması olan mahrumiyet hâli ile, kişinin gidip gelme serbestisinin kısmen kısıtlanması bir birlerinden farklı kavramlardır. Kavramlar arasında nitelik değil nicelik farkı vardır. AİHM, Guzzardi v. İtalya davasında[24] özgürlükten mahrumiyet ("*deprivation*") ile kısıtlama ("*restriction*") arasında bir sadece bir derece veya yoğunluk farkı olduğunu; içerik açısından bir farklılık taşımadığını belirtmektedir. AİHM, bu iki kavram arasına sınır çekmenin kolay bir iş olmadığını, kısıtlamanın mı yoksa mahrumiyetin mi ortaya çıktığını somut olayın özelinde değerlendirmek gerektiğini kanaatindedir. Kişi özgürlüğünden mahrumiyet AİHS.m.5 kapsamında değerlendirilirken, kişi özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilen yurtdışına çıkış yasakları gibi durumların, AİHS ek Protokol 4 madde 2'de düzenlenen serbest dolaşım hakkı kapsamında görülme ihtimali vardır[25] ki bu düzenleme AİHS.m.5 kadar güvenceli bir sistem kurmamıştır. Hâkim güvencesi madde metninde yer almazken, kısıtlama hâlleri ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeni gibi genel nedenlere dayandırılmıştır. Sınırlamanın sınırı olarak, demokratik toplumda zorunluluk[26] ve kanun ile öngörülmüş olma kıstasları konmuştur.

Çalışmamızın bir diğer önemli konusu işte bu mesele ile ilgilidir. Hakka müdahale çoğunlukla kamudan, yine çoğunlukla kamusal nitelikli gerekçelerle gelmektedir. Kamu güvenliği, ulusal güvenlik, genel ahlak vb. en bilinen gerekçelerdendir. Hemen bir önceki bahsi hatırlarsak, liberal

---

[23] Kaboğlu genel olarak temel bir insan hakkının sınırları açısından şu ölçütleri koyuyor: "*Pozitif hukuk düzleminde anayasal çerçeve... siyasal açıdan demokratik toplumun gerektirdiği ölçü... hakkın kendisi açısından ise özü*" Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s.253.

[24] Guzzardi v. İtalya, Parag.93, Başvuru No:7367/76.

[25] Gözübüyük/Gölcüklü, age, s.222. Riener v. Bulgaristan, Parag.110, Başvuru No: 46343/99,http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[26] Demokratik toplum düzenine aykırılığın kıstasları olarak, müdahalenin hakkın özüne dokunması (hakkın kullanılmasını aşırı derecede güçleşmesi, durdurması) ve ölçüsüz olması kıstaslarının belirlenmesi konusunda Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 20.02.2014 tarih, 2012/1051 Başvuru Numaralı Kararı, http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000847&content= 31.12.2014

teoriye göre siyasal örgütlenme, temel hakları korumak için ortaya çıkmıştı ama onları en çok kendini korumak için kısıtlamaktadır. Böyle bakınca çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Ancak, korunan şey, özel mülkiyet ile temellendirilmiş insan tabiatına ait doğal haklar olunca, siyasal eyleme yönelmiş ya da düzen bozma potansiyeli olan insanın haklarının siyasal iktidar tarafından sınırlandırılması anlaşılır hâle gelir. Yani temel hakları korunan insan ile temel haklarına müdahale edilen insan aslında farklı kişilerdir. Aradaki farkı da özünde mülkiyet sahipliği belirler. Halbuki teoride hukukun önünde herkes eşittir. Beccaria'nın bu konudaki açık izahatlarına ileride değineceğiz. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale hâl ve usulleri arasında polisin hâkim kararına dayanmayan müdahaleleri özel bir önem taşır. Bu tür müdahale, daha çok, siyasal eyleme yönelmiş insanın, kanun dışı sığınmacının, serserinin yoksulun yani düzen bozma potansiyeli olanların özgürlük ve güvenlik haklarına yönelerek ortaya çıkar. Hâkim kararına dayanmayan polis müdahaleleri, hâkim kararına dayanan müdahalelerle göre daha güvencesizdir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili yukarıda bahsettiğimiz gerilim ve çelişkiler kendini, en belirgin hâli ile polisin bu tür eyleminde gösterir.

B- Hakkın Doğuşu, Tarihi Gelişimi

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, feodalizmin çözülüp yerine kapitalizmin oluşum sürecinde şekillenmiştir. Hakkın temelleri, burjuva sınıfının siyasal olarak var olma çabalarında aranmalıdır, zira burjuva sınıfın var olma ve iktidara hâkim olma sürecinde; kendisinden güçlü krallara karşı, hem kendi sınıfının mensuplarını korumak için, hem de ekonomiye hâkim olabilmek için alt sınıfların mensuplarının bedenine hükmetmede kralların yerine geçebilmek için güvenliğe ve özgürlüğe ihtiyacı vardı. Vergi toplama ve vermeyenin özgürlüğünü kaldırma yetkisi; özgürlükten mahrum etme yetkisinin kraldan alınması sürecin ilerleyişinde merkezî öneme sahip konulardır.

İngiltere'de yüz yıllara yayılan bir tarihsel gelişme seyri izlenir. İnsan hakları söz konusu olduğunda, bahsi geçen ilk metinlerden birisinin *Magna Carta* olması sıradan bir kronoloji meselesi değildir. İngiltere'de

erken modern dönemde[27], merkezîleşme eğilimi karşısında konumlarından endişe duyan feodal yöneticiler ile Kral arasında varılan dönemsel mutabakat, *Magna Carta* metnine vergilendirmede ve tutuklamada keyfiliğe karşı maddeler şeklinde yansıdı[28]. *Magna Carta*, her ne kadar feodal senyörler ile Kral arasında ilişkileri düzenleyen bir belge olsa da tarihe bu özelliğinden ziyade, kendinden sonraki, burjuva sınıfının kazanımlarını belgeleyen metinlerin öncüsü olarak geçti. Hukuk literatüründe, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının hukuki kökenini teşkil eden *Habeas Corpus* kavramının temellerinin *Magna Carta* metninde olduğu kabul edilir[29]. Benzer bir durum, Sened-i İttifak (1808) için de söz konusudur. Osmanlı'da modernizme karşı feodalitenin direnişinin eseri olan bu metin[30], hukuk yazınımızda, "*Osmanlı İmparatorluğu'nda ilk âmme hukuku kaidesi ve hukuk Devletine doğru gidiş*[31]" olarak takdim edilir. *Magna Carta*'nın ve Senedi İttifak'ın kendilerinden sonraki metinlere öncülük ettiğini düşündüren şey, bu metinlerin temeline oturan "güvenlik" olgusu olmalıdır.

Wiseman, *Magna Carta*'dan "*Aslında bir feodalizm manifestosundan başka bir şey olmayan bu belge...*[32]" diye bahsederken; Doğan Avcıoğlu, Senedi İttifak'ı "*Bir utanç belgesi*" olarak tanımlamakta, "*...derebeylere imtiyaz sağlamaktadır*[33]" şeklinde işlevini açıklamakta, Onar'ın metne verdiği önemi eleştirmektedir. Sina Akşin, iki belgeyi karşılaştıran çalışmasında kanaatimizce, işin özünü ortaya koymuştur: "*İki belgenin iki önemli bakımdan benzeştiği açıktır. Bir tanesi vergilerin saptanması işinde*

---

[27] Avrupa'da erken modern dönem kavramı, bu dönemde yargı yetkisi üzerinde yaşanan siyasal çatışmaların, mülkiyet ve özgürlük kavramları ilişkilerinin modern döneme yansımaları konusunda Bkz. Ellen Meiksins Wood, Özgürlük ve Mülkiyet Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi (Çevire: Oya Köymen), 1. Bası, Yordam Kitap, İstanbul, 2012.

[28] H. V. Wiseman, Magna Carta Efsanesi (Çeviren: Münci Kapani), AÜHF 40. Yıl Armağanı, Ankara, 1966, s.465, 466.

[29] Metin Feyzioğlu, Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu, AÜHFD, Cilt 44, Sayı 1-4, s.672.

[30] Sened-i İttifak konusunda, bize yol gösteren karşılaştırmalı bir literatür tartışması için Bkz. Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 10. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004, s.41-64.

[31] Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt 1, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960, s.135.

[32] Wiseman, age, s.465.

[33] Doğan Avcıoğlu, Türkiye'nin Düzeni Dün Bugün Yarın, Cilt 1, 10. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 1976, s.70, 72.

bir yanda hanedanların, öbür yandan büyük papaz ve soyluların ortak edilmesi. Bu ilkenin parlamentoya giden bir tohum taşıdığını söyleyebiliriz. İkinci benzeşme noktası cezalarla ilgili olarak hükümdarın keyfiliğine karşı bir teminat arayışının bulunmasıdır. Bunu da hukuk devleti arayışı diye tanımlayabiliriz[34]" Bu tespit, hukuk literatüründe, geriye doğru iki metne öncü vasıf atfedilmesi ve öncüsü sayıldıkları kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, hukuk devleti gibi kavramların da maddi temelini anlamamız açısından oldukça önemlidir. Vergilendirme hakkı (dolayısı ile yargılama yetkisi, bağımsız yargı) ve güvenlik, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının oluşumunda iki temel tarihsel olgudur. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı soyut, hümanist ideallerden doğmamıştır. İleride göreceğimiz üzere, vergi koyma konusunda sınıfların yetki kavgası, krala karşı verilen siyasal mücadeleler gibi tarihsel ve maddi temelleri vardır.

Gelişmeye başlayan kapitalist dönemde merkezîleşerek ayakta kalmaya çalışan mutlakî idarenin, feodal senyörlere karşı kendini sınırlayan güvenceler vermesi, vergilendirme ve tutuklamada keyfiliğin sınırlanması, içerikte aynı olmamakla birlikte sonraki yüzyıllarda ortaya çıkan hukuk metinlerinin temelinde yatan olgularla paralellik kurulmasına neden olur. Yoksa krallığın tüm tebaasına karşı kendini sınırlandırdığını, herkesin hak ve özgürlüklerini tanıdığını düşünmemek gerekir. Özgürlük talebinin insan doğasından kaynaklandığı, bu talebin hukuk metinlerine yansıdığı, hukuk metinlerinin ise gelecekteki hukuki ilerlemeleri belirlediği şeklindeki liberal yaklaşımın aksine süreç çok daha maddi ve tarihsel temellidir. İngiliz Kralı John'un merkezîleşmeci eğilimleri ve Fransa ile girişmek istediği savaş öncesi getirmeye çalıştığı yeni vergiler karşısında, başkaldıran feodal güçlerle girdiği pazarlık Manga Carta'yı doğurmuştur[35]. 17. yüzyıla gelindiğinde İngiltere'de krallık ile çatışan burjuva sınıfına hukuki bir kalkan gereklidir. Bu kalkan, büyük ölçüde *Magna Carta*'nın "*Gelecekte hayat ve vücudu ilgilendiren ilam ve ihtidalar için para ödenmeyecek ve kabul edilmeyecek, bunlar reddedilmeyecek ve parasız verileceklerdir*"

---

[34] Sina Akşin, Sened-i İttifak İle Magna Carta'nın Karşılaştırılması, s.21. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/18/22/83.pdf 31.12.2014

[35] Bkz. Bu çalışma Dn. 28'deki kaynak.

hükmünü getiren m.36 ve "*Eşitlerinin kanuni bir hükmü veya bir memleket kanunu olmadan hiçbir hür kişi tevkif veya hapis edilemeyecek, haklarından ve mallarından mahrum bırakılamayacak, kanun dışı edilemeyecek, sürülemeyecek, herhangi başka bir şekilde kötü muameleye maruz bırakılamayacaktır. Hiçbir hür kişiye zor kullanmayacağız ve başkalarının zor kullanmasını istemeyeceğiz*" hükmünü getiren m.39 olmuştur[36]. Kişilerin kanuni bir düzenleme olmaksızın Kralın emri ile yakalanmasının, hapsedilmesinin, haklarından ve mallarından mahrum bırakılmamasının, sürülmesinin önüne geçen 39. madde, esasen Kralla mutakabata varan baronlar tarafından kendilerini koruma amacıyla metne koydurulmuştur. Madde, bir kısım diğer maddenin aksine 1216, 1217 ve 1225 fermanlarında da korunmuş[37], mahkeme kararlarına geçmiş[38], tarihsel süreçte sonraki hukuki metinlerde 55 defa teyit edilmiştir[39]. Maddenin İngiliz hukuk tarihinde gösterdiği bu istikrar, giderek onu ihdas eden feodal sınıftan bağımsızlaştırarak, otorite karşısında güvenliğe ihtiyaç duyan yeni sınıfların korunma aracı hâline gelmiştir. Madde metninde kişinin fiziki özgürlüğü ile mallarının güveliğinin birlikte ele alınması tam da meselenin özü ile ilgilidir. Bu birliktelik günümüze kadar gelen bir süreklilikte izlenir[40]. Yine sürgün, bir bölgeden uzaklaştırma meselesinin de fiziki özgürlük ve mal güvenliği ile birlikte ele alınması Manga Carta'ya has değildir. Birlikteliklerin bir iç mantığı vardır, bu mantık bağına ileride değinmeye çalışacağız. 39. maddeye dönecek olursak, maddenin hukuk tarihinde

---

[36] Ersan İnal, Manga Carta, İÜHFM, Cilt 34, sayı 1-4, 1968, s.232; "*Langton bütün insan hukukunun ittiba eylemesi gerektiği yüksek hukuk prensiplerinden bahsetmiştir. Bu fikir ifadesini mutantan bir şekilde ve yazılı olarak... Amerika Birleşik Devletleri dahil bütün (common law) memleketlerinde idarenin zalimleştiği veya müstebitleştiği zamanlarda millet haklarının sembolü addedilen (Magna Charta'da) bulmuştur*" Edward King, Joseph Hawley, İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi (Çeviren: İlhan Lütem), s. 213. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/342/3520.pdf 31.12.2014

[37] İnal, age, s.214-220.

[38] İnal, age, s.236.

[39] İnal, age, s.226.

[40] Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.m.141, koruma tedbirlerinden kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili olanlar ile aramanın hukuka aykırılıklarında tazminat hükümlerini düzenlerken, bunlarla beraber el koymada kişinin mallarına verilen zararları kapsam içine almıştır.

güvenlik olgusunun dayanağı olma konusunda üstlendiği işlev giderek *Habeas Corpus* ilkesinin çıkış notası olarak kabulünü sağlamıştır[41].

Habeas Corpus[42], Manga Carta'nın 39. maddesindeki hükümden daha geniş bir hak ve bu hakka bağlı usulü tanımlamak için kullanılır. Kurumun temelinde yatan düşünce, ister özel kişilerce, isterse de devlet görevlileri eli ile olsun kişinin fiziki özgürlüğünden keyfi bir şekilde mahrum bırakılmasının hâkim ve mahkeme eli ile önüne geçilmesidir[43]. Özetle izah edilecek olursa, bir nedenle özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin ya da yakının başvurusu üzerine hâkim, kişinin özgürlüğünü kısıtlayana bir emir gönderir; bu emir kişinin salıverilmesi, salıverilmemesi hâlinde belli gün ve saatte hâkim huzuruna çıkarılması şeklindedir. Hâkim ayrıca, taraflardan özgürlükten mahrum bırakılma nedenleri konusunda kendilerini savunmalarını ister, tutulmanın hukuka uygunluğunu denetler, uygun bulmazsa salıverme emri verir, uygun bulursa yargılamayı başlatır[44].

Hukuk tarihinde mahkemeler elinde giderek güçlenen bir yetki hâline gelen *Habeas Corpus* kurumunda 1628 Haklar Dilekçesi bir dönüm noktasıdır. Kralın koyduğu vergiyi ödemediği için hapsedilen Darnel'in *Habeas Corpus* başvurusuna karşı, tutulmanın Kral'ın özel emri olduğu yanıtı verilmiştir. Bu tarihe kadar başvurulara bu yanıt verilmesi hâlinde ek bir inceleme yapılmamaktadır. Ancak parlamentonun vergi koyma yetkisi ile Kral'ın sebep göstermeksizin hapsetme yetkisi bu olayda çelişmiş, mahkeme salıverme yönünde karar vererek Kral'ın bu yetkisini elinden almıştır[45]. Bir anlamda parlamentonun vergi koyma yetkisi Kralın tek taraflı vergi koyma yetkisine galebe çalmıştır[46] zira artık Kral tek taraflı koyacağı

---

[41] İnal, age, s. 233.

[42] Kelime karşılığı olarak "*Vücuda sahip ol*" Demirbaş, age, s.151; "*Kişinin huzura çıkmasına müsaade et*" Levenson Grant, Patricia Hewitt, Chriatine Jakson, Howard Levenson, Civil Liberty, Middlesex, 1978, s.53.'den aktaran Feyzoğlu, age, s.668, Dn.9.

[43] Feyzioğlu, age, s.669.

[44] Feyzioğlu, age, s.677.

[45] İnal, age, s.241; Feyzioğlu, age, s.672.

[46] Darnel kararı ile hemen her şey güllük gülistanlık olmadı. İngiltere içerisinde çetin bir mücadele başladı, I. Charles parlamentoyu dağıttı, ülke iç savaşa sürüklendi. Oliver Cromwell öncülüğündeki halk tabanlı ordu Krala bağlı güçlerle çatıştı, sonunda Kral, Avam Kamarasınca suçlu bulunarak idam edildi. Cromwell döneminden sonra II. Charles tahta geçti ve parlamento yetkilerine, *Habeas Corpus* yasasına saygılı davrandı. II. Charles'ı takip eden dönemde selefi II. James ile parlamento arasında yine benzer çatışmalar yaşandı,

vergiye uymadığı için kimseyi hapsettiremeyecektir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ekonomik ve siyasal gelişmelere bağlı bir seyir izlediğinin en açık örneklerinden biri de bu olaydır[47]. 1679 tarihli *Habeas Corpus Act* ile Kralın yetkisinin mahkemenin yetkisinden üstün olmadığı yazılı hükme bağlanmış; 1689 tarihli Haklar Bildirgesi ile de hâkimlerin salıverme için aşırı koşullar ileri sürmesi yasaklanmış, kanunların Kral tarafından ortadan kaldırılamayacağı, hukuksuz tutuklama yapılmayacağı, parlamento izni olmadan vergi ve asker toplanamayacağı hükümleri getirilmiştir[48]. Zaman içinde kurum yeni düzenlemelerle güçlendirilip uygulama alanı genişletilmiştir. Anglo-Sakson Hukuku temelli olan bu kurum, Kıta Avrupası hukukunu da etkilemiştir. Kolluğun gerçekleştirdiği müdahalelerden, suçluların iadesine, zorunlu askerlikten, kişinin medeni hak mahrumiyetlerine kadar pek çok alanda işleve sahip olan kurum; Gözübüyük/Gölcüklü'ye göre, AİHS.m.5/4'e kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edildiğinde, yapılan itiraz başvuru yolu olarak yansımıştır[49]. İleride ele alacağımız AİHS.m.5/1, f.3 ve f.4'ün getirdiği derhal hâkim önüne çıkarılma kuralları ile AİHM'in bu kuralların kapsamını geniş yorumlayarak suçun önlenmesi amacı ile girişilen eylemeleri de kapsar biçimde ele alması; suç şüphesi dışındaki tutulmalarda da hâkim güvencesinin, salınmak için hâkime başvurma haklarının mevzuatta izlenmesi, kurumun başka açılardan da Kıta Avrupası hukukunu etkilediğini göstermektedir.

İngiltere'de II. Charles dönemi *Habeas Corpus* kurumuna riayet eden uygulamaları Locke'un mülkiyet, hukuk, özgürlük anlayışının gelişmesine

---

bu süreç 1689 Haklar Bildirgesi'ni doğurdu. Tüm bu süreçte İngiliz parlamentosunda ticaret burjuvazisi güçlü bir biçimde temsil ediliyordu. Oral Sander, Siyasi Tarih, İlçağlardan 1918'e, 11. Bası, İmge Kitapevi, Ankara, 2003, s.109 vd; Russel, age, s.582.

[47] 1808 tarihli Sened-i İttifâk metninde de aynı durum gözlemlenir. Metinde hanedanlar dışında sıradan kişiler açısından güvenlik olgusu, konacak vergiler, bunların adaletli olması, yerel hanedanlar ve taşra yöneticilerinin ortak görüşüne göre vergi konması, edimlerin hukuka uygunluğu (metinde "*yüce şeriata aykırı*"lık olarak ifade edilmiştir) bağlamında ele alınır. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "1789 Devrimi İlkelerinin Osmanlı'daki Yansımaları" Cumhuriyet Gazetesi, 11.06.1989 s.16. http://www.cumhuriyetarsivi.com/ 31.12.2014.

[48] Sander, age, s.111; Demirbaş, age, 153; Feyzioğlu, age, s.673.

[49] Feyzioğlu, age, s.670; Gölcüklü/Gözübüyük, age, s.241.

zemin hazırlamıştır[50]. Locke, insanın ilkel dönemini ifade ettiği doğa durumundan uygar bir yönetime toplumsal sözleşme yolu ile geçtiğini; bağımsız yargı otoritesinin varlığının herkesin kendi kuralını uyguladığı doğa durumdan çıkış için zorunlu olduğunu, toplumsal sözleşme ile kurulan hükümetin temel amacının malların korunması olduğunu, doğa durumunda malların korunamayacağını ve erkler ayrılığı sistemini savundu[51]. Locke'un fikirleri, Fransa'da Montesquieu tarafından yayıldı ama aslı olarak ABD'de hayat buldu. Locke'un görüşleri Montesquieu üzerinden Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nı etkiledi[52].

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Fransa'da burjuvazi siyasal iktidarı alacak, ABD'nin kuruluşu gerçekleşecektir. Bu gelişmeleri koşullayan felsefi ve hukuksal olaylara göz atacak olursak; 1762 yılında J. J. Rousseau, *Toplumsal Sözleşme Hakkında* isimli eserini yayımladı. Toplumsal sözleşmecilik fikrinin artık bir süreklilik ve yaygınlık kazandığı görülmektedir. Hobbes'tan bu yana vatandaşların güvenlikleri için birbirleri ve hükümet aygıtı ile bir tür anlaşma ve kendi özgürlüklerine hükümet lehine bir bakıma gönüllü bir sınır çekmeleri olarak anlaşılan bu tez[53], Locke'ta ardıllarına göre daha demokratik bir hâl alsa da "mal sahipliği" vatandaşlığın, dolayısı ile bu "demokratik" sürece katılımın sınırlarını çizer[54].

1764 yılı modern ceza hukuku ve felsefesi açısından bir dönüm noktası sayılabilir. Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserini bu tarihte yayımlamıştır. Konumuz itibari ile örneğin tutuklama nedenlerini[55] aşağı yukarı bu günkü ceza muhakemesi hukuku kavramları ile ele alan, suç ve cezada kanunilik ilkesini ortaya koyan[56], ölüm cezasına[57] karşı bugünkü hümanist fikirlere ve hukuka öncülük eden Beccaria, eserini meydana

---

[50] Russel, age, s.582.
[51] Locke, age, s.104.
[52] Russel, age, s.585, s.620.
[53] Jean-Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi (Çeviren: Vedat Günyol), 6. Bası, Adam Yayınevi, İstanbul, 1994, s.26.
[54] Russel, age, s. 609.
[55] Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çeviren: Sami Selçuk), 1. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, s.150.
[56] Beccaria, age, s. 201 vd.
[57] Beccaria, age, s. 135 vd.

getirirken Hobbes, Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau gibi düşünürlerden etkilenmiştir[58]. Günümüz hukuk kavramlarının nasıl bir maddi temeli olduğunu anlamak açısından Beccaria'nın yaklaşımına eğilmek aydınlatıcıdır. Beccaria, eserinde "Aylaklar" başlığı altında, aylakların toplumun huzurunu bozmaları, ulusu kaygılandırmaları, aşağılamaları nedeni ile suç işledikleri konusunda bir kesinlik yoksa sürgün cezası ile cezalandırılmalarını uygun bulmaktadır[59]. Eseri Türkçeye çeviren Selçuk, Beccaria'nın aylakların cezalandırılması konusundaki görüşlerinin, yapıtının özüne ters düştüğünü görüşündedir[60]. Hâlbuki bu görüşler, eserin özüne ters düşmesi bir yana, hem eserin özü hem de dönemin gelişmekte olan liberal anlayışı ile tam bir uyum içindedir. Beccaria, iki tür aylaklık tanımlamaktadır, birincisi onun deyimi ile siyasal aylaklıktır, onların topluma iş ve zenginlik olarak bir katkısı yoktur, işsiz güçsüzlerin aylaklığıdır. İkinci tür aylaklık ise sanayinin getirdiği zenginliklerden ve insanın yönetime karşı genişleyen özgürlük alanından kaynaklanan yararlı bir aylaklıktır. Bu aylaklık belirsizlikten değil bolluktan türer. İşin özü, Beccaria, boş gezen zengini boş gezen yoksuldan ayırmıştır. Ayıraç mülkiyettir. Eserin "Sürgün ve Zoralımlar" bölümü bu ayracın yurttaş ile insan kavramları arasındaki fark açısından gördüğü işlevi ortaya koyar. "*Eğer yasayla konulan korkutucu ceza, toplumla suçlu yurttaş arasındaki bütün bağları ortadan kaldırmayı öngörüyorsa bütün malların zoralımı gerekir. O takdirde yurttaş ölür, geriye sadece insan kalır. Siyasal yapı, yani sivil toplum açısından yurttaşın bu ölümü, doğal ölümle aynı sonucu doğurur.*" Vatandaşlık mülkiyet ile mümkündür; mülkiyet gidince geriye insan kalır. Liberal öğretide siyasal hayatın temel unsurunun ve sınırının mülkiyet olduğuna ilişkin görüşlere ve Marx'ın burjuva toplumda "*citoyen*" (vatandaş) ile "*homme*" (insan) arasına fark koyduğuna daha önce değinmiştik[61]. İnsan ile vatandaşı (siyasal insan), birbirinden ayırmanın

---

[58] Sami Selçuk, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, 1. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004, s.25.
[59] Beccaria, age, s.117, 118.
[60] Becaaria, age, s.118, Dn.2.
[61] Agamben, *habeas corpus* kurumunda aslolan şeyin *citoyen* (vatandaş) değil, basit bir *corpus* (beden) olmasından yola çıkarak, 1679 *Habeas Corpus Act*'te yer alan "*Gözetiminiz*

Marksizm'e has bir durum olmadığı anlaşılmaktadır. Liberalizm, vatandaşı insandan mülkiyet ile, Marksizm ise toplumsal/siyasal süreçlere katılım ile ayırmaktadır. Dolayısı ile mülkiyeti temel alan felsefi yaklaşımda, mülkiyeti olmayanın olasılık üzerine sürülmesini savunmak hiçbir şekilde çelişki oluşturmaz. Sürgün cezası ile mülkiyete dayalı toplum düzenin bozulması ihtimali cezalandırılmaktadır. Beccaria'nın sürgünün eş anlamlısı olarak kullandığı *"toplum dışına atılma"*daki toplum, özel mülkiyet ilişkileri üzerine inşa edilmiş toplumdur. İşte tam da bu nedenle aylaklar sürülmeli; mala mülke sahip suçlunun mallarına el konması zorunlu ise malları hükümdara değil kanuni mirasçılarına geçmelidir. Çünkü der Beccaria, *"ölüm ve ölüm benzeri bir sürgün cezası, sivil toplum açısından aynı sonuçları doğurmaktadır."* Biz burada tezattan çok kendi döneminin anlayışını özümseyip hukuka uyarlayan, başarıyla işletilmiş bir mantık görüyoruz. Siyasal örgütlenmenin temel amacını mülkü korumak olarak belirleyen bildirgelerin anayasa hukukunda yaptığı ne ise, Beccaria'nın ceza hukukunda yaptığı odur; zamanın ruhunu kanunların ruhuna yedirmek.

Tarihsel gelişmelerle devam edecek olursak, 1776 ve 1789'da ABD'nin kuruluşu ve Fransız İhtilali birbirini takip etmiş ve koşullamıştır. Yine 1776'da Virginia Hakları Bildirgesi yayımlanmış[62], 1787'de ABD Anayasası kabul edilmiştir. Anayasa'nın 9. Bölüm 2. maddesi[63] *Habeas Corpus* başlığı taşır. 1789 yılına gelindiğinde, Fransız Devrimi gerçekleşmiş ve arkasından 1791'de Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi yayımlanmıştır. Bildirge 2. maddesi ile insanın zaman aşımına uğramayan

---

altında bulunan X'in, artık adı neyse, tutuklanma ve alıkonulma nedeniyle birlikte bedenini Westminster'da önümüze getirmenizi ve göstermenizi emrediyoruz" formülünden de görüleceği gibi demokrasinin temellerinin insanın çıplak bedenin ileri sürülmesi, gösterilmesi (kısacası zaptı diyebiliriz) üzerine kurulduğu görüşünü ileri sürmektedir; zira, bireysel özgürlükleri korunması çerçevesinde yapılan onca hukuksal düzenleme arasından *habeas corpus* kendi başına yasalaşmış ve Avrupa demokrasisi ile bir anılır olmasının bir anlamı vardır. Giorgio Agamben, Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat (Çev: İsmail Türkmen), 1. Bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s.162 vd.

[62] Bildirge kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından, suçlamanın sebebini öğrenme, delil gösterebilme, hızlıca mahkemeye çıkarılma vb. birçok hak tanımlanırken 10. maddesinde bir yakalama müzekkeresinin asgari gerekleri olarak kişinin, delillerin belirliliği şartları sıralanıyordu. T. Demirbaş, age, s.154.

[63] *"İsyan veya isti'â hallerinde umumî emniyet icap ettirmedikçe habeas corpus imtiyazı ortadan kaldırılamaz"* Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri (Çeviren: Muvafak Abay), AÜHFD, Cilt 7, Sayı 1-2, s.468.

ve doğal hakları olarak, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarını tanınmıştır; siyasal toplumun amacı bu hakları korumaktır. 4. madde ile özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme olarak; güvenlik ise 7. maddede yasanın saptadığı belirli durumlar ve emrettiği şekiller dışında, suçlanamama, tutulamama ve tutuklanamama olarak tanımlanmıştır. Yine 1789 yılında ABD Kongresi tarafından 1789'da teklif ve 1791 yılında kabul edilen dördüncü ve beşinci tadiller ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ABD'de Anayasal temeli kuvvetlenmiştir. Dördüncü tadil[64] keyfi arama özgürlük mahrumiyetlerime karşı, güvenceler getirmekte, bu haklara müdahale için muhtemel sebep olması gerekliliğini ve bu sebebin delille desteklenmesi şartlarını ortaya koymaktadır. Beşinci tadilin ilgili bölümü "*Kanuni yollar takip edilmeden ("with out due process of law") hiç kimse hayatından, hürriyetinden ve mülkiyetinden mahrum edilemez. Hakkaniyete uygun bir tazminat ödenmeden hiçbir hususi mülkiyet âmme hizmetine tahsis olunamaz*[65]" şeklindedir.

Dikkat edilecek olursa, özgürlük ve güvenlik hakkının klasik kurucu metinlerinde hakkın mülkiyet ve mülkiyetle ilintili konularla birlikte ele alınmasında, *Magna Carta*'dan itibaren, bir süreklilik vardır. Bu süreklilik gibi, hakkın tanımlanmasında kişilerin fiziki özgürlüklerinin ancak kanunda, hukukta belirlenmiş usule uygun olarak kısıtlanabileceği vurgusu da süreklilik gösterir. "Kanuni usule bağlılık", hakkın tanınmasında ve gelişmesinde temel bir yere sahiptir. Bu ifade bugün, AİHS.m.5'te tanımlanan kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran her bir müdahale hâline başvurulabilmesinin temel şartı hâline gelmiştir. Kanuni usule bağlılıkta ifade edilen kanun, iç hukuktaki esas ve usul kurallarıdır[66]. Tabii bu kural ve uygulamalar AİHS'e uygunluk açısından denetime tabi tutulacaklarıdır[67].

---

[64] "*İnsanların bizzat kendilerinin, evlerinin, evrakının ve kişisel eşyalarının güvenlik hakkı, makul olmayan aramalar ve alıkoymalar dâhilinde ihlal edilemez, ayrıca el konulacak kişi veya eşyalar ile aranacak yerleri bilhassa tarif eden bir yemin veya ifade ile desteklenmiş muhtemel bir sebep dışında, herhangi bir müzekkere çıkartılamaz.*"

[65] Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri, s. 486.

[66] Ali Tanju Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.41.

[67] Bozano v. Fransa, Parag.54, Başvuru No: 9990/8.

Daha önce bahsettiğimiz üzere, AİHS.m.5'in temel amacı, hakka müdahalede keyfiliğin önlenmesidir. Dolayısı ile iç hukukun keyfiliğe kapı açıp açmadığı onun AİHS'e uygunluğunun temel göstergesi olacaktır. İleride incelemeye çalışacağımız üzere, bugün kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının işlevsizleştirilmesinde, kanunun tanımladığı usulden ayrılma, özel kanun ve yönetmelikler vasıtası ile temel usul yasasındaki güvenceleri esnetme, bir yöntem olarak uygulanmaktadır. Esasen usule sıkı sıkıya bağlılığı ön plana alan model ile buna karşı suçun kontrolü için cezalandırmayı öne koyan iki model ceza hukukunda çatışma hâlindedir[68].

18. yüzyıl düşünürlerinin siyasal ve hukuksal metinlere etkileri çok yalın biçimde gözlemlenir. Örneğin Paine, ABD bağımsızlık mücadelesine ilham veren broşüründe, "*Hükümetin hedefi ve nihai amacı, özgürlük ve güvenliktir*[69]" derken, sanki 1791 Fransız Bildirgesi'nin ikinci maddesini yazıyordu. Özgürlük kavramı, dönemin düşünsel atmosferinde siyasal hayattan ziyade kişinin bireysel uğraşları bağlamında ele alınmıştır[70]. Dolayısı ile kavramın siyaset ve hukuk metinlerine daha çok bu bağlamı ile geçtiğini kabul etmek gerekir. Döneme karakterini veren burjuvazinin siyasal yükselişi ve buna paralel olarak burjuva ideolojisidir. *Magna Carta*'da feodal yöneticilerin imtiyazlarını güvencelemek için sözleşmesel bir temele oturtulan güvenlik olgusu, feodaliteden kapitalizme geçmiş insanın haklarını güvencelemek üzere, 18. yüzyılda bildirgelerde, anayasalarda yeniden ele alınmıştır. Bütün bir 18. yüzyıl boyunca konu üzerine eğilen düşünürler, özgürlük ve güvenlik kavramlarını birlikte, bir birlerinin koşulu olarak ve hatta birbirlerinin yerine ele almışlardır[71]. Bu birliktelik bugün "kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı" adında kalıplaşmış temel bir insan hakkı olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde, AİHS'te, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda yerini almıştır.

---

[68] Bu tartışmada temel alınan önemli bir metin olarak Bkz. Herbert L. Packer, The Limits of The Criminal Sanction, Stanford University Press, California, 1968.
[69] Thomas Paine, Common Sense, Peter Eckler Publishing Co., New York, 1918, s.4; Marx, Yahudi Meselesi, s.37.
[70] Neocleous, age, s.75.
[71] Neocleous, age, s.74 vd.

18. yüzyılda itibaren güvenlik kavramının giderek öne çıktığı ve belirleyici olduğu görülür. Marx, 1793 Fransız Anayasası'nın 8. maddesini ele alırken "*Güvenlik, burjuva toplumunun en yüksek toplumsal kavramıdır*" sonucuna varmıştır. Ele aldığı 8. madde, güvenliği toplumun kendi üyelerine, kendi kişiliklerini, haklarını ve mülkiyetlerini muhafazada sağladığı himaye olarak tanımlamıştır. Marx'a göre güvenlik, topluma tekil bireyi, onun haklarını ve mülkiyetini koruma işlevi yükleyen bir polis kavramıdır[72]. Bugün de "Kişi özgürlüğü ve güvenliği" kalıbında esas tayin edici olan güvenliktir. Güvenliğin tanımlanması zor ve kaygan bir kavramsal yapısı vardır. Güvenliğin kendi başına bir hak kategorisi olarak tanımlanmaması, gerçekte onun özgürlüğün destekleyicisi, koruyucusu, ona bağlı bir kavram olmasından değil; tam tersine özgürlüğün güvenliğin bir türevi[73], bir nevi bahanesi olarak tasarlanmış olmasından kaynaklanır. AİHM'e göre, AİHS.m.5'in temel amacı da keyfiliğin önlenmesidir[74]. Güvenlik genel olarak tüm keyfi müdahalelere karşı korunma[75] olarak ele alınır. Buna göre, 5. maddenin temeline güvenlik kavramı oturur. Mevzuatta ve uygulamada, Güvenlik kavramına yüklenen anlamın AİHS.m.5.'teki keyfi müdahaleye karşı özgürlüğün korunması bağlamından[76] kamu düzenin bir unsuru olan güvenliğe[77] geçiş yapması çok kolaydır. Örneğin PVSK.m.1, polise hem şahıs emniyetini hem de asayişi koruma görevi vermiştir. Kişinin kaygısızlık durumunu ifade eden emniyet (güvenlik), kamunun düzeni ve dolayısı ile güvenliğini ifade eden asayişin[78] korunması görevi aynı kişide birleşmiştir. Bu duruma ileride göreceğimiz, kanun ve yönetmeliklerde kişi özgürlüğüne idari ve adli amaçlı müdahalelerin iç içe düzenlenmiş olması

---

[72] Marx, Yahudi Meselesi, s.36.
[73] Neocleous, age, s. 74.
[74] Labita v. İtalya, Parag.170, Başvuru No: 26772/95. K.-F. v. Almanya, Parag.63, Başvuru No: 25629/94, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.
[75] Doğu Afrikalı Asyalılar v. İngiltere, s.5, Komisyon Raporu, Başvuru No:4626/70, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-74111#{"itemid":["001-74111"]} 31.12.2014
[76] Doğu Afrikalı Asyalılar v. İngiltere, s.10.
[77] Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni, 1. Bası, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.55.
[78] Tekinsoy, age, s.56.

eşlik eder. Adli ve idari alanların sınırlarını çizen, onu kıstaslar ve çeşitli güvencelerle birbirinden ayıran hukuk teorisidir. Polis kişiyi durdururken, yakalarken teorik sınırlarla pek ilgili değildir. Gerçek hayatta polis, adli olsun idari olsun türlü gerekçelerle düzeni korumaktadır.

Özgürlüklere ve özel olarak kişinin fiziki özgürlüğüne türlü güvenlik gerekçeleri ile getirilen istisnalar o denli yaygındır ki özgürlükler bir anlamda bireysel yaşantılara daralmış, hapsolmuştur[79]. Neocleous, "*Sivil toplumda düzen talebi bağlamında polis, çoğunlukla 'güvenlik' bayrağı altında yürümüştür*[80]" der. Bu yürüyüşü liberal toplum kurgusu mümkün kılar. Rasyonel bireylerin "güvenlik ihtiyaçlarını" karşılamak için toplumsal bir sözleşme yaptıkları yaklaşımında, düzen talebi doğal, kendiliğinden bir taleptir. Bu iddia edilen doğal talebin karşılanmasında polisin aldığı merkezî rol, insanların içinde bulundukları toplumdan kopuk, hayat karşısındaki tekil durumları ile mümkün olabilmektedir. Hayatın getirdiği ve kişinin kendi başına hâlledemeyeceği zorluklar, türlü korku ve kaygıları beslemektedir. Kavram tam da bu kaygıların üzerine oturur. Güvenliğin İngilizce karşılığı olan "*security*" sözcüğü, Latince *sine cura*'dan gelmektedir. *Cura* kaygı anlamına gelirken, *sine* olumsuzluk anlamı vermekte; ortaya kaygısızlık, kaygıdan uzak olma anlamı çıkmaktadır[81]. Yine kavramın Türkçede de kullanılan Arapça karşılığı olan emniyet sözcüğü de "*emn*" kökünden gelmekte, *emn* sözcüğü korkusuzluğu ifade etmektedir[82]. Güvenlik sözcüğü için ise, korkusuzca yaşama karşılığı verilmektedir[83]. Neocleous, kavramın erken dönem kullanımının bugünkünün aksine olumsuz bir anlam taşıdığını belirtir. Sevan Nişanyan da Türkçede güvenmek kelimesinin yakın döneme kadar olumsuz anlama geldiğini, emniyet manasını 20. yüzyılda aldığını belirtmektedir[84]. Neocleous ve Nişanyan'ın verdikleri örnek ve karşılaştırmalarda paralellik bulunmaktadır. Neocleous, William

---

[79] Marx özgürlük hakkının siyasal hayatla çatışma haline geldiğinde, hakka konan istisnalar yolu ile bir hak olmaktan çıktığını savunmaktadır. Marx, Yahudi Meselesi, s.38.
[80] Neocleous, age, s.77.
[81] Neocleous, age, s.73.
[82] Mustafa Nihat Özon, Osmanlıca Türkçe Sözlük, Ankara, 1985, s.182.
[83] http://www.tdk.gov.tr 31.12.2014
[84] Sevan Nişanyan, https://www.nisanyansozluk.com 31.12.2014

Shakespeare'in Macbeth adlı oyunundaki Hecate karakterinin "*güvenlik ölümlülerin baş düşmanıdır*" sözünü örnekleri arasında sıralarken; Nişanyan okurdan "gurur" ve "mağrur" sözcüklerinin etimolojisi ile "güven" sözcüğünün etimolojisi[85] arasında karşılaştırma yapmasını istemekte; güven sözcüğünün eski Uygurca metinlerde böbürlenmek karşılığına geldiğini bildirmektedir. Macbeth'in İngilizce metninde geçen kelime tam da güvenliğin İngilizce karşılığı olan "*security*[86]"dir. Kişinin toplumun organik parçası olarak anlamlı olduğu dönemlerde tehlikelere karşı bireysel korunma çabaları ayıplanarak bir nevi böbürlenme ve aldanma[87] olarak değerlendirilirken; liberalizmin ideolojik hâkimiyeti ile bireylere parçalanmış toplumda güvenlik, olumlanmış hatta Marx'ın deyimi ile burjuva toplumunun en yüksek toplumsal kavramı hâline gelmiştir. Olumlamanın altında bireylerin birbirlerine özgürlükler vasıtası ile çektikleri sınırların[88], bu sınırların korunması için polise gösterilen rızanın ve neticede bu yolla toplumda bir düzen talebi oluşturmanın da olumlanmasının yattığını görmek gerekir.

Burjuvazinin önce kendi mensuplarının bedenini ve mülkiyetini korumak ve diğer sınıflardan kişilerin bedeni üzerinde söz söyleme yetkisini tekeline almak için ihtiyaç duyduğu güvenlik, tarihsel seyrinde giderek olumlu, kaygan ve merkezî bir kavram hâline gelirken kanuni dayanağını

---

[85] Küwen: Öğünmek, küwez: Gurur, mağrur, gururlu, Kâşgarlı Mahmud, Divanü Lûgat-İt-Türk (Dizin) (Çeviren: Besim Atalay), 5. Bası, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2006, s.402. Meninski de Thesaurus'da güvenmek kelimesi için öğünmek, ululanmak, büyüklenmek karşılığını vermektedir, Meninski'nin Thesaurus'undan düzenleyen Mertol Tulum, XVII. yüzyıl Türkçesi ve Söz Varlığı, 1. Bası, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s.783.

[86] William Shakespeare, Macbeth, Scane V, http://shakespeare.mit.edu/macbeth/full.html 31.12.2014

[87] Macbeth, bir kadından doğan hiç kimse tarafından öldürülmeyeceğine kehanetler dolayısı ile inanıyordu, hâlbuki kendisini öldürecek olan Macduff 'un sezaryanla doğduğunu aklına getirmeden, güven içinde onunla dövüşe girmiştir. Metnin Türkçe çevirilerinde *security* sözcüğü yerine, "fazla güven", "kibir" gibi sözcüklerin kullanıldığı görülür. Tarihsel süreçte yaşanan anlam değişikliğinin yarattığı ifade zorluğu bu şekilde aşılmaya çalışılıyor olsa gerek. Örneğin:"*Ölümlülerin başını yiyen: Kendine fazla güven.*" William Shakespeare, Macbeth (Çeviren: Sabahattin Ali), 12. Bası, İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2014, s.63; "*Kibirdir ölümlülerin en büyük düşmanı*" Shakespeare, Macbeth (Çeviren: Ezgi Ovat), İtalik Yayınları, Ankara, 2014, s.75; Güvenlik kavramına yüklenen anlam henüz dönüşerek olumlanmamışken güvenlik, Macbeth'in inandığı kehanetler tarzında aldatıcı; gurura yani aldanmaya sevk eden bir hal olarak anlaşılıyordu. Sözlüklerde Gurur kelimesi için Aldanma karşılığı da verilir. Mustafa Nihat Özon, age, s.246.

[88] Bkz. Bu çalışma Dn.19. ve Dn.20.

Habeas Corpus'ta ve bu kurumla bağlantılı düzenlemelerde bulmuştur[89] ve Kıta Avrupası hukuk sisteminde *Habeas Corpus* kurumunun etkisi ile de bugünkü hâlini almıştır. Kanuni usule bağlılık ve hâkim güvencesi hakkın belkemiğini oluşturmuştur. Tarihsel seyrini özetlemeye çalıştığımız kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının günümüz hukuk metinlerinde nasıl ele alındığına aşağıdaki başlıkta değineceğiz[90].

C- Hakkın Uluslararası Belgelerdeki Yeri

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenlendiği güncel hukuk metinlerinden İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (Beyanname), cezaların kanuniliğinden seyahat özgürlüğüne kadar birçok hak tanınmış; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ise doğrudan 3. madde'de "*Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır*" ve 9. maddede "*Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez*" şeklinde düzenlenmiştir. Beyanname koruyucu nitelikte itiraz hakkı, en kısa sürede hâkim önüne çıkarılma vb. konularda detaylı hükümler taşımamaktadır. Beyannamenin niteliği gereği bağlayıcılığı da yoktur. Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası ilk büyük İnsan Hakları metni olan Beyanname, bu niteliğinin yanı sıra hukuki bağlayıcılığa ve mahkeme gibi güçlü organlar eli ile yaptırım gücüne sahip AİHS'in giriş kısmında kendisine atıf yapılmakla hukukta referans değeri yüksek bir metindir. Genel esasları çizmiştir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen ve Kıta Avrupası Hukuk sistemini etkileyen en önemli metin kuşkusuz AİHS'tir. AİHS.m.5, detaylı bir düzenleme getirmekte, bu düzenleme ulusal mevzuata da yön vermektedir. Anayasa.m.90 iç hukukta, AİHS hükümlerine uygulamada

---

[89] Şahbaz, age, s. 208.

[90] Hakkın Türk hukuk tarihinde seyri ve özellikle bugünkü düzenlenişi itibari ile, evrimsel değil iktibas yolu ile mevzuata geçtiğinden bu konuya ayrıca değinilmeyecektir. Tanzimat ve Islahat fermanları, batılı örneklerde görülen doğrudan hükümleri taşımaz; can ve mal güvenliğinin teminat altına alındığının ilanı, sürgün ve müsaderede kısıtlamalar gibi dolaylı hükümler taşır. Bu metinlerde kurumsallaşma ve sistematik korumaya dönük bir eğilim de gözlenmez ancak öncü metinlerdir, merkezîleşme eğilimine ve dolayısı ile modern devlete işaret ederler. Tanör, age, s. 49, 62.

öncelik[91] kazandırmıştır. AİHS, yaşam hakkı, işkence yasağı ile kölelik ve zorla çalıştırma yasağından sonra kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenlemiştir. AİHS metnindeki en uzun insan hakkı düzenlemesi 5. maddedir. Madde, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğunu belirttikten sonra, kişinin bu haktan ancak yasanın öngördüğü usul ve maddede sayılan hâllerde mahrum bırakılabileceğini hükme bağlamıştır. Süreklilik arz edecek biçimde, hakkın gelişiminde başından itibaren yasaya ve onun getirdiği usule temel önem atfedildiğine değinmiştik. Sözleşme aynı hassasiyeti korumakla birlikte bir adım daha ileri giderek haktan hangi hâllerde mahrumiyet gerçekleşebileceğini, bildiğimiz kadarıyla ilk defa bu kadar sistematik ve tahdidi[92] olarak sıralamıştır.

Hukuk tekniği açısından, mahrumiyet hâllerinin belirlenmesi, haktan mahrumiyetin kanuni usule bağlanmasından sonra kanaatimizce en önemli adım olmuştur. Kanun ile belirlenmiş usule bağlılık kuralı, mahrumiyetin uygulanış biçimindeki ve uygulayıcı yetkili mercinin/kişilerin kim olduğu yönünden olası keyfiyete karşı bir önlem getirirken; mahrumiyet hâllerinin belirlenmesi daha bu aşamaya gelmeden mahrumiyete bir set çekmektedir. Buradan hareketle, daha yetkili mercinin hangisi, kanuni usulün ne olduğu tartışmasına girilmeden, somut olayda mahrumiyete karar verilip verilemeyeceği konusunda değerlendirme yapma ihtiyacı doğmaktadır[93]. Bir

---

[91] Anayasa m.90 dolayısı ile uluslararası sözleşmelerin iç hukukta üstünlüğü, bağlayıcılığı görüşüne karşı uygulamada öncelik yaklaşımı konusunda Bkz. Turgut Tarhanlı, Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

[92] Lawless v. İrlanda, Başvuru No: 332/57, Gölcüklü/Gözübüyük, age, s.223, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[93] Bu haller 5. maddede şu şekilde tanımlanmıştır: *"a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş* mahkûmiyet *kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması*

diğer anlatımla ulusal kanunlar, ancak bu tahdidi hâllerden birinin veya birkaçının varlığı hâlinde, özgülükten mahrum bırakmanın nasıl yapılabileceğini düzenleyecektir.

5. madde, hakkın kısıtlanabileceği hâlleri sıraladıktan sonra, 2. fıkrada yakalama nedenleri ve suçlamaları en kısa sürede öğrenebilme hakkını; 3. fıkrada[94] yakalandıktan sonra derhal hâkim ya da adli görev ifa etmeye yetkili kişi önüne çıkarılma hakkını; 4. fıkrada[95] itiraz hakkını; 5. fıkrada ise madde hükümlerine aykırılık nedeni ile tazimat talep edebilme hakkını düzenlemiştir.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (MSHS) 9. maddesi, hakkın kısıtlanabileceği hâllerin tanımlanması dışında, AİHS'nin dil ve sistematiğini takip eder. Dikkat çeken bir diğer ortak nokta da gerek AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında, gerekse MSHS'nin 9. maddesinin 3. fıkrası ile derhal hâkim önüne çıkarılma hakkının suç şüphesi altında yakalanan veya tutulan kişilere tanımış olmasıdır[96]. Diğer hâllerle ilgili koruyucu hükümler her iki Sözleşme'nin ilgili maddelerinin 4. fıkralarında yer almakta; kanuni yükümlülüklere uymama, küçüğün eğitim amacı ile gözetim altına alınması; akıl hastalığı, serserilik vb. nedenlerle yapılan tutulma işlemlerini kapsamaktadır. Buna göre suç şüphesi altında fiziki özgürlükleri kısıtlanan kişilerin derhal hâkim önüne çıkarılmaları bir zorunluluk iken idare hukukundan ve medeni hukuktan kaynaklanan bir takım nedenle fiziki özgürlükleri kısıtlananların derhal hâkim önüne çıkarılma hakları güvencelenmemiş ancak belli bir sürede tutulmanın hukukiliğinin re'sen gözden geçirilmesi ve itiraz üzerine tutulmanın

---

veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması".

[94] "*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.*"

[95] "*Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*"

[96] Türk hukuku mevzuat bazında bir yönü ile, suç şüphesi olmadığı durumlarda derhal hâkim önüne çıkarılma kuralı açısından AİHS metninden daha koruyucudur ancak mevzuatın diğer bir yönü bu durumlarda tüm güvenceleri uygulamada ortadan kaldırma riski yaratmaktadır. İç hukuk bahsinde bu konuyu ele alacağız.

hukukiliğinin denetlenmesi güvenceleri tanınmıştır. AİHS'de, 5. maddenin 3. ve 4. fıkralarında görüldüğü üzere, adli ve diğer amaçlı tutulmalara karşı getirilen güvencelerdeki fark 3. fıkrada, 1. fıkrasının c bendine atıf yaparak ortaya konurken (c bendinde bir suç şüphesi ile kişinin özgürlüğünün kısıtlanması hâli yazılıdır); MSHS ise 9. maddenin 3. fıkrasında "*Cezai bir fiilden ötürü gözaltına alınan veya tutulan bir kimse*"den bahsetmek sureti ile adli sürece atıf taparak idari süreçleri fıkrada tanımlanan hemen hâkim önüne çıkartılma güvencesini dışında bırakmaktadır. Ancak tutulma durumunun hukukiliğinin kısa sürede denetlenmesi için başvuru hakkı vardır. Burada bir karışıklığa mahal vermemek için ileride tekrar değinmek üzere şunu belirtmek isteriz; adli süreçlere atıf yapılarak gerçekleştirilen ve fakat somut bir suç şüphesine dayanmayan özgürlük kısıtlamaları ile AİHS.m.5 metninde sınırlı sayıda bulunan idari ve özel hukuktan kaynaklanan tutulma hâllerini (küçüğün eğitimi, alkolizm, bulaşıcı hastalıklar ve diğerleri) birbirinden ayırmak gerekir. Madde metninde sıralanan bu hâllerde özgürlük kısıtlaması mümkündür ancak bu işlemler, adli süreçlere dayanan kısıtlamalara göre daha az güvenceli bir denetime tabi tutulurlar. Bir suç ihtimalinden yola çıkarak, somut ve şahsileştirilmiş bir suç şüphesine dayanmadan herhangi bir şekilde kişinin fiziki özgürlüğünü kısıtlamak, tehlike ya da ihtimal kavramları ile temellendirilmeye çalışılan idari gerekçelerle yapılsa dahi hukuken mümkün değildir[97]. Fiil, hazırlık aşamasından teşebbüs aşamasına geçmiş olmalıdır[98].

D- Hakkın İç Hukuktaki Yeri ve Yakalama Kurumu

1982 Anayasası'nda, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği başlıklı 19. maddesinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında oldukça kapsamlı bir düzenleme yer almaktadır. Düzenleme AİHS'ndeki dil ve sistematiği takip etmekle birlikte ondan daha detaylı hükümlere ve daha güçlü ifadelere yer vermektedir. Anayasa da AİHS'de olduğu gibi, yaşam hakkı, işkence yasağı

---

[97] Ciulla v. İtalya, Başvuru No:11152/84, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[98] Macovei, age, s.43, 44.

ve zorla çalıştırma yasağından sonra kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenlemiştir.

Mahrumiyet hâlleri, AİHS'in 5. maddesinin 1. fıkrasındaki hâllerle aynıdır. Mahrumiyet hâlleri izah edilirken AİHS, 5. madde 1. fıkradaki hâller ve yasadaki usulden başka yolla kısıtlama yapılamayacağını hükme bağlarken; Anayasa'nın 19. maddesi ile bir adım daha ileri gidilerek bu hâllerde hakka müdahalenin ancak "yakalama" ve "tutuklama" biçiminde yapılabileceği belirlenmiştir[99]. Böylelikle, Anayasa genel çerçeveyi çizmenin yanı sıra, ceza usul kullarına da bir sınır getirmiş, bizatihi usul kuralı ihdas etmiştir. AİHS'nin kullandığı kavram "*detention*", genel bir anlam ifade ederek, her türlü tutulma durumu karşılığı olarak kullanılırken, Türk hukukunda tutuklama ve yakalama, tanım ve usulü kanunlarla çizilmiş belirli işlemlerin adlarıdır. Yine Anayasa'nın 19. maddesi, suç şüphesi altındaki kişilerin durumunu ayrı fıkrada ele almıştır. Bu fıkra altında, yakalamanın ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde veya suçüstü hâlinde hâkim kararı olmaksızın yapılabileceği düzenlenmiştir. Bunun şartları da kanun ile belirlenecektir. AİHS ise, kişinin yakalanması esnasında hâkim güvencesine bu kadar önem vermemiş, yakalanan ve tutulanın derhal hâkim ya da adli görev yapmaya kanun ile yetkili kişi[100] önüne çıkarılarak işlemlerinin hukukiliğinin denetlenmesini düzenlemiş, yakalamanın yetkili adli merci önüne çıkarılmak için yapılmasını önemsemiştir.

Anayasa madde 19'da yerini alan, hâkim önüne çıkarılmak için belirlenmiş azami 48 saatlik ve dört günlük süreler ve yakınlarına haber verilmesi hakkının, AİHS metninde açıkça yazılı değildir. Bu kurallar, usule

---

[99] Sınırlı sayıda belirtilen küçükleri, akıl hastalarının, uyuşturucu-alkol bağımlılarının, bulaşıcı hastalık yayabileceklerin ve serserilerin durumu ayrık olmak üzere, bunlara uygun verilen tedbire göre, o tedbirin yerine getirilmesinden bahsedilir.

[100] AİHM, bu kavramın kısaltılmış eş anlamlı halinin 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinde geçen yasayla yetkili merci olduğu görüşündedir. Kişinin hâkim dışında savcının karşısına çıkarılması halinde bunun bihakkın çıkarılma olabilmesi için savcı idareden ve diğer taraflardan bağımsız olmalı, kişiyi serbest bırakma yetkisi bulunmalıdır. Ayrıca savcının daha sonra yargılamada görev almaması ya da görev alma ihtimalinin bulunmaması da gerekir. Schiesseer v. İsviçre, Parag.28, 29, Başvuru No: 7710/7, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

ilişkin kanun koyucuyu bağlayıcı detaylardır. Anayasa m.19/7, her türlü tutulma hâlinde hemen serbest bırakılmayı sağlamak için "yargı merciine" başvurma hakkını tanımaktadır. Bu hüküm, AİHS.m.5/4'te geçen mahkemeye başvuru hakkı ile paralellik arz etmektedir. AİHM, 5/4'te geçen mahkeme deyiminden, sadece klasik bir mahkemeyi anlamamaktadır. Bağımsız ve özgürlükten yoksun bırakma konusunda başvuruları değerlendirirken uygulayacağı usuli güvencelerin var olduğu, tutulmanın hukukiliğini değerlendirme ve salıverme yetkisine sahip diğer organlar da kavramın içinde sayılmaktadır[101].

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. kısmında, 3 bölüm altında, 90-115. maddeler arasında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yapılan müdahaleleri, yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol başlıkları altında düzenlemiştir. Bu işlemlerden yalnızca yakalama, polis tarafından belli hâllerde kendiliğinden yapılabilir. Bilindiği üzere, gözaltı, tutuklama ve adli kontrole karar vermede polise tanınmış bir yetki bulunmamaktadır. Gözaltı kararında tek yetkili merci cumhuriyet savcılığı (CMK.m.91)[102], tutuklama ve adli kontrol kararı vermede tek yetkili soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi ve kovuşturma aşamasında mahkemedir. Gözaltı, yakalamayı takip eden, ona bağlı bir işlemdir. Gözaltının serbest bırakma ile sonuçlanmadığı hâlde, onu tutuklama ya da adli kontrol kararları ya da hâkim tarafından salıverilme takip eder. Konumuz itibari ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilk müdahale eden bu işlemlerden; polis ile kişiyi aracısız muhatap eden ve belli hâllerde doğrudan polis takdiri ile icra edilebilen bir işlem olan, yakalama emri olmaksızın (müzekkeresiz) yakalamayı bir sonraki bölümde daha detaylı ele alacağız. Bu başlık altında genel olarak yakalama kurumunu ele alacağız.

Yakalamanın ne olduğu konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur. 5271 sayılı CMK'nın sistematiğinden anlaşılacağı üzere

---

[101] Weeks v. Birleşik Krallık, Parag.61, Başvuru No:9787/82, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[102] Madde metninde değişiklik ön görerek polise de gözaltı yetkisi getiren yasa tasarısı için Bkz. 1/995 sayılı Kanun Tasarısı, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_baslangic 31.122014

yakalama ve gözaltı net bir biçimde birbirinden ayrılmış, yakalamanın başlı başına bir kurum olduğu iyice vurgulanmıştır. Bir kısım yazarca yakalama kavramı için yapılan ortak tanım, kişinin hâkim kararı olmaksızın geçici bir süre için özgürlüğünün kısıtlanması şeklindedir[103]. Bir tanım yapılırken kurumun Anayasal, kanuni temel düzenleniş biçiminin esas alınıp, istisnalarının ayrıca gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yakalamanın hâkim kararına dayanmayan bir işlem olduğu kanaati varsa dahi mevzuattaki temel düzenleniş biçiminin hâkim kararına dayanan yakalama olduğunun şerh düşülmesi doğru olurdu.

Mülga ceza muhakemesi kanunu olan 1412 sayılı CMUK döneminde, yakalama bahsinde geçen "müzekkereden" anlaşılan tutuklama müzekkeresiydi[104]. CMK döneminde ise yakalama emri[105] kavramı gelmiştir. Yakalama bahsinde geçen müzekkereden yalnızca tutuklama müzekkeresinin anlaşıldığı dönemde, yakalamanın bir alt başlığı olan müzekkeresiz yakalamanın hâkim kararına dayanmayan bir işlem olarak tanımlanmasının giderek doktrinin bir kısmında yakalamanın esasen hâkim kararına dayanmayan bir işlem olduğu görüşünün yerleşmesine yol açtığı anlaşılmaktadır. Kunter, yakalamanın gayesini ve niteliğini CMUK döneminde izah ederken "*Henüz bir tutuklama kararı ve dolayısı ile müzekkeresi verilmeden önce, sanığın kişi hürriyetinin kaldırılmasına yakalama denir*[106]" şeklinde açıklamaktadır. Bu tanımın devamında Kunter, "*Kişi hürriyetinin* hâkim *kararı olmadan sınırlanması demek olan yakalama ancak zorunlu hallerde haklı görülebilir*[107]" demektedir. Ancak bugün tutuklama ile yakalamanın amaç açısından da birbirinden tamamen bağımsızlaştığını belirtmek gerekir. Yakalama sonucunda şartları oluşursa elbette tutuklama yoluna gidilebilir ancak yakalama işleminin tek başına

---

[103] Bahri Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.443; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.440; Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayıları, Ankara, 2014, s.276.

[104] Tevkif müzekkeresi için Bkz. CMUK.m.125, 126, 127.

[105] Yakalama emri için Bkz. CMK.m.90, 94, 98, 146, 199.

[106] Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1981, s. 552.

[107] Kunter, age, s.552.

tutuklama işleminin aracı olduğunu kabul etmek doğru değildir. Zira CMK'da CMUK'un aksine tevkif müzekkeresinden değil yakalama emrinden bahsedilmektedir. Yakalama, kişinin savunmasının tespit edilebilmesi ve delillerin tespit edilebilmesi için de yapılabilir. Örneğin EK 1'de görülen yakalama emrinde hâkim, kişinin savunmasının alınabilmesi için yakalama emri vermiştir. Kişiyi tutuklama niyeti yoktur. Eski kanun döneminde yakalama emrini ile tutuklama müzekkeresi arasında bir ayrım konulmamasından dolayı eski dönemde yakalananın hâkim önüne çıkarılacağı yaklaşımında, yakalamanın hâkim kararı ile tutuklama ya da salıverilme şeklinde son bulması düşünülürdü[108]. Bu anlayış, eski kanun döneminde de eleştirilmiştir. CMUK dönemi uygulayıcılarından Bursa Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Işık "*Kolluğun kimi bilgi yetersizliği kimi kez takdirde yanılgı kimi de C. Savcılarının adli görevlerinde etkilerini duyuramamış olmaları yüzünden koşulları olmadığı halde sanıkları yakalayıp alışılmış deyimle mevcuden C. Savcılıklarına getirdikleri onlarında koşulların varlığını araştırmadan bunları mutlak suretle sorgu için Sulh hâkimi önüne yolladıkları sık görülen olaylardır*[109]" sözleri ile uygulamayı eleştirmiş, "*C. Savcılarının kolluğun getirdiği sanığın yakalanmasında bu koşulların bulunmadığına rahatlıkla kanaat getirilebiliyor iseler sanıkları gerekçesini gösterip Sulh hâkimi önüne çıkarmadan serbest bırakmaları gerekir*[110]" sözleri ile yakalama ile tutuklama arasına mesafe koymuştur. Tutuklama ile yakalama arasındaki zorunlu ilişkiye dair eski dönem anlayışın CMK'daki son izlerinden biri 2014 yılında mevzuattan çıkarılmıştır. Yol tutuklaması olarak anılan, başka ilde yakalanan kişinin 24 saat içerisinde yetkili merciye gönderilememesi hâlinde tutuklanmasını zorunlu kılan CMK.m.94, 21.02.2014 kabul tarih ve 6526 sayılı kanunun 7. maddesi ile değiştirilerek, yetkili merci önüne çıkarılamayan kişinin en yakın mahkemede kurulacak ses ve görüntülü iletişim sistemi vasıtası ile yetkili mahkeme tarafından işlemlerinin

---

[108] Kunter, age, s.533.
[109] Mehmet Şemsettin Işık, Uygulamada Ceza Yargılaması Yöntem Yasası ve İçtihatlar, Tunç Matbaacılık, 1980, s.66.
[110] Işık, age, s.65.

yapılması hükmü getirilmiştir[111]. Bugün müzekkereli yakalamadan yakalama emrine dayanan yakalama, müzekkeresiz yakalamadan yakalama emrine dayanmayan yakalama anlaşılmalıdır ya da müzekkereli/müzekkeresiz kavramları hiç kullanılmamalıdır.

Uygulamada yakalamanın genellikle hâkime başvurulmadan yapıldığı ileri sürülerek, yakalamanın temelde hâkim kararına dayanmayan bir işlem olduğu tezi temellendirilmeye çalışılabilir ancak uygulamanın bu yönde olması, hukuki düzenlemeden sapma hâlidir. Yurtcan, "*Yakalama, suç şüphesi altında olan kişilerin özgürlüklerinin, henüz bir yargıç tarafından verilmiş tutuklama kararı olmadan önce sınırlandırılmasıdır*[112]" tanımını getirmektedir. Ancak Yurtcan da yakalamada hâkim kararının esas olduğunu vurgulamamaktadır, aksine yakalamada hâkim kararı olmadığından, yakalanan kişin durumunun güvenceli olmadığı görüşündedir. Hâlbuki zorla getirme bahsinde, zorla getirme emri verme yetkisinin, Anayasa.m.19/3 gereği hâkim kararına dayanması gerektiğinden Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmaktadır[113]. Erem ise zorla getirmenin aslında yakalama olduğu görüşündedir[114]. Yine Yurtcan'ın meseleyi ele alışının, diğer yazarlara göre hukuki düzenlemenin özüne daha yakın olduğunu gösteren bir diğer durum da yakalamayı suçüstü kavramı ile iç içe görmesidir. Hakeri/Ünver de yakalamanın tanımında, hâkim kararına dayanmama gibi bir kritere yer vermemiş; yakalamayı gözaltına alma işleminden önce özgürlük kısıtlaması olarak tanımlamıştır[115]. Soyaslan, suç işlediğinden şüphelenilen kişinin güvenlik güçlerince kontrol altına alınması, kişinin fizik özgürlüğünün ortadan kaldırılması ve başkasının

---

[111] Yasa değişikliği daha önce ortaya çıkan Yargıtay uygulamasını takip etmiştir. Yargıtay, UYAP sistemi üzerinden sesli ve görüntülü ifade alınması olanağı varken, kişinin 10 gün tutuklu kalmasını tazminat sebebi saymıştır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 04.04.2012 tarih ve 2011/15700E., 2012/9187K. sayılı kararı. http://yargitaykarar.wordpress.com/2013/02/28/5271-sayili-cmk-madde-94-ictihat-3/ 31.12.2014.

[112] Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.339.

[113] Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.346.

[114] Faruk Erem, Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986, s.470, 471.

[115] Hakan Hakeri, Yener Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayın Evi, Ankara, 2012, s.146.

elinde olma durumu olarak tanımlamış[116] ancak "*bir hal hariç yakalama için yargıç kararına gerek yoktur*[117]" diyerek hâkim kararını istisna gördüğü izlenimini doğurmuştur. Centel/Zafer, daha önce hâkim kararı olmaksızın kişinin özgürlüğünün kısıtlanması şeklindeki tanımlamalarını[118] devam ettirmemiş; fiili bir duruma ya da karara dayanan yakalama arasında ayrıma gitmiş müzekkeresiz yakalamanın hâkim kararı bulunmaksızın kişinin özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanması olduğu tanımını getirmiştir[119].

Kanun temelde üç tür yakalama biçimi tanımlamıştır: Herkesin yapabileceği yakalama, hâkim emrine dayanmayan kolluk yakalaması ve hâkim emrine dayanan kolluk yakalaması. CMK.m.90, bir kişiye suç işlenirken rastlanılması ve bu duruma eklenecek biçimde kişinin kaçma olasılığının bulunması ya da o anda kimliğini belirleme olanağı bulunmaması hâlinde, o kişinin herkes tarafından yakalanabileceğini hükme bağlamıştır. Yani, kanunda kendisine yakalama görevi verilmemiş kişilerin yakalama yapmasında belirleyici koşul suçüstü hâlidir[120]. Bir diğer önemli husus da kişinin kaçması ya da kimliğinin belirlenmesi için daha hafif bir yol mümkünse yakalama yapılmadan bu yola başvurmanın zorunlu olmasıdır[121].

Emre dayanan yakalama, görev alanı[122] şehirleşmiş alanlar olan polis için mevzuatın öngördüğü temel yakalama biçimidir. Anayasa m.19'un "*Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.*" hükmünden anlaşılacağı üzere, istenen, yakalama yapılacaksa bunun hâkim kararına dayanmasıdır. Suçüstü hâlinden kaynaklanan bir

---

[116] Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010, s304.
[117] Soyaslan, age, s.305.
[118] Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.329.
[119] Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.322, 323.
[120] Bkz. CMK.m.2/1/j.
[121] Centel/Zafer, age, 2014, s.325.
[122] Emniyet ve Asayiş İşlerinde İl, İlçe ve Bucaklardaki Jandarma ve Emniyet Ödevlerinin Yapılması ve Yetkilerinin Kullanılması Suretini ve Aralarındaki Münasebetleri Gösterir Yönetmelik.m.3/1/f: "*Esas olarak il ve ilçe belediye sınırları içindeki bölge polisin sorumluluk alanını; il ve ilçe belediye sınırları dışında kalan bölge ise jandarmanın sorumluluk alanını oluşturur.*" 15.7.1961 tarih ve 10855 sayılı Resmi Gazete.

zorunluluk varsa hâkim kararı aranmamalıdır. Yine CMK.m.98'de yer alan "*Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir*" hükmü, esas olanın kişinin davet edilmesi olduğunu[123], davete uyulmaması hâlinde yakalama işlemi için hâkim kararı gerektiğini ifade etmektedir.

Mevzuat hâkim kararına dayanan yakalamayı esas, herkesin ya da polisin kendiliğinden yapabileceği yakalamayı istisna olarak düzenlemiş olmasına rağmen fiiliyatta ağırlıklı olarak hâkim kararına dayanmayan yakalamaya rastlanır[124]. CMK'da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahalenin hukukiliğine gösterilen özenin, uygulamada gösterildiğinden bahsetmek mümkün değildir. Kaldı ki sorun salt bir özen gösterme meselesi ile de açıklanamayacak kadar yapısaldır. Yakalama konusundaki anayasal/kanuni rejim, idare tarafından, türlü gerekçelerle esnetilmek, getirilen güvenceler bertaraf edilmek istenmektedir. Bizatihi kanunu yanlış uygulama bir yöntemken, yakalamanın anayasal/kanuni rejimine yabancı kavramları yönetmelik ve özel kanunlarla sokarak güvenceleri dolanmak, kurumu görünür amacından saptırmak (ileri de ele alacağımız üzere belki de gerçek, tarihsel ve yalın amacına, zapt etme amacına uygulamada yaklaştırmak) başka bir yöntemdir. Önümüzdeki bölümlerde bu konuya eğilmeye çalışacağız ancak bu bölümde mevzuatın yapısını, hakkın işleniş biçimini ele almamız bağlamında, yakalama kurumuna yabancı kavramların mevzuata sokulma çabalarının yarattığı uyumsuzluklara da kısaca değinmek, örnekler sunmak uygun olacaktır.

Çizdiğimiz çerçeveden anlaşılacağı üzere, yakalamada esas olan hâkim kararı; istisnası vatandaşın ve polisin yakalamasıdır. Cumhuriyet savcısı bu sistemde, müzekkereli yakalamada hâkimden yakalama emri vermesini talep eden merci olarak yer almaktadır (CMK.m.98/1). Suçüstü

---

[123] CMK. Mülga m.251/6 da iki istisnai düzenleme bulunmaktaydı, bunlardan biri suçüstü ya da gecikmesinde sakınca bulunan hal olmasa dahi şüpheliye çağrı yapmadan, kolluğa doğrudan zorla getirme ya da yakalama emri verilebilmesiydi. İkinci istisnai düzenleme ise Cumhuriyet bu yetkileri doğrudan kullanabilmesinin düzenlenmiş olmasıydı. Bugünkü mevzuat açısından her iki durum da mümkün değildir.

[124] Centel/Zafer, age, 2014, s.336.

hâlinde şartları varsa zaten herkesin yakalama yetkisi vardır. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yakalama emri verme yetkisi konusunda tereddüt yaşanabilecekse de Cumhuriyet savcısına başvurulabilen bir hâlde artık gecikmesinde sakınca bulunan hâlden bahsedilemez. 5271 sayılı CMK'da gecikmesinde sakınca bulunan hâl tanımlanmamıştır. Hâlbuki Anayasa m. 19 açıkça "Hâkim *kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir*" ifadesini taşımaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hâlin tanımı Yakalama Yönetmeliği'nde[125] yapılmışsa da 19. maddenin açık hükmüne göre yönetmelikle düzenleme mümkün değildir. Ayrıca normlar hiyerarşisi gereği idare ancak kanunun yetkilendirdiği konularda yönetmelik hükmü ihdas edebilir. CMK.m.99, ancak belli hâllerinin[126] yönetmelikle düzenlenmesi için idareye yetki vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Yakalama Yönetmeliği'nde yer alan bir hükmün iptali için açılan bir davanın temyiz incelemesinde, Yakalama Yönetmeliği ile ilgili olarak, kanun koyucunun yetki vermediği konularda idarenin düzenleme yapabileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılabilmesi anlamına geleceğini, bunun "fonksiyon gaspı" olduğunu, CMK'nın 333. maddesinde yönetmeliklerin ancak bu kanun belirtilen konularda çıkarılabileceğinin hükme bağlandığını belirtmiştir[127]. Karahanoğulları da "*Yasada nelerin yönetmelikle düzenleneceği açıkça belirtilmişse bunlar dışındaki bir konuda yönetmelik çıkarılamaz*[128]" görüşündedir.

---

[125] m.4:" *Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini...*"

[126] "*Gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethanelerin maddî koşulları, bu kişinin hangi görevlinin sorumluluğuna bırakılacağı, sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı, gözaltı işlemlerine ilişkin kayıt ve defterlerin nasıl tutulacağı, gözaltına alınmanın başlangıcında ve bu tedbire son verildiğinde hangi tutanakların tutulacağı ve gözaltına alınan kişiye hangi belgelerin verileceği ile kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak kurallar*"

[127]Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.11.2012 tarih, 2008/3257E. ve 2012/2137K. sayılı içtihadı. http://www.afyonbaro.org.tr/belgeler/DANISTAY20122137.pdf 31.12.2014

[128]Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Karalarında Dayalı Bir İnceleme), 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s.69.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.11.2005 tarih, 2005/7-144E. ve 2005/150K. sayılı içtihadında *"Gecikmede sakınca, başka bir deyişle gecikmede tehlikenin varlığından söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır*[129]*."* şeklinde karar vermiştir. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu arama işlemi konusunda, 17.11.2009 tarih, 2009/7-160E. ve 2009/264K. sayılı içtihadında benzer ifadelere yer vermekle birlikte, somut olayda *"...ilçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hâkim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak sanığın* mahkûmiyetine *karar verilmesi*[130]"ni uygun bulmayan özel daire kararını yerine görmüştür. Buna göre, çalışmamızın konusu itibari ile, iletişim vasıtaların çokça ve kolaylıkla temin edilebildiği şehir ve ilçe merkezlerinde polisin gecikmesinde sakınca bulunan hâl gerekçesine kolaylıkla başvuramayacağı gibi, Cumhuriyet savcısının kendisine bildirilen bir olay ile ilgili olarak aynı binada bulunduğu hâkime müracaat edememesi ender olaylar dışında düşünülemez. Kaldı ki yakalamanın bir koruma tedbiri olduğunu[131], koruma tedbirinin ön şartlarından birinin de gecikmesinde sakınca (daha doğru ifade ile tehlike) bulunma[132] olduğunu unutmamak gerekir. Gecikmede tehlike yoksa zaten yakalama hiç gündeme gelmemelidir. Bir suç soruşturmasının yürütülmesi için yakalama mecburi değildir. Yakalamanın zorunlu olmaması yine koruma tedbirlerinin bir ön şartı olan, orantılı olmanın bir koşuludur[133]. Orantı bulunması, tedbirden elde edilecek fayda ile tedbire muhatap olanın uğrayacağı zarar arasında

---

[129] http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=28071 31.12.2014

[130] http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/Mayis2010/Mayis2010/assets/basic-html/page125.html 31.12.2014

[131] Son dönemde Alman Hukuku'nda, koruma tedbiri yerine, temel haklara müdahale teriminin tercih edildiği konusunda Bkz. Öztürk, age, s.439; Temel haklara müdahale kavramının tercih edilmesi ile ilgili yabancı kaynaklar için Bkz. Centel/Zafer, age, 2014, s.319, Dn.6.

[132] Centel/Zafer, age, 2014, s.321; Yenisey/Nuhoğlu, age, s.428; Gecikmede tehlikenin ön şart değil ortak özellik olarak ele alınması açısından Bknz Şahin, age, s. 272; Öztürk, age, s.442.

[133] Sırf para cezası gerektiren suçlarda yakalama yapılamayacağı konusunda Bkz. Kondzhov v. Bulgaristan, Parag. 59, Başvuru No: 68294/01.

denge bulunmasıdır; tedbir gerekli ise uygulanmalıdır[134]. Yakalamanın hukuki rejimi, bu ön şartlar dâhilinde hâkim güvencesini ihdas etmiştir; başka bir anlatımla ancak bu koruma tedbiri uygulanmazsa muhakemenin işleyişinde bir tehlike ortaya çıkacaksa işlem yapılacak, bu işlem de esas olarak hâkim güvencesine tabi olacaktır. Bu durum ortada iken tekrar, gecikmesinde sakınca bulunan hâl gerekçesi ile hâkim güvencesinin bertaraf edilmesi hukuki rejimin iç mantığına ters düşer. Hukuki durumun bu şekilde olmasına rağmen Yakalama Yönetmeliği m.6 "*Yakalama 5 inci maddede belirtilen yetkiler çerçevesinde, hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının emriyle veya doğrudan kolluk kuvveti veya suçüstü hâlinde herkes tarafından yapılabilir*" diyerek sanki anayasal/kanuni rejimde Cumhuriyet savcısının yakalama emri verme yetkisi varmış gibi hüküm ihdas etmektedir[135]. Hâkim güvencesinin ve genel olarak anayasal/kanuni güvencelerin esnetilmesine yönelik çabalar çalışmamızın merkezinde yer alan konulardadır. Yeri geldikçe tekrar bu konulara değineceğiz.

İdarenin düzenlediği Yakalama Yönetmeliği'nden idarenin meseleyi nasıl ele aldığını da anlamak mümkündür. İdare her türlü fiziki özgürlük kısıtlamasını (adli, idari ve özel hukuktan kaynaklanan) bir arada düşünüp, bir arada düzenlemektedir. Bu nedenle, adli alan, idari alan ve özel hukuktan kaynaklanan alan, genel bir düzen muhafazası kaygısı içinde muğlâklaşıp sınırları belirsizleşmektedir. İdare, düzeni muhafazanın bir aracı olarak ele aldığı kavramları birbirinin yerine ikame etmektedir. Bu bakış açısı yapım ve ilanı tamamen idareye kalan yönetmelik tarzı düzenlemelerde su yüzüne çıkmaktadır.

Yakalama türlerinden müzekkeresiz yakalama[136] olarak da ifade edilen, polisin yakalama emrine dayanmadan gerçekleştirdiği

---

[134] Şahin, age, s.273.

[135] Yönetmeliğin hukuka aykırılığı konusunda Bkz. Bu çalışma Dn.127. CMK.m.98/2, m.91/5 ve CGTİK.m.19, Cumhuriyet savcısına ayrık ve istisnai yetkiler tanımaktadır. Yönetmelikteki yetki ancak bu sınırda anlaşılırsa hukuka uygun olur. Bu hallerde kolluğun dahi yakalama emri düzenleme yetkisi vardır.

[136] Centel/Zafer, age, 2014, s.323. Yakalamayı suçüstü hallerinde ve suçüstü halleri dışında yakalama olarak sınıflanması açısından Bkz. Soyaslan, age, s.305, 306. Yakalamayı, doğrudan yakalama ve yakalama emrine istinaden yakalama olarak sınıflanması açısından Bkz. Şahin, age, s.276, s.280.

CMK.m.90/2'de ifadesini bulan yetkiyi ve bu yetkiye paralel olarak PVSK ile Yönetmelik'te tanınmış bir kısım yetkiyi ayrı bir başlık altında incelemeye çalışacağız. Bu yetkilerin tümünü polis doğrudan kullanmaktadır. Yetkilerin bir kısmı, CMK'da düzenlenen yakalamada olduğu üzere doğrudan suç olgusu ve suç şüphesi ile ilintili olarak düzenlenmektedir. Tamamen idari gerekçeler ile başlayıp adli alana geçiş yapan yetkiler ile suç olgusu ile somut ve doğrudan bağ kurmamakla birlikte soyut bir suç ihtimalinden hareket ederek yakalama işleminin sonuçlarını doğuran yetkilerin ayrı ayrı tasnif edilerek incelenmesi ve CMK'daki düzenleme ile karşılaştırılması gerektiği kanaatindeyiz. İkinci bölümde bu inceleme ve karşılaştırmaları yapmaya çalışacağız. Ancak bundan önce çalışmamızda kullandığımız bazı temel kavramlara değinmek istiyoruz.

II. Polis Kavramı, Gelişimi ve Polisin Günümüzdeki Fonksiyonu

Bu temel kavramlardan belki de en önemlisi, aynı zamanda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının billurlaşmış bir hâlde karşımıza çıktığı gündelik hayat pratikleri ve bu pratiklerde, özellikle bu çalışma için ayrıksı bir önemi olan polis müdahalesiyle söz konusu haklardan mahrum bırakılma hususuna dair olmalıdır. Başka bir ifadeyle, söz konusu hakların irdelenmesi, onlardan mahrum bırakılma pratikleriyle birlikte ele alınmalıdır ve bu mahrum bırakmanın hem tarihsel, hem güncel hem de kurumsal öznesi polistir.

A- Polis, Düzen ve Tutma (Alıkoyma) Kavramları

Batı'da meta üretiminde niteliksel değişimlerin yaşandığı, ticaret ve sanayi üretiminin ivmelenerek özel mülke dayalı kapitalist sistemin feodal zümre düzenine karşı gelişme kaydettiği 16. yüzyılda burjuva sınıfının ihtiyaçlarını karşılamak üzere hukukta Roma tekrar hatırlandı. Roma hukukunun sistematik yapısı yeni ticarete ve meta dolaşımına uygun zemin hazırlıyor, mal sahipliğinin çeşitli biçimlerini ve diğer meselelerle ilişkisini düzenleyen hukuk terimleri yeni dönemin ihtiyaçlarını karşılamak üzere,

anlam değişiklikleri olmakla birlikte, iktibas ediliyordu[137]. Polis ve ilgili kavramların bugünkü anlam ve işlevlerine ulaşmasında Batı'da kapitalist üretim ve üst yapı ilişkilerinin iyiden iyiye gelişme gösterdiği erken modern dönem belirleyicidir. Marx/Engels, bu gelişmenin Kıta Avrupası'nda doğrudan İngiltere'de ise daha dolaylı bir yol izlediğini belirtir[138]. Hukuksal terimlerin tarihsel seyri bu izahatı haklı çıkartmaktadır.

Türkçede polis kelimesi, Fransızca *"police"* kelimesinden gelmektedir. Fransızca *"police"* kelimesi, İngilizceye geçmiştir. Kelime, Fransızcaya Latincede devlet düzeni anlamına gelen *"politia"* kelimesinden kaynağını alarak, o da şehir anlamına gelen Eski Yunanca *"polis, polit"* kelimesinden türemiştir. Baskın anlamı kamu düzenidir. İngilizcede 16. yüzyılın ikinci yarısından kamu düzenini korumak anlamında kullanılırken, polis vasıtası ile düzeni korumak anlamı 19. yüzyılda kullanıma girmiştir. Polisin hem bir işlev hem de bir kişi ya da kurumun adı olduğu anlaşılmaktadır. Türkçe kullanımındaki anlamı ile polislik işini yapan görevliyi ifade eden *"policeman"* kelimesi ise 18. yüzyıla tarihlenir. Günümüzde suçun önlenmesi ve bastırılması, bunlarla bağlantılı olarak kamu düzenin korunması anlamları 19. yüzyıldan itibaren kullanıma girmiştir[139]. Polisin etimolojik olarak düzen ve şehir kavramları ile iç içe olduğu görülmektedir. Polisin hukukun uygulanması veya kullanılmasında önemli bir yere sahip olduğu kuşkusuzsa da polis, köken olarak hukuktan ziyade yönetsel işleve ait bir kavramdır. Hukuk sözlüğüne düzen ve devlet bağlamıyla girişi bunu göstermektedir.

Polisin bugün kolluk[140] kavramı içinde sınıflanması, onun 19. yüzyıldan itibaren büründüğü görünümle ilgilidir. Kanun, idare tarafından genel düzenleyici veya birel işlem ve eylemlerle uygulanacağından, zamanla

---

[137] Karl Marx, Friedrich Engels, Alman İdeolojisi (Feuerbach) (Çeviren: Sevim Belli), 5. Bası, Sol Yayınları, Ankara, 2004, s.116, 117.

[138] Marx/Engels, age, s.117.

[139] http://www.tdk.gov.tr 31.12.2014. ; http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=police&searchmode=none 31.12.2014; Catherine Soanes, Angus Stevenson, Oxford Dictionary of English, 2 Bası, Oxford University Press, 2005, s.1361; http://www.nisanyansozluk.com 31.12.2014.

[140] İngilizcede, hukuk uygulayıcısı anlamı ile iç içe olan *"law enforcement officers"* ile ifade edilir.

kanun ile içi içe bir görünüm kazanan polisin belediye zabıtası, itfaiye, dernek toplantısındaki hükümet komiseri ile birlikte bir üst başlık altında sınıflanması bu açıdan normaldir. Kanun ile iç içe görünüş, tarihin belli bir aşamasında ortaya çıkmış ideolojik bir tercihtir, bir sonraki başlıkta değineceğiz. Polisin gerçek işlevi ise kanun içine ya da onun uygulanmasına hapsedilemez. Onu daha çok düzenin korunması, yeniden üretilmesi ve uygulanması ile ele almak anlamayı kolaylaştırır. Bu çalışmada polisi kolluk kavramından ayrı ele almamızın bir nedeni budur. Diğer bir nedeni ise ilk nedenle de bağlantılı olarak, kolluğun kapsamına giren diğer kamu görevlilerinin konumuz açısından polisle gösterdikleri işlev farklılıklarıdır. Diğer hiçbir kolluk, polis kadar suçla birlikte anılmamakta, hiçbiri polis kadar sokağa doğrudan müdahale etmemektedir.

Çokça bahsettiğimiz düzen terimi, hukukta yönetim biçimi, rejim anlamlarında kullanıldığı gibi yaygın kullanma için tertip karşılığı verilir[141]. Tertip için diğer anlamlarının başında sıralama anlamı gelir[142]. Hukuk tarihinde Osmanlı Dönemi'nde kamu düzeni ile yakın ilişkisi olan Nizam-ı Alem (nizam verme), Tanzimat kavramlarında geçen Nizam[143] için de dizi, sıra, düzen karşılığı gösterilir. Nizam sözcüğü yine Arapça *"rutba"*dan (derece) köken alır. Nişanyan tüzmek kökünün için eski Uygurca metinlerde sıraya koyma anlamında kullanıldığını belirttikten sonra, *"tiz- ve tüz- fiilleri eş anlamlıdır. Törü (düzen, yasa) ve törü-(yaratılmak) sözcüklerinin aynı kökle alakalı olduğu düşünülebilir[144]"* yorumunu getirmektedir. Düzen kavramının Batı dillerindeki anlam seyri de Türkçe ve Arapçadaki anlam geçmişi ile paraleldir. Ayrıca sırası ile Latinceden Fransızcaya ve oradan İngilizceye geçmesi de polis kavramının geçmişi ile benzerdir. Fransızcadan (*"ordre"*) İngilizceye geçen *"order"* Fransızcaya da Latinceden geçmiştir. Latincede sıra, mertebe, zümre, sınıf anlamlarına gelen ordo[145]/ordin

---

[141] http://www.tdk.gov.tr 31.12.2014
[142] Tertib: Dizme, sıralama, Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat Eski ve Yeni Harflerle, 11. Bası, Aydın Kitapevi Yayınları, Ankara, 1993, s.218.
[143] Tekinsoy, age, s.12.
[144] https://www.nisanyansozluk.com 31.12.2014
[145] Meninski'nin Thesaurus'unda *"ordo"* için tertib karşılığı verilmektedir, Tulum, age, s.632.

kelimelerinden kaynağını alır[146]. "*Order*"dan 13. yüzyıl başlarında kişinin dini disiplin altında yaşaması anlaşılıyordu. Schmitt, sadece tarihsel gelişmeleri nedeni ile değil, her şeye kadir Tanrı'dan her şeye kadir kanun koyucuya geçişte olduğu gibi ilahi kavramların bilinçli bir şekilde dünyevileştirildiğini, modern devlet kuramının bütün önemli kavramlarının kaynağını ilahiyattan aldığını savunur[147]. Kelime, ilahi düzenden devlet düzenine geçişin izlerini taşımaktadır. Kelimenin seküler toplumda mertebe anlamı, ilk olarak 1300'lerde kaydedilmiştir[148]. Tekinsoy, yine bu tarihlerde Fransız hukuk metinlerinde kamu düzeni kavramının polis ile iç içe yer aldığını, anglo-sakson geleneğinde ise kamu düzenin güvenlik duygusunu merkezine aldığını aktarmaktadır[149]. Neticede düzen kavramına köken itibari ile sıralamanın, derecelemenin, dereceli toplumsal düzenin içkin olduğu anlaşılmaktadır.

Son olarak, çalışmamızda önemli bir yere, polis ve düzen kavramları ile benzer bir tarihsel seyre sahip olan, AİHS'nin İngilizce orijinal metninde kullanılan "*detention*[150]" kavramı, yer yer "*arrest*" (yakalama) kavramı ile birlikte, adli ve diğer amaçlı özgürlük kısıtlamalarının hepsini kapsayacak şekilde, 5. maddenin 1. fıkrasının 6 bendinde de kullanılmıştır[151]. "*Detention*", "*Bir kişi ya da şeyi kazara veya tasarlayarak alıkoyma ya da elde tutma eylemi*[152]" şeklinde; ayrıca tutuklanma ve gözaltı hâllerini birlikte karşılar biçimde tanımlanmıştır[153]. Kelimenin etimolojik kökeni, kullanımına ve oturduğu bağlama ışık tutmaktadır. Latince "*detentio*"

---

[146] Soanes/Stevenson, age, s.1239.
http://www.turkhukukkurumu.org.tr/thl/metin/z20080627lattr.pdf 31.12.2014
[147] Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm (Çeviren: A. Emre Zeybekoğlu), 3. Bası, Dost Yayınları, Ankara, 2010, s.41.
[148]http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=order&searchmode=none 31.12.2014.
[149] Tekinsoy, age, s.15.
[150] Resmi çeviride tevkif, hapis, 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete. AİHM resmi web sitesindeki çeviride tutma, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf 31.12.2014.
[151]Macovei, age, s.30. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf 31.12.2014.
[152] Hery Campbell Black, Black's Law Dictionary, 5. Bası, West Publishing Co., Minnesota, 1983, s.234.
[153] http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/detention 31.12.2014.

kelimesinden kaynağını alan "*detention*", 1570'lerden itibaren kapatılma, hapsedilme anlamında kullanılır[154].

Roma hukukunda "*detentio*", malı başkası adına fiilen elde bulundurma anlamında, "*possesio*" ise kendi adına elinde bulundurma (zilyetlik) anlamında kullanılmaktaydı[155]. Dolayısı ile kamusal bir otorite ile Devlet ya da yargı erki adına kişinin özgürlüğüne müdahalenin karşılığı olarak "*detentio*" kelimesinin kullanıma girmesi doğaldır.

Kelimenin kökeni olarak "*iddia edilen veya muaccel olan 'şeyin' elde tutulması*[156]" anlamı da verilmektedir. Gerek bu kullanım gerekse Roma hukukundaki köken, bize hukukta kişinin ve malın elde tutulması arasında tarihsel süreçte geçişgenlik ve yakınlık olduğunu gösteriyor. 16. yüzyılda[157] yaşanan bu geçiş, diğer hukuki kavramların tarihsel seyri ile birlikte ele alındığında dönemin üretim ilişkileri ve toplumsal dönüşümünün hukuka önemli etkilerde bulunduğu sonucuna tekrar ulaşmaktayız. Resmi AİHS çevirisinde "*detention*"a verilen tevkif karşılığı, kavrama *Black's Law Dictionary*'de verilen kişi ya da şeyi alıkoyma anlamı ile uyumludur. Tevkif, Arapça "*vukuf*" (durdurma, durdurulma), kökenlidir[158]. Vakıf kelimesinin kökeninde de malın durması, belli bir yerde durdurulması anlamı vardır[159]. Neocleous, mal üzerinde kurulan hâkimiyeti de kapsayan mülkiyetin bir unsurunun da egemenlik olduğunu; mülkiyetin bu içeriğinin zamanla unutulup mülkiyet kavramı yerine mal sahipliğinin kullanımda ideolojik nedenlerle tercih edildiğini anlatır[160]. Mülkiyetteki egemenlik unsuru[161], insanın başka bir insanın bedenine sahip olmasında da vardır.

---

[154]http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=detentio&searchmode=none 31.12.2014.

[155] Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.107.

[156] Soanes/Stevenson, age, s.474.

[157] "*Serserilik, doğrudan doğruya feodal düzenin çözülüp dağılmasına bağlıdır... Serserilik, ancak 15. yy. sonu ile 16. yy'ın başında sürekli ve genel bir şekilde yerleşmiştir... İngiltere Kralı Henri VIII, ... 72.000'nini astırdı.*" Marx/Engels, age, s.88.

[158] Devellioğlu, age, s.1103.

[159] Devellioğlu, age, s.1134.

[160] Neocleous, age, s.67.

[161]Bugün İngilizcede, mülkiyete ve zilyetliğe karşılık gelen "*possession*"un kaynağını teşkil eden Latince, "*possessio*" (Soanes/Stevenson, age, s.1374), Roma hukukunda, zilyetlik anlamında kullanılmaktaydı. "*Possessio*", fiili egemenlik ("*corpus*") ile kendi adına elinde bulundurma kavramlarının toplamını ifade etmekteydi. Çelebican, age, s.107, 115.

Şeylere sahip olmakla bedene sahip olmanın aynı kelimelerle ifade edilmesi anlaşılır bir hâldir.

Özetleyecek olursak, tarihte polis, düzenle nerede ise eş tutulan bir örgütlenme ve aynı zamanda işlevin adıdır; düzen, hiyerarşik bir toplum yapısını etimolojik olarak içermektedir ve polisin tutma/alıkoyma eylemi, yeni gelişen burjuva sınıfının hukuku kendi ihtiyaçlarına göre dünyevileştirip[162] kavramlarını yeni dünyaya uyumlaştırdıkları zamanlarda anlamını kazanmıştır. Polis, düzen ve tutma/alıkoyma kavramları arasında tarihsel bir diyalektiğin olduğu[163], kavramların bir diğeri için nedensellik barındırdığı ortadadır. Düzenin sağlanmasında ve korunmasında polisin tutma/alıkoyma eylemi merkezî önemdeki konulardan birisidir.

B- Polisin Doğuşu, Tarihsel Gelişimi

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının tarihsel gelişimini incelerken gördüğümüz üzere bu hak, feodal düzenin çöküp yerine kapitalist düzenin kurulması aşamalarında şekillenmiştir. Polisin kökleri de burada aranmalıdır. Toprağa dayalı feodal düzenin birimleri dağılıp, özgürleşmeye başlayan serfler kırsal bölgelerden şehir merkezlerine özgürlükleri ile birlikte geldiklerinde şehir başka bir mekân hâline gelmiştir. Avrupa eski düzen ile yeni düzen arasında bir kriz dönemi yaşar. Toprağın bir parçası olarak yaşamını sürdürürken alıştıkları düzenden koparılan kitleler, feodalizmden kapitalizme geçiş aşamasında, serseriliği, başıboşluğu başı başına bir sorun hâline getirirler. Marx, feodalizmin çözülmesi sürecinde topraklarından koparılmış köylülerin yeni düzenin disiplinine uyum sağlayamayarak yığınlar hâlinde dilenci, hırsız, serseri olduklarını

---

[162] Neocleous, polis (*"polizei"*) kelimesinin Fransızca'dan Almanca'ya 16. yüzyıl başlarında geçtiğini (Neocleous, age s.15, 16); Alman Prensliklerindeki sivil yönetim için kullanıldığını anlatıyor (Neocleous, age, s.20 vd.). 16. yüzyıl din alanında da Reformasyon dönemidir. Reformasyonun bir anlamda siyasal hamiliğini yürüten Alman Prensliklerinde, yeni bir dünyevi idareye geçişin hem de polis kavramının gelişmesinin aynı yüzyılda gerçekleşmesi tesadüf olmasa gerek, dinsel düzene karşı yeni seküler bir düzen gereklidir.

[163] Meninski'nin Thesaurus'unda *"düzen virici"* kelime öbeği için "bağlayıcı" karşılığı verilmektedir, Tulum, age, s.633.

aktarmaktadır[164]. Bu başıboşların hareket özgürlüğü ve kanun dışılığı (Marx'ın deyimi ile " 'özgür' *ve yasa-dışı proletarya*") birbirinden ayrılmaz iki özellikleriydi, bir diğerini koşulluyordu. *Kapital*'in Fransızca metninde topraktan kopartılan köylüler için kullanılan yersiz yurtsuz deyimi İngilizce metne kanun dışı olarak geçmiştir[165]. King/Hawley, İngiltere'de hukukun gelişimini inceledikleri çalışmalarında kanun dışılığa ve sığınaklara ayrı bir başlık ayırmıştır. Yakalanamayan kişiler kanun dışı ilan edilirdi. Bunlar ormanlara ve devletin ulaşamadığı belli mahallere sığınırdı[166]. Serseriliğin tanımında bugün de makbul görülen yerleşim yeri sahibi olmama ile kanun dışılık arasındaki bağın sürekliliği kadar, yerleşim yeri olmama-serserilik-özgürlükten mahrumiyet arasında da tarihsel bir sürekliliğin olduğu görülmektedir. 15. yüzyıl sonundan itibaren bütün bir 16. yüzyıl boyunca serserilere karşı *"kanlı kanunlar*[167]*"* çıkarılmış; serseriler, düzenli bir iş edinmediklerinde, ortalıktan kaybolduklarında bu kanunlara dayalı olarak dövülmüş, kırbaçlanmış, mühürlenmiş, kapatılmış[168] ve öldürülmüşler; onları ihbar edenin onları köle olarak kullanması, böylece istihdamları, sahiplerinin yanından kaçmaları veya serserilikte ısrar etmeleri hâlinde idamları; çocuklarının çırak olarak belli yaşa kadar çalıştırılmaları, kaçmaları hâlinde onların da köleleştirilmesi kanun yolu ile düzenlenmiştir[169]. Sulh hâkimlerine serserileri takip ettirerek yakalatma yetkisi ile birlikte çırak ücretlerini belirleme yetkisinin verilmesi[170] ücretli emek düzeninin inşası sürecinde kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin oynadığı merkezî rolü göstermesi açısından önemlidir. Düzensizlik, artık eski ahlaki değerlerin yitimi, serserilik, sarhoşluk, salgın hastalıklar ve

---

[164] Karl Marx, Kapital (Çeviren: Alaattin Bilgili), Cilt 1, 7. Bası, Sol Yayınları, Ankara, 2004, s.698.
[165] Marx, Kapital, çevirenin notu, s.697.
[166] King/Hawley, age, 198.
[167] Marx, Kapital, s.698.
[168] Özgürlükten yoksun bırakma pratiklerinin aylakları ücretli emek düzenin içine çekme amacı açısından Bkz. Michel Foucault, Deliliğin Tarihi (Çev: Mehmet Ali Kılıçbay), 4. Bası, İmge Kitap Evi Yayınları, Ankara, 2006, s.111 vd.
[169] Marx, Kapital, s.700.
[170] Marx, Kapital, s.699, 703.

kumarla bir anılıyordu; bunların yarattığı kaygı yönetimin temel sorunlarındandı[171].

Şehirdeki düzensizliğin tüm unsurları polisin konusuydu. Çöp birikintilerinden, serserilerin zapt edilmesine, ahlaka mugayir fiillerden sarhoşluğa, gıda tedarikinin güvenliğine polis genel yetkili bir birimi ve işlevi ifade etmekteydi. Suçla ilgilisi tali bir ilgiydi[172]. Doğal olarak serseriliğin, sarhoşluğun ne olduğu da önceden belirlenmiş hukuki kurallara göre değil de toplumsal/ekonomik koşullara göre belirlenmekteydi. Günümüzde bu durumun değiştiği de söylenemez. AİHS, serseriliğin ne olduğunu tanımlamadığı gibi AİHM de tanım çabasına girmemektedir. Serseriliğin ne olduğu konusunda tanım yapma ihtiyacı duyduğunda ise davalı ülke kanunundaki yerleşim yeri belli olmamak, meşru geçim olanaklarından yosunluk, bir meslek veya sanat icra etmemek gibi ekonomik ve toplumsal kriterleri tanım için uygun bulmakla yetinmektedir[173]. 16 yüzyıl köylü ayaklanmalarının da yaşandığı bir zaman dilimidir. Siyasal eylemlerin bastırılması o zamandan bu zamana polisin işi olagelmiştir.

17. yüzyıl polisin, feodal düzenin dağılması aşamasında toplumsal çalkalanmaya karşı gösterdiği reaksiyoner tavırdan, yeni düzenin inşası için daha kurucu bir tavır takınmasına sahne olur. Ulus devlete giden yolda, 1618-1648 arasında cereyan eden 30 yıl savaşları, Avrupa'da pek çok şeyi değiştirmiş, mutlakîyetçi idarelerin güçlenmeye başladığı büyüklü küçüklü devletlerin sınırları belirlenmeye, uluslararası hukuk ve ilişkiler bugünkü anlamı ile şekillenmeye başlamıştır[174]. Dolayısı ile artık dışarıda ordularla ordular, içeride ise toplumlar ile polis muhataptır[175]. İşte bu dönemde polisin toplumu düzenleme işlevi giderek artmaktadır. Polisin iç güvenlik ile birlikte anılır olmasında 17. yüzyılda yaşanan bu gelişmeler belirleyici olmuştur. Kıta Avrupası'nda gözlenen bu durum İngiltere'de daha özgün bir seyir izlemektedir. Hatırlanacağı üzere 1600'ler boyunca Darnel olayından

---

[171] Neocleous, age, s.3.
[172] Neocleous, s.5 vd.
[173] Wilde Ooms ve Versyp v. Belçika, Parag.68, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66.
[174] Oral Sander, age, 100, 101.
[175] Ferdan Ergut, Modern Devlet ve Polis Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Toplumsal Denetimin Diyalektiği, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s.34 vd. Neocleous, age, s.24.

başlayarak, İngiltere'de parlamentonun (dolayısı ile burada güçlü biçimde temsil edilen burjuvazinin) bağımsız mahkemeler yolu ile Kral'ın yetkileri aleyhine, kişi özgürlüğü üzerinde hâkimiyet kurdukları görülür. Tekinsoy'un Anglo-sakson geleneğinde kamu düzenin, güvenlik duygusunu merkezine aldığı vurgusunu akılda tutmak gerekir. Ancak düzen, polis ve tutma/hapsetme kavramlarının Kıta Avrupası'ndan İngiltere'ye geçtiğini de unutmamak gerekir. Sonuçta kapitalist düzenin kendi içinde iki ayrı gelişim çizgisi bir aşamada kesişmiştir. Belki de bugün AİHS ve AİHM kararları en çok bu kesişmenin ürünüdür. Örneğin, polisin serseriyi, alkoliği tutması, AİHS.m.5/1/e'de 17. yüzyıldaki gibi meşru bir hâl olarak görülürken, bu nedenlerle yapılan müdahaleler AİHM tarafından, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve onun düzenleyen 5. maddenin amacı olduğu kabul edilen güvenlik (keyfiyete karşı koruma) çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

18. yüzyıldan itibaren ekonomik ve sosyal gelişmelere paralel olarak, polis daha profesyonel bir içerik kazanmış, ülke satıhlarında kurumsallaşmıştır. 1718'de Rusya'da ülke çapında teşkilatlanmış, merkezî yönetime bağlı polis teşkil edilmiştir. Fransa'da 1742'de Rusya örneğine uygun merkezî idareye bağlı polis kuruldu[176].

1700'lere gelindiğinde feodalitenin çözülmesi ile ortaya çıkmış başıboşların ücretli emek altında disipline edilmeleri, istikrarlı bir emek arzının sağlanması konusunda önemli aşamalar kaydedilmiştir. Artık polisin ağırlıklı meselesi yoksul emekçi kitlesinin idaresidir. Onların yeniden işsiz güçsüzler arasına dönmemesi temel meselelerdendir[177]. Kapatma tedbirlerinin yetersiz kaldığı yerde, geçmişten beri uygulanagelen çalışma evlerinin merkezî devlet tarafından yeniden örgütlenmiş hâlleri ("*depots de mendicite*") devreye sokulmuştur[178]; bu depolarda yıllar içinde yüz binlerce insan özgürlüklerinden mahrum edilmiştir[179].

---

[176] Neocleous, s.14.
[177] Neocleous, age, s.104.
[178] Nadir Özbek, İkinci Meşrutiyet İstanbul'unda Serseriler ve Dilenciler, http://www.tarihsiyaset.com/1998/01/01/ikinci-mesrutiyet-istanbulunda-serseriler-ve-dilenciler-2/ 31.12.2014
[179] Neocleous, age, s.34.

18. yüzyılın ikici yarısı ekonomik gelişmelerle paralel olarak hukuk alanında da liberal fikirlerin gelişiminin hız kazandığı dönemdir. Beccaria'nın modern ceza hukukuna kaynaklık eden eserinin yazıldığı 1764 yılında Fransa'da tahıl tedariki üzerindeki Devlet kontrolü kaldırılmış, tahıl piyasası serbestleşmiştir[180]. Tahıl tedariki gibi toplumsal düzende ciddi çalkantılara yol açabilecek bir işin polis kontrolünden piyasanın kontrolüne geçmesi bir dönüşümü işaret etmektedir. 18. yüzyılda, özellikle Kant ile sistemleşen Aydınlanma düşüncesi, kişinin özgür aklı ile birbirleri ile olan ilişkisini idare edebileceğini, polisin işinin bu işleyişi bozacak şiddeti bir diğer ifadesi ile suçu önlemek olduğu fikrini yerleştirdi. Bir anlamda hayatın düzenlenmesinde polisin yerini piyasa almıştır[181], polis artık genel, belirsiz işlerle değil şiddet ve suç gibi kanunlarla belirlenmiş işlerle uğraşacaktır. Beccaria'nın eserinde suçların kanun ile belirlenmesi, muğlâklığa alan bırakılmaması vurgusunun altında böyle bir okuma yatar. Geçtiğimiz başlıkta değindiğimiz aylakların sürülmesi meselesinde örneğin, zenginliğin getirdiği aylaklık ile yoksulluğun getirdiği aylaklığı birbirinden ayırmak için kanun ile yapılmış tanımlama istemektedir[182]. Herkes tarafından anlaşılır ve açık kanunlar yolu ile suçların belirlenmesi, dönemin Aydınlanmacı rasyonel hukuk yaklaşımının uzantısıdır. Beccaria, Kanunların Anlamları ve Açık Olmaları başlığı altında, kanunların açık ve sade bir dille yazılmaması hâlinde halkın "*kullandığı kendi özgürlüğünün ve yaptığı eylemlerin sonucunu*" kestiremeyerek yasaların yorum tekelini elinde tutan azınlığın kölesi olacağından bahsederken bu durumu "*ileri ve bilinçli Avrupa*"ya yakıştıramaz[183] ve şöyle devam eder: "*Yazılı* kanunları *olmayan bir toplum, asla oturmuş bir yönetim biçimine* (biz bunu iyi düzen[184] diye de okuyabiliriz) *kavuşamaz.*" Rasyonel kişilerin özgür iradesi ve sonuçları, Avrupa'nın ileriliği ve bilinçliliği Aydınlanma'nın temel kabulleridir. Düzen

---

[180] Neocleous, age, s.44.
[181] Adam Smith'in piyasanın kendi kendisini düzenlediği, devletin rolünü genel güvenlik gibi işlere daraltttığı Milletlerin Zenginliği adı ile bilinen eseri bu dönemde 1776'da yayımlandı.
[182] Beccaria, age, s.118.
[183] Beccaria, age, s.41.
[184] Ergut, age, s.42.

(içkin olarak sınıflı toplum düzeni), Aydınlanma çağında, kanun ile birlikte okunur hâle gelmiştir. Doğal olarak sivil yönetimin/düzenin merkezinde yer alan polisin işi de artık kanun ile tanımlanacaktır. Polisin kullanacağı yetkilerin ceza usul kanunları ile çerçevelenmesinin arkasında böyle bir tarihsel süreç yatar. Marx bu durumu, "*İşlerin olağan gittiği sıralarda*[185]*, emekçi, 'üretimin doğal* kanunlarına*' terk edilebilir; ... Oysa kapitalist üretimin tarihsel oluşumu sırasında,... Yükseliş halindeki burjuvazi,... devletin gücünü her zaman kullanır*[186]*"* diyerek açıklamaktadır. Dolayısı ile ceza usul kanunlarının devlet eli ile ihlâl edilmeye başlandığında düzen açısından "işlerin yolunda gitmediğini" düşünebiliriz. Bu çerçevede, 1800'lerde kullanımı olumlu olan, polis devleti (polis tarafından düzenlenmiş devlet) kavramının olumsuz anlamda kullanılmaya başlanması 20. yüzyıla ait bir durumdur[187].

Türk hukuk tarihi açısından meseleye bakacak olursak, polisin Osmanlı Devleti sistemine girmesi dosdoğru gerçek fonksiyonu ile olmuştur. Osmanlı'da polis teşkilatı 1845 yılında kurulmuştur. Fransa örneğinden iktibas edilen Polis Nizamnamesi "*polis tabir olunur usul-u cedide-i zaptiye*[188]"nin (polis olarak ifade edilen yeni zaptiye yöntemi) genel hizmetlerinden olmak üzere 17 görev sıralanmıştı. Polis kavramı, bir zaptiye yöntemi olarak Osmanlı hukukuna girmiştir. Polis denen zaptiye yönteminin görevlerinden bazıları, iç asayişi sağlamak (m.1), memleket içindeki hareket ve seyahate ilişkin belgeleri düzenlemek (m.3, 4), çalışabilecekken dilencilik yapanlar hakkında uygun bir yol bulmak üzere güç kullanmak (m.7), işsiz ve mesleksiz kalmış fakirlerin memleketlere dönmelerini temin etmek (m.8), otel ve lokantalarda düzenin sağlanması (m.9), sürekli bir

---

[185] İngiltere'de "*XVIII inci yüzyılın başlarında bu 'kabine usulü' artık yerleşmiştir*", 18. yüzyılda "*... Bazı tersliklere rağmen, Fransa, Avrupa kıt'asının en kalabalık ve en müreffeh ülkesidir.*" Server Tanilli, Uygarlık Tarihi (Ders Notları), Teksir, İstanbul, 1974, s.72, 75.

[186] Marx, Kapital, s.701.

[187] http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=police&searchmode=none 31.12.2014; Neocleous, age, s.15.

[188] Ergut, age, s.106. Cem Doğan, 1845 Polis Nizamnamesi: 12. ve 13. Maddeler Üzerine Bir Yeniden Değerlendirme, s.89, http://www.jasstudies.com/Makaleler/2000247043_do%C4%9Fancem_75-92_5-5_T.pdf 31.12.2014

uğraş olarak, grevlerin engellenmesi ve işçi cemiyetlerin yasaklanıp yok edilmesi ile devrim olayının önün alınması (m.12), genel ahlak açısında kitapevleri, matbaa ve kitapçıların denetim altında tutularak gerekli yasakların getirilmesi (m.13), mal alınıp satılan borsa vb. yerlerin düzenin sağlanmasıdır (m.16).

Serserilik meselesinin Osmanlı hukukunda geçirdiği seyir polisin gördüğü işlev açısından bugün için de aydınlatıcıdır. Ergut, İkinci meşrutiyet (1908) sonrası polisin, toplum üzerinde etki alanını genişletmek üzere serserilik meselesini kullandığını tespit etmektedir. 1890 yılında çıkarılmış Serseri ve Mazanne-i Su' Olan Eşhas Nizamnamesi, serserilerin iş bulmaları konusunda polis tarafından uyarılmaları, şehirden ayrılmaları gibi konuları polisin yetkisine veriyordu. Bu Nizamname, 1909'da polisin sahip olduğu yetkiler genişletilmek sureti ile yasaya dönüşmüştür. Yeni yasada polisin uyarma yükümlülüğü kalkmıştır. Serseri olduğuna kanaat getirilen kimseler doğrudan, polis ve savcının belirleyeceği uygun bir yere gönderebilecekti. Nizamname döneminde hâkime verilen cezalandırma yetkisi (polis uyarısına uymama üzerine), polise geçmiştir, polis hekim gözetiminde serseriyi dövebilecektir. Serserilik bir suç değil, tedbir nedenidir, bu nedenle ceza yasası içinde düzenlenmemiş ayrı bir kanuna konu olmuş; bunun sonucu olarak da temyiz hakkı tanınmamıştır[189]. Halbuki 1909 senesi itibari ile, sürgün cezası ve dayak ceza yasasından kalkmıştır. Yasanın yapım sürecinde işi en iyi bilen olmaları hasebi ile Polis Meclisi Reisi'nin önerileri belirleyici olmuştur, milletvekillerine göre sokağı mahkeme, vali, savcı bilmez zabıta bilirdi[190]. Ergut, serserilikle mücadele ve

---

[189] Ergut, age, s.248 vd.

[190] Ergut, age, s.260.

"ARTAS EFENDİ (Selanik) — Zabıtaca şüpheli addolunan mahallerde dolaşmayı itiyat eden serseriler deniliyor. Bu mahaller ne gibi mahallerdir?

SEYYİT BEY (Adliye En. Na.) (İzmir) — Onu Hükümet, Zabıta bilir. Esrarkeşler nerede bulunur? Böyle serseriler nerede dolaşır? Daima onların geştigüzar eylediği yerleri esasen Hükümet, Zabıta bilir. Ne mahkeme bilir, ne Vali bilir. Kimse bilemez. Müdeiumumi de bilemez. Zabıtaca dâii şüphe ahval ve harakât kendilerince nasıl malum ve muayyen olacaksa, şüpheli addolunan mahaller de nereler olacağını gene Zabıta bilir. Mesela İstanbul'un birçok mevkileri varmış, Küplü derlermiş, birtakım isimleri var. Onları Zabıta bilir. Bunları mahkeme bilemez, Müddeiumumi de bilemez. O gibi yerleri dolaşan hırsız makulesinden, yankesici makulesinden mazannai su'makulesinden olanlar tahkik eder. Öyle

bu çerçevede yapılan tanımlamaları yoksulların gündelik hayatının nerede ise tamamen denetim altına alınmasına yol açtığını belirtir[191].

Günümüzle kıyaslama yapacak olursak, ileride göreceğimiz üzere, durdurma yetkisi ilk önce, polisin yetkilerini düzenleyen Arama Yönetmeliği'nde bulunuyordu; kanuni dayanağı yoktu ve yönetmelik hükmü kanun hükmü olmuştur. Yakalama Yönetmeliği ve PVSK hükümleri, CMK'daki usuli düzenlemeler ışığında icrası mümkün olmayan (arama kararı olmaksızın arama, suç şüphesi olmaksızın yakalama, hâkim kararı olmaksızın vücut boşluklarında arama vb.) işlemleri yapmaya polisi yetkili kılmaktadır; durdurma ve önleme yakalaması adı altında yapılan işlemlere karşı etkili bir başvuru mekanizması yoktur, başvuru yolunun ne olduğu muğlaktır, halbuki CMK'da itiraz ve tazminat yolları bellidir. 1909'dan 2000'lere işleyegelen sürekli bir akıldan bahsetsek abartılı olmaz. Zabıtanın sokağı diğer tüm mercilerden iyi bilmesinin ona sunduğu sokak iktidarı, buna ilişkin güncel yaklaşım konularına bir sonraki başlıkta devam edeceğiz.

C- Polisin Günümüzdeki Fonksiyonu

Polisin icra ettiği işlev ve bu işleve ilişkin tartışmalar, eğilimler evrensel bir içerik taşımaktadır. 1909'da İstanbul'da Seyyit Bey'in sokak söz konusu olunca, zabıtayı dolayısı ile hükümeti savcının, hâkimin üstünde görmesi gibi Wilson/Kelling, 1982'de ABD'de yayınladıkları ve çok ses getiren, uygulamaya örnek olan Kırık Camlar[192] başlıklı makalelerinde aynı yolu takip etmişlerdir. Yazarlar, usul kanunlarına bağlı olmaksızın polisin sokak hâkimiyeti kurmasını savunurken hâkimin ya da jürinin mahalle düzenini ilgilendirecek düzeyde bir münakaşada yakalanan kişiyi

---

bir mevkii, öyle bir mahalle erbabı namus hiçbir vakit gidemez. Bu madde kanunda tayin olunacak mesele değildir. Kanunda mümkün değil, tayin olunamaz." http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MECMEB/mmbd01ic01c002/ink049/mmbd01ic01c002ink0490569.pdf 31.12.2014

[191] Ergut, age, s.257.

[192] Orijinal metin: James Q. Wilson, George L. Kelling, The Police And Neighborhood Safety Broken Windows (Polis ve Mahalle Güvenliği Kırık Camlar) http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf 31.12.2014; Türkçe Çevirisi: James Q. Wilson, George L. Kelling, Kırık Camlar (Broken Windows) (Çeviren:Serkan Altıntop), Polis Dergisi, Sayı 35, 2003, s.110 vd.

görmediklerinden ve düzensizlik konusunda evrensel bir standardın konulmasının mümkün olmaması[193] ile görüşlerini temellendirmişlerdir. Onlara göre, polisin bazı kişileri, şüpheli kişi, serseri, ayyaş adı altında yakalamasının kanunen hiçbir anlamı yoktur, toplumun da bu kişilerin adli süreçlerle cezalandırılması gibi talebi de yoktur, burada amaç polise kanuni araçlar vermektir. Wilson/Kelling'e göre, makaleyi kaleme aldıkları tarihten geriye doğru uzun zamandır, polisin düzeni korumaktan kanunu uygulamaya geçmiştir. Hâlbuki polisin amacı yüz yıllardır düzendir. Suçluları yakalamak da bu sonuca götüren bir araçtır[194].

Makale ağırlıklı olarak Newark'ta uygulanan, yazarlardan Kelling'in de dâhil olduğu yaya polis devriyesi deneyini ve psikolog Philip Zimbardo'nun 1969 tarihli deneyini esas almaktadır. Newark deneyinde, polis, araçla değil de yaya olarak devriye atmış beş yıl sonra varılan sonuçlara göre, suç oranları düşmemiş aksine artmış ancak insanların güvenlik hissi de artmış ve polise olan bakışları olumlulaşmıştır. Wilson/Kelling'e göre kaygının asıl kaynağı dilenciler, sarhoşlar, madde bağımlıları, akıl hastaları gibi kişilerdir; şiddete başvuranlar ve suçlular değildir. Polis bu kişiler üzerinde gözetim sağlamış ve kanuni tedbirlerin dışında kendine göre, informel tedbirler almıştır. Banklara uzanmayı yasaklamış, müşteri ile tüccar anlaşmazlığa düştüğünde tüccar haklı görülmüş (özellikle müşteri yabancı ise), bir yabancı aylak aylak dolaşırsa polis ona ne ile geçindiğini sormuş, tatmin edici cevap alamazsa onu oradan uzaklaştırmıştır. Yazarlar, polisin bu davranışlarının bazılarının kanuni dayanağının olmadığını da kabul ederler[195]. Yaya devriyeye ihbarda

---

[193] Aynı yönde *Terry v. Ohio*, 1968, s.15: "*Hiçbir hukuki görüş sokakta polis ile vatandaşın karşı karşıya gelmelerindeki değişken çeşitliliği bütünüyle kavrayamaz.*", https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/case.html 31.12.2014.

[194] Wilson/Kelling, Broken Windows, s.6. Serkan Altıntop çevirisinde "*order*" kelimesi asayiş olarak tercüme ediliyor (s.114), ancak metnin orijinal halinde "*order*" kelimesinin önünde ya da sonunda ona bu anlamı katacak herhangi bir ek veya kelime kullanılmamıştır. Ayrıca yazarların meseleyi ele aldıkları tarihsel bağlam da bizim çalışmamızdaki bir önceki başlık altında incelenen tarihsel bağlama denk düşmektedir. Polisin tarihsel işlevi asayişi de içine alacak şekilde tüm toplumsal düzenin korunması ve yeniden üretilmesidir ("*order-maintenance functions*"). Yani Wilson/Kelling, idare hukukunun kavramları ile makulleştirilemeyecek biçimde, polisin tüm toplumsal ilişkileri düzenlemesine kapı açan bir yaklaşım geliştirmiştir.

[195] Wilson/Kelling, Broken Windows, s.2.

bulunmak, araçlı devriyeye bulunmaktan kolay olacaktır; ayrıca kişiler polise ihbarda bulunarak kendilerini önemli hissedeceklerdir, makalenin yaya devriyeden bir diğer beklentisi de bunlardır. Özetle polis kanuni yetkisi olsun olmasın hayatın her alanına el atmıştır. Polisin bu eylemlerinden memnun olduğu, güvenlik hissinin arttığı söylenen kişiler, (deneyde de tespit edildiği üzere) bölge halkından olduğuna şüphe duymadığımız, alt tabakadan sarhoşlar ve serseriler olamasa gerekir.

Zimbardo deneyinde, iki ayrı yerleşim yerine iki araç bırakılır, daha düzenli bir yer olan Palo Alto'da aracın başına bir şey gelmezken, Bronx'ta bir aile aracın işe yarar parçalarını alır, daha sonra araç çevredekiler tarafından rastgele parçalanır. Palo Alto'da başına bir şey gelmeyen aracın bir parçasını Zimbardo çekiç ile kırar, bundan kısa süre sonra araç yoldan gençlerce parçalanır. Bu "vandallar" saygı değer beyazlardır. Palo Alto'da insanlar özel mülkün umursandığını düşünmektedirler. Dolayısı ile Bronx'ta tahribat daha hızlı gelişmiştir. Yazarlar ilgisizliğin toplumsal kontrolü zayıflattığı kanaatine varmışlardır[196]. Polisten her alana ilgi gösterecek bir işleyiş beklemektedirler. Kırık pencereler imgesi ile polise önerilen model "*suça karşı sıfır tolerans*[197]" olarak da ifade edilmektedir. Bu tolerans eksikliğinin neticeleri söz konusu olmuştur.

Wilson/Kelling, polisin bu faaliyetlerinin adil davranış ve usule bağlılık konsepti ile barışık olmadığını kabul etmektedir[198].

İşte bu model yakın tarihte, New York Belediyesi ve polisi elinde uygulamaya geçirildi. 1993 tarihinde Cumhuriyetçi aday Rudolph Giuliani Belediye Başkanı seçilmesi ve 1994 yılında William Bratton'u New York polis teşkilatının başına getirmesi ile mahaller polis amirlerinin sorumluluk alanlarına paylaştırılıp, dijital veriler tutulmaya başlandı, şüpheli kişiler sokakta durdurularak arandı; evsizler, sokakta içki içen kişiler üzerinde silah

---

[196] Wilson/Kelling, Broken Windows, s.3.
[197] Ertan Beşe, Kırık Pencereler Teorisi Bağlamında Kentsel Yaşamda Suç ve Güvenlik, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 8, sayı.1, 2006, s.8.
[198] Wilson/Kelling, Broken Windows, s.8.

veya uyuşturucu madde araması yapıldı[199]. Neticede verilere göre suç oranları düştü. Peki, bunlar neyin pahasına olmuştur?

Durdurma ve yakalama işlemlerinin özellikle Afrika ve Latin kökenliler için katlanılması güç hâle geldiğini, bu kesimlerce gerçekleştirilen pekçok protesto yürüyüşünden hareketle tespit etmek mümkündür. Ayrımcılık ve ırkçılık algısı Siyahî ve Latin halklarında yükselmiştir[200]. Durdurma vakalarında polisin tavizsiz tavrının yol açtığı iki önemli olay çalışmalara ve medyaya yansımıştır. Haitili bir göçmen Abner Louima, durdurma işlemi sonucunda polis merkezine götürülerek işkenceye maruz kalmış ve kayıt tutulmaksızın bırakılmıştır[201]. İkinci bir olayda, Gineli göçmen Amadou Diallo, evine gelen polise arka cebinden cüzdanını göstermek isterken 41 kurşunla vurularak öldürülmüştür. Polisler beraat etmiştir[202].

Wilson/Kelling, makalelerinde, vatandaşların sokak kontrolünde pek çok roller üstlenebilecekken polisin bu konuda hâlâ kilit noktada olduğunu, zira insanların diğer etkenlerden ziyade kişisel sorumluluğu göze almaları için makul dayanaklarının olmadığını savunmaktadırlar[203]. Teorinin pratiğe uygulanmasında yukarıda bahsettiğimiz örneklerden, vatandaşta eksik olan makul dayanağın, polisin sahip olduğu Devlet himayesi ve cezasızlık güvencesi olduğunu ortaya çıkmaktadır[204].

---

[199] Oğuzhan Ömer Demir, Ahmet Çelik, Hakan Cem Çetin, Murat Özkan, Giuliani Dönemi New York'unda Suç Neden Azaldı? Suç Önleme Politikalarına Bir Bakış, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Cilt 8, sayı.2, 2011, s.259.. http://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/download/1726/770 31.12.2014.

[200] Sorun ABD'ye has değildir. İngiltere'de de siyahların, işsizlerin, azınlıkların, gençlerin belirgin bir rahatsızlık ve ayrımcılık algısı, bu algıyı haklı çıkaran veriler bulunmaktadır. M. Bedri Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.44.

[201] Ömer Demir, Çelik, Çetin, Özkan, age, s.260; http://www.nytimes.com/1998/05/21/nyregion/butts-harlem-s-prominent-pastor-calls-giuliani-a-racist.html 31.12.2014.

[202] http://www.aksiyon.com.tr/aksiyon/newsDetail_openPrintPage.action?newsId=14402 31.12.2014; Demir, Çelik, Çetin, Özkan, age, s.261.

[203] Wilson/Kelling, Broken Windows, s.9.

[204] *"William Bratton, NYPD'de (New York Şehri Polis Departmanı) görevde olduğu 21 aylık dönem zarfında, yaptığı uygulamalardan dolayı, Belediye Başkanı Giuliani'nin sınırsız desteğini arkasına almıştır. Öyle ki; yapılan aramalar, tutuklamalar ve sert polislik anlayışı nedeniyle NYPD, özelde sivil toplum örgütleri ile azınlık gruplarının, genelde ise halkın ciddi tepkisini çekmiştir. Ancak, alınan tepkilere rağmen, Giuliani'nin, Bratton'a destek olması, polislik anlayışının New York'ta yerleşmesi üzerinde hayli etkili olmuş ve*

Türkiye'de idarenin ve polisin New York örneğine öykündüğü söylenebilir. Emniyet Genel Müdürlüğü Toplum Destekli Polislik (TDP) Hizmetleri Yönetmeliği'nin[205] 5. maddesi Türkiye uygulamasının amaçlarını tanımlamaktadır. Yönetmelik.m.5/2 "*Stratejik amaçlar, toplumsal katılımı sağlayan, çevrenin sosyal yapısıyla bütünleşmiş, topluma olabildiğince yakın, kaliteli güvenlik hizmeti sunan ve toplumun güvenlik taleplerine her durumda cevap veren, güvenlik olgusuna bütüncül yaklaşan örnek bir polis modeli oluşturmayı ve bu modeli bütün polis birimlerine benimsetmeyi içerir*" hükmünü getirmektedir. Yine Yönetmelik'in 46. maddesinden TDP birimlerinin bir mesai gününü nasıl planlandığı görülmektedir. Buna göre, bir önceki gün olay kayıtları derlenir, muhtemel olayların istihbarat bilgileri değerlendirilip buna göre sorumluluk alanlarına odaklanılır, alınacak güvenlik tedbirleri gözden geçirilir. TDP, bir mesai gününe suça ve tedbirlere odaklanarak başlıyorsa, beklediği suç ile karşılaştığında ne yapacaktır? Yönetmeliğin 49. ve 50. maddeleri bu hâlleri düzenlememektedir ve TDP birimleri için "*tedbir alma, yetkili birimlere haber verme*" görevlerinden daha öte bir görev tanımlamamakta ya da TDP birimlerini bu muğlâk ifadelerle her konuda genel görevli kılmaktadır. Mahalle polisi gibi uygulamalar, bize Türkiye'de polisin yaya devriye gibi deneyleri yakından takip ettiğini göstermektedir[206]. Topluma nüfuz etme işin yumuşak yüzünü temsil ederken, Arama Yönetmeliği ve PVSK değişikliği ile durdurma yetkisinin getirilmesi, diğer polis yetkilerinin

---

Bratton'ın ayrılmasından sonra, Giuliani'nin 2001 yılına kadar süren belediye başkanlığı döneminde görev yapan diğer emniyet müdürleri de, O'nun bu uygulamalarını, büyük ölçüde devam ettirmişlerdir." Demir, Çelik, Çetin, Özkan, age, s.259, 260.

[205] http://www.erzincan.pol.tr/Sayfalar/TDP-yasal-dayanak.aspx 31.12.2014 Resmi Gazetede kaydına rastlanmadı.

[206] "*Mahalle polisi sorumlu oldukları mahallenin muhtarı ile sürekli iletişim içinde olacak ve bilgi alışverişinde bulacaklardır. Mahalle polisinin amacı; görev alanı kapsamında yer alan mahalle, sokak ve caddelerde ikamet edenlerle, esnaflarla vs. iletişim kurmak ve güven ilişkilerini temin etmektir. Toplum Destekli Polis Yetkilileri yaya devriye olarak yapılan görüşmelerde şikayetleri, ihbarları, talep ve beğenileri dinleyerek ilgili yetkililere iletirler.*" http://kamusalrehber.com/e-devlet/islemleri/226-mahalle-polisi-sorgulama.html 31.12.2014

artırılması işin sert yüzünü ortaya koymaktadır. Aynı amaca yönelmiş iki tür faaliyet 2000 sonrası polislik politikalarını karakterize etmektedir[207].

Görüldüğü üzere, polisin yakalama ve durdurma gibi kişi özgürlüğüne doğrudan müdahale imkânı veren yetkileri onun toplumun kılcal damarlarına nüfus etmesi ile doğrudan ilişkilidir. Bu yetkilerin birçok işlevi olduğu da anlaşılmaktadır. İlk olarak: Polis bu yetkileri kullanarak alt tabakandan rahatsız olan kesimlerden sokaktaki varlığı için rıza toplamakta, ikinci olarak: Polisin bu yetkileri ve bu yetkilerine ilişkin varsayılan bilgisi onu bir anda adli sistemin üzerine çıkartmakta, üçüncü olarak: Bizzat bu yetkilerin kullanılması ya da kullanılmaması kişileri veya bir bölgeyi pratikte kanun dışı hâle getirmektedir. Yakalama ve durdurma gibi yetkilerin beraberinde getirdiği bazı kanuni ve yaşamsal sonuçları var, bir: Zamanında basit bir yönetmelik maddesi olarak çıkan bu yetkiler zamanla kanun hâline gelmekte böylece temel usul yasası bypass edilmekte, polisin takdir alanı kanun ile genişlemekte, iki: Yakalama yetkisindeki genişleme güç kullanma ve öldürme yetkisindeki yani insan bedeni üzerindeki sınırsız polis tasarrufunu da beraberinde getirmektedir[208]. Polisin silah ve güç kullanma yetkileri, mevzuatta yakalama yetkisi ile birlikte ele alındığında yaşam hakkına ağır ve ölçüsüz müdahalelerin önü açan düzenlemeler ortaya çıkmıştır. 08.09.1971 tarih ve 1481 sayılı Asayişe Müessir Bâzı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi "*Birinci maddemin (B) bendimde sayılan hallerde: a) Sanık veya hükümlünün teslim olması için yapılan (teslim ol) ihtarından sonra, b) Polis veya jandarmaya karşı silâh*

---

[207] "*Özellikle serserilik, 'işsiz güçsüz' ya da yoksul kesimlerin genç erkeklerine dair kullanılan, öngörülen ekonomik ve çalışma sistemine uyumsuzluğu dile getiren bir kategoridir... özellikle 2000'lerden sonra bahsi geçen suçla mücadele stratejilerinin ve bu stratejilerden beslenen* kanunların *yoksulluk ve yoksulların yarattığı iddia edilen "düzen bozucu" sorunlara yönelik olarak oluşturulduğunu söylemek mümkündür.*" Zeynep Gönen, Biriz Berksoy, Zeynep Başer, Mehmet Uçum, Polis Kanunlarının Ruhu: Mevzuatta Söylemler, Araçlar ve Zihniyet, TESEV Yayınları, İstanbul, 2013, s.68, 69.

[208] Anayasa m.17/3 yakalama kararını yerine getirmeyi yaşam hakkının istisnası saymaktadır. Baran Tursun Vakfı verilerine göre, polise durdurma yetkisi getiren ve güç kullanmasına ilişkin 16. maddeyi yeniden düzenleyen 2007 değişikliklerinden sonra 2014 yılı Aralık ayı dâhil olmak üzere durdurma, toplumsal gösterilerin engellenmesi ve benzeri nedenlerle Türkiye'de yüzün üzerinde kişi polisin müdahil olduğu olaylarda hayatını kaybetti.
http://www.baransav.com/?pnum=211&pt=FA%C4%B0L%C4%B0N%20POL%C4%B0S%20OLDU%C4%9EU%20%C3%96L%C3%9CMLER 31.12.2014

kullanmaya fiilhal teşebbüs etmeleri halinde ise ihtara lüzum olmaksızın, Silâh kullanılır. Müsademe sırasında; sanık veya hükümlüye müsademede veya kaçmada yardımcı olanlar haklarında da birinci fıkra hükmü uygulanır." hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm belli bir suçlu/tehlikeli grubu için polisin ihtarından sonra başkaca bir hâl ve şart aranmaksızın polisin öldürme yetkisini düzenlemektedir. Benzer biçimde 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 2. maddesi "*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda 'teslim ol' emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılabilecek ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.*" hükmünü taşımaktadır.

Türkiye'de son yıllarda polisin yetkileri dâhilinde sürekli gündemde olan bir diğer konu da polis ile Cumhuriyet savcısı ilişkisidir. Polisin suçu haber aldığında ya da kendi değerlendirmesi ile suç şüphesi gördüğünde kendiliğinden araştırma yetkisinin olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, araştırmanın kolluk işi[209] olduğu fikrinden yola çıkarak araştırma işlemlerinin yönetilmesi ve idare edilmesi işlerini (daha doğrusu "*savcı ile polisi bütünleştirdiği için*[210]") birleştirdiğinden Cumhuriyet savcısını emrindeki adli kolluğu benimsediklerini belirtmektedirler. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, kolluğun sahip bulunduğu yetki, genel bir yetkidir[211]; bu genel yetkinin sınırı Anayasa.m.13'ün temel hakların ancak kanunla sınırlanabileceği hükmüne göre, temel haklara ağır müdahaleler çizmektedir. Bunlar için ayrıca kanuni yetkiye ihtiyaç vardır. Devamında, işlemlerin sıralaması konusunda "*Kanun c. savcısının emrindeki adli kolluğun her bir araştırma işlemi için ayrıca emir vermesini öngördüğü için (CMK 161/2), kolluk kendiliğinden araştırma işlemi yapamaz*[212]." demektedirler. O zaman iki sonuç çıkmaktadır, bu sonuçların ilkine göre: Polis, kanundan almadığı yetkiyi

---

[209] Kanaatimizce, bir şeyin polis işi olduğunu okuduğumuzda, tarihte Seyit Bey'in, Wilson/Kelling'in ve ileride değineceğimiz *Terry v. Ohio* kararının yaklaşımları ve sonuçları hatırdan çıkarılmamalıdır.

[210] Feridun Yenisey, Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006, s.44.

[211] Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age, s.750.

[212] Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age, s.751.

Cumhuriyet savcısından emir almadan kullanırken yetkisinin sınırını, temel haklara ağır müdahaleler çizecektir, ikinci sonuca göre: Polis kanundan yetki almadığı için yalnızca işlemlerin sıralamasına karar veremeyecektir. Polisin genel yetkili olması gerektiğine ilişkin ön kabulün mevzuat hükümleri ile bir gerilim içinde olduğu sonucuna varmaktayız. Bu gerilim elbette ilelebet devam edecek değildir. Neocleous'a göre polisin yetkilerinin artmasında yargının polisin hukuksuz eylemlerine ses çıkartmaması bir yöntemken, polisin kanunlara uyacağına parlamentonun polis uygulamalarına uyarak kanun yapması başka bir yöntemdir[213]. Meclis gündemindeki 1/995 sayılı Kanun Tasarısı'nın[214] 7. maddesi ile 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 1. maddesine yapılması öngörülen ek madde ile Valiye *"lüzumu halinde"* suçun aydınlatılması ve faillerinin bulunması için kolluk amir ve memurlarına emir verme yetkisi getirilmektedir. Bu değişiklikle, adli işlemlerde idarenin istediği durumlarda artık Cumhuriyet savcısı devreden çıkarılabilecektir.

Yakın zamanda, Danıştay 10. Dairesi, 09.01.2014 tarih, 2013/8217E. nolu kararı ile 21.12.2013 tarih ve 28858 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Adli Kolluk Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin birçok maddesinin yürütmesini durdurmuştu. Bu maddeler arasında kolluğun adli soruşturmalar hakkında amirlerine bilgi verme zorunluluğunu içeren madde de vardı[215]. Adli kolluğun bırakalım validen soruşturma işlemeleri için emir almasını, amirine bilgi vermesi dahi hukuka uygun bulmayan yargı kararına karşın veya tam da bu karar nedeniyle, valilere soruşturma yaptırma yetkisi bu sefer kanun ile verilmektedir.

Valilerin adli alanda yetkilendirilmesi konusu tarihimizde ilk defa karşılaşılan bir olgu değildir[216]. Aşağıda önleme yakalaması tartışmalarında değineceğimiz üzere, PVSK'nın önleme yakalamasını düzenleyen 18. maddesi valilerden buna benzer yetkiler alındığı için ihdas edilmişti, kaldırılırken de Poroy, bu durumu TBMM'de hatırlamış, artık valilerin eski

---

[213] Neocleous, age, s.173 vd. Bu bölümde İngiltere'de mevzuatta yaşanan değişimlere ve mahkeme kararlarına örnekler de verilmektedir.
[214] http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_baslangic 31.12.2014
[215] http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/news/20138217.pdf 31.12.2014
[216] Ergut, age, s.107.

yetkileri olmadığından 18. maddenin kaldırılması konusunda tereddüdünü ortaya koymuştur [217].

Polisin ve idarenin girdiği bu sürecin yeni olmadığı eski zaptiye fonksiyonuna dönüşü ifade ettiği görülmektedir. 19. ve özellikle 20. yüzyılda yaşanan profesyonel polislik dönemi sona ermektedir. Eski işlevinin (sokağın zapt edilmesi) yeniden üstlenilmesi (daha doğru ifade ile yeniden dolaysız üstlenilmesi), adli süreçlerin ve sınırları belirli usul kanunlarının geri plana itilerek polis mevzuatının öne çıkarılması ve nihayetinde polisin topyekûn adli kontrol süreçlerinin dışına çıkarılarak ifa ettiği adli görevlerle birlikte idarenin emri altına girmesi bu sonu hazırlamaktadır. Fakat bu sürecin yeni bir yanının da olduğunu görülmektedir: Daha sonra Lawless v. İrlanda davasında göreceğimiz üzere olağanüstü hâllerde polisin yetkisinin usul kanunları ile bağlı kalmaksızın arttığı vakidir. Hatta valilerin kişi özgürlüğünü sınırlayan yetkileri de genelde olağan üst durumlar dikkate alınarak tartışılmıştır. Bugün ise hukuken olağan dönem olduğu iddia edilen bir zamanda polisin usul kanunlarına bağlı olmaksızın ve hâkim güvencesi aleyhine yetkilerinin genişlediğini görmekteyiz. Bu yetki genişlemelerini kanunlaştıran iktidar, gerekçe olarak hiçbir belirli acil durumu, mazeret kabilinden dahi ileri sürmemektedir. Örneğin yukarıda bahsettiğimiz yasa tasarısının genel gerekçesinde, son zamanlarda meydana gelen gösteri olaylarına genel ve kısa bir değiniden sonra madde gerekçelerine geçilmiş, madde gerekçelerinde de genel olarak polisin, valinin görevlerini daha iyi yerine getirmesi, mağduriyetleri gidermesi gibi olağan gerekçeler ileri sürülmüştür. Öyleyse buradan iki sonuç çıkarılabilir: 1. Olağanüstü bir dönemden geçiyoruz ancak siyasal iktidar bunu açık dille söylemiyor, 2. Olağanüstü hâl artık olağanlaşmaktadır[218]. Dahası iki çıkarım aynı anda da geçerli olabilir. Agamben *"Aslında olağanüstü hal bugün yeryüzünde azami yayılma noktasına ulaşmıştır. Böylece dışarıda uluslararası hukuku göz ardı*

---

[217] http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023077.pdf 31.12.2014

[218] Söz konusu olguya ilişkin benzer bir belirleme için Bkz. Jean-Claude Paye, Hukuk Devletinin Sonu Olağan Üstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele (Çeviren: G. Demet Lüküslü), 1. Bası, İmge Kitapevi Yayınları, Ankara, 2009, s.261.

ederek, içeride ise kalıcı bir olağanüstü hal yaratarak, gene de hukuku uyguladığını öne süren bir şiddet rejimi ceza görmeksizin hukukun normatif yönünü yok sayabilir ve ona karşı çıkabilir[219]*."* derken olağanüstü hâlin kalıcılığı ile normların yok sayılması, ancak yine de hukukun uygulandığının ileri sürülmesi arasında bağ kurması isabetlidir. İkinci bölümde göreceğimiz üzere kişinin fiziki özgürlüğü konusunda, esas kuralı getiren CMK'nın başka bir kanun (PVSK) ile dolanılması Agamben'in tarifine uymaktadır.

III. Polisin Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği Hakkına Müdahalesinde Keyfiliğe İmkân Veren Kavramlar

Esasen çalışmanın ilgili kısımlarında yeri geldikçe değindiğimiz kavramlara ayrıca bir başlık altında, kavramsal bağlamları ve birbirleri ile ilişkileri açısından değinmek gerekli görünmektedir. Zira polisin kişi özgürlüğüne müdahalesinde hukuken keyfiliğe yol açan durumlarda ya da polisin yetki alanını genişleten kanuni düzenlemeler meşrulaştırılırken bir kısım kavrama diğerlerinden daha sık başvurulmaktadır. Devletten kaynaklanan güç ve onu kullanma tekeli bu kavramların ortak bir zemini olmaktadır.

A- Takdir Yetkisi

Takdir kavramını incelemeye sözlük anlamı ile başlayacak olursak, değer biçme[220] öne çıkmaktadır. İngilizcede diğer polis kavramları gibi takdir yetkisini karşılayan "*power of discretion*"daki "*discretion*", tarihsel seyrini Latinceden Fransızcaya oradan İngilizceye doğru izlemiş; ayırmak anlamındaki "*discernere*[221]" kelimesinden kaynağını almıştır. Kelimenin tarihsel seyrinde ayrım ("*distinctions*") yapma gücü anlamına gelecek

---

[219] Giorgio Agamben, Olağanüstü Hal (Çeviren: Kemal Atakay), 1. Bası, Varlık Yayınları, İstanbul, 2008, s.117.
[220] Özön, age, s.749; Devellioğlu, age, s.1025. http://www.nisanyansozluk.com 31.12.2014 http://www.tdk.gov.tr 31.12.2014
[221] Soanes/Stevenson, age, s.497.

kökenlere rastlanır[222]. Nişanyan takdir kelimesinin Arapça " *'ḳadara': gücü yetti, boy ölçüştü*" kelimesinden türediğini not etmektedir. Develliođlu kader ve dolayısı ile adlar köküne işaret etmektedir. Bu kök "*değerler, kudretler*[223]" anlamlarını aynı anda içermektedir. İngilizcede, birisinin takdiri anlamını, diğer polis kavramları gibi 16. yüzyılda, 1570'lerden itibaren almıştır[224].

Yine İngilizcede ayrımcılık yapmak anlamında kullanılan "*discrimination*" kelimesinin tarihsel seyrinde ayrım ("*distinctions*") yapma anlamına rastlanır[225].

Neocleous, takdir ile ayrımcılık kelimeleri arasındaki bu kök bağından polisin, belirli bir toplumsal ilişkide kimlerin sapkın olduğunu, sapkınların nasıl kontrol edileceğini belirleme olanağı verdiği görüşündedir. Ona göre, 1842 Serserilik Yasası'nın geniş ihtiyari yetkiler bahşetmesi bunun sonucuydu[226]. Polisin takdir yetkisi uygulamada ırksal ve sınıfsal gruplar odaklıdır[227]. Bu sonuç, Osmanlı tarihiyle veya güncel mevzuatla sağlamaya tabi tutulabilir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere 1845 Nizamnamesi, çalışabilecekken dilencilik yapanlar hakkında uygun bir yol bulmak üzere güç kullanmak yetkisini zabıtaya veriyordu (m.7). Uygun bir yol bulmak yetkisindeki takdir genişliği, kimin çalışabilecek bir vücuda ve diğer özelliklere sahip olduğu, ayrıca uygulanacak işlemleri belirleme yetkisini vermekteydi. Bugün PVSK.m.4/A ve Arama Yönetmeliği.m.27 hükümleri bu açıdan benzer düzenlemelerdir. PVSK ve Arama Yönetmeliği ile düzenlenen kişi özgürlüğüne müdahale eden "önleyici" gibi adlarla anılan yakalama ve benzeri yetkilerin yol açtığı toplumsal ayrımcılık sorununun boyutlarını görmek açısından Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık

---

[222] Soanes/Stevenson, age, s.497.
[223] Develliođlu, age, s.22.
[224]http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=discretion&searchmode=none 31.12.2014.
[225]http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=discrimination&searchmode=none 31.12.2014.
[226] Neocleous, age, s.177. Her ne kadar Neocleous'un burada atıf yapılan Türkçe çevirisinde söz konusu kanunun neşir tarihi olarak 1842 yılı belirtilmişse de, metnin orijinalinde bu tarihin 1824 olduğu anlaşılmıştır. Karşılaştırma için Bkz. Marc Neocleous, The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power, 1 Bası, Pluto Press, London-Virginia, 2000, s.100.
[227] Neocleous, age, s.178.

kararında[228] ortaya konulan istatistikî bilgiler aydınlatıcıdır. İngiltere'de 2000 tarihli Terörizm Kanunu'nun 44-47 maddelerine göre terör eylemlerinin önlenmesi amacıyla makul bir şüphe olmasa da polise kişileri durdurup araçlarının ve üzerlerinin aranması izni verilebilmektedir (Parag.30). Bu, yakalama emrine dayanmayan bir yakalama yetkisidir (Parag.29). Polisler bu yetkiyi üst makamlardan gelen izin dâhilinde kullanabilmektedirler, izin en fazla 28 gün için verilebilecektir, izin derhal İçişleri Bakanlığı'na bildirilecektir. Bakanlık 48 saat içerisinde izni onaylamazsa izin kalkacaktır (Parag.16). Bu güvencelere rağmen 2007 yılında gerçekleşen bombalama eylemlerinden sonra Siyahîlerin durdurulup aranması oranı %322, Asyalıların %277, diğer grupların %262, Beyazların %185 artmıştır (Parag.46). Kaldı ki birçok beyazın sırf istatistiklerin dengelenmesi amacı ile durdurulduğu tespit edilmiştir (Parag.43). PVSK mevzuatında ise İngiltere'de mevcut olup AİHM tarafına yeterli görülmeyen (Parag.79, 87) güvenceler dahi bulunmamaktadır; polis üst bir mercinin iznine dayanmaksızın, tamamen kayıtsız biçimde geniş bir takdir kullanımı ile durdurmaktadır. Bu başlık altında ileri sürdüğümüz görüşlere ve diğer başlık altındaki polis yetkilerini eleştiren yaklaşımlara şu şekilde karşı çıkılıp, polis yetkilerinin genişliği ve belirsizliği aklileştirilebilir: "Peki sokaktaki serseriye, halka rahatsızlık verene kim nasıl müdahale edecek?" Soru bir yanı ile gerçek bir duruma temas eder. Burada sokakta bir düzensizlik olmadığı ileri sürülmemektedir. Aksine, söz konusu düzensizliği mevcut düzenin ürettiği ve bu düzensiz düzenin kökeninde sınıfsal hiyerarşinin ve çatışmaların yattığı hususu vurgulanmaktadır. Zira, düzensizlik yarattığı iddia edilen serserinin, madde bağımlısının bu düzensizliğin yaratıcı öznesi değil, bizatihi nesnesi olduğunu iddia etmek yukarıdaki açıklamalarımızla tutarlı olacaktır. Polis aklı onları

---

[228] Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, Başvuru No:4158/05, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014. Türkiye uygulaması hakkında istatistikî veri bulunmamaktadır zira İngiltere'de durdurma ve arama sonucunda işlemin icra edildiğini gösteren bir belge vermek zorunlu iken (Parag.32), Türkiye uygulamasında belge vermek istisnadır kimlik tespiti amacı ile yapılan durdurmalarda söz konusu olabilir, isteğe bağlıdır (PVSK.m.4/A/10)

özneleştirmektedir. Suçu veya toplumsal rahatsızlık yaratan davranışları önlemek isteyen hukukçunun dikkat kesilmesi gereken yer kişiler değil, koşullardır. Soruya hukuk sınırı içinden de cevap üretilebilir. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı Suçlar Başlıklı 7. Bölümü'nde 123. maddede Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma başlığı ile münhasır bir suç tipi vardır ya da Trafikte magandalık diye tabir edilen ya da meskûn mahallerde çevreye zarar verecek tarzda ateş yakma vb. eylemler Topluma Karşı Suçlar başlıklı Kısım altında 170. maddeden itibaren ayrı ayrı suç tipleri olarak düzenlenmişlerdir. Örnekler özel kanunlar ile çoğaltılabilir. Suç varsa, onunla ölçülü yakalama ve diğer koruma tedbirleri de vardır. Buradan hareketle kim ve nasıl soruları CMK ile de yanıtlanabilir[229]; geriye CMK'nın getirdiği usul güvencelerine uygun işlem yapma zahmeti kalır. Biz ilk cevabın daha gerçekçi olduğu ve kalıcı çözümlere hizmet edeceği kanaatindeyiz.

B- Re'sen İcra

Çalışmanın pek çok yerinde, polisin idari alan ile adli alanın her ikisine de ayaklarını bastığını, yetkilerini düzenleyen kanun ve yönetmeliklerin idari alan ile adli alan arasında belirgin bir ayrıma gitmediklerini belirtmekteyiz. Pek çok polis eylemi (idari işlemden kaynaklansın kaynaklanmasın) idari/önleyici bir görünümle icra edilmeye başlanıp, bu başlangıcın verdiği meşruiyet ile adli alanın güvencelerini de bertaraf ederek adli alana geçmektedir. Biraz daha açacak olursak: Kamusal gücü kullanma, idareye ait bir ayrıcalıktır. Zira teoride idarenin her türlü eyleminde gözetilmesi gereken amaç kamu yararını sağlamaktır. Bu meşrulaştırıcı amaç beraberinde kişilere karşı güç kullanma yetkisini getirmektedir. İşte bu kamu gücü kullanma yetkisi, gündelik hayat ihtiyaçlarının karşılanması için yürütülen tüm kamusal faaliyetleri ifaden

---

[229] Londra'da 2000 tarihli Terörizm Kanunu'nun verdiği istisnai yetkilere dayanarak 2005 yılında birçok durdurma ve arama yapılmışken İskoçya'da bu yetki hiç kullanılmamıştır. İskoçya'da olağan yetkiler kullanılarak da suç önlenmesi faaliyeti yürütülebilmiştir. Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, Parag.40, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

eden idari fonksiyonun bir unsurudur[230]. İdari zor kullanma aracına, başka bir ifade ile idarenin aldığı kararı zorla uygulayabilme yetkisine[231] re'sen (doğrudan doğruya) icra denmektedir. Re'sen icra yani zor kullanma, kişi özgürlüğüne ve mülkiyete müdahale ettiği ve bu müdahalelerde hâkim güvencesi ilke olduğu içinse hâkim güvencesi ve kanun ile yetkilendirme zorunluluğu ile sınırlanmıştır[232]. Yani idarenin karar alma yetkisi beraberinde doğrudan re'sen icra yetkisini getirmez, re'sen icra yetkisi için ayrıca yasanın yetki vermesi gerekir. Yetki veren kanunlar ise daha önce bahsettiğimiz üzere sınırlamanın sınırı olarak gereklilik, oranlılık[233] veya ölçülülük, kademelilik ve öze dokunmama ilkelerine uymalıdır[234]. İdarenin re'sen icra yetkisini sınırlayan norm, temel hakların kanunla sınırlanmasını düzenleyen Anayasa.m.13'tür[235]. Ancak mesele, bu yetkiyi yasaya dayandırmakla gerçek hayatta çözülememektedir; zira re'sen icra yani kendiliğinden, adliyeye başvurmadan zor kullanımı aciliyet varsa mümkündür[236]. Ancak aciliyetin somut bir tanımı ve kriteri yoktur; her somut durumda var olup olmadığını idarenin görevlileri (konumuz açısından polis) takdir eder. Aciliyet olağan durumda adliyeye başvurmamanın gerekçesi iken, başlı başına olağanüstü halin de sebebidir[237].

İkinci bir sorun da şudur: Re'sen icrayı çerçeveleyen kanunlar ne kadar somut ve tutarlıdır? Bu soru, ileride PVSK bağlamında değineceğimiz

---

[230] Metin Günday, İdare Hukuku, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s.15 vd.

[231] Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Karalarında Dayalı Bir İnceleme), s.316.

[232] Gülseven Şeker, İdari İşlemin Uygulanması, e-akademi, sayı 122, 2012, s.11, http://www.e-akademi.org/makaleler/gseker-1.pdf 31.12.2014 Ayrıca Şeker, usule ve yasaya uymayan yetki kullanımının olası bir sonucu olarak fiili yol teşkil edebileceğine, haksız fiil haline gelebileceğine değinmektedir (s.6, 13, 29)

[233] Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 1, 9. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2013, s.706.

[234] Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Karalarında Dayalı Bir İnceleme), s.316. Kolluk tedbirin amaca ulaşmada elverişli, demokratik toplumda zorunlu ve orantılı olması başlıklarının ölçülülük kriteri altında sınıflandırılması açısından Bkz. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 4. Bası, 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.716, 717.

[235] İdarenin kural olarak re'sen icra yetkisine sahip olduğu ancak Anayasa.m.13 gereği temel hak ve özgürlüklere yapılan ve zor içeren müdahalelerde idarenin kural olarak yetkisiz olduğu yorumu için Bkz. Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, 12. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s.282.

[236] Kaplan/Gözler, age, s.608.

[237] Tekinsoy, age, s.245.

üzere, mevzuatta birbirine konu ve kapsam itibari ile paralel birçok yasanın açtığı türlü kaçış kapıları ile birlikte düşünülmelidir.

Son olarak, kamusal gücü kullanma yetkisi kamu yararı amacından kaynaklanıyorsa, devletin kendini koruma, kamu düzenini sağlama faaliyetleri bu amaca ne kadar yönelmektedir? Doktrindeki farklı yaklaşımları sıralayan Karahanoğulları, yargının yaklaşımının net olduğunu, kamu düzeni sağlama işlevinin kamu hizmeti sayıldığını bildirmektedir; kolluk faaliyetleri de bu çerçevede ele alınmaktadır[238]. Polisin her türlü eylemi hukuken kamu hizmeti olarak değerlendirildiğinde artık polisin her türlü kamu gücü kullanımı da meşrulaşmaktadır. Buna göre kişi hem özgürlüğünden mahrum kalacak hem de bu şekilde hizmet almış olacaktır. Yargının yaklaşımı böyle çelişkili durumlar ortaya çıkartmaktadır. Benzer bir çelişki, sanıkların temyiz haklarını kullanabilmeleri için harç ödeme zorunluluğu getirildiğinde de gündeme gelmiştir. 6217 sayılı Kanun'un 13. maddesi bazı yargı harçlarının miktarlarını yeniden belirlemekle beraber, ceza yargılaması işlemlerinde harç alınabilmesini ve Yargıtay ceza dairelerine yapılacak başvurularda 40TL yargı harcı alınmasını düzenlemekteydi. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından adli yardım sistemi öngörülmediği gerekçesi ile iptal edilmiştir[239], bu durum maddi yetersizlikler nedeni ile kanun yollarına başvurmayanların adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil edecektir. Anayasa Mahkemesi bu kararında harcı *"kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedel"* şeklinde tanımlamıştır. Kararda, kamu hizmeti olan yargılama faaliyetinden harç alınması mümkün görülmüştür. İtiraz yoluna başvuran mahkemelerden Şişli 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin ve karara muhalif üye Mehmet Erten'in gerekçeleri önemlidir. Şişli Mahkemesi: *"...harcın vergi hukuku alanında Devletin*

---

[238] Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, 1. Bası, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2002, s.77.

[239] Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 tarih 2011/54E. ve 2011/142 sayılı kararı, 29.12.2011 tarih ve 28157 sayılı Resmi Gazete, http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/12/20111229.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/12/20111229.htm 31.12.2014

bireye sunduğu hizmete karşılık ödendiğinden, ceza yargılamasında suçlanma ceza alma risk ve tazyiki altındaki sanığa devletin yargı hizmeti sunduğundan bahsedilemez." görüşünü ileri sürerken hâkim Mehmet Erten: *"...Devletin, kamu düzenini sağlayabilmek için kamu gücüne dayanarak re'sen açtığı kamu davasında sanıktan harç almak istemesi, yapılan işin açıklanan özelliği ve sanığın kamu davası karşındaki konumu gereğince adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmaz."* görüşünü dile getirmektedir. Kişinin sanık sıfatı ile yargılanmasının ona bir hizmet sunumu olarak ele alınmasının hukuken kabul edilemeyeceğini savunan görüşün yargı içinde azınlıkta kaldığı görülmektedir.

C- Makul Şüphe, Mesleki Tecrübe, Makul Sebep

Şüphenin dereceleri ya da niteliği açısından CMK, PVSK ve Arama Yönetmeliği hükümlerinde farkı ifadelere rastlanır. Örneğin CMK.m.100 kuvvetli suç şüphesinden bahsederken, CMK.m.90/2, diğer şartlarla birlikte, polisin re'sen yakalama yapabilmesini tutuklama gerektiren bir hâl bulunması durumuna dayandırdığından kuvvetli suç şüphesine gönderme yapmaktadır. PVSK.m.4/A, *"durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması... Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. "* şartlarını getirmiştir. Arama Yönetmeliği.m.27'nin şüphe ve sebep kavramaları ile ilgili bölümleri *"Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, "umma" derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişi durdurulabilir. Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan... durdurma ve kontrol işlemi yapılamaz... Makul sebebi oluştuğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir. "* şeklindedir.

PVSK ve Arama Yönetmeliği'nin kullandığı ifadeler, CMK'dan birkaç temel noktada ayrılmaktadır. Öncelikle PVSK ve Arama Yönetmeliği CMK'dan farklı olarak polisin yetki kullanmasını sebep bulunmasına bağlamaktadır. Sebep, sözlükte "*Bir şeyin olmasına veya belli bir hâlede bulunmasına yol açan şey*[240]" olarak ifade edilmekte, köken açısından ise "*yol, araç, gerekçe*[241]" ve "*bahâne, alâka, ilgi, vasıta, alet*[242]" karşılıkları verilmektedir. PVSK.m.4/A, polise sebep aramasını şart koşarken ne için sebep arayacağını belirtmemektedir. Örneğin CMK.m.100 kuvvetli suç şüphesinden bahsetmektedir, burada şüphelenilen suç fiilidir. Konuyu, PVSK.m.4/A/1'de yer alan suçun ya da kabahatin önlenmesi, kaçanı yakalamak, yakalama kararı olanları tespit etmek, hayata ve mala yönelmiş muhtemel tehlikeleri önlemek vb. amaçları açısından bir sebebin ortaya çıkması olarak anlasak da muğlâklık giderilmiş olmamaktadır. Suç şüphesi kavramında, fiilin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda belirsizlik vardır, yoksa neyin arandığı objektif olarak bellidir. Durdurma için gerekli sebep kavramında ise önceden belirsiz bir davranış, durum, görünüm; giderek tutum, kılık kıyafet, tip vb. kümesi söz konusudur. Kelimenin köken anlamı ile polis düzeni korumak için kişilerin kılık kıyafetinden, tipinden, duruşundan sebeplenecektir, onları müdahalesine araç kılıp, kendisine yol açacaktır. Sebep bu hâli ile polis için bir eylem motivasyonudur. Takdir yetkisi, sebep kavramı ile öne çıkmış olur. Hâl böyle iken polisin mesleki tecrübesine dayanması, içinde bulunduğu durumun özellikleri gibi kavramlarla desteklenen sebep arama faaliyeti, takdir alanını iyice geniş kullanmasını gerektirir. Kişileri profillemenin, toplulukları sınıflamanın altında yatan budur. Sebep kavramının her hâlde, durdurmaya yol açacak bir davranış kataloguna işaret ettiği kanaatindeyiz. Şüphede ise, faillik açısından standart bir davranış kalıbı değil olaya özgü bir kuşkudan bahsedebiliriz.

---

[240] http://www.tdk.gov.tr 31.12.2014
[241] http://www.nisanyansozluk.com 31.12.2014
[242] Devellioğlu, age, s.925; Meninski'nin Thesaurus'unda da vasıta, vesile karşılığı öne çıkmaktadır, Tulum, age, s.1560, 1561; ayrıca "alet" karşılığı için Bkz. s.272.

Peki, şüphe kavramı ne kadar güvence sağlar? AİHM'in suça ilişkin kişi özgürlüğünden mahrumiyet hâllinde aradığı makul şüphe, Mahkeme'nin ifadesi ile "*objektif bir gözlemciyi söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığı gerektirir. Makul olarak görülebilecek şey ise, olaydaki bütün koşullara göre belirlenir*[243]." Objektif gözlemcinin bakışı, maddi olay ve delil, makul şüphenin unsurları olarak sıralanmış olmaktadır. Bu karara konu olayda yakalamaya maruz kalan kişiler önceden IRA ile bağlantılı suçlardan hüküm giymiş kişilerdir. AİHM, polisin bu kişileri yakalarken aslında onların terörist oldukları konusunda iyi niyetli bir şüpheye düştüğünü kabul etmektedir. Ancak ileri sürülen hususlar objektif bir gözlemciyi ikna edecek nitelikte bulunmamıştır (Parag.35). Üç hâkim ise bu iyi niyetli şüpheyi makul şüphenin nerede ise bir başka adı gibi değerlendirerek aksi yönde oy kullanmışlardır. Karardan anlaşıldığı kadarı ile hükümet AİHM önünde, başvuruculaların yakalanmaları için somut hiçbir fiile ilişkin herhangi bir delil ortaya koyamamıştır. Kararı değerlendirirken bunu akılda tutmak gerekir. İşte bu şart altında, üç üyenin muhalefet şerhi ile çoğunluk kararında ortada iyi niyetli şüphe bulunduğunu belirtmeyi ihmal de etmeden makul şüphenin bulunmadığı zar zor kabul edilmiştir. Ayrıca terörizm bahanesi ileri sürüldüğünde, mevzuatta makul şüphe şartı yazılı olsa da yargı bunu sıkı sıkıya uygulamama eğilimindedir (Parag.32). Terörle mücadele kanunlarının birçok sıradan olaya yapılan haksız müdahaleleri meşrulaştırmak için polis tarafından kullanıldığı vakadır[244]. Dolayısı ile makul şüphe kavramının getirdiği güvencenin sağlamlığı konusunda emin olmak kolay görülmemektedir.

2013 ve 2014 yılında Türkiye'de arama yetkisine ilişkin olarak yapılan kanun değişiklikleri şüphe ile ilgili hukuk kavramlarının gerçek

---

[243] Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, Parag.32, Başvuru No: 12244/86; 12245/86; 12383/86, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[244] Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, Parag. 43, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

işlevini görmemizde yardımcı olmaktadır. 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 9. maddesiyle CMK'da aramayı düzenleyen 116. maddedeki "makul" ibaresi "somut delillere dayalı kuvvetli" şeklinde değiştirilmişti. Madde şu hâle gelmişti: *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* 6526 sayılı Kanun incelendiğinde, özel yetkili olarak bilinen mahkemelerin tasfiye sürecini tamamladığı, genel olarak koruma tedbirlerine başvurulmasının zorlaştırıldığı görülmektedir. Kanun değişikliği, 2013 yılının 17 ve 15 Aralık tarihlerinde gerçekleştirilen eş zamanlı polis operasyonlarında, rüşvet ve imar yolsuzluğu suçlamaları merkezli yürütülen soruşturmalar kapsamında, AKP'li Fatih Belediye Başkanı ve çalışanları, bazı Bakan çocukları, bir kamu bankasının müdürü, inşaat sektöründe ünlü bir iş adamı ve bazı Bakanlara rüşvetle iş yaptırdığı iddia edilen, kamuoyunda daha önce iş adamı olarak tanınan bir kişinin yakalanması ve bir kısmının tutuklanması ile devamında dönemin Başbakanı'nın oğlunun da soruşturmaya dâhil edilmesinin ardından gelmişti. 25 Aralık'taki ikinci operasyon emrinin polis tarafından icra edilmediğini emri veren Cumhuriyet savcısı kamuoyuna açıklamıştı[245]. Dolayısıyla koruma tedbirlerine başvurulması için şart olan şüphe derecelerinin[246] artırılması, somut delil gibi şartların eklenmesi o dönem hangi saikle olursa olsun polisin etkinliğinin azaltılması için yapıldığı anlaşılmaktadır.

Aradan bir yıl geçmeden CMK.m.116 ile yapılan değişiklikle[247], "somut delillere dayalı kuvvetli" ibaresi, "makul" şeklinde değiştirilmiştir. Aradan geçen bir yılda bu çalışmaya sığmayacak kadar çok değişiklik olmuştur; ancak konumuzla ilgili en öz hâli ile ifade edersek, Hükümet, polisin etkinliğini yeniden artmasını istemektedir. Dolayısı ile üzerinde belki de ayrı bir çalışma ile durulması gereken 2014 yılı mevzuat

---

[245] http://www.hurriyet.com.tr/gundem/25448223.asp.

[246] Ayrıca Arama Yönetmeliği.m.27/5/a hükmünde kullanılan "yeterli şüphe kavramı" için: Ş. Cankat Taşkın, Arama Yönetmeliği Madde 27, Hukuk ve Adalet Dergisi, 11. Sayı, 2007, s.183.

[247] 02.12.2014 kabul tarihli ve 6572 sayılı Kanunun 40. maddesiyle.

değişikliklerinden anlaşıldığı üzere, gerçek hayatta siyasi iktidar, bir yetkinin kullanılmasına kuvvetli şüphe şartını koşarken, polise takdir yetkisini daha dar yorumlaması; makul şüphe derken daha geniş yorumlaması gerektiği mesajı vermektedir. İşin özü, bu kavramların hukuki içerik kadar dönemsel ve yönetsel içerik barındırdığıdır.

Bu açıdan Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık davasına yeniden bakacak olursak, davaya konu kanun maddesi polise kişinin salt terörist olduğundan iyi niyetli biçimde kuşkulanması ile müzekkeresiz yakalama yetkisi verirken (Parag.16), 1987 yılında makul şüphe şartı getirilmiştir (Parag.22). Ancak 2000 tarihli Terörizm Kanunu ile makul şüphe şartının kaldırıldığını Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık kararında görmüştük. Yıllar içinde farklı tehdit algıları ile toplumun farklı kesimlerinin fiziki özgürlüğüne değişik hukuk enstrümanlarıyla müdahale edildiği, polisiye uygulamaların sıklaştığı zamanlarda ise makul şüphe kavramının geri plana atıldığı, yumuşama zamanlarında yeniden mevzuata sokulduğu görülmektedir. Nihayetinde makuliyet olayın şartlarına göre yani polisin olayı değerlendirmesine göre belirlenecektir[248], AİHM de bunu somut olayın koşullarına gönderme yaparak dolaylı olarak kabul etmektedir. Objektif bir gözlemcinin bakış açısı ile olaya yaklaşılıp yaklaşılmadığı, ancak her şey olup bittikten sonra muhakeme esnasında olayı değerlendiren hâkim tarafından ele alınacaktır. Olay anında re'sen icra yetkisini kullandığını düşünen polise objektif bir gözlemci gibi davranmadığını ileri sürmenin pratik bir sonucu yoktur. Kişi özgürlüğüne müdahaleye yol açan olayın şartlarına objektif bir gözlemcinin bakış açısı ile yaklaşılıp yaklaşılmadığı, uygulamada olsa olsa elde edilen delilin sıhhatine etki edebilir. Ergut, kanunlar tarafsız olsa da en sonunda kendi çıkarları ve düşünceleri olan yerel görevliler tarafından uygulanacağını hatırlatmaktadır[249].

Elbette Türkçe hukuk dilinde sebep ile şüphe arasında, makul ile umma arasında fark vardır. Yukarıda da bunlara değindik. PVSK ve Arama

---

[248] Eryılmaz, age, s.49.
[249] Ergut, age, s.65.

Yönetmeliği şüphe kelimesini kullanacaksa önüne "umma derecesi", "yeterli" gibi kelimeler eklemeyi ihmal etmemekte, şüpheden önce somut bir şey arayacaksa bunu mümkün olan en az zorluk çıkaracak biçimde "emare" olması istemektedir. Bu durum iç tutarlılık sorunu da çıkartmaktadır. Makul şüphe, AİHM kararına benzer biçimde Yönetmelik 6. maddesinde: *"Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir..."* şeklinde tanımlanmıştır. Bir başka anlatımla makul şüphe, ortalama vatandaşın[250] karşılaştığı olay karşısında duyacağı şüphedir[251]. Polisin mesleki tecrübesi ile güdeceği umma derecesinde şüphe, bu durumda makul şüphe kavramının mantığına terstir. Polis objektif bir gözlemci değil, işlemin bizatihi tarafıdır. Umma derecesi kavramı, makul şüphenin önüne konumlandırılmakla bir anlamda onu yutmaktadır. Ancak bu kelimeler kendinden menkul anlamlar taşımamaktadırlar, üstlendikleri işlevlere bakılmalıdır. Örneğin İngiltere ve AİHM uygulamasında olayda objektif gözlemcinin bakışı açısı makul şüphe ile ifade edilirken; ABD uygulamasında makul şüphe, objektif gözlemcinin bakış açısını ifade eden[252] muhtemel sebep (*"probable cause"*) kavramının yerine, durdurma yetkisinin kullanımında polisin sübjektif bakışını kriter olarak getirmek için ikame edilmiştir[253]. İngiltere'de insan hakları açısından güvenceli şüphe çeşidinin adı olan makul şüphe, ABD'de daha az güvenceyi ifade eden bir kavramdır.

Özetle polisin takdir yetkisi gerçek hatta mutlak oldukça, şüphe dereceleri veya kavramlarının kendi başına bağımsız bir gücü yoktur. Polisin sokaktaki takdir yetkisinin uygulamadaki mutlaklığı kaynağını polisin durdurma, yakalama vb. eylemlerinin klasik birer kamu hizmeti olarak görülmesinden ve polisin sokaktaki hukuki durumu en iyi bilen olduğuna yönelik inançtan almaktadır.

Bu bölümde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, polisin, polisle ilgili temel kavramların ve yakalama kurumunun tarihsel seyrini

---

[250] AİHM'in deyimi ile objektif gözlemci.
[251] Tuncel/Karakaya, age, s. 148.
[252] *"Makul/ortalama ihtiyatta kişi"* olarak da ifade edilmektedir, Black, age, s.627.
[253] Bkz. *Terry v. Ohio*.

açıklamaya, birbirleri ile ilişkilerini göstermeye ve maddi temellerini anlatmaya çalıştık. Yakalama kurumunun kanunda düzenleniş biçimi ile bir alt başlığı olan yakalama emrine dayanmayan kolluk yakalaması ile durdurma ve önleme yakalamasını ikinci bölümde ayrı ayrı ele alacağız. Yakalama emrine dayanmayan kolluk yakalaması gibi önleme yakalaması ve durdurmada da polis, başka bir mercinin kararına dayanmadan eyleme geçmekte, geniş bir takdir marjı ile hareket etmektedir. Birinci bölümde ele aldığımız tarihsel süreç ve bununla bağlantılı güncel gelişmelerin somut yansımalarını ikinci bölümde mevzuat hükümleri, yargı kararları ve doktrindeki görüşlerle birlikte irdelemeye çalışacağız. Polisin günlük hayatta kişinin bedenine yapılan doğrudan müdahaleler yolu ile etkinliğini gitgide artırması; bu sürecin temel usul kanunlarının işlerliğine doğrudan ve dolaylı etkileri; polisin yetkilerini düzenleyen mevzuatın temel hukuk kuralları, yargı kararları karşısındaki durumu ile doktrinin bu hâl ve gelişmelerle ilgili yaklaşımı ikinci bölümün temel konularını oluşturacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM
HÂKİM KARARINA DAYANMAYAN VE ADLİ MERCİ ÖNÜNE ÇIKARTMA AMACI GÜTMEYEN POLİS EYLEMLERİ İLE KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKINDAN MAHRUM BIRAKILMA HÂL VE USULLERİ

Çalışmanın merkezî konularından birisi, kişinin fiziki hareket özgürlüğüne doğrudan müdahaleyi düzenleyen klasik ceza usul kuralları ile yeni gelişen polis yetkileri arasında ortaya çıkan çelişki ve gerilimlerdir. Bu bölümde, bu iki grup düzenleme öncelikle kendi içlerinde irdelenip ardından bunların bir karşılaştırması yapılacaktır. Bu şekilde bir kurgunun tercih edilmesi, çalışma bakımından, salt metodolojik bir tercih değil, aynı zamanda, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından mahrum bırakılmaya dair hukuki rejimin gidişatına ilişkin bir tespitin de sonucudur.

I. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan, Adli Merci Önüne Çıkartma Amacı Güden Ancak Yakalama Emrine Dayanmayan Kolluk Yakalaması (CMK.m.90/2)

CMK.m.90/2: "*Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.*" hükmü ile polisin hâkim kararına ihtiyaç duymadan, doğrudan yakalama yapabilmesinin sınırlarını çizmiştir. Hükümde sayılan üç şart bir arada var olmalıdır. Bu hâlde kolluk doğrudan yakalama yapabilecektir. Üç şartı sırasıyla ele alacak olursak:

A- Yakalama Emrine Dayanmayan Kolluk Yakalamasının Şartları

1. Tutuklama Kararı veya Yakalama Emri Düzenlenmesini Gerektiren Hâl

Tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesi gereken hâl şartı, olayda bulunması gereken şüphe derecesi ve diğer kanuni şartlar açısından oldukça sınırlayıcı bir kıstastır. Yakalama emri düzenlenmesi gereken hâller, CMK.m.98'de sayılmıştır. 98. maddenin 1. fıkrasında sayılan hâller ile 3. fıkrada sayılan hâller belli bir adli sürecin geçirilmesini gerektiren ve polisin aniden kendi başına karşılaşacağı türden durumlar değildir[254]. Esasen 98. maddenin 2. fıkrasında sayılan hâller, 90/2'deki yetkiyi ilgilendirir. Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçma, tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçma durumunda, polisin bu durumdan bir şekilde

---

[254] CMK.m.98/1: "*Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir.*" CMK.m98/3: "*Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir.*" Kaçaklık bir statü olup kişinin bu statüye sokulmasının koşulları ve usulü CMK.m.247 vd. düzenlenmiştir.

haberdar olması hâlinde CMK.m.90/2'deki diğer şartlar da sağlanırsa polis doğrudan, hâkimin yakalama emrine ihtiyaç duymadan, yakalama yapabilir.

Tutuklama kararı gerektiren hâller ise daha karmaşık bir özellik gösterir. Tutuklamanın usulü esasen CMK.m.100'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, tutuklama işleminin olmazsa olmaz koşulu, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunmasıdır. Bu şart, polisin doğrudan icra edeceği yakalamanın (yakalanmış iken kaçma ve tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçma hâlleri hariç olmak üzere) hangi şüphe derecesinde yapılacağını göstermektedir[255]. Kuvvetli suç şüphesi[256], suç fiilinin sabit görülmesinden hemen önceki ispata yakın suç şüphesi olarak tanımlanabilir. Bu suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller de mevcut olmalıdır. Kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin[257] varlığı tutuklama için bir ön koşul iken yeter şart değildir. Bu şarta ek olarak bir tutuklama nedeni de bulunmalıdır. CMK.m.100/2'de tutuklama nedenlerinin şu hâllerde var sayılabileceği belirtilmiştir: "*Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa; şüpheli veya sanığın davranışları, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.*" Kaçma, saklanma durumunun kendisi ya da kaçma, saklanma şüphesini uyandıran somut "olgularının" varlığı; delillere, tanığa, mağdura ya da ilgili başka kişilere etki etme fiillerine ilişkin kuvvetli şüphe hâllerinden birinin bulunması durumunda diğer kanuni şartlar da sağlanmışsa polis hâkim kararına ihtiyaç duymaksızın yakalama yapabilecektir. Tutuklamanın ön koşulu ile birlikte bir tutuklama nedeninin varlığı hâlinde dahi CMK, tutuklama tedbirinin uygulanmasını zorlaştırıcı bazı ek düzenlemeler getirmiştir. CMK.m.100/4 ile sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilememesine ilişkin

---

[255] CMUK döneminde 127/1. madde 2. cümlenin madde 104'e atfı ile aynı sonuca ulaşan yorum için Bkz. Eryılmaz, age, s.48, Dn.51.

[256] Eldeki delillerle göre yargılandığında mahkûmiyet ihtimalinin kuvvetli olması. Öztürk, age, s.441.

[257] 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle CMK.m.100/1'de yer alan "olguların" ibaresi "somut delillerin" şeklinde değiştirilmiştir.

emredici hüküm getirilirken; CMK.m.100/1 ile işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile tutuklama tedbirinin ölçülü olması aksi hâlde tutuklama kararı verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bir diğer önemli husus da şudur: CMK.m.100/3 ile bir suç katalogu[258] oluşturulmuş, bu kataloga giren suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebebinin bulunması hâlinde CMK.m.100/2'deki tutuklama nedenlerinin var sayılabileceği kabul edilmiştir[259]. Kanun doğrudan yapabileceği yakalamada polise, tüm bu hususların varlığını takdir etme yetkisini vermiştir. Yani polis, tutuklama kararı gerektiren bir hâlin olup olmadığı konusunda, tüm bu kanuni ön şartların, gerekli ek hâllerin, kısıtlayıcı durumların ya da katalog suç tiplerinin ve gerekli şüphe derecelerinin var olup olmadığını takdir edecektir[260]. Polisin takdir yetkisini denetlenmenin zorluğu, temel usul kanunu olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen acil hâllerde dahi ortaya çıkmaktadır. CMK kadar güvenceli bir sisteme sahip olmayan (esasen bir sisteme sahip olmayan) PVSK ve ilgili yönetmeliklerle polise verilen takdir yetkisinin yaratacağı sorunun boyutlarını düşünürken bu durum göz önünde bulundurulmalıdır.

---

[258] 5237 sayılı TCK'da tanımlanan Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78), kasten öldürme (madde 81, 82, 83), silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87), işkence (madde 94, 95), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), çocukların cinsel istismarı (madde 103), hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), devletin güvenliğine karşı suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308), anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315); 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

[259] 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle CMK.m.100/1'de yer alan "olguların" ibaresi "somut delillerin" şeklinde değiştirilmiş olmasına rağmen katalog suçları düzenleyen CMK.m.100/2'deki "kuvvetli şüphe sebebi" ifadesine dokunulmamıştır. Yasa koyucunun katalog suçlarda daha kolay tutuklama yapılması yönünde iradi bir tutumu olduğu yorumunu getirmek mümkündür.

[260] Centel/Zafer, age, 2014, s.327.

2. Gecikmesinde Sakınca (Tehlike) Bulunan Hâl

Polisin doğrudan yakalama yapma yetkisinin ikinci kanuni unsuru gecikmede sakınca bulunması durumudur. Bu konuyu önceki başlıklarda ele aldığımızdan tekrar detaya girmeyeceğiz. Ancak şunu belirtmek gerekir: Bu yetkinin kullanımında gecikmede sakınca bulunması bizce işin temel özelliğidir. Gecikme ile ortaya çıkacak tehlike[261] sayesinde polis yetkilenmektedir. Yoksa yukarıda saydığımız yakalama emri düzenlenmesi, tutuklama kararı verilmesi zaten hâkime ait yetkilerdir. Esasen polisin doğrudan yakalama yapma yetkisi yasada düzenleniş biçimi ile suçüstü hâllerinde kullanılabilecek bir yetkidir. Polisin bu yetkisi, CMK.m.90'da herkesin yapabileceği yakalama ile peş peşe düzenlenmiştir. Herkesin yapabileceği yakalamada belirleyici olan suçüstü hâlidir. 04.04.1929 kabul tarihli Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) her iki yetki de 127. maddede[262] aynı fıkrada düzenlenmişti. Madde başlığı "*Meşhud Cürümde Yakalama, Meşhud Suç*"tur. Her ne kadar yeni CMK, polisin yetkisini, resmi sıfatı olmayanlardan ayrı bir fıkrada düzenlemişse de gecikmede sakınca bulunması kıstasının aranması, mevzuatın tarihsel bağlamı ve yetkilerin aynı maddede ele alınmış olması, normatif olarak yetkinin kullanım sınırlarını suçüstü hâllerine doğru daraltmaktadır.

3. Cumhuriyet Savcısına veya Âmirlerine Derhâl Başvurma Olanağı Bulunmaması

Kanun üçüncü kanuni unsur olarak, Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmaması düzenlenmiştir ki bir önceki başlıkta da değinildiği üzere bu hâl, özellikle konumuz itibari ile her

---

[261] Polisi yetkilendiren tehlike somut suça ilişkin bir tehlikedir; genel kamu düzeninin bozulmasına ilişkin tehlikenin polisi yetkilendirmesine ilişkin tartışmaya ileride değineceğiz.

[262] "*Meşhud cürüm sırasında rastlanan veya meşhud curümden dolayı takib olunan şahsın firarı umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa tevkif müzekkeresi olmaksızın dahi o şahsı herkes muvakkaten yakalıyabilir. Cumhuriyet Müddeiumumisi veya derhal amirlerine müracaat imkanı olmıyan hallerde zabıta memurları tevkif müzekkeresi kesilmesini müstelzim ve aynı zamanda tehirinde mazarrat umulan hususlarda maznunu muvakkaten yakalıyabilirler.*" TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:3, Cilt:10, İçtima:2, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d03/c010/tbmm03010048.pdf 31.12.2014

türlü iletişim vasıtasına en kolay ulaşılabilecek il ve ilçe merkezlerinde görev yapan polisin yetkisinin sınırlarını göstermesi açısından oldukça önemlidir. Polisin amirine ya da Cumhuriyet savcısına telefonla ya da telsizle dahi ulaşmaya çalıştığında artık yakalamadan beklenen fayda kalkacaksa, olsa olsa bir suçüstü hâlinden bahsedilmektedir. Hem polisin amirine ya da Cumhuriyet savcısına telefon vb. araçlarla dahi ulaşmaya çalışıldığında yakalamadan beklenen hukuki menfaat ortadan kalkacak hem de suçüstü hâli olarak tanımlanamayacak örnek olay bulmak pek mümkün olmayacaktır.

Polisin doğrudan yakalama yetkisine ilişkin olarak özetle şu tespitler yapılabilir: Yetki somut bir suç şüphesi ile ilgili olarak tanınmıştır; polise takdir hakkı verilmiştir; yetkinin suçüstü hâlinde kullanılması esas, diğer hâller istisnadır; yetkinin kullanımı ciddi bir usule ve koruyucu kıstaslara bağlanmıştır. Bu sınırlayıcı usul, polis yetkilerinin kullanımında ciddi bir özen gösterilmesini zorunlu kılmaktadır[263].

B- Yakalama Emrine Dayanmayan Kolluk Yakalaması Karşısında Başvuru Yolları

1. İtiraz Başvurusu

CMK.m.91/4 Yakalama işlemine karşı yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımının hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabileceğini düzenlemiştir. Düzenleme daha önce değindiğimiz *Habeas Courpus* kurumunun Türk hukukuna yansımasının en tipik örneğidir[264]. CMK sistematiğinde yakalama bağımsız bir işlem olarak düzenlendiğinden, itiraz usulü tutuklama işlemine itirazın düzenlendiği

---

[263] Usulüne uygun yapılmayan yakalama işleminin kişi özgürlüğünün haksız ortadan kaldırılmasını ve dolayısı ile suç teşkil edeceği konusunda Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 19.04.2006 tarih, 2004/21680E., 2006/9696K. sayılı ilamı. http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=6890 31.12.2014

[264] Bkz. Bu çalışma s.16.

CMK.m.101 ve salıverilme istemini düzenleyen m.102'den farklı olarak 91. maddede düzenlenmiştir.

AİHS.m.5/4'te yakalama ve her türlü diğer tutulma hâllerinde kişinin hukuki durumunun kısa sürede değerlendirilmesi ve serbest bırakılmak için mahkemeye başvurma hakkı düzenlenmiştir. Belirttiğimiz üzere AİHS'in tanım yönteminden farklı olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale eden her bir usul işlemini ayrı ayrı adlandıran CMK'da madde 91/4, AİHS.m.5/4'ün adli işlemlerdeki karşılığı olmaktadır. İtirazı inceleme görevi sulh ceza hâkimindedir. Yine, AİHS, adli ve adli olmayan tüm tutulma hâllerinde salıverilme başvurusu hakkını 5. madde altında düzenlediği için, AİHM içtihatlarında ikili bir ayrıma gidilmiştir. De Wilde Ooms ve Versyp v. Belçika kararında[265] özgürlükten mahrumiyet kararını verenin idari bir merci olması hâlinde, AİHS.m.5/4'ün taraf devletleri, özgürlüğünden mahrum kalan kişinin mahkemeye başvurması imkânını tanımasını zorunlu kıldığına kanaat getirilmiştir. Ancak özgürlükten mahrumiyet kararını bir mahkemenin adli bir süreç içinde vermesi hâlinde aynı zorunluluğun söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır (Parag.76). CMK'da ise sulh ceza hâkimine itiraz hakkı, bizatihi adli yakalama işlemi için tanınmıştır. Dolayısı ile CMK hükmü, AİHS ve AİHM içtihadının da ilerisinde, örneğin hâkimin yakalama emrine dayanan yakalamaları da kapsamaktadır. Ayrıca CMK.m.267, genel olarak tüm hâkimlik kararlarına, kanunda yazmasa dahi itiraz edilebileceğini düzenlemiştir. Buna göre iç hukuk açısından, gerek kavram farklılıklarının gerekse koruma sisteminin getirdiği bazı farklılıklar AİHM içtihatlarını yorumlamada eksikliklere sebep olabilir[266]. AİHM kararlarını ve karar derlemelerini iç hukukla kıyaslamalı biçimde değerlendirmek temel hak ve özgürlükleri koruma amacına uygun olacaktır.

İç hukukta daha ileri bir düzenlemenin var olduğunu söylememiz, uygulamada sorun yaşanmadığı anlamını taşımamaktadır. Madde metninde, incelemenin evrak üzerinden yapılacağı yazılıdır. Yakalamanın henüz

---

[265] Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66.

[266] Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekleri, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s.182.

yazıya dökülmediği aşamada hızlı bir inceleme yapılması mümkün olmamakta, sulh ceza hâkiminin karar vermek için evrak beklemesi ister istemez yakalamaya itirazın incelenebilmesini yine yakalamayı yapanın insafına terk etme sonucuna yol açmaktadır. Örneğin EK 2'de bulunan evraklardan görüleceği üzere sulh ceza hâkimi, savcılıktan yakalama evraklarını istemiş, Cumhuriyet savcısının yakalama yoktur yönündeki sözlü beyanı üzerine inceleme yapamamış ve durumu tutanağa bağlayarak işlemi sonlandırmış, kişilerin huzuruna çıkarılmasını emretmemiştir. Hâlbuki yakalama gerçekte vardır, resmi evraklara geçmiştir (Bkz. EK 3). Evrak üzerinden inceleme usulünün uygulamada etkisiz bir usul olabilmesinin yanında bizatihi sözlü bir duruşma yapılmamasının kendisi AİHS.m.5'in ihlâli niteliğindedir[267]. EK 2'de verdiğimiz örnek ile duruşmaya çıkma hakkı bir arada düşünüldüğünde yakalama yapanların keyfi tutumlarının önüne geçmek için de duruşmalı inceleme hakkının önemli bir yeri olduğu ortaya çıkmaktadır[268]. Hâkim evrak olsa da olmasa da yakalandığı iddia edilen kişinin huzuruna getirilmesini emretse ve duruşmalı olarak durumu inceleseydi, yakalama olup olmadığını tespit edebilecek, Cumhuriyet savcısının beyanı ile bağlı kalmayacaktı. Ağır Ceza Mahkemesi tazminat istemli davada, bu olayda yakalanan kişinin serbest kalmak için kullanabileceği başvuru hakkı engellendiği için tazminata hükmetmiştir (Bkz. EK 2).

Madde metninde derhâl ve nihayet yirmi dört saat dolmadan başvurunun sonuçlandırılacağına ilişkin emredici düzenleme, AİHS'in lafzı ile de uyumludur. Yapılan inceleme sonucunda yakalama hukuki bulunursa başvuru reddedilecektir. Yakalamanın hukuka aykırı bulunması hâlinde ise sulh ceza hâkimine verilen yetki, kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalacak olursak, yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar vermekten ibarettir[269]. Kişi özgürlüğü ve güvenliğine müdahale hâlinde itiraz hakkının içeriği, hâkimin salıverme

---

[267] Assenov ve Diğerleri v. Bulgaristan, Parag.62, Başvuru No:24760/94, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.
[268] Macovei, age, s.107.
[269] Centel/Zafer, age, s.335.

yetkisi ile anlam kazanmıştır. *Habeas Corpus* kurumunun tarihsel gelişim aşamalarında ve AİHM kararlarında bu durum izlenmektedir[270]. Kendisine serbest bırakılma yolunda başvuru yapılan sulh ceza hâkimi, AİHS'e uygulamada öncelik tanıyan Anayasa m.90 ve hâkimin hukuka göre karar verebileceğini belirten Anayasa.m.138'e göre yakalamayı hukuka aykırı görüyorsa salıverme kararı verebilir; yoksa bir "mahkemeye" başvurulduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

2. Tazminat Başvurusu

CMK.m.141 bazı hâllerde devletin tazminat sorumluluğunu düzenlemiştir. Düzenleme, AİHS.m.5/5'te yer alan tazminat hakkına ilişkin düzenlemenin tam karşılığı değildir. AİHS.m5/5'te, 5. maddede yer alan düzenlemelerin tümüne aykırılık hâlinde tazminat hakkını düzenlerken adli alan içinde yer almayan tutmaları (alkoliklerin, serserilerin tutulması vb.) da kapsamaktadır. CMK.m.141, adli işlemlerle sınırlı bir maddedir. *"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında..."* kaydı ile başlayan madde, yakalama işlemi ile ilgili olarak, kanunda belirtilen koşullar dışında yakalanma, yakalanma anından itibaren hesaplanması gereken gözaltı süresinden daha az ceza alan ya da kanunda zorunlu olması nedeni ile para cezası verilme, kanuna uygun olarak yakalanmaya rağmen kovuşturmaya yer olmadığına ya da beraat kararı verilmesi, yakalanma nedeni ve suçlamaların yazılı imkân yoksa olanaklı olduğu anda sözlü açıklanmama, yakalanma durumunun yakınlara bildirilmemesi, yakalanma durumuna karşı başvuru yapmanın engellenmesi hâllerinde devletten maddi ve manevi her türlü zararın istenebileceği düzenlenmiştir.

Yakalamadan kaynaklanan tazminat davalarında karşılaşılan sorunlardan birisi, uygulamada zaman zaman mahkemelerin soruşturmanın neticelenmediği gerekçesi ile tazminat taleplerini reddetmesidir. Yakalamayı kendi koşulları olan bağımsız bir işlem olarak ele almayan bu

---

[270] Weeks v. Birleşik Krallık, Parag.61, Başvuru No:9787/82, Sabeur Ben Ali v. Malta, Parag.35, Başvuru No: 35892/97, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

yaklaşım hukuka uygun değildir. Yakalamanın kendi şartları açısından, soruşturmanın sonucuna bağlı olmaksızın değerlendirme yapılmalıdır. Soruşturmanın sonucuna değer verilmesi, CMK.m.141'de hukuka uygun yakalama yapılmasından sonra takipsizlik verilmesi hâlinde özel bir durum olarak zaten düzenlenmiştir. EK 4'te ve 5'te sırası ile yakalama eyleminden kaynaklı olarak yapılan birinci başvuruda, mahkeme soruşturma neticelenmediği gerekçesi ile başvuruyu reddetmiş, ikinci örnekte ise soruşturma işleminin devam etmesine rağmen yakalama işleminin gereğinden fazla uzunluğu ve diğer şartlar bir arada değerlendirilerek tazminata hükmedilmiştir. Hukuka uygun olan da budur. Soruşturmanın sonuçlanmasının tazminat isteminde dikkate alınıp alınmayacağı hususu, en çok polisin doğrudan icra ettiği yakalama emrine dayanmayan yakalamalarda önem kazanır. Zira koşulları oluşmadan yakalama yapılması, itiraz hakkının keyfi olarak kullandırılmaması, hakların ve suçlamaların bildirilmemesi en çok bu durumlarda söz konusu olabilmektedir. Hakları hatırlatması, yakalamanın gerekliliğini takdir etmesi gereken görevli, diğer yakalama türünde emri veren hâkime göre hukuk bilgisi yetersiz olan polistir.

Tazminat isteminin usulü CMK.m.142'de düzenlenmiştir. Madde, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceğini hükme bağlamıştır. Düzenlemede karar, hüküm ve kesinleşme kelimelerinin geçmesi, yukarıda bahsettiğimiz tazminat başvurusu için soruşturmanın sonuçlanmış olmasını bekleyen yanlış yaklaşıma sebep olan etmenlerdendir. EK 4'teki yerel mahkeme kararında görüldüğü üzere Mahkeme, başvuru süresinin hesap yöntemini gösteren CMK.m.142/1 hükmünü tekrarladıktan sonra, soruşturma neticelenmediği için ret kararı vermiştir. Yine Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin kararına konu başka bir olayda, gereksiz yere tutuklu kaldığını iddia eden ve bu nedenle tazminat talep eden davacının davası yerel mahkeme tarafından, CMK.m.142/1 hükmüne dayanılarak henüz soruşturma neticelenmediği için dava reddedilmiştir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise bir kısım koruma tedbiri

açısından soruşturma neticesinin beklenmesine gerek olmadığını vurgulayarak yerel mahkeme kararını bozmuştur[271].

Davada yetkili mahkeme, zarara uğrayanın oturduğu, yoksa en yakın ağır ceza mahkemesidir. Davalı maliye hazinesidir. Tazminat, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre yani özel hukuka göre belirlenir (CMK.m.141/6). Karar her hâlde duruşmalı olarak verilmek zorundadır (CMK.m.141/7).

Yakalama işlemi nedeni ile açılan tazminat davalarının tabi olduğu usulün adil yargılanma hakkı güvencelerini düzenleyen AİHS.m.6 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışmalıdır. Esasen bir bütün olarak kişi özgürlüğünün 6. madde kapsamında olup olmadığı da tartışmalıdır. Bir hakkın 6. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için 1. fıkraya göre, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili veya cezai alanda kişiye yöneltilen suçlamalar konusundaki uyuşmazlıklarla ilgili görülmesi gerekir[272]. Makul sürede yargılama, tanık dinletebilme, adli yardım sağlanması, tercüman hakkı ve diğer güvencelerin çoğu ancak bu hâlde gündeme gelecektir. AİHM uygulaması bu konuda net değildir. Golder v. Birleşik Krallık davasında, kişi özgürlüğünün medeni bir hak olup olmadığının tartışmalı olduğu belirtilmiştir[273]. Aerts v. Belçika kararında ise tehlike altındaki kişi özgürlüğünün bir medeni hak olduğu sonucuna varılmıştır[274]. Akıl hastalığı nedeni ile kaldığı hapishaneden bir sağlık kurumuna sevk edilmesine ilişkin ilgili kurum kararı uygulanmayan başvurucunun, bu konuya ilişkin davasında yapmak istediği temyiz başvurusunda talep ettiği adli yardımın kendisine sağlanmadığı için

---

[271] Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 04.04.2012 tarih ve 2011/15700E., 2012/9187K. sayılı kararı. http://yargitaykarar.wordpress.com/2013/02/28/5271-sayili-cmk-madde-94-ictihat-3/ 31.12.2014

[272] Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı/Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkleler, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.12 vd.

[273] Golder v. Birleşik Krallık, Parag.33, Başvuru No:4451/70, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[274] Aersts v. Belçika, Parag.59, Başvuru No: 61/1997/845/1051, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

AİHS.m.6/1'in ihlâl edildiğine karar verilmiştir[275]. İnceoğlu, 1998 tarihli Aerts kararı ile daha önceki kararla nazaran bir içtihat değişikliğine gidilip gidilmediğinin netleştirilmediğini belirtmektedir[276]. CMK.m.141 uyarınca açılacak dava, tazminat alacağı ile ilgili olduğundan, talebin kişinin medeni hakları içinde görülerek davanın adil yargılanma güvenceleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

II. Önleme Yakalaması ve Durdurma Açısından Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Arama ve Yakalama Yönetmeliğindeki Hâl ve Usuller

Bir suç şüphesi ortaya çıktığında şüpheli hakkında, çağrıya rağmen gelmeme, suçüstü vb. hâllerde, nasıl ve kimler tarafından yakalama emri verilebileceği ya da doğrudan yakalama yapılabilceği, gördüğümüz üzere CMK'da düzenlenmişti. PVSK ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde (Yakalama Yönetmeliği) yer alan bazı hükümlerde, CMK'daki yakalama yetkisine atıf yapılmakta ya da başka hukuki nitelendirmelerle kişinin fiziki özgürlüğüne müdahale sayılabilecek durumlar tanımlanmaktadır. PVSK ve Yakalama Yönetmeliği'ndeki bu hükümler CMK'dan yer yer ayrı hâller ön görmekte, ayrı terimler kullanmakta, ayrı kişileri yetkilendirmekte ancak yetkinin muhatabı uygulamada aynı kişiler olmaktadır

Hukuk literatüründe, tehlike kavramı ile temellendirilmeye, idarenin önleyici faaliyeti kapsamında sınıflandırılmaya; formel yakalamadan (Türk hukukunda CMK'da düzenlenen yakalama) ayrı bir usuli çerçeveye oturtulmaya çalışılan yetkiler ve bunlara ait usullerle karşılaşılmaktadır. Durdurma yetkisinde, ileride görüleceği üzere Anglo Amerikan Hukukunda somut bir olayda polisin karşılaştığı tehlike üzerinden başlayan hukuki tartışma, Türk hukukunda polise genel bir yetki verilmesine gitmekte; bu yetki giderek yakalama, arama, el koyma vb. işlemeleri içine almaktadır.

---

[275] Aersts v. Belçika, Parag.60, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[276] İnceoğlu, age, s.57.

Yakalama bir anlamda ortaya çıkan suç şüphesine ceza adalet sisteminin gösterdiği bir reaksiyondur. Dönemsel ve siyasal gelişmelere yasamanın idarenin göstereceği hukuki reaksiyonlar ise hukuk rejimi ile ilgilidir. Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl ilanı şartları Anayasa'da takip edilen hukuki rejimin göstergeleridir. Anayasal temeli olan sıkıyönetim ve olağanüstü hâl ilanlarının hukuki, siyasal, toplumsal ve ekonomik sonuçları vardır. Kuşkusuz kurulu düzenin bozulduğunu düşünen siyasal iktidarın, kendini korumak için, açık siyasal ve hukuksal bir irade beyanı ile hukuki rejimde değişikliğe giderek sonuçta bu kararının sorumluluğunu üstlenmesindense; ara yollar bulması, onun için avantajlı bir uğraştır. Bu avantajlı uğraşla iç ve dış kamuoyuna normal hukuki uygulamalara gidildiği beyan edilir; devletin üzerinde eleştirel bir ilginin toplanması engellenir[277]; demokratik bir görünüm sergilenir. Ara yolların mevzuata sokulması ile sisteme içkin, sürekli bir olağanüstü hâlden bahsedilebilir. Durdurma yetkisinin 2007 yılında yükselen şiddet olayları gerekçesi[278] ve yeni güvenlik konsepti söylemi[279] ile kanuna girmesi; kamuoyunda önleyici gözaltı adı ile tartışılan yetkinin 2013 Haziran'ında meydana gelen Gezi Olayları'nda gündeme getirilmesi; tekrar 2014 Ekimi'nde patlak veren Kobané Eylemleri sonrası gündeme sokulması kanaatimizce bu bakışın eseridir. Mevzuat hükümleri ile ilgili yapılacak açıklamalar okunurken bu çerçeve göz önünde bulundurulmalıdır.

A- Önleme Yakalaması Açısından Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.13, 17, Mülga.m.18

Yürürlük ve muğlâklık sorunları kanaatimizce, PVSK'nın geneline yaygınlaşmış olan bir sorundur. Kanun 1934 tarihli olup birçok değişikliğe

---

[277] Bkz. AİHS.m.15/3. MSHS.m.4/3.

[278] Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 22. Dönem 5. Yasama Yılı 119. Birleşim s.79, 85, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=19936&P5=B&PAGE1=79&PAGE2=79 31.12.2014

[279] Sivas Milletvekili Selami Uzun ve 3 Milletvekilinin; Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ile Adalet Komisyonu Raporu (2/1037), http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1437m.htm 31.12.2014

uğramış; zaman içinde ilişkili olduğu tüm temel kanunlar değişmiş, bunlara uyarlanma çabalarına maruz kalmış, birçok maddesinin bir kısım fıkrasının içerdiği hükümler, başkaca özel kanunlarda yeniden düzenlenmiştir. Örneğin ele alacağımız 13. maddenin "*Yakalanan kişilere, yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.*" hükmü ile toplu suçlarda hakkın bildirilmesi açısından bir ayrım koymayan ve daha sonra kabul edilen CMK'nın 90. maddesinin "*Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.*" ve CMK.m.141/1/g'nin "*Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan... Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.*" hükümleri çelişki hâlindedir. Bir diğer örnek olarak PVSK'nın 11. maddesi "*Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları,... herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar.*" gibi hukuki netlikten yoksun, polise çok geniş ve muğlak yetkiler veren hükümler taşımaktadır. Anayasa m.13'te düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine ya da AİHS sözleşmesinin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulanmasında aranan demokratik toplumda zorunluluk vb. kıstaslara uygun olduğu söylenemez. Bir an bu ve benzeri düzenlemelerin 12 Eylül Darbesi sonrası baskı ortamında ihdas edildiği[280] ve artık bu hükümlerin zımnen ilga edildiği düşünülse dahi örneğin maddenin 1. fıkrasının C bendinde 2002 yılında 4771 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Bu durum 11. maddeye de has değildir, örnekler çoğaltılabilir. Dolayısı ile pozitif hukuk incelemesi açısından PVSK zorluklar ve muğlâklıklar

---

[280]http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c018/tbmm17018111ss0343.pdf 31.12.2014

taşımaktadır. Mevzuattaki muğlâklığın, güvenlik politikalarını öne çıkaran görüşlere temelsiz bir dayanak noktası teşkil ettiği kanaatindeyiz. Muğlâklıktan istifade durumu, ileri sürülen görüşlerle sınırlı da kalmayabilir. Söz gelimi, polisin kişilere zorunlu ikamet emri vermesini düzenleyen PVSK Ek. 3. maddesi, sanki zor günlerde kullanılmak üzere bir kenarda bekletilmektedir. Gerçekten de resmi görevleri arasında yürürlükteki mevzuatı tespit ve derleme gibi faaliyetler olan (3056 sayılı kanun m.10) Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinde yayımlanan PVSK metninde, polisin emirlerine riayetsizliği konu edinen m.17 ile Ek.3 ve 4 arasında paralellik kuran notlar mevcuttur[281]. Siyasal iktidar PVSK'nın bu eklektik hâlinden memnun görünmekte, ihtiyaca binaen değişiklikler yapmaktadır[282]. AİHS, Anayasa ve CMK hükümleri, PVSK ile çatıştığında PVSK'nın uygulamada dikkate alınmaması gerektiğini düşünüyoruz, zira yukarıdaki açıklamalara ek olarak PVSK.m.13 ve m.17 polisi yetkilendirdiği konularda temel hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli güvenceleri sağlamamaktadır. Bu eksikliklere ilgili başlıklar altında değineceğiz. Bir kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere müdahale içerirken gerekli usuli güvenceleri sağlamaması, müdahalenin AİHS'e göre kanunla öngörülmüş müdahale olarak değerlendirilmemesine yol açacaktır[283]. Yani müdahalenin şeklen bir kanun hükmü ile gerçekleştiriliyor olması onu kanuni yapmaz. Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen kanunla sınırlama kıstası da bu şekilde ele alınmalıdır. Anayasa'nın 90/son maddesinin uygulamada AİHS'e ve dolayısı ile AİHM içtihadına öncelik veren yaklaşımı da bunu gerektirmektedir.

---

[281] http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.3.2559&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=3&No=2559 31.12.2014

[282] PVSK.m.13'te yeni bir değişiklik öngören Kanun Tasarısı için Bkz. 1/995 sayılı Kanun Tasarısı, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme. 31.12.2014

[283] Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, Parag.87, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

1. Sarhoşluk, Sınır İhlali[284], Akıl Hastalığı, Küçüklük, Serserilik, Bulaşıcı Hastalık Hâlleri (PVSK.m.13)

Doktrinde, yakalamanın adli ve önleme amaçlı yapılan iki türü olduğu, PVSK'nın 13. ve 17. maddelerine atıf ile polisin "önleyici yakalama" yapma yetkisinin olduğu ileri sürülmektedir[285]. 13. maddenin ilk hâli şu şekildeydi: "*Polis halkın rahatını bozacak ve rezalet sayılacak surette sarhoş olanlarla sarhoşluk halinde başkalarına tecavüz edenleri ve mutlak surette ammenin istirahatini bozanları yakalar ve haklarında tanzim edeceği evrakile yirmi dört saat içinde Adliyeye verir*[286]." Madde bu hâli ile gerçekten de polise önleyici bir yakalama yetkisini doğrudan kullanma imkânı vermekteydi[287]. Ancak bu düzenleme, 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra, Anayasa'nın 19. maddesi ile uyum sağlamak gerekçesi ile[288] 16.06.1985 kabul tarihli 3233 sayılı Kanun tarafından değiştirilmiş; daha sonra 03.08.2002 kabul tarihli 4771 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bugünkü hâlini almıştır. Son düzenleme, esas olarak madde üzerinde "*Suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri... yakalar*" hükmünü getirmiş, diğer fıkralarda ise özde bir değişiklik yapmamıştır. Bu hüküm de 04.12.2004 kabul tarihli 5271 sayılı CMK'nın 90. maddesinin 2. fıkrasındaki, polisin müzekkeresiz yakalama yetkisi bahsinde aktardığımız düzenleme ile aynı konuları ihtiva

---

[284] 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile getirilen usuli güvenceler, başvuru yolları (Bkz.m.57, 67) ve kullanılan terminoloji (m.57: Yakalama, idari gözetim, Karşılaştırınız: AİHS.m.5/1/f: Yakalama, tutulma) meselenin ayrı bir çalışmada ele alınmasını gerektirmektedir. 6458 sayılı Kanun'dan önce idare mahkemelerinin denetiminde olan özgürlüğe müdahale halleri, bu Kanun'dan sonra sulh ceza hâkimliklerinin yetkisine girmiş ve süre sınırları gibi koruyucu hükümler ihdas edilmiştir.

[285] Bkz. Bu çalışma Dn. 294, 298, 299, 300.

[286] TBMM Zabıt Ceridesi, Devre IV, Cilt 23, İçtima 3, 04.07.1934, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023077.pdf 31.12.2014

[287] "*PVSK'nuna göre, polis, her biri bir suç teşkil eden belli hallerde yakalama genel şartları olmadan da bir kimseyi yakalayabilir.*", "*Bu haller şunlardır: PVSK 13, 17*" Kunter, age, s. 554, Dn.446.

[288] 343 no'lu Adalet ve İç İşleri Komisyonları Raporu, s. 3, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c018/tbmm17018111ss0343.pdf 31.12.2014

ettiğinden 5271 sayılı yeni tarihli kanunun kabulü ile zımnen ilga olmuştur. Diğer fıkralar, AİHS.m.5 ve Anayasa m.19'da suç şüphesi dışında kişinin fiziki özgürlüğünün kısıtlanabileceği hâllerde (belirli hâllerde sarhoşların, serserilerin, hastalık bulaştırabileceklerin, sınır ihlâlinde bulunanların, küçüklerin, akıl hastalarının, haklarında yakalama ve tutuklama kararı bulunanların hâlleri) polise verilen yakalama yetkisini düzenlemektedir.

Kanun koyucunun, PVSK'nın 13. maddesini bugünkü hâline getirirken Anayasa'nın 19. maddesini dikkate aldığını belirtmiştik. Anayasa'nın 19. maddesine daha yakından bakacak olursak: *"...bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması..."* hâllerinde, istisnasız bir biçimde, alınmış bir kararın icrası için verilen yetkiden bahsedildiği görülmektedir. Dolayısıyla, küçüğün gözetimi için özgürlüğünün kısıtlanması ya da hastalık yayabilecek bir kişinin bir kurumda tedavisi için özgürlüğün kısıtlanabilmesi için ancak *"verilmiş bir karar", "usulüne uygun alınmış tedbir"* ön şarttır. Bu örneklerden ilerleyecek olursak, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, çocuğun korunması için alınacak tedbirleri ve tedbire karar verme usulünü düzenlemiştir. 5395 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında *"Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hâkimi tarafından alınabilir."* hükmü ile kuşkuya yer bırakmayacak biçimde görevli makamı belirlemiştir. Polis ancak 5395 sayılı Kanun'un 9. maddesinde usule bağlanmış acil durumlarda hâkim kararı olmaksızın doğrudan çocuğu ilgili kuruma teslim edebilir. Bu işlem de imkân bulunan en kısa zamanda ve en geç beş gün içerisinde hâkim denetimine tabi tutulmalıdır. Böylece çocukların suç ile ilişkili olsun olmasın, suç fiilleri

dışında özgürlüklerinin idari nedenlerle kısıtlanmasında ilk olarak hâkim kararının esas, doğrudan polis müdahalesinin ise istisna olduğunu tespit etmiş oluyoruz. Kanun, 8. maddesinde koruma kararının üçer aylık periyotlarla hâkim tarafından gözden geçirilmesini; 9. maddesinde ise acil koruma kararının en fazla 30 günlük bir süre için verilebileceğini düzenlemiştir.

Çocuğun korunması konuları da dâhil olmak üzere, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık, serserilik hâlleri temel bir kanunun ilgi alanındadır. Bu grubun hukuki durumunu konumuz açısından daha da ilginç kılan, mevzuatta medeni hukukun bir alt başlığı olarak ele alınıyor olmaları, hatta fiziki özgürlüklerinin kısıtlanmasının medeni hukukta düzenlemeye tabi kılınmasıdır. Hak sahipliği bahsinde değindiğimiz üzere, hukuk öznesi kişinin kişiliği, medeni ilişkiler, özel olarak da mülkiyet ilişkileri ile çerçevelenmiştir. Hak ehliyetine sahip kişinin, akıl hastalığı ya da uyuşturucu madde bağımlılığı onun özel hukuk sözleşmelerinin geçerliliğinde ve fiilen uygulanmasında ya da malları üzerindeki tasarrufunda birçok soruna yol açabilir. Özgürlük ve mülkiyet ilişkisinin, hukuk alanında, belki de en çıplak hâli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) bulunur. TMK, Vesayet başlıklı üçüncü kısmından itibaren bu grubun hukuki durumunu düzenlemiştir. TMK 396. maddesinden itibaren, bu kişilerin belli bir usulle fiil ehliyetlerinin kısıtlanmasını, kısıtlamada yetkili vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi, TMK.m.397/2), denetim makamı (asliye hukuk mahkemesi, TMK.m.397/2), kısıtlamayı gerektirecek hâller ve kısıtlama usulünü düzenledikten sonra 432. maddeden itibaren akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık, serserilik hâllerinde özgürlüğün kısıtlanması usulünü düzenlemiştir[289]. Kişi, kanunun ifadesi ile, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık ve serserilik

---

[289] Nazif Kaçak, düzenleme ihtiyacının Anayasa'nın 19. maddesinden doğduğunu ifade etmektedir. Nazif Kaçak, Yeni İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu, 2. Bası, 1. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 1224.

nedenlerinden biri ile toplum için tehlike oluşturuyorsa ve kişisel korunması başka biçimde sağlanamıyorsa, tedavi, eğitim, ıslah amaçları ile bir kuruma yerleştirilebilir ya da "*alıkonabilir*" (TMK.m.432/1). Alıkonma, tam da durumu ifade eden kavramdır. Zira kişi CMK anlamında bir suç şüphesi altında yakalanmamıştır. Kuruma yerleştirme ve alıkonma kararını ancak sulh hukuk mahkemesi verebilir (TMK.m.433), itiraz merci asliye hukuk mahkemesidir (TMK.m.435). Polis ve resmi görevliler kuruma yerleştirme ve alıkoyma işlemelerini gerektirebilecek bir hâl ile karşılaştıklarında vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine haber vermekle yükümlüdürler (TMK.m.432), madde hükmünden polisin doğrudan işlem yapamayacağı sonucuna ulaşılır. Alıkoyma ve yakalama kavramlarına geri dönecek olursak, TMK.m.436: "*Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir*" hükmünde açıkça vesayet bahsi altında sınıflandırılmış kişilerin taşıdıkları özellikler nedeni ile özgürlüklerine müdahale usulünü, temel bir usul kanunu olan 6100 sayılı HMK'ya bağlayarak onların CMK'daki koruma tedbirleri ile ilişiğini kesmiş, başka bir rejimin içerisine sokmuştur. Kanunun bu açık düzenlemesi karşısında, PVSK.m.13'te, kendine özgü bir kurum olan yakalama kurumundan bahsedilmesi hukuken sorunludur. TMK'nın açık hükümleri karşısında, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin Tanımlar üst başlıklı 4. maddesinde belirtildiğinin aksine, "*Yakalama: Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması*" değildir. En azından bunlardan birçoğu değildir; suç işlendiği şüphesi ile ilgili ifadeler ise tam bir kavram karmaşası içermektedir. Emare, eser, muhafaza altına alma gibi kavramların adli sürece ait bir tedbir için kullanılması; tüm bu kavramların ayrıca idari amaca yönelen işlemlerle bir kavram altında birleştirilmeleri daha önce değindiğimiz gibi, bir özensizliğin ya da hukuki yetersizliğin değil, bir yaklaşımın sonucudur. Yakalama Yönetmeliği'nin 5. maddesi aynı mantığı devam ettirerek tanım

maddesinden de geniş ve muğlâk bir alanda polise yakalama yapma yetkisi tanımaktadır. TMK'nın PVSK'nın aksine özel bir konuda düzenleme getirdiği yani vesayet altına alınmış alkol bağımlıları, serseriler ve kanunda aynı grupta sayılan diğer kişilerin durumunu düzenlediği; PVSK'nın ise bu kişilerin vesayet dışı hâllerde özgürlüklerinin ortadan kaldırılma usulünü düzenlediği de savunulamaz. TMK.m.432'nin Hükümet Gerekçesi'nde açıkça kısıtlı olsun olmasın maddede sayılan durumların varlığı hâlinde, kişilerin bu maddeye tabi olarak özgürlüklerine müdahale edileceği belirtilmiştir. Madde gerekçesi, özgürlüğün taşıdığı önem dolayısı ile bir kısım usuli güvence ihdas edildiğini, düzenlemenin Anayasa'nın 19. maddesi gereği olduğunu belirtmektedir[290].

PVSK.m.13, haklarında yakalama yapılabilecek kişi grubunu sıraladıktan sonra, 3. fıkrada "*Yakalanması belirli bir usule bağlanmış kişilerle ilgili kanun hükümleri saklıdır*" hükmünü getirmiştir. PVSK.m.13'ün sıraladığı akıl hastaları, alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık taşıyanlar, serserilerin özgürlüklerine müdahale TMK ile özel bir usule bağlandığından PVSK kendi içinde çelişmekte ve hükümleri kendi kendini geçersizleştirmektedir.

PVSK ve Yönetmelik hükümlerinden hareketle adli yakalamadan farklı olarak önleyici yakalama yetkisi adı altında bir yetkinin var olduğunu savunan yazarlar kanaatimizce iki gruba ayrılabilir: Bir grupta, tam da PVSK'yı bu hâlde yürürlükte tutan, Yakalama Yönetmeliği'ni bu biçimde şekillendiren kamu gücü ile paralel bir yaklaşımla, meseleyi tehlike kavramı etrafında teorik bir temelde ele alan yazarlar yer alır

---

290 "*...İsviçre Medenî Kanununda 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan yeni düzenlemeden esinlenerek ve aynı düzenlemenin Ülkemiz için de gerekli ve yararlı olduğu düşünce ve inancıyla Tasarıya alınmıştır. Nitekim aynı ihtiyaç Anayasamızın 19 uncu maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. 432 nci madde ve onu izleyen maddelerde, kişinin korunması amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olup, bu denli önemli bir konunun koşulları, hüküm ve sonuçları, bir takım özel hükümlerin konulmasını gerektirmiştir... Ergin kişinin bu madde uyarınca bir kuruma yerleştirilmesi veya kurumda alıkonulması için, kısıtlı olup olmaması önemli değildir. Kısıtlı olmamasına karşın eğer maddede sayılan sebeplerden biri söz konusu ise, yani kişi toplum için bir tehlike oluşturuyor ise, bu kişi bir kuruma yerleştirilebilecek ya da kurumda alıkonulmaya devam edilecektir.*" Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680), http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm 31.12.2014; Kaçak, age, s.1224, 1225.

(Kunter/Yenisey/Nuhoğlu). Hukukun bu farklı alanlarını (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına adli, idari ve özel hukuktan kaynaklanan nedenlerle müdahale hâllerini düzenleyen alanları) genel bir "düzen koruma" faaliyeti olarak ele aldıkları için yaklaşımlarını bu hükümlerle temellendirmektedirler. Anladığımız kadarı ile idari, medeni hak ve yükümlülüklere yönelen ya da adli amaçlarla yapılan özgürlük kısıtlamalarının iç içe geçmesi onlar için sorun teşkil etmemektedir. Diğer bir grup yazar ise, mevzuatın bu sorunlu kısmını temel alıp eleştirel bir yaklaşım geliştirmeden, meseleyi bu mevzuat hükümlerinden yola çıkarak işlemektedirler (Centel/Zafer, Yurtcan, Hakeri/Ünver). Yenisey/Nuhoğlu ve Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, daha baştan, koruma tedbirini "tehlike tedbiri[291]" adını verdikleri bir kavramın alt başlığı olarak ele almaktadırlar. Bu kavramın bir diğer alt başlığı ise, uzak bir tehlikenin önlenmesi amacını taşıdığı belirtilen önleme tedbirleridir. Örneğin durdurma, bu başlığın altında sınıflandırılmıştır[292]. 5237 sayılı TCK'da düzenlenen güvenlik tedbirleri de önleme tedbirlerinin altına sınıflandırılmıştır. Yakın tehlikeye karşı kullanılacağı belirtilen koruma tedbirleri de tutucu ve önleyici olarak iki alt başlığa ayrılmıştır[293]. İşte bu teorik yaklaşımın devamında, kişiler suç şüphesi altında olsalar bile jandarma ve polisin, tehlikeyi önlemek için bireyin özgürlüklerine müdahale edebilme genel yetkisi olduğu ön kabulü ile önleme yakalaması temellendirilir[294]. Oysa jandarma ve polis de dâhil olmak üzere hiçbir kişi ve kurum hiçbir konuda genel yetkili değildirler. Kişiler ve kurumlar yasanın verdiği yetki ile sınırlı olarak yetkilidirler, esas

---

[291] Kunter, 1968 tarihli makalesinde, tehlike tedbiri genel teorisinin kendi tabiri ile ön tasarısını teklif ederken, bu yolda çalışmaya başka memlekette rastlanmadığını, bildiği kadarı ile tehlike tedbiri kavramının başka dillerde olmadığını yazmaktadır. Nurullah Kunter, Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, İÜHFM, Cilt 34, sayı 1-4, 1968, s.28; Bu durumun değiştiği konusunda somut bir bilgiye sahip değiliz. Kunter, 1981'de tehlike tedbiri sınıflaması yapmaya devam etmekte ancak, bu durumuna ek bir bilgi vermemektedir. Kunter, age, 1981, s.513; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2010 yılında, başka bir bilgi eklemeden Kunter'in bu tespitine atıf yapmaktadır. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.834.

[292] Yenisey/Nuhoğlu, age, s.424.

[293] Yenisey/Nuhoğlu, age, s.425.

[294] Yenisey/Nuhoğlu, age, s.433.

olan yetkisizliktir[295]. Kaldı ki tehlike kavramı, önleme yani idari alanda kullanıldığında, kolluk alanındaki işlem ve eylemlerin "sebebi" sayılır[296]. İdare hukukunun, kozalist (sebebe bağlı) bir hukuk dalı olması itibari ile sebep serbestîsinden değil, hukuken öngörülmüş sebebe bağlılıktan bahsedebiliriz[297]. Dolayısı ile polise atfedilen genel yetkililik durumu kanaatimizce doğru değildir. Yine Centel/Zafer PVSK.m.1 ve 2'den yola çıkarak polisin genel yetkili olduğu kabulü ile PVSK.m.13 kapsamında önleme amaçlı yakalama yapabileceğini kabul etmektedir[298]. Yurtcan, PVSK.m.17'den yola çıkarak polisin özel bir yakalama yetkisi olduğunu ileri sürmekte[299]; Hakeri/Ünver, PVSK.m.13'e dayalı olarak, idari yakalama sınıflandırması yapmaktadır[300].

TMK'nın düzenlediği usule biraz daha yakından bakacak olursak: TMK.m.437, kararın basit yargılama usulüne (HMK.m.316 vd.) göre verileceğini; karar verilmeden önce kişinin dinlenmesinin zorunlu olduğunu düzenlemiştir. TMK.m.436'da, hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı karar verilen kişinin şu haklara sahip olduğu özellikle sıralanmıştır: *"Karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesi zorunludur. Bir kuruma yerleştirilen kişiye, alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği derhal yazılı olarak bildirilir. Mahkeme kararını*

---

[295] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.11.2012 tarih, 2008/2358E. ve 2012/2133K. sayılı içtihadı. http://www.ankara.adalet.gov.tr/sayfalar/duyurular/2013/temmuz/CIGM/2008-2358.pdf 31.12.2014 *"Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar."* Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarih ve 2012/27E., 2012/173K. sayılı kararı. http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130328-9.htm 31.12.2014 PVSK hükümlerinin geçerliliği ve uluslararası ölçülere uygunluğu sorununa daha önce değinmiştik. Bu çerçevede, PVSK'nın Danıştay kararında bahsedilen kanunla yetkilendirme ihtiyacını karşılamadığı düşünüldüğünde, polisin önleyici yetki kullanımlarının çoğu daha baştan hukuka aykırı olmaktadır.

[296] İl han Özay, Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s.736.

[297] Özay, age, s. 742. İdarenin yetkisinin sebep unsuru yönünden bağlı yetki olduğu konusunda Bkz. Gözler/Kaplan, age, s.357.

[298] Centel/Zafer, age, 2014, s.342, 343.

[299] Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.345.

[300] Hakeri/Ünver, age, s.146.

gerektiren her istem, gecikmeksizin yetkili hâkime ulaştırılır. Yerleştirme kararı veren vesayet makamı veya hâkim durumun özelliklerine göre bu istemin görüşülmesini erteleyebilir. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması hâlinde denetim makamı bundan vazgeçebilir."

Gerek Çocuk Koruma Kanunu'nda gerekse Türk Medeni Kanunu'nda özgürlüğü bağlayıcı hâllerde getirilen güvenceler, AİHM uygulamasında da zorunlu görülen kriterlere denk düşer. TMK.m.432/1'de kişinin alıkonması ve kuruma yerleştirilebilmesi için "*kişisel korunması başka biçimde sağlanamaması*" ön şartı, AİHM'nin Witold Litwa v. Polanya kararı[301], kararı ile uyumludur. Bu kararda başvurucu, âmâ olmasına, büyük bir tehlikeye yol açmamasına ve iç hukukta alternatif olarak sağlık kuruluşuna götürme imkânı varken nezarethaneye kapatılmıştır. AİHM, olayda AİHS'nin 5/1/e maddesinin ihlâl edildiğine karar verilmiştir. Olayda iç hukuk nezarethaneye koymaya alternatif yollar düzenlemesine rağmen uygulamada bu yollara başvurulmamış olması ihlâl olarak değerlendirilmiştir (Parag.79). Dolayısı ile TMK hükümlerinin kapatmaya alternatif yollara başvurulması şartı getirmesi, tek başına AİHS'nin ihlâlini engellemez, uygulama belirleyicidir. Yine TMK.m.436'da getirilen sağlık raporu alınması şartı, Winterwerp v. Hollanda kararı[302] ile uyum içindedir. Kararda, tutulmada zorunluluk olması gibi başka kriterlerin yanında, akıl hastalığı olgusunun uzman raporları ile tespiti, hakka müdahalede keyfiliğin önüne geçilmesi için zorunlu görülmektedir (Parag.39). Son olarak, Çocuk Koruma Kanunu'nu ele alacak olursak, Kanun'un 8. maddesinde koruma kararının üçer aylık periyotlarla hâkim tarafından gözden geçirilmesi ne ve 9. maddesinde acil koruma kararının en fazla 30 günlük bir süre için

---

301 Parag.60-80, Başvuru No: 26629/95, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

302 Başvuru No: 6301/73, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

verilebileceğine ilişkin hükümler, Boumaru v. Belçika kararında[303], çocuğun eğitim kurumuna yerleştirilmek üzere 119 gün nezarette tutulmasının AİHS.m.5/1/d'nin ihlâli olduğu sonucuna uygun düşmektedir. En azından, AİHS'ne uyma iradesi göstermek isteyen uygulamacının elinde, iç hukukta uygun bir hukuk enstrümanı bulunmaktadır.

Akıl hastalarının, çocukların, serserilerin ve diğerlerinin durumunu ele alan PVSK.m.13'ün AİHS ve AİHM'nin yukarıda örneklediğimiz kriterleri karşılamak bir yana; onun yürürlük ve muğlâklık[304] sorunları AİHM'nin gerekli gördüğü unsurlar açısından "kanun olup olmadığını" tartışmalı kılar. AİHS.m.5/1, kişinin fiziki özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği sınırlı sayıda hâli saymadan önce, bu hâllerde ancak "*yasada belirlenen yollar*" ile müdahale yapılabilmesini şart koşmuştur. AİHM, Y.F. v. Türkiye kararına[305] göre, bir müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesinde ilk bakılacak husus, müdahalenin iç hukukta dayanağının olup olmadığıdır (Parag.41). AİHM, iç hukukta dayanak sayılabilme için kuralın, ulaşılabilir, öngörülebilir, hukukun üstünlüğü ile bağdaşır belli bir niteliğe sahip olması gerektiğini vurgulamıştır[306]. Doktrinde, mahkeme kararlarında[307] ve uygulamada, PVSK hükümlerini ancak belli bir usul getiren Çocuk Koruma Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile birlikte değerlendirilip bu kanunların getirdiği usuller dairesinde ilgili makamların verdiği kararların icrası için yetki verdiği kabul edilseydi belki sorun bir nebze aşılmış olurdu ancak durum bunun tam tersidir. Hukuk literatüründe, PVSK hükümlerine atıfla "önleyici yakalama" yetkisi adı altında bağımsız

---

[303] Başvuru No: 9106/90, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[304] Örneğin PVSK'da hakkında yakalama yetkisi verilen alkoliğin, serserinin kim olduğu, ne gibi özellikler taşıdığına ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmediği gibi, TMK'daki düzenlediği şekli ile özgürlüğü ortadan kaldırabilecek karardan önce sağlık raporu alma zorunluluğu da yoktur.

[305] Başvuru No: 24209/94, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[306] Ekin Derneği v. Fransa, Parag.44, Başvuru No:39288/98, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[307] Hukuk kuralı biçimsel değil maddi anlamı ile anlaşılacak olup, yasadan başka mevzuatı ve mahkeme kararlarını da kapsayacaktır. Ekin Derneği v. Fransa, Parag.46.

bir yetkiye polisin sahip olduğunun varsayıldığına değinmiştik. Mevzuat güncel durumunda PVSK'yı kendi başına bir kanun olarak ele almakta, hatta kişinin fiziki özgürlüğüne müdahale hâllerini toptan ele alan Yakalama Yönetmeliği'nin Dayanak başlıklı 3. maddesinde PVSK yazılı iken, Çocuk Koruma Kanunu ve TMK'nın adı geçmemektedir. Yakalama Yönetmeliği, çocukların, akıl hastalarının ve bunlarla aynı grupta ele alınan diğerlerinin yakalanması için polise verilen yetkiyi düzenlerken bu konuda bir sistem kuran TMK hükümlerine dayanmamaktadır. Dolayısı ile AİHM'nin bir yasada aradığı özellikleri tek başına PVSK'da aramamız doğaldır zira iç hukuk PVSK'ya temel bir kanun kimliği vermiştir. AİHM, yasanın açık, ön görülebilir, ulaşılabilir ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşması, genel olarak hukuka uygun olması gerektiği görüşünü istikrarlı biçimde sürdürmektedir. PVSK'nın bu nitelikleri karşılamadığı ortadadır[308]. Bu hâli ile PVSK'dan yola çıkarak önleme yakalaması adı altında bir yetkinin kullanılması başına bir hak ihlâline kapı aralamaktadır[309]. PVSK yetki vermekte ancak koruyucu, kapsamlı bir usul getirmemektedir[310].

---

[308] Ahmet Yıldırım v. Türkiye, Parag.57 Başvuru No: 3111/10, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014; Amuur v Fransa, Başvuru No: 19776/92, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014: Davada ele alınan sirküler, sirküler olması nedeni ile değil özgürlük kısıtlaması konusundaki süre, itiraz yolları vb. usuli yolların açık biçimde düzenlenmemiş olması nedeni ile AİHS.m.5'e aykırı bulunmuştur. AİHM, düzenlemenin iç mevzuattaki hiyerarşik yerinden ziyade özgürlüğe müdahale eden hükümlerin hepsinde bir yasada olması gereken özellikleri aramaktadır. Dolayısı ile Amuur v. Fransa Davasında AİHM'nin, bir sirkülerde aradığı usuli netlik ve bu netliğin bulunmaması nedeni ile AİHS.m.5'e aykırılık görmesi PVSK açısından da geçerlidir. Macovei, age, s. 29.

[309] Normatif düzenlemelerin kalitesi açısından *"çelişmezlik"* gibi kriterlerin ve güncel kararların tartışıldığı bir çalışma için Bkz. Müslüm Akıncı, Normatif Düzen Kalitesi, http://cms.inonu.edu.tr/panel/uploads/21/255/m_akinci_3-1_tam.pdf 31.12.2014

[310] Usul eksikliği ile gerçekleştirilen özgürlüğe müdahalenin AİHM tarafından, kanunla öngörülüş olarak değerlendirilmemesi konusunda Bkz. Bu çalışma Dn. 283'deki AİHM kararı. *"...polis mevzuatında bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik hiçbir ifadeye rastlamak mümkün değildir. Yasalarda bireyin haklarının korunmasına yönelik ifadelerin daha çok ilgili mevzuatı meşrulaştırmak amacıyla kullanıldığı ve polisin yetkilerinin denetiminin sağlanması gerekçesiyle değil, söz konusu yetkilerin genişletilmesi gerekçesiyle sunulduğu gözlemlenmektedir."* Gönen, Berksoy, Başer, Uçum, age, s.72.

2. Polisin Verdiği Emre İtaatsizlik ve Koyduğu Tedbire Riayetsizlik, Polise Direnme Hâlleri (PVSK.m.17)

PVSK.m.17'deki düzenlemeleri tekrara düşmeden ele almak istiyoruz. Madde, "*Kanun ve usul dairesinde verdiği emre itaatsizlik ve ittihaz eylediği tedbirlere riayetsizlik edenler; Vazife yaparken polise mukavemette bulunan veya vazifesinden alıkoymak maksadiyle polise zorla karşı koyan ve yakalanmadıkları takdirde hareketlerinde devam etmeleri melhuz bulunan şahıslar; Karakola götürülüp haklarında tanzim olunacak evrakla beraber adliyeye verilirler*" şeklindedir. Hükmün genel bir önleyici yakalama yetkisi verdiği görüşüne katılmak iki temel nedenle mümkün değildir. Birincisi: Daha önce değindiğimiz gibi, polis de diğer tüm idari görevliler gibi esas olarak yetkisiz, kanunun yetki verdiği konularda yetkilidir; genel bir yetkiye sahip olduğunu düşünmek mevzuu hukuka uygun düşmez. Dolayısı ile onun verdiği her emre riayetsizliğin, ona her mukavemetin, beraberinde yakalama yetkisini doğurduğu sonucuna varılamaz. Emir, kanun tarafından verilen yetki ile ilgili olmak zorundadır. Madde metni de bu şekildedir. İkincisi: Esasen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 265. maddesi, kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanmayı özel bir suç olarak düzenlemiştir. Yargıtay kararlarında bu suç tipinin oluşabilmesi için kamu görevlisinin belirli bir görevini yapmasının engellenmesi gerektiği belirtilmektedir[311]. Madde metninde yer alan yakalamayı takip eden "*Karakola götürülüp haklarında tanzim olunacak evrakla beraber adliyeye verilme*" zorunluluğu işlemin bir suç fiili ile ilgili yapılacağını göstermektedir. Dolayısı ile PVSK.m.17'yi TCK.m.265 ile birlikte ele almak gerektiği anlaşılmaktadır. Polisin bu maddeye dayanarak girişeceği eylemi adli alan içindedir.

2911 sayılı Gösteri ve Yürüyüşleri Kanunu konu ile ilgili özel bir suç tipi daha düzenlemiştir. Açık hava toplantıları, sokak eylemleri, polisin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahalesinin sıkça gündeme geldiği

---

[311] Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 12.09.2013 tarih, 2012/12718E., 2013/8583K.. sayılı kararı. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.09.2013 tarih, 2012/14315E., 2013/9078K. sayılı kararı.

olaylardır. 2911 sayılı Kanun'un Direnme başlıklı 32. maddesi *"Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* hükmü ile özel bir suç tipi düzenlemiş, maddenin ikinci fıkrasında TCK.m.265 hükmüne göre ayrıca ceza verileceği belirtmiştir. 2911 sayılı Kanun, 23 ve 24. maddelerinde kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü[312] ile toplantı ve gösteri yürüyüşünün dağıtılmasını düzenlemiş; polisin dağılma emri vermesini ihtar, mülki amire haber verilmesi vb. belli bir usule bağlamıştır[313]. Kanun'un getirdiği usuller yanında yargı içtihatları da polis müdahalesini bazı ek şartlara bağlamıştır. Öze dokunma yasağı, ölçülülük, makul bir süre tanınması gibi şartlar[314] toplantının dağıtılmasının hukukiliğini, dolayısı ile müdahalenin, suç oluşmasının ve yakalamanın da hukukiliğini belirleyecektir.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, PVSK.m.17 ile 2911 sayılı Kanun hükümlerine dayanarak yapılacak yakalama, ancak bu hükümlerden kaynaklanan somut bir suç şüphesi ile mümkün olacaktır. Yoksa genel bir

---

[312] Türk Hukuku'nda toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılabilmesi için gerekli kanuni şartların ve mahkeme uygulamalarının insan hakları hukukuna aykırılığı konusunda Bkz. Tolga Şirin, 30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı, 1. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.30.

[313] *"...b) Düzenleme kurulunun veya kurul başkanının bu görevi yerine getirmemesi hâlinde, durum yetkili kolluk amiri tarafından mahallin en büyük mülki amirine bildirilir. Mahallin en büyük mülki amiri tarafından toplantının sona erdirilip erdirilmeyeceğine dair karar alınır.*

c) Mahallin en büyük mülki amiri, yazılı veya acele hâllerde sonradan yazı ile teyit edilmek kaydıyla sözlü emirle, mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderir.

Bu amir, topluluğa Kanuna uyularak dağılmalarını, dağılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar eder. Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır. (Mülga üçüncü cümle: 2/3/2014-6529/10 md.)

Birinci fıkrada düzenlenen durumlarda güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya mukavemet veya korudukları

yerlere ve kişilere karşı fiili saldırı hali mevcutsa, ihtara gerek olmaksızın zor kullanılır.

...

Toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin Kanuna aykırı olarak başlaması hallerinde; güvenlik kuvvetleri mensupları,

olayı en seri şekilde mahallin en büyük mülki amirine haber vermekle beraber, mevcut imkanlarla gerekli tedbirleri alır ve olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amiri, topluluğa dağılmaları, aksi halde zor kullanılarak dağıtılıcakları ihtarında bulunur ve topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır."

[314] Şirin, age, s.80 vd.

emir verme yetkisi ve her türlü emre aykırılık hâlinde yakalama yetkisi düşünülemez[315].

3. Önleme Yakalamasının Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki İlk Düzenlemesi (PVSK Mülga.m.18)

Tüm bu kanun hükümleri, kanun değişiklikleri ve muğlâk düzenlemelerin atası ve belki de bu günlerde, kamuoyunda sıkça dillendirilen kelimelerle; "önleyici gözaltı" tartışmaları ile geri dönülmek istenen yerin, PVSK'nın mülga 18. maddesi olduğu düşünülebilir. Madde metni şu şekildeydi: "*Fevkalâde hallerde ve Devletin emniyet ve selametinin ve içtimaî nizamı tehdit ve ihlâl kabiliyetini haiz vaziyetlerde bu hal ve vaziyetleri ihdas edeceklerinde veya devamına müessir olacaklarına şüphe olanları sebep ortadan kalkıncaya kadar polis, nezaret altına alabilir ve umumi ve hususî nakil vasıtalarına vaziyet edebilir. Bu hal ve vaziyetin ve devamının takdiri en büyük mülki âmire aittir*[316]" Metninden de anlaşılacağı gibi madde, genel bir düzen bozucu şüphe altında bulunan kişinin fiziki hareket serbestîsinin belirsiz bir süreliğine idarece, yargı merciine başvurulmaksızın ve yargı mercii önüne çıkartma amacı gütmeksizin ortadan kaldırılmasını düzenliyordu.

1934'te ihdas edilen 18. madde, TBMM'nin 20.02.1948 tarihli oturumda yapılan görüşmeler sonucunda ilga edilmiştir. 18. maddenin ilga edilmesi konusunda çekincelerini ileri süren Milletvekili Nazım Poroy, hukuk tarihine yaptığı göndermelerle, bizim bugün meseleyi doğru bağlama oturtmamıza yardımcı olacak bilgiler vermiştir. Poroy, Büyük Fransız Devrimi'nden önce Kral'ın yazılı bir emirle istediğini hapsettirebildiğini, Bastil'e konulan bu kişilerden yıllarca haber alınamadığını; daha Devrim'den önce bu yasanın kalktığını; Devrim olup Bastil yıkıldıktan sonra ve nihayet Napolyon iktidara geldiğinde, Adalet Bakanı'nın başkanlığında Şurayı Devlet'ten iki, Temyiz Mahkemesi'nden iki ve bir de

---

[315] Macovei, age, s. 12.

[316] TBMM Zabıt Ceridesi, Devre IV, Cilt 23, İçtima 3, 04.07.1934, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c023/tbmm04023077.pdf 31.12.2014

büyük bir Hükümet memurundan oluşan bir Komisyon kurduğunu, bu sefer bu Komisyon'un (Poroy'un ifadesi ile) "*idareten tevkif*" kararı verebildiğini, bu şekilde tevkif edilenlerden bazılarından yıllarca haber alınamadığını idari tevkifin kötü sonuçları olarak aktarmaktadır[317]. Genel idari, diğer bir anlatımla önleyici amaçla yapılan yakalamanın nasıl bir tarihi arka planı olduğunu buradan görmek mümkündür: Kralın kişinin fiziki özgürlüğüne keyfi müdahalesini sağlayan yetkisinin Devrim'in ateşli günlerinden sonra bir Komisyon eli ile yeni Devlet tarafından kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Geçtiğimiz bölümlerde değindiğimiz üzere Marx'ın *Yahudi Meselesi* başlıklı eserinde Fransız Devrimi'nin en ateşli günlerinde yazılan Anayasal metinlerde özgürlük, güvenlik kavramlarının mülkiyet ilişkilerine ve mülkiyeti korumak üzere organize olan devlete göre tanımlanmasına dikkat çekmesinin[318] önemi hukuk tarihi ile de ortaya çıkmaktadır. Her dönüşüm momentinde, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı açısından eski rejimin elindeki keyfi yetkileri eleştirerek işe başlayan güçler, iktidarı aldıktan yani bir anlamda "mülkün sahibi" olduktan sonra, mülkü (düzen diye de okuyabiliriz) korumak için ihtiyaç duydukları keyfi yetkileri kuşanmanın yollarını aramaktadırlar, zira iktidarlar değişmiş ancak mülke dayalı düzen baki kalmıştır. Ancak bu arada iş biraz daha zorlaşmıştır. Yeni iktidara talip güçler, eski iktidarın baskısından bıkmış halka hukuk güvenliği vaat ederek gelmişlerdir. Fransız burjuvazisinin eşitlik, kardeşlik, özgürlük şiarını, bu şiarın dönemin hukuk metinlerinde bulduğu karşılıkları bir yerde Bastil'i yıkan kitlelerine verilen sözler olarak da anlamak gerek. Yine, Demokrat Parti'nin 18. maddeyi ilgaya dönük girişimleri teknik bir hukuki içerik taşıdığı kadar, bu girişimin popülist bir yönü de vardır. Poroy'un konuşmasından, dönemin Başbakanı Adnan Menderes'in o günlerde bir dergide yayımlanan yazısında, bu maddeden mağdur halkın bu maddenin kalkmasını dört gözle beklediği propagandasını yaptığını öğrenmekteyiz[319].

---

[317] http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c010/tbmm08010045.pdf 31.12.2014

[318] Bkz. Bu çalışma s.7 vd.

[319] 1948 yılı içerisinde PVSK'da liberal bir düzenlemeye gidilmesinin arkasında dönemin siyasal iktidarının halkla ilişkiler faaliyetinin yanında kendini içerde ve dışarıda emniyet içinde görmesinin etkili olduğu düşünülebilir. Küçük, 1947 yılı ve öncesinde Türkiye'de

Uzun bir tek partili dönemden sonra çok partili yaşama geçen, iktidara gelmeye çalışan yeni partinin hukuka yaslanması diğer tarihsel örneklere de denk düşen bir davranış tarzıdır. İngiliz burjuvazisi 17. yüzyılda nasıl *Habeas Courpus*'a sarıldıysa, Demokrat Parti de hukuka sarılıyordu. Aynı İngiliz muktedirleri ve başka burjuva iktidarları, yüzyıllar sonra artık Kral'ın sembolikleştiği bir dönemde *Habeas Courpus*'un ve onun koşulladığı başka hakların getirdiği güvenceleri, bu sefer kendilerini "terörden" ve başka tehlikelerden korumak için törpülemeye çalıştıklarında bir zamanlar Kral'a karşı kalkan olarak kullanıp geliştirdikleri hukuk başlarına dert açacaktır. Bu "dertlerin" bir kısmını AİHM kararlarında takip edebiliyoruz. Önleme yakalaması vb. adlarla yapılan işlemlerin, daha önce getirilen makul şüphe gibi kriterler karşısında pek çok defa mahkûm edildiği örneklere değineceğiz. Bugün, kamuoyunda anıldığı adı ile "önleyici gözaltı" tartışmalarının, ülke siyasi tarihinde eşine rastlanan biçimde gündeme getirilmesi, geçmişle tarihsel ve diyalektik bir uyumluluk içindedir.

Poroy'un konuşması, son olarak, idari tevkifin uygulamada gördüğü işlevi ortaya koymak bakımından da değerlendirilmelidir. Fransa'da, 1933 yılında yapılan değişiklikle, valilerin elinden önleyici yakalama yetkisinin alınmasının ardından, 1934 yılında Sırbistan Kralı Fransa'ya geldiğinde Paris ve Marsilya valileri "*Hırvatları toplamak imkânı*" bulamamış ve neticede Sırp Kralı otomobilin içerisinde öldürülmüştür. Fransa bu olaydan sonra idari yakalama yetkisini eskisine benzer biçimde yeniden düzenlemiştir. "*Hırvatları toplamak*", tam da kurumun ruhunu anlatmaktadır. Hiçbir somut suç şüphesine, teşebbüs hareketini gösteren delile dayanmadan, genel bir idari nedenle bir kişiyi ya da grubu, taşıdıkları

---

yaşanan bilinci şiddet politikasının sonuçlarının 1948 yılında alındığını belirtmektedir, 1947 yılında sol görüşlü üniversite hocaları zorlamalarla üniversiteden uzaklaştırılması daha önce Tan Gazetesi baskını bu şiddet dalgasına takılan olaylardan birkaçıdır. Zürcher, 1946'da ILO kabul sürecinde birçok sendikanın açılmasına ses çıkarılmadığını, kabul sürecinin tamamlanmasının hemen ardından bu sendikalarla birlikte, sendikaların bağlı oldukları sosyalist partilerin de kapatıldığını aktarmaktadır. Türkiye ABD tarafından daha önce kabul edilmezken 1948 yılında Marshall Planı'na dâhil edilmiştir. Yalçın Küçük, Türkiye Üzerine Tezler, 2. Cilt, 1. Bası, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2007, s.276; Erik Jan Zürcher, Modernleşen Türkiye'nin Tarihi (Çeviren: Yasemin Saner Gönen), 21. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s.315. Tarihte özgürlük-güvenlik sarkacı denen düzeneğin işleyişi, hukuki olanın kaçınılmaz biçimde, siyasi olduğunu göstermektedir.

özelliklerden dolayı hâkim önüne çıkartma amacı da gütmeden zapt etmek[320] işin özüdür.

B- Durdurma Açısından Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu.m.4/A ve Yakalama Yönetmeliği.m.27

1. Durdurma Yetkisinin Ortaya Çıkışı ve Hukuki Mahiyeti

Kavram kendi başına kullanıldığı gibi, durdurma ve arama, durdurma ve sorgulama şekillerinde de kullanılmaktadır. Hukukta durdurma, durdurma ve arama kavramlarının kullanımı yeni değildir. Neocleous, 1824 Serserilik Kanun'un dördüncü bölümü ile Mahalli İdareler Kanunları'na zerk edilmiş biçimde durdurma ve arama yetkisinin bulunduğunu aktarmaktadır. Ona göre, sokakta karşı karşıya gelme durumlarında[321], bu yetki vasıtası ile suçlananın masumiyeti karinesi yer değiştirmekte, masumiyeti kanıtlamak şüphelinin sorumluluğu hâline gelmektedir. Neocleous'un bahsettiği 1824 tarihli Serserilik Yasası ("*Vagrancy Act*[322]") İngiltere'de günümüzde de yürürlüktedir. 28.01.2014 tarihli The Guardian haberinden çöpten yiyecek alan 3 kişinin bu kanuna göre 19 saat boyunca polis hücresinde tutularak haklarında soruşturma başlatıldığını öğrenmekteyiz. Haberde şüphelilerin suçlandıkları kanun maddesi Neocleous'un bahsettiği 4. bölüm[323] olarak verilmekte ve bu bölüm "muğlâk" olarak tanımlanmaktadır[324].

Eryılmaz, İngiltere'de durdurma yetkisinin 01.01.1986 tarihli "*Police and Criminal Evidence Act*" (Polis ve Adli Delil Kanunu), kanunlaştığı tarihe kadar, ülke genelinde uygulama birliği olmaksızın ayrı ayrı bölgelerde

---

[320] Poroy, Fransızların bu işleme "*arrestation*" (tutuklama, tevkif, Tahsin Saraç, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, 19. Bası, Adam Yayınları, İstanbul, 2002, s.99) değil "*capture*" (el koyma, ele geçirme Saraç, age, s.211) dediklerini aktarıyor.

[321] Sokakta kazaen karşı karşıya gelme durumları durdurma yetkisinin tartışıldığı mahkeme kararlarında özellikli bir hal olarak ele alınarak tartışılmıştır, ileride değineceğiz.

[322] "*Başıboş ve Düzensiz Kişilerin, Dilencilerin ve Serserilerin Büyük Britanya'nın İngiltere Denen Parçasında Cezalandırılması İçin Kanun*" http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1824/83/pdfs/ukpga_18240083_en.pdf 31.12.2014

[323] Metinde zaman içinde yapılan değişiklileri görmek için Bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo4/5/83/section/4 31.12.2014

[324] http://www.theguardian.com/uk-news/2014/jan/28/three-charged-vagrancy-act-food-skip-iceland 31.12.2014

16 farklı kanunda düzenlendiğini, ortak bir hükmün olmamasının getirdiği keyfi uygulamaların ayrımcılığa yol açtığını, yoksul halk kesimlerinde ve azınlıklarda yarattığı ciddi tepki ve ayaklanmalardan sonra 1978 yılında, alan araştırmalarına dayanan Kraliyet Komisyonu Raporu ile ortaya konulan tavsiyeler çerçevesinde Polis ve Adli Delil Kanunu'nun kanunlaştığını, bu kanunun zamanla mahkeme kararları ve *"Code of Practice"* adı verilen yönetmelikler dizisi ile netleştirildiğini, standardize edildiğini, durdurma ve arama yetkisi ile ilgili Yönetmeliğin 1999'dan beri yürürlükte olduğunu, ancak Kraliyet Komisyonu Raporu'ndaki tavsiyeye rağmen henüz durdurma ve arama yetkisinin tek başına bir kanunda toplanmadığını hâlihazırda farklı kanunlarda değişik özel durumlar için polise durdurma ve arama yetkisi verildiğini aktarmaktadır[325]. Eryılmaz'ın bahsettiği düzenlemelerin bir kısmı AİHM kararlarında da tartışılmıştır. Çalışmamızda bunlara yeri geldikçe değinilmektedir.

Diğer bir kaynak ise Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin (*"U.S. Supreme Court"*) 1968 tarihli *Terry v. Ohio* kararıdır[326]. ABD uygulamasında *Terry v. Ohio* kararı, temel kabul edilmekte, bu dava ile kabul edilen durdurma yetkisine Terry Durdurması denmektedir[327]. Türk mevzuatında durdurma düzenlenirken *Terry v. Ohio* kararı örnek alınmıştır. Bu durumu, gerek mevzuatta kullanılan terminoloji ve öngörülen durdurma hâllerinin tanımlanışından gerekse 5681 sayılı Kanun gerekçesinden anlamaktayız. Kanun'un genel gerekçesinde mukayeseli hukuktan[328] bahsedilerek adı verilmeden *Terry v. Ohio* kararına atıf yapılmaktadır[329]. Temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi düzenleyen bir yetkiyi, Anayasa m.13 ve diğer maddeleri ile usul, AİHM kararlarında de konu ile ilgili hukuki çerçeve onlarca karar ile çizilmişken, hukuk sistemine tamamen

---

[325] Eryılmaz, age, s.42 vd.
[326] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, 2010, s.758.
[327] United States District Court Southern District of New York, 08.12.2013, 08 Civ. 1034, s.19, 81, http://ccrjustice.org/files/Floyd-Liability-Opinion-8-12-13.pdf 31.12.2014
[328] *"Oysa, mukayeseli hukukun bir temel hakkın sınırlandırılması açısından hiçbir değeri yoktur"* Kerem Altıparmak, Ahmet Murat Aytaç, Onur Karahanoğulları, Türkan Hançer, Devrim Aydın, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama-Parmak İzi Alınması-Silah Kullanma, Hukuk ve Adalet Dergisi, Sayı.11, 2007, s.122.
[329] http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1437m.htm 31.12.2014.

yabancı bir başka hukuk sisteminden devşirmenin yanlışlığı, yaratacağı sorunlar bir yana; *Terry v. Ohio* kararı kendi iç bütünlüğüyle de örnek alınmamıştır. Kanun koyucu ve idare, getirdikleri düzenlemelerde, bütünlük gözetmeksizin, uygulamada polisin müdahale olanaklarını artıracağını düşündüğü kısımları itibari ile *Terry v. Ohio* kararını kullanmış, bağlamından kopuk olarak AİHM kararlarında kullanılan terminolojiyi kullanarak, polisin yetki kullanımının lehine, yetkinin muhatabının aleyhine kısımları tertip etmiştir. Ayrıca mukayeseli hukuktan bahseden kanun koyucu, *Terry v. Ohio* kararının yol açtığı toplumsal ve hukuki gelişmeyi de göz ardı etmiştir. Bu iddialarımızı temellendirmek üzere önce *Terry v. Ohio* kararına ve *Terry v. Ohio* kararından bu yana ABD'de ortaya çıkan güncel hukuki durumu anlamak üzere 08.12.2013 tarihli New York Güney Bölge Mahkemesi kararının önemli noktalarına değineceğiz. Bir sonraki bölümde ise bu kararla ortaya konan görüşler ile iç hukuktaki düzenlemeleri kıyaslamaya çalışacağız.

1968 tarihli *Terry v. Ohio* kararı, Terry ve üç arkadaşının hırsızlık konusunda müzekkere ve muhtemel sebep olmaksızın, makul şüphe ile[330] durdurularak üstlerinin aranması sonucunda elde edilen silahların delil olarak kabul edilip kabul edilemeyeceğine ilişkin bir davadır[331]. Ancak ilgili olduğu ölçüde durdurmanın hukuki mahiyeti ve anayasal durumu tartışılmıştır[332]. Olayda 30 yıllık tecrübeye sahip olan polis memuru Mc Fadden sokakta sürekli turlayarak dükkanlara bakan Terry ve Chilton'dan şüphelenir ve onları göz takibine alır, daha sonra üçüncü bir kişi ile buluştuklarında onların yanlarına yaklaşarak isimlerini sorar. Şüphelilerin ağızlarında bir şeyler gevelemeleri üzerine onları dükkana sokar, onların ellerini duvara dayar ve üstlerini dışarıdan ellerini gezdirerek arar. İki kişinin silahlı olduğundan şüphelendiği için daha detaylı bir arama yapar ve

---

[330] Muhtemel sebep ve makul şüphenin Anglo-Amerikan hukuku ile Türk hukuku (ve AİHM uygulaması) açısından tam tersi anlamlar barındırdığına daha önce değinmiştik. Olması gereken açısından, objektif gözlemcinin ikna olacağı nitelikte şüphe, Anglo-Amerikan hukukunda muhtemel sebep ile, Türk hukukunda ise makul şüphe ile ifade edilmiştir. Bkz. Bu çalışma s.71.

[331] *Terry v. Ohio*, s.12.

[332] *Terry v. Ohio*, s.16 ve Dn. 16.

iki silah bulur. Şüpheliler hakkında, 1953 tarihli kanun dışı silah bulundurmayı düzenleyen "*Ohio Rev. Code*"a muhalefetten 1 ile 3 yıl arası ceza almaları istemi ile dava açılır. Savunma, silahların hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmesini talep eder.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararında, öncelikle bu olayda polisin yakalama yapmak için muhtemel bir sebebinin ("*probable cause*") olmadığını kabul etmekle[333] birlikte, bu durumda aramanın tek haklı nedeninin polisi ve çevresindekileri silahlı saldırıya karşı korumak olduğunu belirlemiştir[334]. Bu davada tartışılan polis eylemi, herhangi bir suç fiili için yapılmış genel bir durdurma ve arama değildir[335]. Dolayısı ile dava ile uygun görülen polis eyleminin (daha doğrusu bu eylemle ele geçirilen silahın delil olarak değerlendirilebilmesinin) çerçevesini doğru bağlamda ele almak gerekir. Mahkeme bu bağlamda yakalama ile sınırlı silah aramasını ve her birinin uygulanması ile elde edilecek menfaati birbirinden ayırmıştır[336] Mesele, makul/ortalama ihtiyatlı bir kişinin kendisinin ve başkalarının tehlikede olduğu konusunda bir inanca sahip olmakta haklı olup olmadığıdır, yoksa polisin kişinin silahlı olduğu konusunda tam anlamı ile emin olması değildir. Ele alınan anlık bir olayda meydana gelen güvenlik sorunu olduğu için polisin kendi deneyimine önem verilmelidir[337]. Bu davada, polis memurunun kişilerin silahlı ve tehlikeli oldukları konusunda makul dayanakları olduğu için ele geçen silah geçerli delil sayılmış; silahın ele geçirilmesi için yapılan durdurma ve aramanın muhtemel sebebe dayanmaması delilin geçerliliğini etkilememiştir.

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararında, durdurma ve sıvazlama (yoklama, kontrol) denen polis eylemlerinin yakalama ve arama olmadığını savunan görüşe güçlü ifadelerle karşı çıkmıştır. "*Bir polis memuru bir kişiye yanaşıp onun yürüme özgürlüğünü kısıtladığı ("restrains") zaman, bu kişiyi ele geçirmiş/kişi üzerinde fiili hâkimiyet kurmuş ("seized") olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca silah bulmak amacıyla*

---

[333] *Terry v. Ohio*, s.15.
[334] *Terry v. Ohio*, s.29.
[335] *Terry v. Ohio*, s.30.
[336] *Terry v. Ohio*, s.26.
[337] *Terry v. Ohio*, s.27.

bir kişinin kıyafetinin dış yüzeylerini dikkatle incelemenin 'arama' ("search") olmadığını varsaymak gerçekten de İngilizce diline işkence etmekten daha az bir şey olmayacaktır. Dahası halk içinde bir kişiyi çaresiz bir hale sokup ellerini duvara yaslamasının 'küçük bir onur kırıcı eylem' olduğunu ileri sürmek gerçekten de fantastik bir durum olacaktır[338]." Mahkeme devamla, eylemin büyük bir onur kırıcı etkisinin olabileceği ve kişiyi isyana sevk edebileceğine dikkat çekmektedir. Bu davada durdurma ile yakalama; sıvazlama ile arama arasına fark koyan ilk derece mahkemesi ile Temyiz Mahkemesi'dir[339]. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi bu görüşü reddetmiş, bu mantığın polis ve vatandaş arasındaki ilk teması anayasal denetim dışına çıkaracağını ve polisin eylemine ait sınırları silip, anayasal düzenleme anlamında polisin eylemini karartacağını belirtmiştir[340].

Terry v. Ohio kararı, oy birliği ile alınmamıştır. hâkim Douglas karara muhalif kalmıştır. O da muhalefet şerhinde[341], Mahkeme gibi Terry'nin ABD Anayasası 4. Tadilat'ı kapsamında özgürlüğünden mahrum edildiği ve üzerinin arandığı görüşündedir. Hâkim Douglas, bu olayda, objektif gözlemcinin bakış açısını yansıtan muhtemel sebep (*"probable cause"*) eksikliğine ve sonuçlarına yoğunlaşmıştır. Muhtemel sebep suçüstü (suçun işlenmekte ya da işlenmiş olduğu) hâllerinde anlam kazanmaktadır (Karar: Dn.2/1). Muhalefet şerhinde şu hususlar vurgulanmıştır: İsnat edilen suç gizlice silah bulundurmaktır. Polisin bu suçun işlendiğine dair elinde muhtemel bir sebebe dayalı şüphe yoktur. Muhtemel sebep eksikliğinde polisin harekete geçmesi bir yana, sulh hâkimi dahi bu hâlde yakalama müzekkeresi çıkaramaz. Mahkemenin kararı ile polise sulh hâkiminin sahip olmadığı bir yetki verilmektedir. Olayda bir müzekkeresiz yakalama hâli olduğundan, polis kişiyi yakalarken hâkimin elinde olsaydı yakalama emri verebileceği olgulara sahip olmalıdır[342]. Hâkime muhtemel sebeplerin sunulmaması, yargı denetiminin yerini, polis denetiminin almasına yol açar. Kişinin masumiyet hakkını zedeler, kişiyi kendi aleyhinde delil vermeye ve

---

[338] *Terry v. Ohio*, s.16.
[339] *Terry v. Ohio*, s.10 ve Dn.3.
[340] *Terry v. Ohio*, s.17.
[341] *Terry v. Ohio*, s.35 vd.
[342] Bkz. CMK.m.90/2.

kendi aleyhine tanıklık yapmaya zorlar ki bu hâller 4. ve 5. tadilat ile yasaklanmıştır (Karar: Dn.2/4). "*Polise hâkimden daha büyük bir güç vermek, totaliter yolda büyük bir adımdır. Hukuksuzlukla bu yolla mücadele edilecekse, bunu halk anayasa değişikliği yolu ile bilinçli bir şekilde tercih etmelidir... Artık birey egemen değilse, dilediğinde onun tipine göre alıkoyup, arayabilecekse yeni bir rejime girilmiş demektir, bu ancak bu ülkenin vatandaşlarının etraflıca tartışması ile olabilir*[343]."

Hâkim Douglas'ın görüşünü tarih ve hukuk uygulamaları doğrulamıştır. New York polis uygulamalarına polisin günümüzde edindiği fonksiyon bağlamında değinmiştik. Kısaca hatırlayacak olursak polisin hayatın her alanında hâkim olarak ceza usul kurallarına bağlı kalmaksızın düzeni sağlama işine yoğunlaşmasını savunan, Wilson/Kelling'in Kırık Camlar makalesi ile meşhur olan sıfır tolerans polisliği New York'ta uygulanmış, suç oranları düşmüş ancak özellikle azınlıklar, siyahlar ayrımcı uygulamalara, kötü muamele ve cinayetlere maruz kalmıştı. New York Güney Bölge Mahkemesi, 08.12.2013 tarihli kararı[344] ile New York'ta NYPD'nin (New York Şehri Polis Departmanı) uyguladığı durdurma ve aramalar üzerinde detaylı bir inceleme yaparak bu uygulamaları ayrımcı bulmuş ve mahkûm etmiştir. Kararda ele alınan istatistikî bilgiler çarpıcıdır. Ocak 2004'ten Haziran 2012'ye kadar NYPD 4.4 milyon kişiye *Terry* durdurması uygulamıştır, bu durdurmaların %52'sini koruyucu silah araması takip etmiş ancak %1.5'inde silah bulunmuştur; durdurmaların %6'sı yakalama ile, %6'sı celp ile sonuçlanmıştır, %88'i ise hiçbir hukuki sonuca bağlanmamıştır; durdurulan kişilerden %52'si siyah, %31'i Hispanik, %10'u beyazdır, ancak New York'ta yerleşik insanların %23'ü siyah, %29'u Hispanik, %33'ü beyazdır. Durdurulan siyahların %23'üne, Hispaniklerin %24'üne, beyazların ise %17'sine güç uygulanmıştır. Daha az durdurulmalarına rağmen beyazlardan silah çıkma oranı %1.4 iken, siyalarda %1 , Hispaniklerde %1.1'dir[345].

---

[343] *Terry v. Ohio*, s.38 vd.
[344] Bkz. Bu çalışma Dn.327.
[345] Southern District of New York (SDNY), 08.12.2013, 08 Civ. 1034, s.31.

New York Güney Bölge Mahkemesi, polis tarafından genç siyah ve Hispaniklerin hedef alındığını, bunun ırksal profillemenin dolaysız bir biçimi olduğu sonucuna varmıştır (Karar: s.82), bu profillemeyi, NYPD'nin veri tabanı da desteklemektedir (Karar: s.184). Polisin eğitim materyallerinde, şüphe nedenleri olarak "*tuhaf, şüpheli veya kaçamak davranışlar*" gösterilmekte olduğu, buna göre girişilecek polis eylemlerinin öz seziye dayanacağı, makul şüpheden yoksun olacağı ve dolayısı ile *Terry* durdurması kriterlerini ihlâl edeceği tespit edilmiştir (Karar: s.100). Gergin davranışlar, yönünü değiştirmek, mutat bir yerde gidip gelmek, sağını solunu kollamak (Karar: s.101) durdurma ve aramaya yol açacak şüphe nedeni sayılmaktadır.

New York Güney Bölge Mahkemesi, anayasal hak ihlâlinin tespit ettikten sonra[346], anayasa dışı durdurma ve sıvazlama sonucuna yol açan uygulamalarının kanun hükmü teşkil edecek kadar yaygın olduğuna (Karar: s.178) ve "*doğru kişiler*" adı altında genç siyah ve Hispaniklerin hedef olarak seçilmesinin ırkçı bir profilleme olduğuna karar vermiştir (Karar: s.187 vd.).

Özetlemeye çalıştığımız mahkeme kararı, yeni dönem polislik anlayışının ve onun yeniden ürettiği durdurma ve arama uygulamalarının olası sonuçlarını göstermesi açısından önemlidir. Ülkemiz hukuk uygulaması açısından işaretler barındırmaktadır. TDP uygulamaları ve durdurma yetkisinin ihdası yolları ile Türkiye'de örnek alınmaya çalışılan yaklaşımın sonuçları bizzat bu karara yansımıştır. Kırık Camlar makalesine temel oluşturan, Zimbardo'nun gerçekleştirdiği deneyde terk edilen aracın "*özel mülkün umursandığı Palo Alto*"dan daha çabuk parçalandığı Bronx'ta polisin durdurma ve arama yolu ile yarattığı zaman içinde oluşan çarpıcı hak ihlâlleri hükme bağlanmıştır (s.149 vd., s.161vd.)

2. İç Hukukta Durdurma Yetkisinin Düzenlenişi

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun Durdurma ve Kimlik Sorma başlıklı 4/A maddesi, 02.06.2007 kabul tarihli 5681 sayılı

---

[346] Kararda istatistikî verilerin yanında, 19 ayrı bireysel durdurma vakası incelenmiştir (s.12).

Kanun 1. maddesi ile PVSK'ya eklenmiştir. 5681 sayılı kanun, Durdurma ve Kimlik Sorma başlıklı yetkiler yanında, PVSK'da parmak izi ve fotoğraf kaydı, önleme araması, polisin zor ve silah kullanma yetkisi, polisin adli görev ve yetkileri konusunda bir dizi değişikliği getirmiştir. Durdurma, böylelikle ilk defa bir kanunda ayrı bir yetki olarak düzenlenmiştir. Daha önce durdurmanın yakalama veya arama işleminin yapılabilmesi için bir araç yetki olduğu kabul edilirdi[347]. Esasen durdurma kavramı Türk hukukuna, PVSK düzenlemesinden daha önce 2003 yılında bir yönetmelik hükmü olarak girmiştir[348]. Bu Yönetmelik 2005 yılında yerini yenisine bırakmış ve yeni Arama Yönetmeliği'nde de durdurma düzenlenmiştir. 2005 tarihli Yönetmelik, ilk üç maddesinin, adli ve idari "aramaları" düzenlediğini belirtmesine, dayanakları arasında CMK ve PVSK olduğunu yazmasına rağmen, o tarihte dayanak kanunlarında olmayan "durdurma" yetkisini de düzenlemiştir. 27. maddenin kanuni dayanağının yaklaşık iki sene sonra PVSK.m.4/A ile kanuna yazılmış olması, sakat doğmuş bir idari işlemi işaret etmektedir[349]. Önceki başlıklarda Danıştay'ın kanunun yetki vermediği konularda yönetmeliklerde düzenleme yapılmasının idarenin fonksiyon gaspı anlamına geldiğini yönündeki içtihadına değinmiştik[350]. Yine aşağıda ele aldığımız, Danıştay'ın münhasıran Arama Yönetmeliği konusunda verdiği başka bir kararında, salt arama işlemi ile değil, kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendiren diğer adli işlemlerle de yakından ilgili iki önemli yaklaşım mevcuttur. Danıştay kararında, özel hayatın gizliliğini düzenleyen Anayasa'nın 20. ve konut dokunulmazlığını düzenleyen Anayasa'nın 21. maddesinde yer alan şüpheli ve sanıkla ilgili aramanın temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olması nedeni ile yasada detaylı

---

[347] Aynur Tuncel, Naim Karakaya, 5681 Sayılı PVSK Değişikliğinin Anayasa ve Ceza Muhakemesi İlkeleri Temelinde Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, 11. Sayı, 2007, s.147.

[348] Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği.m.21, 24.05.2003 tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazete. Bu Yönetmelik, 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ile ilga edilmiştir. Yeni Yönetmeliğin 27. Maddesi hemen hemen aynı hükümlerle durdurmayı düzenlemiştir.

[349] Karahanoğulları, "*Daha sonra çıkarılacak bir yasaya dayanıldığı ileri sürülerek yetki kullanılamaz*" demektedir. Zira yasa icazet değil izin veren normdur. Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Karalarında Dayalı Bir İnceleme), s.71.

[350] Bkz. Bu çalışma Dn.127.

düzenlemeye tabi tutulduğunu; kanun koyucunun konunun yönetmelikle düzenlenmesini amaçlamadığı sonucuna varmıştır. Bu yorum tarzı, yakalama işlemi için de geçerlidir. Asıl olan adli işlemin CMK'da düzenlenmiş biçimidir. Yakalamanın bu konuda, aramadan bir farkı vardır. Aramanın idari biçimi, yani önleme araması biçimi hukuken mümkünken, geçtiğimiz başlıklarda ele aldığımız üzere somut suç şüphesi ortada yokken, suç önlenmesi gerekçesi ile yakalama yapmak mümkün değildir. Dolayısı ile Danıştay'ın yorum tarzını benimsersek, suça ilişkin yakalamanın mutlak biçimde yönetmelikle düzenlenmemesi gerekir. Danıştay'ın getirdiği ikinci önemli yorum, Başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzel kişiliklerinin Anayasa m.124'ten kaynaklanan yönetmelik çıkartma yetkilerinin görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olduğu, mahkemeler tarafından uygulanacak yargılama usulüne ilişkin kanunların idarenin görev alanına girmediği hususudur. Adalet Bakanlığı yetkisiz görülmüştür[351]. Yargılama usulüne idarenin genel düzenleyici işlemler yolu ile müdahalesi açısından bu yaklaşımı oldukça önemli görüyoruz. Son yıllarda, mahkeme yönetim sistemi, sesli görüntülü ifade alma, bilirkişilik ve daha birçok alanda temel konuların kanunda yer almamasına ya da yer alsa da idarenin yetkisi olmamasına rağmen yönetmeliklerle ve hatta proje adı altında hukukta yeri belli olmayan işlemlerle idare tarafından düzenlendiği görülmektedir. Yasamanın ve yargının alanına bu denli müdahalenin, çok yönlü yapısal sebep ve sonuçları vardır. Çalışmamızın kapsamı çerçevesinde bu durumu not ederek geçmek durumundayız.

PVSK.m.4/A metninden anlaşıldığı üzere, polise "*Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla*" durdurma adı altında bir yetki verilmiştir.

---

[351] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14.09.2012 tarih, 2007/2257E., 2012/1117K. sayılı kararı, http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/20121117.pdf 31.12.2014

Görüldüğü üzere, PVSK'da tanımlanan amaçlar, *Terry v. Ohio* kararının aksine, polisin ve çevresindekilerin şüphelinin sahip olduğundan şüphelenilen silah dolayısı ile maruz kaldıkları tehlike hâlinde durdurma ve arama yetkisini aşmakta, genel adli ve idari amaçlara yönelmektedirler. Halbuki, suçun önlenmesi ve bastırılmasının ilk aşamasını teşkil eden yakalama ve arama CMK'da, önleme araması ise PVSK'da zaten düzenlenmiştir. PVSK.m.4/A kendi gerekçesindeki referans noktası ile çelişki hâlindedir. Gerçekten de PVSK.m.4/A/6[352] ile kişilerin silah taşıdığı şüphesi ile üzerlerinin aranmasına olanak veren "gerekli tedbirleri alma" ifadesi ile açıkça arama ifadesini kullanmamakla birlikte, polise arama yetkisi tanımaktadır[353]. Bu hükmü Arama Yönetmeliği hükmü ile birlikte ele aldığımızda tedbir ve kontrol kavramları ile kastedilen şeyin aslında adli ve önleme araması olduğu görülür. Arama Yönetmeliği m. 27, "*Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir... Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.*" hükmü ile "*Terry durdurması*"nı tanımlar gözükmekte ancak ondan ayrılarak silah bahanesi ile her türlü suç eşyası için ve ileride de değineceğimiz üzere, giderek vücut boşluklarında arama yapmayı kanuni güvencelerinden sıyırarak düzenlemektedir. Kaldı ki PVSK.m.4/A'da değişiklik getiren 1/995 sayılı Kanun Tasarısı ile polis "tedbir" alırken kişinin elbisesini çıkartabilecek, aracın görünmeyen yerlerini de arayabilecektir.

Yetkinin kanunda düzenleniş tarzı, onun doğasından kaynaklanan, yakalamanın ve diğer bir kısım usul işleminin aracı olarak bir ön fiil, fiziken

---

[352] "Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez."

[353] Ozan Ergül, Muammer Ketizmen, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine, Güncel Hukuk Dergisi, Sayı 8-44, 2007, s.16.

zorunlu bir hâl olma durumuna ilişkin izler taşımaktadır. PVSK.m.4/A/4: *"Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz."* hükmü durdurmanın esasen bağımsız bir usul işlemi olmadığını, bir kısım usul işlemi için gerçekleştirilen bir eylem olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin, kişinin aranması için yetkili merci tarafından verilmiş bir emrin uygulanmasının mümkün olabilmesi, kişi eğer fiziken hareket hâlinde ise durdurulmasına bağlıdır[354]. Aramayı yapacak yetkilinin eylemi üzerinden bir usul kurumu yaratmaya çalışmak ileride değineceğimiz hukuki sorunların yanında, doğrudan bu yetkiyi düzenleyen kanun maddesinin de çelişkili bir hâl almasına yol açmıştır.

Durdurmanın mevcut hâli ile hem idari hem de adli amaçları bir arada düzenlediğini belirtmek gerekir. Yukarıda, durdurma işleminin hangi amaçlarla yapılabileceğini sıralarken önleme amacı öne çıkan a[355] ve ç[356] bentleri idari alanda kalan düzenlemelerdir. İki bent genel olarak suçların, kabahatlerin ve diğer zarar tehlikelerinin ortaya çıkmasını önlemek için polise durdurma yetkisi vermiştir. Suç işlendikten sonra yakalamayı ve kimlik tespitini amaçlayan b bendi ise adli alanda kalan bir düzenlemedir. Son olarak c bendi, Tuncel/Karakaya'ya göre, yakalama ve zorla getirme emirlerinin infazı için kişilerin durdurulabileceğini düzenlemesi itibari ile hem idari hem de adli alanda kalan bir hükümdür[357]. Görüldüğü üzere PVSK.m.4/A, kanunun genel karakterini yansıtmakta, hem adli hem de idari alanı ilgilendirmektedir[358]. Dolayısı ile hem idare hukukunun, hem de ceza hukukunun temel ilkeleri, başvuru yolları, kanun maddesinin uygulanması ile gündeme gelecektir. Bir diğer önemli husus, madde metninde durdurma işleminin keyfi ve süreklilik arz edecek biçimde yapılamayacağı belirtilirken keyfiliğin ve süreklilik arz eden uygulamanın hangi hukuki güvencelerle

---

[354] Centel/Zafer, age, 2014, s.311. Centel/Zafer, bağımsız bir durdurma yetkisinin olmadığı, durdurmaya bilgi toplamak, yakalama veya arama yapmak için başvurulabileceği; adli ve önleme amaçlı olarak gerçekleştirilebileceği görüşündedir. Centel/Zafer, age, 2014, s.312.

[355] *"Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek".*

[356] *"Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek"*

[357] Tuncel, Karakaya, age, s.147.

[358] Centel/Zafer, age, 2014, s.312.

önleneceğine dair hüküm bulunmaması; bunun gibi durdurmanın süresinin, durdurmaya esas teşkil eden işlem için gerekli süreyi aşamayacağı belirtilirken azami bir sürenin konulmamış olmasıdır. Özetle, usuli güvencelerden bahsedilmekte ancak bu güvenceler aslında düzenlenmemektedir. Arama Yönetmeliği.m.27'de izlenen yöntem, PVSK.m.4/A'da olduğu gibi adli ve idari amaçları bir arada düzenlemek yönündedir.

Arama Yönetmeliği'nin 27. maddesi, Yönetmeliğin adli ve önleme aramalarının düzenlendiği 2. ve 3. bölümlerden sonra hemen Aramaların Yapılma Şekli başlıklı 4. bölümünün başında düzenlenmiştir. Madde, Durdurma ve Kontrol İşlemleri başlığını taşımakla beraber, hükme durdurmanın ne olduğunu anlatılarak değil, ne olmadığını anlatılarak başlanmaktadır. Buna göre geçici durdurma yakalama değildir, yakalama için polisin kişinin üzerinde fiili denetim sağlaması gerekir[359]. Yukarıda değindiğimiz üzere bu yaklaşım, *Terry v. Ohio* davası Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi önüne gelmeden önce, alt derece mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi'nde ileri sürülmüş ancak Yüksek Mahkemece reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme, polisin kişinin yürüme özgürlüğünü kısıtlamasını ("*restrains*") kişi üzerinde fiili hâkimiyet[360] kurmak olarak değerlendirmektedir. Daha önce değindiğimiz üzere, AİHM de hak kısıtlaması ile haktan mahrumiyet arasına niteliksel bir farktan ziyade niceliksel bir fark koymakta; müdahalenin yoğunluğuna bakmaktadır. Sokak üzerinde polisin durdurduğu ve tehlikeli varsaydığı kişiye karşı giriştiği,

---

[359] " Bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmaz; yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir. Denetim için araçların durdurulması da mümkündür." Yakalama Yönetmeliği.m.27/1.

[360] Yüksek Mahkeme kişi üzerinde fiili Hâkimiyet kurulmasını ifade ederken "*seize*" kelimesinin kullanmıştır. Kelimenin sözlük anlamında ona fiili Hâkimiyet anlamını veren açıklamalarda (Örneğin: "*take forcible possession of*"/güç kullanarak/zorla ele geçirmek), (Seanes/Stevenson, age, s.1600) geçen "*possession*" kelimesine çalışmanın ilk bölümünde değinmiştik. Gerek kişi özgürlüğüne yönelik kavramların kökeni itibari ile gerekse bu tarihsel bağlamın da bir sonucu olarak gerçek hayatta özgürlüğe müdahale eden hemen hemen her türlü eylem kişi üzerinde fiili Hâkimiyet sonucu doğurmaktadır. Yine ilk bölümde ele aldığımız üzere, tutuklamanın mülga CMUK'taki karşılığı olan tevkif kavramının kökeninde yatan durdurma anlamını unutmamak gerekir. Bu açıdan durdurmaya hak mahrumiyeti demek mevcut hukuki düzenleme açısından olduğu kadar hukuki kavramların gelişim seyri ve bunların gerçek hayatla kurdukları ilişki açısından da yerinde olacaktır.

kişiyi mecbur bırakacak biçimde ters çevirerek ellerini bir yere dayayıp arama eylemi Yüksek Mahkeme tarafından ağır bir müdahale olarak değerlendirilmiştir. Kanaatimizce bu hâl AİHM kriterleri açısından da özgürlüğün kısıtlanması değil ortadan kaldırılması olarak değerlendirilmelidir zira önemli olan müdahalenin kişide yarattığı zorlama hissidir[361]. Türkiye'de durdurma ve sıvazlama/yoklama/kontrol denen yetkinin nasıl uygulandığını görmek açısından uygulamadan esinlenerek çizilen ve polisin eğitim materyali olarak kullanılan EK 6'daki temsili resme bakılabilir. Bu resimde polis *"yoklama sureti ile kontrol"* yapacağı kişinin kollarını havaya kaldırıp bacaklarını açarak, arkasına döndürmüştür[362]. Tarif Yüksek Mahkeme'nin değerlendirmesine esas teşkil eden tarife uymaktadır. Buna karşın Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, durdurmanın yakalama ve arama olmadığı, yakalama için fiili denetimin oluşması gerektiği; kişinin seyahat özgürlüğü ile ilgili olduğu, bu nedenle Anayasa'da seyahat özgürlüğünün düzenlendiği 23. maddedeki suçun soruşturulması/kovuşturulması ile suçun önlenmesinin amacıyla kanunla düzenleme kriterinin yerine getirilmesinden dolayı durdurma yetkisinin Anayasa'ya uygun olduğu kanaatindedir[363]. Bizce bu yaklaşım doğru değildir, zira temel hak ve özgürlüklere müdahalenin hukuki tasnifi, onun gerçek hayatta yarattığı etkiye göre yapılmalıdır. Polis eylemi, hukuk hayatından ziyade gerçek hayatta değişiklik yapar[364], bu değişiklik de kişinin zorlanmasına ve üzerinde fiili hâkimiyet kurulmasına yol açacak derecededir. Seyahat özgürlüğüne yapılan müdahalenin özgürlükten mahrumiyet değil özgürlük kısıtlaması teşkil etmesi fikri, kaynağını AİHM kararlarından almaktadır; AİHM kriterleri açısından durdurma ve önleme yakalamasını aşağıda ilgili başlıkta tekrar inceleyeceğiz.

---

[361] Brega ve Diğerleri v. Hollanda, Parag.19, 43, Başvuru No: 61485/08, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[362] Mustafa Gedikli, Durdurma Kontrol Arama ve Yakalama Uygulamaları, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.78. Kitabın öz sözünde, kitabın polislere verilen derslerin ve polis uygulamalarının temel alınarak hazırlandığı belirtilmektedir.

[363] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, 2010, s.757.

[364] *"İdari işlemle hukuksal yaşamda değişiklik yapılırken, idari eylemle maddi (dışsal) yaşamda değişiklik olur."* İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, 3. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2008, s.1011.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'nun yaklaşımı, durdurmanın çeşitli biçimlerine[365] göre yapılacak ayrımlarla ya da durdurup soru sormanın kısa ve basit bir işlem olduğu gerekçeleriyle de doğrulanamaz. Çalışmamızda sıkça belirttiğimiz üzere durdurma, adli ve idari alana yönelen amaçları bir arada, bir diğerine doğrudan geçiş yapacak biçimde düzenlenmiştir. Bu hâli ile muğlâk bir yetki bütününü ihtiva etmekte ve koruma tedbirlerinin güvencelerini etkisizleştirmektedir. Gerçekte durdurma ve soru sormanın, durdurma ve kimlik sormanın, durdurma ve aramanın bir diğerinden ayrıldığı söylenemez. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, "*Vatandaşın yolda durdurularak ona sorular sorulması, yakalama değildir. Teknik anlamda arama ve el koyma da değildir. Bu nedenle yakalama, arama ve el koyma için kanunlarda öngörülen koşullar burada aranmaz. Bu nedenle durdurma ve kimlik sorma, üst araması yapmak için ayrı bir tanım aranması gerekmiştir*[366]." demektedir. Görüldüğü üzere, durdurmanın yakalama olmadığı, yolda durdurup soru sorma ile izah edilmeye başlanmış; buradan yola çıkılarak durdurmanın ardından gelen arama ve el koymanın CMK'dan kaynaklanan güvenceleri bir kenara bırakılmış, bunun mümkün olabilmesi için de ayrı kavramlaştırmalara gidilmesi gerekli görülmüştür.

Doktrinde durdurmanın hukuki mahiyetini detaylı bir şekilde tartışan bir diğer kaynak ise Centel/Zafer'dir. Centel/Zafer, durdurmanın kendi başına bir işlem olmadığı görüşünden[367] yola çıkarak, araç olduğu asıl yetki açısından Anayasa'ya uygunluğun denetlenmesi gerektiği, dolayısı ile durdurmanın gerçekleştirilme amacına göre, kişilik hakkını (m.12), kişinin manevi varlığını (m.17), özel hayatını (m.20), konut dokunulmazlığını (m.21), kişi özgürlüğü ve güvenliğini (m.19) ilgilendirebileceği görüşündedir[368]. Ancak bu açıklamalarda hak kısıtlaması ile haktan mahrumiyet arasına bir fark konulmamış, bunların tümü için hak kısıtlaması kavramı kullanılmıştır. Centel/Zafer, polisin fiziksel güç kullanmasını,

---

[365] "*Suç ve kabahatin işlenmesini önleme (4A/1), yakalama amaçlı durdurma, tehlikeyi önleme amaçlı durdurma (4A/1-c),* Hâkim *kararının yerine getirilmesi amaçlı durdurma (4A/2)*", Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, 2010, s.760, 761.
[366] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age, 2010, s.758.
[367] Ergül/Ketizmen, age, s.15.
[368] Centel/Zafer, age, 2014, s.312.

otoritesini karşısındakine göstermesini veya kişinin buna inanması hâllerini *"tutma", "özgürlük kısıtlaması"* saymaktadır; polisin suç ve kabahat şüphesi ile kişiyi tutmasının yakalama olduğu; bu andan itibaren polisin kişiye soru soramayacağı kanaatindedir ve polisin Cumhuriyet savcısına haber vermesini zorunlu görmektedir[369]. Ancak, PVSK.m.4/A ve Yönetmelik.m.27, açıkça bunun aksini yazmaktadır. Kolluğun kimseden izin almadan soru sorması, cevap alana kadar kişinin ayrılmasına müsaade etmemesi iki normda da yazılıdır[370] (PVSK.m.4/A/3-5, Yönetmelik.m.27/4) ve uygulama da bu yöndedir. Dolayısı ile durdurma yetkisini hukuka uygun bulup, alt işlemlerinin başka kurumların güvencelerine tabi olduğunu söylemek, mevzuata göre mümkün değildir.

Durdurman adı verilen yetki kullanımının hukuka uygun olabileceği durumları tasnif etme çabalarının, mevzuatın mevcut durumunu ve yargının konuya yaklaşımı karşısında netice almasının imkânsızlığını gösteren başka örnek verecek olursak: Centel/Zafer, sıvazlama adı verilen ve aslında arama teşkil eden[371] eylemin arama izni olmaksızın ancak polisin kendisine ve başkalarına yönelik tehlikeyi bertaraf etme durumu ile sınırlı olmak üzere kullanabileceğini, bunun meşru savunma kapsamında kalacağını savunmaktadır[372]. Mevzuata gelince, Arama Yönetmeliği'nin 27. maddesinin 2. fıkrası durdurma yetkisini *"Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa"* kullanabileceğini düzenlemektedir. Arama Yönetmeliği m.27, durdurmanın ardından gelebilecek işlemleri 5. fıkrasında sıralamıştır. Buna göre *"yoklama biçiminde bir kontrol yapılır.*

---

[369] Centel/Zafer, age, 2014, s.312, 313.

[370] Bu açıdan Yenisey/Nuhoğlu'nun polisin sorduğu soru üzerine, makul bir vatandaş kendisini halen "serbest" hissedebilecek fakat oradan ayrılmaması gerektiğine inanabilecek idi ise bu tedbir durdurma ve kimlik sorma olduğu sonucuna varan Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin US v. Mendenhall kararına (1980) atıf yapmaları mevzuat hükümleri karşısında yerinde değildir. Yenisey/Nuhoğlu, age, s.758. *"Bu hükümde (PVSK.m.4/A/5 not bize ait) durdurulan kişinin ayrılmasının kişinin kendi isteğine bağlı olmadığı açıkça ifade edilmektedir. Bu durum dahi, tek başına anılan hükümdeki 'durdurma'nın kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak anlamına geldiğini açıkça ortaya koymaktadır."* Ergül/Ketizmen, age, s.14.

[371] Centel/Zafer, age, 2014, s.316.

[372] Centel Zafer, age, 2014, s.317.

Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir." Kontrol[373] adı ile silah bulunma tehlikesine karşı yapılacak işlemi, adli anlamda *"suç eşyası araması"* takip eder. İdari bir tedbiri tanımlayarak başlayan cümle adli alanda noktalanmaktadır. Devamla madde suça ilişkin delil ve iz vb. bulunması hâlinde kolluğun kişiyi yakalamasını düzenlemektedir. Centel/Zafer, mevzuatta tespit ettikleri bir hukuka aykırılığı, durdurma yetkisinin çerçevesini çizerek gidermeye çalışmaktadır ancak bize göre gerek mevzuatın yapısı gerekse yargının bakışı bu girişimi olanaksız kılmaktadır. Centel/Zafer, sıvazlamanın ancak silahın yarattığı tehlike ile mümkün olduğu konusunda Danıştay kararına[374] atıf[375] yapmaktaysa da kararda tam olarak bu yönde bir gerekçe yoktur. Danıştay, 27. maddenin durdurma ve kontrol fiillerini somut esaslara bağladığı; yine 27. maddenin durdurma ve kontrol fiillerinin kişinin özel alanına müdahale niteliği taşımayacak ölçüde, keyfilikten uzak icra edilmesini sağlayan kurallar öngördüğü gerekçesi ile hukuka uygun bulmuştur. Danıştay, bu somut esasların ve kuralların ne olduğunu ise belirtmemiş, madde metnini alıntılamakla yetinmiştir. Hâlbuki madde süre, yetki, izin yolları vb. hiçbir somut hüküm ihtiva etmemektedir. Ayrıca Danıştay *"makul şüphenin her olayda mutlaka belli olgulara dayanmasının aranması önleyici kolluk görevinin yapılmasını güçleştirebileceğinden, bazı hallerde kolluk görevlisinin kriminalistik deneyimi ile öngörebileceği bir şüphenin varlığının yeterli sayılması, suçun önlenmesi açısından"* zorunlu görmektedir. Hatırlanacağı üzere kaynak *Terry v. Ohio* kararında polisin tecrübesine dayalı şüphe ancak silah tehdidi konusunda gündeme gelebileceği ve silah korkusunun da makul ihtiyatta birinin korkusu olması gerekliliğine karar verilmişti. Yani yargının yaklaşımı, mevzuat ile

---

[373] Sıvazlama (*"frisk"*) olarak da anılmaktadır. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s.907.

[374] Danıştay 10. Dairesi'nin 13.03.2007 tarih, 2005/6392E. ve 2007/948K. sayılı kararı, http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf 31.12.2014

[375] Centel/Zafer, age, s.317, Dn.359.

paraleldir. Durdurma ve devamında arama genel olarak suçun önlenmesi veya bastırılması amaçlı olarak ele alınmaktadır. Diğer yandan, polisin mesleki tecrübesine dayanan şüphesinin objektif bir ölçü olmadığı için somutta denetlenemeyeceği umursanmamıştır. Bu durum karşısında kanaatimizce doktrinin yaklaşımı, durdurma adı altında girişilen eylemleri haksız fiil olarak görmek olmalıdır.

Görüldüğü üzere ve çalışmamızın başlarında işaret ettiğimiz gibi, mevzuata giren yeni polis yetkileri klasik ceza usul kuralları ile çelişki ve çatışma hâlindedir. Kanaatimizce bu yetkiler yapıları ve amaçları gereği, ceza usul kuralları ile bağdaşamaz, ancak tümden reddedilebilirler. Aksi hâlde, tarihsel örneklerde gördüğümüz üzere, polis yetkilerini düzenleyen mevzuata giren istisnai görünümlü yetkiler zamanla esas hâlini almaktadırlar, zira durdurma ve önleme yakalaması gibi yetkilerin esas amacı düzeni sağlamaktır ve bu yetkiler için adli alan idari alan ayrımı gerçekte yoktur. Bu çerçevede durdurma, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunmasının tabiri caiz ise yumuşak karnını teşkil etmektedir. CMK'nın diğer normatif düzenlemelere göre daha yüksek düzeyde hassasiyet göstererek fiziki özgürlüklerinin kısıtlanmasını detayları ile koruyucu bir usule bağladığı suç şüphesi altındaki kişinin durumu, bir anda PVSK.m.4/A ve Arama Yönetmeliği.m.27 hükümleri ile kişinin fiziki özgürlüğünün kısıtlanması hâlleri arasında en güvencesiz duruma düşme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Durdurmada, yakalamanın fiili sonuçlarına yol açabilecek hatta birçok başka koruma tedbirinin fiilen polis tarafından uygulanmasını sağlayabilecek imkânlar, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının CMK ile korunması rejimini alt üst etmeye adaydır. Bu durum AİHS.m.5'in temel amacı olan hakka müdahalede keyfiliğin önlenmesi (doğrudan "güvenlik" kavramı ile de ifade edildiğine yukarıda değinmiştik) ile çelişik durumdadır. Hatırlanacağı üzere çalışmamızın başlarında kişi özgürlüğünün nispî, kişi güvenliğinin ise mutlak bir hak olduğunu belirtmiştik. Durdurma yetkisi, işte bu mutlak hakka müdahale etmektedir.

3. Durdurmanın Anayasa Karşısındaki Durumu

Anayasa m.19'da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahalenin meşru nedenleri sıralandıktan sonra *"... bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz."* ifadesi kullanılmıştır. Görüldüğü gibi Anayasa, bir kişinin sayılan nedenlerle, ancak "tutuklanmak" ve "yakalanmak" sureti ile özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği emredici hükmünü getirmektedir. Bu itibarla, tutuklama ve yakalama hâlleri dışında, hangi ad altında yapılırsa yapılsın, kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılması Anayasa'ya aykırı olacaktır. Hukuk devletinde, kişilerin hareketleri fiziken sınırlanabilecekse de bu sınırlama bir rejime tabidir. Söz konusu rejimin sınırlamaları, koşulları ve güvenceleri vardır. Diğer yetki kullanımları gibi keyfiliğe terk edilecek bir durum değildir. Durdurma, Anayasa.m.19'da kişi özgürlüğünün sınırlanmasının bir yolu olarak tanımlanmamıştır. Dolayısı ile durdurma adı altında yapılacak bir özgürlük sınırlaması anayasal hukuk sistemine aykırı olacaktır. Kamusal yetki kullanımının ancak Anayasa'da yetki verilmesi ile kullanılabileceği, temel haklara müdahaleyi düzenleyen Anayasa m. 13'ün yanında Anayasa m.6 hükmünde de yerini almıştır[376].

Durdurma, bir özgürlükten mahrum bırakma hâli teşkil ettiğine ve anayasal rejime aykırı surette düzenlendiğine göre, onun hukuk sistemindeki yerini tespit etmek gerekir. Kanaatimizce durdurma adı altında yapılan işlemler, hukuki şart ve güvencelerinden yoksun bulunmakla, bir hukuksuz yakalama işleminden ibarettir. Hukuksuz yakalamanın sonuçlarına tabi olması gerekmektedir.

Anayasa.m.20, açık alanlarda yapılacak aramalar için normal durumlarda hâkimin yazılı emrini, istisnai hâllerde en azından kolluk amirinin yazılı emrini aramaktadır. Durdurmayı düzenleyen mevzuat hükümlerinin yazılı emir güvencesini bir kenara bıraktığını belirtmiştik. Ancak burada bir hususu daha vurgulamak gerekir. PVSK ve Yönetmelik'te hem adli hem de önleme aramaları düzenlenmişse de bunların her ikisi de

---

376 "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." Anayasa.m.6/3.

Anayasa.m.20'ye tabidir. Zira Anayasa.m.20 "suç işlenmesinin önlenmesini" de arama işlemi için meşru nedenler arasında saymıştır. Dolayısı ile, Anayasa.m.20'deki güvenceleri sağlamayan kontrol ve denetim adı altında yapılan aramalar Anayasa'ya aykırıdır. Haksız aramanın sonuçlarına tabi olması gerekmektedir[377]. Haksız aramanın tazmin boyutu (CMK.m.141), cezai boyutu ve hukuka aykırı delil elde etme boyutu vardır.

Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin korunması yollarını düzenleyen hükümleri arasında üçüncü sırada *"Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar"* başlığı ile 38. madde gelir. Madde masumiyet karinesinden, kanunun geriye yürümemesi kuralına birçok temel güvenceyi barındırmaktadır. Bunlardan 5[378]. ve 11[379]. fıkralarda düzenlenen aleyhe delil vermeye zorlama yasağı ve idarenin cezai yaptırım uygulama yasağı, konumuzla yakından ilgilidir. PVSK.m.4/A/3 ve 5: *"Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir... Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmalarına izin verilir."*; Yönetmelik.m.27/4: *" Sebebin oluşmasına veya şüpheye yol açan davranışları hakkında, durdurulan kişiye sorular yöneltilebilir. Kişi bu sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Durdurma yetkisinin kullanılmasına neden olan şüphe, yapılan açıklama ile ortadan kalkarsa, kişinin gitmesine engel olunmaz."* ifadeleri ile adeta kişiler ayaküstü ifade vermeye zorlanmaktadırlar. Kolluğun kişileri, suç önlenmesi ya da suç işlendiği gibi şüphelerle durdurduğunu düşünürsek, sorulan sorular da suç tehlikesine ya da işlenmiş suça dönük yani cezai alanda sorular olacak, dolayısı ile adli alanda güvenceler sağlayan Anayasa.m.38'in alanına girecektir. Başka bir ifade ile, cevap vermediği müddetçe polisin fiili denetiminden çıkamayacak olan

---

[377] 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.m.120/1: "*Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*"

[378] "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*"

[379] "*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.*"

kişinin artık susma hakkından ne kadar bahsedilebileceği sorusu meşru hâle gelmektedir.

Koruma tedbirlerinin özellikle uygulanma süresi açısından cezaya dönüşmesi, ceza hukukunda, özellikle tutuklama tedbiri üzerinden yürüyen güncel bir tartışmadır. Ancak tutuklama üzerinden yürüyen tartışmada, tedbiri cezaya çevirdiği söylenen merci en azından, görünür ve denetlenebilir bir mahkemedir. Kolluğun gerek adli gerekse idari işlemlerinde kullandığı bir yetki olarak ortaya çıkan durdurmanın uygulanacağı süre şartına ait, *"süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma ve kontrol işlemi yapılamaz."*; *"Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz."* gibi ifadeler, yakalama ve gözaltındaki sürelere getirilen kesin sınırlar ile verilen güvenceleri sağlamaz. İfade ediliş tarzı ile kolluğun takdirine açık bir süre söz konusudur. Örneğin kolluk, tatmin edici cevap alana kadar kişiyi sorgulayabilecek ya da durdurma sebebinin ortadan kalkmadığını uzun süre iddia edebilecektir. Bu anlamada kişi ve olay bazında cezalandırmaya dönüşecek uygulamalara rastlamak mümkündür[380]. Uygulamadan da görüldüğü üzere durdurma süreleri keyfiyete açık ve bu hâli ile Anayasa'nın 38. Maddesine aykırıdır.

Bu çalışmada çeşitli başlıklarda, durdurma işlemi aleyhine başvuru mekanizmasının tanımlanmadığını, tanımlansa dahi işlemin yapısından dolayı sonuç almanın ve denetlenmesinin imkânsıza yakın olduğunu açıklamaya çalışmaktayız. Bu konular en temelde Anayasa.m.40 ile ilgilidir. Bu başlık altında Anayasa.m.40/2 hükmünü vurgulamak istiyoruz. Buna göre: *"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."* hükmü, idarenin

---

[380] 2007, 2008 ve 2009 yıllarında İstanbul'da yasaklanan 1 Mayıs kutlamalarına katılmak üzere Taksim Meydanı'na ulaşmaya çalışan binlerce kişi hiçbir yasal kayıt olmaksızın polis merkezlerinde sabahtan akşama kadar tutulmuşlardır "(Çağdaş Hukukçular Derneği İstanbul Şubesi Yönetim Kurulu Üyesi) *Tanay, dün polisin birçok kişiyi, tazminat davalarına ve suç duyurularına engel olmak için hukuksuz olarak, hiçbir kayıt işlemi yapmadan özgürlüğünden alıkoyduğuna dikkat çekti. "Ankara'dan gelen 163 kişi Etiler Polis Meslek Okulu'nda yaklaşık yedi saat tutuldular. Kurtköy'de yaklaşık 2 bin insan ve Mahmutbey'de birçok insan özgürlüklerinden alıkondu; hareket etmeleri engellendi. Altı yedi saat süren bir yasadışı tutma eylemidir bu."* . http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/95457-ozgurlugunden-alikonanlar-4-binden-fazla 31.12.2014

işlemlerinde yazılı bildirim ve tutanağın, temel hakların korunmasında özel bir öneme sahip olduğunu göstermektedir. Kişiler, haklarında tesis edilen işlemlere karşı hangi hukuki yollara başvuracakları konusunda devlet tarafından bilgilendirilmedirler; bunun yolu da uygulamada yaygın olarak görüldüğü üzere işleme ait tutanağın altına yapılacak açıklamadır. Aksi durum işlemin şekil yönünden hukuka aykırılığı sonucunu doğuracaktır.

PVSK.m.4/A, yalnızca kimlik tespiti işleminden sonra tutanak tutulacağını düzenlemiştir. Durdurmayı takip eden diğer işlemler yönünden böyle bir zorunluluk yoktur. Yönetmelik.m.27/5/j, hükmü ise yapılan her işlem için tutanak düzenlenmesini talebe bağlamıştır. Uzatmadan şunu belirtmek gerekir: Durdurma işlemi ile ilgili olarak uygulamada polis tutanak düzenlememektedir[381]. Gerek uygulamadaki durum, gerekse tutanak düzenlenmemesinin zorunlu olmaması Anayasa.m.40/2'nin yöneldiği aktif koruma amacına terstir. Ayrıca bu durum işlemle ilgili istatistikî bir verinin ortaya çıkmasını da imkânsızlaştırır[382].

4. Durdurmanın Koruma Tedbirleri ve Önleme Araması ile Karşılaştırılması

Daha önce bahsettiğimiz üzere, hukuk, yakalama kurumunda iki önemli güvenceyi ortaya koymaktadır: Genel olarak özgürlük kısıtlamasının bir usule tabi olması ve hâkim güvencesi. Hâkim güvencesi kendisini, hem işlemin yapılmasında hâkim emri olarak, hem de işleme karşı yapılacak itirazın değerlendirilmesinde hâkim kararı olarak gösterir.

Bu güvenceler açısından durdurma işleminin düzenlendiği maddelere bakacak olursak, kolluğun yetkiyi kendisinden aldığı görülür. PVSK.m.4/A, kolluğa şu şekilde yetki vermiştir: *"Polis, kişileri ve araçları;... amacıyla durdurabilir. Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir."* Bu hüküm karşısında polisin hâkim kararı istemeyeceği

---

[381] Yurtcan, hükmün kalabalık olaylarda uygulanmasının mümkün olmadığını belirtiyor. Erdener Yurtcan, PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, s.20.

[382] Altıparmak, Aytaç, Karahanoğulları, Hançer, Aydın, age, s.125.

açıktır. Onun tek dayanağı kendi tecrübesidir artık. Bir suçun işlenip kamu düzenin sarsılmasından sonra şüpheli kişinin yakalanması dahi bir usule ve hâkim güvencesine tabi iken, kimi zaman henüz suç isnadı dahi bulunmadığı hâlde kolluğa kişiyi özgürlüğünden mahrum etme yetkisi tanınmış olmaktadır. Suç isnadının varlığı hâlinde ise (PVSK.m.4/A/1/b-c) Anayasa ve CMK hükümleri istisnalar dışında yakalama emrine dayanan yakalamayı ön görmekte ve istisna hâlinde de yakalamayı, Cumhuriyet savcısına haber verme zorunluluğunun takip etmesini düzenlemesine rağmen PVSK.m.4/A, kolluğu bu külfetlerden kurtarmaktadır. Kolluğun sokak faaliyetlerinde, elinin altında, kendisine belli bir usul dairesinde yetki sunan CMK hükümleri ile PVSK.m.4/A hükmü vardır. Hangisini tercih edeceği ise onun takdirine kalmış görünmektedir.

Arama, Anayasa'da özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 20. ve 21. maddelerde konu edilmiş; hangi hâl ve şartlarda arama yapılacağı 20. maddede düzenlenmiştir[383]. Madde, arama işlemi için hâkim kararını zorunlu tutarken, gecikmesinde sakınca bulunacak hâllerde kanunla yetkili başka merci kararları ile de arama yapılabileceğini ancak bunun da belli bir sürede hâkim onayına sunulması gerektiğini düzenlemiştir. Dolayısı ile ister yetkili merci kararı olsun isterse de hâkim, aramanın yazılı emir olmadan yapılması Anayasa'ya göre mümkün değildir. Yine CMK.m.119, arama işleminin yapılabilmesi için öncelikle hâkimin kararını, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı iznini şart koşmuştur. Kolluk amiri kapalı alanlarda arama izni verememektedir. İdari amaçlı önleme aramalarında ise PVSK.m.9 da önce hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise mülki amirin yazılı emrini aramaktadır. Anayasa ve kanun hükmünde ortaya çıkan temel güvence "yazılı emirdir".

---

[383] *"Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."*

PVSK.m.4/A/6[384], "kontrol" adı altında, silah veya başkaca bir şeyin oluşturacağı tehlikeyi önlemek amacı ile bir tür önleme aramasını düzenlemektedir. Ancak bu önleme aramasının güttüğü amaç ile PVSK.m.9 hükmünün güttüğü amaç[385] arasında temelde hiçbir fark yoktur. PVSK.m.9'da polis, daha geniş bir arama yapmakta ve araçların kapalı bölümlerine de bakabilmektedir. Ancak amaç aynıdır: Tehlikenin önlenmesi. Kaldı ki PVSK.m.4/A, aramayı salt silaha dönük düzenlememiştir; *"tehlike oluşturan diğer bir eşya"* da aramanın hedefindedir. Bu hâlde polisin yetkilerini düzenleyen bir kanunun iki ayrı maddesinde önleme araması düzenlenmiş, birisinde "yazılı emir" şartı konulmuşken, diğerinde bu şart aranmamıştır. Polis, yakalamada olduğu gibi aynı işlemi, hem izin talep ederek, hem de izin talep etme külfetine girmeden yapabileceği iki ihtimalden birini seçme durumu ile karşı karşıyadır.

İş, Yönetmelik hükmüne geldiğinde, arama kurumunun temel güvenceleri açısından daha vahim bir tablo ortaya çıkar. Yönetmelik.m.27/5/a, PVSK.m.4/A'da olduğu gibi, kolluğun önce silah bulunması tehlikesine karşı yoklama şeklinde kontrol yapacağını, silah bulunursa *"memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası[386] araması yapabilir"* demekle, CMK anlamındaki adli aramanın, Anayasa'da ve yasada düzenlendiği şekli ile yazılı emir olmaksızın yapılabileceğini açık açık düzenlemiştir. Önleme araması şeklinde başlayan ve önleme aramasının asgari güvencelerine sahip olmayan işlem, devamında adli aramaya dönüşmekte ve hüküm kolluğa sokaktaki kişiyi yazılı emir olmadan arama olanağı vermektedir. İzleyen bentlerde arama yetkisi

---

[384] *"Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez."*

[385] *"Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar"*

[386] CMK.m.119/2/b, aranacak eşyanın önceden belli olmasını şart koşmuşken, Arama Yönetmeliği'nde böyle bir zorunluluk yoktur.

genişlemekte ancak yine yazılı emir şartı konulmamaktadır. Yönetmelik.m.27/5/g, *"Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir."* şeklindedir. Kişinin, uyuşturucu gibi ufak çapta paketlenebilen bir şeyi vücut boşluklarında saklayabildiği ve bu durumun polisin sık sık tecrübe ettiği bir durum olduğu düşünüldüğünde, hâkim kararı, sağlığa zararlı olmama gibi sıkı şartlara sahip olan iç ve dış beden muayenesine[387] bir yönetmelik hükmü sayesinde, kolluğun hiçbir zahmete katlanmadan sokak ortasında ya da en yakın mekâna kişiyi kapatarak[388] başvurabileceği ortadadır. Aksine CMK.m.75/7 yalnızca özel kanunlardaki kan alınması ve alkol muayenesini ayrı tutmuştur. Dolayısı ile beden muayenesi kapsamına giren diğer işlemlerin CMK'ya uygun yapılması gerekirdi. Açık alanlarda yapılacak aramalarda dahi yazılı emir şartı varken, Yönetmelik, kapalı alanda yapılacak aramalarda dahi yazlı emir şartını bertaraf etmiştir.

El koyma, Anayasa hükümlerine (Anayasa.m.20, m.21) göre özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakları ile ilişkilidir. El koymada da daha önce incelenen koruma tedbirlerinde olduğu gibi, öncelikle hâkim kararı, hâkime ulaşılması için geçecek sürede sakınca ortaya çıkabilecek hâllerde Cumhuriyet savcısı, yine Cumhuriyet savcısına ulaşmada sorun varsa kolluk amirinin[389] yazılı emri aranır. (CMK.m.127) PVSK.m4/A ve Arama Yönetmeliği.m.27'de tehlike yaratacak ya da suç eşyası olduğu şüphesi bulunan eşyalara, kontrol ya da tedbir adı altında el koyma olanağı getirilmiştir. Ancak yine kolluğun yazılı emir alması şartı yoktur.

---

[387] CMK.m.75/1: *"Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz"*

[388] Yönetmelik.m.27/5/i: *"Makul sebebi oluştuğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir."*

[389] Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilk halinde kolluk amirinin el koyma emri verme yetkisi düzenlenmemişti. Bu yetki 5353 sayılı kanun ile CMK.m.127/1'de yapılan değişiklikle yürürlüğe girdi. 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete. Durdurma ve devamında arama, el koyma yetkilerini düzenleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği de aynı günlü ve sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu tarihte güvenlik yönünde yoğunlaşan bir hukuk politikasına işaret ettiği kanaatindeyiz.

C- İç Hukuktaki Önleme Yakalaması ve Durdurma Hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşısındaki Hukuki Durumu

PVSK'nın 13. ve 17. maddelerini incelerken bulaşıcı hastalık taşıyan, madde bağımlısı ve aynı gruptaki diğer kişiler ile polisin verdiği emre uymama durumunda kişi özgürlüğüne müdahale usulünü AİHS ve AİHM kararları bağlamında ele almaya çalışmıştık. Burada tekrara düşmeden diğer ilgili konuları ele alacağız.

AİHM'nin önüne, önleyici nitelikte özgürlükten mahrum bırakma vakaları birçok defa gelmiştir. Vakaların dağılımına bakıldığında, İrlanda, İtalya, İngiltere, Litvanya gibi birçok ülkede benzer uygulamaların varlığı görülmektedir. Devletler, adli bir sürecin parçası olmaksızın, kişinin hareket özgürlüğünü türlü gerekçelerle (terör, mafya faaliyetleri, göçmenlik...) keyfi bir biçimde ortadan kaldırma eğilimdedirler. Devletlerin kişileri ve grupları zapt etme eylemleri, incelediğimiz ve inceleyeceğimiz hukuk kaynaklarında *"idareten tevkif"*, *"administrative detention"* (idari alıkoyma/tutma), *"preventive detention"* (önleyici alıkoyma/tutma), *"yargılamasız tutulma" ("detention without trial")* kavramları ile karşılanıp tartışılmaktadır. AİHM'nin önüne gelen ilk başvuru[390] doğrudan konumuz ile ilgilidir[391]. Benzer başvurular yıllar içinde tekrarlanarak içtihadın ortaya çıkmasına yol açmışlarıdır. PVSK.m.4/A'nın idari ve adli alanlara sarkan hükümleri, onu salt idari (Örneğin: AİHS.m.5/1/e) ya da salt adli (AİHS.m.5/1/c) alanda yapılan müdahalelerle kıyaslamamızı zorlaştırmaktadır. Maddenin merkezine oturan önleyicilik fonksiyonun yanında suça yaptığı vurgudan dolayı öncelikle, suç şüphesi ile bağlantılı olmakla birlikte adli amaca (ortaya çıkmış somut suçu bastırma amacına) yönelmeyen müdahaleleri konu alan içtihatlara bakılmalıdır. Lawless v. İrlanda Davası, ilk olması nedeni ile AİHS.m.5'in nasıl yorumlanacağının, yorumlanırken neyin esas alınacağının anlaşılması açısından da önemlidir.

---

[390]http://www.echr.coe.int/Documents/Archives_1960_First_case_ENG.pdf 31.12.2014

[391]Lawless v. İrlanda, 13.04.1960, Başvuru no: 332/57, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

1936 doğumlu Lawless, daha önce İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu (IRA) üyeliği ve bağlantılı suçlardan adli soruşturma ve davalara maruz kalmış; yine 1957 yılında benzer bir suçtan gözaltındayken, 1940 tarihli Devlete Karşı Suçlar Yasası'nın Değişik 4. maddesinin Adalet Bakanı'na verdiği, idari kararla bir kişiyi özgürlüğünden bir yargı mercii önüne çıkarılmaksızın mahrum etme *("detention without trial")* yetkisinin (AİHM'e göre) bir tür olağanüstü hâl ilanı ile yürürlüğe girmesi sonucu 13.07.1957 tarihinden itibaren bu şekilde tutulmaya başlanmış ve 11.12.1957 tarihinde salıverilmesine kadar bu durum sürmüştür. Kanun 08.07.1957 tarihinde yürürlüğe girmiş, durum 20.07.1957 tarihili mektupla İrlanda Dışişleri Bakanı tarafından Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne AİHS.m.15/3[392] gereğince bildirilmiştir. Lawless v. İrlanda Davası'nın en can alıcı noktalarından birisi, İrlanda Hükümeti'nin AİHS'nin bir kısım hazırlık çalışmalarına dayanarak AİHS.m.5/1/c'de yer alan "*Kişinin... suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*" durumda adli merci önüne çıkarılma zorunluluğunun bulunmadığı savunması konusunda AİHM'nin verdiği karardır. AİHM, madde metninin yazılış tarzının yeterince açık olduğu, "*kişiyi yetkili adli merci önüne çıkartma amacını gerçekleştirme için*" ifadesinin AİHS.m.5/1/c[393]'de başvurulan tüm yakalama ve tutma kategorileri için geçerli olduğu görüşündedir. Yani ister suçun bastırılması, isterse de suçun önlenmesi amacı ile yakalansın, kişi adli merci önüne çıkarılmak için yakalanmalıdır. Ayrıca c bendini tamamlayıcı nitelikte olan 5. maddenin 3. fıkrasında[394] yer alan, 1.c fıkrasında öngörülen

---

[392] "*Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.*"

[393] "*Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*"

[394] "*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*

koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç önüne çıkarılma zorunluluğunun ve makul sürede yargılanma hakkının, suç şüphesi ile ilişkili yakalanan ve tutulan (isterse suç işlemesinin önlenmesi amacı ile olsun) herkes açısından yargıç önüne çıkarılmanın bir yükümlülük olduğunu teyit ettiği kabul edilmiştir. Buna göre, polis, suç şüphesi ile ilişkili olarak, kişinin özgürlüğüne tek bir amaçla müdahale edebilir: Adli merci önüne çıkarma amacı. AİHM, getirdiği yorumun doğru olmaması hâlinde "*...bir suç işleme niyeti beslediğinden kuşkulanılan bir kimse, Sözleşme'ye aykırılık oluşturma ihtimaline bakılmaksızın, sadece idari bir karara ("executive decision") dayanılarak sınırsız bir süre için yakalanıp tutulabilecektir. Böyle bir tutum, keyfi iktidarın bütün belirtilerini taşıması yanında, Sözleşme'nin temel ilkelerine aykırı sonuçlara götürecektir* (Parag. 14)." AİHM'in dolaylı olarak idarenin teşebbüsten çok niyetle ilgilendiğini tespit etmesi yerindedir. Belli hâllerde, önleyici yakalamanın başka biçimde adlandırılan hâlini teşkil eden PVSK 4/A maddesinin tasarlanış biçimi, şüphe gösteren delilleri takip etmekten ziyade niyet okumaya dönüktür.

Lawless'ın tutulmasının AİHS.m.5/1/c ve f.3'e aykırılık teşkil ettiği tespit edilmiş (Parag.15) olmasına rağmen sonuçta ihlâl kararı verilmemiş olması, çalışmamızda ileri sürdüğümüz görüşler açısından önemlidir. İrlanda Hükümeti, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hâlin varlığı ve bu hâl nedeni ile yürürlüğe koyduğu idari yakalama yetkisinin AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüklerini azaltır tarzda bir uygulama olma ihtimalini bildirmiştir. Yani İrlanda Hükümeti, uluslararası kamuoyuna içinde bulunduğu durumu resmen ilan etmekte, bu durumdan kaynaklı vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini azaltan uygulamalara giriştiğini bildirmektedir. Böylelikle kendisini uluslararası hukuk önünde masaya yatırmaktadır. Kendince makul nedenler ileri sürerek insan hakları açısından sorunlu ve istikrarsız bir ülke olduğunu kabul etmektedir. AİHM, İrlanda'da böyle bir durumun olup olmadığını, alınan önlemlerin bu hâlin kesin gerekleri olup olmadığını, önlemlerin uluslararası

---

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."

hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl edip etmediğini, bildirimin hukukiliğini incelemiştir (Parag. 53-77). Günümüz koşullarında istikrarsızlığın bir ülke tarafından ilanı, türlü ekonomik ve siyasi sorunu da beraberinde getirecektir. Daha önce değindiğimiz gibi, ülkede her şeyi normal, bu tür hukuk uygulamalarını olağan göstermek, becerilebiliyorsa, devletler açısından İrlanda'nın davranış tarzından daha avantajlıdır. Olağanüstü hâlin tüm hukuka içkin hâle getirilmesi bu yolla mümkün olmaktadır. Adli merci önüne çıkarma amacı taşımayan önleyici yakalama uygulamalarını adını koymadan PVSK.m.4/A ve benzeri mevzuatla yürürlüğe koymanın altında bu tür bir motivasyonun yattığı kanaatindeyiz[395].

Konuya ilişkin başka bir karara bakacak olursak: AİHM'in Jecius v. Litvanya kararında[396] ortaya koyduğu yaklaşım oldukça nettir. AİHM'e göre, kişinin özgürlüğü ancak 5. maddenin 1. fıkrasında belirlenen nedenlerle ortadan kaldırılabilir. Bir kişi m.5/1/c anlamında ancak cezai bir usul çerçevesinde, bir suç işlediği şüphesi üzerine, kanun ile yetkilendirilmiş adli makam önüne çıkarılmak amacı ile özgürlüğünden mahrum edilebilir (Parag.50). AİHM, Litvanya Ceza Usul Kanunu'nun haydutluk, suç örgütü ve tehdit suçları ile ilgili olarak bir kişinin tehlikeli bir davranış göstereceğine dair yeterli bir nedeni varsa, bir polis şefinin savcı yetkisi ile gerekçeli bir karar ile kişinin yakalanmasını emredebilmesini düzenleyen önleyici alıkoyma/tutma (yaygın ifade ediliş biçimi ile önleme yakalaması) (*"preventive detention"*) maddesinin (m.50-1) (Parag.34), AİHS.m.5/1/c koşullarını sağlamadığına karar vermiştir (Parag.51). PVSK.m.4/A maddesi de suçun önlenmesinden bahsetmekte ancak somut bir suça ilişkin önleyici tedbirlerdense genel bir tehlikenin önlenmesini düzenlemektedir[397]. Ayrıca

---

[395] Bkz. Bu çalışma s.84.

[396] Başvuru No: 34578/97, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

[397] Kişinin suç eğilimi, onun özgürlüğünün ortadan kaldırılması için gerekçe yapılamaz. Özgürlüğe müdahale "suç" gerekçesi ile yapılıyorsa, ortada mutlaka somut bir suç olmalıdır. Guzzardi v. İtalya, Parag.100, 103, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

PVSK.m.4/A'da yapılan işlemler kişiyi hâkim önüne çıkartmayı amaçlamamaktadır.

Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık davasında, AİHM, durdurma ve arama yetkisi polise amiri tarafından verilirken, bu yetkinin "amaca uygun" olup olmadığına bakılmasını yeterli görmemiştir. AİHM'e göre, ilgili kanunun bu yetkinin kullanılmasının "gerekli" olduğu hâllerde yetki verilmesini düzenlemesi gerekmektedir (Parag.80). İç hukukta, durdurma ve benzeri polis eylemleri için "gereklilik" şartı açıkça düzenlenmemiştir.

Tüm bu açıklamalarımıza karşı, Bir: Durdurmanın seyahat özgürlüğün ilgilendiren bir işlem olduğu[398] dolayısı ile AİHS.m.5 kapsamında değerlendirme yapılamayacağı, yani haktan mahrumiyet değil kısıtlamanın söz konusu olduğu; iki: Durdurmanın AİHS.m.5/1/b kapsamında kaldığı[399] dolayısı ile AİHS.m.5/1/c ve f.3 güvencelerinin dışında kaldığı tezleri ileri sürülebilir. Çalışmanın başında belirttiğimiz gibi hakka her müdahale haktan mahrumiyet olarak algılanamamakta, bir kısım işlem ve eylem kısıtlama olarak adlandırılmakta, kısıtlama mahrumiyetten bir yoğunluk/nicelik farkı ile ayrılmaktadır. Yani ne adla yapılırsa yapılsın kişi özgürlüğüne müdahale eden diğer işlemlerin yakalamadan esasen içerik/öz açısından bir farkları yoktur. Eğer arada bir fark olduğu iddia edilecekse bu ancak müdahalenin yoğunluğu açısından bir fark olabilir. Durdurmayı düzenleyen hükümleri ele aldığımızda öncelikle, PVSK.m.4/A /1/b'de açıkça suç işlendikten sonra suç şüphesi üzerine yakalama amaçlı durdurmadan bahsedildiği görülmektedir. Arama Yönetmeliği.m.27/4 "*Durdurma yetkisinin kullanılmasına neden olan şüphe, yapılan açıklama ile ortadan kalkarsa, kişinin gitmesine engel olunmaz.*" hükmü tam da 27. maddenin 1. fıkrasında yakalama işlemi tanımlanırken ortaya konulan kriter gibi kişinin fiilen denetim altına alınmasını gerektirir. Zira kişinin açıklamalarından polisin tatmin olmadığı ancak somut suç şüphesine de ulaşamadığı anda kişinin gitmesine engel olunması 4. fıkra ile mümkün olmaktadır. Polis, somut bir suç şüphesine sahip olmadan önce kişi üzerinde bu madde vasıtası ile fiili hâkimiyet

---

[398] Kuter, Yenisey, Nuhoğlu, age, s.757.

[399] Örneğin: Gilla ve Quinton v. Birleşik Krallık davasında sözü geçen İngiliz Üst Mahkemesi'nin görüşü, Parag.13.

kurabilecektir[400]. Daha önce yakalama emrine dayanmayan polis yakalamasında ele aldığımız üzere, bu tür yakalamanın yapılabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan hâl, Cumhuriyet savcısına ulaşamama, tutuklama ve yakalama emri düzenlenmesini gerektiren hâl şartı dolayısı ile kuvvetli suç şüphesi gerekli idi. CMK, suç şüphesi altındaki kişi üzerinde polisin kuracağı fiili hâkimiyeti bu şartlara bağlamışken; PVSK daha suç şüphesi ortaya çıkmadan, tek bir şart aramıştır: Polisin tatmini ve takdir. Bu durumun keyfiliğe açık kapı bırakması artık müdahalenin kısalığını uzunluğunu önemsizleştirecektir. AİHM, Brega ve Diğerleri v. Hollanda kararında[401], kişinin protesto eylemine katılmasını engellemek için 8 dakika kadar tutulmasını kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlâli saymıştır (Parag.19, 43). Türkiye'de PVSK düzenlemelerinin muğlâklık ve usuli güvencelerden yoksunluğu bir yana PVSK'nın tartıştığımız yetkilerinin kullanılış biçim ve amacı, Brega kararına benzer birçok ihlâle kapı açmaktadır.

Bregra kararına konu olan olayda polisin güttüğü amaç ve bu amacın AİHM tarafından AİHS.m.5'te tanımlanan hâllere uygun bulunmaması, Türkiye uygulamasına ışık tutmaktadır. Önleme yakalaması ya da gözaltısı adı ile anılan polis uygulamaları Türkiye'de daha çok Gezi Olayları ve sonrasında ülke gündemine giren yolsuzluk eylemelerine karşı protesto girişimleri ile gündeme geldi. 18.06.2013 tarihli bir gazete haberinden polisin Gezi Parkı'nda bulunanlara müdahalesinin ardından Erdem Gündüz isimli bir kişinin Taksim Metro çıkışında hareket etmeden ve konuşmadan beklemeye başladığını, protestoyu sosyal paylaşım sitelerinden gören vatandaşların da destek için Erdem Gündüz'ün yanına gelerek hareketsizce durmaya başladıklarını, yaklaşık 300 kişiye ulaşan grubun bekleyişine devam ettiğini, polis ekiplerinin eylemcileri dağıtmak için harekete

---

[400] Kişilerin bulundukları yerde durmamaları veya aramaya izin vermemeleri hallerinde yakalanacakları, polis merkezinde alıkonacaklarını düşünüyorlarsa her türlü hareket özgürlüklerinden mahrum oldukları açısından Bkz. Gillan ve Qinton v. Birleşik Krallık, Parag.57.

[401] Başvuru No: 61485/08, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

geçtiğini, Taksim Metro çıkışında beklemekte ısrar eden 10 kişinin polis ekipleri tarafından gözaltına alındığını öğreniyoruz[402]. Bir grup bir meydanda sadece durarak protesto gösterisi gerçekleştirirken alıkonmuşlardır. Polisin yöneldiği amacın protestonun kendisini imkânsızlaştırmak olduğu anlaşılmaktadır zira kamu güvenliği, kamu düzeni için bundan daha zararsız bir eylem herhalde düşünülemez. Ne kadar sürede uygulanırsa uygulansın, kişi özgürlüğüne yapılacak müdahale AİHS.m.5/1 a'dan f'ye sayılan sınırlı sayıda hâllerden en az birisi için yapılabileceğinden ve bu amaçlar dışında yapılan müdahale peşinen hukuka aykırı olacağından ve sadece durarak protesto eylemi gerçekleştiren kişilerin alıkonması da bu hâllerden birine girmeyeceğinden AİHS.m.5 açıkça ihlâl edilmiştir.

Diğer iki örnek ise protesto ihtimaline karşı kişilerin özgürlüklerine yapılan müdahalelerle ilgilidir. TBMM denetim faaliyetleri kapsamında, 31.12.2013 tarih ve 7/36865 sayılı yazılı soru önergesinden[403] 28/29 Aralık 2013 tarihinde Başbakan'ın Manisa İli ziyareti esnasında siyasi bir gruba mensup 35 kişinin dernek binasından çıkışlarına polis tarafından izin verilmediği, çıkmaya çalışanların polis merkezine götürüldüğü anlaşılmaktadır. Konu gazete haberlerine de yansımıştır[404]. Yine 30.10.2013 tarihli gazete haberlerinde Cumhurbaşkanı ve Başbakan'ın da katılacağı bir İktisat Kongresi öncesinde protesto eylemi gerçekleştireceğinden şüphelenilen bir grup sokakta yürürken polis tarafından zorla polis otobüsüne bindirilerek götürülmüşlerdir[405]. Habere ekli video kaydında polisin zor kullanarak kişileri otobüse bindirdiği görülmekte, video yanındaki haber özetinde, polise verileceği açıklanan önleme gözaltısı yetkisinin İzmir'de fiilen uygulamaya konulduğu anlatılmaktadır. Haber verilirken kullanılan ifade ile kişilerin "*Gösteri ve Toplantı Yürüyüşleri*

---

[402]http://www.milliyet.com.tr/taksim-de-duran-adam-eylemi/gundem/detay/1724560/default.htm 31.12.2014

[403]http://www2.tbmm.gov.tr/d24/7/7-36865s.pdf 31.12.2014, Soru önergesi yanıtlanmamıştır.

[404]http://arsiv.cagdasses.com/haber/7271--manisa39da-onleyici-gozaltilar-yapildi.html 31.12.2014

[405]http://www.radikal.com.tr/turkiye/izmirde_35_tgb_uyesi_gozaltina_alindi-1158125 31.122.014 Türkiye'de önleyici işlemlerin kayıt ve istatistiği tutulmadığından gazete haberlerine başvurma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Yasası'na muhalefet suçlaması ile gözaltına alındığı" bildirilmektedir. Bu iki olaydan iki sonuç çıkmaktadır, bir: Polisin eylemi ile önlemeye çalıştığı toplum açısından yakın tehlike ihtiva eden suç olasılıkları değil, siyasi iktidar mensuplarının protesto edilmesi ihtimalidir; iki: Polis bu önleyici faaliyetini önleme yakalaması vb. kanuni düzenlemeler olmadan önce Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nu gerekçe göstererek yapmaktadır. Gerek polisin kişileri alıkoyma biçimindeki zorlayıcılık, gerekse alıkoyma gerekçesindeki suç ithamı, mevzuatın yukarıda işlediğimiz yapısı ile birlikte değerlendirildiğinde konunun AİHS'e EK 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ile güvence altına alınan seyahat özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini ortaya çıkmaktadır. Ortada kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ilgilendiren bir durum vardır. Peki, bu gibi polis eylemleri, AİHS'in 5. maddesinin 1. fıkrasındaki hâllerden b bendinde yazılı *"Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması"* kapsamında değerlendirilebilir mi?

Soruya objektif bir yanıt üretmek açısından Ostendorf v. Almanya kararını[406] incelemek yerinde olur. Zira karar, Türkiye'de "duran adamların" polis tarafından alıkonduğu günlerde, 07.06.2013 gibi yakın bir tarihte alınmıştır. Diğer yandan polisin önleyici yetkileri konusunda model alındığı sıklıkla dillendirilen Alman makamlarının uygulamasına ve Almanya mevzuatına ilişkindir, ayrıca kararda AİHS.m.5'in ihlâli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Ostendorf'un, 1996 yılından olayın gerçekleştiği 2004 yılına kadar futbol karşılaşmaları ile ilişkin şiddete eylemlerinden dolayı poliste kaydı bulunmaktadır. Başvurucu, 30-40 kişilik bir taraftar grubu ile Bremen'den Frankfurt'a bir futbol maçı için gelmiştir. Başvurucunun, Bremen polisi tarafından çete lideri olduğundan şüphelenilmektedir. Grup üyelerinde arama yapan polis içi kumla doldurulmuş eldiven ve bir ağız koruma aleti

---

406 Başvuru No: 15598/08, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014.

bulmuştur. Bu durum üzerine polisin nezaretinde bir puba giden grup, buradan ayrıldığında Ostendorf'un grupla birlikte ayrılmadığı görülmüş; kadınlar tuvaletinde telefonla konuşurken yakalanmış, polis merkezine götürülerek maçın sonuna kadar tutulmuş ve telefonu kendisine bu süre zarfında verilmemiştir (Parag. 6, 12). Grupta bulunanlar daha önce polis tarafından, gruptan ayrılmaları hâlinde yakalanacakları konusunda açık biçimde uyarılmışlarıdır (Parag.57). Mahkeme, ihlâl iddiasını incelerken ilk önce iç hukuka bakacağını, ancak buna ek olarak müdahalenin AİHS.m.5 gereklerini de taşıması gerektiğini belirtmiş (Parag.74), 5. maddenin 1. fıkrası b bendindeki hâle uygunluk için "*öncelikle, hukuk, kişinin o zamana kadar beklentilerini karşılayamadığı somut ve belli bir yükümlülüğü yerine getirmesine zorlanması ile ilgili olarak tutulmasına müsaade eder.*" tespitinde bulunmuştur (Parag.90). Alman mevzuatında "*Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu 32/ Parag.1 no. 2 ile, Polis, olası tehlikeyi bertaraf etme tedbiri olarak bir kişiyi gözaltına almaya, kamu için hatırı sayılır bir önemi olan ve olası ceza gerektiren bir suçun önlenmesi zaruri ise yetkilidir.*" (Parag.91). İzah ettiğimiz bu çerçevede özgürlükten mahrumiyet eylemi AİHS.m.5'e aykırı görülmemiştir. Yani Ostendorf'un özgürlüğüne polis müdahalesi, Ostendorf'un üzerine düşen somutlaşmış ve belli bir yükümlülüğü (gruptan ayrılmaması) yerine getirmediği için, kamu güvenliği açısından ortaya çıkan tehlike (holigan gruplar arası kavga) nazara alınarak yapıldığı kabul edilmiştir. Alman Kanunu, kamu güvenliği için zorunluluk, suçun önemli suçlardan olması gibi kıstaslar belirlemiştir. Polis ise delil elde etmiş, bu deliller çerçevesinde grubu hemen yakalamaya tabi tutmamış, gruba bir arada kalması için talimat vermiş, takip etmiş, son olarak başvurucuyu gruptan ayrı kadınlar tuvaletinde gizlenmiş vaziyette bulunca alıkoymuştur. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası.m.104/2: "*Polis, kendi yetkisine dayanarak, hiç kimseyi, yakaladığı günün bitiminden sonra gözaltında tutamaz. Konunun ayrıntıları yasayla düzenlenir*[407]." hükmü ile polisin doğrudan yakalama yetkisini tanımış ve süre sınırını belirlemiştir.

---

[407]http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anakanunlar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf 31.12.2014

Ostendorf olayının Türkiye mevzuatı ve uygulaması ile karşılaştırmasına sondan başlayacak olursak, şu notları düşebiliriz: Polisin doğrudan yakalama yapması anlamına gelen hâkim kararı olmadan yakalamanın, ancak suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yapılabileceğini; bunun şartlarını kanun gösterileceğini yani suç üstünün gecikmesinde sakınca bulunan hâlin şartlarının kanunda gösterileceğini Anayasa (m.19) belirtmiştir. Alman Anayasası'nın aksine polisin yakalama yetkisi suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerle sınırlı olacak biçimde daraltılmıştır. İki anayasal rejim arasında farklılık vardır. Her şeyden önce, Türk hukuku polise doğrudan şartsız yetki vermemektedir. AİHM'in ilk önce iç hukuka baktığını belirtmiştik. Ostendorf'un yakalanmasının aldığı süreyi göz önüne alırsak Türkiye'de pek ala bu sürede hâkime ulaşılabilir ya da en azından yakalandıktan sonra adli mercilere ulaşılabilir. PVSK hükümleri, Alman Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu'nun aksine yakalama için zorunlu bir durumun ortaya çıkması, suç ihtimalinin beli bir ağırlıkta olması gibi şartlar aramamaktadır. Bu gibi şartları ve 1982 Anayasası'ndaki şartları bir nebze taşıyan daha önce gördüğümüz CMK.m.90/2 hükmüdür. Son olarak Türkiye'de polisin toplumsal olaylara müdahalesinde zaten yetersiz olan kanun hükümlerini dahi uygulamadığı, örneğin uyarı yapmadığı ya da müdahale etmemesi gereken olaylara müdahale ettiği vakidir. 2013 yılı itibari ile 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefetten açılan davaların mahkûmiyet oranı %7,2 iken tüm suçlarda mahkûmiyet oranı %37,3'tür. 2911 sayılı Kanun'un ile istatistiksel açıdan aynı özel kanunlar kategorisinde değerlendirildiği sporda şiddetin önlenmesi, karayollarında kamu güvenliğinin sağlanması gibi amaçları güden özel kanunların kendi içindeki mahkûmiyet ortalaması ise %51,2'dir[408]. Ostendorf kararının AİHS'e uygunluğu bir yana, Türk mevzuat ve uygulamasının bu davada ortaya konulan kriterleri taşımadığı görülmektedir. Durdurma ve özel kanunlarda düzenlenen, diğer adlarla anılan yetkiler AİHS.m.5/1/b kapsamında da değerlendirilemez.

---

[408] http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/51.pdf 31.12.2014.

Tüm bu teknik karşılaştırma bir yana, belirtmek gerekir ki Ostendorf olayında tespit edildiği kadar delil (kum dolu eldiven, ağız koruyucu maske) Türkiye'de tespit edilmiş olsaydı, bırakalım önleme amaçlı yakalamayı, adli yakalamanın ve suç soruşturmasının başlatıldığı uygulamada görülmektedir. Yine Gezi Olayları'nı örnek alacak olursak; Cumhuriyet Savcılıkları ısrar ile toz maskesi gibi araçları suç delili sayarak soruşturmalar yürütmüş, kişilerin hakkında bu delillere dayanarak dava açılmasını talep etmişleridir (Bkz. EK 7). Ancak bu yöntem kamu otoritesi için çoğu zaman sonuç verici değildir. Türkiye'de tüm adil yargılanma sorunlarına rağmen yukarıda değindiğimiz gibi mahkûmiyet oranları oldukça düşüktür. (Örnek bir beraat kararı için Bkz. EK 7). Bastırıcı hukuk rejiminin[409] hâkim güvencesi, adil yargılanma vb. gerekleri ile sonuca varamayan kamu gücünün önleyici sisteme yöneldiği sonucuna varıyoruz. Yaptığımız açıklamalardan CMK'ya dayalı yakalama ve gözaltı uygulamalarının tamamen hukuka uygun yürütüldüğü sonucunu çıkardığımız düşünülmemelidir. Adli alanda yapılan CMK'ya dayalı işlemlerde de usulsüzlükler ve keyfi tutumlar sıkça karşılaşılan sorunlardandır. Çoğu zaman itiraza tabi tutulmayan bu işlemlerden bir örnek EK 8'de bulunmaktadır. Bu örnekte, Cumhuriyet Savcısı'nın gözaltı yetkisini kullanmadaki keyfi ve kanuni gerekleri hiçe sayan tutumu karşısında gözaltı kararı kaldırılmıştır. Bizim vurgulamak istediğimiz, CMK hükümlerinin uygulamada ihlâl edilse de yetersiz olsa da PVSK hükümlerinin aksine bir kısım güvence ihdas ettiğidir. Diğer yandan daha önce gördüğümüz üzere, akıl hastalarının ve aynı grupta değerlendirilenlerin özgürlük mahrumiyetleri nasıl TMK'da düzenleniyorsa, çocukların durumu nasıl ÇKK'da düzenleniyorsa, sporda şiddetin önlenmesi de özel bir yasaya tabidir. 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliği Önlenmesine Dair Kanun'un 12. maddesinde üzerinde uyuşturucu madde, kesici alet vb. şeyler bulunan kişilerin spor alanlarından uzaklaştırılması düzenlenmektedir. Bu gibi eşyaların kişinin üzerinde bulunması zaten suçtur. Yine aynı Kanun'un

---

[409] Bastırıcı hukuk rejimi ile önleyici hukuk rejiminin aksine, temelinde serbestlik ilkesinin yer aldığı, özgürlüklere baştan müdahale edilmeyen, kişilerin masumiyetinin esas olduğu, muğlâk olmayan kanunlara göre suç sayılan fiillerin ortaya çıkması ile özgürlüklere müdahalenin devreye girdiği rejimi anlatılmaktadır. İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 7. Bası, İmge Kitapevi Yayınları, Ankara, 2013.s.73.

18. maddesinin 4. fıkrası seyirden menin bir koruma tedbiri olarak uygulanacağını ve güvenlik tedbiri olarak hükmedileceğini düzenlemektedir. Türkiye sisteminde Ostendorf'un hukuki durumu adli alan içindedir. Bunun gibi durdurma ve önleme yakalaması adı altında icra edilen eylemlerin çoğu adli ya da özel hukuk alanındaki özel kanunlarda düzenlenmiş hâllere ilişkindir.

D- Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Önleme Yakalaması ve Durdurma Adı Altında Yapılan Müdahalelere Karşı Başvuru Yolları

Önleme yakalaması ve durdurma adı altında yapılan müdahaleler, adli alan, idari alan ve hatta özel hukuk alanında kalabilecek konulara ilişkin olduğundan itiraz ve diğer başvuru yollarını belirlemek zorluklar barındırmaktadır.

Kanaatimizce doğru olan, Anayasal rejime uymayan, özel kanunlardaki şartları yerine getirmeyen ve AİHS'teki hâlleri gözetmeyen ve kriterleri taşımayan özgürlük hakkına yönelik müdahalelerin birer haksız yakalama olarak değerlendirilmesi ve daha önce ele aldığımız, CMK'da düzenlenen itiraz ve tazminat yollarına tabi olmasıdır. Zira birçok açıdan hukuka uygunluğu tartışmalı PVSK hükümleri, uygulamaya yeterli hukuki zemini sağlamamakta, uygulamada da alıkoymayı sıklıkla soruşturma ve dava açılması takip etmektedir.

Bu sonuca idare hukukundaki fiili yol teorisinden de ulaşabiliriz. İdarenin işlem ve eylemlerinde meydana gelecek esas ve usul eksiklikleri, işlem ve eylemlerin idari niteliklerini kaybederek haksız fiil hâline dönüşmeleri ve yok hükmünde sayılabilmeleri[410] sonucuna yol açabilecektir. İdarenin Anayasa'da kendisine yetki verilmemiş olduğu hâlde özgürlüğe müdahalesi de bu durumlardan birisidir[411]. Bu durum "fiili yol" olarak

---

[410] Gözler/Kaplan, age, s.376.
[411] Giritli/Bilgen/Akgüner, age, s.937.

adlandırılır[412]. Danıştay 7. Dairesi'nin 16.3.2005 tarih, 2001/2357 E. ve 2005/402 K. sayılı kararında konuya şu şekilde açıklık getirmiştir: "*Hukuk Devleti olmanın kaçınılmaz gereklerinden biri olarak, kamu gücünü kullanan idarenin, tek yanlı iradesiyle idari işlem tesisinden önce, bu işlemin maddi ve hukuki sebeplerini ortaya koyması zorunludur. Bu bağlamda, kamu gücünün kullanımı da, hukuksal düzenlemelerle çizilen sınırlar içerisinde ve hukuka uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur, idarenin, hiç bir kurala dayanmayan keyfi uygulamalarının, İdare Hukukunun konusuna giren 'idari eylem' veya 'idari işlem' olarak kabulü olanaklı değildir. İdarenin, açık ve ağır biçimde kanunilikten ve hukukilikten yoksun olan ve bu haliyle 'haksız fiil' olarak kabul edilebilecek uygulamalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümü de Adli yargının görev alanı içerisinde bulunmaktadır*[413]." İdareye takdir yetkisi verildiği hâllerde, bu takdirin kanundan kaynaklanan sebebe bağlı bir takdir yetkisi olduğuna daha önce değinmiştik. İşte bu sebebin var olmadığı yani, kanunun yetki vermediği hâllerde özgürlüklere müdahale edilmesi veya usule uygun olmayan yetki kullanımının idari kolluk alanında en çıplak örnekleri polisin kişi özgürlüğüne yönelen doğrudan eylemlerinde izlenebilir. Sebep unsurunun eksikliği gibi usuli güvencelerin yokluğu ya da uygulamada usulün çiğnenmesi polisin eylemini bir haksız fiil hâline getirecektir.

Başvuru yollarına ilişkin bu yaklaşım tarzı kanaatimizce karşılaşılacak birçok hukuki problemi de bertaraf edecektir. İtiraz açısından, PVSK.m.4/A, bir hüküm içermemektedir. Madde kapsamında yapılan adli ve idari işlemlere nerede nasıl itiraz edileceği, hukuka aykırı durumun uygulanırken ortadan kaldırılması[414], sonradan tazmini usulü belirlenmemiştir. Usul belirlenmemesinin yanında maddenin karma karakteri, adli yargının mı yoksa idari yargının mı görevli olduğu konusunda şüphe yaratmaktadır. Bu

---

[412] Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 1.10.2012 tarih, 2011/224E. ve 2012/190 K. sayılı kararı, http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/6dc7e671-839e-40cd-b581-d9e376961050?excludeGerekce=False&wordsOnly=False 31.12.2014

[413] http://emsal.danistay.uyap.gov.tr 31.12.2014

[414] Centel/Zafer, durdurma işlemine maruz kalan kişinin kendi değerlendirmesine göre bu işlemin hukuka aykırı olduğunu söylemesinin mümkün olmadığı ancak disiplin soruşturması, ceza soruşturması, idari yargıda açılacak dava ile tartışılacağını savunmaktadır. Centel/Zafer, age, 2008, s.321.

şüphe aşılsa dahi yetki kullanımının hangi kıstasa göre denetleneceği belli değildir[415]. Arama Yönetmeliği.m.27 de güvenceler açısından benzer bir durum söz konusudur. Arama Yönetmeliği.m.27/2: *"Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişi durdurulabilir."* hükmü ile kolluğun durdurma yetkisini kendisinden aldığı, başkaca bir merciden izin, emir alması gerekmediği anlaşılmaktadır. Yine hem idari hem de adli alanda kalan hükmün düzenlediği durdurmaya karşı başvuru yolu düzenlenmemiştir. Buna rağmen genel hukuk ilkelerine dayanarak (Örneğin: Anayasa m.125) bir başvuru yapıldığını tasavvur ettiğimizde, madde hükmüne göre itiraz merciinin değerlendireceği tek ölçüt kolluğun tecrübesidir[416]. Ayrıca Arama Yönetmeliği.m.27/5/f: *"Yapılan kontrolün neticesinde suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır."* hükmünü ile CMK anlamında yakalamadan açıkça bahsetmiştir. Durdurma işlemini düzenleyen hükümler, durdurma işleminden doğan zararın giderilmesi için herhangi bir mekanizma ön görmüş değildirler[417]. İdari alanda yapılan durdurma sonuçlarının idari hukukun genel ilkeleri uyarınca tazmini yoluna gidileceği düşünülse dahi, adli alanda yapılan durdurmalar açısından CMK.m.141 düzenlemesinde durdurma ile ilgili bir hüküm mevcut olmadığı düşünüldüğünde, tazmin yolunun kapalı olduğu savunulabilir. Ancak Anayasa.m.19/8, *"Her ne sebeple olursa olsun*

---

[415] Yurtcan, PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not, s.20.

[416] Polisin kanısına ve mesleki sezgisine dayanan aramanın getirdiği geniş takdir yetkisi ve bunu yarattığı keyfilik riski açısından Bkz. Gillan ve Quinton v. Birleşik Krallık, Parag.83, 85.

[417] Devletin yürüttüğü işlemlere karşı başvuru mekanizmasının düzenlenmemiş olması, hakkın niteliğine göre AİHS.m.6 ya da 13 kapsamına girebilmektedir. Özetle, medeni hak ve yükümlülükleri ilgilendiren bir yargılama söz konusu ise m.6, diğer hallerde ise müdahale edilen hakkın Sözleşme kapsamında kalması kaydı ile m.13 devreye girecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, genel olarak koruma tedbirlerinin gerekliliği, devamı ile ilgili yargılamaları m.6 kapsamı dışında, dolayısı ile adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvenceler dışında görmüştür (bir kısım güvence m.5'te sağlanmıştır.). Örneğin: Guzzardi v. İtalya. Ancak AİHM'in koruma tedbiri yargılamalarının tazminat hukuku ile bağını, dolayısı ile medeni hak ve yükümlükler ile bağını ele alarak m.6 güvenceleri kapsamında gördüğü kararları da vardır. Örneğin: Aerts v. Belçika, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014; Sibel İnceoğlu, age, s.58.

hürriyeti kısıtlanan kişinin" itiraz yoluna başvurabileceğini düzenlerken, Anayasa.m.19/9, *"Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."* hükmünü getirmektedir. Önleme yakalaması adı altındaki eylemlerin idari alanda icra edildiği tasavvur edilebilecek durdurma, mevcut hukuki düzenlemenin niteliği ve AİHM içtihatları karşısında fiili yol ihtiva ettiklerinden, adli yargıda[418] yakalamanın tabi olduğu başvuru yollarına tabi kılınması Anayasa hükmüne uygun olacağı gibi, özgürlük hakkına haksız müdahalede bulunulan kişinin çaresiz bırakılmasının önüne geçilebilecektir.

III. Polisin "Emre Dayanmayan Yakalama Yetkisi"ni Düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu Hükmü İle Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Arama Yönetmeliği Hükümleri Arasındaki Temel Farklar

Polisin, emre dayanmayan yakalama yetkisini düzenleyen CMK ile PVSK ve Arama Yönetmeliği arasında, çalışmanın bu kısmında ortaya konulması gereken temel farklılıklar mevcuttur. Söz konusu düzenlemeler arasındaki temel farklar hiç kuşkusuz usuli güvenceler etrafında toplanmaktadır. Gerek yetkinin kullanımında gerekse işlemin tamamlanması sonrası işlemlerde ortaya çıkan farklar iki farklı hukuk rejimini ifade etmektedir. CMK'da düzenlenen yakalama ve özel olarak yakalama emrine dayanmayan kolluk yakalaması türü, *"bastırıcı usul"* mantığına uygun kurgulanmıştır. Bastırıcı rejimde, suç teşkil ettiği düşünülen fiile karşı reaksiyon verilmesi söz konusudur. Polisin eylemleri suç şüphesi üzerine kurgulanmıştır. Bu rejime, hâkim güvencesine dayandığı için hukuk rejimi de denir[419]. Bastırıcı rejime göre kurgulanmış CMK sistematiğinde, hâkim kararına dayanmayan doğrudan yetki kullanımını zorlaştırıcı ön şartlar konulmuştur. Ortada, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir hâl olacak ve bu hâlde doğrudan müdahale edilmez de Cumhuriyet savcısına veya âmirlere başvurma yoluna gidilirse işlemden

---

[418] Giritli/Bilgen/Akgüner, age, s.938.
[419] Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.72.

beklenen fayda ortan kalkacaksa yakalama yetkisi doğrudan polise verilmiştir. CMK'daki şartlar, yargılama olsaydı suç işlendiğinin ispatına yakın bir şüphe derecesini zorunlu kıldığından polise tanınan takdir yetkisinin çerçevesi sıkıca çizilmiştir. Takdir kullanımında keyfiliğin önüne çekilen bu set, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının tarihte ortaya çıkmasından bu yana gösterdiği gelişim mantığına denk düşmektedir.

PVSK ve ilgili mevzuattaki yetkiler ise önleyici rejim[420] olarak da adlandırılan idari[421] bir mantığın yansımasıdır. Amaç somut bir suç şüphesinden ziyade her türlü düzen bozucu tehlikeye karşı önlem almaktır. Keyfiliğin önlenmesi, mevzuatın bu kısmının gündemine pek girmemiştir; polisin yetkililiği esas alınmıştır. Doktrinde, koruma tedbirleri giderek temel haklara müdahale terimi ile karşılanmaya başlanırken[422]; başka bir yaklaşımda PVSK yetkileri, giderek koruma tedbiri olmaktan çıkarılmakta, önleme tedbiri/araştırma tedbiri sınıflamaları yapılmaktadır. Mesele idare hukuku alanında ele alınıp çerçevesi burada çizilseydi, belki hak ve özgürlükler açısından kendi içinde bir nebze güvence barındıran bir rejimden bahsediyor olabilirdik. Önleyici, diğer bir adla idari rejimde tedbir uygulamanın, somut olayda toplumsal zorunlulukların gereği olarak ortaya çıkması, idarenin kanuna bağlı, yani kanun ile sınırları çizilmiş yetki kullanması, istisna olması gibi şartları vardır[423]. Ancak PVSK ve ilgili mevzuatta, idari alanla adli alan zaman zaman aynı maddenin aynı fıkralarında dahi iç içe geçmiş durumdadır. Bu hükümler ne tam adli alanın ne de tam idari alanın güvencelerini taşımaktadırlar. İdari alanda başlayan yetkiler adli alana sarkmakta, suç şüphesi barındıran olaylara idare hukukunun kavramları ile yanıt üretilmektedir. Baştan sona hâkim güvencesinin yer almadığı, sınırları ve adları muğlâk işlemler yığını, muhatabını çaresiz bir duruma[424] itmektedir. Ortaya hukukun her iki

---

[420] Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.74.

[421] İdari kolluk ve adli kolluk tedbiri farkı olarak önleyicilik, bastırıcılık/tepki için Bkz. Gözler/Kaplan, age, s.580, 596.

[422] Bkz. Bu çalışma Dn.131.

[423] Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.74 vd.

[424] "*Ne mahkûm, ne sanık, yalnızca tutuklu (detainee) olan bu kişiler, katışıksız bir fiili egemenliğin, yalnızca zamansal anlarında değil, doğası itibarıyla da bütünüyle yasanın ve*

alanından kurtarılmış bir polis alanı çıkmaktadır[425]. Polis alanı, çerçevesini kendi çizmemektedir; dahası kendi içinde ortaya koyduğu yetkilerin de çerçevesini çizmemektedir. Tam da bu nedenle durdurma ve önleme yakalaması olarak ifade edilen şeyler, CMK'daki yakalamanın aksine, birer kurum değildirler. Durdurmanın ve önleme yakalamasının, genel olarak da polis alanının çerçevesini "*ne o, ne bu*[426]" olması çizmektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden hukuk kurallarının gücünü ve meşruiyetini anayasal çerçeve, yasama faaliyeti, uluslararası hukuk ve bunların özeti olarak, hukuki güvencelerden alması gerekirken; polis alanında kaldığı tasavvur edilen yetkiler, gücünü belirsizlik ve güvencesizlikten; meşruiyetini ise tehlikeden, kaygıdan, korkudan almaktadır. Dolayısı ile aslında hukuk âleminde bağımsız bir polis alanı/hukuku tasavvur edilemez.

Bu bölüm altında ele almaya çalıştığımız mevzuat hükümlerini gözden geçirdiğimizde, hükümlere muhatap olabilecek üç insan grubu belirir. Bir: PVSK.m.4/A, mesleki tecrübe vb. kriterleri öne çıkararak birtakım özellikleri dolayısı ile polisin kafasındaki "profile uyan kişiler[427]" grubu; İki: PVSK.m.13, sarhoşlar, hastalar, serseriler vb. özellikleri ile alt kesimlere mensup, "emek süreçleri ile disipline olmama ve düzen bozucu ortak özelliğine sahip kişiler" ile kişilik ya da sağlık özellikleri gereği kişisel ve mülkiyet ilişkilerinde hukuki sorunlar çıkması beklenen grubu; Üç: PVSK.m.17'nin uygulamada en çok yer bulduğu toplantı ve gösteri hakkını ilgilendiren toplu siyasal eylemlere kalkışanlar grubunu. Amaç bu grupları zapt etmektir. Yakalama kurumunun olağan CMK güvenceleri, bu gruplarla "mücadelede" polisin işini zorlaştırır zira bunların taşıdığı tehlike, çoğu zaman somut bir suç fiili ile ilişkilerinden ziyade var oluşları ile ilgilidir. Hastalıkları, siyasal görüş ve faaliyetleri, belki hepsinin temel nedeni ya da

---

yargı denetiminin dışına çıkarıldığı için belirsiz bir alıkoymanın nesnesidirler" Agamben, Olağanüstü Hal, s.10.

[425] Önleyici polis yetkileri konusunda ceza ya da idare hukuku yerine polis hukuku kavramının kullanımı için Bkz. Yenisey, age, s.30. Yeni Ceza Adalet Sistemi isimli kitap "Polis ve Hukuku" adlı kitabın yenilenmiş halidir. Yenisey, age, s.30. Yenisey, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, polisin toplumu suç ve kabahatlerin doğurduğu tehlikelere karşı korumak görevi olduğundan bahis ile Polis Hukuku'nun özel kısmına dâhil olduğu kanaatindedir. Yenisey, age, s.27.

[426] Agamben, Olağanüstü Hal, s.36.

[427] Diğer bir ifade ile "*doğru kişiler*" Bkz. Bu çalışma s.108.

onun içinde düzen açısından tehdit hâline geldikleri koşul olarak yoksullukları... Bu grupların sokakta, kamuya açık alanda hareket etmeleri polis (devlet diye de okuyabiliriz) için başlı başına meseledir. Hepsinde ortaklaşan husus kurulu düzeni bozma potansiyelleridir. Sokakta/meydanda siyasal gösteriye katılan kişinin, polisin çeşitli saiklerle sorunlu gördüğü bir profile uyan kişinin, serserinin zapt edilmesi gerekir[428]. Hukuk Devleti, bu aşamada bir sıkışma yaşar; hukuk kuralları ve kurumları içinde bir gerilim kendini gösterir. Bu kişileri hukuk içinde tutmak ister. Bunun için Çocuk Koruma Kanunu ve TMK'da olduğu gibi kendine özgü sistemler kurar; ama bir yandan da PVSK ve Yönetmelik yolu ile usule dayanmayan bir müdahaleye açık kapı bırakır, bu kapıdan hukukun dışına çıkartır[429]. Örneğin, suç iddiası ile başlayan yakalama en geç 24 saat içerisinde, 24 saatin tümünün kullanılmasını gerektiren devam eden bir işlem yoksa derhal, hâkim huzuruna çıkarılma ile sonlanmalıdır[430] (daha önce savcılıkça salıverilmedi ise), birçok kanuni ön şartın sağlanmış olması gerekir vb. ama örneğin önemle bahanesi ile durdurulan kişinin amaç hâsıl oluncaya kadar tutulması mümkündür, amacı polis takdir eder. Ama bir yandan da yakalama

---

[428] "*... durdurma ve arama, spesifik suçları aydınlatmanın ve spesifik suçluları yakalamanın ötesinde sokakta kontrolü ve disiplini sağlamanın bir aracı olarak kullanılmaktadır... Durdurma ve arama yetkileri sayesinde, kolluk, toplumdaki şüpheli topluluğunu devamlı olarak izleme ve kontrol altında tutma imkânı bulmaktadır... kendi otoritesi için tehlike teşkil eden hedef kişi ve gruplara kendi gücünü sergileyebilmektedir.*" Eryılmaz, age, s.207, 208.

[429] TMK ve PVSK'nın ilgili hükümleri aynı anda yürürlükte ise şuna benzer bir sonuç beklemek gerekir: Mülkle sahip olan alkolik, şartlar gerektiriyor ise TMK'ya göre kısıtlanır, vasi aracılığı ile malları ve diğer hukuk işleri ile ilişkisi düzenlenir, gerekirse mahkeme kararı ile belli bir usule göre kapatılır; mülkü olmayan alkoliğin vasiliği vb. işlemleri de pratikte gündeme gelmez, onun sarhoşluğu sokakta soruna yol açarsa, PVSK'ya göre yakalanıp polis merkezine götürülür ayıltılıp bırakılır. Teoride ise, mülkü olan da olmayan da hem TMK hem de PVSK önünde eşittir, kanunlar her ikisine de uygulanır. Özgürlüğe müdahale eden işlemin süresine bakılarak da bir sonuca varmamız zor görünür; zira az ya da çok belli bir zorlamayı içeren her kısıtlama AİHS.m.5 kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Brega ve Diğerleri v. Hollanda, Parag.19, 43, Başvuru No: 61485/08, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014. Yani PVSK'daki hükümlerin kısa süreli işlemler için uygulanacağını, TMK'nın zaman alacak bir süreç gerektiren işlemler için kullanılacağını böylelikle iki kanunu da yürürlükte ve farklı işlevler gördüklerini savunmak da olanaksızdır. Bkz. De Wilde Ooms ve Versyp v. Belçika, Parag.65, Başvuru No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":["GRAND CHAMBER","CHAMBER"]}, 31.12.2014. Çelişki ortadadır.

[430] CMK.m.94.

kavramı kullanılır (Örneğin: PVSK.m.13/1) zira polis ileride işleyeceğimiz gibi yetkisini ve meşruiyetini yasadan almaktadır. Yakalama işlemi yapıyor olmak onu herkesçe kabul edilebilecek meşru bir faaliyetini anımsatmaktadır, bu nedenle "suçla mücadele", "yakalama", "gözaltı kavramlarından" vazgeçilmez, bu kavramlar duyulduğunda suçu hatırlatır, muğlâk suç heyulası dolaşıma sokulduğunda artık onun dolaştığı yerlerde suçun yarattığı korku, meşruiyet, müdahale yetkisi vardır; şüphelinin sahip olması gereken usuli güvenceler yoktur.

IV. SONUÇ

Tarihte kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ortaya çıkıp bugünkü hâlini alana kadar geçirdiği aşamalarda güvenlik kavramı ve onun teminatı olarak hâkim güvencesi ve genel olarak usule bağlılık, hakkın korunmasında temel kavram ve yöntem olarak şekillenmiştir. Bu kavram ve usuli güvenceler, tarihin belli safhalarında toplumsal, ekonomik ve hukuki ilişkilerin eseri olarak ortaya çıkmıştır. Burjuva sınıfının aristokrasi ve feodalite ile mücadele ettiği veya henüz iktidarı yeni ele aldığı dönemlerde ihtiyaç duyduğu hukuk güvenliği gereği hâkim güvencesi, kanunların açık ve anlaşılır olması, suçun kanun ile tanımlanıp, polisin suç fiilleri ile ilgilenmesi fikri gelişmiştir. Ancak bu dönemlerde de yoksulluğun ve mülksüzlüğün farklı görünümleri olarak serserilik, aylaklık, işsizlik hukuki korumadan ziyade devlet ve kanun şiddeti ile muhatap olmuşlardır.

Burjuvazi, iktidarı tam olarak ele alıp artık kendinden daha güçlü bir sınıftan korunmak için hukuk kalkanına ihtiyaç duymadığı zaman, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını koruyan kavram ve usuli güvenceleri yozlaştırıp bunların ortadan kaldırılması için türlü girişimlerde bulunmuştur. Zira artık yeni düzen kurulmuştur; mesele, onu korumaktır. Bu çerçevede polis kanuni görünümünden sıyrılmakta ve eski düzen koruyucu işlevine dönmekte; bu işleve dönerken usule bağlılık, yasayla tanımlanan suça müdahale gibi gerekçelerden sıyrılmaktadır. Bu süreçte güvenlik kavramı kamu güvenliğine tahvil edilmiş, mevcut ceza usul kanunlarına paralel hükümler ihdas edilmiştir. Usuli güvenceleri etkisizleştirecek hükümler, daha çok polisin yetkilerini düzenleyen mevzuatta kendini göstermiştir. Ancak eskinin ceza usul sistematiği ile yeninin polis yetkileri arasında birçok çelişki baş göstermektedir.

Önceleri bu çelişkiler olağanüstü hâl durumlarında daha belirgin olarak görülürken bugün polis mevzuatı ve anti-terör kanunlarına yerleşen sözde olağan dönem yetkileri bütün hukuk sistemini etkisi altına almakta, olağanüstü dönem yetkilerini süreklileştirmektedir. Toplumun haklarını korumada ortaya çıkan asıl tehlike de budur. Zira hukukla perdelenmiş bir haksızlıkla mücadele etmek, hukuksuzluğu açık olan bir haksızlıkla mücadele etmekten zordur.

Temel hak ve özgürlüklerin keyfi müdahalelere karşı korunmasını hedefleyen hukukçuya düşen görev, öncelikle meseleyi salt bir mevzuat ve hukuk sorunu olarak ele almayıp işin tarihsel ve toplumsal yönlerini görmek, böylece gelişmelerin seyrini doğru kavramaktır. İkinci olarak, mevzuata giren durdurma ve mevzuatta var olduğu ileri sürülen önleme yakalaması yetkisi gibi kavramları dikkatle ele alıp temel usul kanunları ve uluslararası insan hakları metinleri ile sürekli kıyaslanması gerekir. Bu arada, polisin temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale yetkisine kaynaklık eden takdirilik, re'sen icra gibi kavramların hukuki çerçevesinin özenle çizilmesi gerekir.

Bugün Türk hukukunda, durdurma ve doktrinde ifade edildiği biçimi ile önleme yakalaması yetkilerinin, usul hukuku ve AİHS açısından hukuki çerçevesini çizecek olursak, bu isimlerle adlandırılanları, birer "hâkim kararına dayanmayan ve adli merci önüne çıkartma amacı gütmeyen yakalama" olarak ifade etmeliyiz. Yakalama Türk hukukunda, temelde hâkim kararına dayanması gereken ve ancak somut suç şüphesi üzerine adli merci önüne çıkartma amacı ile gerçekleştirilebilecek bir işlemdir. Dolayısı ile durdurma ve doktrinde ifade edildiği hâli ile önleme yakalaması yetkileri, Türk hukukunda mevcut düzenleniş biçimleri ile uygulanacak olursa, ortaya haksız yakalama çıkacak ve müdahale haksız yakalamanın sonuçlarına tabi olacaktır. Zira bu yetkileri düzenleyen mevzuat temel hak ve özgürlüklere müdahale eden düzenlemelerde aranan niteliklere sahip değildir. Bu mevzuatta idari kavramlarla adli alanı ilgilendiren hâllere müdahale öngörülmekte, yer yer idari alanda başlayan polis eylemlerinin ceza usul kanunu ile mümkün olmayacak şekilde adli alanda devam etmesine imkân tanınmaktadır. Kaldı ki PVSK ve ilgili yönetmeliklerle polise yetki verilen birçok hâl, zaten temel usul kanunları ile düzenlenmiştir. Bu usul kanunlarının getirdiği hükümler AİHS ve AİHM içtihatları ile birçok açıdan örtüşürken, PVSK ve ilgili yönetmelik hükümleri başlı başına ihlâl nedenidir. Durdurma ve önleme yakalamasının haksız yakalama olarak nitelendirilmesi salt bir pozitif hukuk sorunu değildir; hukukun amaçlarından biri olduğuna inanılan temel hak ve özgürlüklerin korunmasına uygun düşmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasının güncel ve yakıcı bir yönü de, kişi özgürlüğüne müdahalede ırkçılığın ve sınıf temelli ayrımcılığın ortaya çıkması hâlleridir. Mevzuata yeni giren, bir kısmı öteden beri mevzuatta olduğu varsayılan durdurma ve önleme yakalaması gibi yetkiler, gerek pozitif hukuk açısından gerekse hukuk politikası açısından olağan ve olumlu değildir. Bu gibi yetkilerin kullanıldığı ülkelerde, yetkilerin iç yapısından kaynaklı ırkçılık ve sınıf temelli ayrımcılık olguları, araştırmalara ve mahkeme kararlarına yansımıştır. Türkiye'de bu işlemler kayda alınmamakta ve istatistik tutulmamaktadır. Yetkilerin kullanılmasında aktif bir kamusal denetim de çözüm değildir; zira denetim ölçütü polisin tecrübesi ve onun en iyi bildiği var sayılan somut olaydaki sokak koşullarıdır. Dolayısı ile objektif ve denetime imkân veren bir ölçüt, kavramların meşruiyet kaynakları gereği mümkün değildir.

Önleme yakalaması ve durdurma adı altındaki hükümlerin belirsiz yapısı, ayrımcı uygulamalara yol açmasının yanında, müdahalenin muhatabını keyfi tutumlar karşısında çaresizliğe itmektedir. Belirsizliğin karşısına belirlilikle çıkmak temel hak ve özgürlüklerin korunmasında genel bir strateji olarak benimsenebilir. Ancak sorun, hukuk stratejilerine indirgenemeyecek kadar yapısaldır.

Gelinen aşamada hukuk, klasik ceza usul kurumlarından daha iyi ve güvenceli bir yöntem geliştirebilmiş değildir. Bu yetkilerin bazı acil durumlarda yetersiz kaldığını savunan kamu otoritesine iki öneride bulunulabilir:

- Saf hukuk bakışı ile: Usul kurumlarının gereklerini yerine getirebilmek üzere savcılık ve adli kolluk teşkilatlarının bağımsızlaştırılarak güçlendirilmesine;
- İkinci ve daha doğru bir yöntem olarak sorunun temelinde yatan toplumsal eşitsizliğin giderilmesine çalışılmalıdır.

Yakıcı bir örnek olması açısından, bugünlerde TBMM gündeminde olan ve çalışmamızda yer verilen kanun tasarısı, polisin kişileri ve araçları durdurup arama izni olmaksızın kapalı yerlerinde arama yapabilme yetkisini getirmektedir. Anayasa'nın ve CMK'nın açık hükümlerine aykırı olan bu durum, izin talep edilmesi halinde aranacak kişinin bekletilerek mağdur

edilmemesi gibi ironik bir gerekçeye dayandırılmaktadır. Polis ile adli mercilerin iletişiminden kaynaklanan gecikmelerin yaratacağı tehlike varsayımından beslenen aciliyet bahanesi, her türlü olağan durumu yutmaktadır. Çoğu zaman tam da bunu hedefleyen kamu otoritesinden, toplumsal eşitsizliği gidermesini beklemek ise elbette çelişki barındırmaktadır.

Sonuç olarak, gelinen tarihsel aşamada, temel hak ve özgürlüklerin korunması çabasında, hukukçuya da iki öneride bulunulabilir:

- Artık (konumuz kapsamında) klasik ceza usul kurumları kendi başlarına ele alınıp incelenemez. Polisliğin girdiği yeni evre ve bunun getirdiği/bunu koşullayan yeni yetki kuralları sürekli göz önünde tutulmalı; yapılacak çalışmalarda bunların klasik ceza usul kuralları ile ilişkisi ve bir diğerine etkisi işlenmelidir. Aksi takdirde yapılacak çalışmalarda "*...artık gücü ve uygulaması olmayan bir hukuk*'tan – '*eski kitaplarımız'ın sayfalarını çevirerek 'yeni avukat'ın derin incelemelere daldığı hukuk gibi*[431]" bir hukuktan faydasızca bahsedip durmanın ötesine geçilemez.

Polise verilen durdurma ve önleme yakalaması yetkilerini gözetmeden yakalama kurumunu incelemek, cezasızlık politikasını göz önüne almadan durdurma ve önleme yakalamasından bahsetmek, polisliğin girdiği yeni evreyi irdelemeden cezasızlık politikasını anlamaya çalışmak, hukuk araştırmasını klasik metinler arasına hapseder; gerçek hayatla bağlarını kopartır. Bugün polis, giderek hayatın her alanında etkinliğini arttırmakta, bunun hem sebebi hem de sonucu olarak kişinin bedenine yapılan doğrudan müdahaleler de çoğalmaktadır. Bu müdahalelerin neticesi olarak polis ile özgürlüğünden mahrum kalanlar arasında yaşanan gerilimler, sonu ölüme kadar giden olaylara yol açmaktadır. Diğer bir açıdan zaten ırksal, sınıfsal vb. sebeplerle var olan gerilim, durdurma ve önleme yakalaması uygulamalarına yol açmakta, uygulamaya itiraz gelişmesi halinde güç kullanımı gündeme gelmekte, gerilim devlet açısından bu şekilde giderilmiş olmaktadır. Polise verilen her yakalama ve benzeri yetki, bir anlamda onun

---

[431] Agamben, Olağanüstü Hal, s.86.

öldürme yetkisini de beraberinde getirmektedir. Polisin özgürlüğe bu tür müdahale yetkisinin temeli durdurma vb. muğlâk içerikli kavramalara dayanmakta, muğlâklık da uygulamada keyfiliği koşullamaktadır. Keyfiliğin uygulayıcı açısından cezaî sorumluluğa yol açma tehlikesi her zaman mevcuttur. İşte bu noktada, cezaî yaptırımla karşılaşılmaması örtülü ve sürekli bir cezasızlık politikası ile mümkün olmaktadır. Uygulamacı, bu politikanın sürekliliğine duyduğu güven oranında durdurmaya, önleme yakalamasına ve devamında güç kullanmaya kalkabilecektir. Dolayısı ile cezasızlık politikası ve keyfilik tali birer olgu değil, durdurma ve önleme yakalamasının dolayısı ile polisin sokakta kurmaya çalıştığı su sızdırmaz hâkimiyetin ön koşullarıdır. "Su sızdırmazlık" polis dilinde "sıfır tolerans" olarak ifade edilmektedir. Bu söylem ile zihinlerde suç fiillerine gönderme yapılarak meşruiyet oluşturulmaya çalışılmaktadır. Hâlbuki tolerans gösterilmeyen şey, somut ve şahsileşmiş bir suç şüphesine yol açan fiil değil, genel düzen bozucu hâl ve fiillerdir.

- İkinci bir öneri konusu olarak hukukçunun yüzünü devlet dışı toplumsal öznelere daha fazla dönmesinin gerekliliği ve eksikliği, bizzat hukukun var olma sorunu olarak önümüzde durmaktadır. Zira insan hakları hukuku anlamında hukuk olmanın ön şartlarını, ancak bu ön şartlara ihtiyacı olan devlet dışı toplumsal özneler savunabilir ve talep edebilir.

Bugün geldiğimiz noktada, bir hukuki rejimin olağanüstü hali nasıl düzenleyeceği, olağan dönemle olağanüstü dönemi nasıl ayıracağından ziyade olağanüstü dönem yetkilerinin süreklileşmesi karşısında artık olağan dönem hukukunun varlığı tartışılmaktadır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının tarihsel bağlamı açısından hâkim güvencesi, usule bağlılık hakkın var oluşunun ön şartlarıdır. Dolayısı ile bu ön şartların varlığını talep eden, tarihsel bağlamı itibari ile hukuk talep etmektedir; bu ön şartları kaldırmaya çalışan, en azından hakkın tarihsel bağlamından başka bir hukuk kurmaktadır. İşin özü, devletler, artık kendi egemen iktidarlarının giderek daha az ihtiyaç duydukları; salt onları değil de egemen iktidarlarla çatışan alt sınıfların mensuplarını da koruyan hukuku günden güne terk etmekte; alt

sınıflar ise giderek daha fazla hukuk güvenliğine ihtiyaç duymaktadır. İki eğilim arasında tercih yapmak kaçınılmazdır.

İhtiyaç duyulan bu hukukun insan hakları hukuku ve klasik ceza usul kuralları çerçevesinde kalarak oradan gelişip gelişmeyeceği, bizatihi insan hakları hukuku ve klasik ceza usul kurallarının gerçek hayatta var olup olmama sorunu ile bağlantılı olarak gelecekte cevaplanacaktır. Bugün ucu çeşitli ihtimallere açık bir geçiş sürecinde olduğumuza dair, bir kısmını bu çalışmada göstermeye çalıştığımız birçok ampirik veriye sahibiz. İhtiyaç duyulan hukukun, günümüz insan hakları hukuku ve ceza usul kurallarına bağlı olsun olmasın, geliştirilmesi kaçınılmazdır; zira toplum halinde yaşayan insan onurlu bir varlıktır. Toplumsal hayat ise her şeye rağmen devam etmektedir.

EK 1

T.C.
İSTANBUL
2. ÇOCUK MAHKEMESİ

Dosya No : 2013/618 Esas

CMK 199. Md. Göre
Yakalama Emri Üst Yazısı

İSTANBUL CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI
YAKALAMA BÜROSU'NA

İftira Nedeniyle Mağdurun Gözaltına Alınmasına veya Tutuklanmasına Neden Olma suçundan aşağıda açık kimliği yazılı sanık hakkında mahkememizingünlü kararıyla sorgusu yapılmak üzere, CMK 199. maddesi gereğince yakalama emri çıkarılmış olup, hakkında çıkarılan yakalama emri ilişikte sunulmuştur. Bu nedenle;

a) Yakalama emrinin bir an evvel infazı,

b) İSTANBUL'de yakalandığı takdirde mahkememize getirilmesi,

İSTANBUL dışında yakalandığı takdirde, CMK 196/2 maddesi gereğince hakkında talep edilen sevk maddesinde ön görülen cezanın alt haddi 5 yıldan az olduğundan yakalandığında en yakın ÇOCUK (ASLİYE CEZA) mahkemesine sevk edilerek savunma yapmak istediği taktirde savunma ve delillerinin tespitine, mahkememizde savunma yapmak istediği taktirde en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili mahkeme tarafından **savunma ve delillerinin tespiti ile savunması alındıktan sonra TCK'nun 269/2 maddesindeki ek savunma hakkının verilmesine,**

Bu hususta düzenlenecek talimat evrakının duruşmanın bırakıldığı 18/03/2015 gününden evvel mahkememize gönderilmesi,

Rica olunur. 05/12/2014

Katip 135696
e-imza

Hakim 37284
e-imza

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK: oğlu,
01/01/1999 SİNOP doğumlu, Sinop, Merkez, Dibekli mah/köy, Cilt no: . Aile sıra no: ;
Sıra no: nüfusunda kayıtlı.

EKİ: Yakalama emri, iddianame ve hazırlık ifadesi sureti

NOT: 5070 sayılı yasaya göre elektronik imza ile imzalanmış olup, ayrıca fiziki olarak gönderilmeyecektir.

İSTANBUL NÖBETÇİ CEZA MAHKEMESİ BAŞSAVCILIĞINA

EK 2

İlgi sayılı soruşturma dosyası ile ilgili olarak [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Ekler: 28163

[illegible]

[illegible]

[illegible]

EK3

İSTANBUL
CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI
ÖZEL SORUŞTURMA BÜROSU

Sayı : 2013/84674 19/07/2013
Konu :

Sayın; Av.

müdafii olarak vermiş olduğunuz 18/07/2013 havale tarihli dilekçenizle büromuzca 2013/84674 soruşturma nosu ile yürütülmekte olan 2911 Sayılı Kanuna Muhalefet suçu ile ilgili olarak yakalama emrinin bulunup bulunmadığı sorul[illegible]tadır.

11/06/2013 günü saat 12:05 sıralarında İstanbul Adalet Sarayı-C Blok -3 girişindeki alanda üzerlerinde avukat cübbesi bulunan 50-60 kişilik grubun alkışlarla slogan atmaları üzerine gruba dağılmaları ihtarında bulunulmuş, dağılmamaları ve güvenlik güçlerinin ikazına rağmen eylemlerine devam etmeleri üzerine müdahale edilerek 44 şüpheli şahıs yakalanarak kimlik tespiti yapılmış, hastaneye sevkle raporları alındıktan sonra serbest bırakılmıştır.

Olayla ilgili emniyet görevlilerince tutulmuş olan 11/06/2013 tarihli "olay, Cumhuriyet Savcısı ile görüşme ve talimat tutanağı"nda da belirtildiği üzere 2911 Sayılı Kanun'un 22, 23-e maddeleri uyarınca kanuna aykırı toplantı ve gösteri düzenleyen ve yakalandıktan sonra ibraz ettikleri kimliklerinden avukat oldukları anlaşılan 44 şahıs 2911 Sayılı Kanun hükümlerine göre verilen sözlü talimat üzerine gereken ikazda bulunulmuş, dağılmamaları ve emniyet görevlilerine mukavemet ve saldırıda bulunmaları üzerine yakalanmışlardır.

Buna dair tutanak fotokopisi müzekkeremiz ekindedir. Tutanaktan da anlaşıldığı üzere yakalama talimatı görevli Cumhuriyet Savcısı tarafından sözlü olarak verilmiştir. Yazılı bir yakalama talimatı bulunmamaktadır.

Yakalanan ve avukat oldukları kimlik tespiti sonucu anlaşılan şüphelilerce işlenilen 2911 Sayılı Kanuna Muhalefet suçunun avukatlık görevinin ifası sırasında işlenilen veya avukatlık görevinden doğan suç olmaması nedeniyle genel hükümlere göre soruşturma yapılmaktadır.

Bilgilerinize rica olunur.

[illegible] - 21004
İstanbul Cumhuriyet Savcısı

Tebliğ : 06-11-2013 EK 4

T.C.
İSTANBUL
1. AĞIR CEZA MAHKEMESİ

//TAZMİNAT RED//

DOSYA NO : 2013/405 Esas
KARAR NO : 2013/262

GEREKÇELİ KARAR
TÜRK MİLLETİ ADINA

BAŞKAN : 37235
ÜYE : 35858
ÜYE : 36910
C. SAVCISI : E 23782
KATİP : S 142140

DAVACI : K H.
DAVACI : (T.C. Kimlik No: Halide Edip Adıvar Mah. Melikşah Sok. 20/9 Şişli/İSTANBUL adresinde mukim.
VEKİLİ : Av.
DAVALI : MALİYE HAZİNESİ
VEKİLİ : Av.R
DAVANIN KONUSU : TAZMİNAT
DAVA TARİHİ : 10/09/2013
KARAR TARİHİ : 23/09/2013

Yukarıda açık kimliği yazılı davacı hakkında mahkememizde yapılan yargılamayla ilgili olarak;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili mahkememize vermiş olduğu 10/09/2013 havale tarihli dilekçesinden özetle; müvekkilinin avukat olduğunu, İstanbul Adliyesinde kolluk tarafından hukuksuz olarak yakalama işlemine tabi tutulduğu, bu olaydan dolayı maddi ve manevi zarara uğradığından bahisle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Dava dilekçesi içeriğinden olay günü davacının ve yanında başkaca avukatların İstanbul Adliyesindeki bir olaya ilişkin haklarında soruşturma yapıldığı anlaşıldığından davacı hakkında soruşturma olup olmadığı hususunda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Özel Soruşturma Bürosu'na yazı yazılmıştır. Gönderilen cevabi yazida 11/06/2013 tarihinde İstanbul Adalet Sarayı C Blok -3 girişindeki alanda gerçekleştirilen protestoya katılan avukatlardan olan davacı Fatma Elveren Yeşil hakkında başlatılan soruşturmanın Savcılığın 2013/84674 soruşturma sıra numarasına kaydedildiği ve dosyanın derdest olup sonuçlanmadığının bildirildiği anlaşılmıştır.

C.Savcılığından talep konusunda mütalaa alınmış, C.Savcılığı yazılı olarak davanın reddine karar verilmesi yönünde görüş beyan etmiştir.

1/2

Tebliğ: 04-11-2013

Dava, haksız yakalama ve tutuklamaya ilişkin maddi ve manevi tazminat talebine ilişkindir. Bu davalar CMK 141 ve devamı maddelerinde yasal olarak düzenlenmiştir. Bu tür haksız yakalama ve tutuklama taleplerine dayanan tazminat davalarında CMK 142/1 maddesine göre karar veya hükmün kesinleştiğini ilgilisine tebliğinden itibaren 3 ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen 1 yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceğini hükme bağlanmıştır.

Yukarıda anılan madde hükmüne göre somut olayımıza dönüp baktığımızda davacının İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yakalamaya konu olaya ilişkin soruşturmanın devam ettiği, herhangi bir karar (kovuşturmaya yer olmadığına gibi) veya açılmış bir davanın bulunmadığı, bu durumda tazminat talebinde bulunulamayacağı anlaşıldığından dava dilekçesinin usulden reddine karar vermek gerektiği vicdani kanaatine varıldığından aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir.

HÜKÜM:

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

Davacının davasının CMK 142/1 maddesi gereğince usulen **REDDİNE,**

Davacı vekilinin ve davalı hazinenin yokluğunda, C.Savcısının mütalaasına uygun ve 5271 SK.nun 291 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 7 gün içinde mahkememize veya bulunulan yer mahkemesine bir dilekçe verilmesi veya Zabıt Katibine beyanda bulunulması, bu beyanın tutanağa geçirilmesi ve tutanağın hakime onaylattırılması suretiyle Yargıtay ilgili Ceza Dairesine göndermek üzere dilekçe verip temyiz edebileceklerinin temyiz edilmediği takdirde kararın kesinleşeceğinin bildirilmesine dair evrak üzerinde yapılan inceleme sonucunda tensiben oybirliğiyle karar verildi.23/09/2013

Başkan 37285 **Üye 35858** **Üye 36910** **Katip 142140**

EK 5

T.C.
BAKIRKÖY
13. AĞIR CEZA MAHKEMESİ

DOSYA NO: 2013/276 Esas
KARAR NO: 2014/54

GEREKÇELİ KARAR
T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

BAŞKAN: HAYRİ ÖZDAL 24230
ÜYE: CEMİL DERİN 27853
ÜYE: MEHMET ATİK ARAZ 32414
C. SAVCISI: VEYSEL ERTUĞRUL 30678
KATİP: EMEL ÇİÇEK 158114

DAVALI : [redacted] Tacettin ve Şazimet oğlu, 10/06/1986 İSTANBUL doğumlu, YOZGAT, SARIKAYA. Ürkütlü mah/köy nüfusunda kayıtlı. Merkezefendi Mah. Mevlana Cad. No:[redacted] İç Kapı No:27Zeytinburnu/ İSTANBUL adresinde oturur.TC Kimlik No [redacted]

VEKİLİ: Av. [redacted]
DAVACI: MALİYE HAZİNESİ, Cağaloğlu İSTANBUL.
VEKİLİ: Av. [redacted]
DAVA: Yakalama veya Tutuklama Sonrası KYO veya Beraat Kararı Verilmesi Halinde Tazminat
DAVA TARİHİ VE YERİ: 11/09/2013 - Bakırköy / İSTANBUL
YARGI SONU: KISMEN KABUL, KISMEN RED
KARAR TARİHİ: 18/02/2014

Yukarıda açık kimlik bilgileri yazılı davacı Kenan ÇALIŞ'ın 11/09/2013 havale tarihli dilekçesi ile davalı hazineden haksız tutuklama nedeni ilemanevi tazminat talebinde bulunmuş olmakla: Mahkememize tevzii edilen dosyanın incelenmesi sonucunda:

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı tarafından Mahkememize verilen 11/09/2013 havale tarihli dava dilekçesiyle kendisinin 11/06/2013 tarihinde saat 12:05'ten aynı gün 22:05'e kadar haksız olarak göz altında kaldığından bahisle 20.000 .00 tl manevi tazminatın tahsilini talep etmiştir.

Dava dilekçesi ekinde 11/06/2013 tarihli saat 16:30'da imza altına alınan tutanak, 11/06/2013 tarihli 22:05'te imza altına alınan tutanak , İstanbul 9 Asliye Ceza MAhkemesinin 209 muh 03/07/2013 tarihli yazısı, İstanbul Cumhuriyet savcılığının 2013/84674 sayılı 19/07/2013 tarihli yazısı, 11/05/2013 tarihliHaseki Eğt. Araş. Hastanesinin doktor raporu

sunulmuştur.

Davalıya usulüne uygun olarak dava dilekçesi tebliğ edilmiş, davalı vekili Mahkememize sunduğu 08/11/2013 havale tarihli cevap dilekçesinde davanın süresinde açılmadığını, davanın mükerrer açılıp açılmadığının araştırılması gerektiğini, davacının göz altı ve tutukluluk süresinin başka bir hükümlülüğünden mahsup edilmesi halinde tazminat istenemeyeceğini, davacının kendi kusur ve eyleminin sonucuna katlanmak zorunda olduğunu, maddi ve manevi zararların ispatı gerektiği gibi yasanın amacına ters düşecek ve haksız zenginleşmeye yol açacak şekildeki fahiş talebin reddi savunulmuştur.

CMK'nun 141/1-e maddesi; **"Kanuna Uygun Yakalandıktan veya Tutuklandıktan Sonra Haklarında Kovuşturmaya Yer Olmadığına veya Beraatlerine karar verilen"**

Son cümlesi **Kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.**

CMK 141/1-a maddesi;**"Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen"**

CMK 141/1-g maddesi :" **Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan"**

CMK 141/1-h maddesi; **Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,**

CMK'nun 142/2. Maddesi; **"İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer Ağır Ceza Mahkemesinde ..... Karara bağlanır"** hükmünü içermektedir.

Davacı hakkındaki iş bu tazminat davasının CMK'nun 142/1. Maddesinde belirtilen yasal süre içerisinde açıldığı anlaşılmıştır.

Davacı Kenan Çalış ın 11/09/2013 tarihli dava dilekçesi ile 11/06/2013 tarihinde İstanbul Adliyesinde yanındaki avukat meslektaşları ile birlikte polis tarafından hiç bir uyarı yapılmadan saat 12:05 te göz altına alındığı, Polis ve Salahiyet Kanununun 16. Maddesinde düzenlenen zor kullanma yetkisine aykırı olarak darp edilmek ve itilip kakılmak suretiyle çevik kuvvet otobüsüne bindirilerek karakola götürüldüğü, 10 saat boyunca saat 22:00 a kadar karakolda gözaltında kaldıkları, ancak; CMK nun 90/f.6 md uyarınca kendilerine gözaltına alınmalarını gerektirecek bir nedenin bildirilmediği, bu nedenle derhal serbest bırakılmaları gerekirken 10 saat boyunca özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarını ve bu alıkonulmanın CMK nun 91.4 md belirtildiği gibi hakim tarafından olumlu veya olumsuz bir karar alınmadan yapıldığı, ayrıca; gözaltına alınmaları hususunda C. Savcılığı nın sözlü emrinin göz altına alma ve ifade alma yönetmeliğinin 6. Maddesi ve CMK nun 161 md ne göre yazılı bir hükme çevrilmediği, ayrıca; göz altına alınmalarının CMK nun 97 md uyarınca yakınlarına haber verilmediği, bu nedenlerle; haksız ve usulsüz olarak göz altına alındıkları, bu durumda CMK nun 141 maddesinde düzenlenen haksız gözaltı nedeni ile manevi tazminat talep haklarının doğduğunu ve 20.000,- TL manevi tazminatın gözaltına alındığı tarihten itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte verilmesini talep etmiştir.

Dosya kapsamı, yapılan yargılama ve tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; davacının gözaltına alınmasını gerektirir eylemi nedeni ile İstanbul C. Başsavcılığı Özel Soruşturma Bürosu nda soruşturma başlatıldığı, bu soruşturmanın halen devam ediyor olması ve kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmemiş olması göz önüne alındığında, CMK nun 141 maddesinde düzenlenen haksız yere gözaltına alınma durumu oluşmadığı

değerlendirilebilir olsa bile; davacının gözaltına alınır iken uygulanan usul ve kanun ihmalleri, davacının soruşturma geçirdiği eylem dikkate alındığında gözaltında kaldığı sürenin uzun olması ve ayrıca; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nin gözaltına alma usulleri hususundaki düzenlemeleri ihlal edildiğinden; davacının manevi tazminat talebinin kısmen kabulü gerektiği değerlendirilmiş ve 2.000,- TL manevi tazminatın 11/06/2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

HÜKÜM:

Davacının manevi tazminat talebinin kısmen kabulü ile 2.000- TL manevi tazminatın 11/06/2013 itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı hazineden alınarak **DAVACIYA VERİLMESİNE,**

Fazlaya ilişkin **TALEBİN REDDİNE,**

Dava harçtan muaf olduğundan bu hususta karar verilmesine yer olmadığına,

3.000,- TL avukatlık ücretinin davalı hazineden alınarak davacıya verilmesine,

Talebe uygun, C.Savcısının huzurunda davacı ve vekilinin yüzüne karşı, davalı vekilinin yokluğunda CMK 291 maddesi gereğinceyokluklarındakarar verilenleraçısındanhükmün tebliğinden itibaren, yüzüne karşı karar verilenler açısından tefhim tarihinden itibaren 7 gün içinde mahkememize bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibinebir beyanda bulunulması sureti ile Yargıtaynezdinde temyizi kabil olmak üzere oybirliğiyle verilen kararaçıkça okunup anlatıldı.18/02/2014

Başkan 24230 **Üye 27853** **Üye 32414** **Katip 158114**

T.C.
İSTANBUL 2. AĞIR CEZA MAHKEMESİ

KISMEN KABUL-KISMEN RED

DOSYA NO : 2013/443
KARAR NO : 2014/132

TÜRK MİLLETİ ADINA
GEREKÇELİ KARAR

BAŞKAN : L[redacted] 31671
ÜYE : [redacted] 27536
ÜYE : [redacted] 165785
CUMHURİYET SAVCISI [redacted] 7381
KATİP: HÜSEYİN YILDIZ 135138

DAVACI : Abdullah ve Gülan'dan olma, 1980 d.lu, MURADİYE MAH DEKT [redacted] ALTINAY [redacted] Beşiktaş/İstanbul adresinde bulunur. TC KİMLİK NO [redacted]
VEKİLİ ORTAKLAR CAD. ONUR APT. NO:2/13
MECİDİYEKÖY Şişli/İstanbul

DAVALI : İSTANBUL MUHAKEMAT MÜDÜRLÜĞÜ
VEKİLİ : [redacted] Ankara cad. NO:8 Cağaloğlu/İstanbul

DAVA: Tazminat
DAVA TARİHİ : 11/09/2013
KARAR TARİHİ : 05/05/2014

Davacı tarafından davalı Hazine aleyhine açılmış bulunan tazminat davasının mahkememizde yapılan duruşma sonunda:
İSTEK :
Davacı vekili 20.000 TL maddi tazminatın 11/06/2/13 tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalından tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmesini istemiştir.
CEVAP :
Davalı Hazine vekili davanın reddine karar verilmesini istemiştir.
DELİLLER VE DEĞERLENDİRMESİ:
Davacı vekili 09/09/2013 tarihli dilekçesi ile 11/06/2013 tarihinde İstanbul adliyesi C Blok 3 Girişteki avluda bir grup avukatın önceden bir uyarı yapılmadan zorla, darp edilerek ağır hakaret ve küfürlerle iteklenmek ve yerlerde sürüklenmek suretiyle adliye dışına çıkartıldığı, saat 12:05 itibariyle Av. İsmail Demirci ve Av. Hüseyin Kaçmaz'ın hukuka aykırı olarak alı konulduğu ve adliye içerisinde keyfi olarak bekletildiği, iki avukatın özel güvenlik ve polisler tarafından hukuka aykırı olarak alıkonulması üzerine avukatların İstanbul Adliyesi C Blok 3'te bulunan müracaat savcısı ile görüşmek istedikleri avukatların bu taleplerinin savcılık tarafından geri çevrilmesi üzerine girişimlerin sürdürüldüğü, kolluk güçleriyle görüşmeler yapıldığı bu sırada davacının da aralarında olduğu avukatların C Blok'ta beklemeye başladıkları bekleme ve görüşmeler devam ederken aniden, önceden bir uyarı yapılmadan kalabalık bir çelik kuvvet ekibinin içeriye girdiği çoğunun üzerinde cübbe olan avukatların çember içerisine alındığı amirlerinin de başlarında olmasına rağmen hiç bir uyarı yapılmaksızın CMK'nun 90 maddesi ve yakalama gözaltına alma ve ifade yönetmeliğinin 5 ve

6 maddelerine aykırı olarak zorla darp edilerek ağır hakaret ve küfürlerle iteklenmek ve yerlerde sürüklenmek suretiyle saat 13:00 sıralarında yakalama işlemi yapıldığını müvekkilinin avukat olduğunu yapılanan hukuksuz bir uygulama olduğunu bunun suç teşkil ettiğini kendisini çalışma alanında bu şekilde davranılamayacağını beyan etmiş olmasına rağmen yoğun hakaret ve küfürler eşliğinde darp edilmek suretiyle çok açık hukuka aykırı bir biçimde yakalanarak adliye önünde bekletilen çelik kuvvet ekibinin otobüsüne bindirildiğini, bu nedenle CMK'nun 141/1-g maddesi gereğince tazminat haklarının doğduğunu, kolluk tarafından müvekkilinin hukuka aykırı olarak 10 saat tutulduğunu, özgürlüğünden mahrum bırakıldığını, bu süre içerisinde yeme- içme ihtiyaçlarının dahi karşılanmadığını, göz altına alma ve ifade yönetmeliğinin 17. Maddesi gereğince yakalanan kişinin göz altına alınmasını gerektirecek bir nedenin tespit edilememesi veya yakalama sebebinin ortadan kalkması halinde Cumhuriyet Savcısının emri ile kolluk kuvvetince derhal salıverilmesi gerektiğini buna rağmen gereksiz yere alıkonulduklarını, saat 20:30 gibi sağlık muayeneleri bittikten sonra müvekkilinin serbest bırakıldığını, yakalandığı 12:05 ten 22:05'e kadar özgürlüğünden mahrum kaldığını, yapılan tüm bu hukuka aykırı uygulamalar dikkate alınarak haklı ve hukuka uygun davalarının kabulü ile 20000 TL manevi tazminatın 11/06/2/2013 tarihinde işleyecek yasal faizi ile davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı hazine vekili dosyaya sunduğu 11/10/2003 havale tarihli cevap dilekçesinde davanın süresi içerisinde açılmadığını davacının tazminat isteğinin hukuki dayanağının bulunmadığını, talep edilen manevi tazminat miktarının fahiş olup haksız zenginleşmeye yol açacak şekilde talepte bulunulduğu, belirtilmiştir.

Mahkememizce dava dilekçesinde belirtilen tazminat talebine konu edilen olay ile ilgili İstanbul C.Başsavcılığı özel Soruşturma Bürosu'nun 2013/84674 soruşturma sayılı evrakı dosya içerisine getirtilmiş ve evrakın incelenmesinde davacının göz altına alınan kişiler içerisinde bulunduğu tespit edilmiştir.

Davacının avukat olduğu, soruşturma evrakı kapsamı ve dosyaya sunulan Türkiye Barolar Birliği Avukat Kimlik Belgesinden anlaşılmıştır.

Gözaltına alınan kişilerin belirtildiği, tutanakta davacının soy ismi Özbucak olarak maddi hata sonucu yazıldığı, soy isminin Özocak olduğu, dosyaya sunulan kimlik, vekaletname kapsamındaki bilgilerden anlaşılmıştır.

Davacı avukat ise de yakalama işleminin yapılmasına esas teşkil edilen olayın avukatlık görevini yaptığı sırada meydana gelmediği, anlaşılmaktadır.

CUMHURİYET SAVCISI ESAS HAKKINDAKİ MÜTALAASINDA: Davacının olay tarihinde İstanbul barosuna bağlı avukat olduğu, İstanbul adliyesindeki olay sırasında görev ile bağlantılı olarak orada bulunduğuna ve 1136 sayılı yasanın 58 ve 59 maddesi kapsamında belirlenen görevini ifa ettiğine ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmadığı bu nedenle İstanbul Cumhuriyet başsavcılığınca yürütülen davacı hakkındaki soruşturmanın davacının kişisel suçundan ötürü olduğunun anlaşıldığı, her ne kadar yürütülen soruşturma kişisel suça ilişkin genel hükümlere göre yürütülen soruşturma ise de, adliyeden alınıp kimlik tespitinden sonra saat 21:00 sıralarında salıverilen davacının gözaltına ne için alındığına ilişkin kendisine yazılı bildirimde bulunulmadığı dosya kapsamındaki belgelerden anlaşıldığı, gözaltına alma işlemi mevcut 1136 sayılı yasa ve 5271 sayılı yasa hükümlerine göre mümkün ise de CMK' ya göre gözaltına alınan kişiye gözaltına alınma nedeni ve zamanının yazılı olarak bildirilmesi gerektiği ve bu şekilde gözaltına alınan şahsa bu işleme karşı itiraz imkanı sağlanılması gerekirken bu şekildeki usul kuralına aykırı davranıldığından davacının talebinin bu yönüyle kabulüne karar verilmesi mütalaasında bulunmuştur.

Davacı vekilinin beyanlarında belirttiği İstanbul 20. Ağır Ceza Mahkemesi'nin karar örneği dosya içerisine getirtilmiş, incelenen 20. Ağır Ceza Mahkemesinin 06/03/2014 tarih 2013/422 Esas 2014/49 sayılı kararda davacı Özgür Esen'in talebi üzerine yakalama nedenlerinin

davacıya yazılı ya da sözlü olarak açıklandığına dair bir belgenin soruşturma evrakı kapsamında bulunmaması nedeniyle 1000 TL manevi tazminatın 11/06/2013 tarihinden itibaren işleyecek olan yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine kararın kesinleşmediği anlaşılmıştır.
Dosyaya davacı vekili tarafından sunulan İstanbul Anadolu 5. Ağır ceza Mahkemesi'nin 05/2/2013 tarih 2013/86 - 436 Karar sayılı kararda davacı Sinan Alkoç'un manevi tazminat talebinin kısmen kabulü ile 1000 TL manevi tazminatın 11/06/2013 tarihinde itibaren işleyecek olan yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine kararın kesinleşmediği anlaşılmıştır.
Mahkememiz dosyasının incelenmesinde; davacı avukata gözaltına alınma nedeni ve zararının yazılı olarak bildirilmediği ve bu şekilde gözaltına alınan davacının işleme karşı itiraz hakkı sağlanmadığı tespit edildiğinden davacının süresi içerisinde açmış bulunduğu davasının kısmen kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.
Davacının talep ettiği 20.000 TL'lik manevi tazminat miktarının olayın oluş şekline yakalandıktan sonra serbest bırakılmasına kadar geçen süre nazara alındığında davacının avukat olmasının da değerlendirilmesi karşısında 1500 TL manevi tazminatın haksız uygulama tarihi olan 11/06/2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine dosya kapsamına ve hakkaniyete uygun düşeceği karar verilmiş ve bu şekilde karar verilmiştir.
Yukarıdaki açıklanan gerekçelere ve tüm dosya kapsamına göre aşağıdaki hükmün kurulması gerektiği kanaatine varılmıştır.
H Ü K Ü M :
1- Davacının açtığı manevi tazminat davasının KISMEN KABULÜ İLE;
1500 TL manevi tazminat tutarının 11/06/2013 tarihinde itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı Hazineden alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin REDDİNE,
2-Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden avukatlık asgari ücret tarifesine göre ve kabul edilen manevi tazminat talebi tutarı yönünden 180 TL nisbi vekalet ücreti hesap edilmiş ise de, bu miktar 3000 TL'den aşağı olamayacağından 3000 TL maktu ücreti vekaletin hazineden alınarak davacıya verilmesine,
3- İşin niteliğine göre karar ve ilam harcı hesaplanmasına yer olmadığına,
4-Yapılan yargılama giderlerinin hazine üzerinde bırakılmasına,
Davacı vekilinin yüzüne karşı, davacı ve davalı hazine vekilinin yokluklarında, Cumhuriyet Savcısı huzuru ile talebe uygun olarak, huzurda bulunanlar için hükmün tefhimden itibaren 7 gün içinde, Mahkememize verecekleri dilekçe veya tutanağa geçirilmek üzere zabıt katibine beyanda bulunmak koşulu ile ve şayet davacı başka bir yargı alanı içerisinde ise aynı derecedeki bir Mahkemeye verilecek dilekçe ya da zabıt katibince tutunağa geçirilecek beyan ile Yargıtay yolu açık olmak üzere ve süresi içeresinde temyiz edilmediği takdirde hükmün kesinleşeceğine oybirliğiyle verilen karar açıkça okunup anlatıldı. 05/05/2014

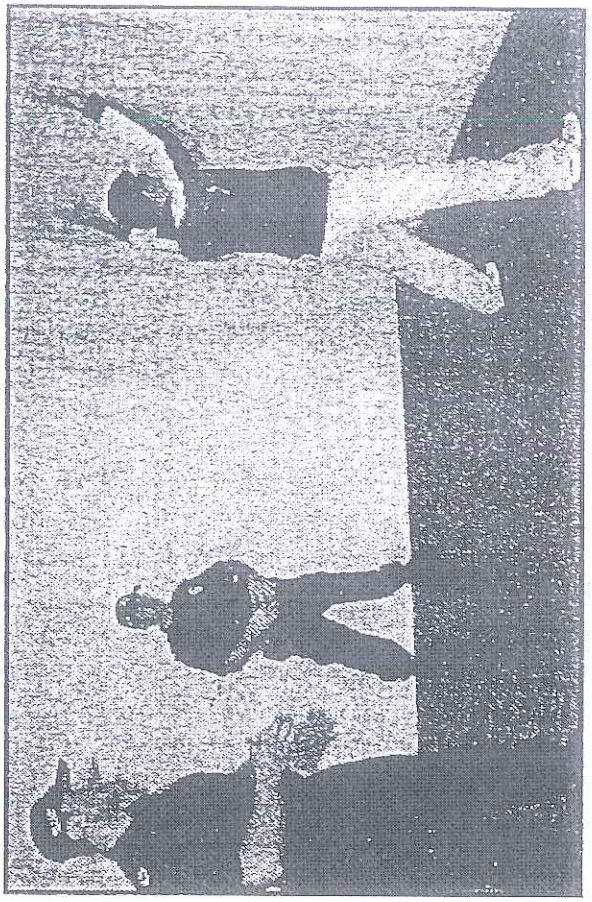
Başkan 31671

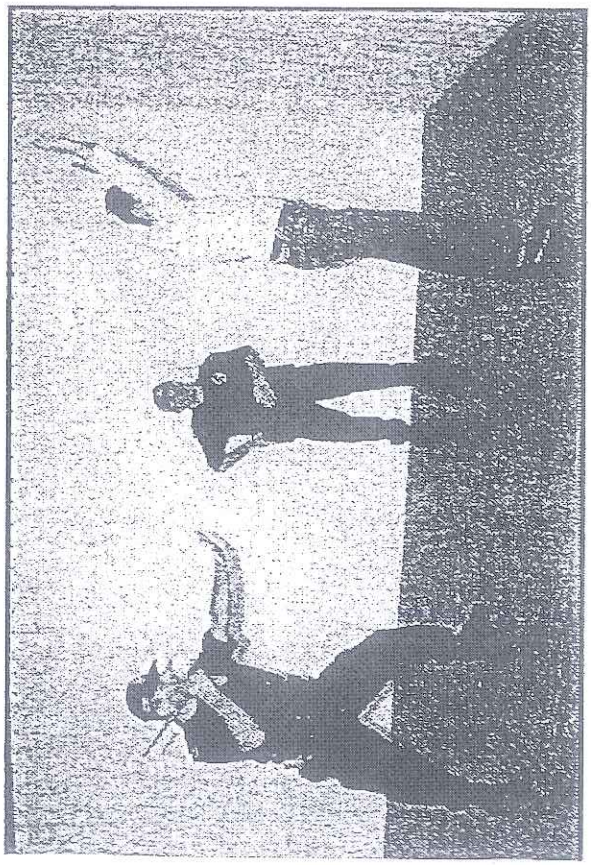
Üye 27536

Üye 165785

Katip 135138

EK6





EK 7

T.C. İSTANBUL 50. ASLİYE CEZA MAHKEMESİDosya-Karar No: 2013/460 Esas - 2013/790

SUÇ: Halkı Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşüne Kışkırtma, Kanuna Aykırı Toplantı ve Yürüyüşlere Silahsız Katılarak İhtara Rağmen Kendiliğinden Dağılmama, Görevi Yaptırmamak İçin Direnme,

SUÇ TARİHİ: 12/06/2013,

İstanbul Genel Soruşturma Bürosu'nın 08/11/2013 tarih ve 2013/56175 sayılı iddianamesi ile açılan dava mahkememize tevzi edilmekle dosya incelendi.

İDDİA:

İstanbul C. Başsavcılığının mahkememize 19/07/2013 tarihinde 2013/41003 esas sayılı numarası ile açılan iddianamesi mahkememizce dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu CMK da düzenlenen bir kısım usul eksikliği nedeniyle ve özellikle CMK nun 170/4 maddesinde yazılı bulunan yüklenen suçu oluşturan olayların mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması gerektiğinden mahkememizce 02/08/2013 tarihinde iade edilmesi üzerine,

İstanbul C. Başsavcılığının 08/11/2013 tarihinde 2013/56175 esas sayılı numarası ile yukarıda ismi yazılı sanıklar hakkında yeni bir kamu davası açılmıştır, açılan kamu davası aynen şöyledir: "Başlangıcında "Taksim Yayalaştırma Projesi" kapsamındaki yol açma çalışmaları sırasında Gezi Parkı'ndaki bazı ağaçların sökülmesi nedeniyle, "Taksim Dayanışma Platformu" isimli oluşum ile birlikte bazı sivil toplum kuruluşları ve bu arada yasadışı örgütler tarafından eylemler düzenlenmeye başlandığı, soruşturma evrakı içerisinde mevcut "Taksim Dayanışması" altında yapılan tweetler ve çağrılar ile gerçek dışı haberlerle bilgi kirliliği de yaratılmak suretiyle halkın dikkati çekilerek sosyal paylaşım ağları ile görsel ve yazılı medya üzerinden verilen mesajlarla halkın düzenlenecek eylemlere katılmalarının sağlanmaya çalışıldığı, ancak bu eylemlerin ilerleyen süreçte hukuki hak arama yolları dışına çıkarak yasa ve hukuk dışı nitelik kazanmaya, Gezi Parkı'nı işgal, kolluk görevlilerine direnme ve saldırı, çok sayıda kişinin yaralanması, kamu ve özel mallara zarar verme niteliği almaya, toplum huzurunu ve barışını olumsuz yönde etkilemeye başladığı, nitekim kolluk görevlileri tarafından defalarcayapılan uyarılara rağmen dağılmayan eylemci grupların taş, sopa, molotof, ses bombası, sapan ve bilye gibi araçlarla görevlilere saldırdığı, çok sayıda kamu ve özel binalar ile araçlara zarar verdiği, eylemlerin bölgedeki sosyal ve ekonomik yaşamı, trafik akışını olumsuz yönde etkilediği, bölgede işyerleri bulunan esnafın kepenk açmaya dahi korkar hale geldiği, böylece demokratik hak arama talebi olarak başlayan söz konusu eylemlerin, toplum huzurunun, kamu barışı ve düzeninin bozulması yönünde eylemlere dönüştüğüve bu eylemlerin 27.05.2013, 29.05.2013, 30.05.2013, 31.05.2013, 01.06.2013, 02.06.2013, 03.06.2013, 04.06.2013, 05.06.2013, 12.06.2013, 15.06.2013, 16.06.2013, 17.06.2013, 18.06.2013, 22.06.2013 tarihlerinde ve iş bu soruşturma konusu olarak da 12.06.2013 tarihinde gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Ezcümle;

"Taksim Dayanışması" organizasyonunda, Taksim Gezi Parkı Yayalaştırma Projesi hakkındaki mahkeme kararı görevlilere tebliğ edilerek tekrar Gezi Parkı' na girmek amacıyla "Parkımıza Giriyoruz" başlığı ile saat 19.00 sıralarındaTaksim Meydanı' nda yapılacak basın açıklamasına katılmakamacıyla Dolmabahçe Stadı önünde ve İstiklal Caddesinin Taksime giriş kısmında toplanma çağrısı yapıldığı;

Keza sosyal medya üzerinden yapılan toplanma çağrıları üzerine kolluk güçlerince gerekli önlemlerin alındığı anlaşılmıştır.

Söz konusu eylemci gruplar içerisinden grupla birlikte düzenli ve organize şekilde hareket ettikleri tespit edilen şüpheliler Hicran Beyazyıldırım üzerinden 3 adet bez maske, iki adet kırmızı ve mavi renkli baret, bir adet deniz gözlüğü, iki adet spreyli şişe içerisinde solüsyon, Tuğba Şahintürk üzerinden iki adet deniz gözlüğü, bir gaz maskesi ve baret ile sprey şişe içerisinde solüsyon, İbrahim Öztekin üzerinden iki adet yüz kapama bezi, bir eldiven, deniz gözlüğü, bez maske, puşi ve motorcu kaskı, Murat Takak üzerinden eldiven, gaz maskesi, iki adet deniz gözlüğü, Selçuk Özcan

üzerinden işçi partisi flaması, yeşil baret, eldiven ve gaz maskesi, Demet Turgut üzerinden bez maske ve aktif üye isimlerinin bulunduğu dosya, Elif Alçınkaya üzerinde baret, bez maske, deniz gözlüğü, Medine Akın üzerinden baret, deniz gözlüğü ve solüsyon, Hülya Arat üzerinden baret , iki adet maske ve deniz gözlüğü, Seda Tuğlu üzerinden eldiven, iki adet deniz gözlüğü, iki adet bez maske ve bir şişe solüsyon, Müzeyyen Öztürk üzerinden deniz gözlüğü, iki adet ağız maskesi, sirke ve biber gazı ile sargı bezi, Semih Bozkurt üzerinden iki adet gaz maskesi ile deniz gözlüğü, Burak Kalınca üzerinden iki adet deniz gözlüğü, gaz maskesi ve iki şişe sirke, Ramazan Demirtaş üzerinden bez maske, baret ve deniz gözlüğü, Engin Kenan İleten üzerinden altı çift eldiven, deniz gözlüğü, sprey boya, Yunus Emre Canes Soysüren üzerinden kar maskesi, bez eldiven, polis kepi, gaz maskesi ve deniz gözlüğü, Barış Akdoğan üzerinden eldiven, güneş gözlüğü, bir şişe solüsyon, Mahmut Akın üzerinden eldiven, deniz gözlüğü, bez maske, bir şişe solüsyon ve küresel eylem grubu yazılı pankart, Yunus Çiçek üzerinden eldiven, megafon, gaz maskesi filtresi, telsiz şarj aleti, sirke suyu ve üç adet bez maske, Ali Biricik, Serkan Göksel ve Tarık Yomak 'ın içerisinde bulundukları 34 MKV 29 plakalı kamyonetin kasasında 365 adet baret , 260 adet deniz gözlüğü, Osman Başaran'ın üzerinden baret, deniz gözlüğü, gaz maskesi ve eldiven bulunduğu bulunan bu malların niteliği ve kullanım amaçları nedeniyle Taksim de yapılan eylemlere fiilen katıldıkları veeylemci grup ile birlikte hareket ettikleri, görevli polislere mukavemette bulundukları belirlenmiştir.

Bu konuda 19/07/2013 tarihinde kamu davası açılmış ise de açılan davanın 02/08/2013 tarihinde iddianamesinin iadesine karar verildiği ancak iddianame iadesinde müşteki belirtilmediği anlaşılmış olup, olay tarihinde müşteki polis memurlarına şüphelilerin mukavemette bulundukları olay yerinden kaçarken yakalandıkları ve olay yerinde bulunan güvenlik görevlilerine ait araçlara binmemek için direndikleri ve bu konuda görevlileri zorladıkları cebir ve tehdit kullandıkları anlaşılmıştır. Yine toplantı ve yürüyüşe katılanlara akşam 18:00 den itibaren belirli saatlerde sık sık dağılmaları ve eylemi sona erdirmeleri konusunda anonsların yapıldığı ancak şüphelilerin bu anonslarla yapılan ihtara rağmen dağılmamakta ısrar ettikleri bunun üzerine güvenlik kuvvetlerinin katılanları dağıtmak için zor kullandıklarının anlaşıldığı belirlenmiştir. Yine şüpheliler üzerinde çıkan ve emanete alınan baret, deniz gözlüğü, sirke, solüsyon, sargı bezi, iş eldivenleri ve gaz maskeleri ile sprey boyalar, limon gibi eşyaların eylem sırasında güvenlik kuvvetlerinin atmış oldukları göz yaşartıcı gaza karşı etkin mukavemeti sağlamak amacıyla bulundurdukları, şüphelilerin deniz gözlüğü ve gaz maskeleri ile Taksim de bulunan bir havuza yüzmek amacıyla gelmedikleri amaçlarının olay çıkarıp güvenlik kuvvetleriyle çatışmaya girme amacı taşıdığı dosyanın münderecatı ile yapılan eylemlerden bellidir.

12/06/2013 günü saat 20:10 sıralarında yaklaşık 10.000 kişilik grubun Taksim Gezi Parkına girmek istedikleri anlaşılmış, bunun üzerine yapılan müzakereler neticesinde saat 22:15 sıralarında gruba Taksim istikametine gitmelerine izin verilmiştir, ayrıca kalabalık bir grubun Dolmabahçe Stadı önünde toplandığı ve Gümüşsuyu Caddesini takip ederek Taksim alanına çıkmak üzere hareket ettikleri, yolu trafiğe kapattıkları anlaşılmış, bunun üzerine görevlilerin defalarca yaptıkları eylemin kanunsuz olduğu ve dağılmaları, dağılmadıkları takdirde müdahale edileceği anonslarına rağmen grubun eyleme devam ettiği ve eylem sırasında "her Taksim her direniş" şeklinde slogan atmaya devam ettikleri, yapılan dağılma ihtarlarına rağmen dağılmayan gruba önce su sıkıldığı, ancak direnme üzerine yukarıda açık kimlikleri yazılı şüphelilerin olay yerinde üzerlerinde gaz maskeleri ile yakalandıkları ve atılı suçları işledikleri ,

Şüphelilerin atılı suçlardan yargılanmalarının bulundukları hal üzere mahkemenizde icrası ile hareketlerine uyan;

1) Şüpheliler Ali Biricik, Serkan Göksel ve Tarık Yomak'ın2911 sayılı Kanunun 32/1,34/1 maddeleri ile TCK 2651,43,53 maddeleri ile ,

/

2) Şüpheliler İbrahim Öztekin ve Müzeyyen Öztürk'ün 2911 sayılı Kanunun 32/1 maddesi ile TCK 53 maddesi,

3) Şüpheliler Barış Akdoğan, Engin Kenan İleten, Hicran Beyazyıldırım, Mahmut Akın, Osman Başaran, Ramazan Demirtaş, Seda Tuğlu, Selçuk Özcan, Semih Başkurt, Tuğba Şahintürk, Yunus Çiçek, Yunus Emre Canes Soysüren, Murat Takak, Demet Turgut, Elif Alçınkaya, Medine Akın, Hülya Arat ve Burak Kalınca'nın 2911 sayılı kanunun 32/1,33/c, TCK 265/1,43,53 maddeleri ile ayrı ayrı cezalandırılmalarına, adli emanetin 2013/14464 sırasında bulunan ve suçta kullanılan eşyaların TCK 54 maddesi gereğince müsaderesine, adli sicil kaydı bulunan şüpheliler hakkında TCK 58 maddesinin tatbiki ile cezalandırılmalarına karar verilmesi K.H adına talep ve iddia olunur." **şeklindedir.**

SAVUNMA :

Tüm sanıklar gerek hazırlık, gerek savcılık ve gerekse sorgu aşamasında atılı suçları işlemediklerini, polise karşı gelmediklerini, yasa dışı eylem yapmadıklarını savunarak beraatlerini talep etmiştir.

DELİLLER :

Dosyada polis memurlarınca tutulan tutanaklar:

1- Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 15:00 sularında emniyet görevlilerince yapılan kontrol ve denetimlerde hal ve hareketlerinden şüphelenilen 11 kişi polislerce yapılan davet üzerine yakalandıkları" tutanakta yazmaktadır.

2- Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 19:55 sularında emniyet görevlilerince yapılan kontrol ve denetimlerde Gezi Parkında bulunan gruptan ayrılan yüzlerinde bez maske ve kafalarında baret bulunan 3 bayan ve 1 erkek şahıs tedirgin davranışlarda bulunmaları nedeniyle durdurulduğu ve güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır. Bu tutanakta ismi yazılı bulunan 3 bayan şahıs yabancı uyruklu oldukları ve haklarında kamu davaları açılmadığı anlaşılmıştır.

3- Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 10:00 sularında emniyet görevlilerince Gezi Parkı çevresinde emniyet tedbirleri gereği daha önceki olaylara karıştığı düşünülen 2 şahıs Barış Akdoğan ve Yunus Emre Canes Soysüren yolda yürürken polislerce durdurulup şahıslar gerekli işlemler yapılmak üzere güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır.

4- Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 17:00 sularında emniyet görevlilerince durumunda şüphelenilerek durdurulan Müzeyyen Öztürk, Seda Tuğlu, Semih Başkurt, Burak Kalınca ve Ramazan Demirtaş gerekli işlemler yapılmak üzere güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır.

5- Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 17:00 sularında emniyet görevlilerince cadde üzerinde şüphelenilerek durdurulan Engin Kenan İleten ve Umut Seyyarcı gerekli işlemler yapılmak üzere güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır.

6- Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 16:30 sularında emniyet görevlilerince daha önceki olaylara karıştığı düşünülen Uğur Can Esiroğlu'nun durdurularak gerekli işlemler yapılmak üzere güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır.

7- Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 17:10 sularında emniyet görevlilerince Mahmut Akın isimli şahsın polislerce durdurulup kimlik sorulduğu ancak bu şahsın kimliğini beyan etmek istemediği nedeniyle güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır.

8-Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 22:30 sularında emniyet görevlilerince Osman Başaran'ın durumundan şüphelenilmesi üzerine kaba üst araması sonrası güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır.

9-Dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli tutanak içeriğine göre "12/06/2013 tarihinde saat 13:00 sularında emniyet görevlilerince Habertürk Gazetesi önüne gelmeye çalışan18 kişi polislerce yapılan kontrol ve denetimlerde hal ve hareketlerinden şüphelenildiği için yakalandıkları ve kaba üst araması sonrası güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" tutanakta yazmaktadır.

Tüm tutanaklar içeriğinde sanıklar üzerinde ele geçirilen ve adli emanete alınan eşyaların ne olduğu ayrıntılı bir şekilde yazılmıştır.

Dava konusu olayla ilgili herhangi bir fotoğraf veya kamera görüntüsü bulunmamaktadır.

13/06/2013 tarihinde İstanbul Emniyet Müdürlüğünün İstanbul C. Başsavcılığına sunduğu fezleke içeriğine göre "12/06/2013 günü kamuoyunda Gezi Parkı olayları olarak bilinen olaylarla ilgili olarak eylemlere katılacak kişi ve grupların hazırlıklı olarak meydana gelecekleri bilgiler alınması üzerine Taksim Meydanında ve Gezi Parkı çevresinde gerekli emniyet tedbirlerinin alındığı, uygulamaya konulduğu, gün içinde farklı zamanlarda ve farklı yerlerde yapılan kontroller sonucu durumundan şüphelenilen ve olaya karıştığı değerlendirilen 42 şahsın yakalanarak güvenlik şube müdürlüğüne intikal ettirildiği" ve bu kişiler üzerinde yapılan üst aramalarında çıkan öncesinde el konulan sonrasında emanete alınan eşyaların niteliği yazmaktadır.

Sanıklar üzerinde çıkan ve adli emanete alınan eşyaların solüsyon, maske, baret, deniz gözlüğü, güneş kremi, süt, limon, eldiven, motorcu kaskı, gaz maskesi, bez gibi maddeler olduğu, sanıklardan Seda Tuğlu ve Müzeyyen Öztürk üzerinde ayrıca birer adet nato marka biber gazı çıktığı anlaşılmıştır.

Dosyada mevcut 21/06/2013 tarihli Yeddi Emin tutanak içeriğine göre sanıklar Ali Biricik, Serkan Göksel ve Tarık Yomak'tan elde edilen 960 adet deniz gözlüğü, 53 adet gaz maskesi ve 160 adet kağıt toz maddesi, KadirOktay Özkara'ya Yeddi Emin Tutanağıyla teslim edildiği görülmüştür.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİVE GEREKÇE:

Tüm dosya kapsamı incelendiğinde sanıkların üzerlerine atılı eylemlerin toplantı ve gösteri yürüyüşleri yasasının 32, 33, 34 maddeleri ile TCK nun 265. maddesine ilişkin olduğu anlaşılmıştır.

5237 sayılı TCK nun 265/1 maddesi yönünden yapılan inceleme sonucunda: Her ne kadar sanıklar Ali Biricik, Serkan Göksel, Tarık Yomak, Barış Akdoğan, Engin Kenan İleten, Hicran Beyazyıldırım, Mahmut Akın, Osman Başaran, Ramazan Demirtaş, Seda Tuğlu, Selçuk Özcan, Semih Başkurt, Tuğba Şahintürk, Yunus Çiçek, Yunus Emre Canes Soysüren, Murat Takak, Demet Turgut, Elif Alçınkaya, Medine Akın, Hülya Arat ve Burak Kalınca hakkında kamu davası açılarak bu sanıkların görevi yaptırmamak için direnme suçundan cezalandırılması istenilmiş ise de, bu suçun oluşması için sanıklar tarafından polis memurlarına karşı gerçekleştirilmiş bir darp veya cebir olması veya tehditte bulunulması gerekmektedir. Yani darp-cebir veya tehdit bu suçun oluşması için unsurlardır.

Oysa ki yukarıda teker teker yazılan polisler tarafından tutulan tutanaklar içeriğinden de anlaşıldığı üzere sanıkların hiçbirisi polislere karşı herhangi bir eylemde bulunmamıştır. Sanıkların C. Savcılığına sunulan fezleke içeriğinden de anlaşıldığı üzere sanıkların farklı yerlerde ve farklı zamanlarda yakalandığı, polislere karşı herhangi bir cebir veya tehditte bulunmadıkları, nitekim polislerin yaralandıklarına dair herhangi bir doktor raporunun dosyada bulunmadığı gibi tutanaklarda ve fezlekede böyle bir iddiada da bulunulmadığı anlaşıldığından bu suçun unsurları oluşmadığından sanıkların yargılama yapılmaksızın beraatine karar verilmiştir.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasasının 32. maddesi yönünden yapılan inceleme sonucunda: 2911 sayılı yasanın 2 maddesinde toplantı ile gösteri yürüyüşünün tanımı

/

yapılmıştır. Bu yasanın 32 maddesi direnme başlığını taşımakta olup "Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmünü taşımaktadır.

Dava dosyası kapsamına göre sanıklar herhangi bir toplantı ve gösteri yürüyüşü içerisinde olmadığı, belki sonraki zaman diliminde gösteri yürüyüşleri katılma niyetleri taşıdığı, polisler tarafından yakalandığında toplantı halinde olmayıp polislerce durumlarından şüphelenilmesi nedeniyle değişik yerlerde yürürken durduruldukları göz önüne alındığında, sanıklar eyleminin toplantı ve gösteri yürüyüşü olmadığı, belki sonradan toplantı ve gösteri yapmaktan vazgeçecekleri, kaldı ki bu suçun oluşması için polis tarafından mutlak surette ihtar ve zor kullanmaya rağmen ısrar etmeleri gerektiğinden ve dosyadaki tutanaklardan da anlaşıldığı üzere polisler tarafından herhangi bir ihtar veya sanıklara karşı zor kullanma olmadığından ve sanıklar tarafından dağılmamakta ısrar söz konusu olmadığından atılı suçun unsurları gerçekleşmediğinden bu suç yönünden tüm sanıkların beraatine karar verilmiştir.

Bu konuda Yargıtay 8 Ceza Dairesinin 11/12/2006 tarihli 2006/2403 esas ve 2006/9088 karar sayılı ilamı özetle şöyledir: "Kanuna aykırı olarak başlayıp gerçekleşen yasa dışı toplantı ve gösteri yürüyüşünde 2911 sayılı yasanın 32 maddesi uyarınca topluluğa dağılmalarına ilişkin usulünce ihtar yapılmadığının ve zorla dağıtılmadıklarının anlaşılması ve sanığın anılan yasanın 28 maddesinde tanımlanan düzenleyici ve yönetici durumunda da bulunmaması karşısında, eyleminde sözü edilen yasaya aykırılık suçlarının oluşmadığı gözetilmeden beraati yönüne yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

Mahkememizin dava konusu olayında hem usulünce ihtar hem de sanıkların zorla dağıtılması söz konusu olmadığı gibi sanıklar tarafından gerçekleştirilen yasadışı herhangi bir toplantı ve gösteri yürüyüşü de yoktur.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasasının 33. maddesi yönünden yapılan inceleme sonucunda: Her ne kadar sanıklardan Seda Tuğlu ve Müzeyyen Öztürk dışındaki sanıklar üzerinde yakalanan güneş gözlüğü, baret, eldiven, maske, limon ve solüsyon gibi eşyalar nedeniyle sanıklar Barış Akdoğan, Engin Kenan İleten, Hicran Beyazyıldırım, Mahmut Akın, Osman Başaran, Ramazan Demirtaş, Selçuk Özcan, Semih Başkurt, Tuğba Şahintürk, Yunus Çiçek, Yunus Emre Canes Soysüren, Murat Takak, Demet Turgut, Elif Alçınkaya, Medine Akın, Hülya Arat ve Burak Kalınca hakkında kamu davası açılmış ise de,

2911 sayılı yasanın 23/b maddesi silah tanımını yaptığından sanıklar üzerinde yakalanan maddelerin 23/b maddesinde yazılı kesici, delici, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, yakıcı maddeler olmadığı, bu maddelerin iddianame içeriğinde de yazıldığı üzere eylem sırasında güvenlik kuvvetlerinin atmış oldukları göz yaşartıcı gaza karşı yanlarında bulundurdukları sabit olduğundan bu sanıklar hakkında hem bu eşyalar silah olmadığından ve hem de yukarıda açıklandığı üzere yasa dışı bir toplantı ve gösteri içerisinde bulunmadıklarından ayrı ayrı beraatlerine karar verilmiştir.

Sanıklar Seda Tuğlu ve Müzeyyen Öztürk'ün yapılan üst aramasında her ne kadar birer adet nato marka biber gazı çıkmış ise de, sanıklar eyleminin usulsüz toplantı ve gösteri yasasına aykırılık teşkil eden kanuna aykırı toplantı veya yürüyüş olmadığından ve ele geçirilen bu eşyalar herhangi bir şekilde herhangi bir olayda veya polise karşı kullanılmadığından bu sanıklar hakkında da beraat kararı verilmiştir.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasasının 34. maddesi yönünden yapılan inceleme sonucunda: Her ne kadar sanıklar Ali Biricik, Serkan Göksel ve Tarık Yomak hakkında ayrıca 2911 sayılı yasanın 34 maddesi uyarınca da kamu davası açılmış ise de bu suçun oluşması için 2911 sayılı yasanın 27 maddesindeki yasaya aykırı hareket etmek gerektiği, 27 madde incelendiğinde ise kışkırtma yasağı başlığını taşıdığı 27 madde içeriğine göre "Halka karşı doğrudan doğruya veya ses yükselten veya ileten herhangi bir aletveya araç ile söz söyleyerek veya seslenerek veya basılmış veya çoğaltılmış veya elle yazılmış veya çizilmiş kağıtları duvarlara veya diğer

yerlere yapıştırarak veya dağıtarak veya benzeri araç veya yollarla halkı kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşe özendirmek veya kışkırtmak yasaktır" şeklindedir.

Bu sanıkların halkı gösteri yürüyüşüne karşı kışkırttıklarına dair herhangi bir delil olmadığı gibi iddianamede de bu sanıkların eylemi tarif edilmemiştir. Bu itibarla bu sanıklar hakkında da eylemleri suç oluşturmadığından tensiple beraber beraat kararı verilmiştir.

Sanıklar hakkında neden duruşma açılmadığı hususu: CMK nun 193/2 maddesi şu şekildedir: "Sanık hakkında toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir"

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21/09/1992 günlü 225-236 sayılı 26/06/2001 günlü 138-137 sayılı genel kurul kararları ile Yargıtay 11 Ceza Dairesinin 26/06/2001 tarihli karar içeriğine göre sanık hakkında duruşma yapılmaksızın karar verileceği durum CMK 193/2 ve 223 maddeleri uyarınca dosya kapsamına göre ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağının anlaşılması durumu olduğu için ve mahkememiz dosyasında sanıklar eyleminin suç olmadığı anlaşılmakla CMK 193/2 ve 223 maddeleri uyarınca sanıklar hakkında derhal beraat kararı verilmiştir.

Müştekilerin duruşma açılarak neden çağrılmadığı hususu: müşteki polis memurlarının dosyada mevcut ve yukarıda açıklanan tutanaklarına itibar edilerek mahkememizce hüküm kurulmuştur. Her ne kadar mahkememize açılan kamu davasında bir kısım polis memurları müşteki olarak dinlenmiş ise de, bu müştekilere karşı yapılan herhangi bir eylem olmadığı hususu ile toplantı olmaksızın sanıkların gözaltına alındığı hususu dosyadaki tutanaklarla net bir şekilde anlaşıldığından polis memuru olan kişilerin mahkemece yeniden dinlenmesi emek ve zaman kaybına yol açacağından ve resmi belge niteliği taşıyan tutanaklar dışındaki beyanlara mahkememizce itibar edilmeyeceğinden müştekiler de çağrılmamıştır.

Mahkememize açılan kamu davası ikinci iddianamesinin neden iade edilmediği hususu: her ne kadar iddianamede anlatılan ve suç olduğu belirtilen bir kısım eylemler yapılan incelemede suç teşkil etmediği anlaşılmış ise de,CMK nın 174/2. Maddesi gereğince "suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez" şeklindeki amir hüküm nedeniyle iddia makamının olayı tanımlarken yasadışı toplantı ve gösteri yapıldığına, polislere karşı sanıkların direnmede bulunduğuna ve sanıkların olay aşamasında silah kullandığına dair nitelendirmesinden dolayı mahkememizce ikinci iddianame iade edilmemiştir.

Özetle: mahkememizce dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu sanıkların herhangi bir toplantı ve gösteri yürüyüşünde bulunmamaları ve ayrıca sanıkların polis memurlarına karşı herhangi bir direnmede bulunmadıkları anlaşılmakla tüm sanıklar hakkında beraat kararı verilerek aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Ayrıntısı yukarıda açıklandığı üzere ;

1- Sanıklar **Ali Biricik, Serkan Göksel, Tarık Yomak, İbrahim Öztekin, Müzeyyen Öztürk, Barış Akdoğan, Engin Kenan İleten, Hicran Beyazyıldırım, Mahmut Akın, Osman Başaran, Ramazan Demirtaş, Selçuk Özcan, Semih Başkurt, Tuğba Şahintürk, Yunus Çiçek, Yunus Emre Canes Soysüren, Murat Takak, Demet Turgut, Elif Alçınkaya, Medine Akın, Hülya Arat ve Burak Kalınca, Seda Tuğlu** hakkında 2911 sayılı yasanın 32/1 maddesine aykırılık suçundan açılan kamu davalarında sanıklar eylemi suç teşkil etmediğinden CMK nun 193/2 maddesi yollamasıyla CMK nun223/2-a maddesi gereğince **AYRI AYRI BERAATLERİNE,**

2- Sanıklar **Ali Biricik, Serkan Göksel** ve **Tarık Yomak** hakkında 2911 sayılı yasanın 34/1 maddesine aykırılık suçundan açılan kamu davalarında sanıklar eylemi suç teşkil etmediğinden CMK nun 193/2 maddesi yollamasıyla CMK nun223/2-a maddesi gereğince **AYRI AYRI BERAATLERİNE,**

3- Sanıklar **Barış Akdoğan, Engin Kenan İleten, Hicran Beyazyıldırım, Mahmut Akın, Osman Başaran, Ramazan Demirtaş, Seda Tuğlu, Selçuk Özcan, Semih Başkurt, Tuğba**

Şahintürk, Yunus Çiçek, Yunus Emre Canes Soysüren, Murat Takak, Demet Turgut, Elif Alçınkaya, Medine Akın, Hülya Arat ve **Burak Kalınca** haklarında 2911 sayılı yasanın 33/c maddesine aykırılık suçundan açılan kamu davalarında sanıklar eylemi suç teşkil etmediğinden CMK nun 193/2 maddesi yollamasıyla CMK nun223/2-a maddesi gereğince **AYRI AYRI BERAATLERİNE,**

4-Sanıklar **Ali Biricik, Serkan Göksel, Tarık Yomak, Barış Akdoğan, Engin Kenan İleten, Hicran Beyazyıldırım, Mahmut Akın, Osman Başaran, Ramazan Demirtaş, Seda Tuğlu, Selçuk Özcan, Semih Başkurt, Tuğba Şahintürk, Yunus Çiçek, Yunus Emre Canes Soysüren, Murat Takak, Demet Turgut, Elif Alçınkaya, Medine Akın, Hülya Arat** ve **Burak Kalınca** haklarında her ne kadar görevi yaptırmamak için direnme suçu nedeniyle TCK nun 265/1 maddesi uyarınca cezalandırılmaları istenilmiş ise de; sanıklar eylemi suç teşkil etmediğinden CMK nun 193/2 maddesi yollamasıyla CMK nun223/2-a maddesi gereğince **AYRI AYRI BERAATLERİNE,**

5- Adli Emanet Memurluğunun 2013/14464 sırasında kayıtlı el konulan materyallerin bizatihi suç teşkil etmediği anlaşılmakla dosyada mevcut 12/06/2013 tarihli el koyma tutanağı içeriğine göre adli emanet memurluğuna yazı yazılarak bu eşyaların sahibi sanıklara karar kesinleştiğinde ayrı ayrı **İADESİNE,**

6-Yargılama giderlerinin kamu üzerinde bırakılmasına,

7-Sanıklar Ali Biricik, Serkan Göksel ve Tarık Yomak isimli şahıslarca kullanılan 34 MKV 29 plakalı Woksvagen marka araç içerisinden elde edilen 365 adet baret, 960 adet deniz gözlüğü, 53 adet gaz maskesi ve 160 adet kağıt toz maskesinin bizatihi suç teşkil etmediği ve suçta kullanılmadığı anlaşılmakla karar kesinleştiğinde bu eşyalar üzerindeki tedbir kararının kaldırılması ve sahiplerinden birine iadesi için güvenlik şube müdürlüğüne dosyada mevcut 21/06/2013 tarihli yeddi emin tutanağı eklenerek yazı yazılmasına,

8-Dosyada vekaletnamesi bulunan sanıklar müdafiine, dosyada müdafisi bulunmayan sanık asillere ve müştekilere karardan birer suretin tebliğine,

9- Dair, tarafların yokluğunda,tebliğ tarihinden itibaren 7 günlük süre içinde, mahkememize veya başka yerdeki Asliye Ceza Mahkemesi zabıt katibine yapılacak sözlü beyan veya verilecek dilekçe ile Yargıtay yolu açık olmak üzere temyiz edebileceğine, bu süre içinde temyiz edilmediği taktirde kararın kesinleşmiş sayılacağına dairtensiben verilen karar okundu, açıklandı, temyiz yolu ve süresi anlatıldı. 09/12/2013

KATİP 134444 **HAKİM 33422**

e-imzalıdır *e-imzalıdır*

EK 8

T.C.
İSTANBUL
30. ASLİYE CEZA MAHKEMESİ

DEĞİŞİK İŞ KARAR

DEĞİŞİK İŞ NO : 2013/136 Diş
HAKİM : 29876
KATİP : 157049

Şüpheli müdafilerinin 10/07/2013 tarihli dilekçeleri ile müvekkillerinin haksız olarak gözaltında tutulduğu gerekçesi ile verilen İstanbul 34.SCM nin 09/07/2013 tarih 2013/325 Değişik iş numaralı gözaltının kaldırılmasının reddine ilişkin karara itiraz ettikleri görülmüş, ilgili soruşturma evrakının bugün mahkememize incelenmek üzere gönderildiği anlaşılmakla dosya incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Şüpheli hakkında İstanbul C. Başsavcılığının 2013/96961 soruşturma numaralı evrakı ile yapılan soruşturma sırasında şüphelinin dosya içerisindeki tutanaklara göre 08/07/2013 günü saat 18:50 civarında görevli polisler tarafından toplantı ve yürüşüşleri yasasına muhalefet ettiği iddiasıyla ayrıca 47 kişi ile birlikte gözlem altına alındığı, ilgili C. Savcısı H. Nazmi Okumuş'a bilgi verildiği ve aynı günkü emri doğrultusunda gözlem altına alınarak daha sonra bunun birden fazla kez uzatılmasına karar verildiği görülmüştür.

İlgili dosya içeriğine göre bu süre içerisinde birden fazla kez ilgili C. Savcısı tarafından gözetim süresinin uzatılmasına ilişkin karar verildiği, bu karara süresi içerisinde yapılan itiraza ilişkin olarak İstanbul 34. SCM nin 09/07/2013-325 değişik iş numarası ile reddine ilişkin olarak hüküm kurulduğu ve bu hükme mahkememizde itiraz edildiği anlaşılmıştır.

CMK 91 ve devamı maddeleri gereğince gözaltına alma işlemleri zorunlu olunması halinde istisnai olarak yapılabileceği açıkça yazılıdır. Sadece toplu olarak işlenen suçlarda yine delillerin toplanmasında güçlük ve şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle bu sürenin uzatılabileceği belirtilmiştir. Dosya içeriğine göre ise göz altına alınan ve süresi uzatılan şüpheli 23 yıllık doktor olup halen Kartal Adliyesinde adli tabip ve kamu görevlisi olarak çalışmaktadır. Bu şahsa isnat edilen eylem toplantı ve gösteri yürüyüşlerine muhalefet ve buna bağlı eylemler olup, kaçma tehlikesine ilişkin hiç bir veri mevcut değildir.

Ayrıca söz konusu şüpheli ile birlikte sadece toplam 48 kişi gözlem altına alınmış olup, bu kişilere ait ifade ve kimlik tespiti gibi işlemlerin 24 saatlik normal gözetim süresi içerisinde Emniyet müdürlüğü tarafından tamamlanabileceği de açıktır. Bunun aksine özel bir teknik delil araştırılmasının gerekmesi durumunda şüphelinin kaçma tehlikesine ilişkin herhangi bir veri olmadığı için serbest bırakılarak yeni bir delili ortaya çıkması halinde daha sonra davet ile temini de mümkündür.

Sonuç olarak kanunda yazılı acil ve zorunlu hallerin hiç birisinin bulunmadığı, şüphelinin kaçacağına ilişkin hiç bir verinin dosya içerisinde olmadığı, şüpheliye isnat edilen eylemlerinin kaçma tehlikesini doğurmacak suçlar içerisinde olmayıp davet ile ifade edebileceğinin değerlendirilebileceğinin açıkça ortada olduğu, şüphelinin gözalem altına alınmasına ilişkin kararın Anayasal hak olan ve sadece hakim kararı ile kişilerin hürriyetinin özel koşullarda istisnai olarak bağlanabileceği kurallarına açıkça aykırı görüldüğünden itirazın kabulü gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda anlatılan gerekçeler ile,

Şüpheli vekillerinin müvekkillerinin gözaltına alınmasına ve süresinin uzatılmasına ilişkin itirazlarının KABULÜNE,

İstanbul C. Başsavcılığının 2013/96961 soruşturma sayılı 08/07/2013 tarihli gözaltına alma ve uzatma kararları ile İstanbul 34. SCM' nin 09/07/2013-325 değişik iş numaralı kararının KALDIRILMASINA,

Evrakın gereği için İstanbul C. Başsavcılığına tebliğine,

Dair evrak üzerinden yapılan inceleme ile kesin olmak üzere karar verildi. 15/07/2013

Katip 157049

Hakim 29876