



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

İHAUM

- YARGITAY

- AVRUPA KONSEYİ

- İNSAN HAKLARI EĞİTİMİ ONYILI ULUSAL KOMİTESİ

**- TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI
ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİ**

SEMPOZYUM

**İNSAN HAKLARI
AVRUPA SÖZLEŞMESİ
VE ADLİ YARGI**

- LA COUR DE CASSATION

- LE CONSEIL DE L'EUROPE

- LE COMITE NATIONAL

SUR LA DECENNIE POUR

L'EDUCATION AUX DROITS DE L'HOMME

-L'UNION DES BARREAUX DE TURQUIE,

CENTRE DE RECHERCHES ET D'APPLICATIONS

DES DROITS DE L'HOMME

SYMPOSIUM

**CONVENTION EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME
ET LE POUVOIR JUDICIAIRE**

YARGITAY KONFERANS SALONU 26-27 EYLÜL 2003

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 72
TBB - İHAUM Yayını : 4

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı

ISBN : 975-6689-70-6
© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Aralık 2004

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin @barobirlik.org.tr
ihaum@barobirlik.org.tr

Sayfa Tasarımı

Merdiven Tautum • (0.312) 232 30 88

Baskı

Şen Matbaa
(0.312. 229 64 54 - 230 54 50)

Cumhuriyet devrimi ile siyasal ve toplumsal yapıda gerçekleştirilen köklü değişiklikler, Mustafa Kemal'in uygarlaşma hedefinin temel taşlarıdır. Bu hedefte hukuka öncü bir işlev yüklenmiştir. Cumhuriyet'in kurumlar yoluyla reformları gerçekleştirme geleneği, 1961 Anayasası ile hukuk devletinin temel mekanizmasının oluşturulmasını kolaylaştırmıştır. Hukuk devleti, insan hakları ve yargı bağımsızlığı üzerine inşa edilecektir. Buna karşılık, 1982 Anayasası ile hukuk devletinden sapmanın ortaya çıkardığı olumsuzluklar, son on yıldır gerçekleştirilen reformlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Adli yargının İnsan Hakları Avrupa Hukukuna açılışı, insan haklarının ulusal-üstü ve evrensel özelliğinin yargısal güvencesini teyid etmektedir.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi (TBB-İHAUM) üyeleri, 4. kitabıyla böyle bir işleve katkıda bulunmaktan duydukları mutluluğu, toplantıyı birlikte düzenledikleri kuruluşlarla ve bütün okurlarla paylaşırlar.

Önceki kitaplar: İnsan Hakları ve Güvenlik, Anayasa Reformları ve Avrupa Anayasası, Dernekler Yasa Taslağı.

İÇİNDEKİLER

AÇILIŞ KONUŞMALARİ

İbrahim KABOĞLU (TBB - İHAUM Başkanı)	1
İOANNA KUÇURADİ (İHEOYUK Başkanı)	3
Özdemir ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)	7
Andras BAKA (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bölüm Başkan Yardımcısı)	10
Andras BAKA / Section Vice - President, European Court of Human Rights	15
Cemil ÇİÇEK (Adalet Bakanı)	20
Eraslan ÖZKAYA (Yargıtay Başkanı)	25

BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Nuri ALAN

Yargıç, Demokrasi ve Egemenlik / İbrahim KABOĞLU	30
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama Hakkı / Rıza TÜRMEEN	39
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini Yorum Yöntemleri / Jean-Pierre MARGUÉNAUD	46
Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des Droits de l'Homme / Jean-Pierre MARGUÉNAUD	54

BİRİNCİ OTURUM TARTIŞMALARİ / OTURUM BAŞKANI : Nuri ALAN	63
--	----

İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı: Nuri OK

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı / Lech GARLICKİ	80
The Right to Life under the European Convention on Human Rights / Lech GARLICKİ	89
İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre İnsan Bedeninin Dokunulmazlığı Hakkı / Lech GARLICKİ	99
The Right to Physical Integrity under the European Convention on Human Rights / Lech GARLICKİ	108
İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar / Muharrem ÖZEN	119
İstanbul Protokolü / Şebnem Korur FİNCANCI	160
Adli Rapor / Şebnem Korur FİNCANCI	165

İKİNCİ OTURUM TARTIŞMALARİ	172
----------------------------------	-----

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı : Mater KABAN

Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu / Osman DOĞRU	181
İç Hukukta AİHS'nin 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler / Uğur ERIŞ	287
Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde İle İlgili Sorunlar / M. Şerif YILMAZ	301

ÜÇÜNCÜ OTURUM TARTIŞMALARİ	314
----------------------------------	-----

DÖRDÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı : İhsan DEMİRKIRAN

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi / Coralie AMBROISE-CASTEROT	320
--	-----

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme / Coralie AMBROISE-CASTEROT	329
Türkiye'de Adil Yargılanma Hakkı / Bilal KARTAL	338
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma Ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği / Güney DİNÇ	360
DÖRDÜNCÜ OTURUM TARTIŞMALARI	374

BEŞİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı : Işıl ULAŞ

Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma / Gülşen YILDIRIM	385
Vie privée, vie familiale, correspondance et domicile : une protection assurée par une interprétation extensive de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme / Gülşen YILDIRIM	427
Bireysel Hayatın Korunması – Özel Hayat - Aile Hayatı - Konut - Haberleşme / Orhan UZGÖREN	471
İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Adli Yargı / Şenal SARIHAN	482
BEŞİNCİ OTURUM TARTIŞMALARI	494

ALTINCI OTURUM

Oturum Başkanı : Talay ŞENOL

İnsan hakları avrupa sözleşmesi'nin 9, 10 ve 11. Maddelerinin yorumu / Emmanuel DECAUX	500
L'interprétation des articles 9, 10 Et 11 de La Convention Européenne des Droits de L'homme / Emmanuel DECAUX	512
Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Özgürlüğü İle İlgili Değişiklikler ve AİHM ve Yargıtay Uygulaması / Hamdi Yaver AKTAN	525
İHAS 10. MADDE / Fikret İLKİZ	535
ALTINCI OTURUM TARTIŞMALARI	566

YEDİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı : Jean Pierre MARGUÉNAUD

AİHS'ne Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi / İbrahim ŞAHBAZ	580
Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi / Mehmet Handan SURLU	633
YEDİNCİ OTURUM TARTIŞMALARI	678

DEĞERLENDİRME OTURUMU

Oturum Başkanı : Eraslan ÖZKAYA

Ali EM	687
İsmail MALKOÇ	692
Feyyaz GÖLCÜKLÜ	697
Eraslan ÖZKAYA	701

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof Dr. İbrahim KABOĞLU (TBB - İHAUM Başkanı) :

Sayın Yargıtay Başkanı, Sayın Bakan, değerli başkanlar ve üyeler, hukukçular, Avrupa Mahkemesi üyeleri, sevgili meslektaşlarım; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı” konulu toplantımıza hoş geldiniz.

İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi olarak Hakim ve savcılar için İnsan Hakları Formasyon programını 2001’de oluşturmaya başladık. Bu amaçla Adalet Bakanlığı temsilcileri ve Yargıtay üyesi Kudret Yalçın Bal ile birçok toplantı yaptık. (Kudret Yalçın Bal, bugünleri göremeden aramızdan ayrıldı.) İleri aşamalarda toplantılara Avrupa Konseyi ve Dışişleri Bakanlığı temsilcilerinin de katılımıyla devam ettik. Öte yandan, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi olarak yine Avrupa Konseyi ile işbirliği çerçevesinde 100 avukat için İnsan hakları formasyon programını planladık.

Bu toplantı; İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesinin eşgüdümünde Avrupa Konseyi ile işbirliği çerçevesinde Türkiye’de yürütülen, hâkim ve savcıların insan hakları formasyonu programı kapsamında, yüksek yargı organlarıyla birlikte gerçekleştirilecek olan 3 büyük sempozyumun ilkinin oluşturmaktadır. İkincisi, bir ay sonra 24-25 Ekim günlerinde Danıştay’da düzenlenecek ve “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı” başlığını taşıyacak. Üçüncüsü de, 20-21 Şubat tarihlerinde Anayasa Mahkemesinde, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Yargısı” başlığı altında gerçekleştirilecek. Böylece üst düzeyde 3 bilimsel toplantı beş aylık zaman diliminde tamamlanmış olacak.

Söz konusu üç toplantı; Türkiye’de ve 9 ayrı bölgede herbiri 25’şer kişiden oluşan şu anda yürütmekte olduğumuz hâkim ve savcı grubuna yönelik olarak uygulamaya konmuş bulunan insan hakları formasyon programının bir tür üst şemsiyesini oluşturmaktadır. Bu bakımdan bizim için anlamı çok büyüktür. Toplam 225 hakim ve savcı, bütün Türkiye’de hakim ve savcılar için İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Uygulanması konusunda seminerler düzenleyecekler. Bu çerçevede planlanan etkinlikler, 2004 yılının ilk yarısında tamamlanmış olacak.

Bu toplantıda ele alınacak konular, adli yargının görev ve yetki alanı gözönüne alınarak belirlenmiştir. İlk oturum, genel nitelikte olup, yargı ve demokrasi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yorum yöntemleri ve Avrupa Mahkemesi ile ulusal yargı arasındaki etkileşime özgülenmiştir. Diğer beş oturumda, 2. oturumdan 6. oturuma kadar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin adli yargı organları tarafından sıklıkla uygulanan maddelerinin (2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11), teker teker Avrupa ölçeğinde anlaşılış ve yorumlanışıyla Türkiye'deki reform uygulamaları ekseninde ele alınarak tartışılması amaçlanmıştır.

Program, Türkiye'de yapılan reformlar doğrultusunda kaydedilen ilerlemeleri de yansıtabilecek şekilde hazırlanmıştır. İHAM kararlarının icrası, ülkemizde kabul edilen "yargılamanın yenilenmesi" ne ilişkin uygulama üzerine de tartışma olanağı yaratacaktır.

Konuşmacı olarak, öğretim üyeleri, yüksek mahkeme Başkan ve üyeleri, yargıçlar, savcılar ve avukatlar, ayrıca insan hakları savunucuları, birbirini tamamlayıcı yönde katkı sağlayacaklardır. İzleyicilerin de toplantıya katkıda bulunabilmeleri için, tartışmalara zaman ayrılmıştır. Verimli ve zengin tartışmalar, toplantı metinlerinin yayına dönüştürülmesiyle kalıcı hale gelecektir. Toplantının hedefi, kısaca şöyle belirtilebilir: hak ve özgürlüklerin yargı güvencesi yoluyla içselleştirilmesi.

Şu noktaya da değinmekte yarar var. Sempozyum, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ekseninde planlanmıştır. Ancak insan hakları bu metinle sınırlı değildir. Türkiye'nin onayladığı İnsan haklarına ilişkin birçok uluslararası belge yürürlükte. Kuşkusuz, yargıçlarımız onları da Anayasa'nın 90. maddesi ışığında kararlarında kullanacaklardır. Dahası, İnsan hakları, belgelere indirgenemeyecek bir bilim dalı olduğundan hukukçular, yürürlükteki kuralların ötesini de, yani konunun felsefi ve sosyolojik boyutlarını da gözönüne almak durumundadırlar.

Bu toplantı, Avrupa Konseyinin katkısıyla, Adalet Bakanlığının desteğiyle, Yargıtay Başkanlığı'nın bu konuya çok üst düzeyde önem vermesiyle, İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi eşgüdümünde Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından planlanmış ve uygulamaya konmuş bulunuyor. Açılış konuşmaları da böyle bir düzenlemenin çatısını ortaya koymaktadır. Ben, önce bu toplantıya Ulusal Komite Başkanı olarak Türkiye ve Avrupa Konseyi arasında eşgüdüm görevini büyük bir özveriyle yerine getiren Sayın Prof. Dr. İoanna Kuçuradi'yi kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. İOANNA KUÇURADİ (İHEOYUK Başkanı) -

İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitemizin, Yargıtay, Avrupa Konseyi ve Türkiye Barolar Birliğinin işbirliğiyle düzenlenen bu sempozyumun amacı, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde* yer alan bazı temel hakların anlaşılma ve yorumlanma biçimlerine ilişkin düşünme zemini oluşturmak ve böyle yorumlara dayanan belirli kişi durumlarının yargılanmasında karşılaşılan kimi sorunları tartışmaktır.

Temel hakların anlaşılma biçimine ilişkin sorunlar, bir uluslararası belgenin bir maddesinde yer alan terimlerin kavramsal içeriğinin belirlenmesiyle, d o l a y ı s ı y l a o maddenin kapsamının belirlenmesiyle ilgilidir. Bu kavramsal içerikleri belirlemek ile bir uluslararası belgede ya da bir yasada yer alan bir maddenin kapsamına nelerin –hangi muamele biçimleri ya da fiillerin/davranışların– girdiğini belirlemek, birbirinden farklı iki iştir; ama kapsam belirlemelerinin yalnızca sağduyuya dayanarak değil, bilgisel bir şekilde yapılabilmesi, bu belirlemelerin temel hakların kavramsal içeriklerine dayanarak yapılmasını gerektirir. Belirli bir kişi durumunun belirli bir maddenin altına girip girmediğinin belirlenmesi de, yani yargıcın yaptığı iş, yine bunlardan farklı bir iştir. Adil yargılanma hakkının korunması, bütün bunlar hakkında açık bilgiye sahip olmayı gerektirir.

Terimlerin kavramsal içeriklerini belirlemek felsefenin işidir; bu terimlerin bulunduğu bir maddenin kapsamını belirlemek hukuk oluşturma işidir; bir kişi - durumunun bu terimlerin bulunduğu bir maddeyle bağlanulması da yargılamanın işidir.

Bir belgenin bir maddesinde yer alan bir terimin kavramsal içeriğinin belirlenmesi ile kapsamına girenlerin belirlenmesinin farkına bir örnek vereyim:

Birleşmiş Milletlerin *İşkence ve Başka Zalımce, İnsanlık dışı ve Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşmenin* başında 'ışkence'nin kavramsal içeriği şöyle belirlenmiş bulunuyor: "1. Bu Sözleşmenin amaçları bakımından 'ışkence' terimi, bir kişiye, kendisinden veya üçüncü bir kişiden bilgi elde etmek veya onun bir itirafta bulunmasını sağlamak, kendisinin veya üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği veya gerçekleştirdiğinden şüphelenilen bir fil için cezalandırmak, onu veya üçüncü bir kişiyi yıldırmak ya da zorlamak amacıyla, veya her türlü ayrımcılığa dayanan herhangi bir nedenle, bir kamu görevlisi veya

resmî bir sıfatla hareket eden başka bir kişi tarafından ya da onun teşviki, muvafakati veya rızasıyla kasıtlı olarak gerçekleştirilen, fiziksel veya zihinsel şiddetli acı veya ızdırap veren fiil anlamına geliyor ". Ne var ki, bu belgede 'insanlık dışı, onur kırıcı muamele ve ceza'nın ne anlama geldiğine ilişkin birşey söylenmiyor. Buna karşılık Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca *Herhangi bir Şekilde Gözaltında Bulunan veya Tutuklu Olan Bütün Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler* başlığını taşıyan 9 Aralık 1988 tarihli kararıyla ilgili olarak yapılan yorumda, 'kötü muamele'nin kapsamını belirleme çabasını görüyoruz. Şöyle deniliyor bu belgenin bir dipnotunda: "Zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ve cezaya [karşı koruma] ifadesi, gözaltında veya tutuklu bulunan kişiyi, geçici ya da sürekli olarak, görme veya duyma gibi doğal duyularından herhangi birini kullanmaktan mahrum bırakan veya içinde bulunduğu yeri ve zamanı algılamasını engelleyen koşullarda tutulması da dahil olmak üzere, fiziksel veya zihinsel her türlü kötü muameleye karşı mümkün olan en geniş korumayı kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır". Burada yapılmaya çalışılan, ne gibi muamelelerin "kötü muamele" sayılabileceğini –yani kötü muamelenin kavramsal içeriğini değil, kapsamını– belirlemektir. Ve doğal olarak bu belirlemenin ucu açık bırakılıyor. Bunlar şu anda kullanılan bazı kötü muamele yöntemleridir. Bunlara başka yöntemler de eklenebilir.

Böylece yargılamakta olduğu bir durum – bir kişinin gördüğü muamele veya muameleyi yapanın eylemi – işkence midir, kötü muamele midir kararı, yani bir kişinin gördüğü muameleye ve dolayısıyla bu muameleyi yapanın eylemine adını takmak yargıca kalıyor.

Ne var ki, birçok hakkın kavramsal içeriğini hiçbir belgede bulamıyoruz, sadece ilgili literatürde yaygın bir anlaşılma biçimini ve/veya yargılamada yaygın olarak kullanılan ölçütler buluyoruz. Örneğin "düşünce, din ve vicdan özgürlüğü" denilen hakkın gerek *B.M. Sözleşmesinde*, gerekse *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde*, sadece kapsamının belirlendiğini görüyoruz. *B.M. Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin* 19. maddesinin birinci paragrafıyla hemen hemen aynı olan *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin* 9. maddesinin 1. paragrafında şöyle deniyor:

"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de kapsar."

Düşünce özgürlüğünün din/inanç özgürlüğüne indirgendiği ve düşünce ile inanç arasındaki kavramsal fark gözönünde bulundurulmadan kaleme alınmış olan bu maddede, bu “özgürlüğün” kavramsal içeriğini değil, kapsamını belirleme çabasını görüyoruz. Sonuç olarak da yargılamada, bu “özgürlük”le –özellikle de düşünce özgürlüğüyle ilgili yargılamalarda, başta “açık ve yakın tehlike” ölçütü olmak üzere, yorumlara dayanan ölçütler kullanıldığını görüyoruz.

Yargılanmada birçok sorun, “düşünce özgürlüğü” denilen hakkın kavramsal içeriğinin belirsizliğinden –resmen kabul edilmiş bir “tanım”ının olmamasından, ilgili belgelerde sadece kapsamının “belirlenmiş” olmasından– kaynaklanıyor.

Adli yargıcın konumuzla ilgili olarak asıl yaptığı iş, belirli bir kişinin belirli bir defalık koşullarda yapışının ya da gördüğü muamelelerin bir insan hakkı ihlali olduğu iddiasını değerlendirmektir; yani bir kişinin bir eylemine ya da gördüğü muameleye iddia makamı tarafından takılan davranış/fiil adının doğru takılıp takılmadığını sınamak ve buna dayanarak, söz konusu kişinin o eyleminin ya da gördüğü muamelelerin, altına konduğu normun/maddenin altına girip girmeyecek bir muamele ya da eylem olduğu konusunda yargıda bulunmaktır. Bu adlandırma ve sınanması da, o temel hakkın kavramsal içeriğine bakılarak yapılabilir.

Bir yargıcın yaptığı en zor iş budur, diye düşünüyorum –hem bilgisel hem etik açıdan en zor iş. Ama bunun, aynı zamanda bir yargıcın ö z g ü r olduğu en temel noktayı oluşturduğunu da düşünüyorum. Pozitif hukukun sınırlarıyla sınırlanmış olan yargıcın ö z g ü r olduğu yer –yaygın ifadeyle “vicdanına göre hareket etmesi” beklenen yer– bir kişinin bir eylemini ya da bir kişinin uğradığı muameleyi bir norma bağlama noktasıdır. Verdiği bu ada göre bir bütün olarak belirli bir eylemin ya da birinin gördüğü bir muamelelerin, uluslararası bir belgenin veya bir yasanın belirli bir maddesi altına konabileceği ya da konamayacağı yargısı, yalnızca ve yalnızca onun yargısıdır.

Bir yargıcın bu özgürlüğünden yararlanabilmesi, dolayısıyla yargıçlık işlevini amacına uygun yerine getirebilmesi ise, onun kişi olarak etik özgürlüğüne ve bilgisel donanımı ile yeteneklerine bağlı görünüyor: doğru değerlendirme yapabilmesine; başta hak, değer, adalet, insan hakları v.b. gibi, işiyle doğrudan ilgili kavramların açık felsefi bilgisine sahip olmasına; ilgili uluslararası belgeleri ve çeşitli ülkelerde

yürürlükte olan ilgili yasaları bilmesine, bu yasalara göre ve bu yasalara rağmen alınan kararlar ve gerekçeleri hakkında elden geldiğince çok bilgi sahibi olmasına, dolayısıyla farklı olanakların bilgisine sahip olmasına v.b.

Bu da bizi yargıçların eğitimi konusuna götürüyor. Bugün yapılan eğitimlerde, en iyi şartlarda, yalnızca son iki noktaya yetiniliyor. Oysa birçok meslekte olduğu gibi, bir yargıç için de en önemli şey, yargılayacağı belirli durumu doğru değerlendirebilmektir. Yargıcin "bağımsızlığı"nın bilgisel önkoşulu olarak görünüyor bu doğru (nesnel) değerlendirme. Bunun için eğitim sırasında böyle değerlendirme alıştırmaları yapurmak çok önemli görünüyor. Ne var ki, yapılmış yargulamaların ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarının eğitimde kullanılmasının amacı -örneğin bir davada ulusal bir mahkemenin kararının Avrupa Mahkemesinin aynı konudaki kararlarıyla karşılaştırılması- Avrupa Mahkemesinin kararlarının işbaşında emsal olarak kullanılmasını sağlamaktan ziyade, o durumda ihlâl edildiği iddia edilen insan hakkının ihlâl edilmiş olup olmadığı konusunda yargıda bulunmak için, bakılacak noktalara dikkati çekmek olmalıdır: yani o durumda yapılmış değerlendirmeye ve o eylemi ya da muameleyi bir norma bağlarken nelere bakıldığına veya nelerin gözden kaçırıldığına dikkati çekmek olmalıdır, diye düşünüyorum.

Adil yargılanma hakkının biçimsel gerekleri dışındaki gereklerinin yerine getirilmesi de, yargıçların doğru değerlendirme yapabilmelerine ve en başta, insan haklarına dayalı oluşturulan hukukun temelinde yargıladıkları kişi-durumlarının adını doğru takabilmelerine bağlı görünüyor.

İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitemiz adına, bu sempozyumun verimli geçmesini diler, saygılar sunarım.

Av. ÖZDEMİR ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)-

Değerli Konuklar,

Yargıtay, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Eğitimi Onyılı Ulusal Komitesi ve Birliğimiz İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezinin ortaklaşa düzenlediği, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı" Sempozyumuna hoş geldiniz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri, insan hakları için uluslar üstü güvence sisteminin kurumsallaşmasına yönelik uluslararası mücadele ve çalışmaların ortak bir ürünüdür.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin oluşumuna, insanlığa büyük acılar veren, dünya savaşları ve özellikle İkinci Dünya Savaşı ve savaş suçlarının yargılanması neden olmuş ve gerekçe oluşturmuştur. Yaşanan olumsuzluklar nedeniyle devlet ve egemenlik anlayışı, ulusal ve uluslararası boyutta büyük sarsıntılar geçirmiş, asırlarca etkili olan "devletin en yüksek değer olduğu" inancı bu suretle dönüşüme uğramış ve ona, kendi vatandaşları üzerinde sınırsız ve kontrol edilemez güç verilmesi gerektiği açıkça idrak edilmiştir. Dünya savaşları sonrası güvenirliliği sarsılan devlet egemenliğinin uluslararası sorumluluk ve denetim altına alınması zorunluluğu kendini göstermiş ve buna gerek duyulmuştur. Bu anlayışın sonucu, insan haklarının ortak bir teminata kavuşturulması suretiyle, devletin bu alanda vatandaşları üzerinde tek başına yetkili olmasına son verilmiştir. Böylece, sözleşmenin öngördüğü sistemde temel haklar, sözleşmeye taraf devletlerin tekel ve tasarrufuna bırakılmamış, eski devlet ve egemenlik saplantılı anlayış, insan hakları lehinde çığır açacak şekilde değişime uğramıştır. İnsan haklarıyla ilgili böyle bir sonucun oluşmasında, kuşkusuz Nürnberg savaş suçlarının yargılanmaları da etkili olmuştur.

AİHS'nin sağladığı hakların güvencesi, yargısal kapsamda "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu" ve "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi"nce sağlanmaktadır. Türkiye AİHS'ni 10 Mart 1954 de yasayla onaylamış, onay belgesinin 18 Mayıs 1954 de Avrupa Konseyi'ne verilmesi ile sözleşme Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türk hukukunun bir parçası olmuştur. Bu gelişmelerden çok sonra, 21 Nisan 1987 de İnsan Hakları Komisyonu'na "bireysel başvuru hakkı", 27 Eylül 1989 da ise İnsan Hakları Mahkemesi'nin "zorunlu yargı yetkisi" tanınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuru hakkının tanınması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisinin kabulü sonrası, Avrupa İnsan Hakları hukuku ile daha aktif bir bütünleşme sürecine girilmiş olmaktadır. Bu sürecin kavranabilmesi ve uyum sağlanabilmesi için AİHS'nin oluşturduğu hukuk anlayışının ve bu anlayıştan kaynaklanan yargı sisteminin doğal sonucu oluşan, şekillenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üye ülkelerdeki yargısal gücü ve işlevsel konumunun belirginleştirilmesi ve netleştirilmesi zorunludur. Hukuka, adalete ve insan haklarına yönelmiş ve gönül vermiş kuruluş ve hukukçuların katkılarıyla gerçekleştirdiğimiz bu sempozyumun amacı budur. Bu vesileyle sempozyumumuza katkı sunan yerli ve yabancı konuklarımızın tümüne saygı, sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Bireysel toplumsal ve kamusal faaliyetlerin uluslararası hukuka da uygun olması gerekir. Türk yurttaşı, uygar ve çağdaş ulusların oluşturduğu büyük aile içinde Türk ulusunun bireyi olduğu kadar, aynı zamanda insanlığın da üyesidir. Bu bakımdan, insan hakları ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkmış, evrensel bir anlam, içerik ve boyut kazanmıştır. Uygar toplumlarda insan haklarını ilgilendiren hiçbir olgu, salt iç hukuk sorunu olarak görülemez, insan haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına uyulmadığında, insan haklarına saygılı hukuk devletinden söz edilemez.

Bu genel tanımlama karşısında, yargıçlarımız, ulusal hukuka katılmış olsun veya olmasın uluslararası hukuk kurallarına yardımcı kaynak olarak her zaman başvurabilirler. Yardımcı kaynak değil de temel kaynak olabilmesi için, bunların Türk hukuk dünyasına usulüne uygun olarak katılmış olmaları gerekir.

Anayasamızın, 15, 16, 42, 90 ve 92. maddeleri uluslararası örf ve adet kuralları ile uluslararası sözleşmelerin iç hukukta doğrudan uygulanmasını sağlayacak kuralları içermektedir. Bu kurallar doğrultusunda usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan anlaşmalar, o andan başlayarak, bir iç hukuk kuralı haline gelmiş olur.

Bu gelişmelerin sonucu olarak, Türk adli yargısı, son zamanlarda özellikle "doğrudan uygulanabilir" sözleşmeleri yasadan üstün kabul etmekte, boşluk ve çatlama halinde sözleşme hükümlerinden yaygın biçimde yararlanmakta, bu başarılı çabası nedeniyle sözleşmeyi yasadan üstün hatta anayasa hükmü düzeyinde gördüğü izlenimi vermektedir. İç hukuk kuralları ile sözleşme ilkelerinin çatışması

halinde üstünlüğün sözleşmeye verilmesi ile iç hukukla sözleşmenin bütünleşmesi kolaylaşır, ulusal mevzuatın AIHS hukukunun süzgecinden "yumuşak bir geçişle" süzülmesini sağlar. Bu noktada Anayasa'nın 90.maddesine "çatışma halinde anlaşma-sözleşme hükümlerine öncelik verilir" biçiminde bir fıkra ilavesi tüm tartışmaları sonlandıracaktır.

AIHS'ni uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adli yargımız yönünden dikkat çektiği bir noktada, özellikle ceza yargılamalarında silahların eşitliğine uygun davranılmadığı şeklindedir.

Adli yargı alanında en büyük sıkıntı yargıçlarla savcıların bir blok halinde mütalaa edilmesinden kaynaklanan ve savunmayı bir anlamda dışlayan yapılanmadır. Bu rahatsız edici durum, savcı eşitir yargıç formülü; aslında sav-savuma-hüküm klasik yapılanmasına da aykırıdır. Hüküm mutlaka savcı ve avukattan, yani iddia ve savunmadan bağımsız ve daha üstün, daha etkili olmalıdır. Bu yargılama diyalektiği için de zorunludur. Yargıç, hiç kimseyle eşit ya da birlikte olamaz, konumu ve önemi nedeniyle o hep üstün irade olarak bağımsız ve güçlü kalmalıdır. Çünkü hükmetmek, karar vermek, sorunu çözmek, hiçbir biçimde iddia etmek ve savunmakla eş anlamlı değildir. Bu nedenlerle yargıçı önemi ve konumuna uygun şekilde hem mekân ve hem imkân olarak yüceltmek durumundayız.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyor, toplantının başarılı geçmesini diliyor, tüm katılımcılara ve konuklara saygılarımı sunuyorum.

ANDRAS BAKA (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bölüm Başkan Yardımcısı)

[Sayın Başkan, değerli hakimler, saygıdeğer konuklar,]

Türk Yargıtayının hakimleri için düzenlenen bu eğitim çalışmasının açılış konuşmasını yapmaktan onur ve mutluluk duyuyorum.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başta Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi mahkemeleri olmak üzere ülkelerin üst düzey mahkemeleriyle olan ilişkilerine daima büyük önem vermiştir.

Strasbourg Mahkemesi 44 Avrupa ülkesinin hukuk düzenlerinde yer alan insan haklarını koruma uygulamalarının sinir merkezidir. Mahkeme bu sıfatıyla Sözleşmeye Taraf Ülkelerin hukuk düzenlerine nüfuz eden, ve ülkelerin ceza hukuku, cezai, hukuki ve idari meselelerde adaletin sağlanması, aile hukuku, yabancılar hukuku, medya hukuku, mülkiyet hukuku gibi alanlardaki yasa ve uygulamalarını etkileyip biçimlendiren ortak hukuki standartları belirler. Yıllar içinde ve Mahkemenin içtihadı sayesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyinin eski üyeleri olan ülkelerin hukuk ve ahlak bilinçlerine iyice yerleşmiş olup, aynı süreç yeni üye ülkelerde de pey mesafe kat etmiş bulunmaktadır.

Mahkeme en eski kararlarından beri Sözleşme sisteminin subsidiarite/yerindenlik özelliğini dikkate almıştır. Yerindenlik özelliğinden kasıt Sözleşmeyle tanınan hakların güvenceye alınmasının birincil sorumlusu olarak ülkelerin kendi makamlarına, özellikle de yargı makamlarına düşmesidir. Bu durumda görev haliyle Avrupa Mahkemesinin Sözleşmeyle oluşturulan insan haklarının korunması sistemi çerçevesinde kendisiyle ortaklık ilişkisi içinde gördüğü yargıtaya ve anayasa mahkemelerine yüklenmiş olmaktadır. Bu biraz önce söylediğim gibi 44 Sözleşmeci Ülkenin toplam 800 milyonluk nüfusunu kapsayan bir Sözleşme sisteminde sadece pratik bir zorunluluktan ibaret olmayıp, aynı zamanda uluslararası yargının, hukuk düzenine saygılı demokratik ülkelere uygulanma bağlamında bünyesinde esasen var olan gerekli bir unsurdur. Ülkelerin demokratik kurumlarının hukuk düzenine tamamen uygun olarak aldıkları kararları yorumlamada uluslararası hakimlere düşen, bu kararlara belli ölçüde itibar etmektir. Bu itibar söz konusu kararlar hakkında uluslararası yargının hiçbir mütalaada bulunamaması anlamına gelmez;

ancak bu mütalaalarda uluslararası seviyede biraz ölçülü bir yaklaşım benimsenmesi gerekir.

Sözleşme sisteminin yerindenlik özelliği, usule ilişkin hakların ülkelerin hukuk sistemlerindeki konumu üzerinde Sözleşmede niçin bu kadar çok durulduğunu açıklamaktadır. Bu durumun geçerliliği sadece uluslararası hukukun önce iç kanun yollarının tüketilmesini şart koşan geleneksel uygulamasının, Mahkemeye başvuruda bulunacak kişileri önce kendi ülkelerinin yasaları çerçevesinde haklarını aramaya sevk etmesini öngören temel prosedür hükümleriyle sınırlı değildir. Bu durum aynı zamanda ülke makamları nezdinde hukuk yollarını etkin bir şekilde kullanabilme hakkını güvenceye alan 13. Madde; hukuk ve ceza davalarında kanunların adilane şekilde uygulanmasından yararlanma hakkını vazedен 6. Madde; ve dahi alıkonulma hallerinde usule ilişkin güvenceler sağlayan 5. Madde gibi, Sözleşmenin özellikle ülkesel usulleri teminat altına almaya yönelik normatif hükümleri için de geçerlidir.

Mahkemenin kısa bir süre önce vurguladığı üzere, "Sözleşmenin hedefi ve maksadı, 1. Maddede belirtildiği gibi hak ve özgürlüklerin Sözleşmeci Ülke tarafından kendi yargı yetkileri dahilinde güvence altına alınmasıdır. Sözleşmeyle vücuda getirilen koruma mekanizmasının işlemesi için esas olan, ülke sistemlerinin Sözleşme hükümlerine vaki ihlallerin telafisini bizzat sağlamaları, Mahkemenin ise yerindenlik ilkesine göre bu uygulamalara nezaret etmesidir."¹ Bu husus hukuki telafi sağlama yükümlülüğünün, muhakemelerin 6. Maddeye aykırı olarak uzun sürmesinden kaynaklanan sorunları da kapsadığı şeklindeki Mahkeme kararıyla 13. Madde bağlamında teyit edilmiştir. Mahkeme şu mütalaada bulunmuştur: "Madde 35 § 1'deki kural (iç kanun yollarının tüketilmiş olması şartı), 13. Maddede (35 § 1 ile yakından bağlantılıdır) yansıtılan, kendisine Sözleşmeyle tanınan haklarının ihlale uğradığını iddia eden bir bireyin kendi ülkesinde başvurabileceği etkin bir kanun yolunun var olduğu faraziyesine dayanmaktadır. Böylece 13. Madde Devletlerin insan haklarını en başta kendi hukuk sistemleri dahilinde koruma yükümlülüklerini net bir şekilde ifade ederek, bireyin bu hakları etkin bir biçimde kullanabilmesi için ek bir güvence tesis etmektedir. 13. Maddenin *travaux préparatoires*'dan ² çıkan maksadı bireylerin Sözleşmeyle tanınan hak-

¹ Z. ve diğerleri-Birleşik Krallık, 10.5.2001, ECHR 2001- ..., § 103.

² Bak.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi "Travaux Préparatoires", Derleme Baskısı, cilt II, s. 485 ve 490, ve cilt III, s. 651.

larının ihlaline karşı, uluslararası şikayet mekanizmasını işletip davalarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşımadan önce ülkesel düzeyde telafi imkanı bulabilecekleri bir vasıta sağlamaktır.”³

Esas hak ve özgürlüklerin usule ilişkin yönü de önemlidir. Mahkeme bu konuda Sözleşmenin, klasik medeni ve siyasi haklara müdahaleden kaçınma yükümlülüğüne ilaveten, usule ilişkin güvenceler sağlamak suretiyle bu hakları koruma yönünde bir pozitif yükümlülük de içerdiği yorumunu yapmıştır. Bu meyanda Mahkeme, misal olarak, çocukların evlatlık verilmesi ve bakım yuvalarına yerleştirilmesi bağlamında, usule ilişkin güvencelerin Sözleşmenin aile hayatı hakkı ile ilgili 8. Maddesinde zımnen yer aldığına işaret etmiştir.

Yerindenlik ilkesinin ancak ülkelerin hukuk sistemlerinde uygun usullerin mevcut olması halinde etkin bir şekilde işleyebileceği açıktır. Eğer Mahkeme Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine dair vereceği bir kararı ülkesel yargı makamlarının deliller üzerindeki değerlendirmelerine dayandıracaksa, ülkesel seviyede böyle bir değerlendirmenin yapılabilmesini mümkün kılacak usullerin var olması icap eder. İşte bu nedenle Mahkeme birkaç davada Sözleşmenin 2. Maddesinin (hayat hakkı) esastan değil (zira iddiaları kanıtlayacak yeterli delil yoktu) usulden ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla, Sözleşmenin 2. Maddesinde yer alan hayat hakkını koruma yükümlülüğü, Sözleşmenin 1. Maddesiyle devlete tevdi edilen “kendi yargı yetkisi kapsamındaki herkesin Sözleşmede tarif edilen hak ve özgürlüklerini güvenceye alma” yükümlülüğü ile birlikte yorumlandığında, bireylerin kuvvet kullanılması neticesinde ölmeleri halinde şu veya bu şekilde resmi bir soruşturmanın yapılmasının gerekliliğini de zımnen içermektedir.⁴

Yetkililerin, şiddet uygulanması sonucunda meydana gelen bir ölümden veya bir kişinin şüphe uyandırıcı koşullarda izahı bulunamayan bir sebeple ortadan kaybolmasından haberdar olmaları, 2. Madde gereğince söz konusu ölüm veya kaybolma vakasının meydana geldiği koşulların etkin bir soruşturmaya tabi tutulması yükümlülüğünü *ipso facto* olarak doğurur.

³ Kudla-Polonya, 26.10.2000, ECHR 2000-XI, § 152.

⁴ **McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık**, 27.9.1995, Seri A no. 324, s. 49, § 161; **Kaya-Türkiye**, 19.2.1998, *Reports* 1998-I, s. 329, § 105; **Tanrıokulu-Türkiye**, 8.7.2000, § 101.

Mahkemenin çeşitli davalarda tekrar tekrar verdiği bir karar uyarınca⁵ bir kişinin, polislin veya devletin benzer nitelikteki görevlilerinin elinde 3. Maddedeki (işkenceyi, gayrı insani ve aşağılayıcı muameleyi yasaklayan madde) haklarını ihlal eden bir muameleye maruz kaldığına dair inandırıcı bir iddiada bulunması halinde, bu maddenin içerdiği hüküm yine Sözleşmenin 1. Maddesiyle devlete tevdi edilen genel yükümlülük ile birlikte yorumlandığında, hemen yukarıda belirtildiği gibi, etkin bir soruşturmanın yapılması gerekliliğini zımnen içermektedir. 2. Madde gereğince hasıl olan soruşturma yapma görevi gibi, bu soruşturma da sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması sonucunu yaratabilecek nitelikte olmalıdır.

Bu tür davalar Strasbourg'a geldiğinde, Mahkeme neredeyse bir asliye mahkemesi gibi hareket etme durumunda kalmakta, bu işe yerindenlik ilkesinden sapma anlamına gelmenin yanı sıra Sözleşme sisteminin yapısını zayıflatma riskini taşımaktadır. Etkin bir soruşturmanın yapılmaması büyük bir sıklıkla mevcut ülkesel kanun yollarının etkinliğini de zedeleyecek ve böylece iç kanun yollarının tüketilmesi şartını dayanaksız bırakacaktır. Sözleşmeye Taraf Ülkelerin tümünün ulusal makamlarına vereceğimiz mesaj aynıdır: İç kanun yollarının tüketilmesi şartının konulmuş olmasının sebebi, hukuki ve idari sistemlerinizin işleyişindeki bozuklukları kendi ülkenizin kanun yollarıyla düzeltme fırsatını size vermektir. Söz konusu kanun yollarını sağlamayarak veya mevcut olanları geçersiz kılarak bu fırsatın değerlendirilmemesi, iddianın talep edilen standartlardaki delillerin yokluğundan dolayı esastan reddedilmesi halinde dahi, Sözleşmenin ihlali kararının verilmesi sonucunu doğurabilir. Ayrıca, bu durumun sık sık tekrarlanması Sözleşmede yer alan insan haklarının korunması sistemini tümüyle sarsabilir.

Günümüzde Strasbourg Mahkemesinin karşı karşıya olduğu başlıca sorun yapılan başvuruların çokluğudur. Halihazırda bakılmayı bekleyen başvuru sayısı 30.000 civarındadır. Bu yıl da yaklaşık aynı sayıda başvuru kaydedeceğimizi tahmin ediyoruz. Bu geçici bir durum değildir. Aksine, Sözleşmeyi yeni onaylayan bazı ülkelerden yapılması muhtemel başvurular henüz tüm yoğunluğuyla Mahkememize intikal etmiş değildir.

⁵ Bak.: örneğin, *Assenov-Bulgaristan*, 28.10.1998, *Reports* 1998-VIII, s. 3290, § 102; *Labita-İtalya*, 6.4.2000, § 131; *Veznedaroglu-Türkiye*, 11.4.2000, §32.

Mahkeme usullerini basitleştirmek ve rasyonelleştirmek için elinden gelen her türlü çabayı göstermiştir. Fakat sonunda yeni tedbirlere ihtiyaç olabilir. Bu meyanda Sözleşmede yeni reformlar yapılması da ihtimal dışı değildir. Reform yapma yoluna gidildiği takdirde, şahsi kanaatimce reformun çıkış noktası konuşmamın başında yerindenlik hakkında söylediklerim olmalıdır. Sistemin geleceği temel hakların ülkesel seviyede müessir şekilde korunmasına bağlıdır. Strasbourg Mahkemesi son temyiz mercii olarak görülmemeli; daha ziyade, çözümlenmesi Sözleşmeyle birlikte Avrupa insan hakları anayasasının kamu düzenini oluşturan içtihat birikimini zenginleştirecek olan istisnai davalarda başvurulacak son çare olarak algılanmalıdır.

Bu noktada sizinki gibi üst seviyedeki ülkesel mahkemelerin oynayacağı hayati role dönmüş oluyorum. Bu tür eğitim programlarının bu kadar önemli olmasının nedeni işte budur. Avrupa Sözleşmesi ulusal sisteme dışardan sokulan bir araç değil, ülkenin hakimleri olan sizler ve diğer meslektaşlarınız tarafından ulusal seviyede ve ulusal sistemin ayrılmaz bir parçası olarak uygulanacak uluslararası bir antlaşmadır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Andras BAKA

(Section Vice-President, European Court of Human Rights)

Mr President, distinguished Judges, Ladies and gentlemen,

It is a great honour and pleasure to deliver this opening address at the beginning of the present training session for judges of the Supreme Court of Turkey.

The European Court of Human Rights has always attached the greatest importance to its relationships with the superior national Courts, and in particular national supreme and constitutional courts.

The Strasbourg Court is the nerve centre of a system of human rights protection which radiates out through the domestic legal orders of 44 European States. Thus it sets common legal standards which permeate the legal orders of the Contracting States, standards which influence and shape domestic law and practice in areas such as criminal law, the administration of justice in criminal, civil and administrative matters, family law, aliens' law, media law, property law. Over the years and through the case-law of the Court, the European Convention on Human Rights has become deeply entrenched in the legal and moral fabric of the societies of the older Council of Europe States and this same process is well under way in newer member States.

From its earliest judgments the Court recognised the subsidiary character of the Convention system, by which it meant that it was primarily for the national authorities, and particularly the national judicial authorities to secure the rights enshrined in the Convention. This of course places the burden mainly on the Supreme and Constitutional Courts, which the European Court sees as forming a partnership with it within the system of protection set up by the Convention. This is not only a practical necessity in a Convention community which now extends, as I have said, to 44 Contracting States with a combined population of some 800 millions. It is also a

necessary element inherent in the nature of international jurisdiction when applied to democratic States that respect the rule of law. The international judge owes a degree of deference to decisions taken by national democratic institutions in full compliance with the rule of law, and although that deference will never exclude the international review completely, it will call for some measure of judicial self restraint at international level.

The subsidiary character of the Convention system explains why so much of the Convention focuses on procedural rights within the national systems. This is true not only in relation to the main procedural provisions governing access to the Court where the traditional international law requirement of exhaustion of domestic remedies directs potential applicants first to the remedies available under national law. It is also true of the normative provisions of the Convention aimed specifically at guaranteeing national procedures such as Article 13 which guarantees the right to an effective remedy before a national authority or Article 6 which sets out the due process and fairness rights in civil and criminal proceedings or again Article 5 which provides for procedural guarantees in respect of detention.

As the Court has recently emphasised, "the object and purpose underlying the Convention, as set out in Article 1, is that the rights and freedoms should be secured by the Contracting State within its jurisdiction. It is fundamental to the machinery of protection established by the Convention that the national systems themselves provide redress for breaches of its provisions, the Court exerting its supervisory role subject to the principle of subsidiarity"¹. This was confirmed in the context of Article 13 when the Court held that the obligation to provide a remedy extended also to problems of length of proceedings in breach of Article 6. As the Court noted: "the rule in Article 35 § 1 (requiring exhaustion of domestic remedies) is based on the assumption, reflected in Article 13 (with which it has a close affinity), that there is an effective domestic remedy available in respect of the alleged breach of an individual's Convention rights. In that way, Article 13, giving direct expression to the States' obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system, establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights. The object of

¹ *Z. and Others v. the United Kingdom*, 10.5.2001, ECHR 2001-..., § 103.

Article 13, as emerges from the travaux préparatoires², is to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court³.

The procedural aspect is also important in relation to substantive rights and freedoms where, in addition to the obligation to refrain from interfering with the classic civil and political rights, the Court has read into the Convention a positive obligation to secure them by providing procedural guarantees. Thus the Court has for example found procedural guarantees to be implicit in the right to a family life under Article 8 of the Convention in the context of the placing of children for adoption and the taking of children into care.

It is evident that subsidiarity can operate effectively only when the appropriate procedures are available within the domestic legal systems. If the Court is going to base its determination of whether or not there has been a violation of the Convention on the assessment of the facts made by the national judicial authorities, there must have been proceedings at national level capable of producing such an assessment. That is why the Court in several cases has found violations of Article 2 of the Convention (the right to life) not on the substantive issue because there was insufficient evidence to substantiate the allegations, but on the procedural aspect. Thus the obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force.⁴

The mere fact that the authorities are informed of a violent death or an unexplained disappearance in suspicious circumstances gives rise ipso facto to an obligation under Article 2 to carry out an

² See the Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights, vol. II, pp. 485 and 490, and vol. III, p. 651.

³ *Kudla v. Poland*, 26.10.2000, ECHR 2000-XI, § 152.

⁴ *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27.9.1995, Series A no. 324, p. 49, § 161; *Kaya v. Turkey*, 19.2.1998, Reports 1998-1, p. 329, § 105; *Tanrikulu v. Turkey*, 8.7.2000, § 101.

effective investigation into the circumstances surrounding the death or the disappearance.

The Court has repeatedly held⁵ that where an individual makes a credible assertion that he has suffered treatment infringing Article 3 (which prohibits torture and inhuman or degrading treatment) at the hands of the police or other similar agents of the State, that provision, again read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention, likewise requires by implication that there should be an effective official investigation. As with the duty to carry out an investigation under Article 2, such investigation should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible.

When such cases come to Strasbourg, the Court is placed in the difficult position of having to operate almost as a first-instance court, and this represents a departure from the principle of subsidiarity and risks undermining the structure of the Convention system. The absence of an effective investigation will also very often render ineffective any domestic remedies that are available and thus defeat the purpose of the rule on exhaustion of domestic remedies. Our message to the national authorities of all the Contracting States is the same - the rule on exhaustion is there to provide you with the opportunity to correct dysfunction in your legal and administrative systems on the basis of local remedies. Failure to make use of that opportunity by not providing for such remedies or making them nugatory may lead to a finding of a violation of the Convention, even if the substantive allegation cannot be established to the required standard of proof, and if repeated on a large scale undermines the whole system of human rights protection embodied in the Convention.

Today the main problem facing the Strasbourg Court is the sheer volume of applications. The total number of pending applications is currently around 30,000. This year we expect to register roughly the same number. This is not a temporary phenomenon. On the contrary, the Court has yet to experience the full impact of some of the most recent ratifications of the Convention.

⁵ See for example, *Assenov v. Bulgaria*, 28.10.1998, Reports 1998-VIII, p. 3290, § 102; *Labita v. Italy*, 6.4.2000, § 131; *Vezenedaroğlu v. Turkey*, 11.4.2000, § 32.

The Court has made every effort to streamline and rationalise its procedure, but ultimately additional measures may be needed, and in this context one should not rule out further reform of the Convention. Any such reform should, in my view, take as its starting point what I said earlier about subsidiarity. The future of the system depends on the effective protection of fundamental rights at national level, leaving recourse to Strasbourg not so much as the last instance but rather as the last resort in exceptional cases, cases raising issues whose resolution will add to the corpus of case-law, which with the Convention makes up the public order of the European constitution of human rights.

So I return to the essential role to be played by national superior Courts like yours. This is why training programmes such as the present one are vital. The European Convention is an international treaty whose vocation is to be applied at national level, by national judges, by you and your colleagues, not as a foreign instrument intruding into the domestic system, but as part and parcel of that system.

Thank you for your attention.

Sayın CEMİL ÇİÇEK (Adalet Bakanı)

Yargıtay ve Danıştayımızın Sayın Başkanları, Türkiye Barolar Birliği'nin Sayın Başkanı, Değerli Öğretim Üyeleri ve Yargı Mensupları,

Yargıtay, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesi ve Türkiye Barolar Birliği'nin, "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*" konusunda düzenlemiş olduğu sempozyumun açılışında sizlere hitap etmekten duyduğum mutluluğu ifade ederek konuşma başlamak istiyorum.

Geçen yüzyılın özellikle ikinci yarısından itibaren, uluslararası düzeyde önemli gelişmeler gösteren insan hakları konusu, günümüzde demokratik hukuk devleti anlayışının temel taşıdır. Bu anlayış çerçevesinde hukuk devletinin görevi, adil bir yönetim sergileyerek vatandaşlarının insan onuruna yaraşır bir ortamda yaşamalarını sağlamaktır.

Dünyanın globalleşerek küçük bir köy halini aldığı günümüzde, insan hakları alanının, sadece devletlerin iç hukukuna bırakılmadığı da görülmektedir. Bugün, birçok devlet arasında, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması yönünde çeşitli sözleşmeler imzalandığı ve bunlara uyulmaması durumunda taraf devletlerin yaptırımlara maruz bırakıldığı bir dönemi yaşamaktayız.

Değerli Konuklar,

Demokrasi ve hukuk devleti gibi değerleri benimseyerek çağdaş dünyada hak ettiği konumu elde etmek için emin adımlarla ilerleyen Devletimiz, 1950 yılında Roma'da imzalanıp 1952 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, hemen iki yıl sonra 1954 yılında onaylayarak, insan hakları konusuna verdiği önemi çok açık bir biçimde ortaya koymuştur. Geride kalan 50 yıl boyunca da, anayasal ve yasal düzeyde ciddi adımlar atılarak iç hukukumuzun Sözleşme'ye tam anlamıyla uyumunun sağlanmasına çalışılmıştır.

İnsan hakları kavramı, yaşayan bir varlıktır. Bundan 10 yıl önce, temel bir hak olarak görülmeyen bir durum, bugün bu alanın hızla

gelişmesi karşısında temel bir insan hakkı olarak görülebilmektedir. Bu nedenle, insan hakları alanındaki çalışmalarımız çağdaş standartlara uygun olarak devam edecektir.

Değerli Konuklar,

Tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi şu ifadeye yer vermektedir. "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar*". "İnsan haklarına saygı yükümlülüğü" başlığını taşıyan bu madde hiç kuşkusuz ki taraf devletlere önemli sorumluluklar yüklemektedir. Bu noktada devletin üzerine düşen, Sözleşme'de belirtilen hakların ayırım yapılmaksızın herkese sağlanması ve korunması açısından gerekli tedbirleri almaktır.

Sözleşme, salt yazılı metin olarak ele alındığında, taraf devletlerin iç hukuklarından kaynaklanan nedenlerle farklı yorumlanabilmektedir. Bu da, insan hakları konusunda, uygulamada farklı anlayışların gelişmesine neden olabilmektedir. Bu noktada, Avrupa Konseyi bünyesinde kurulmuş bulunan ve görevi, verdiği 'kararlarla Sözleşme'yi yorumlayarak, insan hakları alanında ortak bir standart oluşturmak olan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin öneminin de vurgulanması gerekmektedir. Anglo-Sakson hukukunu benimsemiş olan ve içtihat hukuku üzerine kurulmuş olan Mahkeme, verdiği kararlarla, taraf devletlerdeki insan hakları uygulamalarının, Sözleşme çerçevesinde gelişmesine büyük katkı sağlamaktadır.

Değerli Konuklar,

Bilindiği üzere, ülkemiz 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını tanımış ve 1990 yılında da Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. Bu şekilde, iç hukukumuzdaki tüm başvuru yollarını kullandıktan sonra, temel haklarının ihlâl edildiğini düşünen bireyler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunabilmektedir. Mahkeme, geçtiğimiz 13 yıl boyunca ülkemiz hakkında verdiği kararlarla, Sözleşme'nin çeşitli maddelerinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Burada, devlet olarak üzerimize düşen, bu kararlara saygı duyarak, bir daha aynı

konuda ihlâl oluşmaması için gerekli tedbirleri almaktır.

Bu kapsamda, devletimiz geçtiğimiz iki yıl içinde anayasal ve yasal alanlarda çok önemli reformlar gerçekleştirmiştir. Özellikle 3 Ekim 2001 tarihinde, o zamanki TBMM'de büyük bir uzlaşmayla kabul edilmiş Anayasa değişikliklerinde ve buna bağlı olarak "*uyum pakelleri*" adıyla anılan, 7 paket yasayla yapılan düzenlemelerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının izlerini görmek mümkündür.

Değerli Konuklar,

Yasama, gerçekleştirdiği özverili çalışmalarla üzerine düşen görevi önemli ölçüde yerine getirmiştir. Yasal anlamda, bundan böyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Mahkeme içtihatlarına çok önemli aykırılıkların oluşmayacağını ümit ediyorum.

Şimdi sıra, Yürütme ve Yargı'nın, yapılan bu yasal değişiklikleri etkili bir biçimde uygulamaya yansıtmalarına gelmiştir. Sempozyumun konusu "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*" olduğu için Yürütmeyle ilgili kısma bu aşamada yer vermeyi gerekli görmüyorum.

Değerli Konuklar,

Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkrasında; "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde*" olduğu hükme bağlamıştır. Bana göre, bu hüküm, Sözleşme'nin iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilmesi için yeterlidir. Mahkemelerimiz, bu anayasa hükmünü esas alarak karar verebilmeli, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına kararlarında aıfta bulunabilmelidirler. Bunun sonucunda, ülkemizin İnsan Hakları Mahkemesi nezdindeki insan hakları sicilinin düzeleceğine inanmaktayım. Bu noktada, Alman hukukuna girmiş olan, Alman Yargıçlarının Prensibini sizlere haurlatmakta yarar görüyorum. Bu prensip kısaca "*Yargıç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı yorum yapamaz*"dır. Sözleşme'ye taraf olan bir Batı Avrupa ülkesinde, yargılama sırasında Sözleşme'nin ne denli dikkate alındığına, bu prensip güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Değerli Konuklar,

Adalet Bakanlığı, gerek uyum yasalarının etkin bir biçimde yaşama geçirilebilmesi gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme içtihatlarının iç hukukumuzda uygulanabilmesi amacına matuf olarak önemli çalışmalar yürütmektedir. Bu kapsamda, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği ile ortaklaşa, çeşitli projeler gerçekleştirilmektedir. Bu projeler çerçevesinde, uyum yasaları ile ilgili olarak Türkiye'nin 6 bölgesinde düzenlenen ikişer günlük seminerlerle toplam 900 hâkim/savcımız bu yasalar konusunda bilgilendirilmiştir.

Ayrıca, yine Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi ile birlikte yürüttüğümüz proje kapsamında, 225 hâkim/savcımızın, insan hakları alanında eğitici olarak eğitilmelerine başlanmış ve şu ana kadar yapılan 4 seminerle 100 hâkim/savcımız eğitime tâbi tutulmuştur. Düzenlenen seminerler, katılan hâkim/savcılarımızca çok yararlı olarak adedilmiş ve kendileriyle yapılan anketlere verdikleri cevaplarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkeme içtihatlarından görevleri sırasında yararlanacaklarını belirtmişlerdir. Geriye kalan 5 seminerle 225 hâkim/savcımızın eğitimleri tamamlanacak ve bu kişiler 2004 yılının sonuna kadar, kendi görev bölgelerindeki diğer hâkim ve savcılarının insan hakları konusunda eğitilmelerini sağlayacaklardır. Böylece ülkemizde görev yapan 9500 hâkim/savcımızın insan hakları eğitimi tamamlanmış olacaktır. Bu projenin, çok kısa bir zaman sonra olumlu sonuçlar vererek, yargı, kararlarında insan haklarının öncelikle gözetileceğine olan inancım tamdır.

Diğer taraftan, Bakanlığımız tarafından, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Sayın Doç. Dr. Osman DOGRU'ya hazırlatılan ve İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının tercümesini içeren külliyat, çok kısa bir zaman içerisinde bütün hâkim ve savcılarımıza ulaştırılacak olup, bu kitaplardan yargı mensuplarımızca başvuru eseri olarak yararlanılacağını umut etmekteyim.

Değerli Konuklar,

İnsan hakları alanında ülke olarak yapmış olduğumuz atılımlar hiç de küçümsenmeyecek boyutlardadır. Ancak 59. hükümet olarak yapılanları hiçbir zaman yeterli görmemekteyiz. Amacımız, bu alanda, başka ülkeleri takip eden değil, o ülkelerce örnek alınan bir konuma

gelmehtir. Bu nedenle, sempozyumun çok yararlı sonuçlar doğuracağına olan inancımı vurgulayarak, sempozyumun düzenlenmesine katkıda bulunan kurumlara en derin şükranlarımı sunar, hepinizi saygıyla selamlarım.

Sayın Eraslan ÖZKAYA (Yargıtay Başkanı)

Sevgili meslektaşlarım,

Değerli bilim adamları,

Sayın konuklar,

Yazılı ve görsel basınımızın seçkin temsilcileri,

Hepinizi sevgi ve saygılarımla selamlıyorum.

Çok değerli bilim adamlarını, uzun yıllarını hukuk uygulamasına adanmış, Yargıtay daire başkan ve üyelerini, yargıç, cumhuriyet savcıları ve avukatları, dışarıdan gelen seçkin hukukçuları bir araya getiren, karşılıklı olarak fikir ve görüşlerini açıklamak olanağını sağlayan, belirli konuların derinliğine incelemesine zemin hazırlayan bu tür bilimsel toplantıların, panellerin, sempozyumların, tüm hukukçular ve ilgililer için öğrenme, öğretme ve bilgilendirme, topluma olumlu ve faydalı mesajlar verme yönünden çok faydalı olduğuna inanıyorum.

Yargıtay olarak ağır yük altında bulunmamıza karşın, bir sene içerisinde uluslararası boyuttaki dördüncü bilimsel toplantıya ev sahipliği yapmanın haznını yaşıyoruz. Gelecek ay da beşinci bilimsel toplantımızı yapmanın hazırlığı içerisindeyiz.

Bu toplantıyı Yargıtay'la birlikte gerçekleştiren Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Eğitimi Ulusal Komitesine, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezine, Adalet Bakanlığına, büyük birikim ve emek mahsulü bildiri sunan, oturma başkanlığı yapan, tartışmalara katılarak değerli katkılar sağlayan tüm hukukçulara, katılımlarıyla destek veren dinleyenlere, özellikle yabancı misafirlerimize en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Bugünkü sempozyumda insan kişiliğinin ve onurunun ayrılmaz parçası sayılan ve onları geliştirip güvence altına alan temel hak ve özgürlükleri, uluslararası boyutta düzenleyip güvenceye kavuşturan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ilgili maddelerini derinliğine inceleme ve değerlendirme fırsatını bulacağız. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin uygulamadaki sonuçlarını takip edeceğiz.

Bilindiği üzere insan hak ve özgürlükleri başlangıçta sosyal, siyasal ve hukuk alanında fikir üreten düşünür, hukuk ve devlet adamlarının kafalarında bir fikir ve kavram olarak filizlenmeye başlamış, sonra bildiri ve beyannamelerle kurumsal alana geçmiş, Yirminci

Yüzyılın ikinci yarısında da kurumsal alandan çıkıp uygulama alanına girerek daha sağlam ulusal ve uluslararası güvenceye kavuşturulmuştur.

İnsan hak ve özgürlükleri çağdaş medeniyetler düzeyine ulaşmış ülkelerdeki bugünkü boyutlarına ve güvencesine kolay kavuşmamış, eski Yunan ve Roma'dan itibaren yüzyıllarca süren tarihi evrimi içerisinde uğruna çok büyük bedeller ödenmiş, halen de pek çok ülkede bu bedeller ödenmeye devam edilmektedir.

Sosyal bilimciler ve hukukçular Yirminci Yüzyılı özellikle Yirminci Yüzyılın ikinci yarısını İnsan Hakları ve Özgürlükleri Çağı olarak tanımlamaktadırlar. Gerçekten insan hak ve özgürlüklerinin kurumsal alandan çıkarılıp yaşama geçirilmesi daha açık bir anlatımla güvenceye bağlanması önceleri ulusal hukuk ve ulusal anayasa sorunu olarak kabul edilip değerlendirilirken, İkinci Dünya Savaşından önceki dönemde ulusal güvencenin yetersiz kaldığının görülmesi üzerine insan haklarının uluslararası boyuta taşınıp, uluslararası güvenceye kavuşturulması zorunluluğu doğmuştur.

Birleşmiş Milletler Örgütü'nün 1945 yılında kurulması ve 3 yıl sonra İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin ilanı, insan hakları ve özgürlüklerinin uluslararası boyutta korunması yolunda atılan en büyük adım olmuştur.

Ne var ki, insan hakları ve özgürlüklerinin uluslararası güvenceye kavuşturulması yolundaki bu büyük gelişme, taraf Dünya devletlerin, hukuken bağlayıcı sözleşme yapmaları, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası düzeyde korunmasını sağlayacak bir örgüt kurmaları, aşamasına gelindiğinde beklenen başarıyı gösterememiştir. Bu nedenle ortak değerlere sahip ülkeler arasında bölgesel örgütlerin kurulması zorunluluğu anlaşılmış, böylece bölgesel kuruluşların oluşması dönemi başlamıştır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi'nin kurulması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin imzalanması, insan hak ve özgürlüklerinin korunması için Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun oluşturulması birbirlerini takip etmiştir.

İşte bireyin hak ve özgürlüklerinin otoriteye (devlete) karşı etkin bir biçimdeki korunması yönündeki bu örgütlenme, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında o ana kadar yapılanların en önemlisi olmuştur. Yapılan bu sözleşme ve kurulan bu koruma sistemi devrim niteliğini taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle birey

uluslararası hukukun bir öznesi ve hak sahibi olmuş, hak ve özgürlükler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargı sisteminin güvencesine bağlanmıştır.

Hukukçularca kabul edildiği gibi, insan hakları ve özgürlükleri kavramı olanı değil olması gerekeni ifade ettiğinden daima ilerleyen, gelişen hak ve özgürlüklerdir. İnsan hakları ve özgürlüklerindeki yegane sınır başkalarının hak ve özgürlükleri olmalıdır.

İnsan hak ve özgürlüklerinin kavramını sadece kişisel ve siyasal hakların bir bölümünü içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle değil, daha sonra sosyo-ekonomik hakları güvenceye alan 18.10.1961 tarihli Avrupa Sosyal Anlaşma Şartı ve sonradan çıkarılan Protokol ve Ek Protokoller, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve Protokolleri değiştiren, geliştiren sözleşmeler, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi kararları ile birlikte belirlemek ve değerlendirmek gerekmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamakla hukukunun bir parçası saymış, Anayasasında insan haklarına saygılı olmayı Cumhuriyetin bir temel ilkesi olarak kabul etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkıyla, Avrupa İnsan Hakları Divanının daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bağlayıcı yetkisini tanımıştır. Bu yönde yasalarında gerekli düzenlemeleri yapmış, kurumlar oluşturmuştur. Son dönemlerde insan hak ve özgürlükleri alanında yasalarımıza yeni birçok hükümler eklenmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, insan hak ve özgürlüklerinin geliştirip yerleştirilmesi yönünden mevcut yasaların düzeltilmesi, yeni yasaların kabul edilmesi tek başına yeterli değildir. İnsan hak ve özgürlüklerinin korunup kollanmasında tüm bireylere, medyaya, kamu kurum ve kuruluşlarına, sivil toplum örgütlerine görev düşmektedir. Ancak bu yönde asıl görevli yargıdır. İnsan hak ve özgürlüklerinin geliştirip yerleştirilmesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması cumhuriyet savcıları, yargıçlar ve avukatların, insan hak ve özgürlüklerine verdikleri öneme ve insan hak ve özgürlüklerinin ihlallerine karşı kesin tavır koymalarına bağlıdır.

Cumhuriyet savcıları, yargıç ve avukatlar yasaları insan hak ve özgürlükleri yönünde daha geniş boyutta ve evrensel ilkeler doğrultusunda yorumlayıp uyguladıkları ve hayata geçirdikleri oranda bek-

lenen ve istenen sonuç elde edilebilecektir. İnsan hak ve özgürlüklerinin en büyük güvencesinin yargı olduğu unutulmamalıdır.

Davaların her aşamasında ulusal hukuk yanında uluslararası hukukun ve uluslararası sözleşmelerin, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin evrensel kuralların göz önünde tutulması gerekmektedir. Esasen bu husus tarafı bulunduğumuz Birleşmiş Milletler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerin ve evrensel hukuk kurallarının bir gereğidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bazı kararlarında tam bir uyum görülmesi dahi bu kararların değerlendirilip irdelenmesi, verilen kararlara daha geniş ve uluslararası bir boyut kazandıracaktır.

Adalet Bakanlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını kitap haline getirip bütün teşkilata dağıtmaktadır. Yargıtay Birinci Başkanlığı ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını anında tüm dairelere duyurmakta, ayrıca Yargıtay'ın internet sayfasında yayınlamaktadır.

Cumhuriyet savcılar ve yargıçlarımızın insan hak ve özgürlüklerinin kötüye kullanılmasına meydan vermeden, daha iyi korunup daha iyi yerleştirilmesi, hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesi yönünde inanç ve titizlik içerisinde çok önemli ve saygın görevlerini başarıyla yapacaklarına güvenim tamdır.

Bu sempozyumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili hükümlerinin yorumlanması ve uygulamaya geçirilmesi yönünde büyük katkılar sağlayacağı yönündeki inancımı belirtirken hepimize sevgiler ve saygılar sunuyorum.

BİRİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI

NURİ ALAN

(Danıştay Başkanı)

Yargıç, Demokrasi ve Egemenlik

İbrahim Özden KABOĞLU*

Başlık olarak belirlenen üçlü ilişkiyi aşağıdaki üç alt başlık altında ele almayı deneyeceğiz.

- Yargıç, hukuku uygulayan mı, yoksa hukuku yaratan mı? (I)
- Yargısal demokrasiye doğru (II)
- Hukuki egemenlik (III)

Başlıklara geçmeden önce, giriş niteliğinde bir kaç hatırlatma yapmakta yarar var.

Yargıcın işlevi nedir? Latince sözcükle ifade edilecek olursa "jurisdictio" (yargılama), hukuku, hakkı dile getirmek, gerçeği ortaya koyarak haklı olana hakkını teslim etmek şeklinde belirtilebilir.

- Gerçeğe, sav, savunma ve karar üçlüsünde ulaşılabilir. Bu ilişki içerisinde yer alan yargı mensuplarını niteleyen üç kavram: iyi bir formasyon¹; güvenceli ve tarafsız bir statü.

- Üçlü ilişki sürecinde karar verme konumunda bulunan yargıcı bağlayan kurallar, yine üç farklı kavramla ifade edilebilir: normlar hiyerarşisi, hukukun genel ilkeleri ve vicdani kanaat².

- "Jurisdictio"nun ortaya çıkmasını etkileyen öteki etmenler nelerdir? Üç sözcükle özetlenebilir: mekân, vakit ve nakit. Adaletin, dava konusu olayın meydana geldiği yere en yakın yerde gerçekleşmesi, hem olayı ve maddi olguları değerlendirmeye yardımcı olur; hem de davanın daha çabuk sonuçlanmasını sağlar. Taraflar daha az harcama yapmakla yetinir. Şu halde, mekân, vakit ve nakit arasındaki sıkı ilişki gözden uzak tutulmamalıdır. Bu üçlü ilişkinin sağlanması ölçüsünde adaletin gerçekleşmesinden söz edilebilir. İşte, "yargıç, demokrasi ve egemenlik" başlıklı bildirimimizin iskeletini bu ön açıklamalar oluşturmaktadır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Profesörü

¹ İyi bir formasyon, sadece hukuk fakültelerinde görülen öğrenimle değil, "sürekli mesleki yenilenme" ve kişisel çaba ile sağlanabilir.

² Bu üç kavram karşısında yargıcın konumu bakımından 1961 Anayasası (m.132) ile 1982 Anayasası (m. 138) arasındaki farklılaşmaya dikkat etmekle yetinelim.

I. Yargıç, hukuku uygulayan mı, yoksa yaratan mı?

Yargıç, yürürlükteki hukuku uygulayan organ olarak tanımlanır. Acaba yargıç sadece uygulamakla yetinen bir organ mı? Ya da, hukuku yaratanlar sadece devletin siyasal organları mı?

Asli kurucu iktidarın bile hukukun yaratılmasında sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı öne sürülebilir. Anayasa hazırlandıktan sonra, çerçevesi kurucu iktidar tarafından çizilen işlem üzerinde kurulmuş iktidardan çok anayasal yargının yetkili kılındığı bilinmektedir. Kurucu erk tarafından kurulmuş iktidarlara olarak yasama organı ile birlikte, Anayasa yargıcının “eş-yasayıcı” işlevini hatırlatmak yerinde olur³.

Adli yargı ya da idari yargı açısından durum nedir? Yanıt üç aşamada verilebilir. İlki, her iki yargı düzeninin anayasallık denetimine yaygın denetim çerçevesinde katılımıdır⁴.

İkincisi, anayasallık denetimiyle birlikte, her iki yargı düzeni de “yaşayan hukuk” öğretisine katkıda bulunmaktadır⁵.

Üçüncüsü, yasama organı normları hazırlarken yargı içtihaundan esinlenir; ayrıca hükümet yargı organlarının görüşünü alır⁶.

³ İ.Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 3. baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s.183-186.

⁴ Bu konuda 1961 Anayasası önemli bir deneyim olarak kaydedilebilir. “Anayasa’ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” kenar başlıklı 151. maddenin ilk şekline göre, yargıcın anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesi’ne iletmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi, üç ay içinde kararını vermez ise (1971 değişikliği ile bu süre alı aya çıkarılmıştır), “**mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek davayı yürütür**”. 1982 Anayasasına göre, Anayasa Mahkemesi, beş ay içinde kararını vermez ise, “**mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır**” (Any., madde 152). Bu konuda, her iki Anayasanın ortak hükmü ise, “Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse” mahkemelerin buna uyma yükümlülüğüne ilişkindir. 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına göre yargıcı Anayasadan uzaklaştıran ve anayasa yargıcını işlevsizleştiren sapına, itiraz yolundaki 10 yıllık süre yasağıdır (Any., madde 152 son).

⁵ “Yaşayan hukuk”, toplumsal ilişki ve durumlarda ortaya çıktığı şekilde hukuk; yürürlükteki hukuk ise, yasayıcının formülasyon ve niyetlerinde ortaya çıktığı şekilde hukuktur (İ.Ö. Kaboğlu, a.g.e., s.155). Hukukun evriminde adli yargıcın işlevi temeldir. Bu bakımdan, 1982 Anayasasının, yaygın denetimi süre yasağıyla sınırlayan ve bir önceki dipnotta değinilen şu hükmü, hukukun evrimini engelleyici niteliktedir: “*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvurulamaz*” (Any., madde 152 son).

⁶ Örnek olarak, Danıştayın “Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek” görevi, bu düzlemde belirtilebilir (Any., madde 155/II).

Değınilen üç alanın genişletilebilmesi ve etkili kılınması ölçüsünde, yargıcın sadece hukuku uygulayan değil, aynı zamanda –geniş anlamında– hukuku yaratan erk oluşundan söz edilebilir.

Yargıcı normun hazırlık aşamasına katmak ve ondan görüş almak; bir yandan, uygulamada karşılaşılan güçlülere çözüm getirme, diğer yandan normu uygulayacak organ olarak onu benimsemesi bakımından önem taşımaktadır. Kısacası, “hukuka uygun” (Any., md. 138) karar verecek kişinin “pozitif hukuk”un yaratılmasına katkısı, hukuku ilerletmenin bir aracıdır aynı zamanda.

Türkiye’deki anayasal gelişmeler, inişli ve çıkışlı bir seyir izlemiş olsa da, gözardı edilemeyecek bir birikimi yansıtmaktadır. Bu çerçevede, yargıcın hukukun yaratılmasına daha çok katıldığı dönemler, hukuk devletinin inşa edilmeye başlandığı anayasal gelişmelere, yani 1961 Anayasası dönemine rastlamaktadır. Bu konuda, 1961 ve 1982 Anayasaları “iki uç nokta”ya denk düşmektedir⁷.

Bununla birlikte 2001 Anayasa değişiklikleri, yargıcın işlevini pekiştirici çizgileri yansıtmaktadır. (Bu işlev, daha önce gerçekleştirilmiş olan, 1995 değişiklikleri açısından da geçerlidir). Bu konuda yargıca özgül işlev de yüklenmiştir.

Nedir bu özgül görev?

Anayasa değişiklikleri, genel olarak hak ve özgürlükleri iyileştirme ya da belli hak ve özgürlüklerin uygulandığı norm alanını genişletme yönünde olmuştur. Fakat yasama organı, kendisine türev kurucu iktidarın yüklediği görevi, ancak kısmen yerine getirmiştir. Yerine getirdiği alanda, iki yeni norm karşısında bulunan yargıç, kuşkusuz, yeni yasal düzenlemeleri yine yeni anayasal hükümler ışığında yorumlayarak uygulayacaktır. Fakat, yasa düzenleme yapılmamış ise, o zaman yargıç, yasanın eski maddesi ile Anayasasının yeni normu arasındaki çelişki karşısında hangisini uygulayacaktır? Bu konuda bir ikilem karşısında bulunduğumuz öne sürülse de, yargıcın yeni Anayasa maddesini uygulaması, normlar hiyerarşisi kuramı ışığında

⁷ Yargıcın statüsü yönünden de iki Anayasa farklı sistemler öngörmektedir. 1924 Anayasası, yargıç statüsünün yasa ile düzenleneceğini öngörmekte idiysede, yargıçlar fiilen yürütmenin vesayetine konulmuştu. 1961 Anayasası, anayasallık ilkesiyle, yargıç bağımsızlığının “özyönetim sistemi” ile gerçekleşmesini öngörmüştü. Buna karşılık, 1982 Anayasası, özyönetim ile yürütmenin vesayeti arasında karma bir sistemi yansıtmaktadır. Bkz. İ.Ö.Kaboğlu, “Le rôle de recrutement et de la formation des magistrats. L'exemple de la Turquie”, *Justice et Démocratie*, (Textes réunis par S. Gaboriav et H. Pavliat), PULİM, Limoges 2003, p123 – 132.

konulmuş olan anayasal hükümlerin gereğidir (Anayasa md.11,137,138,..)⁸.

12 Eylül hukukunu aşma sürecinde, yargıç güvencesinin “özyönetim” sistemi içerisinde sağlanmasını beklerken, dernek veya sendika çatısı altında yargı mensuplarının örgütlenmelerine, aynı zamanda hukuku etkili kılmanın bir aracı olarak bakmanın önemine de işaret etmek gerekir.

II. Yargısal demokrasiye doğru⁹

“Gerçekten demokratik bir siyasal rejim” ve “hukukun üstünlüğü”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) dayanağını oluşturan eksen kavramlar ise, “serbest seçim hakkı” tanınan haklardan sadece bir tanesidir.

Hukukun üstünlüğü, devleti muhatap alır; bunun güvencesi ise yargıdır. Serbest seçim hakkının öznesi yurttaş, muhatapı siyasal iktidar, güvencesi ise yargıdır. “Gerçekten demokratik bir siyasal rejim”in İHAS bağlamında ancak hak ve özgürlükler düzeni ile kurulabileceği açıktır¹⁰.

İHAS, demokrasinin seçimle sınırlı olmadığını, başka bir anlamla, demokrasinin yalnızca seçim yoluyla kurulmadığı, bunun temelde bir İnsan Hakları sorunu olduğu, bunda da yargıçların belirleyici bir konuma sahip bulunduğu postülasına dayanmaktadır. Demokrasiyi, “hukuk kalıbı”nda güvence altına alacak olanlar, yargı organlarıdır. Sonuçta, yargıçlar demokrasinin hizmetinde iseler de,

⁸ Anayasaya uygun yorum bağlamında oluşan içtihat açılımında, yerel mahkemeler ile Yargıtay arasındaki “iletişim – akışkanlık” sorununa, yargıç ve savcılardan, Yüksek Mahkemenin içtihat değişikliğine karşı “dirençli tavır” noktasında tepki gelmektedir (Bu çerçevede, yargıçların meslekte ilerlemeleri, terfi sorunu ve Yargıtay’a üye belirlenme tarzı, yeniden tartışılması gereken sorunlar arasında yer almaktadır).

⁹ “Yargı ve demokrasi” ilişkisi, 21-22 Kasım 2002’de Limoges’da gerçekleştirilen bir uluslararası toplantıda çok boyutlu ve derinliğine işlenmiş ve toplantı metinleri kitaba dönüştürülmüştür. Bkz. **Justice et démocratie**, (Textes réunis par S.Gaboriau et H.Pauliat), PULIM, 2003.

Kitap, “Adalet, Demokrasi faktörü” ve “Adalet, demokrasinin aktörü” başlıklarını taşıyan iki kısımdan oluşmaktadır. İlk Kısımda, “Yargıçlık statüsü” (1.bölüm), “Kamu özgürlükleri, adalet ve demokrasi” (2.bölüm), “Hukuka ve adalete ulaşma” (3.bölüm) konuları işlenmektedir. İkinci kısım ise, “Adalet, demokrasinin “hakemi” (1.bölüm), ve “Adalet, demokrasinin “antrenörü” (2.bölüm) konularını işlemektedir.

¹⁰ İHAS, değinilen bağlamda, “*insan hakları, demokrasinin normatif altyapısıdır*” şeklindeki tanımına işaret etmekle yetinelim.

yargı erkinin turmanan gücü, bu dengeyi değiştireceğe benzemektedir¹¹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, anayasaya uygunluk denetiminin genel kabul görmesi, siyasal dengeleri derinden değişikliğe uğratmış bulunuyor. Yasa üzerinde sahip olduğu iktidar aracılığıyla, Anayasa yargıcı, siyasal oyunun gerçek bir aktörü olma yolundadır. Parlamentoların takdir alanı, ancak yargısal denetim sırasında formüle edilen karar ve gerekçelerince çizilen çerçeve içerisinde kullanılmaktadır. Bu iktidar, kuşkusuz Anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanır. Bununla birlikte, Anayasa yargıcı, anlamı herkes için bir kez saptanmış olan bir metni uygulamakla sınırlı kalmaz; yorum yoluyla Anayasayı kendi okuyuş tarzını temsilcilere kabul ettirir. Anayasa yargıcının karşılaştığı meşruiyet sorununa en iyi yanıtı, yasama organında çoğunluk yetkilerinin olası kötüye kullanımı karşısında, yurttaşları kendisinin savunması verir. Şu halde, Anayasa yargıcının müdahalesi, yurttaşların temel haklarına saygı yolundan geçerek, daha "authentique bir demokrasi"nin güvencesini oluşturur¹². Yargıcın bu özgörevi (misyonu), insan haklarının demokrasinin altyapısı olduğu şeklindeki tanımını doğrulamıyor mu?

Adli yargı için durum nedir? "Liberal öğretinin öteden beri büyük önem atfettiği *adli yargı* düzeni, özgürlükleri korumada ayrıcalıklı bir yere sahiptir."¹³ Erkler ayrılığı kuramının doğuşunda mevcut olan tek yargı düzeninin adli yargı olduğunu anımsayalım.

Adli yargı, 1990'lı yılların başlarından bu yana, yani son on yıllık zaman diliminde, siyasal yolsuzluklar karşısında, siyasal yaşamı temizleme ve onu ahlakileştirme misyonunu da üstlenmiştir.

¹¹ Krş. Jacques Chevallier, *P'Etat*, Dalloz, Paris, 1999, s.118.

¹² Bkz. J. Chevallier, *P'Etat*, s.118-119. Krş. İ. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 182, 191.

¹³ İ. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6.baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.173.

"Adli güvence, her şeyden önce özgürlüklerin kötüye kullanımında kendini gösterir; bireysel kötüye kullanımda yaptırım ve ceza için yargıcın müdahalesi gerekir. Bireyler arası yatay ilişkilerde geçerli olan bu güvence, kamu makamları karşısında da uygulanır; onlara verilen yetki ve araçların kötüye kullanımından gelen kısıtlamalar, adli yargıcın da yetki alanına girer çoğu zaman. Keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı güvence olan yargıç, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkının korunmasında da belirleyici bir role sahiptir. Kişi özgürlüklerine saygıyı sağlamaya yönelik yetkilerle donatılan hukuk ve ceza yargıçları, insan haklarını hedef alan saldırıları ve saldırı nedenlerini ortadan kaldırmak amacıyla alkoyma yollarına da güdebilir. Toplu özgürlükleri de, örgüt otoritesinin kötüye kullanılmasına karşı üye haklarının örgüt karşısında koruyucusu da yargıçtır". (aynı yapıt, s. 173).

Bu yeni işlevleri bağlamında çağdaş toplumlarda Adalet, “demokrasinin yeni sahnesi” (nouvelle scène de la démocratie) olarak ortaya çıkıyor¹⁴. Bu da, gerçekte her yurttaşa yönetenleri sorgulama olanağı sağlayabilecek “nötr bir kamusal mekân”ın oluşumuna ivme kazandırabilir. Şu halde yargı, siyasal iktidarın, demokrasi ilkelerine uygunluğunu denetleme görevine sahip bir erk haline gelmiş bulunuyor. Böylece “hukuki” hale gelmiş bulunan demokrasi, haklara dayalı bir “özsel demokrasi” (démocratie de substance) ve kamu makamlarının belli kurallara saygısını gerekli kılan bir “usuli demokrasi” (démocratie de procédure) yönünde bir evrim sürecini izliyor¹⁵.

Demokrasi – yargı ilişkisinde, bir yandan yargının kendi içerisinde, öte yandan yargının yasama organı ile ilişkisi çerçevesinde demokrasi üzerinde durulabilir. Yargıcın yasa yapımına ve uygulamasına katılımı, demokratik anlayışa yabancı değildir. Bu yönde dönüşüm için somut öneriler geliştirilabilir. Yargı örgütü içerisinde ilk derece mahkemeleri ile üst-mahkemeler arasındaki ilişkilerin de hiyerarşik yapılanmadan çok demokratik akışkanlık ilkelerine tabi tutulması gerekir. Daha genel olarak yargı organlarının kendi dışındaki birimlerle – örneğin üniversitelerle – ilişkisi de aynı yaklaşım mantığı ile ele alınmalıdır. Kurumlararası ilişkilerin rasyonelize edilmesi, sadece yargı organının değil, muhatap kurumun da lehine sonuç doğurur.

Bu belirlemelere şunu da eklemek gerekir: yargıcın yanılma hakkı yoktur; ceza yargıcının ise hiç yok. Yargıçları demokratik sürecin bir parçası sayarken, politikacıların yanılma hakkını yargıçlardan esirgemek gerektiğini de eklemekte yarar var.

Yargı – siyasal iktidar ilişkisi bağlamında Türkiye’de savcılar ve yargıçlar, üst anayasal normlar gereği (md. 2), üç misyonu birlikte üstlenmiş bulunuyor: Laiklik, Demokrasi ve Cumhuriyet. İnsan hakları ise, aynı norma göre, çerçevesi hukuk devleti olarak tanımlanan sistemin dayanağını oluşturmaktadır. Yargıcın, insan haklarının bekçisi olma konumu Anayasa değişiklikleri ve uyum yasaları ile pekiştirilmiş bulunuyor. Bu konuda, yargıçların, Türkiye’nin çağdaşlaşması hedefinde özgürlükçü yorumları belirleyici olacaktır. Laiklik, Demokrasi ve Cumhuriyet’i birlikte ve her üç kavramı, birbirini tamamlayıcı şekilde yorumlamak, sadece çağdaş insan hakları gereklerinin değil,

¹⁴ A. Garapon, aktaran, J. Chevallier, s.149.

¹⁵ Krş. J. Chevallier, s.119.

modernleşme tarihimizin de kendine yüklediği misyonun gereğidir. Yargı organlarının, yolsuzluklara karşı mücadelede başarılı olması, başlıca iki engelin kaldırılmasına bağlı görünüyor. Hukuk önünde yöneten / yönetilen eşitsizliğini derinleştiren “yasama dokunulmazlığı” sorunu, ilk halkayı oluşturmaktadır¹⁶. Öteki ise, insan hakları bakımından, “siyasal liberalizm” alanı ile “iktisadi liberalizm” alanı arasında ikincisi lehine mevcut olan dengesizliğin yol açtığı “özgür-lüklerarası tekel” sorunudur. Bu konuda da siyasal ikudara düşen düzenleme görevine dikkat çekmek gerekir.

Kısacası, Türkiye’de hukukun “herkes için uygulanması ve herkes için ortak olma özelliği” geçerli kılınabildiği ölçüde, demokrasi de, çoğu zaman seçilmişler / atanmışlar şeklinde algılanma kısır ikileminden arındırılmış olur. Zira, yargıç, bu dilemmanın bağrında yer almaktadır. Çünkü seçim demokrasinin biçimsel koşulu olabilir, ancak bu liyakat ögesi ile tamamlanmaz ise, anılan kısır döngüyü aşmak mümkün olmaz.

III. Hukukun Egemenliği

İHAS mekanizması, Devlet egemenliğine karşı “hukuk egemenliği” kavramını ortaya çıkarmış bulunuyor. Gerçi iç hukuk düzeninde hukuk devleti sisteminin temellendirilebilmesi ölçüsünde, iki egemenlik alanı birbirine yaklaşır, hatta belli ölçülerde birbirleriyle örtüşebilirler. Bunu Avrupa ölçeğinde anlamlandırırken “Sosyal Anayasa” ve “Siyasal Anayasa” ayrımına başvurabiliriz. “Avrupa Anayasa Patrimuvanı” kavramı, daha çok insan hakları için kullanılan Sosyal Anayasa alanında geçerli bulunuyor¹⁷.

Prof. D. Rousseau’ya göre Avrupa Anayasa Hukuku, gerek Avrupa andlaşmalarınca (Avrupa Birliği anlaşmaları ve/veya Avrupa Konseyi anlaşmaları) konan kurallar, ilkeler ve kurumlar bütünü, gerekse Avrupa Devletlerinin ulusal Anayasalarında ortak olan kurallar, ilkeler ve kurumları belirtir. Rousseau’nun öngörüsü şöyle: bir

¹⁶ Yolsuzluklara karşı mücadelede yargıcın etkin olması ile yasama dokunulmazlığı arasındaki ilişkiye işaret etmekle yetinelim. Politikacı-ış dünyası ilişkisi de göz önüne alınarak, yargıcı bu sorunda etkin kılmak için, dokunulmazlık zırhı engelini kaldırılması üzerinde ciddi bir biçimde durmak gereklidir.

¹⁷ Avrupa patrimuvanı kavramı önerisi için bkz. Dominique Rousseau, “ La Notion de patrimoine constitutionnel européen”, *Mélanges Philippe Ardant, Droit et Politique à la croisée de cultures*, L.G.D.J., Paris 1999, s. 27-46.

gün, bütün Avrupa belgelerinin (Sözleşme, anlaşma, protokol gibi) yerine geçebilecek gerçek bir "Avrupa Anayasası" yazılabilir¹⁸. Bugün ise Strasbourg Mahkemesi, kendisinin "İnsan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı" olduğunu teyid etmektedir. Avrupa patrimuvanı daha çok bir ilkeler bütünü şeklinde anlaşılır; hukuk ise bunların tikel hukuki rejimlerde uygulamaya konması olarak. Avrupa Anayasa Hukuku, her Devletin anayasal ilkelerini yorumladığı, ortaya koyduğu ve kendi tikel tarihine uyarladığı "ulusal mekân"ı ifade eder. Buna karşılık, patrimuvan, Avrupa Devletlerinde ortak olan Anayasa kültürünü, "ulusal-ötesi mekânı" ifade eder¹⁹.

Bu kültür, "Sosyal Anayasa"da (Özgürlükler Anayasa Hukuku), "Siyasal Anayasa"ya göre (Kurumsal Anayasa Hukuku) daha türdeş ve güçlüdür. Siyasal rejimler bakımından ortak temel ilkelere karşın, farklılıklar oldukça belirgindir: Avrupa ölçeğinde demokratik rejimin zorunlu koşulları²⁰ ötesinde, hükümet rejimlerinde ve devlet biçimlerindeki başkalaşma dikkat çekicidir: parlamenter rejim, yarı-başkanlık rejimi, cumhuriyet, krallık, tek meclis-çift meclis, yarı doğrudan demokrasi kurumlarının varlığı veya temsili kurumlarla yetinilmesi gibi²¹. Buna karşılık, "Sosyal Anayasa" alanında ortak ilkeler baskındır: ulusal yargı organlarının (özellikle Anayasa Mahkemeleri) hak ve özgürlüklere verdikleri anlam, benzer yöntemler ve yorumlarla birbirine yaklaşmaktadır. Bunun çerçevesini, Avrupa ölçeğinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi oluşturmaktadır. Böylece ortaya çıkmakta olan bir "Ortak Hak ve Özgürlükler Hukuku", oluşmakta olan "Avrupa Anayasa Patrimuvanı"nın temel ilkelerini ve "Avrupa Anayasa"sının çatısını kurmaktadır. Söz konusu yapılanma türdeşlik temeline dayanıyor ise de "hukuki çoğulculuk" ilkesini de yadsınamaktadır²².

¹⁸ D. Rousseau, "La Notion de patrimoine constitutionnel européen", s. 41-42.

¹⁹ D. Rousseau, "La Notion de patrimoine constitutionnel européen", s. 42-43.

²⁰ Devletlerin serbest yasama seçimlerini düzenleme yükümlülüğü (İHAS, Protokol 1, md.3).

²¹ Krş. D. Rousseau, "La Notion de patrimoine constitutionnel européen", s. 44-46.

²² Hukuki çoğulculuk ilkesi, hiyerarşik ilişkiyi göreceli kılar. Ashında her iki ilkenin birlikte kullanımı da savunulabilir. Ulusal korumanın asıl oluşu, tek biçimlilik yerine hukuki çoğulculuğu kullanma olanağını sağlar. Ulusal sistemin zaafı ölçüsünde, Avrupa ölçeğinde hiyerarşik yapı belirir. Bu bakımdan özgürlükler güvence sistemi, Avrupa koruma sistemine göre daha güçlü olan ülkelerde (maximum koruma), hukuki çoğulculuk; Avrupa sisteminin gerisinde olan ülkelerde ise (minimum koruma) hiyerarşik ilişki öne çıkabilir.

Türkiye, devlet egemenliği ile hukuk egemenliği ayrımını özümseyebildiği ölçüde, “hukuki çoğulculuk” yoluyla “Avrupa Anayasa Patrimuvanı”nın oluşumuna katkıda bulunabilir. Bunun ön koşulu, öncelikle yargı erkini kullananların, kararlarında Devlet egemenliğinin değil, Hukuk egemenliğinin temsilcisi oldukları bilinciyle hareket etmeleridir.

Sonuç olarak, “mekân”, “vakit” ve “nakit” üçlüsüne dönecek olursak, aslolan Adaletin yurttaşın en yakın yerde, başka bir deyişle ilk derece mahkemelerde gerçekleşebilmesidir. Bu bakımdan Ankara ikincil konumda, Strasbourg ise üçüncül konumda yer almaktadır. Bunun için yargıcın üst normları (İHAS ve Anayasa gibi) içselleştirip yorumlaması önem taşımaktadır. Böyle bir çaba tek biçimli bir hukuk sistemi ile sonuçlanmaz. İHAS’nin haklar alanı yönünden sınırları ve koruma derecesi ulusal hukuk ve yargı düzeni ile tamamlanmaya açıktır. Zira, İHAS, bir minimum standardı yansıtmaktadır. “Hukuki çoğulculuk” bunu algılamaktan geçer. Bunun için kuşkusuz, demokrasinin ancak hukuk yoluyla²⁵ kurulabileceği gerçeğini siyasal aktörlerin de kabul etmesi gerekir. Ne var ki, hukuku siyasetin gölgesinden kurtarma görevi, sadece politikacılara değil, aynı zamanda hukukçulara düşmektedir.

²⁵Kavramın ayrıntılı açıklaması için bkz. İ. Ö. Kaboğlu, “Hukuk Yoluyla Demokrasi” MÜİBF Dergisi – Özel Sayı, Prof. Dr. Halil Nadaroğlu’na Armağan, yıl: 1998, cilt: 14, sayı: 1, ss. 201-218.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama Hakkı

Rıza TÜRMEK*

I. Genel

Yargılama sürecinin adalete uygun olması, başka bir deyişle adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinde düzenlenmiştir. Adil yargılama hukukun üstünlüğü ilkesinin en temel unsuru.

6. madde ceza ve hukuk yargılamalarını içerir. Maddenin 1.ci paragrafında yer alan ilkeler hem ceza, hem hukuk yargılamaları için geçerli olan ortak ilkeler. 2.ci ve 3.cü paragraflarda yer alan güvenceler için salt ceza yargılamasına ilişkin.

6. maddeyi uygularken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) inceleme konusu, yargılama sürecinin bütünü ele alındığında yargılamanın adil olup olmadığı, bu amaçla 6. maddede ön görülen güvencelerin yargılama sırasında uygulanıp uygulanmadığı. AİHM bunu yaparken ulusal yargı organının yerine geçip karar vermez. Temyiz mahkemesi rolüne girmez. Kanıtlar yeniden değerlendirmez ya da ulusal hukuka uygunluğu incelemeyiz.

AİHM'nin 6. maddenin ihlaline karar vermesi kesinleşmiş hükmü ortadan kaldırmaz. Ancak aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok devlet, AİHM'nin ihlal kararını yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul ettiler.

2. 6. Maddenin Uygulama Alanı

a. Ceza Alanında Yöneltilen Suçlar: Ulusal ceza hukuklarındaki "suç" sınıflandırması AİHM'i bağlamaz. 6. maddedeki "ceza suçlaması" otonom bir anlam taşır. Başka türlü, 6. maddenin yeknesak bir

* Hukuk Doktoru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıcı

biçimde bütün taraf devletlere uygulaması sağlanamazdı. 6. maddenin her devlet için ayrı bir uygulama alanına sahip olması gibi bir sonuç doğardı.

AİHM, 6. maddenin kapsamına giren bir ceza suçlaması olup olmadığına karar verirken kullandığı kriterler şunlar:

- i. Suçun ulusal hukukdaki sınıflandırılması
- ii. Suçun niteliği
- iii. Yaptırımın ağırlığı

Ceza suçlamasının AİHM tarafından otonom bir anlam taşıdığına karar verilmesi Engel / Hollanda (1976) davası ile başlar.

Hollanda hukukuna göre, silahlı kuvvetler mensuplarının işledikleri suçlar disiplin suçu sayılıyor. Engel ve arkadaşları askerlik görevlerini yaparken çıkardıkları dergiyle askeri disipline aykırı davranmakla suçlanıyorlar. Engel 2 gün hücreye kapaulma cezasına çarptırılır. AİHM kararında üçüncü kriteri kullandı ve 2 günlük hücre cezasının, 6. maddenin “ceza” kapsamına girecek ağırlıkta olmadığı sonucuna vardır.

Buna karşılık Campbell ve Fell / İngiltere (1984) davasında AİHM, mahkumlara isyana teşvik ve şiddete başvurdukları için verilen hapis cezasının üç yıllık süresinin indirimine tabi olmaması cezasını, hapis cezası olarak değerlendirdi ve 6. maddeyi uyguladı.

6. madde, bireye suç işlediği iddiasının resmen bildirildiği andan itibaren uygulanmaya başlar. Başka bir deyişle, gözaltından itibaren uygulanır. Yargılama sona erip karar kesinleştikten sonra da, kararın uygulanmasını da kapsayacak şekilde uygulanır. İdarenin yargı kararına uymaması 6. maddenin ihlaline yol açar.

b. Medeni Hak ve Yükümlülüklere İlişkin Davalar: Medeni hak ve yükümlülüklerin tanımı kolay değil. AİHM, bu kavrama da, ulusal hukukla bağlı olmadan otonom bir anlam verir.

Ceza yargılamasından farklı olarak AİHM, medeni hak ve yükümlülükleri belirleyecek kriterleri saptamaya çalışmak yerine, faaliyetin türüne göre bir sınıflandırma yapar. İstismak, kent planlama kararlarına itiraz, alkol ruhsatı, taksi ruhsatı, küçük çocukların bakımevlerine yerleştirilmeleri, tıp ve hukuk alanlarında çalışanlara verilen disiplin cezaları gibi konuları AİHM medeni hak olarak sınıflandırdı.

Vergilendirme konuları 6. maddenin dışında kahr. Sosyal güvenlik konuları, davanın özelliklerine göre, 6. maddenin dışında ka-

labilir. Ancak, sigortanın zorunlu olduğu ve prim ödendiği durumlarda, AİHM 6. maddenin uygulanabilir olduğuna karar verdi (Feldbrugge / Hollanda 1986).

Yabancıların kabulü ya da ihracı konularına da 6. madde uygulanmaz.

Kamu görevlilerine ilişkin konuların 6. madde kapsamına girip girmeyeceği uzun tartışma konusu oldu. Bu konuya ilişkin AİHM içtihadının geçmişte fazla istikrarlı olduğu söylenemez. Sonunda 1999 yılında kabul edilen Pellegrin / Fransa davası kararı ile AİHM'nin uygulaması istikrara kavuştu. Bu karara göre, Devlet'in genel çıkarlarını korumakla sorumlu olan kamu görevlilerinin işe alınması, işten çıkarılması, atama, terfi gibi konular 6. maddenin dışında kalır. Söz konusu kamu görevlileri asker, polis, hariciyeciler, valiler, kaymakamlar gibi görevleri devletin çıkarlarıyla doğrudan ilintili olan memurlar.

Türkiye'de Yüksek Askeri Şura kararlarıyla ordudan ihraç edilenlerin AİHM'de açtıkları davaların reddedilmesinde Pellegrin içtihadı önemli bir rol oynadı.

3. 6. Maddenin Unsurları

a. Mahkemeye Ulaşma Hakkı: Doğal olarak yargı yolu açık değilse 6. maddede yer alan diğer güvencelerin anlamı kalmamakta. Mahkeme ulaşma hakkı teorik değil, uygulamada mevcut olmalı. Gerektiğinde, bireye adli yardım verilmeli. Mahkemeye ulaşma hakkı bakımından 6. maddenin, Sözleşme'nin, şikayeti ileri sürecek etkili bir iç yargı organı olmasına ilişkin 13. madde ile kesiştiği düşünülebilir. Ancak 6. maddenin kapsamı 13. maddeden daha geniştir. 13. madde tek başına uygulanmaz. Sözleşme'de, şikayet konusu olan başka bir madde ile uygulanabilir. 6. madde ise, Sözleşme'de yer almayan haklar (örneğin medeni haklar) için de geçerli.

b. Silahların Eşitliği: Her iki taraf da görüşlerini, taleplerini ya da iddialarını ve savunmalarını sunabilmeli. Bunu yaparken karşı tarafa oranla kendisini daha dezavantajlı duruma getirecek koşullar olmamalı.

c. Yargılamada Karşıtlık (adversarial): Silahların eşitliği ilkesi ile yakından bağlantılıdır. Ceza yargılamasında gerek iddia makamı, gerek sanık diğer tarafın görüşleri ve sunduğu kanıtlar hakkında bilgi sahibi olmalı ve bunlara ilişkin görüş bildirebilmeli.

Son reformlarla düzeltilmeden önce Türkiye'de Yargıtay Başsavcısı'nın görüşünün sanığa bildirilmemesi nedeniyle AİHM çok sayıda davada Türkiye'nin 6. maddeyi ihlal ettiği yolunda karar verdi.

d. Davaya Aktif Katılma: Sanığın duruşmada hazır bulunması yeterli değil. Aynı zamanda davaya aktif bir biçimde kaulabilmeli. Örneğin, T ve V / İngiltere davasında, 11 yaşında iki çocuk adam öldürme suçundan yargılanmakta. Her iki çocukda "post traumatic stres" var. Cinayet büyük bir kamuoyu ilgisine yol açmış. Mahkeme salonu kalabalık. Bu durumda çocukların avukatlarıyla serbestçe görüşme olanağı bulunmadığı nedeniyle AİHM 6. maddenin ihlaline karar verdi.

Yukarıda değinilenler Sözleşme metninde yazılı olmayan, AİHM'nin içtihadı ile belirlenmiş hususlardır. Bunların yanında, 6. maddenin 1.ci paragrafında sıralanan ve gerek ceza, gerek hukuk yargılamaları için geçerli olan adil yargılama unsurları şunlar:

a. Tarafsız ve Bağımsız Bir Mahkeme: AİHM bu konuda, öznel ve nesnel ölçütlere başvurmakta. Öznel tarafsızlık için yargıcın kişisel bir ön yargıya sahip olup olmadığı incelenmekte. Nesnel tarafsızlıkla ilgili olarak AİHM açısından görünüş önemli. Mahkeme, kamuoyuna ve sanığa (ceza davası ise) güven vermelidir. Burada ölçüt şu: Sanık, yargıcın tarafsız ve bağımsız olmadığı yolunda bir korku ya da kaygı taşıdığını ifade ediyorsa, AİHM bu kaygının nesnel olarak haklı nedenlere dayanıp dayanmadığına bakar. Incal / Türkiye (1998) davasında, AİHM Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde askeri yargıcın ulunmasını, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesi ile bağdaşmadığı ve 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna vardı. AİHM kararın gerekçesinde, askeri yargıcın, sivil yargıçlar gibi Anayasa'daki yargıç güvencelerinden yararlanmasına karşın, askeri hiyerarşi içinde yer almasının davacıda haklı bir korku uyandıracığı görüşüne yer verdi. Incal davasından sonra pek çok dava aynı nedenlerle Türkiye aleyhine sonuçlandı. 1999'da Anayasa'nın 143. maddesinde yapılan değişiklikle Türkiye bu duruma son verdi.

b. Duruşmanın ve Kararın Açık Olması: Duruşmanın açık olması adil yargılama güvencesi niteliğinde. Böylelikle, keyfilik önlenmiş ve kamuya yargılamanın adil bir biçimde yürütüldüğüne ilişkin güvence verilmiş oluyor.

İlk derece mahkemede duruşma açık yapılmışsa temyiz aşamasında duruşma yapılmamasını AİHM kabul ediyor.

Göç / Türkiye davasında, 466 sayılı yasa gereğince açılan tazminat davasında, gerek ilk derece mahkemesinde, gerek Yargıtay'da duruşma yapılmadan karar verilmiş olmasını AİHM Büyük Daire'si 6. maddenin ihlali olarak kabul etti. Kanımca, muhalefet görüşünde de ifade etmiş olduğum gibi, 466 sayılı yasa çerçevesindeki davalarda, duruşma yapılması bu davaların niteliği ile bağdaşmaz.

Açıklık ilkesi yalnız duruşmayı değil, kararın bildirilmesini de kapsar. Ancak, güvenlik ya da davacıyı korumak gibi nedenlerle bu ilkenin istisnaları olabileceği AİHM tarafından kabul edilmekte.

Türkiye, Yunanistan gibi bazı ülkelerde Yargıtay Kararları, duruşma yapıp karar davacıya tefhim edilmediği takdirde, yazılı olarak bildirilmemekte. Davacının kararı ne zaman öğrendiği, AİHM'e başvuru süresi bakımından önem taşımakta. Bu süre kararın öğrenilmesinden itibaren 6 ay. Ancak, başvurunun kararın kesinleşmesinden yıllar sonra "ben kararı şimdi öğrendim" diyerek AİHM'e başvurması hukuk güvenliği açısından kabul edilemez. Bu nedenle Türk davalarında, Yargıtay kararının, tefhim edilmediği durumlarda, ilk derece mahkemesinin kalemine girdiği tarih, 6 aylık sürenin başlangıcı olarak kabul ediliyor. Kararın mahkeme kalemine girmesiyle davacının kararı öğrenebileceği var sayılıyor.

c. Makul Süre: Yargılamanın adil olabilmesi için gerekli bir koşul davanın makul bir sürede sonuçlanması. Makul süre her davanın koşullarına göre değişir. AİHM sürenin makul olup olmadığını inceleyen gecikmenin devletin mi, yoksa davacının kusurundan mı kaynaklandığına bakar. Davanın karmaşıklığı da göz önünde tutulan bir unsurdur. Ayrıca, davanın kaç aşamadan geçtiği de önem taşır.

AİHM, Kudla / Polonya davasında (2000) aldığı karar ile, devletlerden, yargılama süresinin uzunluğu şikayetinin ileri sürülebileceği bir ulusal yargı merci kurmalarını istedi. Böyle bir organın olmaması, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline yol açabiliyor.

4. Ceza Yargılamasında Aranacak Güvenceler: (6 / 2 ve 3. maddeler)

a. Masumluk Karinesi, Susma Hakkı, Kendisinin Suçlanmasına Yardımcı Olmama İlkesi: (6 / 2. madde)

Söz konusu üç kavram birbirleriyle yakından ilintili. Üçü de, sanığa yetkili makamların zorlamalarına karşı koruma sağlıyor. Sanık

yargılanmadan ya da savunma hakkını kullanma olanağı bulamadan, suçlu olduğuna işaret eden resmi makamların beyanları ya da yargı kararları 6. maddenin 2.ci paragrafının ihlaline yol açar. Bir çok kararında AİHM, masumluk karinesi ile ifade özgürlüğü arasında doğru bir denge kurmak zorunda kalmakta.

Türkiye'de yakalanan sanıkların, televizyona çıkarılıp gösterilmesi ve adlarının belirtilmesi masumluk karinesi açısından sorun yaratmakta.

b. Diğer Güvenceler:

6. maddenin 3.cü paragrafında yer alan ve ceza yargılamasında sanığın yararlanacağı diğer güvenceler şunlar:

i. Kendisine yöneltilen suçlama hakkında derhal ve anlayabileceği bir dilde bilgi verilmesi. Bunu sanık, yargılamada konuşulan dili bilmiyorsa, bir çevirmenden yararlandırılmasını ön gören 3.cü paragrafın son cümlesi ile birlikte ele almak gerekir. Sanık, kendi davranışı ile bilgi verilmesine engel olmuşsa ya da hangi suçtan yakalandığı açıksa bunu bilebilecek durumdaysa, bu yöndeki şikayet kabul edilmez.

ii. Sanığın savunmasını hazırlayacak yeterli zamana ve olanaklara sahip olması.

iii. Sanığın savunma için yardım alması.

3 (c) paragrafı üç konuyu içermekte:

Sanığın kendi savunmasını kendi yapması, istediği avukatı tutabilmesi, avukat tutacak parası yoksa adli yardım verilmesi.

Bu haklar, hazırlık soruşturmasını da kapsamakta. Ancak, hazırlık soruşturması bakımından bu hak mutlak değil. AİHM'nin, sorgulama sırasında avukat hazır bulunmasa da, yargılama sırasında sanığın avukattan yararlanmasını yeterli gördüğü davalar var.

iv. Tanıkları sorguya çekme ve tanık gösterme.

Sanığın bu hakkı, hem tanıkların sanık ya da avukatı tarafından sorguya çekildiği anglo-sakson sistemi (accusatorial system), hem de tanığın yargıç tarafından sorgulandığı kara Avrupa'sı sistemi (inquisitorial system) için geçerli.

Amaç, tanıkların dinlenmesi açısından sanık ile iddia makamının eşit bir durumda olmasını sağlamak. Ancak sanığın hakkı sınırsız değil. Tanık dinlenmesine gerek olup olmadığı genelde yerel yargı organının takdir yetkisine bırakılır.

Bazı durumlarda tanıkların dinlenmesi, dava için önem taşısa da, güvenlik açısından sakınca doğurabilir. Bu gibi durumlarda, AİHM, yerel yargı organının önlemler alarak (örneğin, tanığın yüzünün saklanarak) tanığı dinlemesini talep ediyor. Bu yapılmazsa ihlale karar veriyor (Doorson / Hollanda, 1996, ve Van Mechelen / Hollanda, 1997).

Öcalan davasında (karar tarihi 12 Mart 2003) , AİHM Birinci Dairesi 6. madde ile ilgili olarak şu konularda ihlal bulunduğu sonucuna vardı:

- i. Dava sürerken, askeri yargıç yerine sivil yargıcın atanması 6 / 1 maddesinin ihlalini (tarafsız bağımsız yargı organı) sona erdirmeye yeterli değil.
- ii. Öcalan avukatlarıyla 7 gün görüşmemiş ve bu süre içinde kendini suçlayan ifadeler vermiş. Ayrıca, avukatlarıyla baş başa görüşme olanağı bulamamış. Görüşme sırasında bir yetkili görüşmeleri dinlemiş. Nihayet, avukatlarının ziyaretleri ve ziyaretlerin süresi yetersiz. Bu üç nedenle 6. maddenin 3 (c) fıkrası (avukat yardımından yararlanma) ihlal edildi.
- iii. Öcalan'a dava dosyasındaki belgelerin verilmemesi ve avukatlarına 17 bin sayfalık dosyanın davanın başlamasından iki hafta önce verilmesi 6. maddenin 3 (b) fıkrasının (savunmanın hazırlanması için yeterli zaman ve olanak tanınması) ihlali olarak görüldü.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini Yorum Yöntemleri

Jean-Pierre Marguénaud*

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 32. maddeyle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini yorumlama gücüne sahiptir. François Rigaux'nun ünlü sözünü açmam gerekirse, Strazburg Mahkemesi, İHAS'ni bir tür anlamlandırma işlevini üstlenmektedir. Mahkeme, 21 Şubat 1975 tarihili **Golder/Birleşik Krallık** davasında, bu önemli görevini, 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana sözleşmesinin 31. ve 33. maddelerinde tanımlanan genel yorumlama kurallarına uygun olarak yerine getireceğini beyan etmiştir. Klasik uluslararası hukuka yaptığı bu bağlılık beyanı, Mahkemenin, özgünlüğü yıllardır altı çizilen, yorum ve ilkelerini kendisinin geliştirmesine engel olmadı. Hatta, 23 Mart 1995 ve 18 Aralık 1996 tarihli **Loizidou** davalarını bir kenara bırakırsak, mahkemenin yorumlarının önemli bir kısmının Viyana Sözleşmesine gönderme yapmaksızın gerçekleştiği söylenebilir. Bununla birlikte, iki yıldır, yani 21 Kasım 2001 tarihli **Al-Adsani/Birleşik Krallık** davası ve 12 Aralık 2001 tarihli **Bankoviç** davasında verdiği kabul edilemezlik kararından beri, Viyana'da vaz edilen yorum ilkelerinin, Strazburg Mahkemesinin teveccühünü kazandığı görülebilir. Her halükarda, aruk Mahkeme, sık sık, Sözleşmenin, 23 Mayıs 1969 tarihli sözleşmede belirlenen kurallar doğrultusunda yorumlanmasının gerekliliğini hatırlatmaya başlamış ve bundan "Sözleşmenin, mümkün olduğunca, parçası olduğu uluslararası hukukun diğer ilkeleriyle uyum içinde yorumlanması gerektiği" sonucuna varmıştır. Ancak bundan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin özgünlükten uzak bir yorumlama yöntemi benimsediği düşünülmemelidir. Nitekim, Viyana Antlaşması ve uluslararası hukuk ilkelerine yapılan göndermeler, Al-Adsani ve Bankoviç davalarında

* Limoges Hukuk ve Ekonomik Bilimler Fakültesi Özel Hukuk Profesörü

aldıkları hassas kararlarda olduğu gibi; son olarak 6 Şubat 2003 tarihli **Mamatkulov ve Abdurasulovic** davasındaki gibi en cesur ilerlemeler kaydettiği kararlarının gerekçesini oluşturmuştur. Dolayısıyla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yorum yöntemlerinin sadık ve içerikli bir analizini gerçekleştirmek hala çok zor. Her biri, bir İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi anlamlandırıcısı olan Avrupa Yargıçlarının huzurunda böyle bir analiz girişiminde bulunmayı göze almak için, insanın alay konusu olmaktan korkmaması gerekir. Oysa ben alay konusu olmaktan korktuğum kadar, uçağa binmekten korkarım. Bu iki tehlikeyi aynı zamanda göğüslemeyi göze alma cesaretini bana Profesör İbrahim Kaboğlu'na beslediğimi büyük dostluğun gücü verdi.

Strazburg Mahkemesinin yorum yöntemlerinden bahsetmeye çalışmadan önce, Mahkemenin, Sözleşme ve protokollerince güvence altına alınan hakların sistematik olarak genişletilmesi konusunda en önde olduğu varsayımından yola çıkmaktan imtina edilmelidir. Aslında, Mahkeme, İHAS'a daha çok etkinlik kazandıran genişletici kavramlarla, her türlü İnsan Hakları koruma mekanizmasının merkezinde yer alan bireyin çıkarı ile, devletin uhdesinde bulunan genel çıkar arasında bir denge oluşturmaya çalışan ılımlaştırıcı kavramların görev dağıtımını yapmış bulunuyor.

I – Genişletici Kavramlar

Strazburg Mahkemesi, bugün artık faaliyet göstermeyen İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun yardımıyla, kendisini 1950 veya 1952 (Protokol No : 1) metinlerinden kopararak, bunların bazen ilerici (A) olarak nitelenen yorumlarını yapmaya izin veren kavramlar geliştirmiştir. Aynı zamanda bazı yeni kavramlarla da, kemikleşmiş bir yorum yerine evrimci yorumun (B) yolunu açmıştır.

A – İlerici Yorum

Kuşkusuz İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşmeyi, taraf devletlerin taahhülerinin basit bir ifadesiyle sınırlamak yerine, amaç ve hedeflerinin etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi yönünde yorumlamayı tercih etmiştir. Mahkeme, 1979'ten beri, özellikle de 9 Kasım tarihli **Airey/İrlanda** davasından beri, asıl kaygısının, kuramsal ya da sanırsal hakların değil, somut ve etkin hakların korunması olduğunu açık bir şekilde dile getirmektedir. Hatta, Strazburg Mahkemesinin yorum gücünü, İnsan Haklarının eskiden olduğu gibi ve hala birçoğunun görmek istedikleri gibi, dekoratif bir unsur olarak kalmaları

yerine, etkin olmaları için bir mücadele silahı haline getirdiği de söylenebilir. İHAM, son derece iddialı bu hedefe ulaşabilmek için, "yorum yöntemleri" adı altında toplayabileceğimiz bir yorumlar manzumesi oluşturmuştur. Ancak, Descartes'tan bu yana, mantık kavramından ayrı düşünülemeyen yöntem kelimesinin, her zaman Avrupa yargıçlarının muğlak yaklaşımlarına uymadığını da kabul etmek gerekir. Yöntem konusundaki bu gerekli saptamayı yapuktan sonra, kısaca Strazburg Mahkemesinin, İHAS ile ek protokollerinin ilerici yorumunda temel aldığı ilkeleri sunmak istiyorum.

En üste, kelime oyunlarına girmeksizin, hukukun üstünlüğünün yerleştirilmesi gerekir. Sözleşmenin dibacesinde vaz edilen bu kavram, **Golder** kararı ile Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ortak manevi mirasının temel öğeleri arasına sokulmuş, 8 Haziran 1976 tarihli **Engel/Hollanda** kararında ise bu kavramın, Sözleşmenin tamamına hakim olduğu beyan edilmiştir. Bu nedenle, kavram, kamu güçlerinin çeşitli müdahalelerinin keyfiliğiyle mücadele imkanı veren, ayrıcalıklı bir kapsamlı yorum aracı haline gelmiştir. Strazburg Mahkemesinin, 28 Ekim 1999 tarihli **Zielinski** kararıyla Fransız Anayasa Mahkemesine meydan okuma cesaretini de özellikle bu hukukun üstünlüğü kavramında bulduğuna işaret etmek ilginç olacaktır sanırım.

28 Haziran 1978 tarihli **König/Almanya** kararıyla birlikte, Strazburg Mahkemesinin, ulusal hukuklara mahsus hukuki özelliklere göre değişik geometri bir yorum riskini bertaraf etmek amacıyla kullandığı özerk kavram tekniğini kullandığı 8 Haziran 1976 tarihli Engel kararı da "büyük bir karar"dır. Mahkeme, Sözleşme tarafından kullanılan terimlere Avrupa'ya özgü bir anlam vererek, genellikle bu terimlerin ulusal hukuklarda sahip olduğu anlamın ötesine geçebilmektedir. Burada, örneğin "medeni nitelikli hak ve görevler" ve "ceza hukukunda suç isnadı" terimlerinin özerkliği sayesinde 6. maddenin 1. bendinin uygulama alanının kayda değer bir şekilde genişletildiğinden bahsetmeye gerek var mı bilmiyorum. Sözleşmenin özerk terimlerinin genişletici etkisi, bir anlamda, bazı maddelerin (8. ve 11. maddeler) ikinci bentleriyle getirilen hak kısıtlamalarının sınırlı yorumlanması ilkesiyle pekiştirilmektedir. 6 Eylül 1978 tarihli **Klass/Almanya** kararı, bu ilkeyi ilk koyan kararlardan biri olmuştur.

Aslında, normal olarak İnsan Hakları Avrupa Hukuku tarihinin kaynak olabileceği bir başka ilerici yorum tekniği de vardır. Söz ko-

nusu teknik, ayrımcılık yasağı ilkesine tam bir özerklik verilmesini öngören 12. Protokolün yürürlüğe girmesiyle gereksiz hale gelecek olan 14. maddenin, Sözleşmenin diğer maddeleriyle birlikte kullanılmasıdır. Görülen o ki, devletler bu protokolün yürürlüğe girmesi için gerekli onay sayısına ulaşmak konusunda özel bir çaba sarf etmemektedirler. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi daha uzun süre Sözleşmeyle güvence altına alınan hakların alanını genişletmek için 14. maddede belirlendiği şekliyle ayrımcılık yasağı ilkesinden yararlanacaktır. Büyük yankı uyandıran 1 Şubat 2000 tarihli **Mazurek/Fransa** kararının da gösterdiği gibi, 14. maddenin diğer maddelerle birlikte kullanılmasının en önemli avantajlarından biri de, İHAS'nin, hükümlerine tabi olmayan saf hukuk meselelerine uygulanması sonucunu getirmesidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi uygulamalarının, özel hukuku, daha doğrusu medeni hukuku kapsar hale getirilmesi, belki de Mahkemenin benimsediği geliştirici yorum yönteminin en çarpıcı sonucudur. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin, bu “özelleştirilmesi”nde en etkili araç, devletlere İHAS'nin özel şahıslar arasında da gözetilmesi konusunda uluslararası bir sorumluluk yükleyen ve kökeninde 13 Ağustos 1981 tarihli **James ve Webster/Birleşik Krallık** kararı olan, yatay etki mekanizmasıdır. Sözleşme ve protokollerince güvence altına alınan bütün hakların “yatay etki”ye sahip olduğuna dair genel ilke olmadığı muhakkaktır. Bununla beraber, özel ve aile hayata saygı hakkını, yaşam hakkını, işkence ve kötü muamelenin yasaklanmasını içeren liste her geçen gün uzamakta : 2000 yılında, 29 Şubat tarihli **Fuentes Bobo/İspanya** davasıyla ifade özgürlüğü hakkı; 2002 yılında, 25 Temmuz tarihli **Sovtransavto Holding c/Ukrayna** kararıyla, 1. Protokolün 1. bendinde vaz edilen malvarlığına saygı hakkı eklendi. “Yatay etki”nin, hala üzerinde şeklen hakimiyet kuramadığı birkaç İHAS maddesini de eline geçirmekte olduğu şüphesiz. Bu “yatay etki”nin mecrasının da oldukça değişken olduğunu kaydedelim. Ya Young, James ve Webster kararında olduğu gibi “Yüksek Akit Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar” diye vaz eden ve 18 Ocak 1978 tarihli **İrlanda/Birleşik Krallık**; 10 Mayıs 2001 tarihli **Kıbrıs/Türkiye** veya 22 Mart 2001 **Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya** davalarında gördüğümüz gibi İHAS'ın etkisini zaman ve mekan içinde genişletmek ve yaymak gibi bir role sahip olan Sözleşmenin 1. maddesi kullanılmaktadır ya da İHAS'ın “yatay etkisi”

en enerjik genişletici kavramın uzantısı olan, olumlu yükümlülükler vasıtasıyla yapılmaktadır.

1968'de **Belçika Dil Davasıyla** keşfedilen olumlu yükümlülükler kuramı, devletlerin sadece bu hakları ihlal etmekten imtina etmelerini öngören klasik koruma ilkelerinden köklü bir kopuşu yansıtmaktadır. Nitekim bu kuram, devletlerin taahhütlerini pasif kalarak yerine getirdiklerini iddia edemeyecekleri anlamına gelmektedir. Devletler, güvence altındaki hakkı korumak ve somut bir şekilde etkin olmasını sağlamak için de bazı makul ve uygun önlemler almak zorundadırlar. Sözleşme ve ek protokollerince güvence altına alınan hakların somut ve etkili hale getirilmesi için devletlere yüklenen olumlu yükümlülüklerin burada bir listesini çıkarmak uzun ve sıkıcı olacaktır. Sadece, özellikle, yaşam hakkı söz konusu olduğunda, bu yükümlülüklerin her geçen yıl yenilerinin eklendiğini ve devletleri çaresiz halde bıraktığını söylemekle yetinelim. Örnek babından ve telaffuzum için sizden önceden özür dileyerek, bir tek vakanın, eski Birinci Daire'nin 18 Haziran 2002 tarihli kararından sonra davanın iadesini talep eden Öneriyıldız davasının ismini vereceğim. Büyük Daire bu konudaki kararını önümüzdeki günlerde verecek.

İlerici olmakla birlikte, Strazburg Mahkemesinin verdiği yorumun aşırı olduğu iddia edilemez. Nitekim, intihara yardımla ilgili 29 Nisan 2002 tarihli **Pretty /Birleşik Krallık** kararı ya da eşcinsellerin evlat edinme haklarıyla ilgili 26 Şubat 2002 tarihli **Fretté/Fransa** kararı gibi kararlarda yorumların son derece temkinli olduğu da vakidir. Her halükarda, ister temkinli olsun ister cesur, yorum hiç bir zaman nihai değildir.

B – Evrimci Yorum

İHAM, 1979'daki büyük kararları, 13 Haziran tarihli **Marckx/Belçika** ve 9 Ekim 1979 tarihli Airey/İrlanda kararlarıyla, Sözleşme'nin canlı bir metin olduğu ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiği konusunda açıkça uyarıda bulunmuştur. Bu evrimleştirici yorum ilkesi, 23 Mart 1995 tarihli ilk Loizidou kararında ifadesini bulan önemli bir sonuç doğurmuştur : Sözleşme, sadece kendisini kaleme alanların niyetleri doğrultusunda yorumlanamaz. Tabii bu cüretli yorumun, devletleri, sözleşmeyi imzaladıkları andan itibaren tamamıyla değişik anlam taşıyan hükümleri uygulamak yükümlülüğü ile karşı karşıya bıraktığını söylemeye bile gerek yok. Bununla birlikte, Mahkemenin, yenilikçi yorumunu gerekçelendirmek

için temel aldığı evrim faktörlerinin, devletleri çok büyük bir sürprizle karşı karşıya bırakmayacak şekilde seçildiği söylenebilir. Mahkeme bu amaçla, bütün yargıçların ve Avrupa hükümetlerinin normal koşullarda karşılaştıkları örf ve zihniyet değişiklikleri ile teknik ve tıbbi gelişmeleri dikkatle izlemektedir. Mahkeme, özellikle, hukuki değişikliklerle somutlaşan sosyal gelişmeleri önemsemektedir.

Bu bağlamda, bir yandan “artan bir uzlaşma derecesi”nin işareti olarak değerlendirilebilecek uluslararası antlaşmalara katılımın ve uluslararası veya Avrupa mercilerinin tavsiye kararlarının çoğalması, diğer yandan da, iç hukuklarda “Akit Devletlerin hukuk sistemlerinde ortak bir payda”nın oluşmasıyla sonuçlanabilecek reformların hatta sadece reform önerilerinin alınması çizmek gerekir. Bütün bu hukuki öğeler arasında, devletin önceden kabul ettiği veya onayladığı ve mahkemenin kendisine uygulayacağı yeni bir çözüme dayanak teşkil eden en az birini belirlemek mümkündür. Bu nedenle bu yoruma bazen “uzlaşmacı yorum” da denilebiliyor. Birkaç aydır, Mahkemede bu uzlaşmacı çizgiden biraz uzaklaşma iradesi kendini hissettiriyor.

Nitekim Mahkeme, ilginç bir şekilde esin kaynaklarının duvarlarını yıkarak, evrimci yorumunu Avrupa Konseyinin haricindeki hukuki faktörlere dayanarak gerekçelendirmektedir. Bu açıdan, 6 Şubat 2003 tarihli **Mamatkulov ve Abdurasuloviç** kararı, şimdilik “geçici” bile olsa, Mahkemenin içtihadında kayda değer bir değişikliğe gitmesinde belirleyici olan Uluslararası Adalet Divanı, İnsan Hakları Amerika Mahkemesi veya Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi birçok diğer yargının kararlarından çok zengin bir çeşni içeriyor. 11 Temmuz 2002 tarihli **I ve Christine Goodwin/Birleşik Krallık** davalarında, bizzat Büyük Daire, transseksüeller konusunda herkesin bildiği içtihat değişikliğini yaparken, Avustralya ve Yeni Zelanda gibi dünyanın öteki tarafındaki yargı organlarının kararlarına gönderme yapmaktan çekinmemiştir. Yorum yöntemlerinde, Strazburg Mahkemesinin şapkasından daha ne gibi tuhaf uluslararası hukuk faktörleri çıkarabileceğini kestirecek yeterli ölçütlere sahip değiliz. Yine Mahkeme Başkanının, hangi ölçütleri temel alarak, atipik evrim göstergelerinin önemli tedarikçileri, sivil toplum kuruluşlarını, 36. maddede düzenlenen üçüncü taraf müdahalesi uyarınca, gözlemlerini sunmaya çağırdığını bilmiyoruz; evrimci yorum gerçek bir yöntemden çok, talih oyununa benziyor. Bu konuyu kapatmadan önce, Strazburg Mahkemesinin içtihat değişiklikleri yaptığını açıkça kabul etmekte oldukça geç kaldığının altını çizelim. İchtihatdaki değişikliği ilk

olarak, İngiltere'deki müebbet hapis cezalarına dair 28 Mayıs 2002 tarihli **Stafford** kararında açıkça kabul edilmiştir.

Yani, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sözleşme ve ek protokollerince güvence altına alınan hakların içerik ve uygulama alanlarını arzu ettiği gibi genişletmesine imkan verecek araçları bizzat geliştirmiştir. Ancak bu arada, bu genişleme şişkinlik haline gelmemelidir; çünkü bildiğiniz gibi fazla insan hakları, insan haklarını öldürür. İşte bu nedenle, Strazburg Mahkemesi bu tehlikeyi bertaraf etmek için başka yorum teknikleri geliştirme bilgeliliğini de gösteriyor.

II – İlimlaştırıcı Kavramlar

Mahkeme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin yorumunun, bireyin çıkarlarıyla, devletin uhdesindeki genel çıkarlar arasında bir uzlaşma sağlayabilmesi için, esneklikleri ve elastiklikleri ile bilinen iki kavramı, ulusal takdir payı ve orantılılık ilkelerini kullanarak en zor durumlardan bile sıyrılmaktadır.

A – Ulusal Takdir Payı

7 Aralık 1976 tarihli **Handyside/Birleşik Krallık** davasından bu yana Mahkeme, ulusal yasa koyucular ile ulusal yargıların Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında belli bir takdir payına sahip olduklarını kabul ediyor. Sözleşmenin zikretmediği bu ilimlaştırıcı kavramı, subsidiarite/yerindenlik ilkesine bağlamak yerinde olacaktır. Kimilerine göre, takdir payı, Mahkemenin endişe verici, ama aruk düzeltmesi gereken, kendi kendini sınırlama eğilimini yansıtan belli bir hukuki itidalin sonucudur. Her halükarda, bu kavram, Avrupa'nın inşası ile hukuki çoğulculuğun uzlaştırılması ve İHAM'nin Avrupa ülkeleri arasında farklılık gösteren ekonomik, hukuki ve sosyal gerçekliklerine uyum sağlaması gibi çifte bir avantaj sunmaktadır. Buna karşın, güvence altındaki hakları değişik geometrili haklar haline getirerek koruma sistemlerinin etkinliğini tahrip etmek gibi sakıncalar da sunmaktadır. Bu avantajlar ve sakıncalar arasındaki dengeyi muhafaza edebilmek için kusursuz bir disiplin gerekmektedir. Oysa Strazburg Mahkemesi her zaman bu disiplini göstermekten çok uzak. Ancak şurası muhakkak ki, Mahkeme takdir payının kapsamını, söz konusu hakkın doğasına ya da ihulaf konusunda bir Avrupa uzlaşısı bulunup bulunmamasına göre ayarlamaya çaba göstermektedir. Ne yazık ki, 13 Şubat 2003 tarihli **Odièvre/Fransa** davasında olduğu gibi, Mahkemenin ölçütleri bağlamında ınantıklı olarak alması beklenen karardan uzaklaştığı da vakidir. Dolayısıyla, dışarıdan bakıldığında,

Mahkemeye olan bütün saygımıza rağmen, ulusal takdir payını belirleyen ulusal yargıcın becerisi olup olmadığı sorusu sorulabilir... Bu da münhasıran metodolojik açıdan bir tartışma konusu olabilir.

B – Orantılılık İlkesi

Öyle görülmektedir ki, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ulusal takdir payı gibi Sözleşme metninin zikretmediği orantılılık ilkesini, 23 Temmuz 1982 tarihli Belçika dil davası ile keşfetmiştir. Daha sonra, ve özellikle 23 Eylül 1982 tarihli **Sporrong ve Lönnroth/İsveç** kararıyla, Mahkeme, “genel çıkar ve bireyin çıkarları arasındaki adil bir denge”ye atfen tanımladığı ilkenin Sözleşme'nin tamamına nüfuz etmiş olduğunu ifade etmiştir. Yani, ilke çok amaçlı bir rol üstlenmektedir. Çoğu zaman devletlerin, demokratik toplumlarda gerekli olan bazı göreceli hakların ihlalleri için kullandıkları takdir payını denetleme işlevini görür. Bazen, örneğin, bir muamelenin hangi eşikten itibaren insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele haline geldiğini belirlemenin aracıdır. Yine, devlete olumlu bir yükümlülük getirilmesini gerektiren vakaların değerlendirilmesinde de kullanılır. Orantılılık ilkesinin her zaman aynı mantığa hizmet ettiğini söylemek zor çünkü bazı vakalarda bireyin çıkarlarının lehine, bazen de devletin lehine oynayabiliyor. Bu kuramsal ikirciklilik, karşıt çıkarların her vakıada ayrı ayrı değerlendirilmesinden kaynaklanan başka bir ikircikli durumun ortaya çıkmasıyla daha da güçleniyor. Öyle ki, “tutarlılık” herhalde Strazburg Mahkemesinin orantılılık ilkesini uygulamasını nitelemek için ağzımıza ilk gelen kelime değil...

Kısaca özetlemek gerekirse, yorum yöntemleri ifadesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kaotik yorum yaklaşımını tanımlamaya uygun değildir. Tabii, bu doğal olarak eleştirel olması gereken akademik bir sonuç olabilir. Ama doğru sonuç değildir; zira böyle bir ifade Stazburg Mahkemesinin kırk yıldır sürekli altüst oluşlar yaşayan bir Avrupa'da, her şeye rağmen yapmaya çalıştıklarını görmezden gelmek olur. 800 milyon insanın biraz olsun hayatını değiştirmek gibi kapsamlı bir eser karşısında, yorum konusundaki birkaç arayış, zaman zaman çok rahatsız edici olsa da, büyük bir anlam ifade etmemektedir.

Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des Droits de l'Homme

Jean - Pierre MARGUÉNAUD*

La Cour européenne des Droits de l'Homme tient de l'article 32 le pouvoir d'interpréter la Convention européenne des Droits de l'Homme. Pour paraphraser l'expression célèbre de François Rigaux on peut donc dire que la Cour de Strasbourg exerce à l'égard de la CEDH le ministère du sens. Pour l'accomplissement de cette mission essentielle, elle s'est soumise, par son arrêt *Golder c/Royaume-Uni* du 21 février 1975 aux règles générales d'interprétation des traités définies par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969. Cette déclaration d'allégeance au droit international classique ne l'a cependant pas empêchée de développer des principes et des méthodes d'interprétation dont l'originalité a été longtemps soulignée. Il semble d'ailleurs que, si l'on met à part les arrêts *Loizidou* du 23 mars 1995 et du 18 décembre 1996, elle soit parvenue à bâtir l'essentiel de son œuvre interprétative sans se donner la peine de se référer aux règles de la Convention de Vienne. Depuis deux ans, précisément depuis l'arrêt *Al-Adsani c/Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 et la décision d'irrecevabilité rendue le 12 décembre 2001 dans l'affaire *Bankovic*, on croit néanmoins deviner que les principes interprétatifs élaborés à Vienne ont retrouvé les bonnes grâces de la Cour de Strasbourg. En tout cas, il lui arrive de plus en plus souvent de rappeler que la Convention doit être interprétée à la lumière des règles fixées dans la Convention du 23 mai 1969 et d'en déduire que « la Convention doit s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international dont elle fait partie ». Il ne faudrait pas croire pour autant que la Cour européenne des Droits de l'Homme soit sur le point d'adopter une méthode d'interprétation dépourvue

* Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de Droit privé à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges

d'originalité. En réalité, la référence à la Convention de Vienne et aux principes du droit international sert tout aussi bien à justifier les solutions les plus frileuses, comme dans les affaires El-Adsani et Bankovic, que les avancées les plus audacieuses, comme dans la récente affaire Mamatkulov et Abdurasulovic du 6 février 2003. Il est donc toujours aussi difficile de se livrer à une analyse fidèle et pénétrante des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Pour se plier à un tel exercice en présence de plusieurs juges européens qui sont autant de ministres du sens de la CEDH, il ne faut pas avoir peur du ridicule. J'ai peur du ridicule presque autant que de l'avion. Pour me convaincre d'accepter de braver ces deux périls en même temps, il fallait toute la force de l'amitié que je porte au Professeur Ibrahim Kaboglu.

Quand on veut essayer de présenter les méthodes d'interprétation de la Cour de Strasbourg, il faut commencer par repousser la tentation de considérer qu'elle s'est érigée en championne de l'élargissement systématique des droits garantis par la Convention et ses protocoles additionnels. En réalité, elle a subilement réparti les rôles entre les concepts amplificateurs qui donnent plus d'effectivité à la CEDH et les concepts modérateurs qui tendent à l'établissement d'un équilibre entre l'intérêt de l'individu, qui est naturellement au centre de tout dispositif de protection des droits de l'Homme et l'intérêt général, pris en charge par les Etats, qui n'est pas pour autant oublié.

I – Les concepts amplificateurs

Aidée par la Commission EDH aujourd'hui disparue, la Cour de Strasbourg a su forger des concepts qui lui ont permis de se libérer des textes de 1950 ou de 1952 (Protocole n° 1) pour en donner une interprétation parfois qualifiée de progressiste (A). Elle a su en élaborer d'autres pour que l'interprétation ne soit pas figée une fois pour toutes mais évolutive (B).

A – L'interprétation progressiste

La Cour européenne des Droits de l'Homme a résolument pris le parti d'interpréter la Convention plutôt dans le sens permettant de réaliser effectivement son but et ses objectifs que dans celui qui limiterait à leur plus simple expression les engagements des Etats. Ainsi affirme-t-elle hautement depuis 1979 et notamment depuis son arrêt Airey c/Irlande du 9 octobre que son souci majeur est de

protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs. On pourrait presque dire que la Cour de Strasbourg a transformé son pouvoir d'interprétation en instrument de combat pour l'effectivité des droits de l'Homme qui doivent avoir une utilité concrète au lieu d'être relégués, comme autrefois et comme beaucoup le voudraient encore, à une fonction purement décorative. Pour parvenir à la réalisation de cet objectif particulièrement ambitieux, la Cour EDH s'est équipée de tout un arsenal interprétatif que l'on peut essayer de ranger sous le vocable général : « méthodes d'interprétation ». Il faut néanmoins concéder que, quelquefois, le mot méthode, irrésistiblement associé, depuis Descartes, à l'idée de logique n'est pas très bien adapté au caractère particulièrement flou de la démarche des juges européens. Cet important point de méthode étant souligné comme il se devait, il faut présenter brièvement les principaux mécanismes que la Cour de Strasbourg met au service d'une interprétation progressiste de la CEDH et de ses protocoles additionnels.

En première position, il faut placer, sans jeu de mots, la prééminence du droit. Visé par le préambule de la Convention, ce concept a été élevé par l'arrêt *Golder* parmi les éléments du patrimoine spirituel commun aux Etats membres du Conseil de l'Europe et l'arrêt *Engel c/Pays-Bas* du 8 juin 1976 a déclaré qu'il irradie la Convention tout entière. C'est pourquoi, il est devenu un instrument privilégié d'interprétation extensive qui permet principalement de lutter contre le caractère arbitraire de diverses interventions de la puissance publique. Il n'est peut-être pas sans intérêt de signaler que c'est essentiellement dans le concept de prééminence du droit que la Cour de Strasbourg a puisé l'audace de défier le Conseil constitutionnel français par son arrêt *Zielinski* du 28 octobre 1999.

L'arrêt *Engel* du 8 juin 1976 est aussi un « grand arrêt » pour avoir, avec l'arrêt *König c/Allemagne* du 28 juin 1978, fondé la technique des notions autonomes utilisée par la Cour de Strasbourg pour conjurer le risque d'une interprétation à géométrie variable selon les qualifications juridiques propres aux droits nationaux. En donnant aux termes utilisés par la Convention une signification européenne propre, la Cour peut allègrement dépasser le sens qu'ils ont habituellement dans tel ou tel droit national et lui donner une signification extensive. Il est à peine nécessaire d'évoquer ici, à titre

d'exemple, la considérable extension du champ d'application de l'article 6 § 1 réalisée grâce à l'autonomie des termes « droits et obligations de caractère civil » et « accusation en matière pénale ». L'effet amplificateur de l'autonomie des termes de la Convention est en quelque sorte multiplié par le principe d'interprétation restrictive des limitations aux droits qui sont admises par les paragraphes seconds de certains articles (notamment les articles 8 à 11). L'arrêt *Klass c/Allemagne* du 6 septembre 1978 est un des premiers à avoir posé ce principe.

Une autre technique d'interprétation progressiste devrait normalement relever de l'histoire du droit européen des droits de l'homme. Il s'agit de la combinaison de l'article 14 avec les autres articles de la Convention qui devrait devenir inutile après l'entrée en vigueur du protocole n° 12 lequel prévoit de donner une complète autonomie au principe de non-discrimination. Apparemment les Etats ne se bousculent pas pour apporter à ce protocole le nombre de ratifications nécessaire à son entrée en vigueur. La Cour EDH aura donc longtemps l'occasion de s'appuyer sur le principe de non-discrimination tel qu'il est formulé par l'article 14 pour élargir le domaine des droits garantis par la Convention. Comme l'a démontré avec éclat l'arrêt *Mazurek c/France* du 1^{er} février 2000, un des principaux intérêts de cette utilisation combinée de l'article 14 est d'entraîner l'application de la CEDH à des questions de pur droit privé qui ne semblaient pas devoir lui être soumises.

L'extension au droit privé, et plus particulièrement au droit civil, de l'application de la CEDH est peut-être le résultat le plus spectaculaire de la méthode d'interprétation progressiste adoptée par la Cour. L'instrument le plus efficace de cette « privatisation » de la CEDH reste le mécanisme de l'effet dit horizontal, dont l'origine remonterait à l'arrêt *Young James et Webster c/Royaume-Uni* du 13 août 1981, qui fait peser sur l'Etat la responsabilité internationale de faire respecter la CEDH jusque dans les rapports des particuliers entre eux. Sans doute n'existe-t-il pas de principe général suivant lequel tout les droits garantis par la Convention et ses protocoles additionnels sont dotés d'un « effet horizontal ». Néanmoins la liste, qui comprend notamment le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, s'allonge régulièrement : en 2000 elle a été enrichie du droit à la liberté d'expression par l'arrêt

Fuentes Bobo C/Espagne du 29 février ; en 2002 c'est le droit au respect des biens consacré par l'article 1^{er} du protocole n° 1 qui est venu la compléter grâce à l'arrêt *Sovtransavto Holding c/Ukraine* du 25 juillet. Sans doute l'« effet horizontal » est-il déjà sur le point de conquérir les quelques articles de la CEDH qui échappent encore formellement à son emprise. Il convient d'indiquer que le support de cet « effet horizontal » est assez fluctuant. Tantôt, comme dans l'affaire *Young, James et Webster*, il s'agit de l'article 1^{er} de la Convention suivant lequel les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et les libertés définis au Titre I » et qui, comme on l'a vu dans un certain nombre d'affaires célèbres telles que les affaires *Irlande c/Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 ; *Chypre c/Turquie* du 10 mai 2001 ou *Streletz, Kessler et Krenz c/Allemagne* du 22 mars 2001 a d'ailleurs un rôle particulier pour amplifier et étendre l'influence de la CEDH dans l'espace et dans le temps. Tantôt la diffusion de l'« effet horizontal » de la CEDH se fait dans le prolongement du concept amplificateur le plus énergique : celui d'obligations positives.

Découverte dès l'affaire linguistique belge de 1968, la théorie des obligations positives marque une rupture radicale avec les principes classiques de protection des droits civils et politiques suivant lesquels les Etats devaient seulement s'abstenir de porter eux-mêmes atteinte aux droits considérés. Elle signifie en effet que les Etats ne peuvent plus prétendre assumer leur engagement en restant passifs : il leur faut aussi parfois prendre des mesures raisonnables et adéquates pour protéger le droit garanti et en assurer, concrètement, l'effectivité. Il serait fastidieux de dresser la liste des obligations positives qui ont été mises à la charge des Etats pour rendre concrets et effectifs les différents droits garantis par la Convention et ses protocoles additionnels. Il suffit de savoir qu'elles sont chaque année plus nombreuses et plus déconcertantes pour les Etats surtout lorsqu'elles concernent le droit à la vie. J'évoquerai seulement à titre d'illustration et en m'excusant pour la prononciation l'affaire *Onerlyidiz* sur laquelle la Grande Chambre va prochainement statuer à la suite d'un renvoi demandé après l'arrêt de l'ancienne première section du 18 juin 2002.

Pour être progressiste, l'interprétation délivrée par la Cour de Strasbourg n'est pas nécessairement extrémiste. Il arrive en effet que des arrêts, comme par exemple l'arrêt *Pretty c/Royaume-Uni* du 29

avril 2002 relatif au suicide assisté ou l'arrêt *Fretté c/France* du 26 février 2002 consacré au droit des homosexuels de pouvoir adopter, s'en tiennent à des interprétations particulièrement prudente. De toute façon, prudente ou audacieuse, une interprétation n'est jamais figée.

B – L'interprétation évolutive

A partir de ses grands arrêts de 1979, *Marckx c/Belgique* du 13 juin 1979 et *Airey c/Irlande* du 9 octobre, la Cour EDH a clairement averti que la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions d'aujourd'hui. Ce principe d'interprétation évolutive conduit à une conséquence majeure expressément relevée par le 1^{er} arrêt *Loizidou* du 23 mars 1995 : c'est que la Convention ne peut pas s'interpréter uniquement en conformité avec les intentions de ceux qui l'ont rédigée. Il va presque sans dire que cette audace interprétative expose constamment les Etats au risque de se voir appliquer une disposition conventionnelle chargée d'un sens complètement différent de celui qu'elle avait au moment où ils ont ratifié. Les facteurs d'évolution pris en compte par la Cour pour justifier une interprétation novatrice semblent néanmoins choisis de manière à éviter aux Etats de trop grandes surprises. Ainsi est-elle attentive au changement des mœurs et des mentalités et au progrès techniques et médicaux auxquels tous les juges et tous les gouvernements d'Europe sont normalement confrontés. Elle attache surtout de l'importance aux transformations sociales principalement révélés par des mutations juridiques. A cet égard, il faut distinguer la multiplication des adhésions à des traités internationaux et les recommandations des instances internationales ou européennes d'une part qui sont le signe d'un « degré croissant de consensus » et, d'autre part, les réformes voire de simples propositions de réformes des droits internes qui peuvent déboucher sur un « dénominateur commun au système juridique des Etats contractants ». Parmi tous ces éléments juridiques, il est bien rare que l'on ne puisse pas en identifier un par lequel l'Etat aurait déjà accepté ou admis à l'avance la solution nouvelle que va lui appliquer la Cour. C'est ce qui permet de parler parfois « d'interprétation consensuelle ». Depuis quelques mois, la Cour a manifesté sa volonté de s'écarter un peu de cette ligne consensuelle. Elle est en effet en train de procéder à un très intéressant décloisonnement de ses sources d'inspiration qui lui permet de justifier une interprétation

évolutive au moyen de facteurs juridiques extérieurs au conseil de l'Europe. A cet égard le récent arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic* du 6 février 2003 offre un véritable florilège de décisions d'autres juridictions internationales telles que la Cour internationale de Justice, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou le Comité des droits de l'homme de Nations-Unies, qui ont déterminé la Cour de Strasbourg à procéder à un revirement encore « provisoire » mais déjà spectaculaire de sa jurisprudence relative aux mesures provisoires. Dans les affaires *I et Christine Goodwin c/Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, la Grande Chambre elle-même n'a pas hésité à faire état de décisions de juridictions nationales siégeant en Australie et en Nouvelle Zélande, c'est-à-dire, par rapport à l'Europe, aux antipodes, pour opérer, en matière de transsexualisme, le revirement que tout le monde connaît. En termes de méthode d'interprétation, il manque pour le moment les critères qui permettrait de détecter à l'avance les facteurs juridiques internationaux insolites que la Cour de Strasbourg pourrait bien sortir de son chapeau. Comme on ne sait pas non plus sur quels critères le Président de la Cour invite les organisations non gouvernementales, grandes pourvoyeuses d'indices d'évolution atypiques, à présenter des observations au titre de la procédure de tierce intervention de l'article 36, l'interprétation évolutive ressemble davantage à un jeu de hasard qu'à une véritable méthode. Pour en finir avec cette question, il faut souligner que la Cour de Strasbourg, soucieuse des exigences de sécurité juridique, a longtemps tardé à admettre expressément qu'elle procède à des revirements de jurisprudence. Ce n'est guère que depuis 2002 et l'arrêt *Stafford* du 28 mai relatif aux peines perpétuelles anglaises qu'elle les assume en tant que tels.

La Cour EDH s'est donc elle-même dotée des moyens qui peuvent lui permettre d'amplifier à sa guise le contenu et le champ d'application des droits garantis par la Convention et ses protocoles additionnels. Il ne faudrait pas, cependant que l'amplification devienne boursoufflure car, comme chacun le sait, trop de droits de l'Homme tue les droits de l'Homme. Aussi la Cour de Strasbourg a-t-elle eu la sagesse de mettre en place d'autres techniques d'interprétation propres à conjurer ce péril.

II – Les concepts modérateurs

Afin que l'interprétation de la CEDH puisse concilier l'intérêt de l'individu et celui de la collectivité pris en charge par l'Etat, la Cour a pris l'habitude de se sortir des situations les plus embarrassantes en se servant de deux concepts caractérisés par leur souplesse et leur élasticité : la marge nationale d'appréciation et le principe de proportionnalité.

A – La marge nationale d'appréciation

Depuis l'arrêt *Handyside c/Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, la Cour reconnaît que les législateurs nationaux et les juridictions internes disposent d'une marge d'appréciation en matière d'application des dispositions conventionnelles. C'est au principe de subsidiarité qu'il faudrait rattacher ce concept modérateur auquel la Convention elle-même ne fait pourtant aucune allusion. Pour certains, la marge d'appréciation ne serait que le résultat d'une certaine retenue judiciaire révélatrice d'une tendance inquiétante de la Cour à s'autolimiter ; tendance dont elle serait désormais bien inspirée de se corriger. Quoiqu'il en soit, la notion présente le double avantage d'aider à la conciliation des exigences de la construction européenne et de la sauvegarde du pluralisme juridique et de favoriser l'adaptation de la CEDH aux réalités économiques, juridiques ou sociales souvent fort différentes d'un pays européen à l'autre. Elle expose en revanche aux inconvénients de transformer les droits garantis en droits à géométrie variable et de ruiner l'effectivité de leur système de protection. Pour tenir le bon cap entre ces avantages et ces inconvénients, il faut donc une rigueur irréprochable. Or, la Cour de Strasbourg est loin d'en faire toujours preuve. Sans doute s'efforce-t-elle de faire varier l'étendue de la marge d'appréciation en fonction de la nature du droit en cause et de l'existence ou de l'absence d'un consensus européen sur la question litigieuse. Malheureusement, il lui arrive, comme par exemple dans la récente affaire *Odièvre c/France* du 13 février 2003 de s'écarter de la solution à laquelle ces critères auraient dû logiquement la conduire si bien que de l'extérieur, on peut respectueusement se demander si la marge nationale d'appréciation ne varie pas, tout simplement, en fonction de l'habileté manœuvrière du juge national... ce qui d'un point de vue strictement méthodologique pourrait au moins prêter à discussion.

B – Le principe de proportionnalité

C'est, semble-t-il par son arrêt du 23 juillet 1968 relatif à l'affaire linguistique belge que la Cour EDH a découvert le principe de proportionnalité auquel la CEDH ne fait pas davantage référence qu'à la marge nationale d'appréciation. Plus tard, et notamment par l'arrêt Sporrang et Lönnroth c/Suède du 23 septembre 1982, la Cour, qui le désigne souvent par référence « au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu », a indiqué qu'il imprègne la Convention toute entière. Aussi joue-t-il un rôle protéiforme. Le plus souvent il sert à contrôler la marge d'appréciation dont disposent les Etats pour porter des atteintes nécessaires dans une société démocratique à un certain nombre de droits relatifs. Parfois, c'est plutôt un instrument de qualification qui permet par exemple de déterminer à partir de quel seuil de gravité un traitement devient inhumain et dégradant. Il sert aussi à apprécier les cas dans lesquels il y a lieu de mettre une obligation positive à la charge de l'Etat. Il n'est pas sûr que la mise en œuvre du principe de proportionnalité obéisse toujours à la même logique puisque dans certains cas il joue en faveur de l'individu ; d'autres fois à l'avantage de l'Etat. Cette ambiguïté théorique accentue celle qui résulte nécessairement de la pesée au cas par cas des intérêts en présence. Aussi, « cohérence » n'est-il pas le mot qui viendrait spontanément à l'esprit pour refléter la mise en œuvre du principe de proportionnalité par la Cour de Strasbourg...

Pour conclure brièvement on pourrait dire que l'expression méthodes d'interprétation ne convient décidément pas pour décrire la démarche interprétative chaotique de la Cour EDH. Il s'agirait là d'une conclusion universitaire qui doit, naturellement, être teintée d'esprit critique. Cette conclusion n'est pourtant pas la bonne car elle masquerait la tâche immense accomplie, contre vents et marées, en à peine plus de 40 ans, par la Cour de Strasbourg dans une Europe en constants bouleversements. Face à une œuvre d'aussi grande envergure qui a vocation à changer un peu la vie de plus de 800 millions d'êtres humains, quelques petits tâtonnements interprétatifs ne comptent pas pour grand'chose même si, ponctuellement, ils peuvent être irritants.

BİRİNCİ OTURUM TARTIŞMALARI

OTURUM BAŞKANI : Nuri ALAN

Dr. Bilal KARTAL Yargıtay IV. Hukuk Dairesi Başkanı - ne bir yasama organı, ne bir yürütme organı, ne bir yargıç hukuk yaratamaz. Hukuk vardır; ancak bu hukuk, yazılı birtakım kurullarla düzenlenme altına alınmaktadır. Yargıcın da hep yaşamındaki yaptığı işler nedeniyle durağandır. Eğer yargıç, hukuk yaratmaya girdiği takdirde, bir yerde siyasi iktidarın alanına girmiş olmaz mı? Ben, bu noktada son cümlemi, acaba hukuk yaratmaya girdiği zaman ki, yazılı normun üstünde başka bir işlevi gördüğü takdirde, siyasi bir alana, siyasi iktidarın alanına, yasama organının alanına girmiş olmaz mı?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI Nuri ALAN - Teşekkür ederim.

Buyurun efendim.

NECATİ ONURSAL (Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü Dış İlişkiler Daire Başkanı)- Teşekkür ederim.

Sorum, Sayın Rıza Türmen'e. Sayın Türmen, bilindiği gibi Türkiye yürürlüğe koyduğu son uyum yasalarıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen ihlal kararlarını, yeniden yargılama nedeni saymaktadır. Merak ettim, acaba diğer Avrupa ülkelerinde de böyle bir durum söz konusu mudur, kaç ülke böyle uygulama yapmaktadır?

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkürler.

Buyurun efendim.

İSMAİL MALKOÇ (Yargıtay Üyesi) - Profesör **Marguénaud**'nun tebliğinin altıncı sayfasında "**trop de droits de l'homme tue les droits de l'homme**" diye ilginç bir cümle gördüm. Bunu biraz açabilir mi? Biraz açıklama yapabilirse memnun olacağım.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun efendim.

ORHAN UZGÖREN (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Başkanı)- Sorum, Sayın Kaboğlu'na. Öncelikle, açıklamalarından dolayı, bizi bilgilendirdiği için teşekkür ediyorum.

Bir, "hukukun egemenliği" kavramından söz ettiler. Bizim, ülke olarak, uygulama olarak hakimiyetin kayıtsız şartsız millete ait olması düşüncesinden hareketle birtakım düzenlemelere tabi bir yapımız var. Şimdi ben de sadece uygulayıcı değil, aynı zamanda yaratıcı hukukçu, hâkim olmak istiyorum. Tabii ki bu kavramlar birbirleriyle çatışıyor. Hukukun egemenliği, bir yanda da milletin egemenliği kavramı, aynı zamanda kendi sistemi içerisinde seçilmişler, atanmışlar meselesini gündeme getiriyor. Bu durumda bize ne önerirsiniz, biz hukukun egemenliği kavramını, mevcut anayasal sistemimizde nasıl gerçekleştireceğiz; yani bunu biraz daha açabilir misiniz?

İkinci sorum da şu: Konuşmanızın bir yerinde, yanlış anlamadıysam, "hukukun örgütlenmesi" şeklinde bir ifadeye yer verdiniz. Bunun hangi anlamda, nasıl olacağını açıklarsanız sevinirim.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI Nuri ALAN - Buyurun.

KEMAL KARADAĞ- Benim sorum, Sayın Türmen'e:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinde adil yargılama koşullarından birisi de akla uygun bir süre. Acaba Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, kendi önüne gelen davalarda ortalama süre ne kadar? Ayrıca yine kendi önüne gelen davalarda yargılamayı yapan mahkemelerin koşulları, burada karar verilirken dikkate alınıyor mu, alınmıyor mu? Öğrenmek istediğim bu.

Bir de Sayın Kaboğlu'na bir sorum var. Yargıç, demokrasinin hizmetinde ve güvencesi; ancak acaba yargıcın, -demokrasiyi güvenceye alacak/ kendi güvenceleri var mı? Öncelikle bunun bir açıklanması gerekir. Son zamanlarda baktığımızda, toplumdaki baskı grupları, yargıdan önce kişileri yargılayıp, sonuçlandırmakta. Bu konuda bir düzenleme yapılamaz mı?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun efendim.

Prof. Dr. İZZETTİN DOĞAN- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sorumun bir tanesi Prof. Dr. Marguénau'dya: Profesör Marguénau, "évolatif" diye nitelediği bir yorum tekniğinde Divanın, özellikle Loizidu kararı vesilesiyle söylediği gibi, bu antlaşmayı yapanların nihai hedefleriyle divanın kendisini artık bağlı kabul etmediğini söylüyor. Bu nedenle de yeni yorumlara gidebileceğini söylüyor. Bu, acaba şöyle bir riski, hem de çok önemli bir riski beraberinde taşıyor mu? Yani Divan, "évolatif" dediği ve antlaşmayı yapanların amaçlarıyla kendisini bağlı kabul etmemesi halinde, siyasi nitelikli kararlar vermek gibi bir tehlikeyle Divanı karşı karşıya bırakmaz mı ve bu da Divanın otoritesini zaman içerisinde aşındırmaz mı?

Sayın Kaboğlu'na ise, düşüncelerine önemli ölçüde katılmakla birlikte, müsaade ederlerse bazı römarklar yapmayı uygun görüyorum. Yargıç, demokrasi ve egemenlik arasında kurmuş oldukları bu bağlantılarda bir husus, Türk kamuoyunun ve Türk eğitim hayatının gözünden sürekli kaçmış. Bugün temel haklar ve özgürlükler konusu gerek yargıç açısından, gerek demokrasi ve egemenlik kavramları açısından artık anayasa hukukunun kendi özel kavramları olmaktan çıkmış. Bunlar, tamamen uluslararası hukukun kendi ilgi ve bilgi alanı içerisine girmiştir ve demokrasinin tanımı da artık anayasalara göre değil, 1990'da imzalanmış bulunan Paris Şartına göre yapılmaktadır ve demokrasinin içeriği, artık uluslararası hukuk tarafından tanımlanmış bulunmaktadır; yani siyaset yapanlar, bir devleti yönetmekle sorumlu olanlar, başlı başlarına kendi anayasa hukuklarına ne kadar değer atfederlerse etsinler, bağlı ve son nihai merci olarak bakamazlar. Uluslararası hukukun koymuş olduğu tanımlara da uymak zorundadırlar ve bu bir hukuki mükellefiyettir. Burada siyasetçilerin takdir hakkı yoktur.

Bizim kendi sistemimiz açısından özellikle bir konuya dokunulmasını şahsen uygun bulurdum. O da; kişinin dolaylı olarak Anayasa Mahkemesine gitmek, itiraz yoluyla bir tarafa bırakılarak, Anayasada yapılacak bir değişlikle, kişinin doğrudan doğruya temel haklar ve özgürlükler söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesinin kendisine kadar gidebilme olanağının tanınması gerekiyor. Bu yapılmadığı takdirde, Alevilerin meselesinde olduğu gibi sorun tıkanabilmekte, siyasileşebilmekte, birtakım başka sosyal sorunları beraberinde getirebilmekte ve kişilerin, Anayasa Mahkemesine, Anayasanın -yarın belki tartışma olanağını bulacağız- 9. Madde uygulamasına uygun olarak ya da Türkiye'deki asgari uygulamasını sağlamak üzere evvela Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisine müracaat olanağının doğma-

sını beklemek daha uygun olacaktır. Bu konudaki düşüncelerini de almak istiyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - Efendim, zamanın yetersizliği nedeniyle son iki soruyu alacağım.

Buyurun efendim.

Av. ERDEM AKYÜZ (Ankara Barosu)- Sayın Başkan, konuşmaların tamamında yargının, yargıcın, hukukun egemenliği üzerinde durulmuştur. Bu egemenliğin en önemli göstergesi de, siyasi baskılar ve siyasetin egemen olması olarak gösterilmiştir. Olayı soyuttan, somuta indirmek gerekir. Türkiye'de siyasiler ve parlamento, eğer yargı süreci hakkında bir görüş bildirirse büyük tepki görmektedir; yargıya tesir ettiği söylenmekte ve bu engellenmektedir. Oysa geçtiğimiz günlerde Avrupa Parlamentosu, Türkiye'deki belli bir yargılama süreci hakkında özel bir toplantı yapmıştı. Bu yargılama süreci de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi süreciyle yapılan bir yargılamadır; yani Zana ve DEP davasında. Dolayısıyla Avrupa Parlamentosunun bu toplantısı ve kararı, bir nevi arkasına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini de almış görüntüsünü vermektedir.

Türkiye'deki parlamento bir siyasi organdır da, Avrupa Parlamentosu bir siyasi organ değil midir ve bunun yaptığı da, gene bir yargılama sürecine baskı niteliğinde değil midir. Hukuku korumaktan bahsetmiş olması itibarıyla bu soruma Sayın Jean Pierre'in cevap vermesini rica ediyorum.

Saygılarımla efendim.

OTURUM BAŞKANI Nuri ALAN- Başka soru olmadığına göre, 3 sorum var, bunu Sayın Rıza Türmen'e yöneltiyorum.

Bunlardan birincisi; Anayasa Mahkemesi kararlarının, 6. Madde kapsamının dışında olduğu. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda Yüce Divan olarak da görev yapmaktadır. Belki burada Sayın Türmen, 7 Numaralı Protokolün 2. Maddesinin, 2. Fıkrası Hükmüne dayanacaktır. Bu, şöyle bir istisna getiriyor. Madde, aslında cezai konularda iki dereceli yargılama hakkından söz ediyor, 2. Fıkrası da, bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin, birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı hallerde istisna

getiriyor; ancak bizim hukukumuzda en yüksek yoktur, birbirine eşit yüksek mahkemeler vardır. Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare mahkemesini bu madde kapsamında düşünmüyorum. Bu konudaki görüşünüzü almak istiyorum. Bu, birinci sorum.

İkinci sorum: Biliyorsunuz Anayasada yapılan değişiklikle 36. Maddeye adil yargılanma hakkı getirildi. Şimdi bunu iki şekilde yorumlamak mümkündür. Bir; bu adil yargılanma hakkı doğrudan doğruya Sözleşmenin 6. Maddesine bir aufur ya da onunla bağlı olmaksızın Türk hâkiminin geliştireceği içtihatlar çerçevesinde oluşturulacak bir adil yargılanma hakkı söz konusudur; çünkü dar yorumladığımız takdirde Türk yargıcını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla sınırlamış olursunuz. Bu konuda ne düşünüyorsunuz?

Üçüncü sorum, Sözleşmenin 35. Maddesinin 1. Fıkrasıyla ilgili. Kabul edilebilirlik koşulları açısından bildiğiniz üzere 35'in 1. Fıkrası; "Uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren 6 aylık süre içinde mahkemeye başvurulabilir" hükmünü içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle Güneydoğu'daki hadiseler nedeniyle kendisine intikal eden olaylarda, Türkiye'de yargılamanın çok uzatıldığından bahisle bu kuralı kaldırmıştır. Mahkemenin içtihat türetmesinden yanayım. Bunu her zaman ifade ediyorum; ancak bu sözleşme, 11 Numaralı Protokolle, 1 Kasım 1998 senesinde değiştirilmiştir ve değişiklikte de bu madde aynen kalmıştır.

Ben, şöyle bir yoruma gitmek istiyorum: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu sözleşmeden varlık almaktadır ve bu sözleşmede öngörülen kuralları uygulamak durumundadır. Tabii içtihat hakkı vardır; ancak protokol yenilediği zaman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin iç hukuk yollarının tüketilmeyebileceği, bazı hallerde tüketilmeyebileceği yolundaki içtihadını bu protokolü düzenleyenler biliyorlardı. Bundan sonrada Yüksek Mahkeme, yine bu kuralı, yanılmıyorsa uygulamaya devam etti. Bu husus nasıl açıklanabilir?

Sayın Kaboğlu, sizden başlayalım.

Teşekkürler Sayın Başkan.

İBRAHİM KABOĞLU- Çok kısa olarak yanıtlamaya çalışacağım. Sayın Kartal'ın yönelttiği soruyla başlayacak olursam, hukukun yaratılmasında, yargıcın payını belirlerken hiç şüphe yok ki yargıç, yaratılmış olan, konulmuş olan hukukun uygulanmasını denetleyen organdır. Bunda kuşku yok; ama hukukun yaratılmasını geniş anlamda kullandım; yani yargıç, bir yasayı koymayacak tabii ki; ama geniş anlamda yargıç, hukukun yaratılması sürecinin bir parçasıdır. Değindiğim önlemlerin alınması ölçüsünde yargıcı bu sürece katmak çok daha kolay olur.

Siyasal iktidar ise, hukukun yaratılmasında belki itici güçtür, inisiyatif alan organdır; fakat onu başlıca organ olarak da nitelendirebilir; ama artık tek değildir; yasama organının münhasır yetkisi, ileri derecede göreceli hale gelmiştir. 1982 Anayasası örneği bunu göstermektedir; yani kurucu iktidar kurduğu yasama iktidarını sınırlamıştır; ama bir yere kadar sınırlayabilmiştir. Silahların gölgesinde bile bir Anayasa yapmak zorunda kalmışlardır. Dolayısıyla deyiimi geniş anlamda kullandım.

Sayın Uzgören'nin sorusu ise, tabii ki egemenlik, millet egemenliği; ama millet egemenliği, sadece oya indirgeyebileceğimiz bir egemenlik anlayışı olmaktan çıkmıştır. Özellikle 61 Anayasasından itibaren, "yetkili organları kanalıyla kullanır" deniyor. 82 Anayasası yapıcılarını bunu ortadan kaldıramamışlardır. Geniş anlamda yorumlarsak bu süreçte siyasal iktidarın, anayasal sınırları var, hatta silahların sınırı bile var. Çünkü önceki kazanımları tamamen ortadan kaldıramamışlardır.

Şimdi bu açıdan baktığımız zaman, artık egemenliğin siyasal otorite tarafından tek başına kullanılmadığı, siyasal iktidarın tekele altında olmadığını söyleyebiliriz. Türkiye Büyük Millet Meclisi bu tekele sahip değil. Kaldı ki yargı organı olarak egemenlik konusunda bolca referansımız var; Türk Milleti adına karar vermek, Cumhuriyet Savcılığı yapmak, cumhuriyet adına iddiada bulunmak. Bu örnekleri daha da açabiliriz. Bu çerçevede düşündüğümüz zaman, pekâlâ seçim ögesiyle liyakat ögesini birlikte gözönüne alma gereği daha iyi anlaşılır. En sonunda meşruiyet temeli nedir? Hak ve özgürlüklerin korunması; Bunu en üst düzeyde sağlayan kurum, "millet egemenliğini kullanıyorum" diyen erki de sınırlayan organ. O da tabii daha geniş bir temele oturuyor; ama şüphe yok ki, 1982 Anayasasının aşabildiğimiz ölçüde egemenliğin kullanımının, mevcut anayasal sistemi aş-

bildiğimiz ölçüde, aynı zamanda hukukun egemenliğine doğru bir evrim sürecine tanık olabileceğimizi söyleyebiliriz.

Sizin bana yönelttiğiniz örgütlenme konusundaki soruyla, Sayın Karadağ'ın yönelttiği soruyu zamandan kazanmak için birleştiriyorum. Örgütlenme konusunda “özyönetim” deyimini kullandım. Özyönetim; yani yargıçların meslekte ilerlemesi ve yükselmesi, atanması konularında kendi iç mekanizmasının işletilmesi. Bu da yetmez, ikinci olarak da yargı mensupları, tıpkı Avrupa devletlerinde olduğu gibi – iki gelenek var; daha çok Fransız geleneği sendika biçiminde, Alman geleneği dernek biçiminde – örgütlenmelidirler ki, bu mesleği geliştirebilirler.

Şimdi Karadağ'ın sorusuyla birleştirdiğim zaman, tabii orada “Güvence kim olacak?” diyor. Ben, konuşmamda yasama dokunulmazlığının azaltılması gerektiğini öne sürdüm; fakat zaman baskısı altında şunu belirtmeyi unuttum; özgürlüklerarası tekel konusu. Özgürlüklerarası tekel, Türkiye'de olduğu kadar başka bir demokratik ülkede rastlamak zor buna. Türkiye'de özgürlükler para temelinde fazla genişleyebiliyor. Bu konuda, iktisadi liberalizm alanının alabildiğine geniş ve dizginsiz olduğunu daha çok özgürlükleri kötüye kullanmayı ifade ettiğini vurgulamak istiyorum. Tabii bizim bütün dikkatlerimiz, hep siyasi liberalizmi kısıtlama üzerine odaklaştı. İktisadi liberalizmi düzenleyebildiğimiz ölçüde yargıçlarımızın, yolsuzluklara karşı (bu arada yasama dokunulmazlığının azaltılmasıyla) daha iyi mücadele verebileceklerini düşünüyorum. Örgütlenmeyle de, aynı zamanda yargıçların kendi içerisinde demokratik ilkelerin geçerli olmasını vurgulamak istedim.

Son soru, meslektaşım Sayın Profesör Doğan'ın sorduğu soru. Birinci sorusuna aynen katılıyorum. Belki az ifade ettim. “Hukukun genel ilkeleri” derken, “yargıç, hukukun genel ilkelerine uygun olarak karar verir, bununla bağlıdır” derken, sadece ulusal hukuk değil, aynı zamanda uluslararası hukuk, bütün uygar uluslarda ortaklaşa geçerli olan kurallardan söz ettim.

Doğrudan başvuruya neden değinmedim? Çünkü doğrudan başvuru bu toplantının konusu değil; yani burada benim değindiğim husus, yargıçları, anayasaya uygunluk denetim sürecine daha çok katmak. Doğrudan başvuruyu savunuyorum; ama o, anayasa yargısı önünde, 4 ay sonra yapacağımız toplantıda ele alacağımız, dile getireceğimiz konu ve sorunlar dizisinde yer alacak.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun Sayın Rıza Türmen.

RIZA TÜRMEEN- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

İzninizle önce Sayın Başkanın sorduğu sorulardan başlayayım. Hem Oturum Başkanı, hem Danıştay Başkanı olması galiba ufak bir öncelik.

Birinci soru; Anayasa Mahkemesindeki yargılama, 6. Maddenin dışında mı? Anayasa Mahkemesi yargılamasının 6. Maddenin dışında kalmasının nedeni, Anayasa Mahkemesi, son derece sınırlı bir inceleme yapıyor; sadece Anayasaya uygunluğu inceliyor. Anayasaya uygunluğu incelediği sürece, 6. Maddenin güvenceleri zaten gerekli değil; ama Anayasa Mahkemesi şapkasını değiştirip de, birinci derece mahkemesi olarak çalıştığı zaman, -siyasi parti davalarında ya da Yüce Divan davaların da- o zaman tabii iş değişiyor. Birinci derece mahkemesi olarak çalıştığı zaman, tabii ki burada bir yargılama prosedürü var. O zaman tabii ki bence, kuşku yok ki 6. Maddenin güvenceleri, bu yargılama için de geçerli olacak.

Anayasanın 36. Maddesindeki adil yargılama ilkesi neleri kapsıyor? Sayın Yargıtay Başkanının konuşmasında benim de katıldığım görüşler o ki, tabii ki adil yargılamadan bahsettiğiniz zaman kendi mevzuatınızda, elbette ki insan hakları mahkemesinin içtihatlarında ve sözleşmede ortaya çıkan adil yargılama ilkelerinden bahsediyoruz. Sözleşmeye taraf olup da, adil yargılama ilkelerini başka türlü yorumlamak, başka türlü uygulamak imkânına birkaç nedenle sahip değilsiniz. Anlaşmalar Sözleşmesinin 27. Maddesi var; yani “hiçbir devlet, kendi iç mevzuatını ileri sürerek uluslararası yükümlülüklerinden kurtulamaz” diyor. Bizim iç mevzuatımızda adil yargılama ilkesi başka türlü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde başka türlü düzenlenmişse, burada taraf olduğunuz bir sözleşme, bağlayıcı bir sözleşme olması bakımından tabii ki uluslararası sözleşmeye öncelik vermek gerekecektir. Kaldı ki, böyle bir çelişkinin de olduğunu; Anayasanın 36. Maddesi bakımından bir çelişki olduğunu zannetmiyorum.

Bir de tabii gene uluslararası hukuk açısından şu ilkeyi belki ileri sürebiliriz: Uluslararası anlaşma, her zaman bir “leks spesiyalist” sayılıyor, her zaman bir özel anlaşma sayılıyor. O nedenle de uluslararası

anlaşma, düzenlediği konular bakımından iç mevzuata kıyasla geçerli olabilir.

OTURUM BAŞKANI- Anladığım kadarıyla sorumu tam arz edemedim. Elbette ki bu madde, öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin adil yargılamaya ilişkin ilkelerini kapsıyor. Ben, bununla sınırlı olarak yorumlarsa, Türk yargıcının atalete kapılması, Türk yargıcının içtihat üretmemesi gibi bir sınırlama getireceğini düşünüyorum. Benim sorum; “Bununla sınırlı mıdır, yoksa Türk yargıcı, adil yargılama hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini de aşarak kurallar getirebilir mi? Anlamındaydı.

İsterseniz buna bir misal vereyim. Ben, bir idare yargıcı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin YAŞ kararına katılmıyorum; çünkü bu, bizim anladığımız kadarıyla hukuk devletini sınırlayan bir içtihat ve Türk yargıcı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi YAŞ kararlarına karşı dava açılmamasını sözleşmeye aykırı bulmadı veya adil yargılanma hakkında aykırı bulmadı” dediği zaman, bununla sınırlı kalır. Benimki, daha özgür, daha hak ve iddiayı genişletici bir yargılanmaya yönelik olarak. Yoksa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmelerinin getirmiş olduğu kurallar elbette uygulanacaktır.

RIZA TÜRME (Devamla)- Sözleşmenin 53. Maddesi var. 53. Maddeye baktığınız zaman göreceksiniz ki, sözleşme, devletlerin kendi düzenlemeleriyle, bu sözleşmede yazılı olan hak ve özgürlüklerin ötesinde, garantilerin ötesinde birtakım garantiler getirmelerini engellemez. Burada da Türkiye’ye tutup da “Efendim, Yüksek Askeri Şura kararları bundan sonra idari yargı denetimine tabidir” derse, bu sadece İnsan Hakları Mahkemesi bakımından bir gelişme olur; ama dememesi ihlale yol açmıyor; ama derse de, 53. Madde çerçevesinde buna engel hiçbir şey yoktur.

FEYYAZ GÖLCÜKLÜ- Sayın başkan, bu tartışmaya kısaca katılabilir miyim? Sorum yok.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun efendim. Eski yargıcımızsınız, buyurun. Hocamız, halen de giriyor, değil mi?

RIZA TÜRME (Devamla)- “Tepeli” davasında da, “Ulcal” davasında da hocamla oturduk.

FEYYAZ GÖLCÜKLÜ- (Devamla)- Tepeli davası, 30-40 davaydı. Orada mahkeme, “YAŞ kararları 6. Maddeye tabidir” demedi, “YAŞ kararlarının yargı denetimine tabi olmaması sözleşmeye aykırı

değildir” dendi. Mahkeme, esasında yargı kararı da vermedi de, kabul edilmezlik kararı verdi. Orada söylenen şudur:, Tamamen meselesi dışında dedi ki; “Burada söz konusu olan husus ne 8. Maddedeki inanç, ne 9. Maddedeki düşünceyi açıklama, vesairedir. Burada söz konusu olan husus, bir askeri disiplinin varlığıdır. Kişiler, askerlik mesleğini seçerken, böyle bir disipline tabi olacaklarını kabul etmektedirler. Her mesleğin bir disiplini vardır; yani söylenen husus, denetimin bulunmamasının sözleşmeye aykırı olmaması değil, işin maddiyatının sözleşmeye aykırı olmadığı; yani vicdani kanaatin yahut dini inançların, felsefi inançların söz konusu olmadığı hususudur. O kararları iyi yorumlamak lazım.

Bu YAŞ kararları sebebiyle söz konusu olan diğer bir mesele; daha önceki “**Kalaç**” davasında vicdani kanaati ileri sürdü, davanın yahut tasarrufun, denetime tabi tutulması gereğini de ileri sürmemiştir; yani “**Kalaç**” kararının esası da odur.

Bir noktayı daha bu vesileyle belirtiyim. Anayasa Mahkemesinin 6. Maddeye tabi olmaması mutlak değil. Mahkeme; “Şayet Anayasa Mahkemesinin vereceği karar ilk derece mahkemelerinde işin esasını çözecek nitelikte ise, Anayasa Mahkemesi de 6. Maddeye tabidir” dedi. Bu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruların mümkün olduğu ülkelerde; Almanya’da, İspanya’da, vesaire. Bizde tabii pek söz konusu değil.

Özet: 6. Maddeye tabi olan davalar medeni haklara ilişkin olan davalar, suç ithamı davalar. Bunun dışında idari yargı var, anayasa yargısı var, disiplin yargısı var, Sayıştayın yapuğu hesap yargısı var. Bunlar, dışarıdadır; fakat “Bu dışta bırakılan davalarda işin maddiyatı suç ithamına veyahut medeni hakka temas ediyorsa, -ki bu, maddiyatın şekli yorumu değil, özsel yorumuna giriyor- o zaman bunlar da 6. Maddeye tabidir” dedi.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederiz Hocam.

Buyurun Rıza Bey.

RIZA TÜRMEEN- Hocamın söylediği tamamen doğru. Yüksek Askeri Şura kararıyla ilgili söylenen şeyde, burada 6. Madde uygulanabilir değil. 6. Madde neden uygulanamıyor? Ceza yargılaması bakımından disiplin cezası niteliğindedir, hukuk yargılaması bakımından da Pelegran kararı vardır. 6. Madde o yüzden uygulanıyor. Dava,

o yüzden kabul edilmez bulundu. Yoksa 6. Madde uygulansaydı ihraç çıkar mıydı, çıkmaz mıydı? O, ayrı bir şey. Efendim, Güneydoğu davaları, geçmiş bir döneme ait davalar. Böyle davalar artık gelmiyor. İnşallah bundan sonra da gelmez.

İç yargı yolu tüketilmemesi meselesi, tamamen iç yargı yolunun etkinliğine bağlı bir mesele; çünkü eğer iç yargı yolu etkili değilse, o zaman davacı, başvuru iç yargı yolunu tüketme yükümlülüğünden kurtuluyor. Pek çok Güneydoğu davasında da etkili bir soruşturma bulunmadığı için, mahkeme iç yargı yolu işlemediği sonucuna vardı; fakat bunlar, dediğim gibi bir döneme ait davalar; ama birçok davada da iç yargı yolunun etkili olduğunu karara bağladı; her davadan davaya değişti.

Bir konuşmacının “Yeniden yargılama kaç ülkede var?” diye bir sorusu vardı. Bende rakam yok; fakat birçok ülkede, Avrupa Sözleşmesine taraf ülkelerin çoğunda ihlal kararları, yeniden yargılamaya yol açıyor. Bunu, herkes başka yoldan yapıyor. Kimi, bizim gibi yasa kabul ediyor, kimi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararını yeni bir maddi vaka olarak kabul edip, yargılanmanın yenilenmesine gidiyor. Kimi, yasasında sadece ceza davaları bakımından bunu kabul ediyor, kimi bizim yaptığımız gibi hem ceza, hem hukuk davaları bakımından kabul ediyor. Bunu, otomatikman kabul eden de var, otomatik olmadan da böyle bir hakkın doğması bakımından kabul eden de var; yani uygulamalar çok çeşitli; fakat ilke olarak pek çok devlette çoğunluğunun; yani aşağı yukarı tamamına yakın bir sayıda devlette bu, bir şekilde yapılıyor; yani İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararı, bir şekilde yargılamaya yeniden yol açıyor.

Sayın Karaca'nın sorusu: Bu, çok sık sorulan bir sorudur. Davanın makul bir sürede sona erdirilmesi konusunda bu kadar hassassınız. Biz maalesef, artan dava sayısı yüzünden giderek daha uzun sürelerde davaları sona erdirebiliyoruz; fakat bizim tabii şanslı olduğumuz bir nokta; bizi yargılayan mahkeme yok. Biz, oradan kurtarıyoruz. Onun için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, “bu dava süreleri kısaltulsın” diye büyük bir reform çalışması var; çünkü davalar birikükçe, kabul edilmez sürüler geçmeye başlıyor.

6. maddenin diğer koşullarına uyuyor mu? Diğer koşullarına galiba uyuyor. O bakımdan bunda bir problem olduğunu zannetmiyorum; ama dediğim gibi sözleşme, mahkeme için yapılmış bir sözleşme değil. Sözleşme, devletlerin uyması gereken kuralları istiyor.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederiz.

Jean – Pierre MARGUENAUD- Sanırım üç sorum vardı. Birincisi kullandığım « fazla insan hakları, insan haklarını öldürür » lafıydı. Tabii çok ihtiyatlı bir şekilde kullanılması gereken bir laf bu, çünkü kimi bazı alanlar var ki, temennimiz buralarda hep daha fazla hak olması. Mesela sosyal hakları düşünüyorum bunu söylerken. Nitekim bu sabah birisi, daha etkili olmak için çok ilerlemeler yapılmasını gerektiren önemli bir alanı değiştiren ve 1966'da revize edilen 1961 Sosyal Şartından söz etti. Öte yandan her yıl ortaya çıkan yeni teknolojiler, insanlık haysiyetini daha önce görülmemiş ve beklenmeyen ihlallerle karşı karşıya bırakıyor. Belki bunlar için de yeni insan hakları geliştirilmelidir. Bir de sağlıklı çevre hakkı alanı var. Belki bu alanda da yeni bir ek protokol ve Stazburg Mahkemesinin Hatton davasında verdiği karardan daha cesur bir içtihat da ortaya çıkabilir.. Bununla birlikte, belki de her şeyin sistematik bir şekilde insan hakları olması da gerekmiyor. Aksi takdirde, insan haklarında da, ekonomik tabirle, bir enflasyonla karşı karşıya kalabiliriz. Eğer işin sonunda her şey insan hakkı olursa, kavramın özgüllüğü kalmaz ve bu sabah sözünü ettiğimiz Stazburg Mahkemesinin, gitgide artan başvurular altında boğulması riski, belki de insan hakları kavramının daha temel konulara indirgenmesini gerektirecektir.

Bir ikinci soru da 1995 Lozidou kararındaki, Sözleşmenin, sadece kaleme alanların niyetleriyle yorumlanamayacağı formülü ile ilgiliydi. Bu konuda bana bir siyasi kararlar alınması riski olup olmadığını sormuştunuz. Kanımca, zaten ileri götürücü yorum ilkesinin gelişimi, kimilerinin yargıçlar hükümeti adını verdiği riske doğru yönelmektedir. Ben kamu hukukçusu değilim, benim özelliğim İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ilgi duyan bir medeni hukukçu olmam, dolayısıyla bu tür meselelere değinmek için yeterli bilgiye sahip değilim. Tabii böyle bir risk var, ama buna rağmen, Stazburg Mahkemesinin siyasi güçlerin takdiri dairesinde olduğunu ifade ettiği konularda devletlerin yerine hareket etmemek için, kimi zaman son derece temkinli davrandığını da söylenebilir. Bunu söylerken özellikle nükleer enerjinin sivil amaçlarla kullanımına dair İsviçre'ye karşı alınan önemli iki kararı olan Balmer Schafroth kararını ve bilhassa, Mahkemenin, bu konularda, bu denli ağır kararlar almak üzere siyasi güçlerin yerine geçemeyeceğini açıkça ifade ettiği Athanasoglou kararını düşünüyorum. Mahkemenin bu temkinliliği bazen zımnidir. Örneğin, zikrettiğim Pretty davasında, Mahkeme açık olarak ifade etmese

de, kendini ilgili devletlerin yerine koyarak, hassas bir mesele olan ötanazi konusunda karar vermekten çekinmiş gibi gözüküyor. Büyük bir ihtimalle bu patetik davada bir yargıçlar hükümeti gibi davranmama iradesi rol oynamıştır. İkinci soruyla ilgili cevabım bundan ibaret olacak. Üçüncü soruyu da dördüncü sıradaki bey sormuştu, ama teknik nedenlerden, sorunun bana sorulduğunu anlamadım. İki seçenek var, ya beyefendiyi sorusunu bana yeniden sorma zahmetine sokacağız, ya da soruyu duymuş olan biri benim yerime cevap verecek, karar sizin... Ne yapıyoruz, soruyu yeniden mi soracaksınız... Sorunuzu elimde olamayan nedenlerden dinleyemediğim için özür dilerim.

ERDEM AKYÜZ (Ankara Barosu)- Sayın Başkan, konuşmaların tamamında yargının, yargıcın ve hukukun egemenliği üzerinde duruldu. Bu egemenliği sağlamanın en büyük göstergesi olarak da siyasi baskıdan ve siyasetten egemen olmak gösterildi.

Bu vakayı soyuttan somuta indirirsek, son günlerde gördüğümüz olay şu oluyor: Türkiye'de ve birçok ülkede yargı kararları ve yargılama süreci, siyasi erkin eleştirisi ve denetimi dışında olmak durumunda. Örneğin Türkiye'de siyasiler veya parlamento, devam eden bir yargılama süreci hakkında fikir beyan edip, eleştiride buldukları zaman toplumun çeşitli kesimlerinden tepki almaktadır ve bu uygun görülmemektedir; çünkü o zaman hukukun egemenliği zarar görmekte, siyasi erk, hukuk üzerinde baskı kurmaktadır; ama buna rağmen geçtiğimiz günlerde Avrupa Parlamentosu, Türkiye'de yeniden yargılama yapılan olay için, bir dava için ve yargılama süreci devam ederken özel bir oturum yaptı.

Bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararı üzerine DEP ve Zana davasında yargılamanın, Türkiye'de yenilenmesi süreci devam ediyor. Avrupa Parlamentosu bu sürece ilişkin olarak yargılamanın herhangi bir aşamasına ilişkin bir eleştiri yöneltmiyor da, "Neden tutuklamalar devam ediyor?" diye, sırf yargılamayı baskı altına alıcı ve siyasi nitelikte bir görüş ileri sürmüş olmaktadır. Oysa Sayın Türmen'in de belirttiği üzere, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir temyiz organı değil" dediler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kararı üzerine bu, yeniden yargılanma suretiyle Türkiye'de yargılama yapıldığına göre, Avrupa Parlamentosu burada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini de sanki yedeğine ve desteğine almış ve onun da kabul edeceği şekilde siyasi görüş ileri sürmüş gibi olmaktadır. Bu

durumda Türkiye'deki parlamento siyasi örgandır da, Avrupa Parlamentosu siyasi bir organ değil midir ve onun yaptığı yargıyı, egemenliğinden yoksun tutucu birer davranış değil midir?

Sayın Bay Jean Pierre konuşmasında, hukuku korumaktan bahsettiği ve bu konuyu işlediği için, bu soruya onun yanıt vermesini rica etmişim.

Tekrar teşekkür eder, saygılarımı sunarım efendim.

Jean Pierre MARGUENAUD (Devamla)- Eğer sorunuzu bu sefer iyi anladım, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile bazen dördüncü kol diye nitelenen medyalara göndermede bulunuyor. Tabii soru zor bir soru, kavramam için üç dört kişinin müdahalesi gerekti ve ben hala iyi kavradığımı sanmıyorum, çünkü Türkiye'de çok güncel olduğu belli olmakla beraber, bu mesele Fransa'da büyük bir yankı uyandırmadı. Bu da uluslararası sempozyumların cilvesi ! Acaba birisi yardımına gelip konunun Türkiye bağlamındaki önemini açıklayabilir mi?

SALONDAN- Sayın Başkan, Avrupa parlamentosunun yaptığı görüşme, bizde yaptığı yankıyı Avrupa'da yapmadı. Meslektaş, hiç bilgi sahibi de değildir. O nedenle anlamakta güçlük çekmiş olabilir. Arada anlattırız, sonra hemen oturumun başında cevap versin.

Jean Pierre MARGUENAUD (Devamla) - Tamam, sanırım şimdi anladım, teşekkür ederim. Ümit ederim cevabımı anlayabileceksiniz, çünkü hangi parlamentodan bahsettiğinizi anlamamışım, eğer söz konusu olan Avrupa Parlamentosu ise, bu açıdan, bir nevi müdahale, bir nevi baskı gibi bir şey olduğu söylenebilir, ancak bunun kabul edilebilir olup olmadığı konusunda bir şey söyleyemem, çünkü söz konusu olan Türkiye'nin Avrupa Birliğine girişiyle ilgili bir mesele. Ben daha ziyade, Türkiye'nin zaten -memnuniyetle söylemeliyim- üye olduğu Avrupa Konseyiyle ilgileniyorum ...

OTURUM BAŞKANI- Değerli konuklar, Yargıtay mensuplarıyla konuşmacılar Yargıtay Başkanlığının, izleyiciler ise Türkiye barolar Birliği başkanlığının davetlisi olarak Yargıtay yemek salonunda ağırlanacaklardır. Bilgilerinize sunuyorum. 45 dakikada yemeği bitirmemiz gerekiyor.

İKİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI:

NURİ OK

(Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)

Değerli Konuklar, İkinci oturumu açıyorum.

Yaşama hakkı ve işkence yasağı insan haklarının temellerindedir. Yaşama hakkı olmadan diğer haklar bir anlam ifade etmez. Yaşama hakkı, insanın varlığının ve fizik devamlılığının ilk koşuludur. Tüm diğer hakların kullanımı için yaşama hakkı şarttır. Yaşama hakkı ancak işkence ve kötü muamele görmemekle, maddi ve manevi varlığı korumakla anlam kazanır. İnsanın insan olarak yaşaması için, O'nun kötü muamelelerden uzak olması, bedeni ve ruhi yönlerden sağlıklı olması şarttır.

Bu iki temel hakkın öneminden dolayı, yaşama ve işkence görmeme hakkı, insan hakları hukukunun uluslararası korumasına alınmıştır. Bu nedenle bir çok uluslararası sözleşmelerle koruma altına alındıkları gibi, ulusal mevzuatlar da bu hususu en üst düzeyde korumayı üstlenmişlerdir. Örneğin: tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu hakları, 2 ve 3. maddelerinde koruma altına almakla beraber, ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike veya savaşta dahi (yasal savaş eylemleri sonucunda ortaya çıkan ölüm olayları dışında) bu hakların zedelenmesine olanak vermemektedir. (AİHS. M. 15/2) Sözleşme'deki bu düzenlemeye paralel düzenleme getiren 1982 Anayasamız 17. maddesinde bu hakları temel hak olarak nitelediği gibi, 15. maddesinin 2. fıkrasında "Savaş, seferberlik, sıkı yönetim veya olağanüstü hallerde" dahi bu haklara dokunulamayacağını öngörmüştür.

Yaşama hakkı ve işkence yasağı hakkı ayırım yapılmaksızın herkesin hakkıdır. Bu haklar sadece devlete karşı savunulan haklar olmayıp, aynı zamanda devlete yükümlülük de getiren haklardır. Yani devletin sözleşmeye göre hem "negatif yükümlülüğü", hem de koruma yükümlülüğü nedeniyle "pozitif yükümlülüğü" vardır.

Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen işkence yasağı "mutlaktır"; bunun hiç bir istisnası yoktur. Öyle ki, Sözleşmenin 15/2 maddesi "yasal savaş eylemleri sonucunda ortaya çıkan ölüm olayları dışında" demekle hiç bir biçimde "askıya alınmayacağını" dile getirmektedir.

Sözleşme 3. maddesinde kademeli 3 basamak şeklinde, sırasıyla "İşkence", "İnsanlık dışı" ve "onur kırıcı" muamele sıralaması yapmaktadır. AİHM içtihatları da bu kavramlar arasında yoğunluk farkı olduğuna işaret etmektedir.

Yaşama hakkı sadece devlete karşı değil, ancak üçüncü kişilere karşı da koruma altındadır; Bunu yine devlet koruyacaktır.

İkinci oturumda 3 konuşmacı var.

Bunlar sırasıyla;

1) Prof. Dr. Lech Garlicki (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıcı)

Sayın Profesör bize “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 2. maddesinin (yaşama hakkı) ve 3. maddesinin (işkence yasağı) yorumunu yapacaktır.

Buyrun sayın Garlicki.

2) İkinci Konuşmacı,

Sayın Yard. Doç.Dr. Muharrem Özen (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Sayın konuşmacı “Türk Mahkemelerinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 2. ve 3 . maddeleriyle ilgili sorunlar” üzerinde duracak.

3) Üçüncü konuşmacı,

Sayın Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı (İstanbul Adli Tıp Kurumu)

Sayın konuşmacı bize, işkencenin önlenmesi konusunda İstanbul Protokolü üzerinde durup, işkence ile ilgili soruşturmaların tam ve etkin yapılması konularında farklı bir yaklaşımla bilgi verecektir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı

Lech Garlicki*

I. Hayat Hakkının Diğer Haklardan Üstünlüğü

Mahkeme içtihatlarında 2. madde için şu mütalaada bulunulmaktadır: "...(2. Madde)...Sözleşmenin en temel hükümlerinden biridir (Bak.: McCann ve diğerleri – İngiltere davası kararı, 27 Eylül 1995, Seri A no. 324, §§ 146-147). Bu madde, yokluğunda Sözleşme-deki bütün diğer hak ve özgürlüklerin hükümsüz hale geleceği hayat hakkını teminat altına almaktadır. Maddede kişiyi yaşam hakkından mahrum (yoksun) bırakmanın haklı gösterilebileceği sınırlı sayıda ki durumlar belirlenmiş olup, davalı Hükümetlerin bu istisnai durumları ileri sürdükleri hallerde Mahkeme tütüz bir inceleme uygulamıştır (McCann ve diğerleri – İngiltere davası, a.g.e., §§ 149-150)" (Pretty – İngiltere davası, § 37).

Yasal savaş eylemleri hariç olmak üzere, Devletlerin 2. Maddeden kaynaklanan yükümlülükleri harp zamanında veya kamuyu ilgilendiren diğer olağanüstü şartlarda yok sayılamaz (Madde 15 Fıkra 2).

II. Yaşam Hakkının Genel Kapsamı

2. Maddenin özü can almanın yasak oluşuna ve Devletin hayatı yasalarla koruma yükümlülüğüne dairdir. Dolayısıyla, 2. Maddeden üç esas kural çıkarılabilir:

- 2. maddede sayılan istisnai şartlar dışında, Devletin (veya Devleti temsil edenlerin) herhangi bir kimsenin canını alması yasaktır (asli yasak).

- Devlet, insan hayatını bilhassa sivil kişi ve grupların eylemlerine karşı korumak için müspet tedbirler almalıdır (olumlu yükümlülük).

* Anayasa Hukuku Profesörü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıcı.

- Can kaybı vukuunda, özellikle can kaybına Devletin bir eylemi sebep olmuşsa, Devlet etkili bir soruşturma yapılmasını sağlamalıdır (usule dair yükümlülük).

III. Asli Yasak

1. Devletin (Devleti temsil edenlerin) herhangi bir kimsenin canını almaları yasaktır. Yine de, istisnai hallerde bir öldürme eylemi haklı gösterilebilir. 2. Maddenin 2. Fıkrasında güç kullanarak can almaya cevaz verilen üç durum kaydedilmektedir:

- *Herhangi bir kişiyi yasal olmayan şiddete karşı savunmak için.*
- *Birisini yasal olarak yakalamak veya yasal olarak alınmış bir kişinin kaçmasını önlemek için.*
- *Bir kargaşayı veya ayaklanmayı basturmak için başvuru olan yasal eylemler gereği.*

2. Bu şartlar yerine getirilmiş olsa dahi, öldürücü kuvvetin kullanılmasına sadece *kesinlikle zorunlu/gerekli (absolutely necessary)* olan derecede cevaz verilir. Başka bir deyişle, 2. Madde orantılılığı mutlak bir şart olarak vazetmektedir. Mahkeme **Oğur – Türkiye** davasındaki kararında (1999, § 78) şu hususları kaydetmiştir:

“... Ancak, kuvvet kullanımı (a), (b), veya (c) Bentlerinde zikredilen maksatlardan birine ulaşılması için ‘kesinlikle zorunlu olan dereceyi aşmamalıdır.

Bu açıdan, Madde 2 § 2’deki ‘kesinlikle gerekli’ ifadesine yer verilmesi, Devletin eylemde bulunmasının Sözleşmenin 8 ila 11. Maddelerinin 2. Fıkrasında kaydedildiği üzere ‘demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığının tespiti için normal olarak tatbik edilen sınamadan daha kesin ve daha zorlayıcı bir gereklilik sınaması kullanılması zaruretine işaret etmektedir. Özellikle, kullanılan kuvvet, 2. Maddenin 2(a), (b), ve (c) Bentlerinde kaydedilen maksatlarla mutlak orantılı olmalıdır.

Bu hükmün demokratik bir toplumda taşıdığı önem doğrultusunda, Mahkeme değerlendirmesini yaparken can alma eylemlerini özellikle öldürücü kuvvetin bilerek kullanıldığı hallerde azami dikkate incelemeli; ve sadece kuvveti bilsel uygulayan Devlet temsilcilerinin eylemlerini değil, incelenen eylemlerin planlanma ve kontrolü de dahil olmak üzere, vakayla ilgili bütün şartları dikkate almalıdır. (Bak.: McCann ve diğerleri – İngiltere davası kararı, 27 Eylül 1995, §§ 148-50)”.
Neyin “kesinlikle gerekli” olduğunun değerlendirilmesi, her vakanın kendi şartlarına göre değişir. Bu değerlendirme sadece öldürücü kuvvetin Devleti temsil edenler tarafından doğrudan kullanılmasısıyla sınırlı olmayıp, onların eylemlerinin nasıl planlandığı ve sevk

edildiği başta olmak üzere, vakaya ilişkin tüm şartları kapsar. Bu, özellikle terörle mücadele operasyonlarında önemlidir. Mahkeme, **McCann ve diğerleri – İngiltere** davasındaki kararında (1995, § 194) şunları kaydetmiştir:

"... Kullanılan gücün 2. Maddeye (madde 2) uygun olup olmadığının tespitinde, Mahkeme dikkatle yapacağı incelemede, yukarıda belirtildiği gibi, sadece askerler tarafından kullanılan gücün kişileri yasa dışı şiddete karşı koruma amacıyla kesin olarak oranlı olup olmadığına değil, aynı zamanda terörle mücadele operasyonunun yetkililer tarafından planlanma ve kontrolünün öldürücü kuvvet kullanımına başvurma zarureti mümkün olan asgari dereceye düşürecek tarzda yapıp yapılmadığına da bakmalıdır."

Netice itibarıyla, Mahkeme polislerin öldürücü gücü doğrudan kullanmalarını mazur görebilirse de (McCann davasındaki kararda olduğu gibi), operasyonun tümü operasyona katılan polisler tarafından öldürücü güç kullanımına gerek bırakmayacak tarzda planlanabilecek idiyse, 2. Maddenin ihlal edilmiş olduğu kanaatine varabilir. Ayrıca Bak.: **Ergi – Türkiye**, 1998 (§ 79).

3. 2. Maddede "kasten" can almaktan bahsedilmektedir. Ancak, içtihatla şu hususlar kaydedilmiştir:

"2. Maddenin metni bir bütün olarak okunduğunda 2. Fıkranın esas itibarıyla bir kişiyi kasten öldürmeye cezası verilen durumları değil, kastedilmeyen bir sonuç olarak can kaybı meydana gelmesi ihtimalinin mevcudiyetine rağmen "kuvvet kullanımı"na izin verilen durumları tarif ettiği görülmektedir." (Oğur – Türkiye, 1999, § 78).

Dolayısıyla, "muhasım bir gruba karşı icra edilen bir güvenlik operasyonunda kullanılan teçhizat ve yöntemlerin seçiminde, sivil şahısların kazara hayatlarını kaybetmelerine meydan vermemek veya, her halükarda, bu olasılığı asgariye indirmek amacıyla mümkün olan her türlü tedbir" alınmamışsa, askeri operasyonlara benzeyen bir operasyonda sivil bir şahsın kasıt olmadan öldürülmesi Devleti sorumlu kılabilir (Ergi – Türkiye, § 79).

4. Devlet, sadece öldürücü kuvvetin Devletin bir temsilcisi tarafından kullanılmış olması halinde sorumlu tutulabilir. Ancak, bazı durumlarda, özellikle ölüm olayının polis nezaretinde veya Devletin herhangi bir kontrolü altında vuku bulması halinde, kanıt gösterme yükümlülüğü karşı tarafa geçebilir. **Velikova – Bulgaristan** davası kararında (2000, § 70), Mahkeme şu hususları kaydetmiştir:

"... Polis nezaretine alındığında sağlık durumu iyi olan bir şahıs daha sonra ölü olarak bulunursa, Devlet şahsın ölümüne yol açan olaylar hakkında inandırıcı bir açıklama yapmak zorundadır. Aksi takdirde yetkililer Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca

sorumlu tutulmalıdır (Bak.: *kendi koşullarına uyarlanmış olarak, Sebounni – Fransa* [Büyük Daire], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V).

Davalarda kanıtların değerlendirilmesinde takip edilen genel ilke, kanıt standardını ‘makul şüphe ölçüsünün ötesinde’ tatbik etmiş olmuştur (Bak.: *İrlanda – İngiltere* davası kararı, 18 Ocak 1978, Seri A no. 25, § 61).

Ancak, bu tür kanıtlara yeterince, güçlü, sarih, ve birbiriyle tutarlı çıkarımlardan, veya benzer nitelikteki çürütülemeyen maddi karinelere ulaşılabılır. Dava konusu olaylar, gözalundayken polislin kontrolu altında olan şahısların durumunda olduğu gibi, tamamen veya büyük ölçüde yetkililerin inhisari bilgisi dahilinde vuku bulmuşsa, söz konusu alikoyma esnasında meydana gelen yaralanma ve ölüm olaylarına dair güçlü maddi karinelere ortaya çıkacaktır. Burada haklı olarak, tatminkar ve inandırıcı bir açıklama yapma sorumluluğunun yetkililere ait olduğu düşünülebilir.” Ayrıca Bak.: *Salman – Türkiye*(2000, § 100).

Aynı şekilde, bir kaybolma vakasında da, en azından kaybolan şahıs “en son devleti temsil edenlerin nezaretinde görülüp, daha sonra ölüm tehlikesi taşıdığı kabul edilebilecek şartlarda ortadan kaybolduysa” buna benzer bir yaklaşım geçerli olabilir (Kıbrıs – Türkiye, 2001, § 132). Fakat böyle durumlarda Mahkeme, devletin usule dair yükümlülükleri üzerinde durmayı tercih eder.

IV. Olumlu Yükümlülük

2. Maddenin 1.1. fıkrası insan hayatının sadece devleti temsil edenler tarafından kasten öldürülmeye karşı değil, aynı zamanda insan hayatının özel kişilerin eylemleri veya devletin ihmalleri nedeniyle de kaybedilebileceği durumlarda da yeterince korunmasını olumlu bir görev olarak devlete tevdi eder. Bu hükmün lafzı, devletin yasama seviyesinde uygun tedbirleri almasını amirdir. Ancak Mahkeme, devletin olumlu yükümlülüklerini tedricen kanun yürütme alanına doğru genişletmeye başlamıştır. Mahkeme *Kılıç – Türkiye* kararında (2000, § 62) şu yorumda bulunmuştur:

“Mahkeme 2. Maddenin 1. Fıkrasının Devleti sadece kasten ve yasa dışı bir şekilde can almaktan kaçınmakla değil, aynı zamanda kendi yetki alanı içindekilerin yaşamlarını korumak için uygun tedbirler almakla görevlendirdiğine dikkat çeker (Bak.: *L.C.B. – İngiltere* kararı, 9 Haziran 1998, § 36). Bu görev icabı devlet esas olarak, bireyi hedef alan suçlara karşı caydırıcı ve etkili ceza hukuku hükümleri koymak suretiyle yaşam hakkını emniyet altına almak, ve bunu desteklemek üzere de bu hükümlerin ihlalinin önlenmesi, basurılması, ve cezalandırılmasına yönelik bir kanun yürütme mekanizması oluşturmak zorundadır. Bu görevin uzantısı olarak, yetkililer gereken şartlarda, ölüm tehdidi altında bulunan bir şahsı veya şahısları başka bir şahsın söz konusu ölüm tehdidini yaratan suç eylemlerinden korumak için operasyon niteliğinde önleyici tedbirler alma gibi bir olumlu yükümlülük altındadırlar.” (Ayrıca Bak.: *Osman – İngiltere*, 1998, § 115; *Streletz, Kessler ve Krenz – Almanya*, 2001, § 86)

Böylece, bu olumlu yükümlölük daha ayrıntılı üç unsura ayrılabilir:

- Devletin hayatı tehlikeye sokan suçlara karşı caydırıcı ve müessir ceza hukuku hükümlerini yürürlüğe koyma görevi.
- Devletin bu hükümlerin ihlalinin önlenmesi, bastırılması, ve cezalandırılmasına yönelik bir kanun yürütme mekanizması oluşturma görevi.
- Devletin ölüm tehdidi altında bulunan bir şahsı veya şahısları başka bir şahsın söz konusu ölüm tehdidini yaratan suç eylemlerinden korumak için operasyon niteliğinde önleyici tedbirler alma görevi.

Bunlar, faili sivil bir şahıs veya şahıslar olan her adam öldürme vakasında devletin sorumluluk taşıyacağı anlamına gelmez. Yani, tehdit bir suçludan veya bir terörist grubundan kaynaklansa dahi, kişiye yönelik her tür olası şiddeti defetme gibi bir olumlu yükümlölük yoktur. Ancak, bazı belirli durumlarda 2. madde uyarınca devletin, hayatı tehlikede olan bir şahsı korumak için operasyon niteliğinde tedbirler alması gerekebilir. Mahkemenin **Mastermatteo – İtalya** davası kararında (2002, § 68) işaret ettiği üzere, Devletin olumlu yükümlölülüğü,

“... modern toplumlarda asayiş sağlama görevinin zorlukları, insan davranışlarının önceden kesürilemeyişi, öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken operasyonel tercihler göz önünde bulundurularak, yetkililere orantısız veya yerine getirilmesi imkansız bir sorumluluk yüklemeyecek bir şekilde yorumlanmalıdır (*Osman – Türkiye*, § 116).

Bu görüşten hareketle, varlığı iddia edilen her ölüm tehdidi, Sözleşme uyarınca yetkililerin o tehdidin gerçekleşmesini önlemek için operasyonel tedbirler almasını gerektirmez. Mahkemenin kanaatine olumlu yükümlölük, yetkililerin bir şahsın veya şahısların hayatına karşı bir üçüncü şahsın suç eylemlerinden kaynaklanan hakiki ve yakın bir tehdidin var olduğunu o anda bildiklerinin veya bilmeleri gerektiğinin ve buna rağmen yetkileri dahilinde olan, ve makul bir değerlendirmeye göre söz konusu tehdidi bertaraf etmesi beklenebilecek olan önlemleri almadıklarının sabit olması halinde ortaya çıkar (*Osman* [yukarıda bahsedilmiştir] § 116; *Paul ve Audrey Edwards – İngiltere*, no. 46477/99, § 55, ECHR 2002-III; ve *Bromiley – İngiltere* (dec.), no. 33747/96, 23 Kasım 1999, raporu yayımlanmamıştır).”

Diğer bazı kararlarda Mahkeme ceza hukuku alanının dışına çıkarak Devletin olumlu görevlerinin başta sağlığın korunması olmak üzere bazı sosyal hizmetlere de yaygınlaştırılabileceğine işaret etmiştir. Devlet sadece kamuya ait hastanelerde değil, özel kurumlardaki hastaların ölümünden de sorumlu tutulabilir (Bak.: Calvelli ve Ciglio

– İtalya, 2002, § 49; ayrıca Bak.: Komisyonun Işıltan – Türkiye davasındaki kararı, 1995). Devletin sağlık hizmetlerinde belli bir standardı garanti etmek suretiyle bireylerin hayatını koruma konusunda genel bir yükümlülüğü olup olmadığı ise aynı derecede açık değildir. Kıbrıs – Türkiye davası kararında (2001, § 219) Mahkeme şu mütalada bulunmuştur:

“... Sözleşmenin 2. Maddesi kapsamında öyle bir hukuki mesele ortaya çıkabilir ki, Taraf Devletlerden birinin yetkilileri toplumun geneline sağlamayı taahhüt ettikleri sağlık hizmetlerini vermemek suretiyle bir şahsın hayatını tehlikeye sokmuş olabilirler. Mahkeme bu bağlamda Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasının Devleti sadece kasten ve yasa dışı bir şekilde can almaktan kaçınmakla değil, aynı zamanda kendi yetki alanı içindekilerin canlarını korumak için uygun tedbirler almakla görevlendirdiğini kaydeder... Ancak Mahkeme bu davada Sözleşmenin 2. Maddesine göre bir Taraf Devletin sağlık hizmetlerinde belli bir standardı sağlamakta ne derece yükümlü olduğunu araştırmayı gerekli görmemektedir.”

V. Usule Dair Yükümlülükler

Olumlu yükümlülüklerden en önemlisi bir şahıs öldürüldüğünde Devletin “etkili bir soruşturma” yapma görevidir. Ölüm olayı devleti temsil edenlerin eylemleriyle doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilebiliyorsa, soruşturmada belli derecede titizlik gereklidir. Birkaç davada Mahkeme, vakıyyla ilgili bütün olguları yerine oturtamadığında 2. maddenin usule dair unsuruna başvurarak, etkili bir soruşturmanın yapılmamış olmasının 2. maddenin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmek için yeterli bir gerekçe teşkil ettiğine karar vermiştir.

Usule dair yükümlülükler şunları gerektirir: 1) Resmi bir soruşturmanın yapılması; 2) Soruşturmanın olayda itham edilenlerden farklı kişiler tarafından yürütülmesi; 3) Soruşturmaya maddi delillerin ve sorumluluğun tespit edilebilmesi; 4) Soruşturmanın geciktirilmemesi; 5) Soruşturmanın kamuoyunun izlemesine yeterli derecede açık şekilde yürütülmesi. Bu şartların özeti yakın bir tarihte verilmiş bir kararda yer almaktadır: **Finucane – İngiltere** (2003, §§ 67-71).

“67. Sözleşmenin 2. maddesiyle getirilen yaşamı koruma yükümlülüğü, Sözleşmenin 1. maddesiyle devlete yüklenen “kaza yetkisi alanındaki herkesin Sözleşmede tarif edilen hak ve özgürlüklerini teminat altına alma” göreviyle bir arada okunduğunda, kişilerin kuvvet kullanımı sonucunda öldükleri durumlarda etkili bir resmi soruşturmanın herhangi bir şekilde yapılması gerektiği anlamını da zımnen taşımaktadır (Bak.: kendi koşullarına uyarlanmış olarak, *McCann ve diğerleri – İngiltere* davası kararı, 27 Eylül 1995, Seri A no. 324, s. 49, § 161, ve *Kaya – Türkiye* davası kararı, 19 Şubat 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, s. 324, § 86). Böyle bir soruşturmadan

esas maksat, o ülkede yaşam hakkını koruyan yasaların etkililikle uygulanmasını ve, işin içine Devletin temsilcilerinin veya organlarının girdiği vakalarda, bunların kendi yetki alanları dahilinde vuku bulan ölümlerden sorumlu tutulmalarını sağlamaktır. Bu amaçlara hangi tür soruşturmayla ulaşılabileceği, şartlara göre değişir. Ancak, soruşturma ne tür olursa olsun, yetkililer durumdan haberdar olduklarında resen harekete geçmelidirler. Yetkililer ölen kişinin yakınlarının inisiyatifine ele alıp resmen şikayette bulunmasını veya soruşturma açılması için sorumluluk üstlenmesini beklememelidirler (örneğin, Bak.: kendi koşullarına uyarlanmış olarak, *İlhan – Türkiye* [Büyük Daire] no. 22277/93, ECHR 2000-VII, § 63).

68. Devleti temsil edenlerin yasa dışı şekilde ölüme sebebiyet verdikleri iddialarının etkili bir şekilde soruşturulabilmesi için, genellikle, soruşturmadan sorumlu ve soruşturmayı yürüten kişilerin, vakada itham altında olan kişiler olmamaları gerekebilir (örneğin, Bak.: *Güleç – Türkiye* davası kararı, 27 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, §§ 81-82; *Oğur – Türkiye*, [Büyük Daire] no. 21954/93, ECHR 1999-III, §§ 91-92). Bunun anlamı sadece hiyerarşi veya kurum ilişkileri icabı var olabilecek bağlantıları olayın dışında tutmak değil, aynı zamanda uygulamada bağımsızlık sağlamaktır (örneğin, Bak.: *Ergi – Türkiye* davası kararı, 28 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, §§ 83-84, ve yakın geçmişteki Kuzey İrlanda davaları; örneğin, *McKerr – İngiltere*, no. 28883/95, § 128; *Hugh Jordan – İngiltere*, no. 24746/94, § 120; ve *Kelly ve diğerleri – İngiltere*, no. 30054/96, § 114, ECHR 2001-III).

69. Soruşturma aynı zamanda bu tür vakalarda kullanılan kuvvetin şartlara göre gerekli olup olmadığının belirlenmesi (örneğin, *Kaya – Türkiye* [yukarıda bahsedilmiştir], s. 324, § 87) ve sorumluların teşhisi ve cezalandırılması açısından da etkili olmalıdır (*Oğur – Türkiye* [yukarıda bahsedilmiştir], § 88). Bu, sonuç yükümlülüğü değil, araç yükümlülüğüdür. Yetkililer diğer deliller meyanında görgü şahitlerinin ifadeleri, adli tıp delilleri ve otopsi dahil olmak üzere, olayla ilgili kanıtları elde etmek için yapabilecekleri ne varsa yapmış olmalıdır. Otopsi, alman yasaların eksiksiz ve doğru bir kaydı ile ölüm sebebi de dahil olmak üzere klinik bulguların nesnel bir analizini içermelidir (örneğin, Bak.: *Salman – Türkiye* [Büyük Daire], no. 21986/93, ECHR 2000-VII, § 106; *Tanrikulu – Türkiye* [Büyük Daire], no. 23763/94, ECHR 1999-IV, § 109; *Gül – Türkiye*, 22676/93, § 89, 14 Aralık 2000, raporu yayımlanmamıştır). Soruşturmanın ölüm sebebini veya sorumlu(lar)ı belirleme kabiliyetine halel getiren her noksanlık bu standardın altında kalma sonucunu doğurur (Bak.: Yakın tarihte Kuzey İrlanda'da öldürücü kuvvetin kullandığı bir vakaya doğrudan karışmış olan güvenlik kuvveti tanıklarının ifadelerinin alınmadığı davalar; örneğin, *McKerr – İngiltere* [yukarıda bahsedilmiştir], § 144, ve *Hugh Jordan – İngiltere* [yukarıda bahsedilmiştir], § 127).

70. Bu bağlamda soruşturmanın derhal başlatılması ve hızla yürütülmesi gereği zımnen ortaya çıkmaktadır (Bak.: *Yasa – Türkiye* davası kararı, 2 Eylül 1998, *Reports* 1998-IV, s. 2439-2440, §§ 102-104; *Çakıcı – Türkiye* [Büyük Daire], no. 23657/94, ECHR 1999-IV, §§ 80, 87 ve 106; *Tanrikulu – Türkiye* [yukarıda bahsedilmiştir], § 109; *Mahmut Kaya – Türkiye*, no. 22535/93, ECHR 2000-III, §§ 106-107). Belli şartlarda soruşturmanın ilerlemesine mani olan engeller veya güçlükler çıkabilirse de, yetkililerce hukuk düzenine riayet edildiğine dair kamuoyunda mevcut güveni sürdürmek ve yetkililerin yasa dışı eylemlere dahil oldukları veya müsamaha gösterdikleri görüntüsüne meydan vermemek için, öldürücü kuvvet kullanımına ilişkin bir soruşturmanın yetkililerce derhal başlatılması genellikle zorunluluk addedilebilir (örneğin, Bak.: *Hugh Jordan – İngiltere* [yukarıda bahsedilmiştir], §§ 108, 136-140).

71. Aynı nedenlerle, sorumlu tutulabilme olgusunun gerek pratikte gerekse teo-ride gerçek kılınabilmesi için soruşturma kamuoyunun izlemesine yeterince açık olmalıdır. Kamuoyu izlemesine açıklığın derecesi her soruşturma için farklı olabilir. Ancak, tüm davalarda kurbanın aile yakınları, meşru menfaatlerinin teminat altına alınması için gereken ölçüde sürece dahil edilmelidir (Bak.: *Güleç – Türkiye* [yukarıda bahsedilmiştir], s. 1733, § 82; *Oğur – Türkiye* [yukarıda bahsedilmiştir], § 92; *Gül – Türkiye* [yukarıda bahsedilmiştir], § 93; ve yakın geçmişteki Kuzey İrlanda davaları, örneğin, *McKerr – İngiltere* [yukarıda bahsedilmiştir], § 148).”

Devletin etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü, sivil şahısların eylemlerinden kaynaklanan ölümler için de geçerlidir. Bu tür davalarda aynı derecede hassasiyetin gerekip gerekmediği hususu ise açık bırakılabilir.

VI. Hayat Hakkının Bazı Özel Yönleri

1. İdam Cezası

Sözleşmeye üye ülkelerin hemen hemen tümü hem idam cezasını kaldırmış, hem de idam cezasının kaldırılmasını öngören 6 numaralı Protokolü onaylamış olduklarından bu konunun önemi günümüzde oldukça azalmıştır. Ancak, sınır dışı edilen bir kişinin idam cezasını uygulamaya devam eden bir ülkeye gönderilmesi durumunda idam cezası meselesi gündeme gelebilir (Soering – İngiltere, 1989).

2.1.2. Maddenin ilk metninde, söz konusu paragrafta düzenlenen şartların geçerli olması kaydıyla, idam cezasının yasaklanmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Yakın tarihli iki önemli davanın ikisinde de (Soering – İngiltere, 1989 ve Öcalan – Türkiye, 2003 – Büyük Daireye havale edilmiş bulunmaktadır) Mahkeme “Sözleşmenin günün koşullarına uyarlanması” yaklaşımını tatbik etmeyi ve 2. maddenin uyarınca artık idam cezasına bu haliyle izin verilmediği hükmüne varmayı kabul etmemiştir. Mahkeme idam cezasının bu haliyle 3. maddenin yasakladığı bir muamele olduğu hükmüne varmayı da kabul etmemiş, ancak, özellikle Soering kararında, 3. maddenin ihlal edilebileceği durumlara işaret etmiştir.

Öcalan davasında Mahkeme, idam cezasının uygulanması ile idam cezasının verilmesini birbirinden ayırarak, duruşma adılane bir şekilde yapılmamışsa, idam cezasının sadece verilmesinin dahi insanlık dışı bir muamele teşkil edeceğine hükmetmiştir. Ancak, bu davanın Büyük Dairede ele alınmasının beklendiği unutulmamalıdır.

2. Kürtaj

Mahkeme bu meselede hiçbir zaman net bir tavır almamıştır. Ancak, Komisyonun emsal kararlarında, Devletin kürtajı kısıtlamasına izin verilmekle birlikte (Bruggemann ve Scheuten – Almanya, 1977), 2. maddenin henüz doğmamış bir canlı için geçerli olup olmadığına veya ne derece geçerli olduğunun açık olmadığına işaret edilmiştir (Paton – İngiltere, 1980; Knudsen – Norveç, 1985; Hercz – Norveç, 1992). Her halükarda, ülkelerin kürtajla ilgili yasaları arasında büyük farklar olduğundan, değerlendirmede devletlere geniş bir takdir payı bırakılmalıdır.

3. Ötanazi

Pretty – İngiltere davası kararında (2002) Mahkeme 2. maddenin “olumsuz anlamda”, yani sadece “hayat hakkı”nı değil, “ölüm hakkı”nı da korur biçimde anlaşılamayacağına karar vermiştir. Dolayısıyla, birisinin yardımıyla intihar etme hakkı (kurtuluşu olmayan bir hastalıkta dahi) ne 2. maddeyle, ne de 3. maddeyle teminat altına alınmıştır. Bu konuda 8. madde (kişinin kendi kaderini tayin hakkı) ile ilgili olarak birtakım sorunlar çıkabilir; ancak, birisinin yardımıyla intihar etmeyi (“rızaıyla aktif ötanazi”) yasaklayan düzenlemelere kamuoyunda belirgin bir ilgi vardır.

Pretty davasında Mahkeme aktif ötanazinin ulusal ölçekte yasaklanmış olması durumuyla karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme, rızayla gerçekleştirilen aktif ötanaziye izin veren (olağanüstü bir durumda) ulusal bir yasanın Sözleşmenin 2. maddesindeki şartlara uyup uymayacağını kararlaştırmaya henüz fırsat bulamamıştır.

The Right to Life under the European Convention on Human Rights

Lech GARLIŃKI*

I. The Pre-eminence of the Right to Life

In the Court's case law, Article 2 is regarded "as one of the most fundamental provisions of the Convention (see the *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, §§ 146-147). It safeguards the right to life, without which enjoyment of any of the other rights and freedoms in the Convention is rendered nugatory. It sets out the limited circumstances when deprivation of life may be justified and the Court has applied a strict scrutiny when those exceptions have been invoked by respondent Governments (*McCann and Others v. the United Kingdom*, *op. cit.*, §§ 149-150)" (*Pretty v. the United Kingdom*, § 37).

The States' obligations arising from Article 2 cannot be derogated in time of war or other public emergency, except in respect of death resulting from lawful acts of war (Article 15 sec. 2).

II. The General Scope of the Right to Life

The substance of Article 2 relates to the prohibition of taking of life and to the State's obligation to protect life by law. Thus, three basic rules can be inferred from Article 2:

- the State (or its agents) is prohibited to take life of any person, save in exceptional circumstances enumerated in Article 2 (substantive prohibition);
- the State must take positive steps to protect human life, in particular from acts of private persons and groups (positive obligation);

* Professor of Constitutional Law, European Court of Human Rights, Judge.

- in case of a loss of life, the State must ensure an effective investigation, in particular if the loss of life resulted from a State's action (procedural obligation).

III. Substantive Prohibition

1. The State (its agents) is prohibited to take a life of an individual person. Nevertheless, in exceptional situations a killing may be justified. Article 2 sec. 2 enumerates three situations allowing deprivation of life resulting from the use of force:

- *in defence of any person from unlawful violence;*
- *in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;*
- *in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.*

2. Even if these requirements have been met, the use of lethal force is allowed only to the degree which is *absolutely necessary*. In other words, Article 2 establishes the strict requirement of proportionality. As the Court noted in the *Ogur v. Turkey* judgement (1999, § 78):

"... The use of force, however, must be no more than "absolutely necessary" for the achievement of one of the purposes set out in sub-paragraphs (a), (b) or (c).

In this respect the use of the term "absolutely necessary" in Article 2 § 2 indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed than that normally applicable when determining whether State action is "necessary in a democratic society" under paragraph 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. In particular, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 (a), (b) and (c) of Article 2.

In keeping with the importance of this provision in a democratic society, the Court must, in making its assessment, subject deprivations of life to the most careful scrutiny, particularly where deliberate lethal force is used, taking into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination (see the

McCann and Others v. the United Kingdom judgment of 27 September 1995, §§ 148-50)".

The evaluation of what was "absolutely necessary" depends of particular circumstances of the case. This evaluation is not limited to the direct administration of lethal force by the agents of the State but enhances also to all surrounding circumstances, in particular, how their actions have been planned and controlled. This is particularly important in respect to antiterrorist actions. As the Court noted in the McCann and Others v. the U. K. judgement (1995, § 194):

".... in determining whether the force used was compatible with Article 2 (art. 2), the Court must carefully scrutinise, as noted above, not only whether the force used by the soldiers was strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence but also whether the anti-terrorist operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force".

In consequence, while the Court may find justification for direct use of lethal force by police agents (like it was the case in the McCann judgement), it may, nevertheless, find a violation of Article 2, if the whole operation could have been planed in a manner allowing agents in the field not to use the lethal force. See also Ergi v. Turkey, 1998 (§ 79).

3. Article 2 refers to "intentional" deprivations of life. However, the case law indicated that:

"The text of Article 2, read as a whole, demonstrates that paragraph 2 does not primarily define instances where it is permitted intentionally to kill an individual, but describes the situations where it is permitted to "use force" which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life" (Ogur v. Turkey, 1999, § 78).

Thus an unintentional killing of a civilian, in the course of a military-like operation, may engage the responsibility of the State if there was a failure "to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, to minimising, incidental loss of civilian life" (Ergi v. Turkey, § 79).

4. The responsibility of the State can be engaged only if there is a proof that the lethal force has been administered by an agent of the State. In certain situations, however, the burden of proof may be reverted, in particular when the death occurs while in police custody or under any other control of the State. In the *Velikova v. Bulgaria* judgement (2000, § 70), the Court indicated:

“... that where an individual is taken into police custody in good health but is later found dead, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of the events leading to his death, failing which the authorities must be held responsible under Article 2 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V).

In assessing evidence, the general principle applied in cases has been to apply the standard of proof “beyond reasonable doubt” (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, § 61). However, such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control while in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during that detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.”. See also *Salman v. Turkey* (2000, § 100);

Furthermore, a similar approach may apply to a case of disappearance, at least when a missing person “who was last seen in the custody of agents of the State, subsequently disappeared in a context which may be considered life-threatening” (*Cyprus v. Turkey*, 2001, § 132). However, in such situations, the Court would rather concentrate on the procedural obligations of the State.

IV. Positive Obligations

Article 2 sec. 1.1 (everyone’s right to life shall be protected by law) imposes upon the State a positive duty to assure adequate protection of human life, not only against intentional killing by the State’s agents but also in other situations, where human life may be lost due to acts of private persons or due to the omissions of the State. The language of this provision indicates that, first of all, the State

must take appropriate steps on the legislative level. However, the Court gradually began to expand the State's positive obligations into the area of law enforcement. As the Court observed in the *Kilic v. Turkey* (2000, § 62) judgement:

“ The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see the *L.C.B. v. the United Kingdom* judgment of 9 June 1998, § 36). This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual.” (See also *Osman v. the U. K.* 1998, § 115; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, 2001, § 86)

Thus, this positive obligation breaks into three more detailed elements:

- the State's duty to put in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences which endanger life;
- the State's duty to put in place law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions;
- the State's duty to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual.

It does not mean that the State's responsibility may be engaged in every case of life-taking committed by a private person or group of persons. Thus, there is no positive obligation to exclude any possible violence against the person, even when a threat comes from a criminal or terrorist group. However, Article 2 may also, in some particular circumstances, require the State to take operational measures to protect an individual whose life is in danger. As the Court indicated in the *Mastermatteo v. Italy* (2002, § 68) judgement, the positive obligations of the State:

“... must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources (*Osman v. Turkey*, § 116).

Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. A positive obligation will arise, the Court has held, where it has been established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (*Osman*, cited above, § 116; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, no. 46477/99, § 55, ECHR 2002-III; and *Bromiley v. the United Kingdom* (dec.), no. 33747/96, 23 November 1999, unreported).

In some other judgements, the Court went beyond the area of criminal law and indicated that positive duties of the State may also extend to some social services, in particular to the protection of health. The State's responsibility may be engaged not only in case of a death of a patient in a public hospital, but also in a private institution (see *Calvelli and Ciglio v. Italy*, 2002, § 49; see also the Commission's decision in *Isiltan v. Turkey*, 1995). Less clear is, whether the State has a general obligation to protect individual life by guarantying certain standard of the health care. In the *Cyprus v. Turkey* (2001, § 219) judgement, the Court observed that:

“... an issue may arise under Article 2 of the Convention where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual's life at risk through the denial of health care which they have undertaken to make available to the population generally. It notes in this connection that Article 2 § 1 of the Convention enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction... However, the Court does not consider it necessary to examine in this case the extent to which Article 2 of the Convention may impose an obligation on a Contracting State to make available a certain standard of health care”.

V. Procedural Obligations

The most important among the positive obligations is the duty of the State to ensure an “effective investigation” when individuals have been killed. A particular level of diligence is required if the death can be attributed - directly or indirectly - to actions of the agents of the State. It is to emphasize that in several cases, the Court, being unable to reconstruct all the facts of the case, referred to the procedural component of Article 2 and found the lack of an effective investigation a sufficient ground to declare that Article 2 had been violated.

Procedural obligations require that: 1) there must be an official investigation; 2) carried out by persons independent from those implicated in the event; 3) capable to determine the facts and the responsibility; 4) carried out in a prompt manner; 5) under a sufficient element of public scrutiny. The summary of these requirements has been given in the recent judgement: *Finucane v. the U. K.* (2003, §§ 67-71):

“67. The obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (see, *mutatis mutandis*, the *McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, p. 49, § 161, and *Kaya v. Turkey*, judgment of 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 324, § 86). The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. What form of investigation will achieve those purposes may vary in different circumstances. However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion, once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the initiative of the next of kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures (see, for example, *mutatis mutandis*, *Ilhan v. Turkey* [GC] no. 22277/93, ECHR 2000-VII, § 63).

68. For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events (see, for example, *Güleç v. Turkey*, judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV, §§ 81-82; *Ogur v. Turkey*, [GC] no. 21954/93, ECHR 1999-III, §§ 91-92). This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence (see, for example, *Ergi v. Turkey*, judgment of 28 July 1998, *Reports* 1998-IV, §§ 83-84, and the recent Northern Irish cases, for example, *McKerr v. the United Kingdom*, no. 28883/95, § 128, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 120, and *Kelly and Others v. the United Kingdom*, no. 30054/96, § 114, ECHR 2001-III).

69. The investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used in such cases was or was not justified in the circumstances (for example, *Kaya v. Turkey*, cited above, p. 324, § 87) and to the identification and punishment of those responsible (*Ogur v. Turkey*, cited above, § 88). This is not an obligation of result, but of means. The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including *inter alia* eye witness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death (see, for example, *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII, § 106; *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, ECHR 1999-IV, § 109; *Gül v. Turkey*, 22676/93, § 89, 14 December 2000, unreported). Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard (see the recent Northern Irish cases concerning the inability of inquests to compel the security force witnesses directly involved in the use of lethal force, for example, *McKerr v. the United Kingdom*, cited above, § 144, and *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, cited above, § 127).

70. A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context (see *Yasa v. Turkey*, judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-IV, pp. 2439-2440, §§ 102-104; *Cakici v. Turkey* [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV, §§ 80, 87 and 106; *Tanrikulu v. Turkey*, cited above, § 109; *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93,

ECHR 2000-III, §§ 106-107). While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (see, for example, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, cited above, §§ 108, 136-140).

71. For the same reasons, there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the next-of-kin of the victim must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests (see *Güleç v. Turkey*, cited above, p. 1733, § 82; *Ogur v. Turkey*, cited above, § 92; *Gül v. Turkey*, cited above, § 93; and recent Northern Irish cases, for example, *McKerr v. the United Kingdom*, cited above, § 148)."

The State's obligation to carry out an effective investigation extends also to deaths resulted from actions of private persons. It can be left open whether the same level of diligence is required in such cases.

VI. Particular Aspects of the Right to Life

1. Capital Punishment

The problem is of rather limited importance today, since almost all countries - members of the Convention have not only abolished the death penalty in their national legislation, but also have ratify Protocol 6 providing for abolition of the death penalty. The problem of death penalty can arise, however, in case of an extradition to a country in which capital punishment still exists (*Soering v. the United Kingdom*, 1989).

It should be kept in mind that Article 2.1.2, in its original wording, does not forbid the death penalty, providing the conditions set in this paragraph have been met. In both recent landmark decisions (*Soering v. the United Kingdom*, 1989 and *Ocalan v. Turkey*, 2003 - now under referral to the Grand Chamber) the Court refused to apply the "living instrument" approach and to find that

the capital punishment, as such, is no longer allowed under Article 2. It also refused to find that the capital punishment, as such, constitutes a treatment forbidden under Article 3, but - in particular in the Soering decision - it indicated situations in which a violation of Article 3 would occur.

In the Ocalan case, the Court distinguished between the implementation of the death penalty and the imposition of the death penalty. It found that the mere imposition of the death penalty amounts to inhuman treatment if following an unfair trial. It should be reminded, however, that this case is now pending before the Grand Chamber.

2. Abortion

The Court has never taken a clear position on this issue. Nevertheless, the case law of the Commission suggested that while the State is permitted to regulate abortion (Bruggemann and Scheuten v. Germany, 1977), it is not clear whether and to what extent Article 2 may apply to the unborn life (Paton v. the U.K., 1980; Knudsen v. Norway, 1985; Hercz v. Norway, 1992). In any case, since national laws on abortion differ considerably, a relatively wide margin of appreciation must be left to the States.

3. Euthanasia

In the Pretty v. the U. K. judgement (2002), the Court decided that Article 2 cannot be understood in a "negative sense", as protecting not only the "right to life", but also the "right to die". Therefore, a right to assisted suicide (even in the case of a terminal illness) is neither guaranteed under Article 2 nor under Article 3. Some problems in this respect may, however, arise under Article 8 (personal autonomy), but there is a clear public interest in regulations forbidding assisted suicide ("consented active euthanasia").

In the Pretty case the Court was confronted with the national ban on the active euthanasia. The Court has had, as yet, no opportunity to decide whether a national legislation allowing (for extraordinary situation) a consented active euthanasia would be compatible with the requirements of Article 2 of the Convention.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre İnsan Bedeninin Dokunulmazlığı Hakkı

Lech Garlicki*

I. Hakkın Niteliği

3. maddenin, 2. maddeyle birlikte, sadece Avrupa Konseyi üyeleri için değil, tüm uygar dünya için de demokratik toplumun en temel değerlerinden birini içerdiği düşünülmektedir. Evrensel olarak kabul gördükleri, çeşitli uluslararası belgelerle kanıtlanmış olan bu değerler genellikle uluslararası bir standart olarak benimsenmiştir (Soering – İngiltere, 1989, § 88; Pretty – İngiltere, 2002, § 49).

3. madde, ifade ettiği hususlarla ilgili olarak herhangi bir şart içermez; yani, içerdiği güvencelerin hükümsüz addedileceği bir durum hiçbir zaman söz konusu değildir. Kamu menfaatinin gerektirebileceği en yüce nedenlerle dahi 3. maddenin içerdiği yasaklar ihlal edilemez. Ayrıca, Sözleşmenin 15(2). maddesine göre, 3. maddedeki güvenceler savaş zamanında veya olağanüstü halde dahi yok sayılmaz.

Mahkeme Aksoy – Türkiye davası kararında (1996, § 62) kararında şu yorumlarda bulunmuştur:

“... Terör ve suç örgütleriyle mücadele gibi en zor şartlarda dahi, işkence veya insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele veya ceza, Sözleşmeyle mutlak şekilde yasaklanmıştır. Sözleşmenin asli hükümler içeren maddelerinin çoğunun aksine..., 3. maddede herhangi bir istisna tarif edilmemekte olup, 15. madde uyarınca, ülkenin varlığını tehdit eden olağanüstü bir durumda dahi 3. maddedeki hükümler geçersiz sayılamaz (Bak.: İrlanda – İngiltere davası kararı, 18 Ocak 1978, Seri A no. 25, s. 65, para. 163; Soering – İngiltere davası kararı, 7 Temmuz 1989, Seri A no. 161, s. 34, para. 88; ve Chahal – İngiltere davası kararı, 15 Kasım 1996, Reports 1996-V, s. 1855, para. 79).”

II. Hakkın Genel Kapsamı

3. maddenin özü, genellikle kişinin bedenine şiddet uygulanmasından kaynaklanan çeşitli kötü muamele şekillerinin yasaklanmasıyla ilgilidir (asli yasak).

* Anayasa Hukuku Profesörü, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıcı.

Aynı zamanda, Mahkemenin içtihadında 3. maddenin bünyesinde iki kuralı daha barındırdığı yorumu mevcuttur:

- Devlet, bireyleri bilhassa sivil kişi ve grupların kötü muamelelerine karşı korumak için olumlu tedbirler almalıdır (olumlu yükümlülük).

- Kötü muamele vukuunda, özellikle kötü muameleye devletin bir eylemi sebep olmuşsa, devlet etkili bir soruşturma yapılmasını sağlamalıdır (usule dair yükümlülük).

III. Asli Yasak

1. Genel bir ifadeyle, 3. madde ceza ile insanların maruz bıraktığı diğer kötü muameleler arasında ayırım yapar. Maddede beş durum sayılmaktadır: işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele, insanlık dışı ceza ve aşağılayıcı ceza. 3. madde en azından insan canı almanın haklı gösterilebileceği durumlarda (2(2). madde), insan bedeninin dokunulmazlığının ihlalini yasaklamaz; beden dokunulmazlığına daha hafif müdahaleler de kabul edilebilir.

2. 3. madde başta “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı” cezalar olmak üzere bazı ceza türlerini yasaklamaktadır. Ceza “yasal” olmalı, yani yasayla vazedilmiş ve cezalandırılacak kişinin belli bir yanlış davranışıyla bağlantılı olmalıdır. Kişinin bedensel dokunulmazlığının ihlalinin bütün diğer türleri “kötü muamele” sınıfına girer.

Bir cezanın “insanlık dışı” sayılabilmesi için, “cezanın sebep olduğu ıstırap belli bir ağırlık derecesine” ulaşmalıdır (Tyrer – İngiltere, 1978, § 29). “İnsanlık dışılık” eşiğini aşmayan bir ceza da asgari bir küçük düşürme veya tahkir derecesine ulaşırsa “aşağılayıcı” sayılabilir. Bu noktadan hareketle, falaka (ılımlı bedensel ceza) 3. maddeye aykırı bulunmuştur.

Cezada işkenceye yer verilemeyeceği açık olmakla birlikte, hiçbir modern yasa kırbaçlama, yakma veya çarpmıha germe gibi cezalara izin vermediğinden, bu husus günümüzde artık teorik bir meseleden ibarettir.

Neyin insanlık dışı ceza sayılacağı konusunda en ciddi görüş ayrılıkları idam cezası alanında ortaya çıkmaktadır. Soering – İngiltere davası kararında Mahkeme, idam cezasının başlı başına insanlık dışı

bir ceza olduğu ve daima Sözleşmenin 3. Maddesine (§ 103) aykırı sayılması gerektiği yaklaşımını çoğunluk oyuyla reddetmiştir:

“... Sözleşmenin bir bütün olarak okunması gerekmektedir; dolayısıyla 3. madde, 2. maddedeki hükümlerle uyum sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır... Bu esasa göre, Sözleşme kaleme alınırken 3. maddenin ölüm cezasına genel bir yasaklama getirecek şekilde düşünülmüş olamayacağı açıktır; zira böyle bir yaklaşım madde 2 § 1’in sarih ifadesine aykırı düşer.”

Ancak Mahkeme devamla şu yorumda da bulunmuştur:

“İdam cezasının verildiği veya infaz edildiği şartlar, cezaya mahkum edilen şahsın içinde bulunduğu kişisel şartlar, işlenen suçun ağırlığı ile ceza arasındaki oranusuzluk ve cezanın infazının beklendiği süredeki tutukluluk koşulları, cezaya mahkum edilen şahsın gördüğü muameleyi veya cezayı 3. maddede (madde 3) yer alan tarif kapsamına sokacak faktörlerden bazılarıdır. İstirap veya aşağılamanın kabul edilebilir eşliğinin aşılıp aşılmadığının değerlendirilmesinde Taraf Devletlerin idam cezasına günümüzde nasıl baktıkları önem taşır.”

“Sözleşmeyi günün koşullarına uyarlama” yaklaşımının tathik edilmesi yönünde bir diğer girişim de Öcalan – Türkiye davasında yapılmış; ancak, Mahkeme bu konuda kesin bir tavır almamayı tercih etmiştir (§ 198 – halen Büyük Dairede görüşülmek üzere bekletilmektedir):

“Mahkemenin görüşüne göre, bu alanda meydana gelen gelişmelerin ışığında, devletlerin, uygulamalarında Madde 2 § 1’in ikinci cümlesini barış zamanında idam cezasına izin verdiği ölçüde değiştirme konusunda buluşukları hususu göz ardı edilemez. Bu husustan hareketle, idam cezasının uygulanmasının 3. Maddeye aykırı düşen gayri insani ve aşağılayıcı bir muamele sayılabileceği de öne sürülebilir. Ancak, Mahkemenin bu konuda kesin bir sonuca varması gerekmemektedir; zira... 2. Madde ölüm cezasına hala izin verir biçimde yorumlansa dahi, adilane olmayan bir yargılamanın ardından idam kararının uygulanması Sözleşmeye aykırı düşecektir.”

3. Genellikle polisteki sorgulamayla veya cezaevlerindeki koşullarla ilgili diğer kötü muamele şekilleri Mahkemenin önüne daha sık gelmektedir. Genel bir ifadeyle, “asgari ağırlık derecesi”ne ulaştığı zaman 3. maddenin kapsamına girer. Ancak, kötü muamele teşhisi konulabilmesi için vakıanın bütün koşullarının değerlendirilmesi icap ettiği için, bu kriter sadece göreceli niteliktedir:

“Mahkeme bu asgari ağırlık derecesinin değerlendirilmesinin göreceli olduğuna dikkat çeker. Bu değerlendirme muamelesinin süresine, bedeni ve/veya ruhi etkilerine, ve bazı vakalarda kurbanın cinsiyet, yaş ve sağlık durumuna göre değişir” (Tekin – Türkiye kararı [1998, § 52] ve diğer birçok karar).

Kötü muamelesinin farklı türleri (işkence, gayri insani muamele, aşağılayıcı muamele) arasında kesin sınırlar yoktur. Bunlardan hangisinin söz konusu olduğu, esas itibarıyla kişide yaratan ıstırapın yoğunluğuna bağlıdır. Böylece, kötü muamelesinin üç sınıfa (işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele) ayrılması, en ağırı işkence olmak üzere, farklı ağırlık derecelerini yansıtır.

Komisyon, Greek Davasında (1969, § 2) “her türlü işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olmak zorundadır; insanlık dışı muamele ise aynı zamanda aşağılayıcıdır” mütalaasında bulunmuştur. Ireland – İngiltere davası kararında (1978, § 167) Mahkeme kötü muamelelerin üç sınıfı arasında ayırım yapmak için asli bir kriter kullanmıştır. Aşağılayıcı muamele, Mahkeme tarafından “kurbanlarında, kendilerini küçük düşürülmüş ve tahkir edilmiş hissettirebilecek ve muhtemelen bedeni ve manevi dirençlerini kırabilecek korku, manevi yıkım, ve aşağılık duyguları yaratma” amacına yönelik muamele olarak tarif edilmiştir. İnsanlık dışı muameleyi “uygulandığı kişilerde, fiilen bedensel yaralanma olmasa dahi, en azından şiddetli bedensel ve manevi ısraba ve ayrıca akut psikiyatrik bozukluklara yol açan” muamele olarak tanımlayan Mahkeme, son olarak işkenceyi “son derece ağır ve zalimce ısraba yol açan kası insanlık dışı muamele” olarak tarif etmiştir. Yukarıda sözü edilen Greek Davasında Komisyon şu yorumda bulunmuştur: “<İşkence> kelimesi sıklıkla, kişinin ağzından bilgi veya itiraf almak yahut kişiyi cezalandırmak gibi bir maksada yönelik insanlık dışı muameleyi ifade etmek için kullanılmakta olup, genellikle insanlık dışı muamelelerin bir türüdür.”

Mahkemenin, içtihadında en azından başlangıçta, kötü muameleyi “işkence” olarak vasıflandırmakta bir hayli temkinli davrandığı anlaşılmaktadır; aksi takdirde, kötü muamelelerin özellikle bazı çarpıcı örneklerinin mahkum edilmesine dikkat çekmek zorlaşacaktı. Şurası yine vurgulanmalıdır ki, 3. maddede yasaklanan çeşitli muamele şekilleri arasındaki farklar göreceli olup, bunlara atfedilen önem, kurbanlara sağlanan adaletin miktarını etkilemekle birlikte, çoğunlukla meselenin siyasi (manevi) boyutuna yöneliktir. Yine de, Mahkemenin içtihadında bazı kötü muamele şekilleri açıkça “işkence” olarak vasıflandırılmıştır (Mahkemenin karşısına genellikle elektrik verme, Filistin askısı, idam mizansenisi gibi yasaklanmış sorgulama teknikleri gelmiştir). Ayrıca, **Selmouni – Fransa** davası kararının (July 28, 1999 – Büyük Daire) ardından kötü muamelelerin daha ılımlı şekilleri dahi “işkence” olarak vasıflandırılmaya başlamıştır. Söz konusu davada, uyuşturucu madde kaçakçılığıyla ilgili bir soruşturma sırasında yakalanan başvuru sahibi, gözaltındayken birbirinden farklı şekillerde kötü muameleyle maruz kalmıştır:

“... 102. Mahkeme Bay Selmouni'nin çok sayıda darbeye maruz kaldığına kani olmuştur. Bir kimsenin sağlık durumu nasıl olursa olsun, bu yoğunluktaki darbelerin büyük ölçüde acı yaratıcı kabul edilebilir...”

103. Mahkeme ayrıca başvuru sahibinin saçından tutularak sürüklendiğini; bir koridorda koşturulup iki tarafa dizilmiş polisler tarafından çelme takılarak yere düşürüldüğünü; genç bir kadının önünde diz çöktürüldüğünü ve bu sırada birisinin bu kadına “Dinle bak şimdi birisi nasıl ötüyor” dediğini; akabinde polislerden birinin cinsel organını çıkararak kendisine “Em bakalım şunu” dediğini ve ardından üzerine işediğini; kaynak şaluması ve şırıngayla tehdit edildiğini de kaydetmiştir... Mahkeme bu fiillerin şiddet içeren niteliğinin yanı sıra, içinde bulunduğu şartlar nasıl olursa olsun, herkes için adice ve tahkir edici olduğuna tartışmasız şekilde kanaat getirmiştir.

104. Mahkeme son olarak yukarıdaki olayların polis nezareti altında geçirilen sürenin sadece tek bir dönemiyle sınırlı kalmadığını da kaydetmiştir. Gerginliğin ve kişilerin duygularının yoğunlaştığı bir dönemde – yapılanlar hiçbir şekilde mazur gösterilemezse de – bu tür aşırılıkların meydana gelmesi anlaşılabilir. Ne var ki, Mr Selmouni'nin günlerce süren sorgulanması boyunca mükerreren ve mütemadiyen saldırılara maruz kaldığı kesinlik kazanmıştır.

105. Bu şartlar altında Mahkeme başvuru sahibinin şahsına uygulanan maddi ve manevi şiddetin bir bütün olarak düşünüldüğünde “şiddetli” acı ve istrap yaratığına ve özellikle vahim ve vahşiyaneye olduğuna kanidir. Bu tür davranışlar, Sözleşmenin 3. maddesi açısından işkence eylemleri olarak kabul edilmelidir.”

4. Mahkeme ihlal bulgusuna dayanak teşkil edebilecek kanıtları değerlendirilmesinde şu şartı aramaktadır:

“... Kötü muamele iddiaları uygun kanıtlarla desteklenmelidir (Bak.: kendi koşullarına uyarlanmış olarak, Klaas Ç Almanya davası kararı, 22 Eylül 1993, Seri A no. 269, s. 17-18, § 30). Bu kanıtların değerlendirilmesinde Mahkeme kanıtın “makul şüphe ölçüsünün ötesinde” olması standardını benimsemekte; fakat bu tür kanıtlara yeterince, güçlü, sarıh, ve birbiriyle tutarlı çıkarsamaların veya benzer nitelikteki çürütülemeyen maddi kanıtların bir arada var olmasından ulaşılabileceğini de ilaveten kaydetmektedir (Bak.: İrlanda – İngiltere davası kararı, 18 Ocak 1978, Seri A no. 25, s. 64-65, § 161 sonu). (Labita – İtalya, 2000, § 121).

Kötü muamele iddiasını kanıtlama sorumluluğu prensip itibarıyla başvuru sahibine aittir. Ancak, bu sorumluluğun davalı devlete ait olabileceği en az iki durum vardır. Bunlardan birincisinde, kişi devletin nezareti altına alındıktan sonra, kişiye yapılan muameleden kendisinin sorumlu olmadığını kanıtlama yükümlülüğü devlete aittir. Bu ilke ilk defa **Tomasi – Fransa** davası kararında (1992) kabul edilmiş ve daha sonra Mahkemenin verdiği birkaç kararda geliştirilmiştir. Selmouni v. France davası kararında (1999, § 87) belirtildiği üzere:

“... Kişi polis nezaretine alındığında sağlıklı durumda olduğu halde, sahverildiğinde yaralı olduğu tespit edilmişse, Devlet bu yaralanmaların nasıl meydana geldiğine dair inandırıcı bir açıklama yapmak zorundadır. Aksi takdirde, Sözleşmenin 3. maddesi çerçevesinde açık bir dava konusu ortaya çıkar (Tomasi – Fransa davası kararı, 27 Ağustos 1992, §§ 108-11; ve Ribitsch – Avusturya davası kararı, 4 Aralık 1995, § 34)”. Ayrıca Bak.: Dikme – Türkiye, 2000, § 78.

İkinci olarak, münferit kötü muamele vakalarına toplu olarak bakıldığında Sözleşmeye aykırı bir “yerleşik uygulama”nın varlığı tespit edilmişse, devletin sorumlu tutulması daha da kolaydır. Greek davasında (1969, § 28-29) kaydedildiği gibi, “yerleşik uygulama”nın var olması için iki unsur gereklidir: fiillerin tekrarı ve fiillere resmen müsamaha edilmesi.

IV. Usule Dair Yükümlülük

Kötü muamele vuku bulduktan sonra etkili bir soruşturma yapmak kamu yetkililerinin görevidir. **Assenov ve diğerleri – Bulgaristan** davası kararında (1998, § 102) özetlendiği üzere:

“... Bir şahıs polis veya Devleti temsil eden bu tür memurlar tarafından yasalara ve 3. maddeye aykırı bir şekilde ciddi derecede kötü muameleyle maruz bırakıldığına dair tartışılabilir bir iddiada bulunduğu, bu hüküm, Sözleşmenin 1. maddesiyle Devlete yüklenen “yetki alanındaki herkesin Sözleşmede tarif edilen hak ve özgürlüklerini teminat altına alma” genel göreviyle bir arada okunduğunda, etkili bir soruşturmanın resmen yapılması gerektiği anlamını da zımnen taşımaktadır. Bu soruşturmanın 2. maddede olduğu gibi, sorumluların teşhis ve cezalandırılması sonucuna ulaşılmasını sağlayabilmelidir (Sözleşmenin 2. Maddesi ile ilgili olarak Bak.: *McCann ve diğerleri – İngiltere davası kararı*, 27 Eylül 1995, Seri A no. 324, s. 49, § 161; *Kaya – Türkiye davası kararı*, 19 Şubat 1998, *Reports* 1998-I, s. 324, § 86; ve *Yasa – Türkiye davası kararı* 2 Eylül 1998, *Reports* 1998-VI, s. 2438, § 98). Aksi halde, işkenceye, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya kanunla getirilen genel yasaklama... pratikte etkisiz kalır ve bazı durumlarda Devleti temsil edenler gözetimleri altında bulunanların haklarına neredeyse hiçbir yaptırımla karşılaşmadan tecavüz edebilirler.”

Böylece, 3. maddenin asli bir ihlaline dair gerekli kanıtlar olmasa dahi, resmi bir soruşturma yapılmamışsa veya yapılan soruşturma etkili sayılamıyorsa, Mahkeme devleti sorumlu tutabilir.

V. Olumlu Yükümlülükler

Devlet, bireylere 3. maddeye aykırı olarak kötü muamele göstermekten kaçınmakla kayıtsız şartsız yükümlüdür. Devlet, aynı zamanda bireyleri kendi yetkililerinin ihmallerinden veya, en azından bir dereceye kadar, diğer sivil şahıs veya grupların eylemlerinden kaynaklanan kötü muameleyle karşı korumakla da yükümlüdür. Özellikle, yasaları bu tür muamele ihtimalini asgariye indirecek şekilde hazırlamak ve bu tür muameleyle karşı asli ve usule dair koruma tesis etmek devletin görevidir.

Mahkeme *Mahmut Kaya – Türkiye davası kararında* (2000, § 115) aşağıdaki yorumda bulunmuştur:

“... Sözleşmenin 1. maddesiyle Yüksek Akit Taraflara verilen, yetki alanları dahilindeki herkesin Sözleşmede tarif edilen hak ve özgürlüklerini teminat altına alma yükümlülüğü, 3. maddeyle birlikte ele alındığında, Devletlerin, yetki alanlarındaki bireylerin sivil şahıslarla uygulanan kötü muamele de dahil olmak üzere işkenceye veya insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleyle maruz bırakılmamalarını sağlayacak tedbirleri almalarını gerektirir (Bak.: *A. – İngiltere davası kararı*, 23 Eylül 1998, *Reports* 1998-VI, s. 2699, § 22). Dolayısıyla, kanun çerçevesinin yeterli koruma sağlamadığı (see, for example, the A. judgment cited above, p. 2700, § 24) veya yetkililerin hakkın-

da bilgi sahibi oldukları yahut bilgi sahibi olmaları gereken kötü muamele olasılığını bertaraf etmek için makul tedbirler almadıkları durumlarda (örneğin, kendi koşullarına uyarlanmış olarak, yukarıda bahsedilen Osman davası kararı, s. 31, 59-60, §§ 115-16) Devlet sorumlu tutulabilir.

Pretty – İngiltere davası kararında (2002, § 50-51) Mahkeme “olumlu yükümlülük” kavramını Sözleşmenin 3. maddesi açısından şu şekilde özetlemiştir:

“... Mahkeme içtihatları incelendiğinde görülecektir ki, 3. maddenin en sık uygulandığı durumlar bireyin zikredilen muamele biçimlerinden herhangi birine maruz bırakılma olasılığını Devleti temsil edenlerce veya kamu yetkililerince kasten işlenen fiillerden kaynaklandığı durumlardır (diğerleriyle birlikte, Bak.: İrlanda – İngiltere davası kararı, 18 Ocak 1978, Seri A no. 25). 3. maddenin genel bir ifadeyle Devletlere yetki alanlarındaki kişilere ağır hasar vermekten kaçınma yönünde esas itibarıyla olumsuz bir yükümlülük verdiği söylenebilir. Ancak, 3. maddenin temel önemi ışığında Mahkeme bu maddenin ortaya çıkabilecek başka durumlarda uygulanmasını da müta-laa etmeye yetecek derecede bir esnekliği kendisinde mahfuz tutar (D. – İngiltere davası kararı, 2 Mayıs 1997, *Reports* 1997-III, s. 792, § 49).

... Mahkeme özellikle Sözleşmenin 1. maddesiyle Yüksek Akit Taraflara verilen, yetki alanları dahilindeki herkesin Sözleşmede tarif edilen hak ve özgürlüklerini teminat altına alma yükümlülüğünün, 3. maddeyle birlikte ele alındığında, Devletlerin, yetki alanlarındaki bireylerin sivil şahıslarca uygulanan kötü muamele de dahil olmak üzere işkenceye veya insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ve cezaya maruz bırakılmalarını sağlayacak tedbirleri almalarını gerektirdiği görüşündedir (Bak.: A. – İngiltere davası kararı, 23 Eylül 1998, *Reports* 1998-VI, s. 2699, § 22). Devletlerin insanlık dışı yahut aşağılayıcı muameleye karşı koruma sağlamaya yönelik olumlu yükümlülüğü bazı vakalarda söz konusu olmuştur: Örneğin, Bak.: Başvuru sahibi çocuğun üvey babası tarafından bastonla dövüldüğü, yukarıda bahsedilen A. – İngiltere ile, başvuru sahibi dört çocuğun ebeveynleri tarafından ağır şekilde hırpalandıkları ve tedavi edilmeden bırakıldıkları *Z. ve diğerleri – İngiltere* [Büyük Daire] (no. 29392/95 ECHR 2001-V). 3. madde Devletleri ayrıca, özgürlüklerinden mahrum edilen kişilerin sağlığını korumakla yükümlü tutmaktadır (Bak.: İntihar eden akıl hastası bir mahkuma etkili tedavi sağlanmamasıyla ilgili, yukarıda bahsedilen *Keenan – İngiltere*; ve ayrıca *Kudla – Polonya* [Büyük Daire], no. 30210/96, ECHR 2000-XI, § 94).

VI. Özel Uygulama Alanları

3. madde çoğunlukla, gözaltı, polis sorgulaması, veya askeri harekat ortamları başta olmak üzere, devleti temsil edenlerce veya kamu yetkililerince kasten işlenen fiillerden dolayı, bireyin zikredilen muamele biçimlerinden herhangi birine maruz bırakıldığı vakıalara uygulanmıştır. Ancak, Mahkemenin içtihadında, 3. madde özellikle cezaevi koşulları gibi başka durumlara da tatbik edilmiştir.

Her tutukluluk halinde, kaçınılmaz olarak belli derecede ıstırap söz konusu ise de, tutukluluk ortamında asgari haysiyet standartları

gözetilmek zorundadır. Dolayısıyla, tutuklu bir şahsa karşı kasten kötü muamele uygulanmasa dahi, belli bir cezaevine veya cezaevi sisteminin bütününe hakim koşullar Devletin sorumlu tutulmasını gerektirebilir:

"... Mahkeme, söz konusu muameleyi diğer niteliklerinin yanı sıra taammüden uygulandığı, her defasında saatlerce sürdürüldüğü veya fiilen bedensel yaralanmaya, ya da ağır bedensel ve manevi ıstıraba yol açtığı için "insanlık dışı" bulmuştur. Mahkeme yine söz konusu muameleyi "kurbanlarında, kendilerini küçük düşürülmüş ve tahkir edilmiş hissettirebilecek korku, manevi yıkım, ve aşağılık duyguları yarattığı için "aşağılayıcı" bulmuştur (örneğin, Bak.: *Kudla – Polonya* [Büyük Daire], no. 30210/96, § 92, ECHR 2000-XI). Mahkeme bir muamele şeklinin 3. madde anlamında "aşağılayıcı" olup olmadığını değerlendirirken bu muamelelerin hedefinin ilgili şahsı küçük düşürmek ve tahkir etmek olup olmadığına ve sonuçları açısından, şahsın kişiliği üzerinde 3. maddeye uygun bir olumsuz etki yaratıp yaratmadığına bakar (örneğin, Bak.: *Raninen – Finlandiya* davası kararı, 16 Aralık 1997, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-VIII, s. 2821-22, § 55). Ancak, böyle bir hedefin var olması 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna kesinlikle varılacağı anlamına gelmez (örneğin, Bak.: *Peers – Yunanistan*, no. 28524/95, § 74, ECHR 2001-III). Söz konusu ıstırap ve tahkirin derecesi her halükarda meşru bir muamele veya cezanın da mutlaka yaratacağı ıstırap ve tahkirden daha fazladır.

Kişiyi hürriyetinden mahrum eden tedbirler sıklıkla böyle bir unsuru içerir. Lakin tutukluluk halinin devamının kendi başına Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında bir dava konusu yaratacağı söylenemez. Keza 3. madde bir tutuklunun sağlık nedenleriyle salıverilebileceği veya belli bir tedavi görmek için sivil bir hastaneye kaldırılabileceği yönünde genel bir yükümlülük düzenliyormuşcasına yorumlanamaz.

Bununla beraber, Devlet bu hüküm doğrultusunda şahsın tutukluluk koşullarının insan haysiyetiyle bağdaşır nitelikte olmasını; tedbirin uygulanış üslubu ve yönteminin şahsı tutuklama durumunda mutlaka hissedilecek olan ıstırapın seviyesinden daha fazla sıkıntı ve meşakkate maruz bırakmamasını ve hapis koşullarının bilfiil dayatıldığı şartlar dikkate alındığında şahsın sağlık ve afiyetinin yeterince güvenceye alınmasını sağlamalıdır (Bak.: *Kudla – Polonya* [yukarıda bahsedilmiştir], §§ 92-94) (Kalashnikov – Rusya, 2002, § 95).

Poltoratskiy – Ukrayna davası kararında (2003, § 148) Mahkeme ekonomik sorunların Devleti sorumluluğundan kurtarmayacağı mütalaasında bulunmuştur:

"... Mahkeme başvuru sahibinin tutuklu bulunduğu koşulları ve kendisine sunulan etkinlikleri değerlendirirken, Ukrayna'nın sistem değişikliği sürecinde ciddi sosyo-ekonomik sorunlarla karşılaşmış ve 1998 yazından önceki dönemde cezaevi yetkililerinin bir yandan güç ekonomik şartlarla mücadele ederken, bir yandan da yeni ulusal yasaların ve ilgili yönetmeliklerin yürürlüğe konulmasıyla uğraşmalarını da dikkate almıştır. Ancak Mahkeme kaynak noksanlığının, cezaevi koşullarının 3. maddeye aykırılık sınırına ulaşacak kadar kötüleşmesine gerekçe teşkil edemeyeceğini mütalaa etmektedir. Ayrıca, Mahkemenin 145. fıkrada kabul edilemez olduğunu kaydettiği bu vakaya özgü tutukluluk koşulları, Ukrayna'nın karşı karşıya olduğu ekonomik sorunlar ileri sürülerek hiçbir şekilde açıklanamaz ve mazur gösterilemez."

Devlet özellikle tutuklu şahıslara yeterli sağlık bakımı sağlamakla yükümlüdür. Mahkeme **Kudla – Polonya** davası kararında (2000, § 94) aşağıdaki yoruma yer vermiştir:

"... Devlet şahsın tutukluluk koşullarının insan haysiyetine saygı anlayışıyla bağdaşır nitelikte olmasını; tedbirin uygulanış üslubu ve yönteminin şahsı tutuklama durumunda mutlaka hissedilecek olan ısrabın seviyesinden daha fazla sıkıntı ve meşakkate maruz bırakmamasını ve hapis koşullarının bilfiil dayattığı şartlar dikkate alındığında şahsın sağlık ve ahiyetinin, diğer önlemlerin yanı sıra gerekli tıbbi yardımın sağlanması suretiyle yeterince güvenceye alınmasını sağlamaktır (Bak.: kendi koşullarına uyarlanmış olarak, Aerts – Belçika davası kararı, 30 Temmuz 1998, *Reports* 1998-V, s. 1966, §§ 64 ve devamı.).

Ancak, bu vakada 3. maddenin ihlal edildiğine dair bir bulguya ulaşılmamıştır.

Aynı gereklilik, psikiyatrik yardım için de geçerli olup, Mahkeme birkaç davada 3. maddenin ihlalini tespit etmiştir.

The Right to Physical Integrity under the European Convention on Human Rights

Lech Garlicki*

I. The Nature of the Right

Article 3, together with Article 2, is regarded as enshrining one of the most fundamental values of democratic society, common not only for the members of the Council of Europe, but also for the whole civilized world. The universal acceptance of these values has been confirmed in numerous international instruments; in effect they are generally recognized as an internationally accepted standard (*Soering v. the U. K.*, 1989, § 88; *Pretty v. the U. K.*, 2002, § 49).

Article 3 is expressed in unqualified terms, which means that no derogation from its guarantees is ever allowed. Even the highest reasons of public interest cannot warrant departure from prohibitions enclosed in Article 3. Furthermore, according to Article 15 (2) of the Convention, the guarantees of Article 3 cannot be derogated from even in time of war or public emergency.

As the Court observed in the *Aksoy v. Turkey* judgement (1996, § 62):

“... Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention..., Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, para. 163, the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 34, para. 88, and the *Chahal v. the*

* Professor of Constitutional Law, European Court of Human Rights, Judge.

United Kingdom judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1855, para. 79).”.

II. The General Scope of the Right

The substance of Article 3 relates to the prohibition of various forms of ill-treatment, usually resulting from physical abuse of a person (substantive prohibition).

At the same time, the case law of the Court reads Article 3 as containing two further rules:

- the State should take positive steps to protect individual persons from ill-treatment resulting from acts of other private persons or groups (positive obligation);
- in case of an ill-treatment, the State must ensure an effective investigation, in particular if the ill-treatment resulted from a State's action (procedural obligation).

III. Substantive Prohibition

1. Generally speaking, Article 3 distinguishes between punishment and other forms of ill-treatment of human beings and enumerates five specific situations: torture, inhuman treatment, degrading treatment, inhuman punishment and degrading punishment. Article 3 do not forbid any invasion against physical integrity of a person: at least in situations in which taking of human life may be justified (Article 2 (2), less drastic intrusions into physical integrity may be as well accepted.

2. Article 3 prohibits certain types of punishment, in particular punishments which are “inhuman” or “degrading”. A punishment must be a “legal” one, i. e. it must be provided by law and related to a specific wrong-doing of the person-to-be-punished. All other forms of invading physical integrity of a person falls into the category of “ill-treatment”.

In order to find a punishment as “inhuman”, “the suffering occasioned must attain a particular level” of severity (Tyrer v. the U. K., 1978, § 29). Punishment which does not reach the threshold of “inhumanity” may be, nevertheless, regarded as “degrading” if it reaches a minimum level of humiliation or debasement. Thus,

birching (judicial corporal punishment) was found as a violation of Article 3.

While it is also clear that no torture can be included into a punishment, this is nowadays rather theoretical problem, since no modern legislation permits punishments like flogging, burning at stake or crucifixion

The most serious dispute as to what constitutes an inhuman punishment arose in regard to the capital punishment. In the *Soering v. The U. K.* judgement, the Court's majority rejected the approach that capital punishment constitutes per se an inhuman punishment and must be always regarded as violating Article 3 of the Convention (§ 103):

"... The Convention is to be read as a whole and Article 3 should therefore be construed in harmony with the provisions of Article 2... On this basis Article 3 evidently cannot have been intended by the drafters of the Convention to include a general prohibition of the death penalty since that would nullify the clear wording of Article 2 § 1".

However, as it was further observed by the Court (§ 104):

"The manner in which it [the capital punishment] is imposed or executed, the personal circumstances of the condemned person and a disproportionality to the gravity of the crime committed, as well as the conditions of detention awaiting execution, are examples of factors capable of bringing the treatment or punishment received by the condemned person within the proscription under Article 3 (art. 3). Present-day attitudes in the Contracting States to capital punishment are relevant for the assessment whether the acceptable threshold of suffering or degradation has been exceeded.

Another attempt to apply the "living instrument" approach has been undertaken in the *Ocalan v. Turkey* case. The Court, however, chose not to take a firm position (§ 198 - pending now before the Grand Chamber):

"In the Court's view, it cannot now be excluded, in the light of the developments that have taken place in this area, that the States have agreed through their practice to modify the second sentence in Article 2 § 1 in so far as it permits capital punishment in peacetime. Against this background it can also be argued that the

implementation of the death penalty can be regarded as inhuman and degrading treatment contrary to Article 3. However it is not necessary for the Court to reach any firm conclusion on this point since... it would run counter to the Convention, even if Article 2 were to be construed as still permitting the death penalty, to implement a death sentence following an unfair trial”.

3. More often, the Court has dealt with other forms of ill-treatment, usually related to police interrogations or prison conditions. Generally speaking, ill-treatment falls within the scope of Article 3 if it attains a “minimum level of severity”. This criterion has a relative character since the qualification of an ill-treatment has to be made upon all the circumstances of the case:

“ The Court recalls that... the assessment of this minimum [level of severity] is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim” (Tekin v. Turkey, 1998, § 52 and many other judgements).

There are no clear boundaries between specific categories of ill-treatment (torture, inhuman treatment, degrading treatment); the qualification of a specific situation depends mainly on the intensity of suffering imposed upon a person. Thus, the distinction of three categories of the ill-treatment (torture, inhuman treatment, degrading treatment) reflects the level of severity, torture representing the most drastic category.

As the Commission observed in the Greek Case (1969, § 2): “all torture must be inhuman and degrading treatment, and inhuman treatment also is degrading”. In the Ireland v. the U. K. judgement (1978, § 167), the Court adopted a substantive criterion to distinguish the three categories of ill-treatment. The Court described the degrading treatment as a treatment designed to “arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance”. The “inhuman treatment” was described as causing if “not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the persons subjected thereto and also led to acute psychiatric disturbances...”. Finally, torture was qualified as “deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.”. In the, above mentioned, Greek Case, the Commission

observed that: “the word <torture> is often used to describe inhuman treatment which has a purpose, such as the obtaining of information or confessions, or the infliction of punishment, and it is generally an aggravated form of inhuman treatment”.

In its case-law, the Court seemed, at least initially, to be very careful in qualifying an ill-treatment as “torture”; otherwise it would be difficult to emphasize condemnation of particularly shocking examples of ill-treatment. Once more, it should be emphasized that distinctions between different forms of treatment prohibited under Article 3 are relative and their importance, while influencing the amount of just satisfaction accorded to victims, addresses mostly the political (moral) dimension. Nevertheless, in the Court’s case law, some forms of ill-treatment have already been clearly qualified as constituting “torture” (the Court usually was confronted with prohibited interrogation techniques, like electroshocks, “palestinian hanging”, mock executions etc.). Moreover, since the *Selmouni v. France* judgement (July 28, 1999 - Grand Chamber), even less drastic forms of ill-treatment became qualifiable as “torture”. In this case, the applicant was arrested in connection with a drug-trafficking investigation. While in custody he has been subjected to different forms of ill-treatment:

“... 102. The Court is satisfied that a large number of blows were inflicted on Mr **Selmouni**. Whatever a person’s state of health, it can be presumed that such intensity of blows will cause substantial pain...

103. The Court also notes that the applicant was dragged along by his hair; that he was made to run along a corridor with police officers positioned on either side to trip him up; that he was made to kneel down in front of a young woman to whom someone said “Look, you’re going to hear somebody sing”; that one police officer then showed him his penis, saying “Here, suck this”, before urinating over him; and that he was threatened with a blowlamp and then a syringe... Besides the violent nature of the above acts, the Court is bound to observe that they would be heinous and humiliating for anyone, irrespective of their condition.

104. The Court notes, lastly, that the above events were not confined to any one period of police custody during which – without this in any way justifying them – heightened tension and emotions might have led to such excesses. It has been clearly established that

Mr **Selmouni** endured repeated and sustained assaults over a number of days of questioning.

105. Under these circumstances, the Court is satisfied that the physical and mental violence, considered as a whole, committed against the applicant's person caused "severe" pain and suffering and was particularly serious and cruel. Such conduct must be regarded as acts of torture for the purposes of Article 3 of the Convention".

4. In the assessment of evidence on which a finding of a violation should be based, the Court requires that:

"... Allegations of ill-treatment must be supported by appropriate evidence (see, *mutatis mutandis*, the *Klaas v. Germany* judgment of 22 September 1993, Series A no. 269, pp. 17-18, § 30). To assess this evidence, the Court adopts the standard of proof "beyond reasonable doubt" but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, pp. 64-65, § 161 *in fine*). (*Labita v. Italy*, 2000, § 121).

The burden to substantiate a claim of ill-treatment lies, in principle, with the applicant. However, at least in two situations, the onus may go to the respondent State. First of all, once a person remains in the state custody, it is up to the state to prove that it is not responsible for how he/she is treated. This principle was, for the first time, adopted in the *Tomasi v. France* judgement (1992) and later developed in several subsequent judgements of the Court. As it was observed in the *Selmouni v. France* judgement (1999, § 87):

"... The Court considers that where an individual is taken into police custody in good health but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention (see the *Tomasi v. France* judgment of 27 August 1992, §§ 108-11, and the *Ribitsch v. Austria* judgment of 4 December 1995, § 34)". See also *Dikme v. Turkey*, 2000, § 78.

Secondly, the responsibility of the State may be more easily engaged, if it has already been established that individual cases of ill-treatment amount to a "practice" in breach of Convention. As it was

observed in the Greek case (1969, § 28-29) there are two elements necessary for the existence of a “practice”: repetition of acts and official tolerance.

IV. Procedural Obligation

Once an ill-treatment has taken place, it is the duty of public authorities to conduct an effective investigation. As it was summarized in the *Assenov and Others v. Bulgaria* judgement (1998, § 102):

“... where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention”, requires by implication that there should be an effective official investigation. This investigation, as with that under Article 2, should be capable of leading to the identification and punishment of those responsible (see, in relation to Article 2 of the Convention, the *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, p. 49, § 161, the *Kaya v. Turkey* judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, p. 324, § 86, and the *Yasa v. Turkey* judgment of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2438, § 98). If this were not the case, the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment and punishment, despite its fundamental importance..., would be ineffective in practice and it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity”.

Thus, even in the absence of necessary proof that a substantive violation of Article 3 has taken place, the Court may engage the responsibility of the State if there was no official investigation or if such investigation could not be regarded as effective.

V. Positive Duties

The State has an unconditional obligation to refrain from any ill-treatment of individual persons in violation of Article 3. At the same time, the State is also responsible for protecting individuals against ill-treatment resulting from omissions of the State authorities or, at least

to some extent, from acts committed by other private persons or groups. In particular, it is the duty of the State to formulate its legislation in a way which minimize a possibility of ill-treatment and establish substantive and procedural protection against such treatment.

As the Court observed in the *Mahmut Kaya v. Turkey* judgement (2000, § 115):

“... The obligation imposed on High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman or degrading treatment, including such ill-treatment administered by private individuals (see the *A. v. the United Kingdom* judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2699, § 22). State responsibility may therefore be engaged where the framework of law fails to provide adequate protection (see, for example, the *A.* judgment cited above, p. 2700, § 24) or where the authorities fail to take reasonable steps to avoid a risk of ill-treatment about which they knew or ought to have known (for example, *mutatis mutandis*, the *Osman* judgment cited above, pp. 3159-60, §§ 115-16).

In the *Pretty v. the U. K.* judgement (2002, § 50-51), the Court summarized the concept of “positive obligations” in respect to Article 3 of the Convention:

“... An examination of the Court’s case-law indicates that Article 3 has been most commonly applied in contexts in which the risk to the individual of being subjected to any of the proscribed forms of treatment emanated from intentionally inflicted acts of State agents or public authorities (see, amongst other authorities, the *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25). It may be described in general terms as imposing a primarily negative obligation on States to refrain from inflicting serious harm on persons within their jurisdiction. However, in light of the fundamental importance of Article 3, the Court has reserved to itself sufficient flexibility to address the application of that Article in other situations that might arise (*D. v. the United Kingdom* judgment of 2 May 1997, *Reports* 1997-III, p. 792, § 49).

... In particular, the Court has held that the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within the jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken together with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or inhuman and degrading treatment or punishment, including such treatment administered by private individuals (see the *A. v. the United Kingdom* judgment of 23 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2699, § 22). A positive obligation on the State to provide protection against inhuman or degrading treatment has been found to arise in a number of cases: see, for example, the above-cited *A. v. the United Kingdom* where the child applicant had been caned by his stepfather, and *Z. and Others v. the United Kingdom* [GC] (no. 29392/95 ECHR 2001-V), where four child applicants were severely abused and neglected by their parents. It also imposes requirements on State authorities to protect the health of persons deprived of liberty (see *Keenan v. the United Kingdom*, cited above, concerning the lack of effective medical care of a mentally ill prisoner who committed suicide; also *Kudła v. Poland* [GC] no. 30210/96, ECHR 2000-XI, § 94).

V. Particular Areas of Application

Article 3 has mostly been applied to cases in which an individual has been subjected to any of the proscribed forms of treatment emanated from intentionally inflicted acts of State agents or public authorities, in particular in the context of detention, police-interrogation or military action. However, the case law of the Court applied Article 3 also to other situations, like in particular to conditions in prisons.

While every detention is inevitably linked with certain degree of suffering, the conditions of detention must observe minimal standards of dignity. Thus, even if there is no example of intentional ill-treatment directed against a particular detained person, the whole situation in a particular prison or within the entire prison system may engage the responsibility of the State:

“... The Court has considered treatment to be “inhuman” because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and

mental suffering. It has deemed treatment to be “degrading” because it was such as to arouse in the victims feeling of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them (see, for example, *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 92, ECHR 2000-XI). In considering whether a particular form of treatment is “degrading” within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3 (see, for example, the *Raninen v. Finland* judgment of 16 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-VIII, pp. 2821-22, § 55). However, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of a violation of Article 3 (see, for example, *Peers v. Greece*, no. 28524/95, § 74, ECHR 2001-III). The suffering and humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment.

Measures depriving a person of his liberty may often involve such an element. Yet it cannot be said that detention on remand in itself raises an issue under Article 3 of the Convention. Nor can that Article be interpreted as laying down a general obligation to release a detainee on health grounds or to place him in a civil hospital to enable him to obtain specific medical treatment.

Nevertheless, under this provision the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured (see *Kudla v. Poland* cited above, §§ 92-94) (*Kalashnikov v. Russia*, 2002, § 95).

In the *Poltoratskiy v. Ukraine* judgement (2003, § 148) the Court observed that economic problems of the State cannot absolve it from responsibility:

“... The Court has also borne in mind, when considering the material conditions in which the applicant was detained and the activities offered to him, that Ukraine encountered serious socio-economic problems in the course of its systemic transition and that

prior to the summer of 1998 the prison authorities were both struggling under difficult economic conditions and occupied with the implementation of new national legislation and related regulations. However, the Court observes that lack of resources cannot in principle justify prison conditions which are so poor as to reach the threshold of treatment contrary to Article 3 of the Convention. Moreover, the economic problems faced by Ukraine cannot in any event explain or excuse the particular conditions of detention which it has found in paragraph 145 to be unacceptable in the present case”.

There is, in particular, a State's obligation to provide adequate medical treatment for detained persons. As the Court observed in the *Kudla v. Poland* judgement (2000, § 94):

“... the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance (see, *mutatis mutandis*, the *Aerts v. Belgium* judgment of 30 July 1998, *Reports* 1998-V, p. 1966, §§ 64 et seq.).

However, in this case, no violation of Article 3 has been found.

The same requirement applies to the psychiatric care and there have been several cases in which the Court found a violation of Article 3.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar

Muharrem ÖZEN^(*)

I. YAŞAMA HAKKI İLE İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARININ VE UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK YAŞAMA HAKKI

Kişi ve kişilik hakları, bütün hukuk sistemlerinin koruduğu ve korumak zorunda olduğu değerlerin başında gelir. Gerçekten niteliği, rejimi ve şekli ne olursa olsun, her Devletin en önemli fonksiyonu kişiyi ve kişilik haklarını, kimden gelirse gelsin, hukuka aykırı bütün saldırılardan korumak ve bu mümkün olmadığı takdirde saldırıda bulunanları cezalandırmaktır. Bu hakların merkezinde kuşkusuz yaşama hakkı gelmektedir. Yaşama hakkı olmadan diğer hakların kullanılabilmesi mümkün değildir. Bu itibarla yaşam hakkı karşısında diğer haklar türev, ikincil haklardır. Gerçekten kişinin hak ve özgürlüklerini kullanılabilmesi fiziki varlığını sürdürebilmesine bağlı olduğu için yaşama hakkı, diğer hak ve özgürlüklerin ön koşuludur.

Bu niteliği dolayısıyla yaşama hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeğini oluşturmaktadır.¹ Bu itibarla diğer hakların kullanılabilmesi için ön

^(*) Yrd. Doç Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Toplulukları Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s.8-10. İnsan hakları ve özgürlükleri doktrini açısından yaşam hakkının anlamı ve içeriği hakkında bkz. SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı Üzerine İnsan Hakları Yılı, Yıl: 1, 1979, s.17 vd. Yaşam hakkı, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde vurgu yapılan temel hakların başında gelmektedir. Bu bağlamda İHEB'nin 3. maddesine göre, "aşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır." Bkz. T.C.Anayasası, İnsan Hakları

koşul olan yaşam hakkı, sadece ulusal hukukların değil, aynı zamanda uluslararası düzenlemelerin de koruma altına aldığı temel haklardan biridir. Nitekim İHAS'nin 2.maddesine göre, **“Herkesin yaşama hakkı yasayla korunur.”** Ancak 15. madde ile de koruma altına alınan bu hak bakımından hem 2.maddde hem de 15. madde ile belli kayıtlamalar getirilmişti. Ek 6 no'lu Protokolden önce İHAS'nin 2. maddesi uyarınca, “Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bir cezanın yerine getirilmesi dışında” hiç kimse kasten öldürülemez. Sözleşmenin bu maddesi Mart 1985 yılında yürürlüğe giren 6 no'lu Protokol ile yeniden düzenlenmiştir. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına ilişkin 6 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kuralı, 2. maddesi ise istisnayı düzenlemiştir. Buna göre, “Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.” (İHAS, 6 No'lu Protokol m.1). Ancak bu kural barış dönemi ile sınırlıdır. Gerçekten istisnayı düzenleyen 2. maddeye göre, **“Bir devlet, savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumlarında işlenmiş olan eylemler için yasalarında ölüm cezasına ilişkin hüküm öngörebilir; böyle bir ceza, ancak, yasada belirtilen durumlarda ve yasa hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. Bu Devlet, söz konusu yasaların ilgili hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirecektir.”**² Belirtelim ki, 01.03.1985 yılında yürürlüğe giren bu Protokol, 19.3.2003 tarihli ve 4831 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 17 Eylül 2003 tarih ve 25232 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur. Böylece 17 eylül 2003 tarihinden itibaren Ek 6 No'lu Protokol iç hukukun bir parçası haline gelmiştir.

Bilindiği üzere insan hakları alanında dinamik süreç yaşanmaktadır. Bunun sonucu olarak İHAS'de 6 no'lu Protokol ile yapılan değişiklik 13 no'lu Protokol ile yeni bir boyut kazanmıştır. Nitekim 03.05.2002 tarihinde Vilnius'ta **“Her Durumda Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 13 No'lu Protokol”** imzaya açılmıştır. Bu Protokol ile 6 no'lu Proto-

Evrensel Beyannamesi, Kanun Metinleri Serisi 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 257.

² Bu hükümler için bkz. 17.09.2003 Tarihli ve 25232 sayılı Resmi Gazete, s.80. Ayrıca hüküm ve değerlendirmeler için bkz. TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M.Ruhan/SANCAKTAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s. 468 vd.

kol'un öngördüğü istisnalar da kaldırılarak artık ölüm cezası tümden yasaklanmıştır. Gerçekten söz konusu Protokol'un 1. maddesine göre, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse ne böyle bir cezaya çarptırılabilir, ne de bu ceza infaz edilebilir." Var olan istisnaları ortadan kaldıran 2. madde "istisnaların yasaklanması" başlığını taşımakta ve "sözleşmenin 15. maddesi doğrultusunda iş bu protokol hükümlerine hiçbir istisna getirilemez" hükmüne yer verilmektedir. Aynı şekilde Protokol'un "Çekince yasağı" başlıklı 3. maddesine göre, "Sözleşmenin 57. maddesi doğrultusunda iş bu protokol hükümlerine hiçbir çekince konamaz"³

B. ANAYASAL DÜZENLEMELER ve BU ALANDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER*

Birçok demokratik ülkenin anayasası gibi 1982 Anayasası da kişi ve kişilik haklarını hukuksal korumanın konusu yapmıştır. Kişi dokunulmazlığı, 17. maddede hükme bağlanmış olup, yaşama hakkını, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesini ifade etmektedir. Bu nitelikleriyle en temel insan hakkı olduğu kabul edilir.⁴ Anayasanın 17. maddesinin birinci fıkrasında ilke belirtilmektedir. Buna göre, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Daha sonra vücut dokunulmazlığı hukuksal koruma altına alınmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."

4. fıkrafta ise yaşama hakkının istisnaları hükme bağlanmaktadır. Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile

³ 13 No'lu Protokol'un gerekçesi ve hazırlanma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s. 74 vd.

* Bu tebliğ 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" hükümleri mevcut değil iken sunulmuştur. Bilindiği üzere 5170 sayılı Kanun, Anayasanın 38. maddesinin "savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" şeklindeki dokuzuncu fıkrasını "ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez" biçiminde değiştirmiştir. Ayrıca anayasanın 87. maddesinde yer alan "mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi" ibaresi de madde metninden çıkarılmıştır.

⁴ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, s.164.

meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, ölüm cezalarının yerine getirilmesi, meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanmanın bastırılması, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında kanunun izin verdiği zorunlu durumlarda silah kullanılmasıdır. Yaşama hakkı, olağanüstü yönetim şekillerinde de özel korumadan yararlanır (Any. m.15). Anayasa 15. maddenin 1. fıkrasında, temel hak ve özgürlüklerin hangi hallerde kısmen veya tamamen durdurulabileceğini hükme bağladıktan sonra ikinci fıkrasında, **“Birinci fıkrada belirtilen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz”** denilmektedir.

1982 Anayasası değişik hükümlerinde ölüm cezasından söz etmektedir (Any. m.15, 17, 38, 87). Kanunlarda ölüm cezası bulunmasına rağmen, TBMM, 1984’ten bu yana infazı yolunda bir irade açıklamamıştır. Belirtelim ki, anayasal hükümler karşısında ölüm cezasının anayasaya aykırılığı ileri sürülememekte ve aynı zamanda kanunlardaki ölüm cezalarının kaldırılması da anayasaya aykırılık yaratmayacaktır. Çünkü Anayasa bu hükümleri ile ölüm cezasının varlığına izin vermekte ve fakat onu zorunlu kılmamakta idi.⁵ Anayasa bu hükmü ile Türk hukuk mevzuatında ölüm cezası öngörülebilecek halleri sınırlamıştır. Anayasanın 38/9. maddesi hükmü, ölüm cezasının öngörülmesini emretme olarak değil tersine kanun koyucunun en fazla bu hallerde suç için ölüm cezasını belirlemesine olanak verdiği şeklinde yorumlanmalıdır. Bu durum, 38/9. maddenin yer aldığı “Kişi Hakları ve Ödevleri” bölümünün niteliğinden de anlaşılmaktadır. Böylece Anayasa söz konusu düzenlemesi ile hangi durumlarda ölüm cezasının kanun koyucu tarafından öngörülebileceğine işaret etmekte ve diğer durumlarda ölüm cezasının verilmesini yasaklamak

⁵ TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, s. 164.

suretiyle yaşam hakkını güvence altına almaktadır.⁶ Nitekim TCK'da yapılan değişikliklerle birçok suç için öngörülen ölüm cezaları kaldırılmıştır.⁷

Konumuz olan yaşama hakkı ile ilgili olarak asıl olumlu gelişme 2001 yılında yapılan Anayasal değişikliklerle yaşanmıştır. Gerçekten o gününün koşullarında yasama organı herkesi olumlu anlamda şaşırtacak önemli değişiklikleri gerçekleştirdi. Biz burada Anayasada yapılan değişikliklerin yeterli olup olmadığı, 1982 Anayasasının bu değişikliklere rağmen maruz kaldığı eleştirilerden kurtulmasının mümkün olup olmadığı tartışmalarına girecek değiliz. Bu çalışmamızda değerlendirilecek husus, yaşama hakkı ve işkence bakımından nasıl bir değişikliğin yapıldığıdır. 2001 yılında Anayasasının 38. maddesinde yapılan değişiklikler sonucunda Türk hukuk sisteminde üç hal dışında artık ölüm cezasının verilmesi mümkün değildir. Gerçekten Anayasasının 38. maddesinin 9. fıkrasına göre, **“Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.”** Hukuk düzenimizde savaş ve çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemeyeceğine göre, bu kavramların anlamları belirlenmelidir. Burada çalışmanın amacı dışına çıkmamak amacıyla savaş halinin TCK'dan ve terör suçlarının ise Terörle Mücadele Kanunu'nun 3 ve 4. maddelerinden çıkarılabilmesinin mümkün olduğunu belirtelim. Çok yakın savaş tehdidi ise TCK'dan çıkarılamaz. Bu kavramı ancak Anayasasının 122. maddesinden seferberlik haline yollama yapan 15. maddesinden çıkarılabileceği düşüncesine katılıyoruz.⁸

Burada Anayasasının 38. maddesi ile Ek 6 No'lu Protokol'ün düzenlemesi arasındaki farka da işaret etmek gerekir. Bilindiği üzere Anayasasının 38. maddesine 4709 sayılı Kanunun 15. maddesi ile yeni bir fıkra eklenmiş ve “savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri” dışında hukuk düzenimizde ölüm cezası kaldırılmıştır. İHAS ile Anayasa arasındaki fark “terör suçları” bakımından ortaya çıkmaktadır. Anayasa Ek 6 No'lu Protokol'de yer almayan bir istisna getirmiş ise de bu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte kanun koyucunun

⁶ FEYZİOĞLU, Metin, Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler, ABD., S., 2002/4, Yıl: 60, s.19-20.

⁷ Gerçekten 21.11.1990 tarihli ve 3679 sayılı Kanun ile TCK'da bazı suçlar için öngörülen ölüm cezası “inüebbet ağır hapis” cezasına dönüştürülmüştür.

⁸ Bu kavramların anlamları için bkz. FEYZİOĞLU, s.20 vd.

“terör suçları” hallerinde de ölüm cezasını öngörmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. İç hukukun bir parçası haline gelen uluslararası yükümlülüğün gereği olarak hukuk sistemimizde İHAS'ne paralel olarak sadece “**savaş ve çok yakın savaş tehdidi**” hallerinde ölüm cezası söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.

C. YAŞAMA HAKKI BAKIMINDAN YASAL HÜKÜMLER VE GERÇEKLEŞEN DEĞİŞİKLİKLER*

Yaşama hakkı, hukuk sistemimizde, hem cezai hem de hukuki korumanın konusunu oluşturmaktadır. TCK'nun 49, 50, 448, 452.maddeleri bu hak bakımından cezai korumanın sınır ve koşullarını ortaya koyan hükümlerden bazılarıdır. Bu çalışmada, yaşam hakkının cezai himayesini sağlayan hükümler tek tek inceleme konusu yapılmayacaktır. Burada hukukumuzda reform sayılabilecek ölüm cezaları ile ilgili Anayasal değişikliğe paralel gerçekleştirilen yasal değişikliklere işaret edilecektir. Bilindiği üzere yaşam hakkı bakımından hukuk sistemimizde, son dönemde en önemli gelişme kuşkusuz ölüm cezası alanında olmuştur. Yukarıda belirtildiği üzere 1982 Anayasasında 2001 yılında çok önemli değişiklikler gerçekleştirildi. Bunlardan biri de Anayasanın 38. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda “savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez” hükmünün kabul edilmesidir.

Anayasal alanda bu gelişmeyi 2002 yılında 4771 sayılı Kanun izlemiştir. Gerçekten 9 Ağustos 2002 tarihli Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanununun 1. maddesine göre, “*A) Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 7.1.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.*”⁹

* Tebliğin sunulduğu tarih itibarıyla, 21 Temmuz 2004 gün ve 25529 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 14.7.2004 tarih ve 5218 sayılı “ölüm cezasının kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” hükümleri, yürürlükte bulunmadığından değerlendirilmemiştir. 5218 sayılı kanun, Anayasada yapılan değişikliğe paralel olarak, TCK'nun ölüm cezasını düzenleyen 11/1 fıkrasının (1) numaralı bendini, 12. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Değişik maddelerde yer alan “idam” veya “ölüm” ibarelerini “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” olarak değiştirmiş ve buna bağlı olarak 13. maddeye “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası” ibaresi eklemiş ve bu cezayı tanımlamıştır.

⁹ 4771 sayılı Kanun 1/A. maddesinin (a) alt bendinde aynı maddede idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçları bakımından cezanın infaz-

Ölüm cezası bakımından 4771 sayılı Kanununun eksiğini ve ihmali ni gidermek amacıyla 17.2.2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Millî Parkı Kanununda yer alan ve terör suçları için öngörülen ölüm cezası, 15.7.2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanunun 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve bu ceza da müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.

D. ANAYASA VE YASALARDA YAPILAN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve yaşama hakkının istisnalarından biri olan “yakalamayı ve kaçmayı önlemek için” silah kullanılmasından doğan öldürme fiillerinin hukuka uygun ve meşru kabul edilmesi, Anayasanın değişik 13. maddesinde hükme bağlanan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki kriterlerden “ölçülülük” ve “orantılılık” ilkelerine aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, TMK’da yer alan ve kolluğa duraksamaksızın ateş açma yetkisi veren bir hükmü iptal etmiştir.¹⁰

Anayasada yapılan değişikliklerin, AİHS ve ek protokolleri ile çelişip çelişmediği üzerinde durmak gerekir. Anayasanın 38. maddesinde yer alan değişiklikler dikkate alındığında, ilk sorununun yapılan değişikliklerin AİHS’nin Ek 6 no’lu Protokol ile örtüşmediği görülmektedir. Şöyle ki, yukarıda belirtildiği üzere Ek 6 no’lu Protokol ölüm cezasını sadece “savaş” ve “yakın savaş tehlikesi” hallerinde ülkelerin mevzuatında korunabilmesine imkan vermektedir. Anayasanın 38. maddesi bu istisnalara “terör suçları”nı da eklemiştir. Hukuk sistemimizde, terör suçlarına verilen geniş anlam karşısında bu değişikliğin etkisinin ne olacağı tartışma götürür.¹¹ Her ne kadar 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesindeki terör tanımı değiştirilmek suretiyle terör suçlarının alanı daraltılmış¹² ise de temel

ma ilişkin özel düzenleme getirmiş ve bu tür suçlar bakımından müebbet ağır hapis cezasının ölüncüye kadar devam edeceği kabul edilmiştir.

¹⁰ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 164.

¹¹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 164.

¹² 15.7.2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanununun 20. maddesi ile 3713 sayılı Kanununun 1. maddesinde yer alan terör tanımı yeniden yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, “Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel

eleştirir varlığını sürdürmektedir. Asıl sorun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Ekleri karşısında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten Anayasanın değişik 38. maddesi üç hal dışında ölüm cezasının verilemeyeceğini hükme bağlamak suretiyle bu cezaya olumlu anlamda bir sınırlama getirmiş ise de, "terör suçları" ile ilgili istisna nedeniyle AİHS'nin ek 6 no'lu Protokol'ü ile uyumlu olmadığı açıktır.¹³ Bu durum 6 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile daha açık olarak ortaya çıkmıştır: Son dönemdeki uluslararası terör olayları nedeniyle terör suçları için istisna eklenmesi bir an için düşünülse de, AİHS'ye ek 13 no'lu Protokol savaş ve yakın savaş tehdidi hallerine ilişkin istisnaları da kaldırdığına ve Avrupa Birliği'nin Anayasası olarak nitelendirilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında da ölüm cezası kesin olarak yasaklandığına göre Anayasanın 38/9. maddesindeki terör suçlarına ilişkin istisna mutlaka kaldırılmalıdır. Zira Avrupa Birliğine tam üyelik yolunda mevzuatında önemli değişiklikler yapan ülkemizin bu konuda da iyileştirme yapması zorunluluk haline gelmiştir.¹⁴

Bu iyileştirme AİHS 6 No'lu Protokol'ün yürürlüğe konulması ile bir ölçüde gerçekleştirilmiştir. Bu olumlu gelişmeye rağmen Anayasanın 38. maddesi ile Ek 6 No'lu Protokol'ün hala örtüşmediği görülmektedir. Yukarıda işaret edildiği üzere Anayasanın 38. maddesine 4709 sayılı Kanununun 15. maddesi ile yeni bir fıkra eklenmiş ve "savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri" dışında hukuk düzenimizde ölüm cezası kaldırılmıştır. İHAS ile Anayasa arasındaki fark "terör suçları" bakımından ortaya çıkmaktadır. Anayasa Ek 6 No'lu Protokol'de yer almayan bir istisna getirmiş ise de bu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte kanun koyucunun "terör suçları" hallerinde de ölüm cezasını öngörmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. İç hukukun bir parçası haline gelen uluslararası yükümlülüğün gereği olarak hukuk sistemimizde artık yasama organının Anayasadaki ölüm cezalarının kabul edilmesine imkan veren hallerde, AİHS'ne paralel olarak sadece "savaş ve çok yakın savaş tehdidi" hallerinde ölüm cezasını öngörebileceği sonucuna ulaşılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile örtüşmeyen ve ona aykırılık oluşturan "terör suçları" için ölüm cezası verilebileceği kuralından kaynaklanan çelişki kanun hükümleri ile giderilmiştir. Belirtelim ki,

sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

¹³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s. 72.

¹⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s. 72

4771 sayılı Kanunun terör suçlarını açısından da ölüm cezasını kaldırması Anayasanın 38. maddesine aykırı değildir. Bu konuda 4771 sayılı Kanunun kabul edilmesi aşamasında bazı tartışmalar ve Anayasa aykırılık iddiaları ileri sürülmüştür. Fakat bu düşünce temelden yoksundur. Çünkü Anayasanın bu hükmü, kanun koyucuya hangi hallerde ölüm cezası getirebileceği konusunda yasak anlamında tavanı oluşturmaktadır. Bir anlamda özgürlüğün en fazla ne kadar sınırlandırılabileceğini ve hangi hallerde ölüm cezasının konulmasına izin verdiğini belirtmektedir. Kanun koyucunun özgürlük lehine ölüm cezasını tümden kaldırması da anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır.¹⁵ Sonuçta 4771 sayılı Kanun hükümleri anayasa ile çelişmemektedir.

İkinci husus, 4771 sayılı kanunun iki durum dışında ölüm cezarlarını kaldırır iken izlediği sayma yöntemi yanlış olmuştur. Zira bu sayma nedeniyle mevzuatımızda terör suçları için ölüm cezası öngören bir hüküm Anayasaya aykırı olmayacağı için amaçlanan gerçekleşmeyecektir. Nitekim, 17.2.2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nda terör saiki ile işlenecek suçlara ölüm cezası öngörülmektedir. Öyle ise, hukuk sistemimizde, terör suçları bakımından ölüm cezası varlığını sürdürmekte idi. İşte bu gözden kaçan husus, eleştiriler dikkate alınarak 19 Temmuz 2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 15.7.2003 tarihli ve 4928 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 18. maddesinde 4771 sayılı Kanunun 1. maddesinin (A) fıkrasının birinci paragrafı değiştirilmek suretiyle düzeltilmiştir. Buna göre, "*Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 7.1.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun*¹⁶, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu ile 17.2.2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür".

¹⁵ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.164.

¹⁶ 7.1.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 38. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece 4771 sayılı Kanunun ölüm cezası bakımından atıfta bulunduğu hükümler artık mevcut değildir. 4926 sayılı Kanun, ağırlıklı olarak para cezalarına ve sınırlı olarak "hürriyeti bağlayıcı cezalara yer vermiştir.

Bireyin en üstün hakkı olan yaşam hakkı, demokratik toplumun temel değeridir. Bu durum AİHS'nin 2. maddesi hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Yaşam hakkının kanunla koruma altına alınması kasıtlı ve keyfi öldürmelere karşı yaşam hakkının korunması yanında devlete yükümlülükler de yüklemektedir. Bu yükümlülük, AİHS'nin 1. madde hükmü gereğince Sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin tanınması yükümlülüğü nedeniyle kaçınma şeklinde ortaya çıkan negatif bir yükümlülük yanında yaşam hakkının korunması için pozitif yükümlülükleri de kapsamaktadır.¹⁷

Hukuk sistemimiz de yaşama hakkı bakımından Devlet hem negatif yükümlülük hem pozitif yükümlülük altındadır. Negatif yükümlülüğün, TCK'nun 448. maddesinden hareketle "öldürmeyeceksin" şeklinde olduğu söylenebilir. Pozitif yükümlülük ise yaşamı hukuken korumak ve ihlal gerçekleştiğinde ise, etkin soruşturma ve kovuşturma şeklinde kendini göstermektedir. Gerçekten Devlet, kendi yetki alanı içinde yaşayan kişilerin yaşam hakkını korumak yükümlülüğü altındadır. AİHM'nin bir çok kararında da belirtildiği üzere sözleşmede yer alan haklar dinamik bir yapıya sahip olduğundan devlet, önce bu öldürmeme yükümlülüğünü yerine getirecek; sonra da kişinin yaşamını, ölümle sonuçlanabilecek saldırı yahut eylemlere karşı korumak için gerekli önlemleri alacaktır.¹⁸ Zira AİHS'nin kabul ettiği sistemde, temel amaç, bireyin etkin korunmasının sağlanmasıdır.¹⁹ Yaşam hakkına gerçek anlamda saygının sağlanabilmesi için kişinin dört durumda korunması gerekir. Bunlar, kişinin kendisine karşı korunması, üçüncü kişilere karşı korunması, topluma-devlete karşı korunması ve son olarak ideolojik nedenlerle yaşamın korunmasıdır.²⁰

AİHS'nin 2.maddesinin 2. fıkrasında kuvvet kullanmanın meşru olduğu durumlar sınırlı olarak sayılmış olup, bunlar genişletilemez. Öyle ki, savaş olağanüstü durumlarda dahi, devletler, AİHS'nin 2.

¹⁷ Devletin keyfi öldürme fiillerine karşı yaşam hakkının korunmasını sağlayan Sözleşmenin 2. maddesi, aynı zamanda üçüncü kişilerin yaşam hakkına yönelik ihlallerine karşı devletin uygun önlemler almaması halinde sorumluluğunun doğması mümkün gözükmektedir. Bu konuda bkz. KARAKAŞ, Işıl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: "Mc Cann"dan "Kaya" ve Ötesine, s.58.

¹⁸ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ankara 2002, s.156,160; DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.1, İstanbul 2002, s.904 vd.

¹⁹ KARAKAŞ, s.59.

²⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, s.168.

maddesine aykırı önlemler alamazlar. Belirtilen istisnai durumlarda zor kullanma sonucu yaşam hakkının ortadan kaldırılması sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyecektir. Ancak bu zor kullanmanın “mutlak zorunluluk”, “orantılılık” ilkelerine uygun olarak ve “son çare” olarak gerçekleşmesi gerekir. AİHS açısından yaşama hakkının korunması, gözaltında kaybolmalar, faili meçhul cinayetleri, bütün şüpheli ölümlerin araştırılması ve varsa failleri olabilecek kamu görevlileri ve özel kişilerin belirlenerek haklarında aynı kurallar çerçevesinde, kamu davası açılma gerekliliğini kapsamaktadır.²¹ Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında yaşama hakkının ihlali nedeniyle ülkelerin mahkum edilmesi, cezaevinde intihar, gözaltında intihar ve kaybedilme, çatışmada öldürme, faili meçhul öldürme, göstericileri dağıtarken öldürme, gözaltına alırken öldürme, kişi tarafından öldürme ile cezaevinde yaralama, gözaltına alırken yaralama, gözaltında ölümle tehdit ve sağlık hizmetlerinden yararlanamama şeklinde ota çıkan ölüm risklerini içeren olaylara dayanmaktadır.²² Mahkemenin bu uygulamaları ışığında, zor kullanma ve yaşam hakkı arasındaki ilişkiye mevzuatımız ve uygulamamız açısından genel olarak bakmak gerekir.

Hukuk düzenleri, bir yandan zor kullanımını yasaklarken, diğer yandan toplumsal yaşamın karmaşıklığı karşısında ve kamu düzenin ve barışın korunması amacıyla ona izin vermektedir. Bu durumlar hukuka uygunluk nedeni olarak ifade edilmektedir.²³ Bu bağlamda, TCK, 49. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerine yer vermiştir. Burada yer alan genel hukuka uygunluk nedenleri yanında özel hukuka uygunluk nedenleri de bulunmaktadır. TCK'nun 49. maddesinde yer alan kanunun emrini yerine getirme, izin veren açık ceza normu niteliğinde olduğundan, ayrıntıları özel kanunlara bırakılmıştır. Kanunun emrini yerine getirme ve dolayısıyla zor kullanmaya izin veren kanun hükümleri (Örneğin, PVSK. m.16, ek 6; 2911 sayılı Kanun, m.24, 1481 sayılı Kanun, m.1,2) TCK'nun 49.maddesi ile birlikte uygulanma zorunluluğu vardır. Hukuk düzenimizde bu normlar birlikte değerlendirildiğinde, temel ilkenin “kanunsuz suç ve

²¹ KABOĞLU, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, AFA Yay., İstanbul 1998, s.157; KARAKAŞ, s.59.

²² DOĞRU, Osman, s.904 vd

²³ ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale*, PG., Milano 1997, s.266-267, HAFIZOĞULLARI, Zeki, *Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Kasım 1995, C., III, S., 4, s.15.

ceza olmaz" olduğu, bu ilke sadece suçların ve cezaların kanunla konulması anlamına gelmediği, aynı zamanda "kanunsuz yargılama olmaz", "kanunsuz infaz olmaz" ilkelerini de içerdiği söylenebilir.²⁴ Bunun anlamı, kanunun emrini yerine getirme olmadıkça, hiç kimse ve özellikle zor kullanmaya yetkili olan kişiler, başkasının yaşamını tehlikeye sokamaz, kişilik haklarına zarar veremez. Bunu doğuran fiiller, duruma göre adam öldürme ve müessir fiilden başlayarak (TCK. m. 448, 456) diğer suçları oluşturabilir (TCK. m.243, 250). Niteliği hukuk devleti olan bir devlette, "suç işlemek" şeklinde Devletin bir erki bulunmamaktadır. Devlete ait olamayan bir erk, devletin memurunu da ait olamaz. Hukuk düzenimizde, memurun fiili, kanunun emrinin yerine getirilmesi olmadıkça, suçtur ve cezalandırılması gerekir. Bu itibarla suçun takipsiz ve cezasız kalmasını sağlamaya yönelik usulü her çeşit ayrıcalık hukuk devleti ilkesi ile çelişir. Hukuk düzenimizde "yargısız infaz"adı altında bir uygulamanın bulunması mümkün değildir. "Yargısız infaz" olarak nitelendirilen uygulamalar esasen suçtur.²⁵ Hukuk düzenimiz bakımından özellikle kolluğun zor kullanmada sınırın aşıp aşılmadığı ve oranın bulunup bulunmadığı önem kazanmaktadır. Kolluk, zor kullanmayı adli görevler nedeniyle kullanmış ve ölümlere neden olmuş ise, son yapılan değişikliklerle bu fiiller bakımından 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmamakta, doğrudan C. Savcısı soruşturma yapabilmektedir. Aynı şekilde olağanüstü hal veya sıkıyönetim dönemleri için yine C. Savcısının hazırlık soruşturması yapabilmesi söz konusudur. Buna karşılık olağan dönemlerde, mülki-idari görevlere giren zor kullanma sonucunda ölüm gerçekleşir ise, olayın soruşturulması için 4483 sayılı Kanun gereği mülki amir olan kaymakamın izninin alınması gerekmektedir.

E. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Uygulamada ölüm cezaları açısından karşılaşılan ilk sorun, 4471 sayılı Kanunun 1. maddesi ile uygulama yapılırken anılan Kanunun 1/a madde ve bendinde belirtilen nedenlerden dolayı yapılacak indirimlerde idam cezasına ilişkin indirim nedenlerinin korunup korunmadığıdır. Gerçekten TCK'da yer alan temel cezanın idam veya müebbet ağır hapis cezası olmasına göre cezanın belirlenmesini öngö-

²⁴ HAFIZOĞULLARI, s. 15-16, 20.

²⁵ HAFIZOĞULLARI, s. 17.

ren hükümler bağlamında 4771 sayılı Kanunun 1/A. maddesinin (a) fıkrasında sayılan hükümlerin saklı tutulmasının anlamının belirlenmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak bir başka sorun da 4771 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce ölüm cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen ve 59. madde uygulanmak suretiyle müebbet ağır hapis cezası şeklindeki cezalar bakımından TCK'nun 2. maddesi dikkate alınarak müebbet ağır hapis cezasının 30 yıl ağır hapis cezasına dönüşüp dönüşmeyeceğidir.

İlk derece mahkemelerinde yapılan yargılamalarda verilen ve kesinleşen ölüm veya müebbet ağır hapis cezaları açısından 4771 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi nedeniyle sanık lehine olan bu Kanunun hükümlerini ileri süren sanık veya hükümlüler, yargılamaya konu olan fiiller bakımından artık ölüm cezasının bulunmadığını azami cezanın müebbet ağır hapis cezası olduğunu ve dolayısıyla tavan ceza olan müebbet ağır hapis cezasına TCK'nun 59.maddesinin uygulanarak cezanın "otuz sene ağır hapis cezası" dönüştürülmesini talep ettikleri ve bu taleplerin ilk derece mahkemesinde kabul gördüğü bilinmektedir. Bu bağlamda karısını öldürmekten sanık olan koca hakkında yapılan yargılama sonucunda TCK'nun 450/3, 59/1. maddeleri uyarınca müebbet ağır hapis cezasına mahkum edilmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Kesinleşmeden sonra 4771 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve bu Kanunun sanık lehine uygulamasının talebinin reddine ilişkin karara itiraz edilmiş ve itiraz mercii itirazın kabulü ile temel cezanın müebbet ağır hapis cezası olarak tesbitine TCK'nun 59. maddesinin uygulanmasıyla 30 yıl ağır hapis cezası cezalandırılmasına karar verilmiştir.²⁶

Yargıtay ve ilgili dairelerin yaklaşımı ilk derece mahkemelerinin uygulamalarının hukuka aykırı olduğu şeklinde iken Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düşüncesi ise uygulamanın hukuka uygun olduğudur. Burada ilk olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunca benimsenen ve artık istikrarlı bir uygulamaya dönüşen yaklaşım üzerinde durmak gerekir. YCGK, anılan Kanunun gerekçesinden hareket ederek "ilgili kanun maddesinde idam cezasını gerektiren bir suç" ibaresini 4771 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden ve idam cezasına yer veren hükümler bakımından idam cezasının cezanın belirlenme-

²⁶ Afyon Ağır Ceza Mahkemesi'nin 6.12.2000 gün ve 2000/252-226 sayılı kararı. Bu karar Yrg. 1.C.D'nin 27.10.2003 gün ve E. 2003/3365, K. 2003/2499 sayılı kararından alınmıştır. (Yayınlanmamıştır).

sinde göz önünde bulundurulacağı kanaatindedir. Buna göre, 4771 sayılı Kanun, iki hal dışında ölüm cezasını kaldırmış olmasına rağmen, 1/A. maddesinin (a) fıkrasında hangi hallerde ölüm cezasının saklı olduğu belirtilmektedir. Kanun metni aslında iyi kaleme alınmamış, bazı tereddüt ve duraksamalara yer vermekte ise de, madde-nin gerekçesi anlaşmazlığı çözmektedir. Bu istisnalar karşısında 4771 sayılı Kanun, ölüm cezasını hukuk sistemimizde bütünüyle kaldır-mamış ve bu istisnalar bakımından temel cezanın belirlenmesinde veya indirim nedenlerinin uygulanmasında ölüm cezası dikkate ala-rak uygulama yapılacaktır. Bu itibarla 4771 sayılı Kanunun 1/A mad-desinin (a) alt bendindeki düzenleme Türk hukukunda hangi hallerde ölüm cezasının saklı olduğunu ve varlığını sürdürdüğünü belirt-mektedir. Nitekim Yargıtay CGK'nun 4.3.2003 tarih ve 2003/9-24 E. ve 2003/20 K. sayılı kararında bu yönde bir yoruma yer verilmiştir. CGK'na göre, *"fıkranın(a) bendinde ise, TCY'nin 47, 50, 51, 55, 58, 59, 61, 62, 64, 64, 65, 66, 451, 452, 462 ve 463. maddeleri ile 2253 sayılı Yasanın 12. maddelerinin idam cezalarına ilişkin hükümlerinin saklı olduğu hükme bağlanmıştır."*

YCGK, daha ayrıntılı olarak bir başka kararında soruna ve yakla-sımına işaret etmiş bulunmaktadır. CGK'nun bu kararını aynen aktarıyoruz: *"Maddedeki düzenlemeden, metninde iyi ifade edilmemiş olsa bile idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülenler hakkın-da 4771 sayılı Yasanın 1/a madde ve bendinde belirtilen nedenlerden dolayı yapılacak indirimlerde idam cezalarına ilişkin indirim oranları-nın korunmuş olduğu açıkça anlaşılmaktadır."*

Nitekim bu husus Yasa koyucu tarafından, maddenin değişik ge-rekçesinde örneklemede yapılmak suretiyle, "Maddeyle, bu Kanun hü-kümlerine göre idam cezasından müebbet ağır hapis cezasına dönüştü-rülmüş olanlar hakkında Türk Ceza Kanununun idam cezasına ilişkin, 47, 50, 51, 55, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 66, 102, 112, 451, 452, 462 ve 463 üncü maddeleri ile 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun idam cezasına ilişkin 12 nci maddesi hükümleri saklı tutularak, idam cezasından dönüştürü-len müebbet ağır hapis cezasına mahkum olanlar hakkında bu hüküm-lerin uygulanmasına aynen devam edileceği vurgulanmaktadır. Madde-ye göre, örneğin ilgili kanun maddesinde idam cezasını gerektiren bir suçu eksik teşebbüs derecesinde işleyen fail hakkında 765 sayılı Kanu-nun 61 nci maddesinin birinci fıkrasının uygulanması sonucunda idam cezası için öngörülen indirim, idam cezasından çevrili müebbet ağır

hapis cezası için de uygulanacak ve fail hakkında 15 seneden 20 seneye kadar ağır hapis cezasına hükmolunacaktır.” şeklinde açıklanmıştır.

Görüldüğü gibi Yasa Koyucu tarafından,4771 sayılı Yasanın 1. maddesi ile, savaş ve çok yakın savaş tehdidi halleri dışında işlenmiş suçlar ayırık olmak üzere, TCY, 1918 sayılı Yasa ve 6831 sayılı Yasada yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş ise de; dönüştürülen bu ceza, TCY.nın 13. maddesinde düzenlenen müebbet ağır hapis cezasından farklı bir indirim ve infaz rejimine tabi tutularak, bu şekilde eylem ve ceza adaleti arasındaki denge sağlanmaya çalışılmıştır. Yasa koyucu tarafından açık olarak düzenlenen bir hususta, yasaya ve yasa koyucunun amacına aykırı bir yorum yapılarak, indirimlerde müebbet ağır hapis cezasının esas alınacağından söz etmek olanaklı değildir.

Yasada soyut olarak ifade edilen hükmün kolay anlaşılabilmesi halinde, içeriğinin belirlenmesi açısından yorum yapmakta gereklilik bazen de zorunluluk bulunmakta ise de, anılan düzenleme yorum gerektirmeyecek ölçüde açık ve kesindir.”²⁷ YCGK, aynı yaklaşımını 4.3.2003 tarih ve E.2003/9-24, K. 2003/20 sayılı kararında da sürdürmektedir.²⁸

²⁷ Yrg. CGK'nun 19.11.2002 tarih ve E.2002/9-266, K. 2002/390 sayılı kararı(MALKOÇ, s. 45-46). Malkoç, bu varılan sonucu katılmadığını belirtmekte ve “ Tekrarlayalım ki, gerekçelerde vurgulanan, kanun koyucunun açıkça belirttiği hususlarda yorum yapılamaz görüşü doğrudur ama, kanun koyucu idam cezasını kaldırdığı daha kesin bir şekilde Anayasadan başlayarak açıklanmıştır. İrade açıklamalarından birisine uyarırken diğeri gözardı edilmiş oluyor. Önceliğin idam cezalarının kaldırılması yönünde olduğu açıktır. Gerçi TCY. 449 ve 450 nci maddelerdeki suçların yaptırımları eşit hale getirilmiştir ama, infazları bakımından bir farklılık oluşturulmak suretiyle denge sağlanmaya çalışılmıştır.” Bkz. MALKOÇ, s. 39-40.

²⁸ “Yasa koyucu, fıkranın (a) bendinde tek tek saydığı indirim nedenleri yönünden önceki miktarların korunduğunu belirtmekle, sadece temel cezayı dönüştürme iradesini taşıdığını ortaya koymuş, böylelikle temel cezada yapılacak indirimlerde müebbet ağır hapis cezasının esas alınmasını ve dolayısıyla sonuç cezanın değişmesini önleyerek, önceden yaptırımını idam cezası olarak öngördüğü suçlar ile müebbet ağır hapis olarak belirlediği suçlar ve cezalar arasında var olan dengeyi korumak istemiştir. Bu düzenlemenin doğal sonucu olarak, temel ceza idam olarak belirlendikten sonra yapılan indirimler nedeniyle sonuç cezanın müebbet veya muvakkat hürriyeti bağlayıcı ceza olarak tayin edildiği kesinleşmiş hükümlerde, 4771 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması sonuç ceza üzerinde bir değişiklik meydana getirmeyeceğinden, bu durumda, mahkemesinden yeni bir karar istenmesine gerek bulunmamaktadır.” Bkz. Yrg. CGK'nun 4.3.2003 tarih ve E.2003/9-24, K. 2003/20 sayılı kararı.

Yargıtay uygulaması da bu düşünce paralelinde gerçekleşmekte ve TCK'nun 59. maddesinin idam cezasına ilişkin hükümlerinin saklı olduğu benimsenerek, lehe kanun uygulaması yapılmak suretiyle temel cezanın müebbet ağır hapis cezası sayılması ve daha sonra TCK'nun 59. maddesi hükmü uyarınca cezanın 30 yıl olarak kabulü ve infazın bu ceza üzerinden gerçekleştirilmesi yaklaşımı reddedilmektedir.²⁹

Buna karşılık YCGK'nun 19.11.2002 tarih ve 2002/ 9-266, 2002/394 sayılı kararındaki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının isabetli olan aksi düşüncesine işaret etmek isteriz. Yargıtay Başsavcılığı bu kararda, "**belirtilen Kanun maddelerinde yer alan idam cezasına ilişkin hükümler 4771 sayılı Kanununun 1. maddesi ile; savaş ve, çok yakın savaş tebdidi hallerinde işlenen suçlar haricinde idam cezası kaldırılmış yerine müebbet ağır hapis cezası konulmuştur.**

Bu ana düzenlemeye paralel biçimde idam cezasının varlığını sürdürdüğü suçlar hakkında uygulanma kabiliyetlerinin devamının temini amacıyla (a) ve (b) bentlerinde saklı tutulmuştur.

Elde bulunan dosyada atılı suçun temas ettiği TCK.nun 146/1. maddesinde öngörülen idam cezası kaldırılıp yerine müebbet ağır hapis cezası konulduğundan TCK.nun 2. maddesi uyarınca lehe sonuç doğuran yeni kanun hükmü sanık hakkında uygulanmalı ve buna göre de önce temel ceza müebbet ağır hapis olarak yeniden belirlenmeli bunun üzerinden TCK.nun 55. maddesinin 1.fıkrası 2. bendinde öngörülen indirim uygulanarak sonuç cezaya ulaşılmalıdır.

Başsavcılığımıza gelen dosyalardan bazı Mahkemelerce de yurarda açıklanan yorum doğrultusunda sadece idam cezası ile neticelenenler değil kanuni ve takdiri nedenlerle indirim uygulanarak idamın başka bir cezaya dönüştürüldüğü kesinleşmiş ilamların da yeniden ele alınıp hüküm oluşturulduğu, örneğin kanun değişikli-

²⁹ Yrg. 1 CD., E.2003/3365, K. 2003/2499 sayılı kararı "TCY.nun 450/3 ve 59. maddeleri uyarınca müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılan ve iş bu hükmü kesinleşmiş bulunan hükümlü O.T.'nin sonradan yürürlüğe giren 4771 sayılı Yasa'nın 1. maddesi (A) bendi (a) alt bendindeki "idam hükümleri saklıdır" kuralı gereğince sonuç cezası değişmeyeceğinden ve sadece temel cezası olan "idam"ın müebbet ağır hapse dönüştürülmesiyle yetinilip kesinlik kazanan nihai cezanın aynen korunması gerektiğinden farklı uygulama getiren ve sonuç cezası 30 yıl ağır hapse indiren Sandıklı Ağır Ceza Mahkemesinin kesinleşmiş hükmünün yazılı emre dayalı tebliğname uyarınca bozulması gerekmiştir." (Yayınlanmamıştır)

ğinden önce hakkında TCK.nun 125. maddesi uyarınca idam cezası verilip 59. madde uygulanmak suretiyle müebbet ağır hapis cezası tayin olunan bir hükümlü hakkında duruşma açılarak bu kez temel ceza müebbet ağır hapis olarak belirlenip 59. madde bunun üzerine uygulanarak 30 yıl ağır hapis cezasına dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır.”³⁰

Başsavcılığın itirazında yer alan düşüncesini haklı ve yerinde bulan Malkoç’a göre, “**“Dönüştürme”** kelimesinin bir anlamı da “değiştirme”dir.

Maddenin (a) ve (b) bentlerinde saklı tutulan hükümler, ancak, henüz varlığını sürdüren savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için uygulanabileceklerdir. Buna göre, 4771 sayılı Yasanın birinci maddesinde müebbet ağır hapse dönüştürme istisnalarından bir suç işlendiğinde, örneğin TCK.nun 126. maddesi ihlal edildiğinde söz konusu hakkı saklı tutulan bentler devreye girecek ve böylece uygulama yapılacaktır.

Müebbet ağır hapis cezasına dönüştürme istisnaları dışında, 4771 sayılı Yasanın 1(A) madde ve fıkrası ile açık olarak bir ceza indirimi gerçekleştirilmiştir. Maddede zikredilen kanunların idam cezası içeren maddelerinin cezaları artık müebbet ağır hapis cezasıdır. Buna göre faile, fiilinin temel cezası olan müebbet ağır hapis verilecek, cezadan indirim yapan maddeler bu ceza üzerinden uygulanacaktır.”³¹

Gerçekten 4771 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce ölüm cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan yargılama sonucunda ölüm cezası veya TCK’nun 59. maddesi uygulanmak suretiyle müebbet ağır hapis cezası verilmesi halinde, bu cezalar bakımından 4771 sayılı Kanun ve TCK’nun 59. maddesi birlikte uygulanabilir mi uygulanamaz mı uygulamanın çözmesi gereken sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bir başka anlatımla yukarıda da işaret edildiği üzere 4771 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemenin TCK’nun 2. maddesi anlamında sanık lehine hüküm sayılarak 59. maddenin uygulanması suretiyle müebbet ağır hapis cezasına hükmedilmesi olaylarında temel ceza müebbet ağır hapis sayılıp yeniden duruşma açılarak 59. madde uygulanmak suretiyle sonuç cezanın 30 yıl ağır hapse dönüştürülmesi uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

³⁰ YCGK., T., 19.11.2002, E.2002/9-266, K.2002/394 (MALKOÇ, s.37)

³¹ MALKOÇ, s.39.

4771 sayılı Kanun ile Türk hukuk düzeninde kural olarak ölüm cezasının yürürlükten kaldırıldığıdır. İstisna ise savaş ve yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen suçlar bakımından ölüm cezasının varlığını sürdürdüğüdür. Kanun koyucunun ölüm cezasının istisna haline getirdiğinin bir başka kanıtı da AHİS nin 6 nolu ek protokolünü kabul etmesi gösterilebilir. 4771 sayılı Kanunun hükümleri gerekçeye başvurulamayacak kadar açık olduğu kanaatindeyiz. Bu saklı tutulan hükümler Türk hukukunda istisnaen varlığını sürdüren ölüm cezası hallerin varlığı halinde idam cezasının uygulanarak cezanın belirlenmesini sağlamaya yönelik olduğu açıktır. TCK'nun 29. maddesi karşısında "savaş" ve "çok yakın savaş tehdidi" şeklindeki iki hal dışında müebbet ağır hapis cezasına dönüşen suçlar bakımından TCK'da yer alan ve 4771 sayılı Kanunda belirtilen indirim maddelerinin uygulanmasında idam cezası var gibi uygulanması kabul edilemez. Bu yürürlükten kaldırılan ölüm cezasının yürürlükte imiş gibi uygulanması anlamına gelecektir. Bunun kabulü ise TCK'nun 29. maddesine aykırılık oluşturur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düşüncesinde belirtildiği üzere, 4771 sayılı Kanunun 1/A. maddesinde yer alan kural düzenlemeye paralel biçimde idam cezasının varlığını sürdürdüğü suçlar hakkında uygulanma kabiliyetlerinin devamının temini amacıyla (a) ve (b) bentlerinde saklı tutulmuştur.³² Bu durumda örneğin TCK'nun 450. maddesinde öngörülen şiddet nedenleri bakımından idam cezası kaldırılıp yerine müebbet ağır hapis cezası konulduğundan TCK'nun 2. maddesi uyarınca lehe sonuç doğuran yeni kanun hükmü sanık hakkında uygulanmalıdır ve buna göre de önce temel ceza müebbet ağır hapis olarak yeniden belirlenmelidir. Daha sonra somut olayda mevcut olduğu takdirde haksız tahrik(m.51), yaş küçüklüğü(m.55/2) veya teşebbüs (m.61,62) varsa müebbet ağır hapis cezası üzerinden belirtilen maddelerdeki indirimler uygulanarak sonuç cezaya ulaşılmalıdır.

Belirtelim ki, 4771 sayılı Kanunun 1/A. maddesinin (a) alt bendinde yer alan TCK'da yer alan indirim nedenlerini saklı tutan hü-

³² FeYZioğlu da benzer kanaattedir. Yazara göre, "Auf yapılan maddeler, ölüm cezası ile cezalandırılan suçlarda, daha hafif cezaların hangi durumlarda ve hangi şartlarda verilebileceği ve ölüm cezası gerektiren suçlarda dava ve ceza zaman aşımının ne olduğu ile ilgilidir. 4771 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (A) paragrafı, ölüm cezasını tamamen ilga etmemiştir. Mevzuatımızda ölüm cezası yürürlükte kalmaya devam ettiğine göre, auf yapılan bu madde hükümlerine daha ihtiyaç vardır. Ancak 4771 sayılı Kanun'un, ilga edilip edilmediği tartışma konusu dahi yapılamayacak maddeleri saklı tuttuğunu ilan etmesi gereksizdir." Bkz. FEYZİOĞLU, s.28.

küm anlamsız ve gereksiz bir hüküm değildir.³³ Bu hüküm yerinde ve isabetlidir. Şöyle ki, 4771 sayılı Kanun mevzuatımızda savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen suçlar için öngörülen ölüm cezaları yürürlükte tuttuğuna göre, bu nitelikte bir suç işlendiğinde (örn. TCK. m.126,129,131/1,133/1) bente yer alan indirim nedenleri uygulanırken ölüm cezasına göre cezada indirim yapılacak ve ona göre ceza tayin edilecektir.³⁴ Aksi halde bu tür suçlar bakımından ölüm cezası varken indirim nedenlerinin uygulanması halinde o basamağın ortadan kaldırılması bir çelişki olurdu.

4771 sayılı Kanun hükümleri değerlendirilirken üç hipotezle karşılaşılabilmektedir. Birincisi, 4771 sayılı Kanun hükümleri yürürlüğe girmeden önce yani 9 Ağustos 2002 tarihinden önce mevzuatımızda ölüm cezasını (örn. TCK. m.125,146,450) gerektiren bir suçtan yargılama yapılmış ve mahkumiyet hükmü verilmiş ve olayda sanık lehine TCK'nun 59. maddesi uygulanmış ve sonuçta hükmün kesinleşmiş olmasıdır. 4771 sayılı Kanun istisnai iki hal dışında ölüm cezasını kaldırıp bu cezayı müebbet ağır hapis cezasına dönüştürdüğüne göre, TCK'nun 2. maddesi anlamında lehe kanun söz konusu olduğundan kesinleşen mahkumiyet ilamlarının yeniden ele alınıp temel ceza olarak müebbet ağır hapis cezası belirlendikten sonra TCK'nun 59. maddesi uygulanmak suretiyle yeni hükmün oluşturulması gerekmektedir. Örneğin kanun değişikliğinden önce hakkında TCK.uun 125. maddesi uyarınca idam cezası verilip 59. madde uygulanmak suretiyle müebbet ağır hapis cezası tayin olunan bir hükümlü hakkında duruşma açılarak bu kez temel ceza müebbet ağır hapis olarak belirlenip, 59. madde bunun üzerine uygulanarak 30 yıl ağır hapis cezasına dönüştürülmesi zorunludur.

İkinci durum yargılama devam ederken 4771 sayılı Kanunun yürürlüğe girmiş olmasıdır. Bu durumda da yargılamaya konu olan fiil TCK'da savaş ve çok yakın savaş tehdidi dışında işlenen bir suç olup da ölüm cezasını gerektiriyorsa artık ceza müebbet ağır hapis cezasına dönüştüğü için TCK'nun 2 ve 29. maddeleri gereğince temel ceza olarak müebbet ağır hapis cezası esas alınacak ve varsa indirim nedenleri (TCK. m.51,59, 61,62) müebbet ağır hapis cezası üzerinden uygulanacaktır.

³³ Krş. FEYZİOĞLU, s.28.

³⁴ MALKOÇ, s.39.

Üçüncüsü ve sonuncusu ise, 4771 sayılı Kanun hükümleri yürürlüğe girdikten sonra işlenen fiiller bakımından söz konusu olmaktadır. Burada işlenen ve yargılamaya konu olan fiil savaş ve çok yakın savaş tehdidi halleri dışında bir fiil olup da 4771 sayılı Kanunu hükümleri uyarınca cezası ölüm cezasından müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş ise, artık yürürlükte olmayan bir ceza olan ölüm cezasının temel ceza sayılması mümkün değildir. Buna hem 4771 sayılı Kanunun kendi hükümleri hem de TCK'nun 29. maddesi engeldir. Zira TCK'nun 29 maddesine göre, "Kanunda sarahaten yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir ve ne de değiştirilebilir.

Kanunun muayyen bir nisbet dairesinde cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan teşdid veya tahfif edici sebepler, nazara alınmaksızın o fiil hakkında ne ceza tayin edilecekse tezyid ve tenkis keyfiyeti o ceza üzerinden icra olunur." Bu itibarla 4771 sayılı Kanun hükümleriyle cezaları ölüm cezasından müebbet ağır hapis cezasına dönüşen suçlar bakımından 4771 sayılı Kanunun 1/A. maddesi (a) alt bendinde yer alan indirim nedenleri uygulanırken CGK'nun yaptığı gibi, yürürlükten kaldırılan ölüm cezasını var kabul ederek indirim nedeninin ölüm cezası üzerinden uygulanması TCK'nun 2 ve 29. maddelerinin açık ihlali anlamına gelir. Bu uygulamanın gerekçesi olarak 4771 sayılı Kanunun gerekçesinden hareket etmek de mümkün değildir. Her şeyden önce 4771 sayılı Kanun hükmü gerekçeye gidilmeyecek kadar açıktır. YCGK'nun benimsediği yorum, yürürlükten kaldırılmış bir cezanın belirtilen indirim nedenleri bakımından yürürlükte olduğu anlamına geldiği için kanun koyucunun açık iradesine aykırıdır. Yukarıda da işaret edildiği üzere, kanun koyucu kural olarak ölüm cezasının kaldırılmasını benimsemiş, ancak iki istisnai durumda bu cezanın varlığını benimsemiştir. Bu iradesini AHİS'nin Ek 6 Protokolünü yürürlüğe koymak suretiyle de güçlendirmiştir. Ayrıca 4771 sayılı Kanunun gerekçesi YCGK'nun savını güçlendirir şekilde de yorumlanamayacağı kanaatindeyiz. Gerçekten 4771 sayılı Kanunun 1/A maddesinin (a) alt bendindeki düzenlemeye ilişkin gerekçede yer alan "**ilgili kanun maddesinde yer alan idam cezasını gerektiren bir suç..**" ile 4771 sayılı Kanun hükümlerine savaş veya çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen ve ölüm cezasını gerektiren bir suç (örn.TCK. m.131/1, 133/1,) kastedilmektedir. Zira örneğin TCK'nun 450. maddesindeki kasıtlı adam öldürme suçunun şiddet nedenleri için artık ceza müebbet ağır hapis

cezasına dönüştüğü için söz konusu indirim nedenleri uygulanırken TCK'nun 29.maddesi uyarınca temel ceza müebbet ağır hapis cezası olarak kabul edilecektir.

YCGK'nun 19.11.2002 tarihli kararında işaret edilen, 4771 sayılı Kanun uyarınca ölüm cezasından müebbet ağır hapis cezasına dönüşen ceza, "TCY.nın 13. maddesinde düzenlenen müebbet ağır hapis cezasından farklı bir indirim ve infaz rejimine tabi tutularak, bu şekilde eylem ve ceza adaleti arasındaki denge sağlanmaya çalışılmıştır. Yasa koyucu tarafından açık olarak düzenlenen bir hususta, yasaya ve yasa koyucunun amacına aykırı bir yorum yapılarak, indirimlerde müebbet ağır hapis cezasının esas alınacağından söz etmek olanaklı değildir" şeklindeki gerekçesi de kabul edilemez. YCGK'nun yaklaşımının tersine kanun koyucunun gerçek iradesi hukuk düzenimizde kural olarak ölüm cezasını kaldırmaktır. 4771 sayılı Kanununun asıl amacı budur. Kanununun açık iradesine aykırı yorumu ise YCGK yapmaktadır. 4771 sayılı Kanunla kanun koyucunun yöntemi ve tercihi tartışılabilir. Ancak kanun koyucunun yoruma gerek kalmayan ve gerekçeye gitmeyi gerektirmeyen düzenlemesi karşısında ölüm cezasından dönüşen müebbet ağır hapis cezası ile var olan müebbet ağır hapis cezası arasında kanun koyucuya rağmen fark yaratmak ve sonuçta uygulamacıya verilmeyen eylem ve ceza adaleti arasında denge sağlamaya çalışmak çabası yasal dayanaktan yoksundur. Kanaatimizce ölüm cezasının yürürlükten kaldırılmasını örtülü reddeden YCGK'nun bu çözüm tarzı asıl adaletsizliğe ve dengesizliğe yol açacak niteliktedir. Örneğin TCK'nun 450. maddesindeki şiddet nedeninin bir olayda haksız tahrik hükmünü içerdiği bir başka olayda ise haksız tahrikin bulunmadığını düşünelim. YCGK'nun yaklaşımı esas alındığında haksız tahrik altında işlenen TCK'nun 450. maddesine göre ceza tayin edilirken ölüm cezası yürürlükte imiş gibi uygulama yapılacak ve sonuçta failin cezası müebbet ağır hapis cezası olacak, haksız tahrik bulunmadan işlenen TCK'nun 450. maddesine göre verilecek ceza, 4771 sayılı Kanun gereğince müebbet ağır hapis cezası olarak tayin edilecektir. Farklı iki olayda aynı cezaya hükmedilmesini kabul etmek hem 4771 sayılı Kanununun açık iradesine aykırıdır, hem de TCK'nun 29. maddesinin açık ihlalidir.

Uygulamada 4771 sayılı Kanununun hükümleri karşısında değişiklik mi yoksa dönüştürme mi olduğu ve dolayısıyla hükmün nasıl kurulacağı da tartışılmıştır. Burada iki farklı düşünce olduğu görülmektedir. İki düşünce arasındaki fark şekli nitelikte olup sonuç sanığa

verilecek cezalar arasında fark bulunmamaktadır.³⁵ 4771 sayılı Kanun arasında hükümleri karşısında ölüm cezasından müebbet ağır hapis cezasına dönüştürmeden sonra yeni bir indirim uygulanarak cezanın değiştirilmesi gerekmektedir.. Böylece YCGK'nun kanaatinin aksine Yargıtay Başsavcılığının yaklaşımı gereğince temel cezada yapılacak indirimlerde müebbet ağır hapis cezasının esas alınması gerekmektedir.

4771 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 9.8.2002 tarihinden itibaren anılan Kanundaki iki istisna dışında TCK'da idam cezasını öngören hükümlerdeki "idam cezası" "müebbet ağır hapis" cezasına dönüştürüldüğünden, kurulan hükümdeki temel cezanın "idam cezası" olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda TCK'nun 450. maddesinde yer alan şiddet nedenlerinin uygulanması söz konusu oldu-

³⁵ Bu bağlamda birinci düşünceye göre, 4771 sayılı Kanun, (A) bendi ve (a) ve (b) alt bentleri birlikte değerlendirildiklerinde bağımsız ve kendi başına yürürlüğü bulunan hükümler içermektedir. Burada bir değişiklik değil, bir "dönüştürme" söz konusudur. Bu itibarla Kanunun getirdiği dönüştürme madde metinlerine işlenmeyecek ve başlı başına bir kanun olarak sonuç ceza idam cezası ise istisnaen uygulama alanı bulacaktır. Verilecek hükümlerde örneğin "Sanığın TCK'nun 450 maddesinin 3. bendi gereğince idamına, 4771 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca ölüm cezasının müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesine" denilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. İkinci düşünceye göre ise, 4771 sayılı kanun ile gerçekleştirilen dönüştürmenin kanun metinlerine işlemsiz işlenmiş gibi hareket edilmesi ve hüküm fıkrasının infazı da dikkate alarak farklı düzenlenmesidir. Örneğin TCK'nun 450/1. maddesinden yargılanan sanık hakkında hüküm kurulurken 59. madde de uygulanmak isteniyorsa, hükmün," Usulü kasten öldürdüğü anlaşılın sanığın TCK'nun 4771 sayılı Kanunla değişik 450/1.maddesi uyarınca müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına; sanığın duruşmadaki pişman hali nazara alınarak TCK'nun 59. maddesi uyarınca ve 4771 sayılı Kanunun 1(A) bendi (a) alt bendi gereğince müebbet ağır hapis cezasına indirilmesine" şeklinde olması gerektiği savunulmaktadır. Görülmektedir ki, bu düşünceler arasında sonuç olarak sanığa verilecek cezalar arasında fark yoktur. Ayrıca hükümlünün tabi olduğu infaz rejimi de farklılık arz etmemektedir. İdam cezasını açık veya örtülü dikkate alarak uygulamaya başlayıp devam şeklinde şekli bir farklılık söz konusudur. Bu düşünceler ve değerlendirmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MALKOÇ, s. 33 vd. Kanaatimizce 4771 sayılı Kanun uyarınca ölüm cezası müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen suçlar bakımından ilgili kanun maddesine işlenmesi ve aruk o cezanın müebbet ağır haptisten ibaret olduğunun kabulü zorunludur. Bu yönde uygulama için bkz. TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Kanunlar, Ankara 2003, s.49 (TCK.m.125), 61 (TCK.m.146), 180 (TCK.m. 450).

ğunda, temel cezanın 4771 sayılı Kanunun 1/A. fıkrası uyarınca “ müebbet ağır hapis” olarak belirlenmesi gerekmektedir.³⁶

4771 sayılı Kanun ölüm cezasını gerektiren suçlarda cezayı müebbet ağır hapis cezasına dönüştürürken infaz bakımından da farklı hükümler getirmiştir. Gerçekten 4771 sayılı Kanunun 1. maddesinin (B) paragrafının 1. fıkrasına göre, **“Bu Kanun hükümlerine göre idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülenler hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 70,73 ve 82 nci maddelerinde öngörülen süreler iki kat terör suçları hakkında üç kat uygulanır.”**

Anılan düzenlemenin aufta bulunduğu TCK’nun 70,73 ve 82. maddelerinde, müebbet ağır hapis cezası ile başka bir hürriyeti bağlayıcı cezanın içtimaı halinde cezanın ne kadarının hücrede çektirileceği öngörülmüştür. Bu durumda 4771 sayılı Kanun hükümlerine göre müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen ceza ile başka bir hürriyeti bağlayıcı ceza içtima etmiş ise, TCK’nun belirtilen maddelerindeki süreler adi suçlar için iki kat olarak uygulanırken, terör suçlarında üç kat olarak uygulanması gerekmektedir. Bu düzenlemenin hükümlü aleyhine olduğu ve Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan “eşitlik ilkesi”ne aykırı olduğu iddiası ileri sürülebilir. Bu düzenleme, suç için öngörülen ölüm cezalarını müebbet ağır hapse dönüştükten sonra infazda hücre cezasının, ne zaman ve ne kadar uygulanacağı hususunda yeni bir uygulama getirmektedir. Kuşkusuz bu düzenleme, 4771 sayılı Kanun uyarınca kesinleşmiş ölüm cezaları müebbet ağır

³⁶ Yrg. 1 CD., E.2003/2214, K. 2003/1599 sayılı kararı “ Hükmün verilmesinden önce, 9.8.2002 gün ve 24841 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesinin (A) bendi uyarınca savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, TCK.nun da yer alan idam cezalarının müebbet ağır hapse dönüştürüldüğü gözetilmeksizin, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle CMUK. nun 343. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadedi 6.5.2003 gün ve 21344 sayılı yazılı emirlerine müsteniden dava dosyası Cumhuriyet Başsavcılığından 21.5.2003 gün ve Y.E/79321 sayılı tebliğnamesiyle Dairemize gönderilmekle; okundu ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Yazılı emre dayanan tebliğname münderعاتı yerinde görüldüğünden kabulüyle Gaziantep 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.10.2002 gün ve 59/325 sayılı ilamında sanık A.K.E hakkındaki mahkumiyet kararının sair hükümleri saklı tutulmak suretiyle adam öldürmek suçundan TCK.nun 450/4. maddesiyle kurulan hükümdeki temel cezanın “İDAM” sözcüğüne ilişkin uygulamanın (BOZULMASINA) ve hüküm fıkrasından çıkarılmasına, bozma sebebi dikkate alınarak yerine “4771 sayılı Yasanın 1/A. fıkrası uyarınca (MÜEBBED) sözcüğü yazılması...” (Yayınlanmamıştır).

hapis cezasına dönüşen mahkumiyet kararları için de uygulanacaktır. Ölüm cezasının müebbet ağır hapis cezasına dönüşmesi nedeniyle infazdaki bu ağırlaştırmaya rağmen 4771 sayılı Kanun lehte bir kanun olarak nitelendirilmesi kanaatindeyiz. Bu nedenle 4771 sayılı Kanunun anılan infaza ilişkin hükümlerinin yani hücre cezasının çekilmesini ağırlaştıran hükümlerinin Kanunu yayınından önce kesinleşen ve TBMM'de bulunan hükümlülükler bakımından da uygulanması Anayasanın 38/1. maddesine aykırılık oluşturmaz.³⁷

Uygulamada çıkan sorunlarda biri de kesinleşmiş hükümler bakımından 4771 sayılı Kanunun hükümlerinin ilk derece mahkemesinde ele alınması gerektiğinde bu işlemin duruşmalı yapıp yapılmamasıdır. Yargıtay uygulaması, hükmün zat ve mahiyetine etki edecek değişiklikler bakımından incelemenin duruşma açılarak yapılması yolundadır. Bu bağlamda 4771 sayılı Kanunun 1(B-1). maddesinde yazılı ve takdire bağlı uygulamalar söz konusu değilse sadece ölüm cezasını içeren hükmün TCK'nun 2 ve 4771 sayılı Kanunun geçici 1. maddeleri gereğince mahkemesince ele alınarak ölüm cezasının müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesi kararının duruşmasız verileceği kabul edilmektedir.³⁸ Buna karşılık takdire bağlı uygulamalar ve ölüm cezasından başka hürriyeti bağlayıcı ceza söz konusu olduğunda kararın duruşmalı olarak verilmesi benimsenmektedir.³⁹ Hükümlülük kararlarında değişiklik yargılaması söz konusu olduğunda kararın duruşmasız yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira CMUK'nun 405. maddesine göre, cezanın infazı sırasında mahkemeden alınması gereken karar duruşma yapılmadan verilir. Karar verilmeden önce iddiaların neticesini bildirmek üzere Cumhuriyet Savcısına ve hükümlüye izin verilir. Bu nedenle kararı veren Yargıtay olmamak koşulu ile aleyhine gidilecek kanun yolu itirazdır.⁴⁰

³⁷ FEYZİOĞLU, s.29.

³⁸ I.C.D., 10.12.2002 gün ve E.2002/4767, K. 2002/4561 sayılı kararı: " 4771 sayılı Yasanın 1/A maddesi gereğince temel cezanın idamdan müebbet dönüştürülerek sair hususlar aynen saklı tutulduğundan evrak üzerinde yapılan inceleme ile karar verilmesi mümkün görülmektedir. (MALKOÇ, s.47).

³⁹ Yrg. I.C.D., 10.12.2002 gün ve E. 2002/4767, K. 2002/4561 sayılı kararı: "4771 sayılı Yasa uygulamasında, idam cezası yanında hürriyeti bağlayıcı ceza bulunduğu takdirde 1/b bendi gereğince TCK.nun 70,73,82. maddeleri uygulanacağından ve bu husus takdire bağlı olduğundan kararın duruşmalı inceleme ile verilmesi gereklidir." (MALKOÇ, s.46).

⁴⁰ YENİSEY, Feridun/KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap (Öğrenme Kitabı II), Ceza Muhakemesinin Yürüşü, B., 12, İstanbul 2003, s.1028.

II. İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE AÇISINDAN İÇ HUKUK KURALLARININ VE UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- GENEL OLARAK İŞKENCE, KÖTÜ MUAMELE, İNSANLIK DIŞI MUAMELE

İnsan haklarının en ağır ihlallerinden biri olan işkence ve kötü muamele, “söylem ile pratik ve norm ile gerçeklik arasındaki gerilimin, daha doğrusu uçurumun en derin olduğu insan haklarının başında gelmektedir.”⁴¹ Bu konudaki zorluk, insan haklarının en çok ihlal edildiği rejimlerde bile işkencenin varlığının reddedilmesi, tespit edilenler açısından ise onaylanmadığının ve “sistemik” olmayıp bireysel olduğunun dile getirilmesidir. Buna karşılık, uluslararası resmi veya sivil kuruluş ve örgütlerin işkence ile ilgili raporları Dünyada bu olgunun varlığını ortaya koymaktadır. Türkiye açısından da konu güncelliğini ve önemini korumaktadır. Şöyle ki, Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir çok kararında işkence yaşığının ihlalden dolayı mahkum edilmektedir ve yüklü tazminatlar ödemektedir.⁴² Özellikle Avrupa Birliği’ne tam üyelik sürecinde yerine getirmesi istenilen Kopenhag kriterleri dolayısıyla işkence yaşığının ihlali konusunda uluslararası resmi kuruluşların ve özellikle de Avrupa Birliğinin ciddi eleştirilerine maruz kalmaya devam etmektedir. Bu çerçevede söz konusu eleştirilerin en ağırlı da ulusal ve uluslararası sivil toplum örgütlerinden gelmektedir. Ülkemizin bu konuda yasal alanda yaptığı değişiklik ve çabaların olumlu sonuç vermesi demokratik bir hukuk devletinde olması gereken noktaya ulaşabilmesi için mutlaka uygulamanın da bu yaklaşımı desteklemesi ve bu alanda bilinçlenmeyi sağlamaya yönelik eğitim çalışmalarının yaygınlaştırılması şarttır. Özetle; işkence ve kötü muameleye yaşığının bir ülkede istenen noktaya gelmesi ve tam olarak uygulanabilmesi için salt hukuksal düzenleme yeterli değildir; ayrıca başta siyasi irade ol-

⁴¹ YALÇIN-SANCAR, Türkan, İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu sorunu, AÜSBFD, C., 57, Ekim-Aralık 2002, No: 4, s.154.

⁴² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesininin 3. maddesinin ihlali dolayısıyla Türkiye’nin mahkum edildiği kararlar için bkz. DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.1, İstanbul 2002; Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi, C.1, Sayı: 1, Nisan 2002, C, 1, Sayı: 2, Temmuz 2002, C, 1, Sayı: 3, Ekim 2002, C, 1, Sayı: 4, Ocak 2003.

mak üzere konuyla ilgili her kesimin samimi mücadele etmesi zorunludur.

Uluslararası alanda güvence altına alınan en temel insan haklarından biri işkence yasağı, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 5. maddesinde⁴³; 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7.maddesinde⁴⁴; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde ve doğrudan işkencenin önlenmesine yönelik olarak hazırlanmış olan ve 1987 yürürlüğe giren BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesinde; 1989 yılında yürürlüğe giren İşkence ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesinde ve İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşmede yer almaktadır.⁴⁵

Türkiye'nin Avrupa Birliğine üyelik süreci, 10-11 aralık 1999 tarihinde Helsinki zirvesiyle yeni bir ivme kazanmış, Aralık 2002 tarihinde Kopenhag zirvesinde daha da somutlaşmıştır. Bu sürecin zorunlu bir sonucu da ülkemizin demokratikleşme ve insan hakları açısından mevzuatını Avrupa Birliği ile uyumlaştırma gereksiniminin ortaya çıkmasıdır. Bu bağlamda, Katılım Ortaklığı Belgesi, Ulusal Program ve İlerleme raporları bu alanda karşımıza çıkan hukuksal dokümanlar olmaktadır. Türkiye'nin AB'ne tam üyelik için izlemesi gereken yolu gösteren Katılım Ortaklığı Belgesi, konumuz olan işkence sorununa "siyasi kriterler" bölümünde "kısa vadeli öncelikler" arasında yer vermiştir. Türkiye açısından bu yükümlülük, **"İşkenceyle mücadeleye ilişkin hukuki hükümlerin güçlendirilmesi ve gerekli tüm önlemlerin alınması ve Avrupa İşkencenin Önlenmesi Söz-**

⁴³ Uluslararası sözleşmeler bakımından adeta genel çerçeveyi oluşturan 5. maddeye göre, " Hiç kimse işkence ya da zalimane, insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz bırakılamaz." Bu Bildirgenin bağlayıcılığı olmamakla birlikte, siyasal ve etik açıdan ülkeler üzerinde günümüzde ağırlığının arttığı konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bkz. DEMİRBAŞ, Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 1992, s.20.

⁴⁴ BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası sözleşmenin 7. maddesi İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 5. maddesini tekrar etmektedir. Buna göre, "Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muameleye ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz.". Bu Sözleşme metni için bkz. RG., 21 Temmuz 2003, Sayı: 25175.

⁴⁵ Bu belgeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, İnsan Hakları Açısından İşkence Yasağı, İzmir 1996, s.197 vd. Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s.20 vd.

leşmesine riayetin sağlanması” şeklinde ifade edilmiştir. Ülkemizin Katılım Ortaklığı Belgesinde yer alan yükümlülüklerini nasıl yerine getireceğine ilişkin hazırladığı “Ulusal Program”da işkence sorunu açısından neler yapıldığına ve özellikle neler yapılacağına açıklık getirmektedir. Ulusal Programda Türk Hükümetinin işkenceyle mücadele konusunda kararlı olduğuna işaret edildikten sonra eğitimden başlayarak işkence olaylarının aydınlatılması ve sorumlularının cezalandırılmasına kadar uzanan yasal ve yönetsel önlemlerin güçlendirildiği belirtilmektedir; son dönemde alınmış önlemler ve yasal değişikliklerin neler olduğu tek tek sayılmakta, işkence ve kötü muamelelerin önlenmesine yönelik olarak kısa vadede hangi yasal değişikliklerin yapılacağı sıralanmaktadır.

B. ANAYASAL DÜZENLEMELER ve BU ALANDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Anayasanın 15, 17 ve 137. maddeleri bu konuda başvurulacak hükümleri içermektedir. 1982 Anayasasının 15. maddesinin 2. fıkrasında, “ Birinci fıkrada belirtilen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz” hükmüne yer verilmiş; “ Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında ise, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” düzenlemesi kabul edilmiştir. Ayrıca 137/2. maddeye göre, “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir surette yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz”.

C. YASAL DÜZENLEMELERDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

İşkencenin ve kötü muamelelerin Anayasada yasaklanmış olması işkence sorunuyla etkin mücadele ve sonuçta bunun ortadan kaldırılması veya en aza indirgenmesi için tek başına yeterli değildir. Anayasal hükümlerin varlık kazanabilmesi için işkence yaşama ihlali halinde, failerin cezai, idari ve hukuki yaptırımlara tabi olması şarttır. Bu nedenle Türk hukukunda işkence yaşama ihlali başta cezai olmak üzere idari ve hukuki yaptırımlar mevcuttur. Belirtelim ki, bu yaptırımlar Avrupa Birliğine üyelik sürecinden önce de mev-

cuttu. Şöyle ki, her şeyden önce Türkiye işkencenin önlenmesine yönelik imzalanan uluslararası sözleşmeleri imzalamış ve iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.⁴⁶ Ayrıca TCK'da 243. maddede işkence suçu⁴⁷, 245. maddesinde kötü muamele veya cismen eza verme suçu ve 228. maddede ise kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçuna yer verilmiştir.

Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasında yer alan işkence yasağının yaptırımını oluşturan işkence suçu, TCK'nun 243. maddesinde hükme bağlanmıştır. 1999 yılında 4499 sayılı Kanunla değişik düzenlemeye göre, “Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engelleme, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.

Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452'nci, sair hallerde 456'ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte hirden yarıya kadar artırılır.”

Bu hüküm bugünkü şeklini 5.1.1961 tarih ve 235 sayılı Kanunun 2. maddesi ve 26.8.1999 tarih ve 4499 sayılı kanunun 1. maddesinde yapılan iki değişiklik sonucunda almıştır.⁴⁸ 1999 yılında 4499

⁴⁶ İşkence ve kötü muamele yapılmamasını yasaklamaya yönelik uluslararası metinler şöyle sıralanabilir: 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (m.5), 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarını ve ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme (m.3), 10 Şubat 1984 İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 26 Kasım 1987 İşkencenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesidir.

⁴⁷ Biz bu çalışmada işkence suçu ve bu bağlamda keyfi muamele etmek suçu, sert muamele etmek suçu ve cebir kullanmaya yetkili olanların kötü muamele etmek suçları üzerinde ayrıntılı durmayacağız. AHS bağlamında iç hukukta yapılan değişiklikler ve uygulanmada bu suçlar bakımından çıkan bazı sorunlara işaret etmekle yetineceğiz. İşkencenin tarihsel gelişimi, uluslar arası belgelerdeki yeri ile işkence suçu ve benzer suçlardan farkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s. 5 vd ; NUHOĞLU, Ayşe, İşkence Yasayı ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.527 vd.

⁴⁸ TCK'nun 243. maddesinde yer alan bu suç, kaynak Kanun Zanardelli Ceza Kanunundan değil, 1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unun 104. maddesinden alınmıştır. 243. maddesinin ilk şekli şu şekildedir: “Mahkemeler meclisler reis ve azasından ve sair hükümet memurlarından biri, maznun bulunan

sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda, işkence ve kötü muamelelerin tanımı uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilmeye çalışılmış, işkence suçunu mağdurlarının sayısı artırılmış, manevi unsurun alanı genişletilmiş ve sonuçta günümüz insan hakları yaklaşımına uygun bir suç tipi haline getirilmiştir.⁴⁹

Ayrıca TCK'nun, 245. maddesinde kötü muamele veya cismen eza verme suçu ve 228. maddede ise kişilere karşı keyfi ve sert muamele suçuna yer verilmiştir.⁵⁰

kimselere cürümlerini söyletmek için işkence ederse, beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mahkum olur. Bunu maiyet memurları, mafevkinde bulunan amirlerin emir ve teşvikiyle yapmış olsa dahi cezadan kurtulamaz. Amirler, cürümde fer'an zimethal sayılır. İşkence olunan kimse, bundan mütesiren ölürse, fail 452. madde ile cezalandırılır. Ve eğer bir uzvun katı veya amelden sukutunu veya diğer daimi bir maluliyet veya mayubiyeti mucip olursa, 456. madde mucibince cezalandırılır." 1961 yılında 235 sayılı kanun ile 243. madde yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, "Mahkemeler ve meclisler reis ve azalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere baş vurursa beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkum olur. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçten birden yarıya kadar artırılır."

Hükümden anlaşılacağı üzere 1961 yılında yapılan değişiklikle TCK'nun 243. maddesi hükmü, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5.maddesi dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik ile, "işkence" tabirine "zalimane", "gayriinsani" ve "haysiyet kırıcı" terimleri eklenmek suretiyle suçun maddi unsurunda genişletilmiştir. Ayrıca genel hükümlere ayrırlığı ve TCK'nun 49. maddesinin varlığı göz önünde bulundurularak 2. ve 3. fıkralar yürürlükten kaldırılmıştır. Son olarak belirtelim ki, 243. maddesinin ilk şeklinde son fıkrada sadece 452. ve 456. maddelere atıfta bulunurken, yapılan değişiklikle sanığın suçunu söyletmek için maddede belirtilen kişilerin yapıkları işkence ve kötü muamele sonucu ölümün gerçekleşmesi halinde 452. madde, yaralanması halinde ise 456. madde gereğince verilecek cezanın üçte birden yarıya kadar artırılması hükmüne bağlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2002, s.526 vd. Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, Timur, DEMİRBAŞ, Timur, "2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayında Sunulan Tebliğ, s.3 (yayınlanmamıştır)

⁴⁹ DEMİRBAŞ, 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s.3; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.528.

⁵⁰ TCK'nun 245. maddesine göre, "Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvelden başka surette bir kimse hakkında suimamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve

Ülkemizde mevcut TCK'nun değiştirilmesi ve bugünkü ihtiyaçları karşılayan bir ceza kanununun hazırlanması fikri uzun bir süredir gündemdedir.⁵¹ Bu bağlamda işkence ve kötü muamele de yapılması düşünülen değişikliklerin başında gelmektedir. 1958 TCK Layihasında⁵², 1987 TCK Ön tasarısında ve 1997 TCK Tasarısında⁵³ ve son

cerh eylemlerine üç aydan beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürümi bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçten birden yarıya kadar artırılır.”

TCK'nun 228. maddesine göre, “Devlet memurlarından her kim bir şahıs veya memur hakkında memuriyetine ait vazifeyi suiistimal ile kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka suretle keyfi bir muamele yapar veya yapılmasını emreder veya ettirirse altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu muamele hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. Memuriyetinin icrasında lüzumsuz yere sert muamelelerle bir şahsın kanun hükmüne veya hükümcün emirlerine itaat etmemesine sebep olan memur dahi aynı ceza ile cezalandırılır.” İşkence suçu kavramı ve diğer suçlardan farkları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, İşkence Suçu, s.6 vd.

⁵¹ Bu konuda bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesince düzenlenen Sempozyuma sunulan tebliğ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 2003, s. 13 vd.

⁵² 1958 TCK Layihası'nın 243. maddesinde; “Suçlarını söyletmek için maznunlara işkence yapan memur bir seneden beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılır. –Fiil, kanunun diğer maddelerine göre daha ağır bir cezayı istilzam ediyorsa o maddelerde muayyen cezalar üçte birden yarısına kadar artırılarak hükmolunur” düzenlemesine yer verilmişti Bkz. DEMİRBAŞ, 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s.2-3.

⁵³ 1987 TCK Ön tasarısı'nın 389. maddesinde; “Kanunen sorguya çekmek yetkisine sahip bulunan memurlardan birisi, sanık olan kimselere suçlarını söyletmek için işkence eder veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa bir yıldan beş yıla hapis cezasına mahkum edilir.

Fiil, ölümle sonuçlanırsa fail hakkında sekiz yıldan onaltı yıla kadar hapis cezası verilir.

Suçun işlenmesi ile meydana gelen etkili müessir fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, fail hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Diğer hallerde 137 inci maddeye verilecek ceza üçte biri oranında artırılarak hükmolunur.

Suçun, amirin etkileyici müdahalesi ile işlendiği sabit olan hallerde verilecek cezanın üçte biri indirilir” şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca aynı Ön tasarısı, 421. maddesinde, “zor kullanma yetkisinin aşılması”nı, 422. maddesinde, “keyfi ve set muamele” suçunu hükme bağlamıştır. Bkz. Türk Ceza Kanunu Ön tasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987, s.172-173,184-185. 1989 TCK Ön tasarısı da 430. maddesinde işkence suçunu belirtilen hükmü aynen alarak düzenlemiştir. 1997 Tarihli TCK Öntasarısı ise işkence suçunu, kişilere karşı işlenen suçlar başlığında ikinci bölümde 139. maddede düzenlemiş ve nitelikli işkence hallerini ise 140 ve 141. maddelerde hükme bağlamıştır. Ayrıca “zor kullanma yetkisinin aşılması” ve “keyfi ve sert muamele” suçlarına “memurlar tarafından işlenen suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümde 474 ve 475. maddelerde yer vermiştir. Bu hükümler

olarak 2003 TCK Tasarısında ihtiyaçlara eleştirilere göre yeniden düzenlenmiş ise de özellikle son Tasarıda değişikliğin bazı sorunları beraberinde getirdiği haklı olarak belirtilmektedir.⁶⁴

D. YASAL DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşkence ve kötü muamele fiilleri bakımından uygulamada karşılaşılan en önemli sorunlardan biri işkence sanığı memur veya kamu görevlilerini tespit edip, yeterli kanıt bulduktan sonra dava zamanasını dolmadan yargılama yapıp hüküm verilmesindeki zorluktur. Uygulamada bu durumu aşabilmek ve varsa işkence faillerinin cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bazı yasal değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

Bu konuda çözümlenmesi gereken temel noktalardan biri işkence suçları ile ilgili davalarda yargılama sürecini hızlandırmak ve yargılamaların en seri ve hızlı şekilde tamamlanması ve varsa failinin cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu bağlamda, 7 Ağustos 2003 tarihli Resmi Gazetede yürürlüğe giren 30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanunun 5. maddesinde 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa ek 7 madde eklenmek suretiyle belirtilen düzenleme yapılmıştır. Buna göre, **“1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddelerinde yazılı suçları işleyenler hakkında soruşturma ve kovuşturmalar acele işlerden sayılır, öncelik ve ivedilikle ele alınır. Bu suçlarla ilgili davalarda duruşmalara zorunluluk olmadıkça otuz günden fazla ara verilemez, bu davalara adli tatilde de bakılır.”**

esas itibarıyla 2003 TCK Tasarısında benimsendiği söylenebilir. Bu hükümler için bkz. T.C Adalet Bakanlığı, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, 1997, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Özel Seri: 3, Ankara 1997, s.62-63, 128-129.

⁶⁴ 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısında işkenceye ilişkin hükümler İkinci Kitabı “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı birinci kısmın “İşkence” başlıklı dördüncü bölümünde 142,143 ve 144. maddelerde düzenlenmiştir. 142. maddede suçun basit şekli, 143. maddesinde nitelikli işkence ve 144. maddesinde ise, ağır nitelikli işkence hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerde işkencenin nitelikli hallerinin ayrı ayrı düzenlenmesi ve TCK’da yer almayan yeni şiddet nedenlerinin öngörülmesi ve özellikle işkence nedeniyle ortaya çıkacak yaralama, organ kaybı ve ölüm hallerinde cezanın ağırlaştırılması isabetli olmuş ise de, düzenlendiği bölüm nedeniyle korunan hukuki değer, fail ve mağdur, suçun unsurlarının belirlenmesi bakımından ciddi sorunlara yol açacak niteliktedir. Özellikle işkence ile müessir fiil suçlarının iç içe girmesi ve ayırt edilmesinde zorluklarla karşılaşılması kaçınılmazdır. Bu eleştiriler ve Tasarının işkence suçunun değerlendirilmesi için bkz.. DEMİRBAŞ, 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s. 6 vd.

İşkence ve kötü muamele ile mücadeleyi olumsuz etkilediği düşünülen hususlardan biri de işkence ve kötü muamele suçlarının faillerine verilen cezanın para cezasına veya başka bir tedbire çevrilmesi yada ertelenebilmesidir. Gerçekten işkence suçu nedeniyle verilen asıl hürriyeti bağlayıcı cezanın, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yer alan para cezasına veya başka bir tedbire çevrilmesi ya da ertelenmesi halinde işkence suçunu işlemiş olan kamu görevlisinin bir anlamda ödüllendirilmesi söz konusu olabilmektedir. İşte bu sakıncaları gidermek amacıyla 2.1.2003 tarihli ve 4778 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un I. maddesi ile **"243 ve 245. maddelerde yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez"**, hükmü getirilmiştir.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesinde ve etkin mücadele edilmesinde karşılaşılan bir başka sorun da işkence faillerinin soruşturulması ve kovuşturulmasında haklarında kamu davası açılmadan önce idarece yapılan ve soruşturmaların zaman aşımını dolmasına yol açan idari soruşturmalar idi. Bu duruma neden olan yasal düzenlemelerden birinin 1999 yılına kadar yürürlükte kalan Memurun Muhakematı Hakkında Kanun olduğu ileri sürülmekte idi. İşte bu eleştiriyi de dikkate alan kanun koyucu 1999 yılında 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu kabul ederek kamu görevlileri hakkındaki soruşturma ve takibatın hızlandırılmasını mümkün hale getirmeyi amaçladı. Ancak 4483 sayılı Kanunun getirdiği sistem ciddi eleştirilere neden oldu. Özellikle soruşturmaya başlamadan önce aranan izin işkence ve kötü muamele suçlarında faillerin geç yargılanmalarına veya zamanaşımı nedeniyle açılan kamu davalarında davanın ortadan kaldırılması kararlarının verilmesine neden olmuştur. Uygulamada karşılaşılan bu sorunu aşmak amacıyla Avrupa Birliği uyum paketleri olarak adlandırılan düzenlemelerden biri olan 4483 sayılı Kanunun 2. maddesine bir fıkra eklenmiştir. 2.1.2003 tarihli ve 4778 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 33. maddesine göre, **" 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz."** Böylece işkence ve kötü muamele suçları bakımından 4483 sayılı Kanunun soruşturma ve kovuşturmaları zamanaşımının dolmasına neden olacak kadar gecik-

ürici hükümleri uygulanmayacaktır. Aynı şekilde, kolluk amirleri bakımından bu sıfatla işledikleri suçlar nedeniyle 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesinde gözaltında tutulan kişilerin yargı mercileri önüne çıkarılmadan önce sağlık durumlarının tespitine yönelik olarak alınan adli tıp raporlarının önemi çok büyüktür. Gerçekten gözaltı süresi içinde zanlıların işkence veya bir kötü muameleye maruz kalıp kalmadığının belirlenmesinde ve buna bağlı olarak verdikleri ifadenin hukuksal sonuç doğurup doğurmasında adli tıp raporları belirleyici bir işleve sahip bulunmaktadır. Ülkemizde bu konuda bazı sorunlarla karşılaşıldığı bilinmektedir. Özellikle bu tür muayenelerin yapıldığı sırada gözaltı işlemi yapan kolluğun orada bulunması, muayene sonrası zanlının tekrar kolluğa teslim edilmesi ve muayene işlemi yapan hekimlerin istenen muayeneyi zaman zaman yapmaması veya yüzeysel yapması ve o sırada kolluğun odada bulunması gibi eleştiriler dile getirilmektedir. Bu konuda da olumlu bir adım atılmış ve gerçeğe aykırı rapor düzenleyerek işkenceyi gizleyen sağlık personelinin cezai sorumluluğunu düzenleyen 354. maddedeki cezalar, 26.8.1999 tarihli ve 4449 sayılı Kanunun 3. maddesi ile ağırlaştırılmıştır. Söz konusu cezaların yaklaşık yarı oranında artırıldığı görülmekle birlikte faillerinin ortaya çıkarılmasının kolay olmayacağı da bir gerçektir.

İşkencenin ve kötü muamelenin önlenmesinde ülkemizde aulan önemli adımlardan biri de göz altı sürelerinin azaltılmasıdır. Gerçekten göz altı süreleri başta Anayasa olmak üzere yasal düzenlemelerde yapılan değişiklikler sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına uygun hale getirilmiştir. Örneğin Anayasanın 19. maddesinin 5. fıkrası 4709 sayılı Kanunun 4. maddesi ile “ **Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz**” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu anayasal değişikliğe paralel olarak CMUK’da DGM’lerinin ilgili yasalarında değişiklikler yapılmıştır. 6.2.2002 tarih ve 4744 sayılı Kanunla CMUK’da yapılan değişiklik sonucunda azami göz altı süresi **bireysel suçlarda yirmi dört saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün** olarak hükme bağlanmıştır (CMUK. m. 128) Belirtelim ki, özellikle hazırlık soruşturmasında kolluğun göz altına alma işlemi ve ifade

alma işlemini gerçekleştirir iken gözaltı işlemini yapan kolluk görevlisi ile soruşturmayı yapan, yani ifade işlemini gerçekleştiren kolluk personelinin ayrı olması uygulamada karşılaşılan bir çok sorunu çözeceği kanaatindeyiz.

CMUK'da 1992 yılında yapılan reform niteliğindeki değişikliklerle sanığın hakları açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu bağlamda hukuka aykırı delil elde etme yasakları ve işkence yasağı açıkça düzenlenmiştir. Bu hükümler ile işkence yasağının ceza muhakemesinde delil teorisine etkisi ve hükmün dayanabileceği delillerin niteliği ortaya konulmuştur. CMUK'nun 135/a maddesine göre, "**İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.**" Aynı şekilde CMUK'nun 254/2. maddesinde, "**soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz**" düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece CMUK 135/a ve 254/2. maddelerinde soruşturma ve kovuşturma organlarınca hukuka aykırı ve işkence yasağını ihlal ederek elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağını kabul etmiştir. Bu yaklaşım, 2001değişikliği ile Anayasanın 38. maddesinde yer alarak anayasal norm haline getirilmiştir. Gerçekten Anayasanın 38. maddesine göre, "**Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.**"

Bu düzenlemeler ve önlemlerin yanında Ulusal Programda kısa vadede ve orta vadede işkence ve kötü muameleyle mücadelenin güçlendirilmesine yönelik olarak yapılacak mevzuat değişikliğine işaret edilmektedir.⁵⁵ Mevcut değişikliklerin uygulamada olumlu yan-

⁵⁵ Ulusal Programda bu konuda kısa vadede şu hususlara yer verilmiştir:

1. Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun ve Tüzüğü, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği, Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve Tüzüğü'nün gözden geçirilmesi,

2. Adli up Kurumu'nun modernizasyonu çalışmalarına başlanması öngörülmektedir.

Orta vadede ise;

1.Yeni Türk Ceza Kanunu'nun,

2.Yeni Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yasallaşması;

3.İnsan Hakları ihlallerine meydan verilmemesi için güvenlik güçlerine gerekli eğitimin verilmesi ve ihlallerin yoğun olarak yaşandığı ortamların teknolojiyen daha

sımarlarını öncelikli olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların sayısında azalmada görmek mümkündür. Gerçekten 2002 yılında toplam başvuru 2175 ve bu başvuruların 264'ü AİHS'nin 3. maddesinin ihlaline dayanmakta iken; 2003 yılında 17 Kasım 2003 tarihine kadar toplam başvurular 1935 olmuş ve bunlardan da 125'i AİHS'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkindir. Bu rakamlardan AİHS'nin 3. maddesine dayalı kişisel başvuruların yarı oranında azaldığı anlaşılmaktadır.⁵⁶

E. DEVLETİN İŞKENCE YAPAN PERSONELE RÜCU ETMESİ

1. YASAL DÜZENLEME

Gerek iç hukuk tarafından gerekse uluslararası sözleşmelerde yasaklanan işkence, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamelenin ortadan kaldırılmasında veya en aza indirgenmesinde başvurulacak etkin hukuksal yollardan biri de işkence yapan kamu ajanına Devletin ödediği veya ödeyeceği tazminat bakımından rücu edilebilmesidir. Ülkemizde zaman zaman tartışılan ancak pozitif kural haline gelemeyen bu husus Avrupa Birliğine uyum paketleri çerçevesinde 2002 yılında 4748 sayılı Kanunla hukuk normuna dönüştürülmüştür. Gerçekten 26.03.2002 tarih ve 4748 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde düzenlenen "işkence yasağı"nın ihlali nedeniyle Türkiye aleyhine vereceği mahkumiyet kararlarından ötürü ödenecek tazminatlar için, işkence yapan kamu personeline rücu edebileceği hükmü kabul edilmiştir. 9.4.2002 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4748 sayılı Kanunun 3. maddesindeki düzenleme aynen şöyledir: "**14.7.1965 tarihli 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 üncü**

fazla yararlanılarak etkin denetimi için mali kaynak tahsisi olanaklarının araştırılması,

4. İşkenceye uğradığı kanıtlanan kişiye karşı bu fiili işleyenlerin müşterek ve müteselsil hukuki sorumluluğunun yasa hükmüne bağlanması hedeflenmektedir."

⁵⁶ DEMİRBAŞ, Timur, "2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının İşkence Suçu açısından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2004, s.2. (Yayınlanmamıştır)

maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

İşkence ya da zalimane, gayri insanı veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

Bu düzenlemenin tam olarak anlaşılabilmesi için atfta bulunduğu fıkranın ne olduğunu da bilinmesi gerekir. Söz konusu hükme göre, "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."

2. DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşkence ve kötü muamele konusunda hukuk sistemimizde son dönemde yapılan değişikliklerin olumlu olduğu ve bu konuda siyasi iradenin sorunu kabul edip çağdaş düzenlemeleri yaşama geçirme yönünde olduğu genel olarak söylenebilir. Ancak bazı düzenlemelerin beklenen sonucu vermekten uzak olduğunu da belirtmek gerekiyor.

Bu düzenlemelerden özellikle işkence edene Devletin ödediği tazminat nedeniyle rücu edebilmesi düzenlemesi, etkili olamayacak ve beklenen sonuçları doğurmayacak niteliktedir. 4748 sayılı Kanunla kabul edilen bu düzenleme, işkenceyi önleme konusunda ciddi etki doğurabilmesi ve daha önemlisi siyasal iktidarın bu konudaki bakışını ortaya koymasından bakımdan kuşkusuz olumlu bir yaklaşımdır. Ancak aşağıda belirteceğimiz eleştiriler nedeniyle bu düzenleme işkenceyi önlemede etkili bir araç olma özelliğinden yoksundur.

Bu düzenlemenin bekleneni vermemesinde ilk engel Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sürecidir. Bilindiği üzere, Sözleşme getirilen denetim iki çeşit başvuru üzerinden işlemektedir. Bunlardan bizim açımızdan "bireysel başvuru"dur. Bu başvuru, sözleşmede ve Proto-

kollerde beyan edilen hakların bir Sözleşmeci Devlet tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bireylerin, hükümet dışı örgütlerin ve birey toplulukların mahkemeye başvurması anlamına gelmektedir (İHAS. m.34). Bireysel başvurularda, başvuruların sadece Devlete karşı yapılması ve işkence ve kötü muameleyi yaptığı iddia edilen kamu personelinin veya onun bağlı bulunduğu kurumun davalı olarak gösterilememesi ve iç hukuk yollarının tüketilmeden Mahkemeye başvurulamaması her başvuruda olduğu gibi işkence veya kötü muamele ile mücadelede etkinliği azaltabilir.⁵⁷

İşkence ve kötü muamele ile etkin mücadeledeki asıl zorluk, iç hukukta failin belirlenmesi, soruşturma için yürütmenin izin vermesi, savcılığın takipsizlik kararı, mahkemenin beraat kararı vermesi, dava zaman aşımı nedeniyle takipsizlik veya davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesi hallerinde ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak iç hukukta failin belirlenmesinde zorlukla karşılaşılması mümkündür. Gerçekten AHİM'nin işkence gören mağdura tazminat ödenmesini hükme bağlayan kararı çıktığında, söz konusu tazminatı ödeyen devletin personele rücu edebilmesi için işkence eden personelin belirlenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere, AHİM, esas itibarıyla yargılama sürecini failin belirlenmesi değil ihlal vak'asının saptanması üzerine inşa etmektedir. Bu itibarla AHİM kararlarına bakılarak rücu edilecek personelin saptanması çoğunlukla olanaksızdır. İç hukukumuzdaki işkence faillerinin belirlenmesi ve haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararlarının sınırlı olması da dikkate alındığında, rücu edilecek personeli çoğu kez bulunamayacaktır.⁵⁸

4483 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği 4 Aralık 1999 tarihinde o ana kadar uygulanmakta olan 1913 tarihli "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat"ı yürürlükten kaldırdı. Bu Kanun daha önce memurların yargılanmalarının gerekip gerekmediğine karar vermeyi sağlayan hazırlık soruşturmasının idarece yürütülmesini kabul eden sistemi kaldırarak, yerine C. Savcılarınca yürütülecek hazırlık soruşturması öncesi "ön inceleme"denilebilecek idarenin "izin" sistemini getirdi. İşte 4483 sayılı Kanun hükümleri nedeniyle işkence yasağını ihlallerinin soruşturulabilmesi için idareden yargılama izninin alınması gerekiyordu. İznin aranması işkence iddialarında

⁵⁷ SANCAR, s.159-160.

⁵⁸ SANCAR, s.161.

yargılama sürecini tıkayan en önemli etkenlerden biriydi. Gerçekten iznin verilmemesi ve bu karara karşı itiraz edilmediği ya da itirazın sonuçsuz kaldığı durumlarda, işkence faili olduğu iddia edilen memur hakkında hazırlık soruşturması yapılamamakta idi. Burada yapılması gereken AHİM'nin mahkumiyet kararı vermesi halinde izne gerek olmaksızın C. Savcılarının doğrudan doğruya hazırlık soruşturmasına başlama yetkilerinin olması idi. Yapılan kanuni değişiklik ile buna benzer bir düzenleme getirilmiştir. Yukarıda işaret edildiği üzere Avrupa Birliği uyum kanunları olarak adlandırılan 2.1.2003 tarihli ve 4778 sayılı kanunun 33. maddesi ile işkence ve kötü muamele iddialarının söz konusu olabileceği TCK'nun 243 ve 245. maddelerinde öngörülen suçlar bakımından 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı, yani idarenin ön inceleme sonucu izin vermesinin aranmayacağı kabul edilerek isabetli bir düzenleme getirilmiştir.

Burada uygulamada karşılaşılan bir soruna işaret etmek gerekmektedir. Yapılan kanun değişikliği sonucunda kolluğun adli görevleri nedeniyle suçlar bakımından kolluk memurlarının adli görevleri nedeniyle 4483 sayılı Kanun uygulanmayacak ve dolayısıyla izin kurumu söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık yapılan değişikliğe rağmen adli kolluk amirlerinin adli görevlere ilişkin suçları bakımından 2802 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaya devam ettiği ve Adalet Bakanlığı'nın izin sistemini işlettiği görülmektedir. Kanunun değişiklik gerekçesinden adli kolluk ve amirlerinin izin kurumu nedeniyle soruşturulmasının güçleştirilmesinin ortadan kaldırılması amaçlandığı anlaşılmakla birlikte adli kolluğun adli görevlere ilişkin suçları bakımından 2802 sayılı Kanun uygulanması bir zorunluluktur. Çünkü düzenleme 2802 sayılı Kanun dikkate alınmadan sadece 4483 sayılı Kanun göz önünde tutularak yapılmıştır. Bu itibarla bu konudaki gereksinimleri karşılamayan bir değişiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşkence ve kötü muamele yasaklarının ihlali hallerinde, savcılığın doğrudan hazırlık soruşturmasına başlama yetkisinin varlığı da her zaman yeterli değildir. Şöyle ki, işkence veya kötü muamele iddialarına dayanan soruşturmalarda çoğu kez yeterli delil elde edilememesi veya keyfiyetin takibe değer görülememesi nedeniyle, CMUK'un 164. maddesi uyarınca "takipsizlik kararı" ile sonuçlanmaktadır. Takipsizlik kararına itiraz edilmediği veya itiraz haklı bulunmadığı yahut idari denetim yoluyla takipsizlik kararı ortadan kaldırılmadığı takdirde

İşkence veya kötü muamelede bulunan kamu görevlisine rücu mümkün olmayacaktır. Bu konuda AİHM'ne yapılan başvuru üzerine 3. maddenin ihlali nedeniyle Devlet tazminata mahkum edilirse, AİHM'nin bu yoldaki kararı kamu davasının açılabilmesi için yeterli delil olarak kabul edilmesi önerilebilir. Buna rağmen ilgili savcı harekete geçmiyorsa idari denetim kullanılabilir, yani başsavcı veya Adalet Bakanı CMUK'nun 148. maddesinde öngörülen yetkiyi kullanılabilir.⁵⁹

İşkence iddiaları yerinde bulunarak kamu davası açılabilir. Yapılan yargılama sonucunda sanık memurun mahkumiyetine karar verilirse sorun yoktur. Ancak yargılama sonucu mahkeme delilleri yeterli ve inandırıcı bulmayarak veya başka bir nedenle beraat kararı verir ve bu karar kesinleştikten sonra işkence mağduru AİHM'ne başvurur ve sonuçta AİHM, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşırsa rücu işlemeyecektir. Bunun için CMUK'nun 327. maddesinde AİHM'nin kararlarının lehe muhakemenin yenilenmesi nedeni kabul edildiği gibi, AİHM'nin kararı, beraat edenin aleyhine muhakemenin yenilenmesi nedeni olarak değerlendirilebilir. Burada sanık aleyhine bir çözümün nedeni işkencenin bir insanlık suçu olmasıdır.

Tüm işkence veya kötü muamele iddialarına dayanan yargılamalarda uygulamada karşılaşılan dava zaman aşımının dolması nedeniyle davanın açılmaması veya açılmış davaya devam edilemeyerek davanın düşürülmesidir. Yargıtay'da temyiz aşamasında bu nitelikteki sınırlı davalarda bu kaygının yaşandığı hukuk kamuoyunun bilgisi dahilindedir. İşkence suçunu düzenleyen TCK'nun 243. maddesi, 1999 yılında değişikliğe uğramıştır Her şeyden önce işkence suçunun tanımı, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki yerleşik ve yaygın anlamını karşılamaktan uzaktır.⁶⁰ Bu itibarla kanımızca ilk

⁵⁹ SANCAR, s.163.

⁶⁰ Gerçekten yukarıda da işaret edildiği üzere, Türkiye, BM Çocuk Hakları Bildirgesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Üzerine BM Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Üzerine Avrupa sözleşmesi, İşkencenin Önlenmesi Üzerine Avrupa Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin BM Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeleri imzalamıştır. Aynı şekilde Türkiye, taraf olduğu "İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ve Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin 1. maddesi şu düzenlemeyi içermektedir: " Bu Sözleşme'nin amaçları bakımından "işkence" terimi, bir kişiye kendisinden ya da üçüncü bir kişiden bir bilgi ya da itiraf elde etmek, kendisinin ya da üçüncü bir kişinin işlemiş olduğu ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden dolayı onu cezalandırmak, kendisine ya da üçüncü bir kişiye gözdağı

yapılacak işkenceyi cezai yaptırıma bağlayan TCK'nun 243. maddesindeki işkence tanımı sözü edilen uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilerek koruma alanı genişletilebilir. Böylece uygulamada çoğu kez TCK'nun 243. maddeye göre "işkence" olarak değil, 245. maddedeki "kötü muamele" suçuna göre nitelendirilen değerlendirmeler önlenmiş olacaktır. Buna bağlı olarak hukukumuzda asıl işkence iddialarının dava zaman aşımı nedeniyle sonuçsuz kalmasıdır. İşkence suçunun(TCK.m.243) dava zaman aşımı 10 yıl iken, kötü muamele suçunun (TCK. m.245) dava zaman aşımı 5 yıldır. Bu tür fiillerin zaman aşımına uğrama riskleri işlenen fiillerin niteliği gereği diğer suçlara nazaran daha yüksektir. Bu nedenler arasında işkence mağdurlarının işkenceye maruz kaldıklarını belli bir süre dile getirememeleri, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yaşanan kanıt güçlükleri, ilgili kurum veya organların takipteki isteksizlikleri, yargılama aşamasında kolluk ve adli tıp ile yazışmalarındaki zaman kayıpları, çeşitli nedenlerle muhakemelerin nakledilmesi ve yargılamada duruşmaların aralarının uzun olması ve adli tatilin varlığı yer almaktadır.⁶¹ Belirtelim ki, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere işkence ve kötü muamele suçlarına ilişkin davaların acele işlerden sayılmaları ve ivedilikle görüleceğinin hükme bağlanması adli tatilde de bu davalara bakılacak olması ve ara vermelerin otuz günden fazla olmaması yolundaki 1.8.2003 tarihli ve 4972 sayılı Kanununun 5. maddesi ile getirilen düzenlemeler bu eleştirilerin ve nedenlerin bir kısmını oradan kaldırmış olmakla birlikte ceza yargılama sistemimizdeki genel nedenler varlığını sürdürdüğü sürece bu konudaki zamanaşımı nedeniyle işkence iddialarının sonuçsuz kalması kaçınılmaz görünmektedir. Aynı şekilde dava zaman aşımının durması (TCK. m.107) ve kesilmesini (TCK. m.104) sağlayan nedenlerde özellikle bu suçlara ilişkin davaların dava zaman aşımına uğramadan sonuçlanmasında etkili olmaktan uzaktır.

Son olarak belirtelim ki uygulamada karşılaşılan sorunların belki de en önemlilerinden biri de uluslararası hukukta ve bu çerçevede imzalanan sözleşmelerdeki reform niteliğindeki hükümleri karşısında değişmeyen kanun hükümlerinin bunların gerisinde kalması, haki-

vermek ya da onları zorlamak maksadıyla ya da ayrımcılığa dayalı herhangi bir nedenle bir resmi görevli ya da resmi sıfatla hareket eden bir başkası tarafından ya da onun teşvik etmesi ya da onayı ya da izni ile bilerek maddi ya da manevi acı vermek ya da eziyet etmektir."

⁶¹ SANCAR, s.166.

min ve içtihatların yapılan reform ve değişikliklere psikolojik olarak direncidir. İctihatları ile Türk ceza yargılamasına ışık tutan Yargıtay'ın özellikle işkence ve kötü muamele iddialarına dayanan davalarda içtihatlarının özgürlükler hukukunun gelişmesine paralel olacağı umudunu taşımak istiyoruz. Bu umudu ortaya çıkaran kamuoyunda "Manisalı gençlerin davası" olarak bilinen Yargıtay CGK'nun 15.6.1999 tarih, E.1999/8-109 ve K.1999/164 sayılı kararında işkence suçunun varlığını belirlerken yerel mahkemenin direnme kararının aksine⁶², iç hukukumuzun bir parçası haline gelen bu alandaki uluslararası sözleşme hükümlerine kararında yer vermesidir. Sadece normlarda değişiklik yapılması yeterli değildir. Bu değişikliklerin alanla ilgili herkes tarafından benimsenmesi ve yaşama geçirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce yapılanları insan hakları açısından soyut normlardan somut adalete dönüştürme ve gerçek anlamını belirleme görevi ve onuru yargıya ait olacaktır. Yargının tutumu ile, hem uluslararası alandaki hem de ulusal alandaki beklentiler ya gerçekleşecek ya da boşa çıkacaktır.

⁶² Manisa ağır Ceza Mahkemesi söz konusu kararda su gerekçe ile direnme kararı vermiştir: "Tanık olarak dinlenen doktorlar, mağdurları usulünce muayene ettiklerini söylemişlerdir. Bazı mağdurlara ilişkin raporlarda ekimoz, kurut, nedbeden bahsedilmiş ise de, kim tarafından yapıldığı belli değildir. İşkence yapıldığını söyleyen tanıklar, gözaltına alınan kişiler olup beyanları kabule şayan değildir.

Türk Tabipler Birliğinin rapor düzenleme yetkisi yoktur. Düzenlenen raporlar ifadelerce, yakına ve adli raporlara dayanmakta olup düzenleniş biçimi ve tarihi nazara alındığında bu raporlarla sanıklara yüklenen eylemler arasında irtibat kurulması mümkün değildir.

Bir parlamenter konuyla ilgilenmiş ise de, yansız değildir. İmzaladığı tutanakta şüpheden bahsetmiş, ifadelerinde olayı gördüğünü söylemiş, uzun süre sessiz kalmıştır.

Emniyet Müdürlüğü şehir merkezinde olup seslerin, çevredeki ev ve işyerlerinden duyulması olanaksızdır. Bir parlamenter geldiği halde işkenceye devam edilmesi, krem sürülerek izlerin yok edilmesi, bu izlerin doktorlar tarafından görülmemesi mümkün değildir. Sanıkların suçları işlediklerine dair delil yoktur."

İSTANBUL PROTOKOLÜ

Şebnem Korur FİNCANCI*

İstanbul Protokolü insan hakları ihlallerinin araştırılması, soruşturulması ve tıbbi tanısı sürecinde bir kılavuza duyulan gereksinimden doğmuştur. Özellikle adli tıp uzmanlarının yararlandığı değerli bir otopsi kılavuzu niteliğindeki Minnesota Otopsi Protokolü'nün varlığı İstanbul Protokolü'nün hazırlanışında çalışmalara ışık tutmuştur.

15 ülkeden 40 mesleki ve bilimsel örgütün temsilcisi 75 bilim insanı bu kılavuzun hazırlanması için çalışmalara katılmış, kılavuzun son halinin tartışıldığı İstanbul toplantısında da bulunarak katkı sunmuştur.

İstanbul Protokolü hazırlama düşüncesi ilk kez 8 mart 1996 tarihinde Çukurova Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı'nda Minnesota Otopsi Protokolü'nün yazarlarından adli patoloğ Gary Peterson'ın katıldığı bir toplantıda tartışılmış ve ardından insan hakları alanında çalışan bilim insanları ile iletişim kurularak çalışmalar başlamıştır.

Çalışmalara son nokta 5-8 mart 1999 tarihlerinde İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'nda yapılan atölye çalışmaları ile konmuştur. İstanbul Protokolü'nün başlangıç ve bitiş toplantıları ilginç biçimde Dünya Kadınlar Günü'ne denk düşmekte ve toplantıların yapıldığı iki anabilim dalının başkanlarının da kadın olması (Prof. Dr. Serpil Salaçin ve Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı) önemli görünmektedir. İnsan haklarının kadın duyarlılığı ile ele alınması bu sürece değerli katkılar sunmuştur.

BM SÜRECİ

İstanbul Protokolü'nün hazırlıkları tamamlandıktan sonra, kitabın editörleri Cenevre'de 9 Ağustos 1999 tarihinde BM İNSAN HAKLARI YK toplantısına katılarak konu ile ilgili bilgi vermiş, yapı-

* Prof. Dr., İ.Ü. İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

lan tartışmalarda çalışma övgü ile karşılanmıştır. 4 Kasım 1999 tarihinde BM GENEL KURULU'nda görüşülmüş, 20 Nisan 2000 tarihinde BM İNSAN HAKLARI KOMİSYONU'nda (53 ÜLKE) ve 4 Aralık 2000 tarihinde BM GENEL KURULU'nda ilkeler oybirliği ile onaylanmıştır. BM İNSAN HAKLARI YÜKSEK KOMİSERLİĞİ'nce 8. MESLEKİ EĞİTİM KİTABI olarak 6 dilde çevirisi (İngilizce, Fransızca, Arapça, Çince, İspanyolca, Rusça) yayınlanmıştır.

İSTANBUL PROTOKOLÜ NEDEN GEREKLİDİR?

Bilindiği gibi en önemli insan hakları belgelerinden birisi olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi işkenceyi yasaklamaktadır.

Madde 5:

Hiç kimseye işkence veya zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza uygulanamaz.

Çeşitli uluslar arası belgelerle bu yasaklama güçlendirilmiş olmasına karşın, ne yazık ki işkence bir tarih olamamıştır. İşkence ve insan hakları ihlallerinin önlenmesi için tüm topluma bazı görevler düşmektedir. Özellikle bazı meslek gruplarının doğrudan bu olgunun tanığı olması ve bu tanıklığın bilimsel veri olarak kayıtlara geçmesi söz konusu olmaktadır. Hukukçular ve hekimler bu tanıkların başında yer almaktadırlar. Mesleki sorumluluklarını yerine getirdikleri takdirde insan hakları ihlallerinin önlenmesinde büyük katkıları olacağı açıktır. Bu süreci up uygulamalarındaki koruyucu hekimlik çalışması gibi düşünmek mümkündür. Bir örnekle açıklanacak olursa; bir mahallede ortaya çıkan barsak hastalığı salgınında hekimin görevi nasıl ki yalnızca hastalığı teşhis edip tedavi düzenlemek değil de, ayrıca bu hastalığa yol açan etkeni, mikrobu araştırmak ise, insan hakları ihlallerinde de yalnız yaralanmayı saptamak yeterli olmayacaktır. Yaralanmaya yol açan etkeni araştırmak, adını koymak gerekecektir. Mikrobu adı konduğunda o mikrobu en yaygın olarak nerelerde bulunabileceği araştırılır, örneğin içme suları kontrol edilir ve içme sularında mikrop saptandığında temizlenmesi için ilgili diğer kurumlara, örneğin belediyeye haber verilerek kurulan işbirliği ile içme suyunun ilaçlanması ve mikrobu karışmaması için önlem alınması sağlınırsa, insan hakları ihlallerinde de, yaralanmaya götüren etkenin tanısı konduğunda yargı sürecine bir adli raporla bildirilir ve önlem alınması için hukukçularla etkin bir işbirliği yapılmış olur.

İnsan hakları ihlalleri bazı yönlerden diğer adli olgulardan farklı değildir. Yaralanmanın hangi etkenle ve nasıl meydana geldiğini araştırmak için yararlanılan ve "travma biyomekaniği" adını verdiğimiz yöntem bu olgular için de kullanılmaktadır. Örneğin kişinin tıbbi öyküsü, vücudundaki yaraların özellikleri, yerleşimi değerlendirilerek nasıl trafik kazası, yüksekten düşme, ası ile intihar, çocuk istismarı gibi tıbbi tanılara ulaşıyorsa, aynı şekilde insan hakları ihlallerinde benzer yöntemlerle bu yaralanmanın bir işkence yaralanması olduğu tanısına varılabilmektedir.

İşkence olgularının diğer yaralanma olgularından ayrıldığı önemli bazı özelliklere sahip olduğu unutulmamalıdır. Öncelikle uluslar arası belgelerle ciddi bir suç olarak tanımlanmış olması nedeniyle gizlenmeye çalışılmakta ve iz bırakmayacak yöntemler geliştirilmektedir. Bu amaçla değişik teknolojik yöntemlerden yararlanılmakta ve özel eğitimler gerçekleştirilmektedir. Örneğin geniş yüzeyli, ağır cisimlerle yapılan darbeler cilt yüzeyinde iz bırakmadığından, geniş kum torbaları ya da bir Britanyalı meslektaşımın aktardığı gibi telefon fihristleri yaralama aracı olarak kullanılabilir. Vücuda elektrik akımı uygulanırken, cildin direncini azaltmak için cildi ıslatma yönteminden yararlanılabilmektedir. Bu fiziksel şiddet yöntemlerinin yalnız bedende değil, ruhsal durumda da etkileri olabildiği gibi, yalnız ruhsal durumu etkileyebilecek tehdit, aşağılama gibi yöntemler seçilebilmektedir.

İstanbul Protokolü bu tür yaralanmaların aydınlatılması için yapılması gerekenleri bir araya getiren bir kılavuz niteliğindedir. Yalnız hekimler için değil, hukukçular için de uluslar arası belgelere uygun soruşturma yöntemlerini tanımlayan bir başvuru kitabıdır.

Eksik bir adli rapor insan hakları ihlallerinin sürmesine katkı sağlayacağı gibi, yargılama süreçlerine de olumsuz etkileri olacaktır. Bu nedenle hekimlerin böyle ayrıntılı bir el kitabına şiddetle gereksinimi vardır.

İSTANBUL PROTOKOLÜ VE ADLİ RAPOR DÜZENLENMESİ

İşkenceye maruz kaldığı bildirilen hastaların muayenesi ve adli raporlarının düzenlenmesinde kılavuzluk eden bilgiler, genel muayene yöntemlerinin yanı sıra değişik işkence yöntemleri için de ayrıntılı olarak sunulmaktadır.

- Kaba dayak / Elektrik / Falaka / Haya burma
- Cinsel organa yabancı cisim uygulaması / Askı

Uygulanan işkence yöntemlerinden yalnızca bazılarıdır. Birçok olguda gözbağı uygulanmakta, kişilerin giysileri tümüyle çıkarılmaktadır. Başka hiçbir fiziksel şiddet yöntemi uygulanmasa dahi; görmenin engellenmesi, çıplak bırakılma insanın ruhsal yapısını ciddi biçimde etkileyen eylemlerdir. Tuvalet, yemek gibi temel bazı gereksinimlerin kısıtlanması, kişiye yakınlarına fiziksel şiddet uygulanırken izlettirilmesi veya uygulanacağı yönünde tehditler de ciddi etkilere yol açabilmektedir.

Tüm bu yöntemler dikkate alındığında,

YALNIZ

- **FİZİK MUAYENE** ve
- **DİREKT GRAFİLER**

İŞKENCENİN TANISI İÇİN ÇOĞUNLUKLA “YETERSİZDİR”

Hatta “hatalı negatif raporlar”ın artmasına neden olur. Fizik muayene bulguları bulunmayabilir veya 2-3 haftada ortadan kalkabilir. Resmi adli raporların yetersizlik nedenlerine bakıldığında, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'na başvuran 1322 olgudan 711'inin başka doktorlar tarafından muayene edildiği ve bu muayeneler sonucunda hastaların tıbbi öykü bilgilerine göre 570'inin (80.2 %) emniyet güçlerinin muayene odasında bulunduğunu, 568'inin (79.9 %) muayenenin yeterli olmadığını bildirdiği, 511'inin (71.9 %) ise alınan raporların işkenceyi yansıtmadığını belirttiği görülmektedir.

İşkence tanısı için İstanbul Protokolü'ne göre;

- AYRINTILI ÖYKÜ
- PSİKİYATRİK MUAYENE
- SİNTİGRAFİ
- MRI
- BT
- ULTRASON
- EMG
- BİYOPSİ gibi ileri inceleme yöntemleri ve

- VIDEO, FOTOĞRAF çekilerek belgeleme önemlidir.

Her işkence yönteminin araştırılması için kullanılması gereken yöntemler ayrıntılı biçimde tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra psikiyatrik muayene ve olası bulgular da kılavuzda yer almaktadır. Psikiyatrik muayenede karşılaşılabilecek belli başlı klinik tablolar;

- Akut anksiyete bozukluğu (erken dönemde)
- Travma Sonrası Stress Bozukluğu (tedavisiz kalan geç vakalarda)

• Major Depresyon olarak tanımlanmaktadır. Kişilerin artmış uyarılmışlık, kaçınma davranışları, kabuslar, uyku bozuklukları, yeme bozuklukları, cinsel işlev bozuklukları, özsaygı yitimi gibi bulguları bulunabilmektedir.

Muayeneyi gerçekleştiren hekim lezyonların nedeni, başkası tarafından veya kendisi tarafından yapılıp yapılmadığı, kaza sonucu ya da bir hastalıktan meydana gelip gelmediği konusunda görüş bildirmelidir. Bulguların yorumu yapılır ve tanı için sonuç bildirilirken; işkence varlığı açısından elde edilen verilerin

- ✓Uyumlu değil
- ✓Uyumlu
- ✓Yüksek derecede uyumlu
- ✓Tipik
- ✓Patognomonik (Tanı koydurucu) olup olmadığı belirtilmelidir.

İstanbul Protokolü standart rapor formları, yaraların üzerine işaretlenmesi için kullanılacak vücut şemaları ile adli muayene ve raporlama sürecini ayrıntılı biçimde tanımlamaktadır. Ancak bu kılavuzda yer alan bilgilerin yaşama geçirilebilmesi için etkin bir ekip çalışması ve bağımsız çalışma ortamlarına gereksinim bulunmaktadır.

ADLİ RAPOR

Şebnem Korur FİNCANCI*

Giriş:

Adli rapor; adli tıp uygulamalarında, uygulama sürecinin belgesi ve sonucu olmakla birlikte düzenlenmesine gereken özen gösterilmemektedir. Sürecin her basamağının düzenlenen adli raporda yer alması beklenirken, yalnız ulaşılan sonucun yazılı belgeye yansıtıldığı görülmektedir.

Adli raporun genel tıp uygulamasındaki karşılığı, derlenen verilerin değerlendirilmesi ve olası tanılar arasında ayırıcı tanıya gidilmesi olarak tanımlanabilir. Derlenen ve değerlendirmeye alınan veriler sıralanmadığında, ayırıcı tanıda izlenecek yolun bulunamaması ve dolayısıyla doğru tanıya ulaşmanın mümkün olmaması veya tanının güvenilirliğinin kanıtlanamaması, atlanacak her basamakla adli raporun da yeterli ve güvenilir olmaması söz konusu olacaktır.

Adli olgu, klinik tıp bilimlerindeki “hasta”nın karşılığı mıdır?

Adli olgu ile ilgili değerlendirmelerde sık karşılaşılan bir argüman, adli olgunun yalan söylediği ve güvenilmez olduğunun vurgulanmasıdır. Tanımlanan bu özellik nedeniyle, “hasta” kavramından ayrı bir yere yerleştirilen adli olgular bu bakış açısının içinde değerlendirildiği için adli raporlarda gözlenen eksikliği de ortaya çıkaran etkenlerden biridir.

Hasta yalan söylemez mi?

Hastalar, yakınmalarını öznel konularına uygun olarak tanımlarlar. Hekimliğin hikmet sahibi olmak ile aynı kökten gelmesi, bir sanat olarak tanımlanması ve pozitif bilimlerin içinde yer alan tıp bilimi, bu öznel tanımın bilimsel yöntemlerle araştırılarak nesnel ve bilimsel bir tanıya dönüşümünü sağlama yükümlülüğü getirmektedir.

Ağrı, öznel bir yakınmadır. Ağrının algılanma düzeyi ve dolayısıyla ağrısı olan tarafından bir yakınma olarak aktarımı benzer koşul-

* Prof. Dr., İ.Ü. İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

ların yarattığı ağrılar için dahi değişkenlik gösterebilir. Tanımlanan ağrının başlangıç zamanı ve koşulları, düzeyi, yeri ve yayılımı tüm öznelliğine rağmen yapılacak tıbbi araştırma ve ayırıcı tanı için bir başlangıç noktası oluşturmaktadır. “Subjektif ağrı” adlı raporlarda yer alırken, bu tanımın öznelliğini nesnel bir boyuta taşıma amaçlı herhangi bir araştırma yapılmaması bilimsel bir tutum değildir. Bu ağrının sorulmamış ve kaydedilmemiş olması bir özen eksikliği, “malpraktis” olduğu gibi, sorulduktan sonra ayırıcı tanı için girişimde bulunulmaması da malpraktistir. Adli tıp uzmanı hekimdir. Hekimlik uygulamalarındaki tüm basamaklardan sorumludur ve bu basamaklardan herhangi birini atlamış olması, hekim sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmemek ile eş anlamlıdır.

Adli olguya sorulacak soruların savcılık soruşturmasından farkı nedir?

Hekimlik uygulamasında sorulan sorular “kim yaptı?” yerine “ne oldu?” olmalıdır. Yapanın kimliği, ne olduğunu tanımlayacak özellikler içerecekse bu soru da sorulabilmekle birlikte olayı yargılamaya değil, tanımlamaya yönelik araştırma adli tıp uygulamasının temelini oluşturmaktadır.

Hekim hastasına herhangi bir önyargı olmaksızın, yansız ve yüksüz davranmak ve bu davranışı hekim-hasta ilişkisinin başından sonuna sürdürmek zorundadır. Tanı süreci bir yargılama değil, tanımlama sürecidir. Yargının bu tanımlama sürecinden yararlanması, hekimi yargı sürecinin bir parçası durumuna getirmemelidir. Hekimin mesleki uygulamasının bilimsel niteliği ve tanımlamanın nesnel ve bilimsel olması yargı sürecinin niteliğini belirler. Yargı süreci hekimlik uygulamasının niteliğini belirleyemez. Hekimlik uygulaması yargıdan bağımsız olmalıdır.

Adli olgu adli tıp uzmanına başvurduğunda adli raporu hemen düzenlenip verilmeli midir?

Adli raporların yargı sürecini aksatmayacak ve yargılamayı geciktirmeyecek özellikte olması gerekmektedir. “Geciken adalet adalet değildir.”, ancak “yanlış karar da adaletsiz” olacaktır. Verilen adli raporların yetersizliği gündeme geldiğinde, koşullar ve sistem sorumlu tutularak eksiklikler gerekçelendirilmektedir. İleri sürülen gerek-

çeler verilecek yanlış kararları haklı gösteremez. Hekim yanlış tanı ve tedavi sonucu sakatlığa veya ölüme yol açtığına taşıyacağı sorumluluğu, yargının yanlış karar verilmesine yol açtığı eksik düzenlenmiş bir adli raporu ile de taşımaktadır.

Ayrıntı tanı için gerekli tüm veriler toplanmadan, bu veriler kaydedilip yorumlanmadan düzenlenen adli raporlar yargıya katkı sunmadığı gibi, zarar verecek nitelikte olacaktır. Adli raporun bir hafta sonra düzenlenmesi yargılama sürecini de o süre kadar uzatır. Yetersiz bir inceleme ile düzenlenmiş bir adli rapor ise yargılama sonucunu sonsuza dek yanlış yönde değiştirebilir.

Adli olgunun giysileri çıkarılıp özenle yapılacak fiziksel muayenesi yeterli midir?

Adli olguların, beraberinde bulunan hastane kayıtları incelenip yalnız belirttiği bazı izlere bakmak biçiminde gerçekleştirilen fizik muayenesi adli tıp uygulamalarının yaygın olarak kabul gören biçimidir. Tıp uygulamalarında fizik muayene, deri bulguları ile başlayıp tüm sistem muayeneleri ile tamamlanan bir muayene biçimidir. Adli tıp uygulamaları yargının bir parçası ve tıbbi kanıt araştırma süreci olmakla birlikte, tıbbi kanıtların tıp uygulamasında kolayca bulunamayabileceği, çıplak gözle görmenin her zaman mümkün olmadığı ve görüldüğü sanılanın hiç de görüldüğü gibi olmayabileceği gözden kaçmaktadır.

Her dış etki, bedende görülebilir izler bırakmayabilir. Herhangi bir iz bulunmaması bir dış etkinin olmadığı anlamına gelmemelidir. Çıplak gözle yapılan bir muayene adli olgunun muayenesinin tamamlandığı anlamına gelmez. Örneklemeye, laboratuvar ve konsültasyon olmadan tanı süreci ve sonuçtaki tanımlama yetersiz olacaktır.

Adli olgunun öyküsünde tanımladığı özellikler, yapılacak muayene ve incelemelerin, konsültasyonların ve oluşturulacak ekip çalışmasının sınırlarını çecektir.

Adli Rapor Tekniği:

Adli raporun düzenlenmesinde adli olgu ile ilk karşılaşmadan başlayarak yapılan tüm işlemlerin yazılı bir belge haline dönüştürülmesi, saptanan bulguların yanı sıra saptanamayanların da kaydedil-

mesi gerekmektedir. Hastanın kooperasyon kuramaması, konuşmak veya muayene olmak istememesi durumunda da, bu olumsuzluğun yol açacağı sonuçlar konusunda hastanın aydınlatıldığı da belirtilerek onam vermediği adli rapora kaydedilmelidir.

Adli olgunun başvurusunun ardından bir adli rapor düzenlenmesine kadar geçen dönemde;

- Görüşme
- Fizik Muayene
- Laboratuvar
- Konsültasyonlar
- Verilerin Analizi
- Tanı
 - Gerekçe
 - Tanım
 - Sonuç

aşamalarının tümü gerçekleştirilmeli ve adli rapora da aktarılmalıdır.

Görüşme:

- Güvenli bir ortam
- Yeterli zaman
- Hastanın güvenini kazanma
 - Etkin dinleme
 - Titiz iletişim
 - Saygı
 - Empati
 - Dürüstlük
- İnsanın bilgiden önemli olduğunun farkındalık
- Olay öncesi psikososyal öykü
- Olay sonrası psikososyal öykü
- Olay öncesi tıbbi öykü
 - Fiziksel
 - Psikolojik

- Olay sırasındaki tıbbi öykü
- Olay sonrası tıbbi öykü

Tıbbi öykü adli olgunun değerlendirmesinde yanlış tanıyı önlemek için önem taşımaktadır. Örneğin bir olgunun kanama pıhulaşma ile ilgili bir sorunu olup olmadığına öğrenilmemiş olması, vücudunda gözlenebilecek değişik yaşlardaki ekimozların ayırıcı tanısının da yapılmasını engelleyecek bir eksikliktir. Adli olguların genel tıp disiplini içinde değerlendirilecek herhangi bir hastadan daha basit olduğunu düşünmek, adli raporun güvenilirliğini en baştan ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir.

Fizik Muayene:

- Öykü ile uyumlu bulguların araştırılması
- Sistem muayenesi

Yüzeysel bir dış muayene fizik muayene olarak değerlendirilmelidir. Hastanın çıplak olarak yapılacak muayenesi, ağız, burun ve kulak içi ile saç dipleri gibi kısımların, göz dibinin dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Örneğin küçük çocuklarda, özellikle de istismar olgularında ağız içinde frenulum yırtıkları, otoskopik muayenede timpanik membranda perforasyon, genital bölgede tuvalet eğitimi veya cinsel amaçlı travmatik değişimler, gözde sarsılmış bebek sendromunun bulgusu olabilecek mum alevi şeklinde kanama alanı özensiz bir muayenede gözden kaçabilmektedir. Hastanın muayenesinde tümüyle soyunmanın ardından muayene yapmak güç olabilir. Hasta soyunmaktan çekinebilir, ancak bu hastanın soyunmadan muayene edilebileceği anlamına gelmemelidir. Hastanın her zaman kendisini kısmen giyinik hissedebileceği koşullar oluşturulabilir. Giysiler kısım kısım çıkarılarak, muayene de aşamalarla gerçekleştirilebilir. Bu işlem vücudun üst ve alt kısımları olmak üzere iki aşamada olabilir, ancak çıplak olarak muayene edilmemiş hiçbir vücut bölümü kalmayacak şekilde muayene tamamlanmalıdır.

Tüm sistemlerin muayenesi yapılmadan, bir fizik muayene tamamlanmış sayılmamalıdır. İş yoğunluğu, muayene ortamının uygunsuzluğu, olanakların yetersizliği bir muayenenin eksikliği için gerekebilir.

Laboratuvar:

Adli olguların değerlendirmesinde laboratuvar yöntemlerinden yararlanma, özellikle de çocuk istismarı ve işkence gibi iddialarda önemlidir. Örneğin çocuk istismarından kuşkulanan olgularda ve özellikle çocukluk çağı kaza yaralanmaları ile ayırıcı tanı yapılmasında tam kan, tam idrar, kanama pıhtılaşma zamanları ve tüm iskelet radyografisi standart inceleme olarak mutlaka gerçekleştirilmelidir. Askı işkencesi iddiasında nörolojik muayene ve sinir tutulumunu gösteren EMG tanı koydurucu olabilir. Olgunun öykü, muayene ve rutin laboratuvar sonuçlarına göre başka laboratuvar incelemeleri de gerekebilir.

Konsültasyon:

Adli olgularda multidisipliner bir yaklaşım gerekmektedir. Birçok olguda fizik muayenede herhangi bir değişim saptanmazken, bazı özellikli olgularda psikiyatrik muayene çok değerli bulgular ile travma türünün (çocuk istismarı, aile içi şiddet, işkence gibi) tanısının konmasını sağlayabilir. İktidar ilişkisinin şiddetin temsil biçimi olduğu olgularda uygulanan şiddetin türünden bağımsız olarak önemli oranda psikiyatrik muayene bulguları gözlenmektedir.

Sistem muayenesinde gözlenebilecek bulguların değerlendirilmesi, ayırıcı tanı yapılabilmesi için değişik uzmanlık alanları ile ortak çalışma olgunun özelliğine göre planlanmalıdır.

Verilerin analizi:

Olgunun muayenesi, laboratuvar incelemesi ve konsültasyonlar sonucu elde edilen veriler değerlendirilerek öykü ile uyumlu olup olmadığı, tıbbi öyküsünde var olabilecek uyumsuzlukların işkenceyi gizleme veya abartma amaçlı olabilecek nitelikte bulunup bulunmadığı yorumlanmalı, işkenceyi düşündürecek bulgular ve saptanamayan değişimler, saptanamama nedenleri de tartışılmalıdır.

Tanı:

Adli olgular için düzenlenen adli raporlarda tanı kavramı yerleşik bir kavram olarak karşımıza çıkmamaktadır. Adli rapor travma olguları ve özellikle işkence için müessir fiil, efrada suimuamele veya

işkence suçları kapsamındaki yasa maddeleri gözetilerek hazırlanmakta, hayati tehlike, mutad iştiğal, ırza geçme veya tasaddi, teşebbüs ile ilgili yanıt raporun sonuçlandırılması için yeterli görülmektedir. Hekimlik uygulamasının tanı aşaması hukuk uygulamaları içinde ya yok sayılmakta, ya da kasıt unsuru gibi değerlendirilerek uzak durulmaktadır.

Yasalardan ayrı olarak, adli tıp uzmanının tanık bilirkişi kimliği ve hekim kimliğini ortaklaştırarak adli tıp uygulamasını şekillendirmesi gerekmektedir.

Tanık bilirkişi kimliği ile hekimlik uygulaması gerçekleştirilirken tanık olunan tüm değişimlerin tanımlanması ve bu tanımların ubbi olarak nasıl bir anlam taşıdığına vurgulanması, dolayısıyla ortaya çıkan tanının açıklanması gerekmektedir.

Birinci basamak adli hekimlik uygulamalarında tanı koyma aşamasına geçilmeden, yalnızca verilerin rapora aktarılması ile yetinilebilir. Adli rapor için gerekli tüm araştırma ve muayene yöntemleri birinci basamak için de gerekli, hatta sonraki tanı süreci için çok değerlidir. Tanı süreci ise daha ayrıntılı bir değerlendirme, travma biyomekaniğine ilişkin donanım ve veri analizi gerektirdiğinden, birinci basamakta hazırlanan adli rapor için gerekli değildir.

Özet olarak;

Adli olguya ait,

- Öykü
- Bulgular (muayene - laboratuvar – konsültasyon)
- Öykü ile bulgular arasındaki ilişki - tanımlama
- travmanın niceliği – hayati tehlike ve mutad iştiğal vb. değerlendirmeler
- travmanın niteliği – tanı koyma (ikinci veya üçüncü basamak için)

adli rapora yansıtılmalıdır.

KAYNAK

Professional Training Series No.8

Istanbul Protocol, Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

İKİNCİ OTURUM TARTIŞMALARI

Sayın Turhan GÜVEN (Yargıtay 1. Ceza Dairesi Onursal Başkanı) – İdam cezasından dönüştürülmüş müebbet ağır hapis yeni bir ceza türüydü. Türk Ceza Kanununun 13. maddesinde sadece müebbet ağır hapis cezası vardı. Biz, uygulamacı olarak tatbikatta, kürsüdeki çalıştığım zamanlarda avukatlar müracaat ettiler, dediler ki; “Türk Ceza kanununun 450. maddesinin - biliyorsunuz 1. Ceza, idam cezalarıyla içli dışlı bir daire - herhangi bir fıkrasıyla idam cezası, 59. madde hâkimin takdiriyle müebbetle çevrilmiş ise bu, müebbet ağır hapis cezası olarak infaz edilmekte. 4471’e göre de idam cezası, müebbet ağır hapis cezasına çevrilmiştir. Bunun arasındaki fark nedir?” Tahrir altında suç işlemiş olsa, yine 4471’e göre bu idam cezası müebbetle çevrilmiştir. Tahrir altında suç işleyen veya hâkimin takdirinden istifade eden, müebbetle mahkûm olan bir kişiyle, yasa gereği müebbetle mahkûm olan kişi arasında, bunun ikisi arasında ne fark var? Biz, infazda sorun gördük. Arkadaşımız Sayın Özen, bu noktalarda bir araştırma yaptı mı?

Daireminizin şöyle bir kararı oldu: Ben, bunun eleştirilmesi ve dikkate alınması için söylüyorum. Biz, daire olarak şöyle bir çözüm bulduk: “Türk Ceza Kanununun 450. maddesi gereğince ve 59. maddesi gereğince müebbetle mahkûm olan kişinin, infaz edilirken 647 Sayılı Kanunda infaz için 20 yıl asgari cezaevinde kalmalıdır, ayda 6 günden istifade ederek 16 yıl 4 gün infazdan istifade etmelidir; ancak doğrudan doğruya 4471’le müebbetle mahkûm olan kişiyse, bu 647 Sayılı Kanuna göre Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamadığı cezalar gibi infaz edilmelidir. Ne olmalıdır? O zaman 30 yıl cezaevinde kalmalıdır ve 2148 Sayılı Kanuna göre ayda 6 günden istifade etmemelidir” diye 1. Ceza bir karar verdik. Bu kararların eleştirilmesini istiyorum.

Uygulamadaki bu olumsuzluğun giderilmesi dikkate alınsaydı, 4471 Sayılı değiştirilirken, hiç değilse burada, bu müebbet hapis cezası müebbet midir, ağırlaştırılmış müebbet midir; yani ikisi arasında bir fark vurgulanması gerekirdi. Sayın Özen ne düşünüyorlar, nasıl bir yorum yapmak istiyorlar? Fikirlerini almak istiyorum.

Teşekkür ederim.

Muharrem ÖZEN- Ben de çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Vurguladığınız hususları gerçekten biz de uzun uzun tartıştık. Burada, emeği geçen bazı üyeler de var. Türk Ceza Kanunu Tasarısı, yaptırım bakımından bir tercihte bulunmuştu. İdam cezasını kaldırırken, onun yerine ağırlatılmış müebbet ağır hapis cezasını kabul etmişti. Oysa 4771 sayılı Kanun böyle bir ceza öngörmeksizin, sadece ölüm cezasını müebbet ağır hapis cezasına dönüştürdü. Tebliğimde uygulamanın yaklaşımını ve düştüğü yanlış ayrıntılı ele aldım. Kısaca 450. madde bakımından temel ceza artık müebbet ağır hapis cezası kabul edilmeli, cezayı hafifleten nedenler, örneğin 51, 61, 62 veya 53. maddeler uygulanacaksa, bu temel cezadan indirim yapılmalıdır. Temel ceza hiçbir şekilde idam cezası olamaz. Aslında, 449 ve 450'ye bakımımızda da aynı sorunla karşılaşılıyor, TCK'nun 560. maddesindeki bu idam cezası kaldırılırken, idam cezasının yerine müebbet ağır hapis farklı bir cezanın getirilmesi gerekirdi. Bence yasa koyucunun, belki de temel tercih hatası burada ortaya çıktı. Böyle bir yapı çıkmayınca, sizi bağlayan yasa kuralı açık. Bir taraftan idam cezasından dönüşen ceza var. Bu durumda TCK'nun 449. maddesi ile 450. maddesindeki şiddet nedenlerinin cezaları aynı hale geldi. Bu iki şiddet nedeni bakımından, şimdilik kanun koyucu tek bir şiddet nedeni öngörmediği veya 450. madde için "ağırlatılmış müebbet ağır hapis" cezasını benimsediği sürece, iki madde yönünden temel ceza aynı olacak, yani müebbet ağır hapis cezası olacak. Uygulamanın iki düzenleme arasında adil denge araması yürürlükteki hükümlere aykırıdır. Bu iç yaşama organının işidir. Sonuçta 4771 sayılı Kanun uygulamasında sonuç cezanın müebbet ceza olacağı yorumu tebliğimde belirttiğim gerekçelerle isabetli yaklaşım değildi.

Ama sizin işaret ettiğiniz üzere ağırlatılmış müebbet ağır hapis cezası getirilmediği sürece, bizim infaz hukuk sistemimizde, sizin de işaret ettiğiniz haksızlıkları hep yaşamaya devam edeceğiz. Biz, bir anlamda kanun koyucunun, -sabah ifade edildi- Ceza Hukuku bakımından biraz muhafazakâr olduğumuzu biliyoruz. Bir kapalı düzeniz; yani hâkimin, hukuk yaratığı alanlar var; ama ceza hukukunda hukuk yaratamaz. Bu itibarla bu çelişki maalesef devam edecek. Özetle 4771'e yeni değişiklikler, bu dediğimiz hususları dikkate almadığı sürece bu çelişki ve belki infazdaki adaletsizlik maalesef devam edecek. Getirdiğiniz yöntemin, -ben de o kanaatтейim- bir yasa değişikli-

ğinde dikkate alınarak yeniden düzeltilmesi gerekir. Başka türlü yorumla sorunu aşmak mümkün değildir.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI - İhsan Bey, buyurun.

İHSAN DEMİRKIRAN Yargıtay Birinci Başkan vekili - Bildiri-yi sunan tüm sayın öğretim üyelerine, misafirimize teşekkür ediyorum.

Ben, Muharrem Özen'le ilgili, ölüm cezasıyla ilgili bir açıklama getirmek istiyorum. Yasal düzenlemeyle ölüm cezaları kaldırıldı. 17 Eylül 2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan bir milletlerarası sözleşmenin onaylanması var, onu okuyorum:

“26.06.2003 tarihli, 4913 Sayılı Kanununla onaylanması uygun bulunan ekli 11 nolu protokol ile değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine ölüm cezasının kaldırılmasına dair ek 6 nolu protokolün onaylanması, Dışişleri Bakanlığının 05.08.2003 tarih, şu sayılı yazısı üzerine 31.05.1963 tarihli 244 Sayılı Kanunun 3. Maddesine göre Bakanlar Kurulunca 15.08.2003 tarihinde kararlaştırılmıştır”

Artık Anayasanın 90. Maddesi uyarınca bir iç hukuk haline gelmiştir. Yasaların değişmesi, vesairenden önce, öncelikle bunun uygulanması gerekmektedir. Bir kanun haline gelmiştir. Bunu açıklamak istiyordum. Bildiride, herhalde sonradan yayınlandığı için yer almamış. Onu açıklamak istedim.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun efendim.

METİN BAKKALCI (Türk Tabipler Birliği İkinci Başkanı)- Çok teşekkürler.

Sayın Fincancı'nın dediği gibi, bizleri de buraya davet ettiğiniz için teşekkür ediyoruz; çünkü sizin uygulamalarınız doğal olarak bizi doğrudan etkiliyor. Sayın Fincancı'nın dediği gibi de zaten bu ortak çalışma alanlarının çok güçlü olduğu bir hadise.

Ben, öğrenmek için Sayın **Garlieki'ye** bir soru sormak istiyorum. Deminki tartışmalardan da açığa çıktı; bizim alanımızla doğrudan ilgili. İşkencenin tanımına ilişkin çeşitli uluslararası belgelerde bölümler var; ama bu, hep konuştuğumuz gibi, işkencenin hemen yanında

herkesin ezberlediği “insanlık dışı kötü muamele ve benzeri...” diye giden bölüme ilişkin hiçbir uluslararası belgede bir tanım yok. Bu, büyük bir boşluk olsa gerekir. Benim bildiğim kadarıyla yok. Varsa, onu öğrenmek istiyorum zaten.

İşkence hadisesi, esas olarak bir eylem ve bu ciddi ağır acı uyan-dıran bir eylem. Bu da bizim up camiasında bir tartışma konusudur. Dünya Tabipler Birliğinin 1975 Tokyo Deklârasyonu işkencenin ta-nımını yapmış, -bizim mesleğimize ilişkin bir tanım olmanın ötesinde olduğunu düşünüyoruz- “ağır” sözcüğünü kaldırmıştır, sadece “acı” diye tanımlamıştır. Aslında bunun anlamlı olduğunu düşünüyoruz; yani “ağır acı” dediğiniz zaman “Ağır nedir?” tartışması, sanıyorum bütün meslek alanlarını bir hayli yoran bir sonuç ortaya çıkartacak.

Sonuç olarak sorum şu: İşkence tanımı, Birleşmiş Milletler bel-gesinde olduğu gibi “ağır acı” olarak da kabul etsek, açık bir tanım var ve acı doğuran bir eylem olarak nitelendiriyoruz. Diğer konuda; kötü muamele, insanlık dışı olaylar konusunda tanım var mı? Yok ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kimi davalarında, örneğin İn-giltere’ye ilişkin davalarda 20 saat ayakları açık, elleri açık duvara yaslanma hadisesi işkence olarak tanımlanmadı. Dolayısıyla sanıyo-rum mahkeme, büyük bir sorumluluk altına giriyor, bir içtihat oluş-turuyor.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Sorduğunuz soruya değerli bilim adamı Kuçuradi, açılış konu-şması sırasında değindi. Gerçekten bir işkence tanımı yapıldı. Bu, uluslararası belgelerde var. Sayın Kuçuradi, bunu da okudu ve yine ilâve etti, kötü muamele, onur kırıcı muamele hakkında da herhangi bir belge ve tanım olmadığını da söyledi. Bunu, hâkimlerin, olaylara göre değerlendirmesi gerektiğini söyledi.

Arkadaşımıza cevap vermek istiyor musunuz?

Buyurun efendim.

Lech GARLICKİ - Kısaca söylemek gerekirse, işkence, gayri in-sani muamele ve aşağılayıcı muamele arasındaki farkla ilgili, son za-manlarda görülmüş bir dava yoktur. İsabetli bir şekilde işaret ettiği-niz gibi, söz konusu dava bu ayırımın biraz tanımlanmaya çalışıldığı İrlanda-İngiltere davasıydı. Bildiğimize göre o davada 3. Maddeyle yasaklanan üç ayrı muamele seviyesi olduğu belirlenmişti. Bunlardan birincisi olan “aşağılayıcı muamele” - aynen okuyorum - “kurbanla-

rında, kendilerini küçük düşürülmüş ve tahkir edilmiş hissettirebilecek, ve muhtemelen bedeni ve manevi dirençlerini kırabilecek korku, manevi yıkım, ve aşağılık duyguları yaratma” amacına yönelik muamele olarak tanımlanmıştır. Bir sonraki seviye olan “gayrı insani muamele” – yine aynen okuyorum – “uygulandığı kişilerde, fiilen bedensel yaralanma olmasa dahi, en azından şiddetli bedensel ve manevi ıstıraba ve ayrıca akut psikiyatrik bozukluklara yol açan” muamele türü olarak tanımlanmıştır. Ve nihayet “işkence” vardır ki bu da – aynen okuyorum – “son derece ağır ve zalimce ıstıraba yol açan kasta dayanan gayrı insani muamele”dir. Mahkeme daha sonra Yunanistan davasında şu tespitle bulunmuştur – aynen okuyorum: “İşkence kelimesi sıklıkla, kişinin ağzından bilgi veya itiraf almak yahut kişiyi cezalandırmak gibi bir maksada yönelik gayrı insani muameleyi ifade etmek için kullanılmakta olup, genellikle gayrı insani muamelenin bir türüdür.”

Mahkeme açısından daima önem taşıyan husus, herhangi bir muamele türünün gayrı insani – ve “sadece” gayrı insani – türde bir muamele olarak mı, yoksa işkence olarak mı tanımlanacağıdır. İhlal açısından bu birşeyi değiştirmez, zira Mahkeme 3. maddenin ihlal edildiği kararını zaten verecektir. Ancak, bu husus yaratabileceği siyasi yankılar bakımından önemli olabilir. Çünkü devletin işkenceden suçlu bulunması son derece naheş bir durumdur. Bu husus ayrıca Sözleşmenin 41. Maddesi uyarınca kurban lehine hükmedilen tazminatın miktarı açısından önemli olabilir.

Unutmamalıyız ki, İrlanda-Birleşik Krallık davası 1978’de karara bağlanmıştı; ve o tarihte meşhur (ya da kötülüğüyle meşhur) “beş sorgulama tekniği” gayrı insani muamele olarak tanımlanmış, lakin işkence olarak tanımlanmamıştı. Sözleşmenin “yaşayan, günün koşullarına uyarlanan bir belge” olduğunu kabul edersek, benzer bir durumun bugünün standartlarına göre nasıl tanımlanacağı sorusuna cevap vermek hayli güçtür. Bu üç kategorinin oluşturulmasında dahi büyük ölçüde görecelilik söz konusudur. Ve size tekrar hatırlatmak isterim ki bunun üzerine bir de Mahkemenin uyguladığı subjektif kriterler binmektedir; yani Mahkeme kurbanın kim olduğuna bakarak kararını bir kategoriden ötekine değiştirebilmektedir. Dolayısıyla, davalarımızın çoğunda olduğu gibi, her vakayı kendi koşulları içinde değerlendirmemiz icap eder.

İoanna KUÇURADI- Efendim, ben bu başlıkta bu “onur kırıcı” ya da “küçültücü, aşağılayıcı muamele” kelimesine dikkat çekmek istiyorum. Bunu o kadar doğal karşılıyoruz ki, oysa etik açıdan baktığımızda işkenceye ya da kötü muameleye uğrayanın insan onuruna hiçbir şey olmuyor, hiç küçültücü olmuyor. Benim elim, kolum bağlı. Bir şey yaparsanız, aslında yapan kendi onuruna bir şey yapıyor, kendini küçük düşürüyor. Bunlar üzerinde düşündükçe de bu, eğitimde ve aynı zamanda işkence rehabilitasyonda çok büyük rol oynuyor. Bakışımız çok önemli ve gerçekten de ben bunu felsefi olarak temellendiririm. Hiçbir şey olmuyor; işkence gören çok acı çekiyor; ama onuruna hiçbir şey olmuyor. Bunu da, özellikle bu görevleri yapan benim polis öğrencilerim bunu öğrendi ve ben, bundan çok memnunum. “Bunları öğretmemiz gerekiyor” diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Evet, haklısınız. Bir başka bakış açısıyla gerçekten söyledikleriniz isabetli ve doğru.

Buyurun efendim.

NECATİ ONURSAL- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Sorum, Bay **Garlicki**'ye. Avrupa Konseyinin her yıl yayınlamış olduğu İstatistikler bülteni var. Benim elimde de bu bülten var. Aslında 1,5 saatimi de bunu bulmak için geçirdim, o yüzden bugün geç geldim. Bu bültene göre 2001 Fransa hapishanelerinde 104 mahkûm, Almanya hapishanelerinde 98 mahkûm intihar etmiştir. Şimdi ben şunu sormak istiyorum: Bu iki ülkenin işkenceci veya kötü muameleci olduğu Avrupa Konseyinin resmi belgesiyle kanıtlandığına göre, bu ülke vatandaşlarından, doğrudan İnsan Hakları Mahkemesine yapılan bireysel başvurular neden iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçe gösterilerek reddedilmektedir?

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

Lech GARLICKİ- Ben Fransa davalarına katılmadığım için bu soruya cevap vermem oldukça zor. Bunlara Mahkemenin başka bir dairesi bakıyor. Ancak şunu söyleyebilirim: Hangi ülke söz konusu olursa olsun, dava Strasbourg'a taşınmadan önce iç kanun yollarının tüketilmiş olması icap eder. Ülkenin Fransa, Türkiye veya Polonya olması fark etmez. Bu kuralın pek az istisnası olmuştur. Bu istisnalardan biri, bazı kötü muamele davalarıyla ilgilidir; özellikle kötü muamelelerin bir “uygulama”ya dönüştüğü durumlardır bunlar.

Uygulamanın iki belirleyici unsurunun olduğu kabul edilir: tekrarlanma ve resmi makamlarca müsamaha edilme. Söz konusu Fransa davasında bu değerlendirme yapılabilir mi yapılamaz mı, elbette bilemem. Muhtemelen yapılamayacaktır. Dolayısıyla, mevcut iç kanun yollarını tüketmek için en azından bir girişimde bulunulmalıdır; ondan sonra dava Strasbourg Mahkemesine getirilebilir. Bize çeşitli ülkelerden 3. Madde ile ilgili davalar geliyor. Strasbourg'daki Mahkeme etkin bir soruşturmanın yapılmadığını ve devletin birşeyler yapmaya istekli olmadığını tespit ederse, kötü muamelenin gerçekleşmiş olması ve Mahkemenin ihlal kararı vermesi ihtimali bir hayli kuvvetli olacaktır. Fakat yine de belirtmeliyim ki elde somut bilgiler olmadan bu gibi durumlar hakkında mütalaada bulunmam mümkün değildir.

OTURUM BAŞKANI- Sayın konuşmacıların bilimsel değerlerde olan, doyurucu, ayrıntılı bildirimleri için teşekkür ederim. Umarım çok yararlı olmuştur. Bizleri sabırla dinlediğiniz için sizlere de çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

ÜÇÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI

MATER KABAN

(Yargıtay Birinci Başkanvekili)

OTURUM BAŞKANI : Mater KABAN

Yargıtay Birinci Başkanvekili

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesinin 1. bendinin 1. fıkrasında herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenlik hakkına sahip olduğu temel kural olarak belirtildikten sonra devam eden altı bentte bu hakkın sınırlanabileceği koşullar gösterilmiş, diğer fıkralarında ise özgürlüğün sınırlanması halinde, sınırlayan kurumca yapılması gereken işlemler ile özgürlüğü sınırlanana tanınan haklara değinilmiştir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğı kavramları, birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Özgürlükten yoksun bırakma yalnızca gözetim altına alma veya tutuklama olarak nitelendirilmemeli geniş bir anlam taşıdığı kabul edilmelidir.

Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu

Osman DOĞRU*

A) Özgürlük hakkının önemi: kişi özgürlüğünden vazgeçilebilir mi?.....	185
18. 06. 1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag. 65 (özet).....	185
B) Özgürlük hakkının anlamı: kişi özgürlüğüne müdahale var mı?.....	185
08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri (Esas hk) kararı, parag. 58, 59 (özet).....	186
06.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 92, 93 (özet).....	187
28.05.1985 tarihli Ashingdane kararı, parag. 41 (özet).....	187
08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerler (Esas hk) kararı, parag. 60-64 (özet).....	188
C) Özgürlükten yoksun bırakma: Kişi özgürlüğünü meşru kısıtlama şartları nelerdir?.....	189
a) Hukuka uygunluk şartı.....	189
1) Prensipler.....	189
18.01.1978 tarihli İrlanda - Birleşik Krallık kararı, parag. 194-189	
24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 45.....	190
24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 39.....	190
2) Hukukilikle ilgili örnek kararlar.....	191
i) kayıtsız gözaltı.....	191
08.07.1999 tarihli Çakıcı kararı, parag. 101-107.....	191
13.06.2002 tarihli Anguelova kararı, parag. 152-157.....	194
ii) geç serbest bırakma.....	196
06.04.2000 tarihli Labita kararı, parag. 168-174.....	196
27.11.1997 tarihli K.-F. - Almanya kararı, parag. 70-73.....	198
iii) komutan emriyle oda hapsi cezası.....	199
08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerler (Esas hk) kararı, parag. 20, 34-36, 69 (özet).....	199
iv) zorunlu ikamete tabi tutma tedbiri.....	201
16.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 95-102 (özet).....	201
v) iç hukuk boşluğunda sığınmacıları tutma.....	205

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

25.06.1996 tarihli Amuur kararı, parag. 50-54	205
vi) evrak üzerinden verilen kararlar muhafaza etme	207
21.02.1990 tarihli Van der Leer kararı, parag. 22, 23	207
vii) suç oluşturmayan fiillerden tutuklama veya mahkumiyet	208
20.03.1997 tarihli Lukanov kararı, parag. 41-46 (özet)	208
29.05.1997 tarihli Tsirlis ve Kouloumpas kararı, parag. 55-63	210
viii) örtülü iade için sınırdışı etme amacıyla tutma	212
18.12.1986 tarihli Bozano kararı, parag. 54-60	212
ix) eğitim altında ıslah amacına aykırı tutma	216
29.02.1988 Bouamar (Esas hk) kararı, parag. 43-53	216
x) akıl hastalarının tutulmasında hukukilik	220
b) Sebeye uygunluk şartı	220
1. Prensipler	220
2. Sebelerle ilgili örnek kararlar	221
i) mahkumiyet kararından sonra hapsedilme [Md. 5(1)(a)]	221
24.06.1982 tarihli Van Droogenboreck kararı, parag. 33-42 (özet)	221
ii) yükümlülükler uymama nedeniyle tutma [Md 5(1)(b)]	225
aa) mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma	225
bb) hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutma	226
iv) suç nedeniyle gözaltına alma ve tutma / tutuklama [Md 5(1)(c)]	227
aa) suç işlediğinden "makul kuşku" duyulması üzerine tutma	227
30.08.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley (Esas hk) kararı, parag. 30-36	228
28.10.1994 tarihli Murray kararı, özet	231
22.10.1997 tarihli Erdagöz kararı, parag. 47- 54	235
bb) suç işlemediğini engellemek için tutma	237
06.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 102	237
cc) suç işledikten sonra kaçmasını engellemek için tutma	239
iv) küçüklerin tutulması [Md 5(1)(d)]	239
v) akıl zayıflığı, derbederlik vd. nedenlerle tutma [Md 5(1)(e)]	241
aa) Serserilik	241
18.06.1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag. 68- 70	241
bb) Akıl zayıflığı	241
24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 37-38	241
28.05.1985 tarihli Ashingdane kararı, parag. 36-38	242
vi) sınırdışı etme veya iade amacıyla tutma [Md 5(1)(f)]	243
D) Özgürlüğünden yoksun bırakılanların hakları	243
a) Gözaltına alınan ve tutulanlar	244
1) gözaltına alınma nedeni ve suç hakkında bilgilendirilme hakkı [Md 5(2)]	244
30.08.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley kararı, parag. 38-43	245
28.10.1994 tarihli Murray kararı, özet	246
11.07.2000 tarihli Dikme kararı, özet	247
2) derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı [Md. 5(3)]	247
i) "derhal ... önüne çıkarılma": azami gözaltı süresi	248

**Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5.
Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu**

aa) olağan hallerde	248
26.10.1984 tarihli McGoff kararı, parag. 26-27.....	249
29.11.1988 tarihli Brogan ve Diğerleri kararı, parag. 58-62.....	249
bb) olağanüstü hallerde	252
26.05.1993 tarihli Brannigan ve McBride kararı, özet	253
18.12.1996 tarihli Aksoy kararı, 66-78.....	254
ii) "yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli" önüne çıkarılma.....	257
22.05.1984 tarihli De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı, parag. 46-53.....	258
29.04.1999 tarihli Aquilina kararı, parag. 47-50.....	262
3) koruyuculardan yararlanma hakkı [Md 5(3)].....	264
18.12.1996 tarihli Aksoy kararı, parag. 82-83	264
4) gözaltının hukukilik deneümi ve sahverilme için mahkemeye başvurma hakkı: gözaltına itiraz [Md 5(4)]	265
30.08.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley kararı, parag. 44-45.....	265
26.11.1997 tarihli Sakık ve Diğerleri kararı, parag. 49-54	266
5) gözaltının Sözleşme'ye aykırılığı nedeniyle tazminat hakkı [Md 5(5)].....	267
26.11.1997 tarihli Sakık ve Diğerleri kararı, parag. 58-61	267
b) Tutuklananlar.....	268
1) Tutuklanma nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkı [Md 5(2)]....	268
30.03.1989 tarihli Lamy kararı, özet.....	268
2) tutuklunun makul sürede sahverilme hakkı [Md 5(3)].....	269
i) tutukluluk süresinin hesaplanması.....	269
ii) tutukluluk süresinin makullüğü.....	270
aa) Genel olarak	270
bb) tutuklama kararlarında gerekçe bulunmaması nedeniyle ihlal	274
08.06.1995 tarihli Yağcı ve Sargın kararı, parag. 49- 55	274
cc) tutuklama gerekçelerinin ilgisiz veya yetersiz kalması nedeniyle ihlal	276
27.08.1992 tarihli Tomasi kararı, parag. 82-103.....	277
dd) özen gösterilmediğı için tutukluluğun uzaması nedeniyle ihlal	282
3) tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı: tutukluluğa itiraz [Md 5(4)].....	283
4) tutukluluğun Sözleşme'ye aykırılığı nedeniyle tazminat hakkı [Md 5(5)].....	286

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin "özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5. maddesi, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini güvence altına almaktadır.¹

1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Aşağıdaki haller dışında ve hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça, hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:
 - a) bir kimsenin yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra hukuka uygun olarak hapsedilmesi;
 - b) bir kimsenin mahkemenin hukuka uygun bir karara uymaması nedeniyle veya hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için hukuka uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması;
 - c) bir kimsenin suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine veya suç işlemesini engellemek ya da işledikten sonra kaçmasını önlemek için kendisini tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde, kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak gözaltına alma veya tutma;
 - d) bir küçüğün eğitiminin izlenmesi amacıyla hukuka uygun bir kararla tutulması veya kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak tutulması;
 - e) bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için bunu taşıyanların, akıl zayıflığı, alkolik, uyuşturucu bağımlısı olanların veya derhede kimselelerin hukuka uygun olarak tutulması;
 - f) ülkeye izinsiz girmek isteyen bir kimsenin girişinin önlenmesi veya hakkında sınır dışı etme veya iade kararı alınan kişinin sınır dışı edilmesi veya iadesi için hukuka uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması.
2. Gözaltına alınan bir kimse, gözaltına alınma nedenleri ile kendisine isnat edilen suç hakkında anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilir.

¹ D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 97 vd.; S. Trechsel, "Liberty and Security of Person", (eds) R. St. J. Macdonald - F. Matscher - H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, s. 277 vd.; R. Clayton - H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, New York, s. 477 vd.; A. F. Gölcüklü - A. Ş. Gözükbüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, s. 204 vd.

3. Bu maddenin birinci fıkrasının c) bendine göre gözaltına alınan veya tutulan bir kimse, derhal bir yargıç veya hukukun yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılır; bu kimse makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkına sahiptir. Salıverme, bu kimsenin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabilir.
4. Gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvuruma hakkına sahiptir.
5. Bu Madde hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan herkes, icrası mümkün bir tazminat alma hakkına sahiptir.

Bu maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinde özgürlük ve güvenlik hakkı tanınmakta; yine 1. fıkranın (a) – (f) bendlerinde meşru özgürlükten yoksun bırakma sebepleri gösterilmekte; maddenin 2 – 5. fıkralarında ise, özgürlüğünden yoksun bırakılanların hakları düzenlenmektedir.

A) Özgürlük hakkının önemi: kişi özgürlüğünden vazgeçilebilir mi?

Özgürlük hakkı, hukukun üstünlüğüne bağlılığını açıklayan bütün siyasal rejimlerin merkezinde yer alan bir hakur.

*18. 06. 1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag. 65
(özet)*

"... Sözleşme'deki anlamıyla özgürlük hakkı, 'demokratik bir toplumda' o kadar önemlidir ki, bir kimse sırf kendi isteği ile gidip tutulmak istediğini belirttiği gerçekleriyle, Sözleşme'nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse bile, Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal edebilir. Avrupa Konseyi içinde kamu düzenini ilgilendiren bir konuda, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek nitelikteki bütün tedbirlerin, Sözleşme organları tarafından her davada denetlenmesi gereklidir..."[65]

B) Özgürlük hakkının anlamı: kişi özgürlüğüne müdahale var mı?

Sözleşme'nin 5. maddesi, bireyin sadece fiziksel özgürlüğünü (serbestliğini) güvence altına almaktadır; kişi maddi ve manevi bütün-

lüğüne yönelik müdahaleleri kapsayacak kadar geniş değildir. Örneğin, bir kimsenin gözaltında gördüğü kötü muamele veya cezaevinde kötü koşullarda tutulması, Sözleşme'nin 5. maddesini değil, 3. maddesini ilgilendiren bir konudur. Yine kişi özgürlüğü, kişinin seyahat özgürlüğüne yapılan müdahaleleri de kapsamaz.

Bir olayda Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulanabilmesi için, "kişi özgürlüğü"ne bir müdahale bulunmalıdır. Bir kimsenin kişi özgürlüğüne müdahale bulunup bulunmadığına, yani gerçekten özgürlükten yoksun bırakılıp bırakılmadığına, somut şartlara bakılarak karar verilir.

08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri (Esas hk) kararı, parag. 58, 59 (özet)

"Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, kişi özgürlüğü terimini kullanırken, bu terimi klasik anlamıyla, yani kişinin fiziksel özgürlüğü biçiminde düşünmüştür. Bu fıkranın amacı, bir kimseyi keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakmaya karşı korumaktır. Bu fıkranın, sadece Dördüncü Protokolün 2. maddesinde bulunan seyahat özgürlüğü üzerine getirilen kısıtlamalarla bir ilgisi yoktur. Bu durum, 5. maddede 'özgürlükten yoksun bırakma', 'gözaltına alma'; 'tutma' terimlerinin kullanılmasından da anlaşılmalıdır.[58]

Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı tespit edilirken kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut şartlardır. Askerlik hizmetleri, Sözleşme'nin 4(3)(b) bendinde açıkça öngörüldüğünden, kendi başına Sözleşme'deki kişi özgürlüğüne aykırı düşmez. Ayrıca, askerlik hizmetlerinin gerekleri, silahlı kuvvetler mensuplarının seyahat özgürlüklerine daha geniş sınırlamalar konulmasını gerektirebilir ve bu suretle getirilen kısıtlamalar 5. maddede kapsamına girmez.[59/1]

Her Devlet, kendi askeri disiplin sistemini düzenlemekle yetkili olup, bu işlemi yaparken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Sözleşmenin 5. maddesinin Devletlerden aşımalarını istediği sınırlar, askerler ve siviller için aynı değildir. Bir sivil şahsa uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma oluşturabilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişilere uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma niteliğine sahip olmayabilir. Bununla beraber bu tür bir ceza veya tedbir, Sözleşmeciler Devletlerin silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan kısıtlama biçimini aldığı anda, Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerinden kurtulamaz. Bunun böyle olup olmadığını tespit etmek için, tartışma konusu ceza veya tedbirin niteliği, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler dikkate alınmalıdır." [59/2]

06.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 92, 93 (özet)

"Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası 'kişi özgürlüğü'nden söz ederken, kişinin fiziksel özgürlüğünü kastettiğini hatırlar. Bu fıkranın amacı hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamaktır. ... Bu fıkra sadece seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ilgili değildir; ... seyahat özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar Dördüncü Protokolün 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bir kimsenin 'kişi özgürlüğü'nden yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirlerken kalkış noktası, o kimsenin içinde bulunduğu somut durum olup, tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bütün faktörler dikkate alınmalıdır (bk. 08.06.1976 Engel ve Diğerleri kararı, parag. 58-59).[92]

Özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark, sadece bir derece ve yoğunluk farkı olup, nitelik veya öz farkı değildir. Bıçak sırtındaki bazı olayları bu kategorilerden hangisi içinde girdiğini tespit etmek bazen güç olmasına rağmen Mahkeme, 5. maddenin uygulanabilir olup olmamasının dayanağı olacak bir tercihte kaçınmaz." [93]

28.05.1985 tarihli Ashingdane kararı, parag. 41 (özet)

"Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, Dördüncü Protokolün 2. maddesinde düzenlenen sadece seyahat özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalarla ilgili değildir. Bir olaydaki şartların özgürlükten yoksun bırakmayı içerip içermediğini belirleyebilmek için, başlangıç noktası olarak ilgili kişinin içinde bulunduğu somut durum ele alınmalı ve söz konusu tedbirin türü, süresi, uygulanma tarzı ve etkileri gibi bir dizi kriter dikkate alınmalıdır (bk. diğerleri arasında 08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri kararı, parag. 58-59, ve 06.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 92). Özgürlüğü kısıtlama ile özgürlükten yoksun bırakma arasındaki ayrımı, sadece derece veya yoğunlukta olup, nitelik veya özde değildir (bk. yukarıda geçen son karar, parag. 93)."[41]

Kişi özgürlüğüne müdahale, gözaltı, tutuklama, hapislik, muhafaza altında tutma hallerinde olduğu gibi, kural olarak kilit altında tutmaktır. Ancak Mahkeme, 06.11.1980 tarihli Guzzardi kararında, 50 kilometrekarelik bir adanın 2,5 kilometrekarelik bir bölümünün sadece 800 metre çaplı bir alanında zorunlu ikamete tabi tutma tedbirini, kişi özgürlüğüne bir müdahale saymıştır.

Kişi özgürlüğüne müdahale, çok kısa süreli de olsa, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına girebilir. Mahkeme'ye göre 28.10.1994 tarihli Murray kararında, sabah 7:30'da evden gözaltına alınıp emniyet biri-

mine götürülen, burada sorulan sorulara cevap vermeyen ve 9.45'te saliverilen başvuruçunun toplam 2 saat 15 dakika tutulması, kişi özgürlüğüne müdahale oluşturmuştur.

Kişinin durumunu etkileyen tedbir, özgürlüğe bir müdahale oluşturabilir. Asker, kişilere çeşitli disiplin cezalarının tartışıldığı 08.06.1976 tarihli *Engel ve Diğerleri kararında*, Mahkeme'ye göre:

08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerler (Esas hk) kararı, parag. 60-64 (özet)

"...üç dört günlük hafif göz hapsi, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz; çünkü bu ceza alanların mesai saatleri dışında askeri binalarda kalma zorunlulukları varsa da, bu kişiler kilit altında tutulmamakta ve görevlerini yapmaya devam etmektedirler. Bu kişiler az veya çok askeri yaşamın olağan sistemi içinde kalmaya devam etmektedirler.[60-61]

Mahkeme'ye göre sıkı göz hapsi, kışla içinde belirlenmiş bir alanda bulunma şeklinde uygulanmaktadır. Bu kişiler kantine, tesis içindeki sinemaya veya gezinti yerlerine gidememektedirler. Ancak bu kişiler de kilit altında değildir. Başvuruçulardan birine verilen 12 günlük sıkı göz hapsi de özgürlükten yoksun bırakma sayılmaz.[62]

Mahkeme'ye göre, 1974 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmış olan ağır göz hapsi alan astsubay ve erler, gündüz ve gece bir odada kilit altında tutulmaktadırlar; dolayısıyla normal görevlerini yerine getirememektedirler. Bu nedenle ağır göz hapsi özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaktadır. Mahkeme'ye göre birinci başvuruçuya uygulanan geçici hapislik, iki gün gibi kısa sürme özelliğine rağmen, ağır göz hapsi ile aynı şartları içerdiğinden, özgürlükten yoksun bırakma sayılır.[63]

İki başvuruçuya uygulanan ve 1974'te kaldırılan disiplin odasında hapislik, Hollanda ordusunda uygulanan disiplin cezaları içinde en ağır olanıdır. Bu ceza erlere, bir disiplin davasından sonra verilmektedir. Bu ceza, Ceza Kanununa göre mahkum olanlar ile birlikte tutulma şeklinde infaz edilmektedir. Kendileri bir ay veya daha fazla süreyle binayı terk edememektedirler. Bu ceza üç aydan altı aya kadar sürebilmektedir. Sürebakımından diğer cezalara göre daha fazladır. Ayrıca bu ceza alan iki başvuruçuyu, geceleri bir odada kilit altında tutulmuşlardır. Bu nedenle, bu ceza da özgürlükten yoksun bırakma oluşturur."[64]

Mahkeme, 28.11.1988 tarihli *Nielsen kararında*, evlilik dışında doğan çocuğun velisi olan annesi tarafından hastanenin psikiyatri servisine yaurılmasını, çocuğa tıbbi tedavinin değil ama çevre terapi-

sinin uygulanmasını göz önünde tutarak, çocuğun velayetini isteyen babanın yanında kalmasını önlemek için hastaneye yatırılmak suretiyle kişi özgürlüğüne müdahale bulunduğunu şikayetini reddetmiştir.

Mahkeme, 26.02.2002 tarihli *H.M. – İsviçre kararında*, oğlunun evinde yaşarken, evde bakım kurallarına uygun davranmadığı ve yaşlılıkla gelen bunama nedeniyle il yönetimi tarafından huzurevine yatırılan başvurucunun, kişi özgürlüğüne bir müdahale bulunmadığına karar vermiştir.

C) Özgürlükten yoksun bırakma: Kişi özgürlüğünü meşru kısıtlama şartları nelerdir?

Kişi özgürlüğü mutlak bir hak değildir; kısıtlanabilir; olağanüstü hallerde kullanılması askıya alınabilir. Bir kısıtlamanın (müdahalenin) haklı görülebilmesi için, iki önemli şartın bulunduğu söylenebilir. İlkin, bir kısıtlama “hukuki” olmalıdır. Hukukilik, 5. maddenin 1. fıkrasında yer alan “aşağıdaki haller dışında”, “hukukun öngördüğü usule uyulmadıkça” ve her bir bend içindeki “hukuka uygun tutma” terimleriyle öngörülmüştür.

İkinci şart, bir özgürlük kısıtlamasının, 5(1). fıkrasının (a-f) bendlerinde gösterilen en az bir “sebebe uygun” olmasıdır.

a) Hukuka uygunluk şartı

1) Prensipler

Bir özgürlük kısıtlamasının hukuki olabilmesi için, ilkin Sözleşme'deki hallerden birine girmelidir.

18.01.1978 tarihli İrlanda – Birleşik Krallık kararı, parag. 194

“Bu fıkra bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin verilen hallerin bir listesini içermektedir. ...bu sınırlı bir listedir; listenin sınırlılığı, fıkrada yer alan ‘aşağıdaki haller dışında’ ifadesinden anlaşılmakta, 17. madde de bunu teyid etmektedir.”

Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, iç hukukta gösterilen bir sebebe dayanmalıdır; ancak bu yeterli değildir. İç hukuktaki sebebin de Sözleşme'de bulunan bir sebep olması gerekir. O halde, i) iç hukukta dayanağı bulunmayan bir kısıtlama, ii) iç hukukta dayandığı olsa bile

Sözleşme'de dayanağı olmayan bir kısıtlama, Sözleşme'nin 1. fıkrasının ihlal eder.

Yine bir özgürlük kısıtlamasının hukuki olabilmesi için, "hukukun öngördüğü bir usule uygun" olması gerekir. Mahkeme'ye göre:

24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 45

"Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukukun öngördüğü bir usule uygun' tutma deyimi, iç hukuktaki usule göndermede bulunmakta ve bu iç hukukta öngörülen usule uygun davranmayı öngörmektedir. Ancak, iç hukuktaki usulün de Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olması gerekmektedir. Buradaki usul kavramı, bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir işlem için yetkili makamlar tarafından verilmiş bir kararın bulunmasını, bu kararın yetkili kişilerce uygulanmış olmasını ve işlemin keyfi olumasını gerektirir."[45]

Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, iç hukukta gösterilen bir usule dayanmalıdır; ancak bu yeterli değildir. İç hukukta gösterilen usulün de Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun bulunması gerekir. O halde, bir kısıtlama: i) iç hukuk bir usul öngörülmemiş ise, ii) iç hukukta bir usul öngörülmüş olsa bile, bu usule ve Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına aykırı bir düşüyorsa, Sözleşme'nin 1. fıkrasının ihlal eder.

Yine bir özgürlük kısıtlamasının hukuki olabilmesi için, ilgili bend içindeki "hukuka uygun tutma" şartını yerine getirmiş olmalıdır.

24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 39

"... Mahkeme'ye göre bu şart, öncelikle iç hukuka uygunluğu gerektirir; ancak iç hukukun da Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun bulunması gerekir; bu uygunluk, hem özgürlükten yoksun bırakma kararının verilmesi sırasında ve hem de bu kararın uygulanması sırasında gereklidir. Buradaki 'hukuk' sözcüğü iç hukukun hem maddi ve hem de usul hükümlerini kapsamaktadır. Bu nedenle bend içindeki 'hukuk' sözcüğü ile 5(1). fıkrasının başındaki 'hukukun öngördüğü usul' terimleri arasında belirli bir örtüşme vardır. Gerçekten de bu iki ifade, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir toplumda, keyfi olan her hangi bir tutmanın hiç bir zaman hukuka uygun sayılamayacağını vurgulamaktadır. ..."[39]

Buna göre bir özgürlük kısıtlaması, 1. fıkranın bendlerinden birine girse bile, Sözleşme'nin o bend ile izlenen amaca aykırı ise, yine Sözleşme'nin 1. fıkrası ihlal edilmiş olacaktır.

2) Hukukilikle ilgili örnek kararlar

i) kayıtsız gözaltı

Güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınan bir kimsenin kaydedilmemesi, Sözleşme'nin 5. maddesindeki haklardan yararlanma imkanını ortadan kaldırır; dahası, gözaltına alınan kimsenin yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğü korunamaz hale gelir. Kişi, kendisini gözaltına alan güvenlik güçlerinin insafına terk edilmiş olur.

Bir kimsenin gözaltında kayıp edilmesi halinde, sorumluluktan kurtulmak için, o kimseye ilişkin gözaltı kaydı tutmamak suretiyle gözaltının inkar edilmesi, Mahkeme'nin önünde bir çok davaya konu olmuştur.² Bu konudaki prensipler, Mahkeme'nin 25.05.1998 tarihli *Kurt kararında* ortaya çıkmaya başlamış ve 08.07.1999 tarihli *Çakıcı kararında* yerleşmiştir:

08.07.1999 tarihli Çakıcı kararı, parag. 101-107

"101. Başvurucu, kardeşi Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığını, bir gece Hazro'da gözaltında tutulduğunu, daha sonra Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığı'na götürülerek 2 Aralık 1993 tarihine kadar burada tutulduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, kardeşinin gözaltına alınması kayıtlara geçirilmemiş ve gözaltına alındığı yetkililer tarafından inkar edilmiş; böylece gözaltında iken sağlanması gereken güvencelerden yoksun bırakılmıştır. Başvurucunun kardeşi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gerektirdiği halde makul bir süre içinde yargıç önüne çıkarılmamış; avukatla, doktorla veya bir akrabasıyla görüşmesine izin verilmemiş; Sözleşme'nin 5(4). fıkrası gereğince gözaltına alınmasının hukukiliğine itiraz etmesi engellenmiştir. Ayrıca, başvurunun ailesinin, Ahmet Çakıcı'nın gözaltına alındığı şeklindeki iddiası konusunda yetkili-

² Mahkeme'nin 25.05.1998 tarihli *Kurt kararında*, 08.07.1999 tarihli *Çakıcı kararında*, 13.06.2000 tarihli *Timurtaş kararında*, 14.11.2000 tarihli *Taş kararında*, 27.02.2001 tarihli *Çiçek kararında*, 31.05.2001 tarihli *Akdeniz ve Diğerleri kararında*, 17.07.2001 tarihli *İ. Bilgin kararında* Sözleşme'nin 5. maddesinin bu yönden ihlal tespit edilmiş; 06.11.2001 tarihli *I.I., I.S., K.E. ve A.O. kararında*, 09.04.2002 tarihli *Toğcu kararında*, 18.06.2002 tarihli *Orhan kararında* dostane çözüme gidilmiş; 22.05.2001 tarihli *Şarlı kararında* ise kişinin güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığı kanıdanamadığı için reddedilmiştir.

ler tarafından hızlı ve etkili bir soruşturma yapılmamıştır; başvurucaya göre bu, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlalini oluşturur.

102. Ahmet Çakıcı'nın gözaltına alındığı iddiasını reddeden Hükümet, başvuruca'nın kardeşi ile ilgili bütün bilgilerin ve özellikle de gözaltı kayıtlarında isminin yer almadığına dair bilginin yetkililer tarafından başvurucaya verildiğini savunmuştur. Hükümet ayrıca, Komisyon'un gözaltı kayıtları konusundaki eleştirilerinin bu davadaki olaylarla ilgili olmadığını ve her halükarda olaylarla orantısız olduğunu belirtmiştir. Hükümet, söz konusu süreler içinde kayıtlara geçirmeden veya gerekli adli süreci başlatmadan kişileri gözaltında tutmanın mümkün olmadığı görüşündedir. Hükümet ayrıca, Türkiye'nin güneydoğu bölgesindeki terör tehdidinin bir sonucu olarak, ulusun varlığına tehdit oluşturan olağanüstü halin varlığının Mahkeme tarafından kabul edildiği Aksoy davasını (bk. 18.12.1996 tarihli Aksoy kararı) zikrederek, Sözleşme'nin 15. maddesi bağlamındaki yükümlülük azaltma tedbirine (derogation) atıfta bulunmuştur.

103. Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçleri tarafından keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığını tespit eden Komisyon, onun başına gelenler hakkında Hükümet tarafından güvenilir veya delile dayanan bir açıklama yapılmadığı sonucuna varmıştır. Komisyon ayrıca, gözaltındaki bir kimsenin kaybolmasını önlemek için getirilen koruyucuları incelerken, Lice, Hazro ve Diyarbakır Jandarma Komutanlıklarındaki gözaltı kayıtlarında, bu kayıtların güvenilir ve doğru olarak kabul edilemeyeceği eksiklikler, düzensizlikler, tutarsızlıklar bulunduğunu gözlemlemiştir. Komisyon ayrıca, jandarmaların doğru ve etkili kayıt tutma usullerinin gereği gibi farkında olduklarına veya uygulamaya koyduklarına kanaat getirememiştir.

104. Mahkeme bir demokraside, yetkililerin elinde keyfi olarak tutulmaktan kurtulmaları için bireylerin haklarını koruyan Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerin önemini sık sık vurgulamıştır. (bk. diğerleri arasında Kurt Kararı, parag. 122). Bu bağlamda 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 başsuz yargı denetimine tabi kılmayı ve bu işlemi yapan yetkililerin sorumluluğunu sağlamayı amaçlayan maddi haklar bütünü getirmiştir. Mahkeme'nin daha önce Kurt davasında da belirttiği gibi (bk. Kurt kararı, parag. 124), bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkar edilmesi, bu güvencelerin bütünüyle reddedilmesi anlamına gelir ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ağır bir biçimde ihlalini meydana getirir. Yetkililerin, denetimleri altında bulunan bireyler nedeniyle sorumlulukları bulunduğun-

dan, Sözleşme'nin 5. maddesi, kayıp edilme tehlikesine karşı bireyleri korumak üzere yetkililerin etkili tedbirler almalarını ve bir kimsenin gözaltına alınıp da bir daha görülmediği şeklinde savunulabilir bir iddia hakkında derhal ve etkili bir soruşturma yapmalarını gerektirir.

105. Bu düşüncelerin ışığı altında Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçleri tarafından yakalandığı, 8 Kasım 1993 gecesini geçirdiği Hazro'ya götürüldüğü, 2 Aralık 1993 tarihine kadar gözaltında tutulduğu Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığı'na gönderildiği şeklinde Komisyon'un yaptığı tespiti kabul ettiğini hatırlatır: (*bk. yukarıda parag. 50*). Bu tutma, Hazro veya Diyarbakır gözaltı kayıtlarına geçirilmemiştir; ayrıca, nerede bulunduğu ve akıbetinin ne olduğuna dair bir resmi kayıt da mevcut değildir. Bir kimsenin gözaltında tutulmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bakımından hukukilik şartlarına uygun olabilmesi için, gözaltında tutulanların tutulma tarihi, zamanı ve yeri, ayrıca gözaltı sebepleri ve gözaltına alan kişilerin adlarıyla ilgili gerçeğe uygun verilerin kayda geçirilmesi gereklidir. Mevcut olaydaki başvurucuyla ilgili kayıt bulunmaması, Komisyon'un söz konusu kayıtların güvenilir ve doğru olmadığına dair genel tespitleriyle daha da ağırlaşan çok bir ciddi bir ihmali ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme ayrıca, Komisyon temsilcileri önüne çıkan tanık jandarmalar tarafından verilerin kaydedilmesinde yaptıkları uygulamaya konusunda, yani bir kimsenin resmi bina dışında bir yerde tutulması halinde veya her hangi bir amaçla gözaltı biriminden çıkarıldığında veya nakil amacıyla tutulduğunda, o kimsenin kayda geçirilmemesi konusunda Komisyon'un duyduğu kaygılarını paylaşmaktadır. Mahkeme, gözaltında tutulan bir kimsenin belli bir zamanda nerede olduğunu tespit etmeyi sağlayan kayıtların tutulmamasının, kabul edilemez olduğu sonucuna varmaktadır.

106. Ayrıca Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın gözaltında tutulduğuna dair üç tanığın bulunduğu başvurunun ailesi tarafından yetkililerin dikkatine sunulmuş olduğu halde, başvurunun Komisyon tarafından Hükümet'e iletilmesine kadar, gözaltı kayıtlarının incelenmesi dışında, yetkililer tarafından ifade almak için her hangi bir girişimde bulunulmamıştır. Mahkeme daha önce (*bk. yukarıda parag. 80*), bu aşamada bile sınırlı sayıda araştırma yapılmış olması ile Ahmet Çakıcı'nın cesedinin bulunduğu haberi üzerine her hangi bir soruşturma yapılmamış olması hakkında yorumda bulunmuştu. Ahmet Çakıcı'nın kaybolması hakkında, ne hızlı ve ne de anlamlı bir araştırma yapılmıştır.

107. Buna göre Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerden tamamen yoksun olarak inkar edilen bir gözaltında tutulduğu ve bu maddede güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Gözaltına alınanın inkar edilemediği, fakat kayıt etmemenin haklı gösterilmeye çalışıldığı kayıtsız gözaltular da vardır.

13.06.2002 tarihli Anguelova kararı, parag. 152-157

On yedi yaşındaki Roman etnik kökenli Bulgar vatandaşı Zabchekov'un, bir gece yarısı alkollü vaziyette araba hırsızlığına teşebbüs ettiği sırada yakalanıp karakola götürüldükten dört saat sonra ölümüyle sonuçlanan olayda, düzgün bir gözaltı kaydı tutulmadığı anlaşılmıştır.

"152. Başvurucu, Hükümetin kabul ettiği şekilde 24 saatlik gözaltı süresinin gözaltına alınan kişinin kimliğinin belirlenmesinden sonra başladığını kabul etmenin saçma olduğunu belirtmiştir. Bulgaristan hukukunda böyle bir kural yoktur. Yazılı bir karar emir bulunmadan gerçekleştirilen bir gözaltında tutma, Polis Kanununun 35. maddesini ihlal eder. Dahası, mevcut olayda polis memurları Zabchekov'u hemen tanımış ve kendisine adıyla hitap etmişlerdir.

153. Hükümet, Zabchekov'un polis karakoluna getirildiği anda henüz kimliği bilinmediği için, Milli Polis Kanununun 35. maddesi anlamında "gözaltında tutulan kişi" olmadığını savunmuştur. Tutulmasının gerekli olup olmadığına karar verebilmek için, kimliğinin belirlenmesine imkan verecek şekilde ayılmasını beklemek gerekmiştir. O nedenle, yazılı bir tutma emri gerekmemiştir. Böyle bir emir, kimliği bilinmeyen bir kimse için verilemezdi.

Hükümet ayrıca, her halükarda hukuki bir tutmanın maddi yasal şartlarının mevcut olduğunu belirtmiştir. Çünkü Zabchekov, hırsızlık yapmaya çalışırken yakalanmış ve kimliğinin belirlenmesi için polis karakoluna getirilmiştir.

154. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki "hukuki" ve "hukukun öngördüğü usule uygun" deyimlerinin, esas itibarıyla ulusal hukuka göndermede bulunduğunu ve buradaki maddi ve usul kurallarına uygunluğu belirttiğini hatırlatır. Bu deyimler ayrıca, bir özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına, yani keyfilige karşı korumaya uygun olmasının gerektirir. Mahkeme bunların yanında iç hukukun kendisinin, Sözleşme'nin ifade ve ima ettiği genel prensiplerle de bağdaşıp bağdaşmadığını belirlemelidir (bk. diğer kararlar arasında, *Grausulyts kararı, parag. 39*).

Bir kimsenin gözaltında tutulmasının inkar edilmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan çok önemli güvencelerin bir bütün olarak reddedilmesi anlamına gelir ve bu maddenin en ağır şekilde ihlalini meydana getirir. Gözaltında tutmanın tarihi, zamanı, yeri, tutulan kimsenin adı, tutma sebepleri ve tutmayı gerçekleştiren kişinin adı gibi konularda kayıt bulunmaması halinde, bu tutma hukukilik şartıyla ve Sözleşme'nin 5. mad-

desinin amacıyla bağdaşmaz görülmelidir (bk. 25.05.1998 tarihli Kurt kararın, parag. 104-105).

155. Mevcut davada Zabchekov'un gözaltında tutulmasının, Milli Polis Kanununun 35. maddesinin gerektirdiği şekilde yazılı bir emre dayanmadığı tartışma konusu değildir. Hükümetin görüşünün tersine bu maddede, tutulan kimsenin kimliği hakkında tereddüt bulunması halinde, kanuni bir emir olmaksızın da tutmaya izin verdiği şeklinde yorumlanamaz; çünkü böylesi bir yorum, inkar edilen tutmalara açık çek verme anlamına geleceği için, Sözleşme'nin 5. maddesinin en temel güvencelerine aykırı bir yorum olur. Dahası, mevcut davada polis, gözaltına aldığı anda Zabchekov'u tanımıştır.

Burada çıkan sonuca göre başvurunun tutulması hukuka uygun değildir.

156. Başvurucu, oğlunun gözaltında tutulduğunu gizlemek amacıyla, kendisinin ölümüyle ilgili verilen ilk bilgide, onun gözaltında olduğu belirtilmemiştir (bk. yukarıda parag. 49 ve 61).

Mahkeme, Zabchekov'un özgürlükten yoksun bırakılmasının hemen başlangıçta kaydedilmediğini, polis karakolundaki kayıtların da daha sonra tahrif edildiğini gözlemlemektedir. Polis memurlarının 29 Ocak 1996 sabahı 3 ile 5 arasındaki kuşku davranışları, başvurunun oğlunun tutulmuş olduğunu gizleme teşebbüsü şeklinde bir sonuca varmaya götüren başka bir unsurdur (bk. yukarıda parag. 30-32 ve 41-46).

Bu teşebbüs olayda başarılı olmadığı için, Mahkeme, inkar edilen bir gözaltı nedeniyle devletin sorumluluğunun doğup doğmadığı mescesini ele almayacaktır.

157. Zabchkov'un tutulmasıyla ilgili olarak yazılı bir emir ile düzgün bir kayıt bulunmaması, Mahkeme'nin, başvurunun 29 Ocak 1996 tarihinde bir kaç saat tutulmasının iç hukuku ihlal ettiği ve Sözleşme'nin 5. maddesine içkin olan özgürlükten yoksun bırakmanın düzgün bir şekilde kaydedilmesi şartına aykırı olduğu sonucuna varması için yeterlidir.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir."

Kayıtsız gözaltı, sadece kişinin gözaltında kaybedilmiş olması ve gözaltında ölen bir kimsenin ölüm sebebinin gizlenmeye çalışması hallerinde ortaya çıkmaz. Gözaltına alınıp tutulduktan sonra salıverilmiş bir kimsenin, gözaltına alındığına ve salıverildiğine dair kayıt tutulmaması, gözaltının keyfilikliğini gizleme anlamına gelir.

Yukarıdaki kararlardan anlaşılmaktadır ki, kayıtsız geçen bir tutma süresi, ne iç hukukta ve ne de Sözleşme'de bir dayanak bulabi-

lır. Kişinin i) fiilen gözaltına alındığı tarihi ve zamanı (saat ve dakikayı) gerçeğe uygun bir şekilde yansıtmayan; ii) fiilen gözaltına alındığından daha geç bir tarihi ve zamanı gösteren; iii) kişi daha geç bir tarihte veya zamanda salıverildiği halde, daha erken bir tarih veya zamanı gösteren iv) kişi yetkili makamlar önüne daha geç bir tarihte çıkarıldığı halde, daha erken bir tarih veya zamanı gösteren bir gözaltı kaydı, kişinin Sözleşme'deki haklarını kullanmasını engellediği için, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartını ihlal edecektir.

ii) geç serbest bırakma

Tutuklu bulunan bir kimsenin salıverilmesi kararından sonra veya kayıtlı olarak gözaltında tutulan bir kimsenin yasal süre dolduktan sonra her hangi bir sebeple tutulmaya devam edilmesi ve kayıtlı olarak geç serbest bırakılması, yine kişi özgürlüğünden yoksun bırakma işlemi hukukilik sorununu gündeme getirmektedir.

Tutulan kimse hakkında salıverme kararı verildikten sonra, fiilen serbest kalıncaya kadar bir gecikme söz konusu olabilir. Mahkeme, 22.03.1995 tarihli *Quinn kararında*, başvuruçunun ulusal mahkeme tarafından hemen salıverilmesine karar verildiği halde, başka bir ülkenin başvuruçunun iadesi talebini bekleyen yetkililer tarafından 11 saat daha tutuklu tutulmasını, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına dayanmayan bir tutana olarak görmüş ve ihlal sonucuna varmıştır. Mahkeme, 01.07.1997 tarihli *Giulia Manzoni kararında* ise, ulusal mahkeme tarafından öğlen 11:45'te salıverilmesine karar verilen başvuruçunun, akşam 18:45'te cezaevinden çıkabilmiş olmasındaki gecikmeyi Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı görmemiştir. Bu olayda Mahkeme, başvuruçunun mahkemeden cezaevine 13:30'da getirilmesi, cezaevi yönetimi tarafından kendisine duruşma tutanaklarının 15:10'da tebliğ edilmesi, öğlenden sonra cezaevi yetkililerinin bazı yasal formalitelerin yerine getirilmesi işlemleri sırasında daha hızlı hareket edebileceklerini, ancak bunun Sözleşme'nin ihlaline sebep olmadığını belirtmiştir. Geç serbest bırakma, 06.04.2000 tarihli *Labita kararında* da söz konusu olmuştur.

06.04.2000 tarihli Labita kararı, parag. 168-174

Mafya üyeliğinden tutuklu yargılanmakta olan başvuru hakkındaki son duruşma, gece 22:00'de son bulmuş ve mahkeme başvuruçunun beraatine ve salıverilmesine karar vermiştir. Mahkeme salonundan cezae-

vine götürülen başvuru, görevli memurun yerinde bulunmaması nedeniyle ancak sabah serbest bırakılmıştır.

“168. Başvurucu beraat etmesinden sonra derhal serbest bırakılmış olması gerektiğini savunmuştur. Başvurucuya göre beraat etmesi durumunda başka bir nedenle tutuklu olup olmadığı duruşmadan önce kontrol edilebilirdi; geriye kalan idari formaliteler ise salıverilmesinden sonra da yapılabilirdi.

169. Hükümet bir mahpusun duruşmada beraat ettiği açıklandığı anda “özgür” olduğunu kabul etmekle birlikte, mahpus bazı idari formaliteler yerine getirilmeden salıverilemez; ilk ve en önemlisi, kendisini tutmayı gerektiren başka nedenler bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir. Bu kontrolü yapmak savcının talimatı üzerine cezaevi görevlilerinin işi olduğundan, mahpus salıverilmeden önce cezaevine geri getirilmek zorundadır. Bu olayda başvuru yargılamanın yapıldığı Trapani’den alınıp 120 kilometre uzaklıktaki Termini Imerese cezaevine götürülmüştür.

Kayıt memurunun bulunmamasından kaynaklanan gecikme konusunda, Adalet Bakanı Komisyona gönderdiği 31 Ocak 1997 tarihli yazıda, bu durumun haksız olduğunu kabul etmiştir. Dahası, Adalet Bakanı Mart 1996’dan bu yana, mahpusların gece de dahil her zaman salıverilebilmeleri için cezaevi yöneticilerine talimatlar vermiştir.

170. Mahkeme, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki özgürlük hakkına ilişkin istisnaların sınırlı sayıda olduğunu ve bu istisnaların sadece dar bir yorumunun, hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun kalmamasını sağlamak olan maddenin amacına uygun olduğunu hatırlatır (*bk. diğerleri arasında 01.07.1997 tarihli Giulia Manzoni kararı, parag. 25 ve 22.03.1995 tarihli Quinn kararı, parag. 42*).

171. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin amacı bakımdan bir tutukluluğun haklılığı, ‘suç isnadının karara bağlandığı gün’ sona erer (*bk. yukarıda parag. 147*) ve bu nedenle beraat kararından sonra tutma bu madde içinde yer almaz; ancak “tutulan bir kimsenin salıverilmesi ile ilgili bir kararın icra edilmesinde biraz gecikme olması genellikle kaçınılmazdır; ancak bu gecikme asgari düzeyde kalmalıdır (*bk. yukarıda geçen Giulian Manzoni kararı, parag. 25/son*).

172. Bununla birlikte Mahkeme, bu olayda başvuru memurunun salıverilmesindeki gecikmenin, idari formaliteleri yerine getirme gereğine sadece kısmen atfedilebileceğini gözlemlemektedir. Başvurucunun gece 12:25’ten 13 Kasım 1993 sabahına kadar salıverilmesindeki ek gecikmeye kayıt memurunun bulunmaması sebep olmuştur. İşte sadece bu memurun gelmesinden sonra başvuru memurunun tutuklu kalması için başka bir sebep bulunup bulunmadığına bakmak ve salıverme için diğer idari formaliteleri yoluna koymak mümkün olmuştur (*bk. yukarıda parag. 24*).

173. Bu koşullarda başvuruçunun Termini İmerese Cezaevine geri getirildikten sonra tutulmasının devam etmesi, kendisinin salıverilmesine dair kararın icrası için bir ilk adım olmayıp, bu nedenle Sözleşme'nin 5(1)(c). fıkrasına girmemektedir.

174. Buna göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

Bir kimsenin yasal gözaltı süresi dolduktan sonra çok kısa bir süre de olsa tutulmasının ardından salıverilmesi, yine Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukiliğe aykırılık oluşturabilir.

27.11.1997 tarihli K.-F. – Almanya kararı, parag. 70-73

Ailesiyle birlikte çıktığı tatilde, kira dolandırıcılığı suçu işleme kuşkusu altında bulunan ve kimliği hemen tespit edilemeyen başvuruçunun akşam 9:45'te gözaltına alınmış ve 12 saatlik yasal süre dolduktan kısa bir süre sonra, kişisel özelliklerinin kaydedilmesi amacıyla 45 dakika daha tutulduktan sonra sabah 10:30 salıverilmiştir.

“70. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki özgürlük hakkına getirilen istisnaların sınırlı sayıda olduğunu ve bu istisnaların sadece dar bir yorumun bu maddenin amacıyla, yani hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmaması amacıyla bağdaştığını (*bk. en yakın tarihli karar olarak 01.07.1997 tarihli Giulia Manzoni kararı, parag. 25*) hatırlatır.

71. Mahkeme'nin bazı durumlarda, tutulan bir kimsenin salıverilmeden önce sınırlı bir gecikme olabileceğini kabul ettiği doğrudur. Ne var ki bu, tutma süresinin önceden yasayla düzenlenmediği ve bir mahkeme kararıyla sona erdiği durumlarda söz konusudur. Mahkemelerin verdikleri kararın uygulamaya geçirilmesiyle ilgili pratik zorluklar ve tanımlanması gereken özel bazı formaliteler, bir mahkeme kararının icrasının zaman almasına yol açabilir (*bk. 22.03.1995 tarihli Quinn kararı, parag. 42 ve yukarıda geçen Giulia Manzoni kararı, parag. 25*).

72. Ne var ki mevcut olayda, kimlik tespiti amacıyla 12 saatlik azami tutma süresi kanunda öngörülmüş olup, mutlakdır. Azami tutma süresi önceden bilindiğinden, tutmadan sorumlu olan yetkililer, izin verilen tutma süresini aşmamak için gerekli her türlü tedbiri almakla ödevlidirler. Bu durum, başvuruçunun K.-F.'nin, kimlik tespiti için yapılan işlemlere dahil olup, bu amaçla ayrılmış olan tutuma süresi içinde gerçekleştirilmesi gereken, kişisel özelliklerinin kaydedilmesi için de geçerlidir.

73. Yukarıdaki etmenleri dikkate alan Mahkeme, başvuruçunun tutulması için yasadaki azami süre aşılmış olduğundan, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

iii) komutan emriyle oda hapsi cezası

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına girmeyen bir hürriyeti bağlayıcı ceza, iç hukukta öngörülmüş olsa bile, Sözleşme'yi ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır.

08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerler (Esas hk) kararı, parag. 20, 34-36, 69 (özet)

Asker kişilere, askeri disiplin hukukunda yer alan çeşitli disiplin cezaları verilmiştir.

"Ağır göz hapsi, hem mesai saatlerinde ve hem de mesai saatleri dışında uygulanmaktadır. Bu ceza subaylara evlerinde oturma şeklinde çektirilirken, erat ise bir koğuşa kapatılmaktadır. Bu cezayı alanlar normal görevlerini yerine getirememektedirler.[20]

(...)

...Birlik komutanı, önceki gün evde bulunmaması nedeniyle başvurucuya dört gün hafif göz hapsi cezası vermiştir. Başvurucu bu cezanın, 24 Mart günü gireceği doktora sınavına hazırlanması bakımından ciddi bir engel olduğunu düşünmüş, 18 Mart günü bu konu hakkında subayla görüşmek üzere girişinde bulunmuş, ancak görüşmemiştir. Başvurucu ast-subayların hafif göz hapsi cezalarını evde çektiklerini düşünerek o geceyi evinde geçirmiştir. Ertesi gün birlik komutanı, bir önceki cezaya uymadığı gerekçesiyle başvurucuya üç gün sıkı göz hapsi vermiştir. Başvurucuya rütbesinin 1 Nisan tarihinden itibaren erliğe indirildiği bildirilmiştir. Başvurucu yine kışlayı terk ederek evine gitmiştir. 20 Mart Cumartesi günü başvurucu askeri inzibat tarafından gözaltına alınmış ve iki gün süreyle ağır göz hapsi biçiminde geçici hapislikte (provisionally arrest) tutulmuştur. 22 Mart Pazartesi günü birlik komutanı, önceki cezalara aykırı davrandığı gerekçesiyle başvurucuya üç gün ağır göz hapsi cezası vermiştir.[34]

Bakanlık emri ile bu cezaların infazı 24 Marttaki doktora sınavı sonrasında bırakılmıştır. Başvurucu, kendisine verilen cezalara karşı disiplin subayına itirazda bulunmuştur. Disiplin subayı 5 Nisanda verdiği kararda, başvurucunun sınav stresi altında bulunduğunu dikkate alarak, cezaları hafifletmiştir. Disiplin subayı ayrıca, başvurucuya verilen üç günlük ağır göz hapsi cezasını iki güne indirmiş ve başvurucunun gözaltında tutulduğu süreyi cezadan saymıştır.[35]

Başvurucu bu cezaları 7 Nisanda Yüksek Askeri Mahkemede temyiz ederken, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Askeri Mahkeme başvurucuyu dinledikten ve savcılı-

ğin görüşünü aldıktan sonra 23 Temmuzda cezaları onanmıştır. Askeri Mahkeme Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine dayanarak, başvuruçunun tutulmasının hukuki olduğunu ve kendisinin hukuken öngörülmüş bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla tutulduğunu belirtmiştir. Askeri Mahkemeye göre 1903 tarihli yasa ve Tüzükler, her askeri, disiplinin sağlanmasında işbirliği yapma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Buna göre başvuruçuya verilen iki günlük ağır göz hapsi cezası, bu yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak üzere verildiğinden, Sözleşme'ye uygundur. Başvuruçucu bu davanın hiç bir aşamasında hukuk öğrenimi görmüş bir kimsenin yardımını almamıştır; dava dosyasından başvuruçunun böyle bir yardım isteyip istemediği anlaşılamamaktadır.[36]

(...)

Hükümet, başvuruçucu Engel'e uygulanan iki günlük geçici hapisliğin, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki 'hukuken öngörülmüş bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak' amacıyla 'hukuka uygun bir tutma' olduğunu ileri sürmüştür.[69]

Mahkeme'ye göre, 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmek' ifadesi sadece, hukukun bir kimseyi, o güne kadar yerine getirmediği belirli ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verildiği durumlarla ilgilidir. Bu ifadenin geniş yorumlanması, Sözleşme'nin esin kaynağı olan hukukun üstünlüğü kavramı ile bağdaşmaz. Engel'in geçici hapisliği, bir yükümlülüğü ileride yerine getirmesini sağlamak için düşünülmemiştir. 'Astların askeri disipline karşı ciddi bir suç işlediğine dair yeterli belirtilerin' bulunması halinde uygulanan 1903 sayılı Yasanın 44. maddesi, geçmişteki fiillere gönderme yapmaktadır. Bu maddedeki tedbir, askeri disiplin yargulanmasına geçiş aşaması olarak düzenlenmiş olup, cezai bağlamda yer almaktadır.[69]

Mahkeme'ye göre Engel'in geçici hapisliğine dair tedbir, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde sözü edilen tedbire benzemektedir. Ancak olayda uygulanan bu tedbir, (c) bendinin şartlarını yerine getirmemektedir; çünkü Engel, 20-22 Mart tarihleri arasında, kendisini 'kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla' tutulmuş değildir.[69]

Engel'in geçici hapisliği Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından da 'hukuka uygun tutma' değildir; çünkü 1903 sayılı yasanın 45. maddesine göre azami tutma süresi 24 saat iken, kendisi 22-30 saat fazla tutulmuştur.[69]

Hükümete göre disiplin subayı, Engel'in tutulduğu süreyi, 5 Nisan 1971'de verilen ve Yüksek Askeri Mahkeme tarafından 23 Haziran 1971'de onaylanan iki günlük ağır göz hapsi cezasından sayarak, bu uygunsuzluğu gidermiştir. Mahkemenin içtihatlarına göre, tutulma süresinin daha sonra verilen cezadan indirilmesi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlalini ortadan kaldırmaz; olsa olsa 50. madde bakımından verilen zararı

azaltmak bakımından bir sonuç doğurabilir (*bk srra no 7, 9, 14*). Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucunun 20-22 Mart 1971 tarihlerinde özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, Sözleşme'deki 5(1). fıkrasında 'aşağıdaki haller' ve 'hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça' terimleriyle güvence altına alınan keyfi özgürlükten yoksun bırakma yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[69]

iv) zorunlu ikamete tabi tutma tedbiri

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına girmeyen bir hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbiri, iç hukukta öngörülmüş olsa bile, Sözleşme'yi ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır.

16.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 95-102 (özet)

Mafya üyesi başvurucuya, suça eğilime dair belirtilerin bulunması üzerine önleyici bir tedbir olarak, bir mahkeme tarafından bir adada üç yıl zorunlu ikamete tutulmasına karar verilmiştir

"Mahkeme'ye göre bu tedbirlerin tek tek ele alınması halinde, 'özgürlükten yoksun bırakma'dan söz edilemez, ancak bir bütün olarak ve birlikte ele alındığında, Sözleşme'nin 5. maddesindeki kategorileştirme bakımından bir sorun ortaya çıkarabilir. Bu tedbir bazı bakımlardan 'açık cezaevi'ne veya bir disiplin birimine kapatılmaya benzemektedir (*bk. 08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri kararı, parag. 64*). Milan Bölge Mahkemesi 20 Ocak 1976 tarihli kararında bu muameleyi tatmin edici görmemiştir. İçişleri Bakanlığı Ağustos 1977'de, Asinara'yı zorunlu ikamet yeri olmaktan çıkarmıştır. Bu karar, başvurucunun İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurusuyla da ilgilidir. Bir çok belge, bu adanın 1956 ve 1965 tarihli yasaların uygulanması için elverişli bir yer olmadığını göstermektedir. Bu durum davalı Devlet tarafından da kabul edilmiştir. Mahkeme çeşitli faktörlerin dengesine bakarak, bu olayda özgürlükten yoksun bırakma bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.[95]

Mahkeme'ye göre bundan sonra bu durumun, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında Sözleşmecî Devletlere bireyleri gözaltına alma veya tutana yetkisi veren sınırlı sayıdaki şartlardan birine girip girmediği belirlenmelidir.[96]

Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının (d) ve (f) bendlerinin olayla ilgili görmeyerek, diğer bendlerdeki durumlardan her hangi bir tanesinin olayda bulunup bulunmadığını incelemiştir. Bu çerçevede Mahkeme önce, Hükümetin olayda 5(1)(e) bendindeki 'serserilerin tutulması' şartına

uygunluk iddiasını incelemiş, daha sonra da re'sen diğer bendlere göre inceleme yapmıştır.

Hükümet alternatif olarak, başvuru gibi mafya üyelerinin 'serseri' ve 'daha fazlası' olduklarını belirterek, durumun Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine uygun olduğunu savunmuştur. Hükümete göre, Sözleşme'de ve serseriliğin tanımlandığı 1956 tarihli yasanın 1. maddesinde olduğu gibi, İtalyan hukukunda bir 'serseri'nin özgürlüğünün kısıtlanmasına ve hatta özgürlüğünden yoksun bırakılmasına imkan verilmesinin nedeni, bu kimsenin sabit bir ikametgahının veya açık bir mesleki faaliyetinin bulunmamasından çok, böyle bir kimsenin geçim kaynaklarını belirleme imkanının bulunmamasıdır. Hükümete göre olayda bu tehlike unsurunun bulunduğu, Milan Bölge Mahkemesinin 30 Ocak 1975 tarihli kararında ifade edilmiş olup, bu mahkeme buna ilave olarak ve her şeyden öte, başvuru-cunun adam kaçırma faaliyetleri içinde bulunan mafya örgütleriyle ilişkide bulunmasından kaynaklanan çok daha ciddi bir tehlikenin varlığını kaydetmiştir. Hükümete göre, uluslararası bir belgede tipik bir İtalyan olgusu olan mafya için ayrı bir hüküm konamazdı; ancak Sözleşme'nin 5(1)(e) bendinin serserilerin tutulmasına imkan tanırken mafya üyelerinin özgürlükten yoksun bırakılmayacağını söylemek, saçma sonuçlara yol açacaktır.[97]

Mahkeme'ye göre olayda ne Milan Emniyet Müdürlüğünün ne savcılığın yazılarında, ne Milan Bölge Mahkemesinin ne de Üst Mahkemenin kararında 1956 tarihli yasanın 1. maddesine atıfta bulunulmuştur. Bu makamlar 1956 tarihli yasaya, mafya türü örgütlere üyeliğinden kuvvetli kuşku duyulan kişilerle ilgili olan 1965 tarihli yasayla bağlantılı olarak dayanmışlardır. Ayrıca bu makamlar, başvuru-cuyu bir serseri olarak görmemişlerdir. Bu makamlar, başvuru-cunun daha çok adli siciline, yasadışı faaliyetlerine, suçu itiyad haline getirmiş kişilerle olan ilişkilerine ve dahası mafya ile olan ilişkilerine vurguda bulunmuşlardır.[98]

Mahkeme'ye göre bütün bunlara rağmen, başvuru-cunun yaşama tarzı, Sözleşme bakımından kullanılması gereken 'serseri' kavramının olağan anlamıyla bağdaşmamaktadır (bk. 18.06.1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp kararı*, parag. 68; 'akıl zayıflığı' terimi için bk. 24.10.1979 tarihli *Winterwerp kararı*, parag. 68). Hükümet başvuru-cuyu 'geniş anlamına göre serseri', 'paralı serseri' olarak nitelendirmiştir. Ne var ki Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, dar yorumlanmayı gerektirmektedir (bk. 24.10.1979 tarihli *Winterwerp kararı*, parag. 37).[98]

Mahkeme'ye göre Hükümetin iddiası bir başka açıdan da itiraza açıktır. Sözleşme'nin 5(1)(e) bendinde serserilerin yanında, akıl zayıflığı bulunan, alkolik, uyuşturucu müptelalarına da yer verilmiştir. Sözleşme'nin bu son sayılan 'topluma uyumsuz' kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına imkan vermesinin nedeni, bu kişilerin sadece bazen toplum için teh-

like teşkil edebilmeleri değil, ama aynı zamanda kendi menfaatlerinin de tutulmalarını gerektirebilmesidir.[98]

Bu nedenlerle Mahkeme, olayda başvurucunun tutulmasının, serserilerin tutulması şartına girmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme olayın, Hükümet tarafından iddia konusu edilmeyen Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının diğer bendlerine de girip girmediğini incelemiştir.[99]

Mahkeme'ye göre, başvurucunun zorunlu ikamete tabi tutulması, belirli bir suç nedeniyle verilen bir ceza olmayıp, bir suça eğilime dair belirtilerin bulunması nedeniyle alınan önleyici bir tedbirdir. Komisyon'a göre olaydaki tutma tedbiri, (a) bendindeki 'yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra hapislik' değildir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi, 6(2). fıkrası ve 7(1). fıkrası ile karşılaştırıldığında, cezai veya disiplin niteliğinde (bk. 08.06.1976 tarihli *Engel ve Diğerleri kararı*, parag. 37) bir suçun bulunduğu hukuka göre ortaya konmadıkça, mahkumiyet kararı verilemeyeceğini göstermektedir. Dahası, 'mahkumiyet' teriminin önleyici veya güvenlik tedbiri için kullanılması, ne bu alandaki dar yorum ilkesine ve ne de suçun tespiti deyimimin işaret ettiği olguya uygundur. Bu nedenle Mahkeme olayda başvurucunun tutulmasının, yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra hapsedilme şartına girmediği sonucuna varmıştır.[100]

Mahkeme'ye göre, 1956 tarihli yasada öngörülen usule göre yargısal kararlar, önceki bir uyarıya (diltida) uymama nedeniyle getirilen bir tür yaptırımdır. Ancak uyarıda bulunulması, bu olaydaki gibi 1965 tarihli yasa uygulanacaksa, kaçınılmaz değildir. Dahası, uyarı Emniyet Müdürlüğü tarafından verilir; dolayısıyla bu uyarı, 'bir mahkeme kararı' değildir.[101]

Mahkeme'ye göre, 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için' terimleri, hukukun bir kimseyi 'özel ve somut' bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verdiği durumlara uygulanır. Oysa Komisyon'un da doğru olarak vurguladığı gibi, 1956 ve 1965 tarihli yasalar, genel yükümlülükler yüklemektedir.[101]

Bu nedenlerle Mahkeme, olayın mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma şartına veya hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutma şartına girmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre, başvurucunun Asinara'da tutulduğu süre boyunca, kendisi hakkında suç işlediğinden makul kuşku bulunmakta ve hakkındaki suç isnadları devam etmektedir. Ne var ki, Bölge Mahkemesi, Üst Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi kararlarının hiç biri yapılmakta olan soruşturma ile ilgili değildir. Bu mahkemelerin kararları, 1956 ve 1965 tarihli yasa hükümlerine dayanmaktadır; bu yasalardaki hükümler, bir

suç isnadı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın uygulanabilir nitelikte olup, tutulan kişinin daha sonra 'kanunen yetkili makam önüne çıkarılmasını' gerektirmemektedirler. Başvurucunun tutukluluğu, Ceza Usul Kanununun 272(1). fıkrasında öngörülen iki yıllık süre dolduktan sonra 8 Şubat 1975 tarihinde sona ermiştir. Bu yasalar, başvurucunun ima etmesine rağmen kanıtlayamadığı şekilde, tutukluluk süresini uzatmak için kullanılmışlarsa, bu tutma 'hukuka uygun' olmayacaktır. Sadece İngilizce metinde bulunan hukuka uygun (lawful) tutma sözcüğü ve bu sıfatta ifade edilen ilke, 5(1). fıkrasının bütününe egemen durumdadır (bk. 18.01.1978 tarihli *İrlanda - Birleşik Krallık kararı, parag. 199*). Ayrıca, 5(1)(c) bendi ile birlikte okunan üçüncü fıkra bakımından, hatta 18. madde bakımından sorunlar ortaya çıkabilirdi.[102]

Mahkeme'ye göre, şikayet konusu tedbirin alınma nedenine daha yakın bir hipotez, 'başvurucunun suç işlemesini önlemek için makul nedenlerin bulunması' veya 'kaçmasının engellenmesi'dir. Ancak bu durumda da tedbirlerin 'hukuka uygunluk' sorunu ortaya çıkacaktır; çünkü, sadece 1956 ve 1965 tarihli yasalara dayanarak verilen bu tür bir zorunlu ikamete tabi tutma kararı, uygulanma tarzı hariç tutulduğunda, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz. Ayrıca, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki şartlara uygunluk bulunup bulunmadığını da incelemek gerekecektir (bk. 01.07.1961 tarihli *Lawless kararı, parag. 43-44*). Her halükarda suç işlemesini önlemek için makul nedenler bulunması halinde tutma' deyimi, mafya üyesi gibi sürekliliği bir biçimde suç eğilimli olması nedeniyle tehlike arz eden bir kişiye veya kişiler kategorisine karşı önleyici bir politika için kabul edilmiş değildir; bu hüküm, belirli ve somut bir suçu önlemesi için Sözleşmeciler Devletlere verilmiş bir araçtan başka bir şey değildir. Bunun böyle olduğu, hem Fransızca metindeki 'bir suç' şeklinde tekil kullanımdan ve hem de hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlama şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacından (bk. 24.10.1979 tarihli *Winterwerp kararı, parag. 37*) anlaşılmaktadır.[102]

Bu nedenlerle Mahkeme, olayda başvurucunun tutulmasının, suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutma veya suç işlemesini önlemek için tutma şartına girmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, başvurucunun 8 Şubat 1975 tarihinden 22 Temmuz 1976 tarihine kadar tutulması nedeniyle keyfi özgürlükten yoksun bırakma yasağı getiren 5(1). fıkrasının ihlaline karar vermiştir.

Yine Mahkeme, 22.02.1989 tarihli *Ciulla* kararında, başvurucu hakkında verilen cezanın infazından kurtulmasını önlemek için zorunlu ikamet kararı verilerek tutulmasını, bu tutmanın amacını ceza muhakemesi ilgili görmemiş ve birinci fıkranın (c) bendindeki hukuka uygun tutma hükmüne aykırılık tespit etmiştir.

v) iç hukuk boşluğunda sığınmacıları tutma

Her bir özgürlükten yoksun bırakma işlemi, iç hukukta bir düzenlemeye dayanmalıdır. İç hukuk düzenlemesinin belirli kalitede olmaması, yani tutulanların haklarını göstermemesi, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartını ihlal eder.

25.06.1996 tarihli Amuur kararı, parag. 50-54

Somali vatandaşı olan başvuruçular, Kenya yoluyla geldikleri Suriye'de iki ay kaldıktan sonra Suriye Hava Yollarına ait bir uçakla 9 Mart 1992'de Paris-Orly Havaalanına inmişler ve sığınma talebinde bulunmuşlardır. Ancak polis, başvuruçuların pasaportlarının sahte olması nedeniyle giriş yapmalarına izin vermemiş ve bir bölümü İçişleri Bakanlığı için havaalanında bekleme alanı olarak ayrılan Arcade otelinde tutmuştur. Bakanlık 12 Martta başvuruçuların giriş yapma ve sığınma taleplerini incelemiş, 24 Martta kendilerine bir avukatla görüşme imkanı verilmiştir. Başvuruçular 26 Martta tutuldukları otelden salıverilmeleri için başvurmuşlar, ancak talepleri Bakanlık tarafından reddedilmiş ve 29 Martta Suriye'ye geri gönderilmişlerdir. Ulusal mahkeme, başvuruçuların uluslararası bir alan sayılamayacak olan bu otelde tutulmalarının iç hukukta bir dayanağı olmadığını ve keyfi olarak tutuldukları sonucuna varmıştır.[6-12]

Mahkeme bu tutmanın, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma olduğunu tespit ettikten sonra, bu tutmanın Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygunluğunu incelemiştir.

"50. (...) Bir tutmanın 'hukuken öngörülmüş' olup olmama meselesini de içeren 'hukukilik' söz konusu olduğunda, Sözleşme esas itibarıyla ulusal hukuka göndermede bulunmakta ve ulusal hukukun maddi ve usul kurullarına uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir; fakat Sözleşme ayrıca, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi' keyfiliğe karşı koruma amacını da taşımasını gerektirmektedir (bk. diğer kararlar arasında, 24.11.1994 tarihli *Kemmache* (no. 3) kararı, parag. 42).

Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, bir özgürlükten yoksun bırakmanın 'hukuken öngördüğü usule uygun' olarak gerçekleştirilmesini öngörmekle, bir gözaltına alma veya tutmanın öncelikle iç hukukta yasal bir temel bulunmasını gerektirmektedir. Ancak bu kelimeler, sadece iç hukuka göndermede bulunmamaktadır; Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarındaki 'hukuka uygun olarak' veya 'hukuk tarafından öngörülmüş' ifadelerinde olduğu gibi, Sözleşme'nin bütün maddelerine ilişkin bir kavram

olan hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayı gerektiren hukukun kalitesi ile de ilgili bulunmaktadır.

Mahkeme, bir özgürlükten yoksun bırakmanın iç hukuka uygunluk prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığını belirleyebilmek için, sadece incelenmekte olan konuda yürürlükteki yasanın değil, ilgili kişiye uygulanabilir olan diğer hukuk kurallarının kalitesini de değerlendirmek durumundadır. Buradaki anlamıyla kalite, özellikle yabancı sığınmacılar bakımından özgürlükten yoksun bırakmaya imkan veren ulusal hukukun, kendilerini keyfilik bütünü risklerinden uzak tutmak için, yeterince ulaşılabilir ve açık olmasını gerektirir. Bu özellikler, Devletin mültecilik politikalarının, temel hakların korunmasıyla bağdaştırılması gibi durumlarda, havaalanındaki sığınmacılar bakımından büyük bir öneme sahiptir.

51. Başvurucular, o tarihte yürürlükteki mevzuatta ve uluslararası hukukta, tutulmalarının hukuki bir temeli bulunmadığını iddia etmişlerdir. Başvurucular kendilerini, ne bir avukata ulaşabildikleri ve ne de o tarihte tam olarak ne yapmaları gerektiği bakımında bilgiye sahip oldukları, yasal bir boşluk içinde görmüşlerdir. Başvurucular bu iddialarını desteklemek için, hızlandırılmış usule göre karar veren Creteil mahkemesinin karar gerekçesine dayanmışlardır.

52. Mahkeme, başvurucuların Fransa'da 2 Kasım 1945 tarihli Kararname anlamında bulunmamalarına rağmen, Paris-Orly Havaalanının uluslararası alanında tutulmuş olmalarının, kendilerini Fransız hukukuna tabi kıldığını kaydetmiştir.

Adı uluslararası alan olmasına rağmen, bu alan ülkedışılık (extraterritorial) statüsüne sahip değildir. Anayasa Konseyi 25 Şubat 1992 tarihinde verdiği kararda, yasama organının yabancıların bu alanda tutulmalarını düzenleyen kurallar koymasına karşı çıkmamıştır. 6 Temmuz 1992 tarihli Yasa (bk. yukarıda parag. 23), başka şeylerin yanında örneğin, adliye mahkemelerinin dört günden fazla tutmaya müdahale etmelerine, tutulanların çevirmen ve bir doktorun yardımından yararlanmalarına ve bir avukatla temas kurabilmelerine imkan sağlamıştır. 15 Aralık 1992 tarihli Yönetmelik (bk. yukarıda parag. 24), bu Kanuna göre yapılan başvurulara uygulanacak olan usul kurallarını düzenlemektedir. 2 Mayıs 1995 tarihli Yönetmelik (bk. yukarıda parag. 25), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserlik temsilcisinin ve insani yardım kuruluşlarının bu alana beraber zaman girmelerine imkan vermektedir.

Ancak mevcut davadan sonra yürürlüğe giren bu kurallar, o tarihte başvuruculara uygulanabilir nitelikte değildir.

53. Mahkeme, başvurucuların 9 Mart 1992'den 29 Mart 1992'ye kadar, başvuruları henüz incelenmemiş olan birer sığınmacı durumunda olduklarını vurgulamaktadır. Bu bağlamda, ne 27 Mayıs 1982 tarihli Yönetmelik ve ne de o sırada yabancıların transit alanda tutulmalarıyla ilgili tek

metin olup yayınlanmış olan 26 Haziran 1990 tarihli Genelge, Mahkeme'nin içtihadları anlamında yeterince 'kaliteli' bir 'hukuk' oluşturmuştur; oysa iç hukukta Sözleşme tarafından korunmuş olan haklara kamu makamları tarafından keyfi müdahalelere karşı yeterli yasal koruma bulunmalıydı (bk. 02.08.1984 tarihli *Malone kararı*, parag. 67). Her halükarda 27 Mayıs 1982 tarihli Yönetmelik, yabancıların uluslararası alanda tutulmalarıyla ilgili değildir. Yukarıda belirtilen Genelge ise, niteliği gereği, hudutlardan gürmelerine izin verilmeyen yabancılarla ilgili olarak, İçişleri Bakanlığının Valiliklere ve Emniyet Müdürlüklerine talimatlarını içermektedir. Bu Genelge, sınırlarda ve havaalanlarında mülteci kontrolü için rehberlik sağlamayı amaçlamıştır. Dahası, bu Genelgenin, yabancıların uluslararası alanda tutulmalarına ve haklarına ayrılan kısa paragrafında, 6 Temmuz 1992 tarihli Kanunla getirilen güvencelerin hiçbirine yer verilmemiştir. Söz konusu dönemde bu metinlerden hiç biri, adliye mahkemelerine, yabancıların tutulma koşullarını denedeme ve gerektiği takdirde, idari makamların tutma süresine bir sınır getirme yetkisi vermemiştir. Bu metinler, başvuru gibi gerekli adımları atması gereken sığınmacılara ne hukuki, insani ve sosyal yardım vermeyi ve ne de bu tür yardımlar için başvurma usullerini ve süre sınırlarını göstermiştir.

54. Bu olayda uygulandığı şekliyle o tarihte yürürlükte bulunan Fransız hukuk kuralları, başvurunun özgürlük hakkını yeterince güvence altına almanıştır.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.

vi) evrak üzerinden verilen kararın muhafaza etme

Her bir özgürlükten yoksun bırakma kararının, iç hukukta öngörülen bir usule uygun olarak verilmesi gereklidir. Buna aykırı bir işlem, iç hukuku ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki "hukuken öngörülen usule uygun" tutma şartını ihlal eder.

21.02.1990 tarihli Van der Leer kararı, parag. 22, 23

Kendi iradesiyle akıl hastanesinde tedavi görmekte olan bayan başvurunun eşinin talebi üzerine yerel mahkeme, başvurunun 6 ay süreyle hastanede zorunlu olarak muhafaza edilmesine karar vermiştir. Bu karar, başvurucağı iki gün önce muayene eden bir psikiyatrin verdiği rapora dayanmıştır. Raporda, başvurucağı bir yargıç tarafından dinlenmesinin gereksiz veya tıbben tavsiye edilmez olmadığı belirtilmiştir. Yargıç söz konusu kararı verirken duruşma yapmanuş ve başvurucağı dinlenmemiştir. Oysa Akıl Hastalarına dair Kanununun 17. maddesine göre, gereksiz veya tıbben tavsiye edilmez olmadıkça, yargıcın, hakkında muhafaza tedbiri is-

tenen kimseyi dinlemesini gerektirmektedir. Yüksek Mahkeme içtihadına da göre de duruşma yapmama kararı, gerekçeli olmalıdır.

“22. Mahkeme'ye göre bu davada karar verilmesi gereken temel sorun, tartışma konusu tutma kararının, 'hukukun öngördüğü bir usule' uygunluğunu da içerecek bir biçimde 'hukuki' olup olmadığıdır. Sözleşme burada esas itibarıyla ulusal hukuka göndermede bulunmakta ve ulusal hukukta yer alan maddi ve usul hükümlerine uygun davranma yükümlülüğünü getirmektedir; fakat Sözleşme ayrıca, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacını da taşımasını gerektirmektedir (bk. özellikle, 24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 39 ve 45; 18.12.1986 tarihli Bozano kararı, parag. 54; 29.02.1988 tarihli Bouamar kararı, parag. 47).

23. Akıl Hastalarına dair Kanunun şartlarını dikkate almayan Kanton Mahkemesi yargıcı, bir duruşma yapılmamasının şartları bulunmadığı halde, bayan van der Leer hakkında muhafaza kararı vermeden önce kendisini dinlememiştir. Bu yargıç verdiği kararda en azından, psikiyatrin bu konudaki görüşünden ayrılma gerekçelerini belirtmeliydi. Hükümet de bunu kabul etmiştir.

Bu nedenle, bu konuda Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

vii) suç oluşturmayan fiillerden tutuklama veya mahkumiyet

Bir suç nedeniyle tutuklama veya mahkumiyet şeklinde özgürlükten yoksun bırakma kararı, isnad edilen suçun unsurlarını içermelidir. İç hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının aradığı hukukilik şartını ihlal eder.

20.03.1997 tarihli Lukanov kararı, parag. 41-46 (özet)

Bulgaristan'da daha önce Başbakan Yardımcılığı ve Başbakanlık yapmış olan ve 1992 yılında halen milletvekili olan başvuru, önceki dönemde eski rejime yakın olan bazı ülkelere hibe veya düşük faizli kredi veren Hükümet kararlarını imzalamak suretiyle Hazineyi zarara uğratmaktan ve yolsuzluktan suçlanmış, dokunulmazlığı kaldırılmış ve 114 gün tutuklu kalmıştır.

“Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, izin verilen özgürlükten yoksun bırakma sebeplerini tüketici bir biçimde göstermiştir. Bu sebepler dar yorumlanmak zorundadır (bk. örneğin 22.02.1989 tarihli Ciulla kararı, parag. 41).[41/1]

Mahkeme'nin görüşüne göre bu davadaki temel sorun, başvuruçunun 7 Eylül 1992'den 30 Aralık 1992'ye kadar tutulmasının, Sözleşme'nin

5(1). fıkrası anlamında 'hukuka uygun' olup olmadığı ve tutmanın 'hukukun öngördüğü bir usule göre' yapılıp yapılmadığıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin burada esas itibariyle ulusal hukuka göndermede bulunduğu nu, fakat ayrıca bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir tedbirin, Sözleşme'nin kişiyi keyfiliğe karşı koruma amacına da uygun olmasını gerektirdiğini hatırlatır (*bk. örneğin 18.12.1986 tarihli Bozano kararı parag. 54 ve 10.06.1996 tarihli Benham kararı, parag. 40*).[41/2]

Sözleşme'nin 5. maddesinde olduğu gibi, Sözleşme'nin doğrudan iç hukuka atıfta bulunduğu durumlarda, Sözleşmeciler Devletlerin iç hukuka uygun davranmaları, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin bütünüyle bir parçasıdır. Bu nedenle Mahkeme, bu tür bir uygunluğun bulunup bulunmadığını denetleyebilir (Sözleşme md. 19). Ancak Mahkeme'nin bu bağlamdaki görevi, Avrupa koruma sisteminin mantığında bulunan sınırlara tabidir; çünkü iç hukuku yorumlayıp uygulamak, öncelikle ulusal makamlara düşen bir görevdir (*bk. yukarıda geçen Bozano kararı, parag. 58; ve 24.11.1994 tarihli Kemmache (no. 3), kararı, parag. 42*).[41/3]

Olayda, başvurunun Bulgaristan Hükümetinin bir üyesi olarak, kendisi hakkında suçlanalara yol açan, bazı ülkelere yardım ve kredi verilmesine ilişkin kararlara katıldığı tartışmalı değildir.[42]

Ne var ki, tutunayı haklı göstermek için dayanılan Ceza Kanununun 201-203 ile 219 ve 282. maddeleri (*bk. yukarıda parag. 11 ve 13*), bir kimsenin bu tür bir toplu karara katılmakla cezai sorumluluk altına girdiğini belirtmemekte ve hatta inna dahi etineinektedir. Bu tür kararların Bulgaristan anayasasına veya mevzuatına, dolayısıyla hukuka aykırı olduğuna veya daha özel olarak, kararların yetkinin aşılması suretiyle alındığına veya ulusal bütçe ile ilgili kanuna aykırı olduğuna dair hiç bir delil yoktur. Bu duruma göre Mahkeme, başvurunun kovuşturulan eyleminin, bir suç oluşturduğuna ikna olmamıştır [43].

Ayrıca, savcının 9 Temmuz 1992'de başvuru tutma kararı ile Yüksek mahkemenin bu kararı onaylayan 13 Temmuz tarihli kararında, Ceza Kanununun 201-203. maddelerine dayanılmıştır. Mahkeme'ye sunulan iç hukuktaki içtihatlardan anlaşıldığına göre, failin kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlamış olması, Ceza Kanununun 201-203. maddelerindeki yolsuzluk suçunun kurucu unsurlarından biridir. Ayrıca 9 Temmuz tarihli tutma kararında, bu tür bir menfaat sağlayarak görevi kötüye kullanmayı memurlar için özel olarak suç sayan 282. maddeye de dayanılmıştır [44/1].

Ancak Mahkeme'ye, başvurunun söz konusu fonların tahsisinde, kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlamış olabileceğinden nakulce kuşkulandığını gösterebilecek (*bk. örneğin 28.10.1994 tarihli Murray kararı, parag. 51*) her hangi bir bilgi veya belge sunulmamıştır.[44/2]

Mahkeme, incelenen dönemde başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, 'suç işlediğinden makul bir kuşku duyulması' üzerine 'hukuka uygun bir tutma' olarak kabul edemez. Bu sonuca ulaşan Mahkeme, bu tutmanın, bir kimsenin suç işlemesini engellemek veya suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için makulce gerekli olduğu kabul edilen bir tutma olup olmadığını incelemeyi gerekli görmemektedir.[45]

Buna göre bu olayda Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.[46]"

29.05.1997 tarihli Tsirlis ve Kouloumpas kararı, parag. 55-63

Yahova Şahidi rahipler olan başvurucular, bütün 'tanınmış dinler'in rahiplerini askerlikten muaf tutan 1988 tarihli Yasa gereğince, 1990 yılında askerlik şubesine başvurarak, askerlikten muaf tutulmalarını istemişlerdir. Yehova Şahitliğinin 'tanınmış bir din' olmadığını gerekçesiyle taleplerinin reddedilmesi üzerine, başvurucular hemen bu karara karşı Millî Savunma Bakanlığı Askere Alma Dairesine itiraz etmişlerdir. Bu arada başvurucuların askerlik için teslim olmaları istenmiş, gittikleri askeri birlikte silah almayı ve üniforma giymeyi reddetmeleri üzerine, itaatsizlik (insubordination) suçundan gözaltına alınmışlardır. Askere Alma Dairesi başvurucuların taleplerini reddetmiştir. Askeri Mahkeme başvurucuları dörder yıl hapis cezasına mahkum etmiştir. Başvurucular bu karara karşı Askeri Üst Mahkemeye başvurmuşlardır. Öte yandan başvurucular, Askere Alma Dairesinin kararının iptali için Yüksek İdare Mahkemesine dava açmışlardır. Askeri Üst Mahkeme mahkumiyet kararına karşı başvuruyu ilgili duruşmayı Yüksek İdare Mahkemesinin vereceği kararı bekleyerek defalarca ertelemiş, ancak başvurucuların salıverilme taleplerini reddetmiştir. Bu arada Yüksek İdare Mahkemesi, 1975, 1977, 1980, 1985 ve 1986 tarihlerinde olduğu gibi, 1990 yılında bir başka davada, Yehova Şahitliğinin 'tanınmış bir din' olduğuna hükmetmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi, başvurucuların iptal davası açtıkları tarihten yaklaşık bir yıl sonra, Yehova Şahitliğinin 'tanınmış bir din' olduğu gerekçesiyle, Askere Alma Dairesinin kararlarını iptal etmiştir. Bundan kısa bir süre sonra Askeri Üst Mahkeme başvurucular hakkında beraat kararı vermiş, başvurucular hemen salıverilmişlerdir.

"55. Mahkeme önünde taraflar, bay Tsirlis ile bay Kouloumpas'ın tutulmalarının 'yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra' hapsedilmeye giren bir tutma olduğu ve bu tutmanın sadece Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine göre hukukiliğinin incelenmesi gerektiği konusunda hemfikirlerdir. Mahkeme, bundan farklı bir görüşü benimsemek için bir sebep görmemektedir.

56. O halde, bay Tsirlis'in 30 Nisan 1990 ile 30 Mayıs 1991, bay Kouloumpas'ın 30 Mayıs 1990 ile 29 Mayıs 1991 tarihleri arasında tutulmalarının Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında 'hukukun öngördüğü usu-

le uygun' ve 'hukuki' olup olmadığı tespit edilmelidir. Mahkeme, Sözleşme'nin burada esas itibarıyla iç hukuka göndermede bulunduğunu ve iç hukuktaki maddi ve usul kurallarına uygun davranmakla yükümlü kıldığını; fakat ayrıca bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyleri keyfilığe karşı koruma amacıyla da uyumlu olmasını gerektirdiğini hatırlatır (*bk. diğerleri arasında 18.12.1986 tarihli Bozano kararı, parag. 54; 20.03.1997 tarihli Lukanov kararı, parag. 41*).

57. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak, öncelikle ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düşen bir görevdir. Ancak, iç hukuka uygun davranmamak, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası gereğince Sözleşme'ye aykırılık oluşturduğundan, Mahkeme belirli bir ölçüde, iç hukuka uygun davranıp davranılmadığını denetleme yetkisini kullanabilir ve kullanmalıdır (*bk. 29.02.1988 tarihli Bouamar kararı, parag. 49*).

58. Hapislik bir mahkeme kararı gereğince yerine getirildiğinde, kural olarak hukuka uygundur. Bir mahkemenin mahkumiyet kararı vermiş olmakla iç hukuk bakımından hata yaptığından daha sonra tespit edilmiş olması, zorunlu olarak tutma döneminin geçerliliğini geriye yürürlü bir biçimde etkilemez. Bu nedenle, Strasbourg organları sürekli olarak, mahkumiyet kararlarının veya hapis cezalarının üst mahkemeler tarafından maddi veya hukuki hataya dayandığının tespit edilmiş olması nedeniyle şikayetçi olan mahkumların başvuruların yaptıkları başvuruları reddetmiştir (*bk. 10.106.1996 tarihli Benham kararı, parag. 42*).

59. Mahkeme, 1988 tarihli Yasanın 6. maddesinin, bütün 'tanınmış dinler'in rahiplerinden söz ettiğini kaydeder. Yüksek İdare Mahkemesi daha 1975 yılında, Yehova Şahitliğinin bu tür bir din olduğunu kabul etmiş olup, bu içtihat 1990 yılında hiç tereddütsüz yerleşik bir içtihat olarak görülebilir (*bk. yukarıda parag. 44*). İç hukuktaki bütün bir yargılama boyunca, başvuruların bu dinin rahipleri olduğu hiç tartışılmamıştır. Ne var ki, askeri makamlar, başvuruların cezai sorunlulukları ve bu suretle tutulmalarının hukukiliği hakkında karar verirken, bu içtihadı bariz bir şekilde göz ardı etmiştir. Sonuç olarak bay Tsirlis on üç ay ve bay Kouloumpas on iki ay hapisteye geçirmiştir.

60. Ayrıca, ilgili makamların Yehova Şahitliğini 'tanınmış bir din' olarak kabul etmemekteki ısrarı ve buna dayalı olarak başvuruların özgürlük haklarını görmezlikten gelmeleri, Yunan Ortodoks Kilesi rahiplerinin elde ettikleri muafiyet (*bk. yukarıda parag. 43*) ile karşılaştırıldığında, ayrımcı bir niteliğe sahiptir.

61. Başvuruların birer rahip olmaları meselesinin, iddia konusu itaatsizlik suçunu yargılamakla sınırlı bir yetkiye sahip olan askeri mahkemelerin (*bk. yukarıda parag. 54*) görev alanı dışında kaldığı şeklinde Hükümetin savunması, bu kusurlara bir cevap oluşturmaz. İlk olarak, Yehova Şahitleri rahiplerinin askeri hizmet yükümlülüğü altında olup olmadıklarının açık-

lığa kavuşması için başvuruların duruşmalarının Askeri Üst Mahkeme tarafından tekrar ve tekrar ertelenmesi (bk. yukarıda parag. 16, 20, 35 ve 37), bu meselenin üst başvurular bakımından büyük önem taşıdığını açıkça göstermektedir. İkinci olarak Askeri Üst Mahkemeler, Askere Alma Dairesinin başvurucuları 'tanınmış bir din'in rahipleri oldukları gerekçeyle askeri ödevlerinden muaf tutmama kararlarının Yüksek İdare Mahkemesi tarafından bozulmasının hemen ardından, başvurucular hakkında beraat kararı vermişlerdir.

62. Yukarıda anılanlar karşısında Mahkeme, başvurucuların itaatsizlik suçundan mahkum edilmelerinin ardından hapsedilmelerinin, iç hukukta bir dayanağı bulunmadığı ve keyfi olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre başvurucuların hapisliği, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından 'hukuki' görülemez.

63. Sonuç olarak Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.

viii) örtülü iade için sınırdışı etme amacıyla tutma

Bir özgürlükten yoksun bırakma, iç hukukta ve Sözleşme'de bir dayanağa sahip olsa bile, uygulanma tarzı ve amacı itibarıyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin hukukilik amacına aykırı görülebilir:

18.12.1986 tarihli Bozano kararı, parag. 54-60

İtalya'da işlediği suçtan gıyabında yargılanıp mahkum olan başvurucunun Fransa'da yakalanıp hakkında verilen iade kararının Fransız mahkemeleri tarafından iptali üzerine, Fransız polisi başvurucuyu İtalya'ya iade edeceğini bildiği İsviçre'ye sınırdışı etmek için gözaltına almış ve sınırdışı bırakıncaya kadar bir gece gözaltında tutmuştur.

"54. Karar verilmesi gereken temel sorun, tartışma konusu tutmanın, "hukukun öngördüğü usule" uygun olup olmadığını da içerecek şekilde "hukuki" olup olmadığıdır. Sözleşme burada esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki kuralların uygulanması gereğini ortaya koymaktadır; ayrıca bireyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir tedbirin, bireyi keyfiliğe karşı koruma şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına da uygun olmasını gerektirmektedir (bk. en yakın tarihli karar olarak 28.05.1985 tarihli *Ashingdane kararı, parag. 44*). Burada tehlikede olan şey sadece kişinin "özgürlük hakkı" değil, ama aynı zamanda "kişinin güvenlik hakkı"dır.

55. Başvurucu, sınırdışı etme kararının Limoges İdare Mahkemesi tarafından geriye yürürlü olarak iptalinin, polisin 26-27 Ekim 1979 tarihindeki tutma eylemini otomatik olarak hukuki temelden yoksun bıraktığını iddia etmiştir.

Komisyon temsilcisi bu görüşe katılmamıştır. Hükümet ise, bunun Komisyon'un kararlarıyla (*Caprino v. Birleşik Başvurusu, no. 6871/75, 17 Temmuz 1980 tarihli rapor, parag. 65*) bağdaşmadığını savunmuş, ancak bunun kendisinin sabit bir görüşü olduğunu söylememiştir. Hükümete göre bu, başvuruçunun Fransız mahkemelerine inceleme fırsatı vermediği karmaşık bir noktadır.

Bozano adına ileri sürülen argüman, inkar edilemez mantıklılığına rağmen Mahkeme'yi bütünüyle ikna etmemektedir. İhtimal ki, bir Sözleşmecî Devletin görevlisi iyi niyetli olarak hukuka aykırı davranmış olabilirler. Böyle durumlarda ulusal mahkemeler tarafından iç hukuka uygunluğun bulunmadığının sonradan tespit edilmesi, bu arada alınmış uygulamaya tedbirlerinin zorunlu olarak iç hukuka göre geçerliliğini geriye yürürlü bir biçimde etkileyebilir.

Öte yandan, daha başlangıçta yetkili makamlar yürürlükteki mevzuata bilerek aykırı hareket ederlerse, ve özellikle ilk kararlarını yetkiyi kötüye kullanarak almışlarsa, meselenin farklı olacağı söylenebilir. Mahkeme, Limoges İdare Mahkemesinin 22 Aralık 1981 tarihli kararında (ikinci sebep), gerçekten de olayda yetkinin kötüye kullanıldığı sonucuna vardığını kaydeder. Limoges mahkemesi bu tespitini, tartışına konusu sınırdışı etme kararı verildikten sonra meydana gelen olaylara dayandırmıştır; fakat bu olaylar mahkemeye bakanlık yetkililerinin o sıradaki gerçek niyetlerini açığa çıkaran olaylar şeklinde görünmüştür. 8 Aralık 1981 tarihli yazılı savunmasında bu meselenin takdirini mahkemeye bıraktığını söyleyen İçişleri Bakanlığı, karara karşı başvurmamıştır (*bk. yukarıda parag. 34 ve 35/son*).

56. Başvurucu, ikinci bir noktadan daha Fransız hukukuna aykırılık bulunduğundan şikayet etmiştir. Başvurucu, bir yasanın açıkça yetki verdiği veya cezai yaptırım altına almadığı veya acele haller dışında, idarenin kendisinin vermiş olduğu kararları zor kullanmak suretiyle icra etme yetkisine sahip olmadığını iddia etmiştir. Başvuruya göre genel kuralın bu üç istisnasından hiç biri olayda mevcut değildir. 29 Ekim 1981 tarihli Yasaya kadar, 2 Kasım 1945 tarihli Kararnamenin 27. maddesi sadece, yabancıların sınırdışı etme kararına uymamaları nedeniyle ceza mahkemeleri tarafından mahkum edilmeleri halinde sınıra kadar getirilmelerine imkan veriyordu. Mevcut olayda ise, çok acil ifadesi içermeyen sınırdışı etme kararını imzalandığı 17 Eylül 1979 ile bunun başvuruçuya uygulandığı 26 Ekim 1979 tarihleri arasında geçen süreden, acele halin bulunmadığı da açıktır.

Hükümet bu çözümlemeye itiraz etmiştir. Hükümete göre, Bozano'nun 24 Ağustos 1979 tarihinde alındığı adli denetimden çıkarıldığı 26 Ekimde, kendisinin yine kaçma ve gizlenme tehlikesi belirlemiştir (*bk. yukarıda parag. 21*). Hükümet ayrıca 5 Aralık 1978 ve 20 Şubat 1979 tarihli iki karara da-

yanmıştır. Bunlardan ilkinde (Berrebouh kararı) Lyon Üst Mahkemesi şöyle demiştir: "verilmesinde kamu düzenini koruma gereği bulunan bir sınırdışı etme kararının yine aynı gerekçeyle acilen yerine getirilmesi için sınırdışı edilecek kişinin nezarete alınması, bu kişinin kendi iradesiyle karara uymayı reddettiğinin önceden tespit edilmesi ve bu suretle 2 Kasım 1945 tarihli Kararnamenin 27(1). fıkrasına göre suç işlemiş olması" şartına bağlanamaz (Juris-Classeur periodique, 1979, jurisprudence, no. 19207). İkincisinde (Batchono kararı) Temyiz Mahkemesi şöyle demiştir: "gerektiği takdirde zor kullanılması, sınırdışı etmenin doğasında vardır"; Temyiz Mahkemesi bunu söylerken, yukarıda geçen Kararnamenin 25. maddesindeki "aciliyet gereği" (imperative urgency) bir hal ile sınırlı tutmamıştır (Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle, 1979, no. 76, pp. 208-211). Başvurucu ise bu kararların, müellifler tarafından yoğun bir şekilde eleştirilen münferit (isolated) kararlar olduğunu iddia etmiştir.

57. Komisyon, yine iç hukuk bağlamında, 14 Ocak 1980 tarihli tedbir karar ile 22 Aralık 1981 tarihli hükmün, 26-27 Ekim 1979 tarihli "olaylar"ın hukuka aykırılığının bir kanıtı olarak göstermiştir. Paris ilk derece mahkemesi başkanı, bu olayların "açık ve çok ciddi usulsüzlükleri" ortaya koyduğunu ve bu olayların "sınırdışı etme kararına dayanan dosdoğru bir ülkeden çıkarına değil, İsviçre polisine önceden ayarlanmış teslim" oluşturduğunu kaydetmiştir (bk. yukarıda parag. 31). Limoges İdare Mahkemesi de, başvurusunun karara uymayı reddetmek istediğini dahi belirtmediği şekilde idarenin takındığı "aceleciliğin" ve başka bir sınırın değil de "İsviçre sınırının" tercih edilmiş olmasına işaret etmiş; idarenin niyetinin Bozano'yu "ülkeden çıkarmak değil, fakat İtalya ile suçluların iadesi anlaşması bulunan İsviçre makamları vasıtasıyla İtalyan makamlarına teslim etmek " ve böylece "Fransız Hükümetini de bağlayan" Limoges Üst Mahkemesi tarafından verilmiş "aleyhteki kararını dolanmak " olduğu sonucuna varmıştır (bk. yukarıda parag. 35).

Hükümetin cevabına göre, Paris ilk derece mahkemesi başkanlığının 14 Ocak 1980 tarihli yetkisizlik kararında davadaki olaylara ilgili gerekçeler karar gerekçesi (ratio decidendi) olmadığından, iç hukukta bağlayıcı bir yönü yoktur. Limoges İdare Mahkemesi ise polisin 26-27 Ekim 1979 tarihli eylemlerinin hukukiliği hakkında bir karar vermemiştir; çünkü başvuru bu noktada bir görüş ileri sürmemiştir; mahkemede 22 Aralık 1981 tarihli kararında bunları sadece, bakanlığın karar verdiği 17 Eylül 1979 tarihindeki saikini açığa çıkaran unsurlar olarak dikkate almıştır. Hükümete göre sonuç olarak Komisyon atıfta bulunduğu mahkeme kararlarını yanlış anlamıştır.

58. Sözleşme'nin, 5. maddede olduğu gibi, doğrudan iç hukuka atıfta bulunduğu yerlerde, iç hukuka uygun davranmak, Sözleşmeci Devletlerin "taahhütlerinin" bütünleyici bir parçasını oluşturur ve Mahkeme gerektiği yerde bu taahhütlere uygun davranılıp davranılmadığını denetleme yet-

kisine sahiptir (md. 19). Ancak Mahkeme'nin bu bağlamdaki görevi, Avrupa koruma sisteminin mantığına içkin olan sınırlara tabidir; çünkü iç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düşen bir görevdir (bk. *diğerleri arasında ve ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte*, 24 Ekim 1979 tarihli *Winterwerp kararı*, parag. 46).

Mevcut davada Fransız hukukunun bir çok noktası tartışma konusu olmuştur. Mahkeme'nin huzuruna çıkanların argümanları ve dava dosyasındaki diğer bilgiler, Mahkeme'yi kesin olarak ikna edici olamasa bile, söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın davalı Devletteki yasal gereklerin yerine getirip getirilmediği konusunda Mahkeme'de derin kuşku oluşması için yeterli materyal bulunmaktadır.

59. Her hali karda "hukukilik", her hangi bir keyfiliğin bulunmamasını da ima eder (bk. *yukarıda parag. 54*). Mahkeme bu noktada başvuruçunun İsviçre sınırına zorla getirildiği şartlara büyük önem vermektedir.

İlk olarak yetkili makamlar, 19 Eylül'e kadar tutuklu olan ve daha sonra adli denetim altında tutulan (bk. *yukarıda parag. 19, 23-24*) Bozano'yu Limoges'da bulmaları hiç de zor olmadığı halde, kendisi hakkındaki 17 Eylül 1979 tarihli sınır dışı etme kararını infaz etmek için bir aydan fazla bir süre beklemişlerdir. Böylece yetkili makamlar, teorik olarak mevcut hukuk yollarını Bozano'nun etkili bir şekilde kullanmasını önlemişlerdir.

Daha da ağır olanı, yetkili makamlar, Bozano'yu daha etkili bir oldu bit-tiyle karşı karşıya bırakmak için, kendisine karşı hazırladıkları eylemi fark etmemesini sağlamak istediklerine dair her türlü görüntüyü vermişlerdir; Roma'daki İnterpol daha 14 Eylülde ve yine 24 Ekimde, Bozano'nun Fransa'dan sınır dışı edilmek üzere olduğunu teleksle İsviçre'ye bildirmiştir (bk. *yukarıda parag 26/son*). Ayrıca Bozano, 20 Eylülde Haute-Vienne Valiliğine oturma izni için başvurduğunu, ama dilekçesine vâfilik tarafından alındı belgesi verilmediğini söylemiştir (bk. *yukarıda parag. 20*). Böyle bir başvurunun gerçekten yapıldığı, başvuruçunun avukatı Yves Henry tarafından 27 Eylülde Valiliğe gönderdiği yazıyla da teyid edildiği görünmektedir (bk. *aynı yer*). Hükümet böyle bir başvurunun yapıldığına karşı çıkmamış, fakat resmi arşivde bunun izine rastlanmadığını ve her hali karda 17 Eylül tarihli sınır dışı etme kararının, talep edilen oturma izni verilmesine engel oluşturduğunu belirtmiştir. Ancak Hükümet, İçişleri Bakanlığının kararı hakkında [başvuruçuya] neden hiçbir şey söylenmediğini açıklamamıştır.

Bunlara bir de başvuruçunun polis tarafından 26 Ekim akşamı aniden yakalanması ve daha da çarpıcı olarak İçişleri Bakanlığı kararının uygulanma şekli eklenmelidir. Hükümet kendi temsilcisinin bizzat belirttiği gibi sadece, İtalya ile suçluların iadesi anlaşması olan ve Nisan 1976'dan beri Polis Bülteninde başvuruçunun iadesi için yakalanması kaydı bulunan İsviçre'yle irtibata geçmiştir (bk. *yukarıda parag. 27*). Bozano, eşi ve avuka-

uyla konuşma fırsatı bile bulamamış ve kendisine hiçbir zaman kendi sececeği bir ülkeye ve hatta en yakındaki İspanya'ya gerekirse gözetim altında gönderilmek üzere ülkeden çıkarılabileceği teklifi yapılmamıştır. Tam tersine, başvuru Limoges'dan 12 saatlik yüzlerce kilometre mesafedeki Moillesulaz günrügüne kadar, zamanı geldiğinde kendisini İsviçreli meslektaşlarına teslim eden her iki yanındaki polislerle ve kelepçeli olarak seyahate zorlanmıştır (bk. yukarıda parag. 25-26). Bozano'nun olayları kesin ve ayrıntılı bir dille anlatışı, gerçekten ne olduğu konusunda güçlü bir fikir vermektedir. Aksine bir delil veya izah bulunmadığından, başvuruçunun anlattıkları ikna edici görünmektedir (bk. yukarıda parag. 22).

60. Davadaki olaylara bir bütün olarak bakan ve aynı yönü işaret eden materyallerin hacmini dikkate alan Mahkeme, başvuruçunun 26-27 Ekim 1979 gecesi özgürlükten yoksun bırakılması, ne Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi anlamında "hukuki"dir, ne de "kişi güvenliği hakkı"yla bağdaşmaktadır. Bozano'yu bu şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmak, aslında Limoges Üst Mahkemesi tarafından verilen 15 Mayıs 1979 tarihli aleyhteki kararı dolanmak için tasarlanmış kılık değiştirmiş bir iadenin kılık değiştirmiş biçimi olup, "sınırdışı etmek için alınan kararı" uygulamak üzere gerekli bir "tutana" değildir. Dolaylı olarak söylemiş olsa bile Paris ilk derece mahkemesi başkanının, ve sadece 17 Eylül 1979 tarihli kararın hukukiliğini belirlemiş olsa da Limoges İdare Mahkemesinin yaptıkları tespider, Mahkeme'ye göre büyük bir öneme sahiptir; bunlar Fransız mahkemelelerinin dikkatini göstermektedir.

Buna göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir."

ix) eğitim altında ıslah amacına aykırı tutma

Bir özgürlükten yoksun bırakma, iç hukukta ve Sözleşme'de bir dayanağa sahip olsa bile, uygulanma tarzı ve amacı itibarıyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin hukukilik amacına aykırı görülebilir.

29.02.1988 Bouamar (Esas hk) kararı, parag. 43-53

Fas vatandaşı olup 9 yaşından itibaren Belçika'da halasının yanında kalan başvuruçunu, 15 yaşındayken aile problemleri ve sorunlu kişiliği nedeniyle işlediği suçlardan Çocuk Mahkemesi önüne çıkarılmıştır. Başvuruçunun eğitim altında ıslahı için bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi gerekirken, Çocuk Mahkemesi Kanununda 'küçüğü hemen kabul edecek bir kişi ve kurum bulunmasında maddi güçlük olması halinde on beş günü aşmayan bir süreyle ıslahine konulabileceği' hükmüne dayanarak ıslahine konulmasına karar verilmiştir. Süre bitince bir kaç gün-

lüğüne halasının yanına gönderilen başvuru, yine mahkemenin kararıyla 15 gün için tekrar ıslah evine konulmuştur. Bu geliş gidiş usulü bir yılda dokuz defa tekrarlanmış ve başvuru toplam 129 gün, eğitimle ilgili görevlilerin bulunmadığı ıslahevinde tutulmuştur.

“43. (...) Sözleşme'nin 5(1). fıkrası dar yorumlanması gereken sınırlı bir getirmektedir (bk. diğer kararlar arasında 06.11.1980 tarihli *Cuzzardi karar*, parag. 96, 98, 100). Bu fıkranın (a), (c), (e) ve (f) bendleri olayla ilgili değildir; Hükümet hem (d) bendine ve hem de (b) bendinin ilk hükmüne dayanmıştır.

44. Hükümetin (b) bendiyle ilgili iddiası konusunda, Komisyonun ve Bouamar'ın görüşlerine katılmaktadır: bir çocuğun 'bir mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymaması', 1965 tarihli Yasanın 53. maddesi veya tartışma konusu kararlar için bir temel oluşturmamaktadır. Buna göre olay, sadece (d) bendi altında incelenmelidir.

45. Hükümetin savunmasına göre burada, başvuru hem 'eğitim altında ıslahı amacıyla hukuka uygun bir kararın tutma' ve hem de 'kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak tutuma' söz konusudur.

46. Mahkeme daha başlangıçta, Hükümetin ikinci iddiasına reddetmektedir. Bouamar aşında her defasında, 'kanunen yetkili makam' (Çocuk Mahkemesi) önüne çıkarılması amacıyla gözaltına alınmıştır; fakat başvuru, bu gözaltı olaylarından veya mahkeme önüne çıkarılmaya kadar sadece bir kaç saat süren özgürlük kayıplarından şikayetçi olmamıştır; başvuru avukatının da duruşmada açıkladığı gibi, başvuru sadece, aynı mahkeme tarafından her defasında on beş güne kadar karar verilen daha sonraki tutma dönemleri için şikayetçi olmuştur.

47. Geriye (d) bendinin birinci kısmıyla ilgili inceleme yapmak kalıyor. Burada üzerinde karar verilmesi gereken temel mesele, tartışma konusu yerleştirmelerin 'hukukun öngördüğü bir usule' uygunluğu da içerecek şekilde 'hukuki' olup olmadığıdır. Sözleşme burada esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki kuralların uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır; ayrıca bireyi özgürlüğünden yoksun bırakma bir tedbirin, bireyi keyfiliğe karşı koruma şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına da uygun olmasını gerektirmektedir (bk özellikle 24.10.1979 tarihli *Winterwerp karar*, parag. 39 ve 45; 18.12.1986 tarihli *Bozano karar*, parag. 54; ve 02.03.1987 tarihli *Weeks karar*, parag. 42).

48. Başvuru, 1965 tarihli Yasanın 53. maddesinin kendisinin Sözleşme'nin 5(1)(d) bendiyle bağdaşmadığını, çünkü on beş günü geçmeyen bir süreyle kapalı bir cezaevinde tutma şeklinde verilen bir tedbir kararının, başvuru hem 'eğitim altında ıslahı' amacıyla verilmiş olarak görülmeyeceğini ileri sürmüştür.

Hükümet ise tersine, bu tür bir tedbirin, Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi bakımından 'hukuka uygun bir tutma' olduğunu, çünkü bu tedbirin her hangi bir şekilde cezalandırıcı bir tedbir olmadığını ve Bouamar hakkında başlangıçta verilen daha az zorlayıcı kararlara kendisinin ısrarla uymaması nedeniyle bu tedbirin alındığını savunmuştur.

Kural olarak, Belçika sistemi üzerinde görüş açıklamak Mahkeme'ye düşmez (*bk. diğer kararlar arasında 08.07.1986 tarihli Lithgow ve Diğerleri kararı, parag. 124*); fakat Mahkeme, bu sistemin liberal bir ruha sahip olduğunu söylemeden geçemez. 1965 tarihli Yasa, küçükleri ceza hukukunun kapsamından çıkarmak şeklinde genel bir sonuç doğurmuştur. Bu yasa önleyici yönüne ek olarak, 37. maddesinde, ceza mahkemelerinin müdahalesini ve özgürlükten yoksun bırakmayı mümkün olduğu kadar uzaklaştırmak amacıyla, bir dizi tedbir getirmiştir (*bk. yukarıda parag. 28*). Bir küçük ancak, bu Yasada sınırlık sayıda belirtilen durumlarda tutulabilir. Geçici olarak kapalı bir cezaevine konulma konusunda ise, yasayı yapanlar, bu tedbiri sadece çok istisnai şartlarda ve çok kısa bir dönem için başvurulabilecek bir tedbir olarak düşünmüşlerdir; yasanın 53. maddesi bu tedbire ancak, bir küçüğü hemen kabul edebilecek bir kişi veya kurum bulunmasında maddi imkansız olması halinde başvurulmasına imkan vermektedir (*bk. yukarıda parag. 28, 29 ve 32*).

49. Hükümet, Belçika mahkeme kararlarını zikrederek, maddi imkansızlığın sadece kalacak yer bulunamamasından değil, fakat aynı zamanda, küçüğün kişiliğinden ve davranışlarından da kaynaklanabileceğini, çıkarsama yoluyla düşünmüştür (*bk. yukarıda parag. 36-37*). Başvurucu bu görüşe karşı çıkmış ve başka şeylerle birlikte, 1965 tarihli Yasanın çıkarılması sırasında Adalet Bakanı Vermeylen'in ifade ettiği görüşe dayanmıştır.

Mahkeme, Devletin iç hukukunu yorumlamanın ve uygulamanın, ilk planda ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düşen bir görev olduğunu hatırlatır (*bk. 18.12.1986 tarihli Bozano kararı, parag. 58*). 'Maddi imkansızlık' kavramını Belçika'da tartışmalı bir konu olup, ne Mahkeme önünde taraflarca ileri sürülen görüşler ve ne de diğer deliller, iç hukuka uygun davranmaktan kaynaklanan bir hukuka aykırılığın bulunduğu na Mahkeme'yi ikna etmemiştir.

50. Ancak 'hukukilik', bir özgürlükten yoksun bırakma işleminin, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında izin verilen kısıtlamaların amacıyla bağdaşabilir olmasını da ima etmektedir (*bk. yukarıda parag. 47*).

Mahkeme'ye göre, bir küçüğün kapalı bir cezaevinde tutulması tedbiri, bir kimsenin 'eğitim altında ıslahı'ı sağlamak amacıyla kendiliğinden taşınmasa bile, zoruulu olarak (d) bendine aykırı düşmez. 'Amacıyla' kelimesinden de anlaşılacağı gibi metiude geçen 'tutma', ilgili kişiyi 'eğitimle ıslah' altına yerleştirmenin sağlanması için bir vasıtasıdır; fakat bu yerleştirmenin hemen başlaması zorunlu değildir. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının

(c) bendindeki tutma ile (a) bendindeki mahkumiyet kararından sonra hapsedme arasındaki ayırmda olduğu gibi, (d) bendi de, eğitim altında ıslahla ilgili olmaksızın, eğitim altında ıslah rejimine bir giriş olarak kullanılabilircek geçici bir tutma tedbirini engellemektedir. Ancak bu gibi durumlarda, tutmadan sonra süratle, amaca uygun yeterli kaynakları bulunan açık veya kapalı bir kurumda, bu tür bir rejimin fiilen uygulanmasına geçilmelidir.

51. Mevcut olayda başvuru, Lantın'deki kapalı cezaevi ile ailesi arasında mekik dokumuştur. Çocuk mahkemeleri sadece 1980 yılında, başvuruçunun dokuz defa tutulmasına ve on beş günlük yasal süre dolmadan salıverilmesine karar vermişlerdir; başvuru, 18 Ocak 1980'den 4 Kasım 1980 arasındaki 291 günün 119 günü özgürlüğünden yoksun kalmıştır (bk. yukarıda parag. 8).

52. Hükümetin savunmasına göre şikayet konusu yerleştirmeler, mahkemeler tarafından başlatılan eğitim programının bir parçası olup, söz konusu dönemde Bouamar'ın davranışları, kendisinin kişiliği hakkında bu mahkemelerin açık bir görüntü elde etmelerini sağlamıştır.

Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır. Belçika Devleti, çocuk suçluluğu hakkındaki politikasını yürütebilmek için eğitim altında ıslah sistemini seçmiştir. Sonuç olarak Belçika Devleti, Sözleşme'nin 5(1)(d) bendindeki şartları yerine getirmek için, 1965 tarihli Yasanın eğitsel amaçları ile güvenlik ihtiyacını karşılayan gerekli kurumsal tesisleri oluşturmakla yükümlüdür (bk. diğerleri arasında 26.04.1984 tarihli Guincho kararı, parag. 38 ve 26.11.1984 tarihli De Cubber kararı, parag. 35).

Ancak deliller, durumun böyle olduğunu göstermemektedir. Olayların geçtiği tarihte Belçika'da, en azından başvuruçunun yaşadığı Fransızca konuşulan bölgede, hayatı alt üst olmuş küçüklerin kalabileceği kapalı bir kurum bulunmamaktadır (bk. yukarıda parag. 28). Bir gencin, fiili izolasyon koşulları bulunan kapalı bir cezaevinde ve eğitimci görevlilerin yardımı olmadan tutulması, eğitsel bir amaca doğru yaklaştıracığı kabul edilemez.

Bouamar'ın davranışlarında görülen iyileşmenin sebebi, şikayet konusu ard arda gelen tutma dönemleri değil, fakat Lantın Cezaevinden salıverildikten sonra çeşitli çevrelerde gördüğü bakımdır (bk. yukarıda parag. 18).

53. Buna göre Mahkeme, bir bütün olarak alındığında dokuz yerleştirme kararı, Sözleşme'nin 5(1)(d) bendiyle bağdaşmaz. Bu kararların kısır bir döngü şeklinde tekrarı, özellikle savcılığın iddia edilen suçlardan başvuru hakkında hiçbir ceza davası açmadığı da dikkate alınacak olursa, bu kararları Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi bakımından giderek daha da az 'hukuki' hale getirmiştir.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

x) Akıl hastalarının tutulmasında hukukilik

Mahkeme, 24.10.1997 tarihli *Johnson kararında*, akıl hastalığı iyileşen başvurucunun tamamen salıverilmesi için bir süre daha rehabilitasyon amacıyla kalacağı uygun bir yurt bulunmaması nedeniyle üç buçuk yıl daha tutulu kalmasının iç hukuka uygun olduğunu kabul etmiş; ancak bunun tek başına belirleyici olmadığını, başvurucunun tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının amacına da uygun olması gerektiğini vurgulamış; başvurucunun tutulmasını denetleyen makamın başvurucuya makul bir sürede uygun bir yurt sağlama veya yer bulmadaki güçlük nedeniyle tutulma koşullarını değiştirme yetkisine sahip olması nedeniyle, hukuka uygun tutma hükmü bakımından Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, 30.07.1998 tarihli *Aerts kararında*, başvurucunun kendisi gibi olanların tutulacağı bir sosyal koruma merkezi yerine, normal bir hâpishanenin psikiyatri servisinde yedi ay süreyle tutulmasını, nakil beklerken geçici olarak tutma süresinin iç hukukta belirtilmediği ve ayrıca söz konusu psikiyatri servisinin akıl hastalığı bulunan kişiler için uygun bir tutma yeri olmadığını eldeki belgelerden anlaşıldığı gerekçesiyle, tutma amacı ile tutmanın gerçekleştiği koşullar arasında orantısızlık görmüş ve hukuka uygun tutma hükmüne aykırılık tespit etmiştir.

Mahkeme, 02.09.1998 tarihli *Erkalo kararında*, akıl hastası bir mahkum olan başvurucunun kuruma yerleştirilmesiyle ilgili ilk kararın öngördüğü süre sona erdiği halde, burada 82 gün daha bu tutulmasını, süre geçtikten sonra ancak bazı koşullarda kişinin cezaevinden çıkarılmasını öngören iç hukuka uygunluğunu kabul etmekle birlikte, bir yargı kararı olmaksızın başvurucunun cezaevinde tutulmasını ve başvurucunun geciktirilmeden salıverilmesini sağlayan bir güvence bulunmasını dikkate alarak, hukuka uygun tutma hükmüne aykırılık tespit etmiştir.

b) Sebebe uygunluk şartı

1. Prensipler

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) - (f) bendlerinde kişinin özgürlüğünden meşru olarak yoksun bırakılabileceği istisnai haller, bir başka deyişle kamu makamlarına kişiyi özgürlükten yoksun

birakabilmeleri için yetki verilen sebepler gösterilmiştir. Mahkeme önüne gelen davalarda, bu sebeplerin olayda gerçekten bulunup bulunmadığını denetlemektedir. Mahkeme, 5(1). fıkrasının bendleri içinde gösterilen sebepleri, dar yorum prensibiyle uygulamaktadır.

2. Sebeplerle ilgili örnek kararlar

i) mahkumiyet kararından sonra hapsedilme [Md. 5(1)(a)]

Strasbourg Mahkemesi'nin bu sebebe göre yaptığı inceleme, kural olarak, ulusal mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararlarının veya cezanın iç hukuka uygunluğunu değil, mahkumiyet kararından sonra tutulmayı (hapisliği) kapsamaktadır; ceza süresinin uzunluğu da bu bend bakımından yapılan incelemenin dışındadır. Bu bend içindeki mahkumiyet kararından 'sonra' sözcüğü, hapisliğin sadece zaman bakımından sonra gelişini değil, ama daha çok hapisliğin mahkumiyet kararına dayanmasını ifade eder. Bu hüküm, bir kimsenin bir mahkeme kararıyla mahkum olmasından sonra, bu karara dayanılarak, tecil edilmiş cezanın veya şartla tahliyeden sonra kalan sürenin infazı gibi, bir kararla tutulması olaylarına uygulanır. Özetle, iç hukukta infaz hukukuyla ilgili sorunlar, bu bend kapsamında değerlendirilmektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre dava mahkemesinin mahkumiyet kararıyla birlikte, eğer sanık tutulu ise, hapis cezasının infazı da başlamaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi ile ilgili içtihadını *Van Droogenbroeck kararında* kurmuştur.

24.06.1982 tarihli Van Droogenbroeck kararı, parag. 33-42 (özet)

Başvurucu, iki yıl süreyle hapis cezasına ve suça itiyadlı bir kişi olduğu için 10 yıl süreyle kamu gözetiminde tutulmaya mahkum olmuş, hapis cezasını yattıktan sonra, idari kararlar kamu gözetiminde tutulmaya devam edilmiştir.

"Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki bendlerden sadece (a) bendinin konuyla ilgili olduğunu tespit ettikten, 20 Ekim 1970 tarihli Üst Mahkeme kararının (*bk. yukarıda parag. 9*), "yetkili" bir "mahkeme" tarafından verildiği konusunda da tartışma olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ortada özgürlükten yoksun bırakmanın meydana geldiği konusunda da bir tartışma bulunmadığını, çünkü hangi biçimde olursa olsun Belçika içtihatlarının kamu gözetimine almayı özgürlükten yoksun bırakan bir ceza olarak nitelendirdiğini (*bk. yukarıda parag. 19, 21*) vurgulamıştır. Mahke-

me, kamu gözetimine alma işlemlerinden sadece tutmayı (detention) inceleyeceğini, çünkü başvuruçunun sadece bu işlemde ötürü şikayet ettiğini belirtmiş ve başvuruya konu 21 Ocak 1976 – 1 Haziran 1977 ile 21 Aralık 1977 – 18 Mart 1980 tarihleri arasındaki tutma işlemleriyle (bk. yukarıda parag. 13-18) sınırlı bir inceleme yapacağını söylemiştir.[33-34]

Mahkeme, bu tutma dönemlerinin Üst Mahkemenin “mahkumiyet kararından sonra” meydana gelip gelmediğini belirlemek gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi anlamında “mahkumiyet” sözcüğü, “cezaî bir fiilin işlendiği hukuka göre ortaya konulduktan” sonra “suçun tespiti”ni (bk. 06.11.1980 tarihli Guzzardi karar, parag. 100) ve özgürlükten yoksun bırakan bir cezayı veya diğer tedbirleri ifade etmektedir. Bu olayda bu koşullar yerine gelmiştir. Mahkeme’ye göre “sonra” kelimesi, tutmanın sadece zaman bakımından “mahkumiyet”ten sonra gelmesi demek değildir; “tutma” (hapislik), “mahkumiyet”in bir sonucu olmalı, mahkumiyeti “izlemeli ve ona dayanmalı” veya “mahkumiyetten dolayı” meydana gelmelidir (bk. 05.11.1981 tarihli X. – Birleşik Krallık kararı, parag. 39; 08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri kararı, parag. 68).[35/1-3]

Başvuruçuya göre, şikayet konusu özgürlükten yoksun bırakma işlemleri “yetkili mahkeme” tarafından verilen bir hapis cezasından değil, Adalet Bakanlığı tarafından alınan kararlardan kaynaklanmıştır. Hükümete göre ise tutma, suçla itiyadlı bir kimseyi kamu gözetimine alan yargısal kararın ardından “kanun gereğince” meydana gelmiştir; sadece salıverme, “bir Bakanlık kararını” gerektirir. 1964 tarihli yasayla Bakanlığa verilen görev, özgürlük kısıtlamasını içeren bir cezanın gerektirdiği tutmayı, örneğin gerekli gördüğü şartlar altında “askıya alarak” veya “verdiği bir şartla tahliye kararını kaldırarak”, cezanın “infaz tarzını belirlemekle” sınırlıdır. Buna göre Bakanlık, salıvermeme kararı vermekle, tutma kararı vermiş değildir.[36]

Mahkeme bu noktanın Belçika iç hukukunda tartışmalı olduğunu belirttikten sonra, tartışmayı yaratan 20 Aralık 1930 tarihli Hükümet genelgesini incelemiş ve her halükarda başvuruçuya verilen şartla tahliyenin kaldırılmasına dair 11 Ocak ve 11 Eylül 1975 tarihli Bakanlık kararlarında (bk. yukarıda parag. 12-13) başvuruçunun “tutulması” emri verildiğini tespit etmiştir.[37]

Mahkeme’ye göre böyle olsa bile, görünüşün ve kullanılan dilin ardına bakıp durumun gerçeklikleri üzerinde yoğunlaşmalıdır (bk. özellikle ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 27.02.1980 tarihli Deweer kararı, parag. 44).[38/1]

Mahkeme’ye göre bu konu, Devletlerin geniş takdir yetkisi kullanabilecekleri bir konudur. Belçika içtihatları ve uygulama, 1964 tarihli Kanunun 25. maddesinin ima ettiği anlamı teyid etmektedir. Belçika Temyiz Mahkemesi 4 Nisan 1978 tarihli kararında söz konusu “cezanın infazı”nın

"büyük ölçüde Adalet Bakanlığının takdirine giren bir konu" olduğunu gözlemlemiştir. Sosyal Koruma Kanununu uygulamak üzere verilen mahkeme kararları tarafından Bakanlık kararları üzerindeki kısıtlamalar, serserilerin "kamu gözetimine" alınması sisteminde olduğundan (bk. 18.06.1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp kararı*, parag. 37, 61) daha azdır. Kısaca, bir "mahkeme kararı, suça itiyadlıların ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlerin tutulmaları emrini vermez", sadece buna "yetki" verir.[38]

Mahkeme daha sonra, Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından kamu gözetimine alma kararı ile söz konusu özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli bağlantı olup olmadığını incelemiştir. Bakanlık takdirini, Kanun ve "yetkili mahkeme" tarafından açıklanan ceza çerçevesinde kullandığına göre, bu sorunun yanıtı olumludur. Belçika içtihatlarına göre, bir kimseye hapis cezası veren bir hüküm ile ek veya yardımcı bir ceza olarak kendisini 1964 tarihli Kanunun 22 veya 23. maddelerine göre kamu gözetimine alma kararı, "ayrılmaz bir bütündür" (bk. yukarıda parag. 21). Hükümün iki unsuru bulunmaktadır: birincisi, mahkeme kararında belirtilen bir süre suçlunun çekeceği özgürlükten yoksun bırakma cezasıdır; ikincisi ise denetim altında serbestlikten tutmaya kadar çeşitli biçimlerde infaz edilebilen kamu gözetimine alma cezasıdır. Bu biçimler arasında tercih, Adalet Bakanlığının takdirine giren bir konudur. Bununla beraber, Adalet Bakanlığı sınırsız bir takdir yetkisi kullanmaz; Kanunda gösterilen sınırlar içinde, kişinin topluma karşı gösterdiği tehlike derecesini ve kısa veya orta vadede toplumla yeniden bütünleşme imkanı değerlendirmelidir.[39]

Mahkeme'ye göre aslında, Kanunun sadece "suça itiyadlılar ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirenler tarafından gösterilen tehlikeye karşı toplumu koruma" amacına değil, ama aynı zamanda "Hükümete onları yeniden biçimlendirmek için çaba gösterme imkanı sağlama" amacına da sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi, olaydan olaya değişen şartları dikkate almayı ve değişkenliğe karşı duyarlı olmayı gerektirir. Bir mahkeme karar verdiği sırada kişinin gelecekte nasıl bir gelişme göstereceğini hesaplamaktan öte bir şey yapamaz. Adalet Bakanlığı ise, görevlilerinin yardımıyla, gelişmeyi daha yakından ve sık aralıklara izleme imkanına sahiptir; ancak bu demektir ki, zaman geçtikçe, başlangıçtaki hüküm ile daha sonra kendisini salıvermeme veya yeniden tutma kararları arasındaki bağlantı tedricen zayıflar. Bu bağlantı, kararların verildiği durumun dayanakları ile yasama organının ve mahkemenin amaçları arasında bir ilişki kalmayınca veya bu amaçlara göre makul olmayan bir değerlendirmenin yapılması halinde, bozulur. Bu çerçevede, başlangıçta hukuka uygun olan bir tutma, keyfi özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşür ve böylece Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağdaşmaz hale gelir (bk. özellikle yukarıda geçen X. – Birleşik Krallık kararı, parag. 43). Mevcut olayda böyle bir durum yoktur. Belçika yetkili makam-

ları başvurucuya karşı sabırlı davranmışlar ve güven duymuşlar, kendi yolunu bulabilmesi için bir çok fırsat tanımışlardır (bk. yukarıda parag. 10, 11, 12 ve 16). Belçika makamlarının takdir yetkilerini kullanma tarzı, süresi belirsiz hapis cezası verilmesine imkan tanıyan ve Sözleşme Devletlerin mahkemelerinin verdikleri cezaların infazını gözetmekle görevlendirmeye zorlamayan Sözleşme'nin gereklerine uygundur.[40]

Başvurucu ayrıca tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına göre "hukuki" veya "hukukun öngördüğü usule uygun" olmadığını Komisyon önünde (bk. yukarıda parag. 27) ileri sürmüştür. Başvurucu, 1964 tarihli Kanununun 25. maddesinin bir bütün olarak Hükümete verdiği yetkiyi Adalet Bakanlığının kendisinin kullandığını iddia etmiştir. Mahkeme, diğer Sözleşme Devletlerde olduğu gibi, Belçika'da da ceza mahkemeleri tarafından verilen hapis cezalarını veya diğer tedbirleri infaz etmenin Adalet Bakanlığına yetkisine giren geleneksel bir durum olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu Bakanlığın, Belçika kamu hukukunun yetki bölüşümüyle ilgili genel ilkelerinden dolayı, başvurucunun olayında uygun bir makam olduğundan kuşku duymak için bir sebep görmemiştir.[41]

Bu nedenlerle Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.[42]"

Yine Mahkeme, 02.03.1987 tarihli *Weeks kararında*, takdiri ömür boyu hapis cezasına mahkum olup on yıl yattıktan sonra salıverilen başvurucunun, başka bazı suçlar işledikten sonra, Bakanlık kararıyla yeniden önceki hapis cezasını çekmek üzere hapsedilmesini, (a) bendine uygun bulmuştur. Mahkeme, 02.03.1987 tarihli *Monnell ve Morris kararında*, hapse mahkum olan başvuruculara avukatları tarafından temyizde hiç bir şansları olmadığı belirtilmesine rağmen, başvurucuların bu kararları temyiz etmeleri üzerine, temyiz mahkemesinin vaktini aldıkları gerekçesiyle, 28 ve 56 gün temyiz inceleme sürelerinin hapis ceza süresinden sayılmamasını ve böylece fiilen hapis cezası süresinin uzamasını, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine uygun bulmuştur.

Bu bendde geçen 'mahkumiyet' terimi, dava mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararını ifade eder; dava mahkemesinin kararından sonra temyiz yargılaması sırasındaki tutma (tutukluluk) dönemi de (a) bendine girer. Yine bu benddeki 'yetkili mahkeme', yürütme organından ve taraflardan bağımsız olan ve yeterli güvenceleri sağlayan bir yargı yeridir. Sözleşme'nin 6. maddesine göre bağımsız ve tarafsız olmayan bir mahkeme tarafından verilen bir mahkumiyet kararına dayanan bir hapislik, 5. maddenin birinci fıkrasının

(a) bendine aykırı düşebilir. Mahkeme, 26.06. 1992 tarihli *Drozd ve Janousek kararında*, Sözleşme'ye taraf olmayan Andora'da yargılanıp hapis cezaları Fransa'da infaz edilmekte olan başvurucuların, Andora mahkemesinin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiasıyla karşılaşmış ve yaptığı inceleme sonunda (a) bendine aykırılık görmemiştir.

ii) yükümlülüklere uymama nedeniyle tutma [Md 5(1)(b)]

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinde mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma ve hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü sağlamak için tutma olmak üzere iki tane özgürlükten yoksun bırakma sebebi göstermektedir.

aa) mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin birinci hükmü, ulusal mahkemenin verdiği bir karara uymama nedeniyle kişiyi özgürlükten yoksun bırakma yetkisi vermektedir. Komisyon, ulusal mahkemelerin çeşitli konularda verdikleri kararların yerine getirilmesi için özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerini (b) bendine uygun bulmuştur. Komisyon, ulusal mahkemenin davalının nesebinin tayini için kan testi yaptırılmak üzere tutulmasına karar vermesini (*X. - Avusturya, D.R. c. 18, s. 154*); zorunlu ikamete tabi tutulan başvurucunun mahkemenin bu kararına uymayıp ülkeyi terk ettikten sonra gittiği ülkeden getirilmesi sırasında tutulmasını (*Freda - İtalya, DR c. 21, s. 250*) Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun görerek, bu konudaki başvuruları reddetmiştir.

Öte yandan, Mahkeme'nin 02.06.1993 tarihli *K. - Avusturya kararına* konu olan davada başvurucu, uyuşturucu satın almak suçundan hakkında açılan dava devam etmekteyken, uyuşturucu satanlar hakkındaki diğer davada tanıklık yapmak üzere mahkeme tarafından celp edilmiş, ancak başvurucu kendisini suçlandırmamak için bu davada tanıklık yapmaktan kaçınmıştır. Ulusal mahkeme de Avusturya Ceza Usul Yasasının ilgili maddelerine göre tanıklıktan kaçındığı gerekçesiyle kendisine önce 3 bin Şilin para cezası daha sonra da beş gün hapis cezası vermiştir. Komisyon bu cezayı önce Sözleşme'nin 10. maddesine içkin bulunan bilgi vermeme özgürlüğüne aykırı görmüş, ardından Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Dava Mahkeme'nin önünde bulunduğu sırada taraflar arasında

dostane çözüme varılmıştır. Mahkeme, Komisyon'un itirazlarına rağmen, ihlalin iç hukukun ulusal makamlar tarafından uygulanma tarzından kaynakladığını belirterek dostane çözümü kabul ederken, davalı Devletin bireysel tedbir olarak başvurucuya tazminat olarak 18 bin, masraflar için de 103 bin 460 Şilin ödemeyi taahhüt etmesini, ayrıca ihlal tekrarını önleyici genel tedbir olarak da Avusturya Hükümetinin Ceza Usul Yasasının 152, 153 ve 160. maddelerinde değişiklik tasarısını dikkate almıştır. Ceza Usul Yasasının 152. maddesinde yapılan değişikliğe göre, 'haklarında açılmış bir ceza davasıyla bağlantılı olarak daha önce mahkum edilmiş olsalar bile, verecekleri ifadeyle kendilerini ceza kovuşturması riski altına sokacak olan veya kendilerini suçlandırma riski taşıyan kişiler, tanıklık yapmaktan muaf tutulmuşlardır.

bb) hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutma

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ikinci hükmü, hukukun öngördüğü belirli ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak üzere kişiyi özgürlükten yoksun bırakma yetkisi vermektedir.

Komisyon çeşitli konularda bu hüküm gereğince özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerini (b) bendine uygun bulmuştur. Komisyon, vicdani redci olarak kabul edilen başvurunun askerlik hizmeti yerine bir kamu hizmetinde bulunma görevini yerine getirmemesi üzerine tutulmasını (*Johansen - Norveç, D.R c. 44, s. 155*); öğlenden sonra saat 03'te otoyolda seyrederken polis tarafından durdurulup, bir suç işlediğinden kuşku lanıldığı için değil de 'rutin' bir iş olarak kimliğini soran polise başvurunun kimlik taşımadığını söylemesi üzerine karakola götürülüp 5:30'da serbest bırakılıncaya kadar 2 buçuk saat tutulmasını (*Reyntjens - Belçika, D.R. c. 73, s. 136*); fahişlikle ilgili denetim yapan polisin, bunlardan birini kimlik denetimi için karakola götürüp 4 saate yakın bir süre karakolda tutmasını (*B. - Fransa, D.R. c. 52, s. 124*); sınırdan girişte 'daha fazla inceleme için' başvuruclarının 45 saat kadar tutulmalarını (*McVeigh, O'Neill ve Evans - Birleşik Krallık, DR c. 25, s. 15*) Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun bulmuştur.

Mahkeme, 22.02.1989 tarihli *Ciulla kararında*, mafya üyesi olan başvuruclarının cezasının infaz kabiliyeti doğuncaya kadar mahkeme

kararıyla belirli bir yerde zorunlu ikamete tabi tutulmasını, "hukukun öngördüğü yükümlülük" hükmüne girmediği sonucuna varmıştır.

iv) suç nedeniyle gözaltına alma ve tutma / tutuklama [Md 5(1)(c)]

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, ceza muhakemesi amacıyla, ulusal makamlar tarafından, şu üç durumda, bir kimseyi gözaltına alma, gözaltında tutma ve tutuklama yetkisi vermektedir. Birincisi, kişinin 'suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutulması'; ikincisi, 'suç işlemini engellemek için tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulması'; üçüncüsü 'suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulması'dır.

Ancak ceza muhakemesiyle ilgili bir tutmanın, (c) bendindeki bu hallerden birine girmesi yeterli değildir; gözaltına alma veya tutma, kişiyi 'kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla' gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bu şart, yukarıda belirtilen üç halden her biri için aranmaktadır (bk. 01.07.1961 tarihli *Lawless kararı*, parag. 39-41).

Öte yandan, gözaltında tutulan bir kişinin kanunen yetkili makamların önüne çıkarılmadan salıverilmiş olması, otomatik olarak bu şartı ihlal etmez (bk. 29.11.1988 tarihli *Brogan ve Diğerleri kararı*; 28.10.1994 tarihli *Murray kararı*; 22.10.1997 tarihli *Erdagöz kararı*). Bu bendeki 'kanunen yetkili makam' terimi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki 'yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli' terimiyle aynı anlama gelmektedir.

aa) suç işlediğinden "makul kuşku" duyulması üzerine tutma

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki özgürlükten yoksun bırakma hallerinden birincisi, 'suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutma' hükmüdür. Bu hüküm, hem gözaltına alma ve tutma işlemi sırasında ve hem de tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verilirken uygulanan bir hükümdür. Bu hüküm Mahkeme'nin gördüğü bazı davalara konu olmuş, bu davalarda özellikle 'makul kuşku' kavramı tartışılmıştır.

Mahkeme'nin içtihatlarına göre 'makul kuşku'nun varolabilmesi için, suçun işlenmiş olduğunu açıkça göstermek veya suç işlenmiş ise bu suçu gözaltına alan kişinin işlemiş olduğunu kanıtlamak gerekmez; bunun yerine makul kuşku, 'suçun gözaltına alınan kişi tarafın-

dan işlenmiş olabileceğini objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar olayların veya bilginin varlığını' gerektirir; neyin makul olduğu, olayın bütün koşulları bağlıdır.

30.08.1990 tarihli *Fox, Campbell ve Hartley (Esas hk) kararı, parag. 30-36*

Fox, Campbell ve Hartley, Kuzey İrlanda'da polise terörist olduklarından kuşkulandıkları kişileri 72 saat gözaltında tutma yetkisi veren yasaya dayanılarak, azami 44 saat süreyle gözaltında tutulmuşlar ve haklarında bir suçlanmada bulunulmaksızın salıverilmişlerdir. İç hukukta bu tutma yetkisinin, objektif teste tabi 'makul kuşku'ya değil ve fakat subjektif teste tabi polis'in 'samini kuşku'suna dayandığı belirtilmiştir. İç hukuk objektif teste tabi makul kuşkuyu aramadığı için bu gözaltına alma yetkisi Sözleşme'deki (c) bendine uymamaktadır. Ancak Mahkeme, bu yasa hükmünün soyut olarak Sözleşme'ye uygunluğunu değil, olayda makul kuşku bulunup bulunmadığını incelemiştir. Davalı Hükümet, olayda makul kuşkunun varlığını kanıtlamak için, daha önce başvurucuların terör suçlarından yedi yıl gibi sürelerle hapis yatmış olduklarını belirtmiş, başvuruçular hakkında duyulan kuşkunun makullüğünü kanıtlayacak başka bir bilgi vermemiş, bilgi verecek olması halinde, başvuruçuları ihbar edenlerin kimliğini açığa vurmaktan çekinmiştir.

"30. Başvuruçular, bir suç işlenmiş olmaktan ötürü 'makul' kuşku üzerine gözaltına alınmış ve tutulmuş olmadıklarını ileri sürmüşlerdir. 1978 tarihli Yasanın 11(1). maddesi 'bir polis'in, terörist olduğundan kuşkulandığı bir kişiyi müzekkere olmadan gözaltına alabileceğini belirtmiştir. Başvuruçulara göre bu madde, makullük şartını içermediği için kendiliğinden Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle doğrudan çelişki halindedir. Başvuruçular daha sonra, gözaltına alınmalarında makul kuşkunun dayanması gereken olayların gösterilemediği biçimindeki Komisyon görüşüne katılmışlardır.

Başvuruçular ayrıca, gözaltına alma amacının, kendilerini 'yetkili yargılama makamı' önüne çıkarmak olmadığını, cezai bir fiili ile suçlama gereği duymaksızın, sadece bilgi toplamak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davalı Hükümet ve Komisyon bu görüşü reddetmişlerdir.

31.1978 Yasasının 11(1). maddesine göre gözaltına alınmanın iç hukuka uygunluğu için, Mcke-Kuzey İrlanda Polis Başmüdürlüğü davasında Lordlar Meclisi tarafından yorumlandığı gibi, kuşkunun sadece dürüst olması gereği vardır (bk. yukarıda parag. 29). Sir George Baker 1984'te Parlamenta sunduğu raporda, 11. maddedeki ölçünün 'subjektif' olduğuna dikkat çekmiş; öte yandan, "makul kuşku"nun "objektif" bir kuşku

olduğunu ve “kuşkunun makullüğüne karar vermenin mahkemenin görevi olduğunu” kabul etmiştir.

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, samimi ve iyi niyetli bir kuşkudan değil, 'makul kuşku'dan söz etmektedir. Ancak Mahkemenin görevi, dava konusu hukuki düzenlemeyi soyut olarak (in abstracto) denetlemek değil, özel durumlara uygulanışını incelemektir.

32.Sözleşme'nin 5(1)(c) hükmündeki gözaltının dayanmak zorunda olduğu kuşkunun 'makullüğü', keyfi olarak gözaltına alma ve tutmaya karşı esaslı bir unsur oluşturur. Komisyon ve Hükümetin görüşüne katılan Mahkemeye göre, makul bir kuşkuya sahip olmak, kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi inandırabilecek olayların veya bilginin varlığını gerektirir. “Makul” olarak görülebilecek şey ise, olayın bütün koşullarına dayanır.

Bu hakımdan, terör suçları özel bir kategoriye girer. Terörün insan ölümüne ve acısına yol açma tehlikesi bulunduğu için, polis gizli kaynaklardan edindiği bilgiler de dahil bütün bilgileri toplarken çok çabuk davranmak zorundadır. Dahası polis çoğunlukla, güvendiği ve fakat kaynağını tehlikeye sokmadan açıklayamayacağı, mahkemede bir suçlamayı desteklemek için de kullanamayacağı bilgilere dayanarak terör zanlılarını gözaltına almak zorunda kalabilir.

Hükümetin de işaret ettiği gibi, Kuzey İrlanda'daki terör tipi suçların araştırılmasında ve kovuşturulmasında varolan güçlükler nedeniyle bu tür gözaltına almaları gerektiren kuşkunun “makullüğü”, her zaman adi suçlarla mücadele ederken uygulanan makullük standartlarıyla değerlendirilmeyebilir. Ancak terör suçlarıyla mücadele etme zorunluluğu, “makullük” kavramını 5(1)(c) bendinde sınırlanmış güvencenin özünü zayıflatacak kadar gevşetmeyi haklı çıkarmaz.

33. Başvurucuların da katıldığı Komisyon çoğunluğunun görüşüne göre Hükümet, başvuruçuların gözaltına alındığı sırada duyulan kuşkunun, Sözleşmenin 5(1)(c) bendi anlamında “makul” olduğu, veya onların gözaltına alınmalarının Kuzey İrlanda hukukunda öngörülen “dürüst bir kuşkuya sahip olmak”tan başka bir temele dayandığı yolunda Komisyonu ikna edici her hangi bir açıklama getirmemiştir.

Hükümet, her üç başvuruya karşı duyulan kuşkunun dayanağı olan çok hassas bilgilerin ifşa edilmesinin mümkün olmadığını, çünkü bu bilgilerin kaynağının ifşa edilmesinin tehlikeli olduğunu, bunlar ifşa edilirse, başkalarının yaşam ve güvenliklerinin tehlikeye gireceğini ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, her şeye rağmen makul bir kuşkunun bulunduğu görüşünü desteklemek için, ilk iki başvuruçunun daha önce Geçici IRA ile bağlantılı olarak ciddi terör eylemlerinden dolayı mahkumiyet almış olduklarına, ve her üç başvuruçunun gözaltında tutulmaları sırasında kuşkulandıkları ayrı terör eylemleri hakkında sorguya çekilmiş olduklarına işaret et-

miştir. Hükümetin sunuşuna göre bu gerekçeler, gözaltına alan görevlinin iyi niyete veya samimi bir kuşkuya sahip bulunduğunu teyid etmek için yeterli olup, iyi niyetli veya samimi kuşku ile makul kuşku arasında esas itibariyle bir fark da yoktur. Hükümet ayrıca başvuruçuların, terör eylemleriyle bağlantıları nedeniyle gözaltına alınmış ve tutulmuş olduklarına itiraz etmediklerine dikkat çekmiştir.

Hükümet bunlardan başka, başvuruçuların gözaltına alınmalarına yol açan bilgiyi ifşa edememesine ve bilgi kaynağının kimliğini açıklayamamasına rağmen, birinci ve ikinci başvuruçuların gözaltına alındıkları sırada Geçici IRA için bilgi toplamak ve kuryelik yapmakla meşgul oldukları izlenimi veren sağlam nedenler bulunduğunu; üçüncü başvuruçunun hakkında ise polislin elinde, sorgulandığı adam kaçırma girişimiyle kendisini ilişkilendirecek materyal bulunduğunu belirtmiştir.

34. Tabi ki, Sözleşmenin 5(1)(c) bendi, Sözleşmeye Taraf Devletlerin polis makamlarının organize terörle mücadelede etkili önlemler almasını aşırı ölçüde güçleştirici bir biçimde uygulanmamalıdır. Bundan çıkan sonuca göre Sözleşmeye Taraf Devletlerden, bilgiyi destekleyen gizli kaynaklarını, hatta bu tür kaynakları ima edecek olayları, bilgi verenlerin kimliğini ifşa ederek, terör zanlısının gözaltına alınmasına neden olan kuşkunun makullüğünü ortaya koyması istenemez .

Ne var ki Mahkeme, Sözleşmenin 5(1)(c) bendinde getirilen güvencenin özünün korunup korunmadığını saptamak zorundadır. Bu nedenle davalı Hükümet, gözaltına alınan kişinin suç işlemiş olduğundan makul kuşku duyulduğuna dair Mahkeme'yi en azından ikna edecek bilgi ve olayları göstermelidir. Bu [çaba], eldeki davada olduğu gibi, iç hukukun makul kuşkuyu gerekli görmeyip, sadece dürüst bir kuşku gibi, daha düşük bir eşiği gerekli gördüğü yerde daha çok gereklidir.

35. Mahkeme, her bir başvuruçunun gözaltına alınmasını ve tutulmasını, kendilerinin terörist olduğuna dair iyi niyetli bir kuşkuya dayandığını, Hartley de dahil her birinin, tutulmaları sırasında kuşkulandıkları ayrı terör eylemleri hakkında sorguya çekildiklerini kabul etmektedir.

Fox ve Bayan Campbell'in IRA ile bağlantılı olarak terör eylemleri nedeniyle daha önce mahkum edilmiş olmaları, terör tipi suçlara iştiraklerine dair bir kuşkuyu güçlendirse bile, bu durum tek başına, olaydan yedi yıl sona, yani 1986'da, gözaltına alınmalarını haklı kılabilecek bir kuşku nedeni oluşturamaz.

Bütün başvuruçuların tutulmaları sırasında ayrı terör eylemlerinden sorguya çekilmiş olmaları, gözaltına alan görevhilerin samimi bir kuşku duyduklarını teyid eder ama, objektif bir gözlemciyi, başvuruçuların bu eylemleri işlemiş olabilecekleri konusunda ikna edemez.

Yukarda belirtilen öğeler kendi başına, "makul bir kuşku"nın bulunduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Hükümet, başvuruculara karşı duyulan kuşku hakkında başka bir bilgi vermemiştir. O halde Hükümetin açıklamaları, bir kişinin gözaltına alınması için gerekli kuşkunun makullüğüne hükmetmek için Sözleşmenin 5(1)(c) bendinde getirilen asgari standardı karşılamamaktadır.

36.Bu nedenle Mahkeme, 5(1). fıkrasına aykırılık bulunduğu sonucuna varmaktadır. Böyle olunca, başvurucuların gözaltına alınmalarındaki amaç sorununu inceleme gereği duyulmamıştır."

28.10.1994 tarihli Murray kararı, özet

Bu davadaki altı başvurucu aynı ailenin üyeleri olup Belfast'ta yaşamaktadırlar. Birinci başvurucu Margaret ile ikinci başvurucu Thomas karı ve koca olup diğer dört başvurucu bu çiftin çocuklarıdır. Birinci başvurucunun iki erkek kardeşi yasadışı bir terör örgütü olan IRA'ya silah satın alınmasıyla bağlantılı olarak 22 Haziran 1982'de Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkum olmuşlardır.

Kraliyet ordusunda onbaşı rütbesinde bir asker olan bayan D.'ye 26 Temmuz 1982 günü sabah saat 6:30'da katıldığı güvenlik toplantısında, birinci başvurucunun IRA'ya silah temin etmek için para toplama suçu işlediğinden kuşkulandığı söylenmiş ve başvurucunun evine gidip 1978 tarihli Yasanın 14. maddesine göre kendisini gözaltına alması ve Belfast'taki askeri karakola getirmesi talimatı verilmiştir.

Onbaşı D., sabah saat 7:00'de, kendisi silahsız olarak, fakat yanındaki beş silahlı asker ile birlikte askeri araçla başvurucunun evine gelmişlerdir. Bayan Murray kapıyı açmış, onbaşı D. ile birlikte üç bayan asker de eve girmişlerdir. Onbaşı D., bayan Murray'in kimliğini tespit etmiş ve kendisine giyinmesini söylemiştir. Onbaşı D., üst kata çıkan bayan Murray ile birlikte üst kata çıkmıştır. Uyanan diğer başvuruculara oturma odasına geçmeleri söylenmiştir. Askerler evde bir arama yapmamışlar, ancak evin içi hakkında not tutmuşlar ve başvurucularla ilgili kişisel bilgileri kaydetmişlerdir. Saat 7:30 sularında Onbaşı D. evin koridorunda, diğer bir askerin tanıklığıyla birinci başvurucu bayan Murray'e "Kraliyet Ordusunun bir mensubu olarak sizi gözaltına alıyorum" demiştir. Birinci başvurucu neye göre gözaltına alındığını sorduğunda, Onbaşı D. "14. maddeye göre" diye cevaplamıştır.

1978 tarihli Yasanın 14. maddesi Kraliyet ordusunun görevli mensuplarına, suç işlediğinden, suç işlemekte olduğundan veya suç işlemek üzere olduğundan kuşkulandığı bir kimseyi, müzekkeresiz olarak gözaltına alma ve dört saat süreyle gözaltında tutma, kuşkulanan kişinin bulunduğu yere girme ve arama yapma yetkisi vermektedir.

Başvurucu daha sonra Belfast'taki askeri karakola götürülmüş ve önce küçük bir odada kısa bir süre beklemesi istenmiş, saat 8:05'te çavuş B.'nin önüne çıkarılmıştır. Çavuş B., önündeki standart formu doldurmak amacıyla başvurucuya gözaltı alınması, muhafaza usulü ve kişisel bilgilerle ilgili sorular sormuş, ancak başvurucu ismini söylemek dışında sorulan hiç bir soruya yanıt vermemiş ve fotoğrafının çekilmesi reddetmiştir. Bu mü-lakat dört dakika kadar sürmüştür.

Başvurucu daha sonra bir rahatsızlığı bulunup bulunmadığının tespit edilmesi amacıyla doktorun karşısına çıkarılmış, başvurucu yine sorulan sorulara yanıt vermemiştir.

Başvurucu saat 8:20'de sorgu odasına alınmış, onbaşı D.'nin de bulunduğu bu odada sivil giysili bir asker tarafından başvurucuya erkek kardeşleri hakkında ve onlarla ilişkisiyle ilgili sorular sorulmuş, fakat başvurucu bu sorulara yanıt vermemiştir.

Sorgulama saat 9:35'te bittikten sonra, başvurucu yeniden giriş bölümüne getirilmiş ve her hangi bir sağlık şikayetinin bulunup bulunmadığını soran doktorun önüne çıkarılmış, ancak başvurucu buradaki sorulara da yanıt vermemiştir.

Başvurucu binada bulunduğu bir sırada, kendisinin izni ve rızası olmadan fotoğrafı çekilmiştir. Başvurucunun fotoğrafı ile kendisi ve ailesi hakkındaki bilgiler dosyaya konmuştur. Başvurucu hakkında her hangi bir suçlamada bulunulmadan, saat 9:45'te saliverilmiştir.

"Muhafaza proforma" denilen standart tutanakta, başvurucunun adı, adresi, milliyeti, medeni durumu ve kiracı olup olmadığı, gözaltına alınma sürecinin kronolojik ayrıntıları, bu işle meşgul olan asker kişilerin adları, başvurucunun beden yapısı ve sorgudaki tutumu hakkında bilgiler yer almaktadır. Bu belgenin "gözaltına alınan kişi hakkında ek bilgi" başlığı altında gözaltına alan asker tarafından verilen bilgiye göre şöyle denmektedir: "Kendisi, ABD'de tutuklanan C M....'nin kız kardeşi olup, bu konu hakkında sorgulanmıştır." Ancak belgenin "Kuşkulanan suçlar" bölümü boştur. Belgede başvurucunun sorulara yanıt vermeyi reddettiği ve sorguda kendisinden her hangi bir bilgi alınmadığı belirtilmektedir.

Bu olaydan 18 ay kadar sonra 9 Şubat 1984'te birinci başvurucu haksız gözaltı ve diğer haksız muameleler nedeniyle, Savunma Bakanlığı aleyhine Yüksek mahkemede dava açmıştır. Bu mahkeme önündeki yargılama sırasında başvurucu, "kamu makamlarının kendisi hakkında suç işlemiş olduğundan samimi bir kuşku duymadan" veya "kendisi hakkında suç işlediği iddiasıyla sorgulama yapma niyeti bulunmadan", fakat sadece "düşük düzeyli bir istihbarat" elde edilmek amacıyla, 1978 tarihli Yasanın 14. maddesinin "hukuka aykırı muhafazanın kurumsallaştırılmış biçimi" olarak kullanıp gözaltına alındığını ve tutulduğunu ileri sürmüştür. Bu yargılama sırasında başvurucunun kendisi, onbaşı D. ve çavuş B. tanık olarak

dinlenmiş ve başvuruçunun avukatı tarafından çapraz sorguya alınmışlardır.

Yüksek mahkeme 25 Ekim 1985 tarihinde verdiği kararda, onbaşı D. ve çavuş B. tarafından verilen ifadelere ağırlık tanımış ve başvuruçunun silah alımı için Kuzey İrlanda'da para toplama suçu işlediğinden kuşkulandığı için gözaltına alındığı tezini kabul ederek, başvuruçunun iddiasını reddetmiştir.

Birinci başvuruçunun gerekli kuşkunun bulunmadığı ve gözaltına alınması konusunda kendisine yeterli bilgi verilmediği, evinde hukuka aykırı arama yapıldığı, iradesi dışında fotoğrafının çekildiği gerekçesiyle bu karara karşı Üst mahkemeye yaptığı itiraz, Üst mahkemenin 20 Şubat 1987 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Başvuruçunun bu karara karşı Lordlar Meclisi yaptığı temyiz de 25 Mayıs 1988 tarihinde reddedilmiştir.

Başvuruçular 28 Eylül 1988 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvuruda, Sözleşme'nin kişi özgürlüğü ile ilgili 5(1), (2) ve (5) fıkraları ile özel yaşama saygı hakkıyla ilgili 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin önüne gelen dava Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ile ilgili şikayetler konusunda özet olarak şular söylemiştir:

Başvuruçuların şikayetleri, birinci başvuruçunun Kuzey İrlanda'da terörle mücadele amacıyla çıkarılmış yasaya göre gözaltına alınması ve tutulmasıyla ilgilidir. Mahkeme, benzer davalarda kabul ettiği genel yaklaşımdan ayrılmak için bir sebep görmeyip, Sözleşme'nin ilgili hükümlerini bu davada yorumlarken terör suçların özel niteliğini, terörün demokratik topluma yönelttiği tehdidi ve terörle mücadelenin zorluklarını da göz önünde bulundurmak durumundadır. Başvuruçunun gözaltına alınmasının ve tutulmasının Sözleşme'nin öngördüğü iç 'hukukuna uygunluk' ve 'hukukun öngördüğü bir usule uygunluk' şartlarına aykırı olduğunu Sözleşme organları önünde ileri sürmemiş, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki suç işlediğinden "makul kuşku" duyma şartına ve "yargıç önüne çıkarılma amacıyla gözaltına alma ve tutma" şartına aykırı olarak gözaltına alındığını ve tutulduğunu iddia etmiştir. Bu nedenle olayda bu iki şartın yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi gerekir.

Makul kuşku şartı konusunda: 1978 tarihli Yasanın 14. maddesi, ulusal mahkemeler tarafından yorumlandığı biçimiyle, güvenlik güçlerine bir kimsenin suçluluğu hakkında "samimi ve dürüst kuşku" duymaları halinde kendisini gözaltına alma ve tutma şeklinde sübjektif standartlı bir yetki vermiş olması önemli ve fakat belirleyici değildir. Mahkeme'nin görevi, bu mevzuat hükmünün olayda uygulandığı şartların Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki "makul kuşku" şeklindeki objektif standardı karşılayıp karşılamadığını belirlemektir. Mahkeme, Fox, Campbell ve Hartley kararındaki üç başvuruçunun, gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının samimi

kuşkuya dayanmasına rağmen, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki 'makul kuşku'nun bulunduğu dair yeterli unsurların Hükümet tarafından gösterilmemesi nedeniyle Sözleşme'ye aykırılık tespit etmiştir. Eldeki bu davada ise Hükümet, başvuruçunun silah alımı için para topladığı suçunu işlediğinden makul kuşku duymak için güçlü sebepler bulunduğunu, bu bilgilerin bir kısmının gizli kaynaklardan elde edildiğini, yine başvuruçunun ABD'de IRA'ya silah almından mahkumu olan kardeşleriyle ilişkisi bulunduğunu, yakın zamanda ABD'yi ziyaret edip kardeşleriyle görüştüğünü belirtmiştir. Mahkeme'ye göre gözaltına alma konusunda 'kuşku'nun düzeyi bakımından, Brogan ve Diğerler kararında belirttiği gibi, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi gözaltına alma anında veya tutma sırasında, soruşturma makamlarının kişi hakkında dava açılması için yeterli delilleri toplamış olmasını zorunlu değildir. Böyle bir delil elde edilememiş olabileceği gibi, kuşku duyulan suçun niteliği gereği, böyle bir delilin ulusal mahkemelere sunulması halinde, başkalarının yaşamı tehlikeye girebilir; (c) bendine göre gözaltında tutma sırasında yapılan sorgunun amacı, gözaltına alınanın dayandığı somut kuşkuyu teyid etmek veya gidermek suretiyle soruşturmayı ilerletmektir. Buna göre gözaltına alma veya tutma sırasında gerekli olan kuşku, soruşturmada daha sonra gelen dava açma aşamasında veya mahkumiyet aşamasında gerekli olan kuşku ile aynı düzeyde değildir. Bir olayda makul kuşkunun bulunup bulunmadığı her olayın özel şartlarına dayanmakla birlikte, Mahkeme bu olayda da, Fox, Campbell ve Hartley kararındaki kuşkunun 'makullüğü'ne ilişkin saptadığı ilkeleri uygulayacaktır.

Mahkeme'ye göre, terörle mücadelede gizli kaynaklardan edinilen bilgilerin kullanılmasında esas olmakla birlikte, soruşturma makamlarının terör unsuru bulunduğunu belirttikleri her olayda ulusal mahkemelerin ve Sözleşme organlarının etkili denetiminden uzak biçimde, kuşku oldukları herkesi sorgulamak üzere, gözaltına alma şeklinde bir 'açık çek'e sahip değildirler. 1978 tarihli Yasanın 14. maddesiyle verilen gözaltına alma yetkisi, terör suçlarıyla hukukun üstünlüğü çerçevesinde mücadele edilmesi için demokratik usullerle seçilmiş bir Parlatentonun verdiği iyi niyetli bir yetki olup, bu durum, Yasada 1987 tarihinde değişiklik yapılarak samimi ve dürüst kuşku yerine makul kuşkunun getirilmiş olması nedeniyle değişmemiştir. Hükümetin başvuruçunun hakkında kuşku duyulmasını gerektiren gizli ve fakat güvenilir kaynaklardan elde edilen bilgiler bulunduğu yolundaki açıklaması inandırıcıdır. Fox, Campbell ve Hartley olayından farklı olarak bu olayda Mahkeme, başvuruçunun hakkında kuşkunun samimiyetini göstermek üzere ulusal mahkemelerin önündeki davalarda Hükümetin sunduğu delilleri de inceleme imkanı bulmuştur. Soruşturma makamlarının duydukları kuşkunun samimiyeti ve iyi niyetli olması, bu kuşkunun makullüğü bakımından vazgeçilmez bir ilk unsurdur. Başvuruçunun hakkında kuşkuyu haklı göstermek için varolan olgular

ile terör suçlarının soruşturulmasındaki güçlükler dikkate alındığında, başvurunun IRA'ya silah alımı için para topladığından kuşkulanan için objektif ve ikna edici, yeterli olay ve bilgi bulunduğundan, birinci başvurunun, suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutma şartı ihlal edilmemiştir.

Yargıç önüne çıkarma amacıyla tutma şartı konusunda: Başvurucu, yetkili makam önüne çıkarma amacı bulunmaksızın gözaltına alındığını ve tutulduğunu iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre, askeriye gözaltına alma ve tutma yetkisi veren 1978 tarihli Yasanın 14. maddesi, bilgi toplamak için tutma gibi, uygunsuz bir amaçla kullanılamaz. Başvurucu tarafından iç hukukta Savunma Bakanlığı aleyhine açılan davada yargıç, başvurunun suç işlediğinden kuşku duyulduğu için gözaltına alındığı sonucuna varırken çeşitli tanıkları dinleme ve delillerin ağırlığını takdir etme imkanı bulmuştur. Yine dava mahkemesi yargıcı, onbaşı D.'nin ve çavuş B.'nin ifadelerini kabul etmiş; başvurunun çavuş B.'nin kendisine kayıtları güncelleştirmek için gözaltına aldıklarını söylediği şeklindeki iddiasını kabul etmemiştir. Üst mahkeme de söz konusu gözaltının "düşük dereceli bilgi edinme" amacıyla yapıldığı iddiasını kabul etmemiştir. Mahkeme'nin görevi, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki şartların yerine getirilip getirilmediğini denetlemek olup, ulusal mahkemelerin görüşünün yerine kendi görüşünü koyamaz. Bu olayda başvuru, Mahkeme'ye ulusal mahkemelerin vardığı sonuçtan daha farklı bir sonuca varabilmesini gerektirecek başka bir delil sunmamıştır. Yine başvuru hakkında soruşturma makamları tarafından bir suçlama yapılmamış ve sorgudan sonra mahkeme önüne çıkarılmamış olması, başvurunun gözaltına alınmasında ve tutulmasında yargıç karşısına çıkarma amacı bulunmadığını kanıtlamaz. Sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde biçimden çok esas önem taşır; gözaltına alma ve tutmanın samimiyetle, bu kişinin yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarma amacıyla olduğu anlaşıldıktan sonra bunun nasıl gerçekleştirileceği pek de önemli değildir. Olayda yargıç karşısına çıkarma amacıyla tutma şartının ihlal edilmemiştir.

22.10.1997 tarihli Erdagöz kararı, parag. 47- 54

"47. Erdagöz, dükkanına zarar veren suçun delilini göstermek için karakola gittiği halde, burada özgürlüğünden yoksun bırakıldığını ve gözaltında tutmayla ilgili yasal süreden daha uzun bir süre keyfi olarak tutulduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre "poliste gözaltında tutulması"na kendisinin bir suç işlediğinden makul kuşku duyulması değil, haklarında daha önce şikayette bulunduğu polis memurlarının kendisine duyduğu kızgınlık neden olmuştur. Başvurucu, gerçeğe aykırı delil göstermiş olsa bile, bu durum kendisinin gözaltında tutulmasını haklı kılmaz. Baş-

vurucu, kendisi hakkında gerekirse delil uydurmaktan dava açabilecek olan savcı karşısına çıkarılmalıydı. Son olarak, "poliste gözaltında tutulduğu" süre, kanuni süreyi 13 saat aşmıştır.

48. Hükümet, Erdagöz'ün gözaltında tutulması amacıyla değil, fakat kendisiyle H.A. arasında uzun süredir devam eden husumet hakkında ayrıntılı ifadesinin alınması için [asayiş şubeye] sevk edildiğini belirtmiştir. Başvurucunun özgürlüğünden kısa süre yoksun bırakılmasına, kendisinin çelişkili ve aslında suç oluşturan davranışı sebebiyet vermiştir; çünkü kendisinin, Ceza Kanununun 266, 283 ve 285. maddelerine göre suç olan delil uydurarak adaleti yanıltmaya teşebbüs ettiğinden kuşkuhanılmıştır. Başvurucunun bu davranışı polisin olay yerinde tekrar inceleme yapmasını ve ifadesinin alınması için asayiş şubeye sevk edilmesini gerektirmiştir.

Polisin buna tepki gösterme sürati, özellikle delillerin gizlenmesi veya uydurulmasını önleme ve başvurucu ile H.A. arasında bu bölgede başka bir olayın meydana gelmesini engelleme gereğine bağlı olmuştur.

49. Komisyon, başvurucunun hükümet tarafından sözü edilen suçları işleyip işlemediği incelemek üzere adli bir soruşturma açılmadığına işaret ederek, kendisinin "suç işlediğinden makul kuşku" duyulmuş olmadığı görüşünü ifade etmiştir. Komisyon temsilcine göre, eğer polisler Erdagöz'ün böyle bir suç işlediğine inanmış iseler, niçin kendisini aynı gün savcının karşısına çıkarmayıp, o gün saat 11.30'dan ertesi günün belirlenmesi mümkün olmayan bir saatine kadar gözaltında tutulduğunun açıklaması yoktur.

50. Mahkeme, Komisyon'un Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından kabuledilebilir bulduğu şikayetin, başvurucunun suç işlediğinden makul duyulmuş olamayacağı için gözaltında tutulmasının Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı olduğu iddiasıyla sınırlı bulunduğunu not eder. Azami gözaltı süresinin aşıp aşılmadığı sorunu, Komisyon'un ne kabuledilebilirlik kararında ve ne de raporunda ele alınmıştır.

51. Mahkeme, bir başvurucu hakkında suç isnad edilmemiş veya bir mahkeme önüne çıkarılmamış olmasının, kendisini tutma amacının, zorunlu olarak 5(1)(c) bendine aykırı olduğu anlamına gelmediğini hatırlatır. Böyle bir amacın varlığı, amacın gerçekleştirilmiş olmasından bağımsız olarak ele alınmalıdır; Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, polisin gözaltına alma anında veya gözaltında tutarken, başvurucuya suç isnad etmek için yeterli delili toplamış olmasını gerektirmemektedir (bk. 29.11.1988 tarihli *Brogan ve Diğerleri (Esas hk) kararı, paragraf. 53*). Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre gözaltında tutma sırasında sorgulamanın amacı, gözaltına almaya sebep olan somut kuşkuyu teyid etme veya çürütme yoluyla soruşturmayı ilerletmektir. Bu nedenle, kuşkuyu doğuran olayların, bir mahkumiyeti haklı kılmak için gerekli olaylarla aynı düzeyde olması gerekli değildir; ve hatta

soruşturma sürecinde daha sonra gelen suç isnad etme aşamasında gerekli olaylarla bile aynı düzeyde olması gerekmez (bk. 28.10.1994 tarihli *Murray kararı*, parag. 55). Bunuyla beraber, makul bir kuşkunun bulunması için, objektif bir gözlemciyi, bir kimsenin suç işlemiş olabileceğine ikna edecek olayların veya bilginin bulunması zorunludur (bk. 30.08.1990 tarihli *Fox, Campbell ve Hartley - Birleşik Krallık*, (Esas hk) kararı, parag. 32).

52. Bu davadaki kuşku, belirli olaylara dayandırıldığından, gerekli görülen düzeye ulaşmıştır (bk. yukarıda parag. 10, 11 ve 23). Bu olaylar, başvuruçuyu özgürlüğünden yoksun bırakmadaki amacın, gerçeğe aykırı olarak suç ihbarında bulunduğu ve delil uydurduğuna dair duyulan kuşkuyu teyid etmek veya çürütmek olduğunu göstermiştir. Başkomiser hem 16 Eylül (bk. yukarıda parag. 14) yazısında ve hem de 17 Eylül 1992 tarihli kararında (bk. yukarıda parag. 15), başvuruçunun suç işlediğinden kuşku duyulduğunu belirtmiştir. Başvuruçunun tutumuna ve söz konusu suçun niteliğine bakıldığında, Mahkeme, Erdagöz ile ilgili araştırmanın tamamlanması için yirmi dört saat tutulmuş olduğuna dair savcının 6 Aralık 1993'te vardığı sonuca (bk. yukarıda parag. 23) katılmamak için bir sebep görmemektedir.

53. Bu nedenle, özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi bakımından haklı olduğu sonucu çıkmaktadır.

54. Sonuç olarak, bu hüküm ihlal edilmemiştir."

bb) suç işlemesini engellemek için tutma

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki özgürlükten yoksun bırakma hallerinden ikincisinin, yani 'suç işlemesini engellemek üzere tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutma' hükmünün anlamı, Mahkeme'nin 01.07.1961 tarihli *Lawless kararı*nda ve 06.11.1980 tarihli *Guzzardi* davasında tartışılmıştır. Mahkeme, *Lawless* kararında bu hükmün, idari makamlara önleyici tutma şeklinde genel bir yetki verdiği tezini reddetmiş, bu tezin kabulü halinde Sözleşme'nin temel prensiplerine aykırı sonuçlara yol açacağını belirtmiştir.

06.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 102

"Mahkeme'ye göre, şikayet konusu tedbirin alınma nedenine daha yakın bir hipotez, 'başvuruçunun suç işlemesini önlemek için makul nedenlerin bulunması' veya 'kaçmasının engellenmesi'dir. Ancak bu durumda da tedbirlerin 'hukuka uygunluk' sorunu ortaya çıkacaktır; çünkü, sadece 1956 ve 1965 tarihli yasalara dayanarak verilen bu tür bir zorunlu ikame-

te tabi tutma kararı, uygulanma tarzı hariç tutulduğunda, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz. Ayrıca, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki şartlara uygunluk bulunup bulunmadığını da incelemek gerekecektir (bk. 01.07.1961 tarihli *Lawless karar*, parag 43-44). Her halükarda suç işlemini önlemek için makul nedenler bulunması halinde tutma' deyimini, mafya üyesi gibi sürekli bir biçimde suça eğilimli olması nedeniyle tehlike arz eden bir kişiye veya kişiler kategorisine karşı önleyici bir politika için kabul edilmiş değildir; bu hüküm, belirli ve somut bir suçu önlemesi için Sözleşmeciler Devletlere verilmiş bir araçtan başka bir şey değildir. Bunun böyle olduğu, hem Fransızca metindeki 'bir suçu' şeklinde tekil kullanımdan ve hem de hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlama şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacından (bk. 24.10.1979 tarihli *Winterwerp karar*, parag. 37) anlaşılmalıdır.[102]"

Bu durumda 'suçu engellemek üzere tutma' teriminin, aslında 'suça teşebbüs halinde tutma'yı ifade ettiği düşünülebilir; bir suça teşebbüs fiili de cezalandırılabilir olduğundan suça teşebbüse bu bendin birinci hükmü olan 'suç işlediğinden makul kuşku duyma üzerine tutma' halinin uygulanabileceği, dolayısıyla ikinci hükmün bir anlamı olmadığı ileri sürülmüştür.³

Ancak Mahkeme, 27.05.1997 tarihli *Eriksen kararında*, 'suç işlemek üzere tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde tutma' hükmünü yorumlayarak uygulamış ve olayda bu hükme aykırılık görmemiştir. Bu davadaki başvurucu, geçirdiği bir trafik kazası sonucu beyni hasara uğramış ve saldırgan bir kişiliğe sahip olmuş, işlediği çeşitli müessir fiil suçlarından aldığı mahkumiyetler sonucu hapis yatmış; raporlara göre gelişmemiş ve daimi zayıf zihinsel durum nedeniyle akıl hastanelerinde tutulmuştur. Bir mahkeme, 1984 yılında başvurucu hakkında dört ay hapis cezası vermiş ve savcılığı beş yıl süreyle başvurucuya yasada belirtilen güvenlik tedbirlerini uygulamakla yetkili kılmıştır. Cezası biten başvurucu, önleyici tutmaya tabi tutulmuş, bu arada başvurucu saldırgan davranışlara devam etmiştir. Başvurucu hakkındaki güvenlik tedbiri sona erdikten sonra savcı, bu tedbirin sağlık raporlarına dayanılarak üç yıl daha uzatılmasına mahkeme tarafından karar verilinceye kadar, başvurucunun tutuklanmasına karar verilmesi istenmiş, ulusal mahkeme de uzatma

³ D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 117-8.

kararına kadar, saliverilmesi halinde başvurunun yeni suçlar işleyebileceği gerekçesiyle, tutuklama kararı vermiştir. Başvurucu toplam bir buçuk ay kadar tutuklu kalmış, ancak daha sonra saliverilmiştir. Başvurucu saliverildikten sonra yeni suçlar işlemiştir. Başvurucu söz konusu bir buçuk aylık tutukluluk döneminin Sözleşme'ye aykırı olduğunu Strasbourg organları önünde ileri sürmüştür. Mahkeme, bu tutuklama kararının (a) bendine göre yetkili mahkemenin mahkumiyet kararıyla bağlantı görmüş, ayrıca (c) bendindeki suç işleme-sini engellemek için tutma hükmü bakımından incelemiştir. Mahkeme başvurunun geçmişteki tehlikeli davranışlarını ve müessir fiillerden ötürü mahkumiyetlerinin niteliğini çokluğunu vurgulayarak benzer suçları işleyeceğine inanmak için maddi temeller bulunduğu, ve hatta saliverildikten sonra da işlediğini belirtmiş ve başvurunun tutuklanmasının (c) bendindeki bu hükme uygun olduğu sonucuna varmıştır.

cc) suç işledikten sonra kaçmasını engellemek için tutma

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki özgürlükten yoksun bırakma hallerinden üçüncüsü, 'suç işledikten sonra kaçmasını önlemek üzere makul nedenler bulunması halinde tutma' ifadesidir. Bu hüküm, suçüstü durumuna kişinin tutulmasına işaret etmektedir. Birinci fıkranın (c) bendinde yer alan 'suç işlendikten sonra kaçmasını önlemek üzere tutma' hükmünün gereksiz olduğu, çünkü suçu işledikten sonra kaçmakta olan bir kimsenin her halükarda suç işlediğinden makul kuşku duyulan kişi olarak gözaltına alınıp tutulabileceği ileri sürülmüştür.⁴

Nitekim Komisyon *Lukanov* başvurusuyla ilgili raporunda (rapor tarihi 16.01.1996, EHRR c.24, s.130), başvurunun tutulmasının 'suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutma' hükmüyle haklı gösterilememesi halinde, 'suç işledikten sonra kaçma' tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle tutulamayacağını belirtmiştir.

iv) küçüklerin tutulması [Md 5(1)(d)]

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi, küçüklerin iki durumda tutulmasına yetki vermektedir: Birincisi, küçükün

⁴ D. J. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 118.

eğitim altında ıslahının sağlanması amacıyla tutulması; ikincisi, yetkili kanuni makam önüne çıkarmak amacıyla tutma. Bu bend, küçüklerin ceza muhakemesiyle ilgili olarak gözaltına alınmalarına tutulmalarına, tutuklanmalarına veya hapsedilmelerine uygulanmaz; böyle durumlarda bu fıkranın (c) bendi veya (a) bendi uygulanır.

Eğitim amaçlı tutma şartını 29.02.1988 tarihli *Bouamar kararında* inceleyen Mahkeme, başvurucuya Çocuk Mahkemesi tarafından verilen dokuz ayrı kararla 15 günü geçmeyen sürelerle bir yılda toplam 119 gün tutukevinde tutulmasını, (d) bendindeki 'hukuka uygun tutma' şartına aykırı bulmuştur. Mahkeme bu olayda (d) bendini uygularken, ulusal mahkeme tarafından başvurucunun eğitimi amacıyla tutulmasına karar verildiği halde, kuruma yerleştirilinceye kadar tutukevinde tutulmuş olmasına dikkate almıştır.

Komisyon'un kabuledilemez bulduğu X. - *İsviçre* başvurusunda (no. 8500/79, DR. c.18, s. 238), 16 yaşında bulunan ve işlediği hırsızlık ve trafik suçlarından ötürü gözlem altına alınmış başvurucu hakkında, mahkeme tarafından karar verilebilmesi için gerekli psiko-medikal raporun beklenilmesi sırasında, başvurucu kapalı bir kurumda toplam sekiz ay gözlem altında tutulmuştur. Komisyon bu olayda başvurucunun gözlem amaçlı tutulmasını (d) bendi kapsamında, yetkili kanuni makamlar önüne çıkarılmak amacıyla küçükğün tutulması şeklinde yorumlamıştır.

Komisyon önünde dostane çözüme kavuşan *Abbott* başvurusunda (no. 15006/89, rapor tarihi 10.12.1990), saldırgan bir küçük olan ve on iki yaşından beri bir kurumdan diğer kuruma taşınan on beş yaşındaki başvurucu hakkında mahkeme, koruma altına alınmasına kararı vermiş ve kendisi güvenli bir kuruma yerleştirilmiştir. Başvurucu hakkındaki kuruma yerleştirme kararının verilmesi sırasında ne başvurucu ne de vasisi dinlenmiştir. Hükümet başvurucuya 7 bin Pound ödeme yapmayı ve genel tedbirler almayı taahhüt etmiştir. Alınması taahhüt edilen tedbirler arasında Çocuklar hakkında *Yasa*'ya göre çıkarılacak olan 1991 yılında yürürlüğe gireceği düşünülen Güvenli Kurumlar Tüzüğü koruma altına alınanlara da uygulanacaktır; bu tedbirler çocukların hukuki temsilini de öngörecektir ve koruma altında tutulma süresini sınırlayacaktır.

v) akıl zayıflığı, derbederlik vd. nedenlerle tutma [Md 5(1)(e)]

Sözleşme'nin 5. maddesinin (e) bendi bazı kategorideki kişilerin tutulmasına yetki vermektedir. Akıl zayıflığı bulunanlar, derbederler (serseriler), bulaşıcı hastalık taşıyanlar, alkol veya uyuşturucu bağımlısı olanlar, bazen sadece kamu düzeni veya başkaları için tehlikeli olabilecekleri düşünüldüğü için değil, ama kendi menfaatleri tutulmalarını gerektirdiği için de tutulabilirler. Buradaki akıl zayıflığı, serseri gibi kavramlar Sözleşme bakımından özerk anlama sahip olmakla birlikte, Devletlerin bu kavramları yorumlarken geniş bir takdir alanları vardır.

aa) Serserilik

Serserilik kavramıyla ilgili olarak:

18.06.1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag. 68-70

Mahkeme'ye göre, Sözleşme 'serseri' kavramının tanımına yer vermektedir. Belçika Ceza Kanununun 347. maddesine göre 'sabit bir ikametgahı bulunmayan, geçim kaynağı olmayan ve düzenli bir işi ve mesleği bulunmayan kişiler serseri sayılır'. Yetkili makamlar bu üç şartın bulunması halinde, bu durumdaki kişilerin serseri olarak Hükümet gözetimine alınmalarına karar verebilirler. Bu serseri tanımı, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendindeki 'serseri' kavramı ile uzlaşmaz görünmediğinden, bu bendeki istisnaya girmektedir. Başvurucular 'derbeder' özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle, iç hukuka uygun olarak yetkili makamlar tarafından tutulmalarını öngören Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine göre tutulabilirler. Başvurucular, Belçika makamları tarafından usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından Hükümet gözetimine alınıp tutulduklarından, bu işlemlerde Sözleşme'ye bir aykırılık ve keyfîlik bulunmamaktadır. Mahkeme, olayda serserilerin hukuka uygun olarak tutulması şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.[68-70]

bb) Akıl zayıflığı

Akıl zayıflığı kavramıyla ilgili olarak:

24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 37-38

Mahkeme'ye göre, bu bendeki akıl zayıflığı teriminin kesin bir tanımı bulunmayıp, araştırmalar ve tedavi şekilleri toplumun akıl hastalarına bakışı değiştikçe kavramın içeriği de değişmektedir. Bu bendeki 'akıl hastası' terimi, bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda

hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle, kendisinin zorunlu kapatılmaya tabi tutulmasına izin verecek şekilde yorumlanamaz. Aksine bir görüş, hiç kimsenin keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını güvence altına alan ve dar yorumlanması gereken istisnaları içeren Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının amacına aykırı düşer.[37]

Sözleşme, akıl zayıflığı bulunan kişileri (persons of unsound mind) tanımlamadığı gibi, Hollanda mevzuatında da akıl hastası (mentally ill person) tanımı yoktur. Ulusal mevzuatta sadece, bu tür kimselerin akıl hastanesine yatırılma sebepleri gösterilmektedir. Ancak yukarıda 11 ile 22. paragraflar arasında özetlenen uygulama dikkate alındığında, yürürlükteki hukuku Sözleşme'deki 'akıl zayıflığı bulunan kişiler' terimiyle her hangi bir biçimde bağdaşmaz olduğu görülmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Hollanda mevzuatına göre bir kimsenin tutulması nedeniyle, Sözleşme'deki akıl zayıflığı bulunan kimsenin tutulması sebebinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.[38]

28.05.1985 tarihli Ashingdane kararı, parag. 36-38

36. Başvurucunun sürekli olarak savunduğu kişisel görüşüne göre, hiçbir zaman, hatta 1978'den önce bile, kendisinin akli bozukluğu her hangi bir hastanede zorunlu muhafazasını (compulsory confinement) gerektirecek nitelikte veya derecede değildir; çünkü durumu, kendisi veya başkaları için açık ve mevcut bir tehlike göstermemektedir.

37. Mahkeme önceki içtihatlarında, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi anlamında "akıl zayıflığı bulunan bir kimsenin hukuka uygun olarak tutulması"nın söz konusu olabilmesi için, asgari üç şartın yerine gelmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Bunlar: acil durumlar dışında, gerçekten bir akıl bozukluğu bulunduğu objektif doktor raporuna dayanılarak yetkili bir makam önünde kanıtlanmış olmalıdır; akıl bozukluğu, zorunlu muhafazayı gerektirecek türde veya derecede olmalıdır; ve muhafaza tedbirinin devamındaki geçerlilik bu tür bir bozukluğun sürmesine bağlıdır (bk. diğerleri arasında, 24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 39). Bu şartların bulunup bulunmadığına bakarken, Mahkeme'nin görevi, ulusal makamlar tarafından alınmış olan kararları, Sözleşme'ye göre incelemekten ibarettir (bk. diğerleri arasında 05.11.1981 tarihli X - Birleşik Krallık kararı, parag. 43/son).

38. Başvurucunun talebi üzerine bağımsız doktorlar tarafından verilen raporlar dahil delil olarak sunulan bütün raporlarda, başlangıçta tutulması ve sonra tutulmasının devam etmesine gerekçe olarak, kendisinin paranoid şizofren bir hasta olduğu gösterilmiştir; buna göre kendisinin durumu tedavi ve gözetimi gerektirmiş, ancak bu tür bir tedaviyi istememiş veya iradi işbirliğinde bulunmamıştır; toplumun içine saliverilmesi halinde tehlikeli olabilecektir (bk. yukarıda parag. 10, 12, 13, 15, 20 ve 22).

Komisyon gibi (*bk. Kom. raporu parag. 73*) Mahkeme de, Ashingdane'in söz konusu bütün o dönem boyunca tutulmasını haklı kılan oybirliği halindeki tıbbi yargının objektifliğinden ve güvenilirliğinden kuşku duymak için bir sebep görmemektedir.

vi) sınırdışı etme veya iade amacıyla tutma [Md 5(1)(f)]

Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi, genellikle hukuka aykırı olarak ülkede bulunan bir kimsenin bir başka ülkeye sınırdışı edilmesi veya kendi ülkesine iade edilmesi kararının uygulanması sırasında tutulmasına yetki vermektedir. Bu konumdaki kişiler, Hükümetlerin aldıkları sınırdışı veya iade kararına karşı iç hukukta yargı yoluna başvurmaları halinde, ulusal yargı yerleri karar verinceye kadar tutulabilirler.

Mahkeme, 18.12.1986 *Bozano kararında*, İtalyan vatandaşının Fransa tarafından İsviçre'ye sınırdışı edilmesini (f) bendindeki 'hukuka uygun tutma'ya aykırı bulmuştur.

D) Özgürlüğünden yoksun bırakılanların hakları

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2, 3, 4 ve 5. fıkraları, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere haklar tanımaktadır. Suç işlediğinden kuşkulandığı için gözaltına alınan veya tutulan kişiler, bütün bu fıkralardaki haklardan yararlanır. Öte yandan diğer bazı sebeplerle tutulan kişiler, durumlarına uygun olan haklardan yararlanırlar. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinde tanınan hakların yorumunda, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen "Her Hangi bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü" (1988) adlı belge, büyük önem taşımaktadır.

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre **gözaltına alınan ve tutulanlar**: Sözleşme'nin 5(2). fıkrasındaki "bilgilendirilme hakkı"; 5(3). fıkrasındaki "derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı" (azami gözaltı süresinin aşılması hakkı; yargılama yetkisine sahip görevli önüne çıkarılma hakkı); 5(4). fıkrasındaki gözaltının hukukiliğinin denetimi için "mahkemeye başvurma hakkı" (gözaltına alma işlemine ve uzatma işlemine karşı itiraz); 5(5). fıkrasındaki "özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı".

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre **tutuklananlar**: Sözleşme'nin 5(2). fıkrasındaki "bilgilendirilme hakkı"; 5(3). fıkrasındaki "makul

sürede salıverilme hakkı”; 5(4). fıkrasındaki hukukiliğin denetimi için mahkemeye başvurma hakkı (tutukluluğa itiraz); 5(5). fıkrasındaki “özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı”.

Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine göre **mahkum olanlar**: Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki “mahkemeye başvurma hakkı”; 5(5). fıkrasındaki “özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı”

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine göre **yükümlülüklere uymayanlar**: Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki “mahkemeye başvurma hakkı”; 5(5). fıkrasındaki “özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı”

Sözleşme'nin 5(1)(d) bendine göre **tutulan küçükler**: Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki “mahkemeye başvurma hakkı”; 5(5). fıkrasındaki “özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı”

Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine göre **muhafaza altına alınanlar**: 5(2). fıkrasındaki “bilgilendirilme hakkı”; Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki “mahkemeye başvurma hakkı”; 5(5). fıkrasındaki “özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı”

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendine göre **iade veya sınırdışı için tutulanlar**: Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki “mahkemeye başvurma hakkı”; 5(5). fıkrasındaki “özgürlük hakkının ihlali nedeniyle tazminat hakkı”

a) Gözaltına alınan ve tutulanlar

İdari bir kararla gözaltına alınanlar ve tutulanlar, Sözleşme'nin 5. maddesinde açıkça yazılı hakların yanında, Mahkeme'nin bu maddenin içinde gördüğü “koruyucular”dan yararlanma hakkına da sahiptir:

1) gözaltına alınma nedeni ve suç hakkında bilgilendirilme hakkı [Md 5(2)]

Gözaltına alınanlar, Sözleşme'nin 5(2). fıkrası gereğince bir kimse, “gözaltına alınma nedenleri” ile kendisine “isnat edilen suç hakkında”, “anlayabileceği bir dilde”, “derhal” bilgilendirilme hakkına sahiptir. Mahkeme bu hakkı, 21.02.1990 tarihli *Van der Leer kararında*, sadece ceza muhakemesi ile bağlantılı olarak gözaltına alınanların değil, birinci fıkradaki her hangi bir nedenle gözaltına alınan herkesin kullanabileceği şekilde yorumlamıştır. Bu bilgilendirme, gözaltına alınmanın temel maddi ve hukuki sebeplerini teknik olmayan ve basit bir dilde anlatılmasını içermelidir; böylece gözaltına alınan kişi gerekli görürse, dördüncü fıkradaki gözaltına alınmasının hukukiliğine

itiraz hakkını kullanabilecek duruma gelebilecektir. Mahkeme bilgilendirilme hakkı ile ilgili olarak iki noktadan denetlenmektedir. Birincisi verilen bilginin yeterliliği; ikincisi zamanı.

30.08.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley kararı, parag. 38-43

“38. Başvuruculara göre Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, gözaltına alma nedenlerini göstermekte ve bu nedenlerin de tutulan kişilere bildirilmesi gerekmektedir. Başvurucular, terör zanlısı olmanın, kendiliğinden Yasanın 11. maddesine göre gözaltına alınmayı gerekli kılan bir suç olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle gözaltına alındıkları zaman, gözaltına alınmalarının maddi nedenleri hakkında yeterli ve anlaşılabilir bir bilgi verilmemesi, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasına aykırıdır. Başvuruculara göre, kendi durumlarında olduğu gibi, kişinin gözaltına alınma nedenlerinin sonradan yapılan polis sorgulamalarından çıkarılmaya çalışılması, ulusal makamların kişiyi 'bilgilendirme' göreviyle bağdaşmaz.

39. Hükümet, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının amacının, gözaltına alınan kişinin, gözaltına alınmasının hukukiliğini değerlendirmesini ve gerekli görürse itiraz etmesini mümkün kılmak olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet ayrıntılı bilgi verilmesi gerekmediğini, gözaltına alınan kişinin, tutulması ile ilgili iç hukuktaki dayanakların ve "tutulmasının hukukiliği hakkında karara varılması için esaslı vakıalar" hakkında derhal bildirilmesinin yeterli olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, bu ilkelerin eldeki davaya uygulanması halinde, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının aradığı şartların tamamıyla karşılanmış olduğunun görüleceğini belirtmiştir .

40. Sözleşme'nin 5(2). fıkrası, gözaltına alınan kişinin neden özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesini gerekli göreu temel bir güvenceyi içerir. Bu hüküm, 5. maddede öngörülen koruma mekanizmasının ayrılmaz bir parçasıdır. Gözaltına alınan bir kimseye ikinci fıkra gereği, gözaltına alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri, teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa, 4. fıkraya göre bunun hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır. Bu bilgi derhal (promptly) (Fransızca: "dans le plus court delai") verilmelidir ama, gözaltına alma anında görevli tarafından bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilirip verilmediği her bir olayda, olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

41. Fox, Bayan Campbell ve Hartley nezarete alınırken görevli taraftan kendilerine sadece, terörist olduklarından kuşkulandığı için 1978 tarihli Yasanın 11(1). maddesine göre gözaltına alındıkları söylenmiştir. Hükümetin de kabul ettiği gibi, gözaltının hukuki temeline dair yapılan

bu basit bildirim, tek başına ele alındığında, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının amacı bakımından yetersizdir.

Ancak her üç başvurucu gözaltına alınmalarının ardından, ayrı suç eylemlerine karışmak ve yasaklanmış örgütlere üye olmak kuşkusuyla polis tarafından sorgulanmışlardır. Bu sorgulamaların, başvuru sahiplerinin neden dolayı gözaltına alındıklarını anlamalarını mümkün kılacak nitelikte olmadığını düşünmek için bir neden yoktur. O halde, terörist olduklarından kuşkulananın nedenleri, sorgulama sırasında başvuru sahiplerine söylenmiştir.

42. Fox ve Bayan Campbell 5 Şubat 1986 günü saat 15:40'da, Woodbourne RUC karakolunda gözaltına alınmışlar ve 20:15 ile 22:00 arasında Castlereagh Polis Bürosunda ayrı ayrı sorgulanmışlardır. Hartley ise, 18 Ağustos 1986 günü saat 7:55'te kendi evinde gözaltına alınmış, Antrim Polis karakoluna götürülerek 11:05 ile 12:15 arasında sorgulanmıştır. Bu dava bağlamında, bu bir kaç saatlik zamanın, Sözleşmenin 5(2). fıkrasındaki derhal (promptly) kavramıyla getirilen sınırın dışına taşıdığı düşünülemez.

43. Sonuç olarak, her üç başvurucu bakımından, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasına aykırılık yoktur."

28.10.1994 tarihli Murray kararı, özet

Birinci başvurucu bayan Murray ayrıca, gözaltına alındığı anda kendisine gözaltına alınmasının nedenleri hakkında derhal bilgi verilmediğini iddia etmiştir. Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin 30.08.1990 tarihli *Fox, Campbell ve Hartley kararında* oluşturulan prensiplere göre bu fıkra, gözaltına alınan bir kimsenin neden gözaltına alındığını öğrenmesi gerektiği şeklinde temel bir koruyucuyu içermektedir. Bu durumdaki bir kimseye teknik bir dilde değil, fakat anlayabileceği basit bir dilde gözaltına alınmasının temel maddi ve hukuki sebepleri bildirilmesi gerekir. Bu suretle kendisine, gözaltına alınmasının hukukiliği hakkında itirazda bulunabilmesi için imkan verilmesi gerekir. Bu bilgi gözaltına alınan kimseye "derhal" verilmesi gerektiği halde, gözaltına alma anında gözaltına alan görevli tarafından her türlü bilginin verilmesi gerekmez. Bilginin derhal verilip verilmediği ve kapsamının yeterli olup olmadığı, her olayın özel şartlarına göre değerlendirilmesi gerekir. Gözaltına alan görevli tarafından gözaltına alınanın sadece kanuni temelini söylemiş olması, 5(2). fıkrası bakımından yeterlidir. Ancak, olayda sorgulanması sırasında gözaltına alınmasının sebepleri yeterince başvuru sahibinin dikkatine sunulmuştur. Başvurucu saat 7:00'de gözaltına alınmış olup, götürüldüğü askeri karakolda saat 8:20'de ile 9:35 arasında sorgulanmıştır. Olayda gözaltına alma zamanı ile sorgulama zamanı arasında geçen süre 5(2). fıkrasındaki "derhal" kavramının sınırları dışında kalma-

mıştır. Bu nedenle, olayda gözaltına alınan kimsenin derhal bilgilendirilme hakkı ihlal edilmemiştir.

11.07.2000 tarihli Dikme kararı, özet

Başvurucu Metin Dikme, 10 Şubat 1992'de bir kız arkadaşı ile birlikte gezerken, polis tarafından durdurulmuş, kimliğinden kuşkulandırılması üzerine Terörle Mücadele Şubesine götürülmüştür. Başvurucu burada on altı gün süreyle dış dünyayla iletişim kurmadan gözaltında tutulmuştur. Dikme'yi sorgulayan polisler, kendilerinin Dev-Sol hareketi üzerine uzman olduklarını söylemişlerdir. Başvurucunun iddiasına göre polisler, "sen Devrimci Sol'a üyesin; istediğimiz bilgileri vermezsen buradan ancak cesedin çıkar" diyerek, kendisini öldürmekle tehdit etmişler.

Başvurucu gözaltına alınma sebebi hakkında bilgilendirilmediğini iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre sahte kimlik taşıdığı sırada durdurulup sorgulandığı için, gözaltına alınma sebebini bilmediğini iddia edemez. Başvurucu kendisinden duyulan kuşkunun sebebi hakkında da bilgilendirilmediğini iddia edemez; çünkü bu kuşkların niteliğini hemen anlamasını sağlayacak yeterli delil vardır. Polislerin kendisini ölümle tehdit etmeleri konusundaki kendi anlatımından da anlaşıldığı gibi, Dev-Sol'a üyeliğinde kuşkulandırılmıştır. Bu nedenle Mahkeme, gözaltı sebebi hakkında derhal bilgilendirilme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

2) derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı [Md. 5(3)]

Sözleşme'nin 5(3). fıkrası birinci hükmü, gözaltına alınan ve tutulan bir kimsenin derhal yargıç veya yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle, kamu makamları, gözaltında tutmakta oldukları bir kişiyi ya salıverecekler veya bu kişiyi tutmaya devam etmek istiyorlarsa, kendisini yargıç önüne çıkaracaklar ve yargıç tarafından tutulmasının devamına (tutuklanmasına) karar verilmesini isteyeceklerdir. Bu hüküm, gözaltına alınan ve tutulan kimsenin talebinden bağımsız olarak, gözaltına alan idari makamlara, serbest bırakmadıkları kişiyi derhal yargıç önüne çıkarma yükümlülüğü yüklemektedir.

Bu hüküm iki unsur içermektedir. İlk olarak, "derhal... önüne çıkarılma" deyişimiyle, gözaltı süre yönünden sınırlandırılmıştır. İkincisi, "yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip bir makam" deyişimiyle, önüne çıkarılacak olan makamın belirli bir nitelikte olmasını aramıştır.

i) “*derhal ... önüne çıkarılma*”: *azami gözaltı süresi*

Gözaltına alınan kişinin yargıç önüne çıkarılmadan, idari makamlar tarafından tutulabileceği azami süre ne kadardır? İç hukuk düzenlerinde genellikle gözaltında tutma süresi, saat veya gün olarak belirtilmiştir. Sözleşme’de böylesine sabit bir azami süre belirtilmemiş, bunun yerine ‘derhal’ (promptly) sözcüğü kullanılmıştır. Ancak, Mahkeme içtihatlarında bu ‘derhal’ sözcüğü yorumlamış, bir başka deyişle, azami gözaltında tutma süresinin ne kadar olduğunu ima edilmiştir.

Kişi özgürlüğü, Sözleşme’nin 15. maddesine göre olağanüstü hallerde kullanılmasa askıya alınabilen bir hak olduğundan, Sözleşme’ci Devletler geçerli bir şekilde ilan ettikleri olağanüstü halde, bu hakla ilgili yükümlülüklerini azaltarak, idarenin yetkilerini arttırabilirler; yani gözaltı süresini olağan hallerde göre daha fazla tutabilirler. Mahkeme de gözaltı sürelerini, olağan hallerde ve olağanüstü hallerde olmak üzere ayrı ayrı yorumlamış ve uygulamıştır.

Mahkeme’nin tespit ettiği aşağıdaki gözaltı sürelerinin aşılması halinde, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiş olur. Fakat iç hukukta azami gözaltı süreleri daha az olup da, bir olayda iç hukuktaki süreler aşılmış ise, o takdirde Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki “hukuka uygun tutma” (hukukilik) ihlal edilmiş olur.

aa) *olağan hallerde*

Mahkeme, olağan hallerde azami gözaltı süresiyle ilgili içtihadını 29.11.1988 tarihli Brogan ve Diğerleri davasında kurmuştur (bk. aşağıda). Bu karardan önce verdiği bazı kararlarda, olağan hallerde yargıç önüne çıkarmadan 4 günden fazla süren gözaltında tutmaları, Sözleşme’ye aykırı bulmuştur. Mahkeme, asker kişilerin 7, 11 ve 16 günlük gözaltında tutulmalarıyla ilgili 22.05.1984 tarihli *De Jong, Baljet ve Van Den Brink kararında*, yine asker kişilerin beş gün süreyle gözaltında tutulmalarıyla ilgili aynı tarihli *Duinhof ve Duijff kararında*, yine asker kişilerin 11 ve 12 günlük sürelerle gözaltında tutulmalarıyla ilgili *Van Dersluijs, Zuiderveld ve Klappe kararında*, gözaltında tutma sürelerinin Sözleşme’deki ‘derhal’ sözcününün gerektirdiği uzunluğu aştığı gerekçesiyle ihlal tespit etmiştir.

26.10.1984 tarihli McGoff kararı, parag. 26-27

İsveç mahkemesi Ekim 1977'de, İrlanda vatandaşı olan başvurucu hakkında uyuşturucu kaçakçılığı suçundan, başvurusunun bulunmadığı, fakat atanmış bir avukatla temsil edildiği bir duruşma sonunda, gıyabi tutuklama müzekkeresi çıkarmıştır. Temmuz 1979'da Hollanda'da yakalanan başvurucu, 24 Ocak 1980'de İsveç'e iade edilmiştir. İsveç'e getirilince hemen cezaevine konan başvurucu ilk kez 8 Şubat'ta yargıç önüne çıkarılmış ve tutukluluğunun devamına karar verilmiştir.

"26. Başurucu, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ilk cümlesindeki güvencelerden yararlanamadığını iddia etmiştir. (...)

Komisyon, raporunda başvurusunun görüşüne katılmıştır (*bh. yukarıda parag. 23*).

Hükümet ise, İsveç hukukunu bu noktada hiç kışkuya yer bırakmayacak şekilde Sözleşme'ye uygun hale getirmek için gerekli sayılabilecek Yargılama Usulü Kanunu değişikliklerini bir tasarı haline getirmeyi düşündüklerini beyan etmiştir. Hükümet, mevcut davada bir ihlal bulunup bulunmadığı kararını Mahkeme'nin takdirine bırakmıştır.

27. Komisyon gibi Mahkeme de, Stockholm İl Mahkemesinin Ekim 1977'de başvuru McGoff hakkında tutuklama müzekkeresi verirken, başvurusunu dinlemediğini [gıyabında verdiğini] ve tutukluluğun iki yıldan fazla bir süre sonra başladığını not etmiştir. Bu durumda tutuklama müzekkeresi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki güvencelerin daha sonra uygulanmasını imkansız hale getirmemiştir. Ancak, McGoff'un İsveç'te cezaevine konulduğu (placed in custody) 24 Ocak 1980 tarihi ile İl Mahkemesi önüne çıkarıldığı 8 Şubat 1980 tarihi arasında on beş gün geçmiştir. Bu uzunlukta bir süre "derhallik" (promptness) şartına uygun görülemez. Karşılaştırma için Mahkeme'nin gözetim altına alındıktan sonraki altı günü, Sözleşme'de öngörülen sürenin çoktan aşılmış olduğuna karar verdiği 22 Mayıs 1984 tarihli kararına (*bh. de Jong, Baljet ve van der Brink kararı, parag. 53*) gönderme yapılabilir.

Buna göre Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir."

Mahkeme Brogan ve Diğerleri kararında ise daha derin bir inceleme yapmıştır.

29.11.1988 tarihli Brogan ve Diğerleri kararı, parag. 58-62

Dört başvuru sabah saatlerinde evlerinden gözetim altına alınmışlardır. Gözetim altına alan memurlar tarafından, başvurusuların Kuzey İrlanda'da bazı terör faaliyetlerine karışıklarından kuşulanılması nedeniyle gözetim altına alındıkları bildirilmiş, her hangi bir şey söylemek zorunda olmadıkları,

ama söyleyecek olurlarsa aleyhlerine delil olarak kullanılabilceği konusunda uyarılmışlardır. Gözaltına alındıklarının ertesi günü, her başvurucuya gözaltı sürelerinin uzatıldığı bildirilmiştir. Her bir başvurucu gözaltına alınmalarının ikinci gününden sonra bir veya ikişer kez avukatlarıyla görüşmüşlerdir. Başvuruculardan birincisi 5 gün on bir saat, ikincisi 6 gün on altı buçuk saat, üçüncüsü 4 gün altı saat, dördüncüsü 4 gün on bir saat sürelerle tutulmuşlar ve salıverilmişlerdir. Mahkeme'ye göre:

“58. Gözaltında tutulan bir kimseün belirli bir suçü işlediğı şeklinde resmen suçlanmış (charged) olmaması veya bir mahkemenin önüne çıkarılmaması, kendiliğinden Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının birinci hükmünü ihlal etmez. Gözaltına alınmış bir kimse, tutulmasının yargısal denetimi yapılamadan önce “derhal” (en kısa sürede, promptly) salıverildiğı takdirde, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiş olmaz (bk. 22.05.1984 tarihli Jong, Baljet ve van den Brink karar, parag. 52). Gözaltına alınmış kimse derhal salıverilmez ise, hemen bir yargıç veya yargısal görevli önüne çıkarılma hakkına sahiptir.

Bu “derhalliğın” değerlendirilmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı ve gayesi ışığında yapılmalıdır (bk. yukarıda parag. 48). Mahkeme, 5. maddenin Sözleşme sistemi içindeki önemine dikkat etmektedir; bu madde, bireyin özgürlük hakkının Devlet tarafından keyfi müdahalelerine karşı korunması gibi temel bir insan hakkını içermektedir (bk. 18.12.1986 tarihli Bozano karar, parag. 54). Bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında yer alan güvencelerin temel bir unsurudur. Yargısal denetim, “demokratik bir toplumun temel ilkelerinden bir olan ... ve Sözleşme'nin Başlangıcında açıkça belirtilen” (bk. diğerleri arasında 06.09.1978 tarihli Klass ve Diğerleri , parag. 55) ve “bütün bir Sözleşme'nin esin kaynağı olan” (bk. diğerleri arasında 08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri karar, parag. 69) hukukun üstünlüğü kavramının bir gereğidir.

59. (...) Derhallik, her bir olayın özel koşullarına göre değerlendirilmekte birlikte (bk. 22.05.1984 tarihli Jong, Baljet ve van den Brink karar, parag. 52), bu özelliklere atfedilen önem hiçbir zaman, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme noktasına, yani Devletin derhal salıvermeyi sağlama veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirilmemelidir.

60. Mevcut olay münhasıran, Kuzey İrlanda'da terör faaliyetlerine karıştığından kuşkulanan kişilerin, özel mevzuatla verilen yetki gereğince gözaltına alınmaları ve tutulmalarıyla ilgilidir. Bir sanığın bir mahkemenin önüne çıkarılmasıyla ilgili genel hükümlerin şartları, 1984 tarihli Yasanın 12(6). fıkrası tarafından, açıkça uygulanabilir olmaktan çıkarılmıştır (bk. yukarıda parag. 30 ve 32). Mevcut davada, her hangi bir dönemde sıradan cezai bir olayda dört gün gibi bir gözaltı süresinin, genel bir kural

olarak Sözleşme'nin 5(3). fıkrasıyla bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda karar verilmesi istenmemiştir.

Gerçekten de başvuruculardan hiç biri, bir yargıç veya yargısal bir görevlinin önüne çıkarılmamışlardır. O halde karar verilmesi gereken mesele, Hükümet tarafından belirtilen özel koşullar da dikkate alarak, her bir başvurucunun Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından "derhal" saliverilmiş olup olmadıklarıdır.

61. Terör suçlarının soruşturulması yetkililere, yukarıda 5(1). fıkrası altında kısmen değinilen (bk. yukarıda parag. 53) özel bazı güçlükler çıkarılmaktadır. Mahkeme bu bağlamda Hükümetin zikrettiği bütün faktörleri not etmektedir. Kuzey İrlanda'da, polisın gözaltı süresinin uzatılması taleplerinin Bakanlığa gönderilmesi ve polisın her bir uzatma talebinin Bakanlık tarafından derinliğine incelenmesi, bir anlamda idari bir denetim sağlamaktadır (bk. yukarıda parag. 37). Ayrıca, özel yetkilerin devam etmesi için duyulan ihtiyaç sürekli olarak Parlamento tarafından ve bu yetkilerin kullanılması da düzenli olarak bağımsız şahsiyetler tarafından incelenmektedir (bk. yukarıda parag. 26-29). Mahkeme, yeterli koruyucuların mevcudiyetine bağlı olarak, Kuzey İrlanda'da terörizmin, yetkililerin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal etmeden, ağır terör suçlarını işlediklerinden kuşkulandıkları bir kimseyi, bir yargıç veya yargısal bir görevli önüne çıkarmadan önce gözaltında tutma süresinin uzatılması sonucunu doğurduğunu kabul etmektedir.

Şüpheli teröristleri gözaltına alma ve tutma kararları üzerinde yargısal denetim yapılmasında Hükümetin bahsettiği güçlükler, örneğin şüphe duyulan suçların niteliğine göre gerekli usul tedbirlerinin alınmasını gerekli kılarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının uygulanma tarzını etkileyebilir. Fakat bu güçlükler, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre "derhal" yapılması gereken yargısal denetimden tamamen kaçınmayı haklı kılmaz.

62. Yukarıda 59. paragrafta da söylendiği gibi, "derhal" kavramının yorumlanmasında ve uygulanmasındaki esneklik çok sınırlıdır. Mahkeme'ye göre, söz konusu dört gözaltında tutma döneminden en kısa olanı, yani bay McFadden gözaltında geçirdiği 4 gün altı saatlik (bk. yukarıda parag. 18) süre bile, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının birinci hükmünün izin verdiği sürenin sınırları dışında kalmaktadır. Bu davadaki özel koşullara, bir yargıç veya diğer bir yargısal görevlinin önüne çıkarmadan geçecek bu kadar uzun bir tutma süresini haklı kılacak şekilde önem vermek, "derhal" kelimesinin olağan anlamını kabul edilemeyecek ölçüde geniş yorumlamak olur. Bu şekilde bir yorum, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının içine, bir usul güvencesini bireyin aleyhine ciddi bir zayıflatıcı sokacak ve bu hükümlerle korunmuş olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçlara yol açacaktır. Bu nedenle Mahkeme, başvuruculardan hiç birinin, yargısal bir makam önüne "derhal" çıkarılmadıkları veya gözaltına alındıktan sonra "derhal" salive-

rilmedikleri sonucuna varmak durumundadır. Başvurucuların gözaltına alınma ve tutulmalarının, bir bütün olarak toplumu terörden koruma şeklinde meşru bir amaç tarafından esinlenmiş olması, kendiliğinden Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının özel gereklerine uygunluk sağlamak için yeterli değildir.

Bu nedenle, dört başvurucu bakımından da Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir.

[Not: Birleşik Krallık, Mahkeme'nin bu kararının ardında, olağan hallerde terör suçlarıyla mücadelede gözaltı süresini kısaltma yoluna gitmemiş, fakat Kuzey İrlanda'da olağanüstü hal ilan etmiştir.]

Mahkeme, 28.11.1991 tarihli *Koster kararında*, zorunlu askerlik hizmeti yapan ancak üniforma giymeyi ve silah almayı reddeden başvuruçunun, 5 gün gözaltında tutulduktan sonra askeri mahkeme önüne çıkarılmasını, Sözleşme'nin aynı hükmüne aykırı bulmuştur.

Mahkeme, olağan halde Türkiye'de gözaltı süresinin uzunluğuyla ilgili ilk kararı olan 26.11.1997 tarihli *Sakık ve Diğerleri kararında*, Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçları işledikleri kuşkusıyla, dokunulmazlıkları kaldırılarak olağanüstü hal bölgesi dışında, Ankara'da gözaltına alınan başvuruçuların, yargıç önüne çıkarılmadan on iki ve on dört gün sürelerle gözaltında tutulmalarını, Brogan ve Diğerler kararındaki prensipleri uygulayarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

bb) olağanüstü hallerde

Mahkeme olağanüstü hallerde gözaltı süresini, ilk kez 01.07.1961 tarihli *Lawless kararında* ele almış, başvuruçunun yargıç karşısına çıkarılmadan idari kararlarla beş ay kadar gözaltında tutulmasını, davalı Hükümetin Sözleşme'nin 15. maddesine dayanarak Sözleşme'nin 5. maddesindeki yükümlülüklerinde azaltma yapmış olması nedeniyle, bu tedbiri 'durumun gerektirdiği zorunlulukları karşılamak' için uygun bir tedbir olarak görmüş, sonuç olarak derhal yargıç karşısına çıkarılma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme benzer bir biçimde 18.01.1978 tarihli *İrlanda - Birleşik Krallık kararında* da, olağanüstü hal tedbiri olarak yargıç önüne çıkarılmadan uzun süreli gözaltında tutma tedbirlerini Sözleşme'ye uygun bulmuştur.

Mahkeme bu eski tarihli kararından sonra, olağanüstü halde gözaltı süresini bir kez de 26.05.1993 tarihli *Brannigan ve McBride kararında* ele almıştır.

26.05.1993 tarihli Brannigan ve McBride kararı, özet

Birinci başvuru, Terörün Önlenmesine dair Yasa gereğince, 9 Ocak 1989 tarihinde sabah 6:30'da gözaltına alınarak Emniyete götürülmüştür. Burada kendisine hemen "Gözaltına Alınanların Haklarına dair Belge" tebliğ edilmiştir. 10 Ocak günü 19:30'da, gözaltı süresi Devlet Bakanlığının kararıyla iki gün uzatılmıştır. 12 Ocak 21:32'de üç günlük uzatma daha verilmiştir. Birinci başvuru toplam 6 gün 14 saat 30 dakika gözaltında tutulduktan sonra, 15 Ocak akşamı saat 9:00'da salverilmiştir. Birinci başvuru gözaltında tutulduğu sırada 43 kez sorguya alınmış, tutulduğu süre içinde kitap, gazete ve yazılı bir şey okunmasına, radyo ve televizyon dinlemesine, tutulan diğer kişilerle görüşmesine izin verilmemiştir. Soruşturmaya müdahale oluşturacağı gerekçesiyle polis, birinci başvurunun avukatla görüşmesini önce 48 saat süreyle geciktirmiş ve bu başvuru 11 Ocak günü avukatla görüşebilmiştir. Birinci başvuru gözaltında tutulduğu süre içinde 17 kez doktor tarafından görülmüştür.

İkinci başvuru aynı yasa gereğince 5 Ocak 1989 günü sabah 5:05'te evinden gözaltına alınmış, Emniyete götürülmüş, burada kendisine haklarını anlatan aynı belge tebliğ edilmiştir. İkinci başvurunun gözaltı süresi üç gün uzatılmıştır. İkinci başvuru toplam 4 gün altı saat 25 dakika gözaltında tutulduktan sonra salverilmiştir. Gözaltında tutulduğu süre içinde 22 kez sorguya alınmış ve birinci başvuru ile aynı rejime tabi tutulmuştur. İkinci başvuru 5 ve 7 Ocak günleri iki kez avukatıyla görüşmüş, 8 kez doktor tarafından görülmüştür.

Başvurular İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Birleşik Krallık Hükümeti ise 23 Aralık 1988 tarihinde, yani başvuru sahiplerinin gözaltına alınmalarından bir kaç hafta önce, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin yükümlülüklerinde yine Sözleşme'nin 15. maddesine göre azaltma yaptığına (derogasyon) dair mektubu Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine gönderdiğini, bu nedenle Sözleşme'yi ihlal etmiş sayılmayacağını iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre:

Her iki başvuru da Mahkeme'nin Brogan ve Diğerleri kararında Sözleşme'ye aykırı bulduğu 4 gün altı saatlik gözaltında tutma süresinden fazla gözaltında tutulmuşlardır; Hükümetin olağanüstü durumda yükümlülük azaltma beyanı geçerli sayılmadığı takdirde derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğine karar verilmedi.

Mahkeme, olağanüstü durumun varlığını değerlendirirken, Sözleşme Devletlerin geniş bir takdire sahip olmakla birlikte bu takdir alanının sınırsız olmadığını, ulusal makamlar tarafından alınan tedbirlerden etkilenen hak ve özgürlükler ile olağanüstü hali dikkate alarak tedbirlerin 'durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği tedbirler' olup olmadığını denetleyeceğini belirtmiştir. Kuzey İrlanda'daki terör eylemlerinin boyutları ve sonuçlarıyla ilgili Mahkeme'ye sunulan belgelere göre olağanüstü bir durum bulunmaktadır. Başvurucular esas itibarıyla gözaltında tutulma süreleri uzatılırken yargıç karşısına çıkarılmamış olmaları nedeniyle şikayetçi olmuşlardır. Hükümet terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasındaki güçlük nedeniyle ve özellikle yargısal faaliyetlerin küçük olduğu yerlerde yargı bağımsızlığından ödün vermemek için, terör suçlarında gözaltında tutmanın uzatılmasına yargının karıştırılmamasını tercih etmiştir. Dahası, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gözaltında tutmaya yargısal müdahaleyi zorunlu kılmamaktadır; tamamen yargı organı üyelerinden olması gerekli bulunmayan görevliler tarafından da olsa, yargısal bir usulün kullanılmasını gerektirmektedir. Bu yargısal usulün uygulanmaması için Hükümetin yükümlük azaltmasında kendisine tanınan takdir alanını aşmamıştır. Olağanüstü durumda da, keyfi olarak gözaltında tutmaya karşı koruyucular bulunmaktadır. Gözaltına alınan kişilerin 'habeas corpus' başvuru yoluna ve gözaltına alındıktan sonra avukatla görüşme hakkı bulunmaktadır. Avukatla görüşmenin makul sebeplerle 48 saat geciktirilmesi halinde bu geciktirme kararına karşı yargı yolu açıktır. Ayrıca bu konudaki mevzuat ve uygulaması, bağımsız ve düzenli bir biçimde denetlenmektedir. Hükümet diğer uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmamıştır. Bu nedenlerle, olağanüstü durumda derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı ihlal edilmemiştir.

Mahkeme, Türkiye aleyhindeki 18.12.1996 tarihli *Aksoy kararında*, başvuruçunun olağanüstü halde en az 14 gün, yine 23.09.1998 *Demir ve Diğerleri kararında*, başvuruçuların olağanüstü halde 16 ile 23 gün arasında tutulmalarını Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Mahkeme bu sonuca varırken, başvuruçuların gözaltında tutuldukları sırada 'koruyucular'dan yararlanmış olup olmadıklarına da bakmıştır. Mahkeme olağanüstü halde de olsa, başvuruçuların bu kadar uzun bir süre koruyuculardan yararlandırılmaksızın tutulmalarını, olağanüstü halin gerektirdiği bir tedbir olarak görmemiştir.

18.12.1996 tarihli Aksoy kararı, 66-78

66. Mahkeme, Brogan ve Diğerleri kararında, yargısal denetime tabi olmaksızın dört gün altı saat gözaltında tutma süresinin, 5. maddenin üçüncü fıkrasının izin verdiği dar sınırları aştığına karar verdiğini (*bk.*

Brogan ve Diğerleri kararı, parag. 62) hatırlatır. Buradan çıkan açık sonuca göre, Aksoy'un bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmadan gözaltında tutulduğu 14 gün veya daha fazla süre, "derhal" şartını yerine getirmemiştir.

67. Ne var ki bu düşünceler karşısında Hükümet, Türkiye'nin Sözleşmenin 15. maddesine göre yükümlülük azaltma yaptığından, 5(3). fıkrasına aykırılık bulunmadığını ileri sürmüştür. (...)

Hükümet, Türkiye'nin 5 Mayıs 1992 tarihinde Sözleşmenin 5. maddesindeki yükümlülüklerini azalttığını (*bk. yukarıda parag. 33*) hatırlatmıştır.

68. Mahkeme, ulusun yaşamının bir "olağanüstü durum"la tehdit edilip edilmediğine, eğer tehdit ediliyorsa, bu olağanüstü durumu yenibilmek için nereye kadar ileri gitmenin gerekli olduğuna karar vermenin, kendi ulusunun yaşamından sorumlu olan Sözleşmeciler Devletlere düştüğünü hatırlatır. Ulusal makamlar, günün ihtiyaçları ile doğrudan ve sürekli ilişki içinde olmaları nedeniyle, böyle bir olağanüstü durumun öncelikleri ve bunu gidermek için yapılacak yükümlülük azaltmalarının niteliği ve kapsamı üzerinde karar verirken, genellikle uluslararası yargıçlara göre daha iyi bir konumdadırlar. Bu nedenle, bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir alanı bırakılmalıdır.

Ne var ki, Sözleşmeciler Devletler sınırsız bir takdir yetkisi kullanamazlar. Mahkeme, Devletlerin krizin "zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçü"nüün ötesine geçip geçmediklerine karar vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, bu tür bir Avrupa denetimi tarafından denetlenir. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken, yükümlülük azaltma ile etkileri hakların niteliği, olağanüstü duruma yol açan sebepler ve olağanüstü durumun süresi gibi ilgili faktörlere gereken ağırlığı vermek zorundadır (*Brannigan ve McBride kararı, parag. 43*).

69. Hükümet, Türkiye'nin Güney Doğusunda "ulusun yaşamını tehdit eden" olağanüstü bir durumun var olduğunu belirtmiş, Komisyon da bu görüşe kaulmuştur. Başvurucu bu konuya itirazda bulunmamış, bu konuda karar vermenin esas olarak Sözleşme organlarına düştüğünü belirtmiştir.

70. Mahkeme, önündeki bütün verilerin ışığında, PKK terörist faaliyetlerinin boyutları ve sonuçları itibarıyla Türkiye'nin Güney Doğusunda, hiç kuşkusuz, "ulusun yaşamını tehdit eden bir olağanüstü durum" yaratıldığını kabul etmiştir (*bk. 01.07.1961 tarihli Lawless kararı, parag. 28; 18.01.1978 tarihli İrlanda - Birleşik Krallık kararı, parag. 205 vd.; 26.05.1993 tarihli Brannigan ve McBride kararı, parag. 47*).

71. Hükümet, başvurunun, 26 Kasım 1992 tarihinde diğer on üç kişi ile birlikte PKK teröristlerine yardım ve yataklık ettiği, PKK'nın Kızıltepe bölümünün bir üyesi olduğu ve PKK bildirileri dağıttığı kuşkusuyla

gözüaltına alındığını belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 12). Başvurucu, olağanüstü hal bölgesinde toplu suçlarda bir kimsenin otuz güne kadar gözüaltında tutulmasına imkan veren Türk hukukuna göre nezarete tutulmuştur (bk. yukarıda parag. 29).

72. Hükümet, başvurunun gözüaltına alındığı ve tutulduğu bölgenin Türkiye'nin yükümlülük azalttığı bölge kapsamına girdiğini belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 31-33). Türkiye'de ve özellikle Güney Doğu bölgesinde PKK terörizminin yoğunluğu karşısında bu yükümlülük azaltma gerekli ve haklıdır. Mahkeme'nin de daha önce kabul ettiği gibi, terör suçlarının soruşturulması, yetkilileri özel bazı problemlerle karşı karşıya bırakmaktadır; çünkü terör örgütü mensupları sorguya dayanıklı kalmada uzmanlaşmış olup, gizli bir destek ağına ve maddi kaynaklara sahiptirler. Komşu ülkelerin stratejik ve teknik desteğine sahip bir terör örgütü ile geniş bir alanda mücadele ederken, delilleri toplanmak ve doğrulamak için geniş bir zamana ve büyük bir çabaya ihtiyaç vardır. Bu güçlükler, zanlılar polis nezaretinde iken yargısal denetim sağlamayı imkansız kılmaktadır.

73. Başvurucu, 24 Kasım 1992'de gözüaltına alındığını ve 10 Kasım 1992'de salıverildiğini belirtmiştir. Başvurucu, gözüaltına alma işlemine sonraki bir tarihin aulmasının, olağanüstü hal bölgesinde yaygın bir uygulama olduğunu iddia etmiştir.

74. Başvurucu, Türkiye'nin yükümlülük azaltmasının geçerliliğine karşı ayrıntılı argümanlar getirmeden, Türkiye'nin Güney Doğu bölgesindeki durumun, sanıkların yargısal denetime tabi tutulmaksızın 14 veya daha fazla tutulmasını gerektirip gerektirmediğini sormuştur. Başvurucu, Türkiye'nin Güney Doğu bölgesinde yargıçların, daha kısa sürede gözüaltında tutmanın hukukiliğini incelemelerine izin verilse ve gerekli görülse, kendilerinin tehlikeye sokulmuş olmayacağını belirtmiştir.

75. Komisyon, başvurunun iddia ettiği gibi 24 Kasım 1992'de mi, yoksa Hükümetin iddia ettiği gibi 26 Kasım 1992 mi gözüaltına alındığını kesin olarak belirleyememiştir. Bu nedenle Komisyon, başvurunun bir yargıç veya yargılama yetkisi kullanan bir görevli önüne çıkarılmadan gözüaltında en az 14 gün tutulduğunu kabul ederek yargılamaya devam etmiştir.

76. Mahkeme, 5. maddenin Sözleşme sistemindeki önemini vurgulayacaktır: Sözleşmenin 5. maddesi, temel bir insan hakkını, yani bireyi sahip olduğu kişi özgürlüğünü Devletin keyfi müdahalelerine karşı korumaktadır. İdarenin kişi özgürlüğüne müdahalesinin yargısal denetimi, keyfiligi asgariye indirmeyi amaçlayan ve hukukun üstünlüğünü güvence altına alan 5(3). fıkrasında yer alan güvencelerin temel bir unsurudur (bk. Brogan ve Diğerleri kararı, parag. 58). Dahası, hemen yapılacak bir yargısal denetim, Sözleşmenin mutlak ve yükümlülük azaltılamaz bir biçimde ya-

sakladığı yukarıda belirtilen (*bk. yukarıda parag. 62*) ağır kötü muamelelerin önlenmesine ve ortaya çıkarılmasına yol açar.

77. Mahkeme *Brannigan ve McBride kararında*, Birleşik Krallık Hükümetinin Sözleşmenin 5. maddesindeki yükümlülüklerinde azaltma yaparak, terör suçlarından zanlı kişileri yargısal denetime tabi olmaksızın 7 güne kadar gözaltında tutmasında takdir alanının aşılmadığına karar vermiştir.

Bu davada ise başvuru, bir yargıç veya diğer bir görevlinin önüne çıkarılmaksızın, en az 14 gün gözaltında tutulmuştur. Hükümet bu tedbiri, dışarıdan destek alan bir terör örgütüyle geniş bir coğrafi alanda mücadele etmek zorunda olan polisin yaptığı soruşturmadaki özel ihtiyaçlarını ileri sürerek haklı göstermeye çalışmıştır (*bk. yukarıda parag. 72*).

78. Mahkeme, daha önceki bir çok davada belirttiği gibi (*bk. yukarıda geçen Brogan ve Diğerleri kararı*), terör suçlarının soruşturulmasının, yetkililer bakımından özel problemler doğurduğu görüşünde olmasına rağmen, yargısal denetime tabi olmaksızın bir kimsenin 14 gün tutulmasını kabul edemez. Bu süre çok uzun bir süredir; ve başvurucağı sadece kişi özgürlüğünün keyfi ihlaline (*bk. yukarıda parag. 64*) karşı değil, işkenceye karşı da aciz durumda bırakılmaktadır. Ayrıca Hükümet, Türkiye'nin Güney Doğu bölgesindeki terörizm ile mücadelenin neden yargısal denetimi imkansız kıldığına dair ayrıntılı gerekçe göstermemiştir.

Mahkeme, Türkiye'ye karşı çok sayıda davada, olağanüstü hal bölgesinde gözaltına alınıp uzun süre tutulan başvurucağıların, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Son olarak 17.07.2003 tarihli *Nuray Şen kararında*, olağanüstü hal bölgesinde 11 gözaltında tutulan başvurucağı bakımından da Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

ii) "yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli" önüne çıkarılma

Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, gözaltında tutulmakta olan kişinin, azami gözaltı süresi sona ermeden, "yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli"nin önüne çıkarılmasını gerektirmektedir. Bu fıkraya göre, sanığın önüne çıkarılacağı yargıç veya görevli ile birinci fıkranın (c) bendindeki 'kanunen yetkili makam', aynı anlama gelmektedir. Mahkeme, sanığın önüne çıkarıldığı yargıç veya görevliyi, ilkin statüleri, ikinci olarak da işlevleri ve izledikleri

usul bakımından 3. fıkraya uygun olup olmadıklarını denetlemektedir.

Mahkeme, ulusal makamları statü bakımından incelerken, sanığın önüne çıkarıldığı görevlinin yürütme organından ve taraflardan bağımsız ve tarafsız olmasını aramaktadır. Bu çerçevede, sanığın önüne çıkarıldığı ve sanık hakkında tutuklama kararı veren görevlinin aynı davada daha sonra savcı olarak görev yapabilmesi veya tabii olduğu üstünden sanığı salıverme konusunda talimat alması tarafsızlık ve bağımsızlık sorunlarını oluşturmaktadır.

Mahkeme görevlinin statüsü sorununu ilk kez ele aldığı 14.12.1979 tarihli *Schiesser kararında*, sanığın önüne çıkarıldığı ve hakkında tutuklama kararı veren il savcısının, daha sonra aynı davada savcı olarak görev yapmamış olmasını göz önünde tutarak üçüncü fıkraya aykırılık bulmamıştır. Ancak Mahkeme, bu sübjektif tarafsızlık ölçüsünü daha sonra terk etmiş ve tutuklama yapabilecek görevlinin daha sonra aynı davada iddia makamında yer alabilme ihtimali bulunup bulunmadığını dikkate almıştır. Bu düşüncelerle Mahkeme, Hollanda'da askeri ceza yargısıyla ilgili 22.05.1984 tarihli *De Jong, Baljet ve Van Den Brink kararında*, yine Belçika'da askeri ceza yargısıyla ilgili 26.05.1988 tarihli *Pauwels kararında* ihlal tespit etmiştir. Mahkeme bu davalarda başvurucuların önlerine çıkarıldıkları, soruşturma tedbirleri alma ve özellikle tutuklama kararı verebilme yetkisine sahip askeri adli müşavirlerin (auditeur militaire/auditeur militaire), daha sonra iddia makamını temsil edebilecekleri ve ilk soruşturma tedbirleri sırasında tarafsız olamayacakları düşüncesiyle üçüncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, ilk soruşturma aşamasında yargısal nitelikli soruşturma tedbirleri alan görevliler ile iddia makamında yer alacak kişilerin birbirinden ayrılması gerekmektedir.

22.05.1984 tarihli De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı, parag. 46-53

46. Başvuruculara göre, gözaltına alındıktan sonra önüne çıkarıldıkları ilk makam olan askeri savcı (bk. yukarıda parag. 23 ve 27), bu hüküm bakımından yargılama yetkisine sahip bir "görevli" sayılamaz.

Hükümet bu görüşe karşı çıkmıştır. Hükümet ayrıca, başvurucuların askeri savcı önüne "derhal", yani de Jong'un bir gün, Baljet'in beş gün, van den Brink'in iki gün sonra çıkarıldıklarını savunmuştur.

47. Mahkeme Schiesser kararında, "hukuken yargılama yetkisiue sahip bir görevli" ifadesini ayrıntılı olarak yorumlama imkanı bulmuştur

(bk. 04.12.1979 tarihli *Schiesser kararı*, parag. 27-31). O kararda dile getirilmiş göze çarpan ilkeleri burada hatırlatmak yeterlidir. Özellikle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının amacı ve gayesi dikkate alındığında (bk. *yukarıda parag. 44 ve aşağıda parag. 51*), sözü edilen "görevli" (officier/magistrat), ister bir mahkeme yargıcı isterse savcılığın bir mensubu olsun (bk. *aynı karar*, parag. 28), "kendisine hukuken 'yargılama' yetkisi verilmiş olmasına uygun olan güvenceler sunmak ... zorundadır (bk. *aynı karar*, parag. 30). Mahkeme o kararda vardığı sonuçları şu şekilde özetlemiştir (bk. *parag. 31*):

"... 'Görevli', 'yargıç' ile aynı şey değildir, fakat yine de yargıcın bazı özelliklerine sahip olmalı, yani gözüne alınmış kişi için her biri bir güvence oluşturacak belirli şartları yerine getirmelidir.

Bu şartlardan birincisi, yürütme organına ve tarallara karşı bağımsızlığıdır. ... Bu demek değildir ki, bu görevli bir ölçüde, kendileri de aynı şekilde bağımsızlığa sahip olan başka yargıçlara veya görevlilere tabi olamaz.

Buna ek olarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, hem usul ve hem de esasa ilişkin şartları içermektedir. Usul şartı 'görevli'yi, önüne çıkarılan kimseyi bizzat dinleme yükümlülüğü altına sokar ...; esasa ilişkin şart ise görevliye, kişinin tutulmasıyla ilgili lehine ve aleyhine olan bütün olayları inceleyip, hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar verme yükümlülüğü yükler ..."

Esasa ilişkin şartla ilgili olarak Mahkeme, önceki davalardan İrlanda – Birleşik Krallık davasında, enterne etme konusunda salıverme yetkisi bulunmayan Tavsiye Komitesinin, Sözleşme'nin 5(3). fıkra hükmüne uygun bir makam olmadığına karar vermişti (bk. 18.01.1978 tarihli *İrlanda – Birleşik Krallık kararı*, parag. 199).

48. Ulusal hukukun konuyla ilgili hükümlerinin sözel anlamına göre, askeri savcı başvuruçuları yargılamaya sevkten önce salıverme yetkisine sahip değildir; Askerlik Kanununun 11. maddesi, kendisine sadece araştırma ve tavsiyede bulunma rolü vermiş olup, bu rol de sadece yargılamaya sevk meselesiyle sınırlanmıştır (bk. *yukarıda parag. 16*). Hükümetin savunmasına göre ise, yasadaki bu açık sınırlama pratikte izlenen fiili durumun ışığında okunmalıdır ki, buna göre askeri savcının tavsiyesi tutma meselesini de kapsamakta ve kendisine sevk edilen subay tarafından hiç değiştirilmeden uygulanmaktadır (bk. *yukarıda parag. 16*). İddia edildiğine göre bu "standart usul", aslında askeri savcının karar verdiği anlamına gelmektedir; çünkü onun tutuklamada bulunup bulunmama üzerindeki tavsiyesi, şeklen karar verme yetkisine sahip subay tarafından "bağlayıcı bir tavsiye" olarak görülmektedir.

Mahkeme, bu "standart usul"ün Askerlik Kanununun toptan gözden geçirilmesi sürerken Sözleşme'ye uygunluk sağlamak üzere başlatılmış olduğuna dair Hükümetin beyanını kaydeder. Ancak Komisyon gibi (bk.

Komisyon raporu parag. 85) Mahkeme de Hükümetin bu yaklaşımını kabul edememektedir. Tabii ki, Sözleşme'deki haklarla ilgili olarak karar verilirken, daha çok görünüşlerin ve kullanılan dilin ardına geçip, olaydaki gerçekler üzerinde yoğunlaşmalıdır (*bk. örneğin 5(1). fıkrayla ilgili olarak, yukarıda geçen Van Droogenbroeck kararı, parag. 38*). Bununla birlikte, bireyin özgürlüğü üzerinde karar vermekle yetkili bir yargısal makamın, demokratik bir toplumda kamuya vermesi zorunlu olan güven düşünülüğünde, bu makamın hangisi olduğunun bilinebilmesi için "kanun"da ifade edilen biçimsel ve görülebilir nitelikteki şartlar ayrı bir önem taşır (*bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte 01.10.1982 tarihli Piersack kararı, parag. 30 (a)*). Askeri savcılara ve olayın kendisine sevk edildiği subaya Askerlik Kanununu bu yönde yorumlamaları için gönderilmiş resmî bir direktif ve hatta uygulama talimatı bile yoktur; hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan ve her zaman hukuka uygun bir biçimde ayrılmanın mümkün olduğu sadece bir iç uygulama vardır. Bu, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında düşünülmüş zorunlu "yargısal yetki"nin kullanılması için "hukuk" tarafından verilmiş yetki oluşturmaya yetmez (*bk. yukarıda geçen Schiesser kararı, parag. 47/son*).

49. Buna ilave olarak, askeri savcı Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının aradığı bağımsızlığa da sahip değildir. Askeri savcı, askeri makamlardan bağımsız olmakla birlikte, olayın Askeri Mahkemeye sevk edilmesinden sonra kendisinden iddia makamı görevi yerine getirmesi istenebilir (*bk. yukarıda parag. 19/1, Askerlik Kanunu md. 126(1)*). Bu yolla askeri savcı, uygulamaya sevk edilmeden önce tutuklanması konusunda tavsiye edilmediği bir asker aleyhine sonradan açılacak bir ceza davasına taraf olmaktadır. Özetle askeri savcı, bu hazırlık aşamasında kesin bir biçimde "taraf-lardan bağımsız" olamaz (*bk. yukarıda parag 47'deki Schiesser kararından alın-tı*); çünkü muhakemenin bir sonraki aşamasında, taraflardan biri haline gelme yükümlülüğü vardır (*bk. 22.05.1984 tarihli Duinhof ve Duijf kararı, parag. 38*).

50. Sonuç olarak, başvuru olmaları olaylarında askeri savcı önünde izlenen usul, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gerektirdiği güvenceleri sağlamamıştır.

51. Üç başvuru, gözetilene alınmalarından sırasıyla yedi, on bir ve altı gün sonra yargılanmak üzere Askeri Mahkemeye sevk edilmişlerdir (*bk. yukarıda parag. 23 ve 27*). Bu davada, Askeri Mahkemenin yargısal bir makam özelliklerine sahip olduğu tartışma konusu yapılmamıştır. Bununla birlikte, tutulan kimsenin yargısal bir makama ulaşma imkanına sahip olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ilk cümlesine uygunluk için yeterli değildir. Bu hüküm, 5(1)(c) bendine göre polisin veya idarenin karar verdiği bir tutmanın derhal ve otomatik olarak yargısal denetiminin sağlanmasını amaçlamaktadır. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ("derhal... önüne çıkarılır"), bu fıkranın amacı ve gayesi ışığında okunduğunda, fıkraya içkin olan "usul şartını" ortaya koymaktadır; buna göre "yargıç" veya yargılama

yetkisine sahip görevli, tutulmuş kişiyi gerçekten dinlemeli ve gerekli kararı vermelidir (*bk. yukarıda 47. paragrafta Schiesser kararından yapılan alıntı*).

52. De Jong ve Baljet, yargılamaya sevk edildikleri gün salıverilmişlerdir (*bk. yukarıda parag. 23*). O halde bu başvuruçular, bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmadan sırasıyla yedi ve on bir gün nezarete tutulmuşlardır. Gözaltına alınmış bir kimse, tutulmasının yargısal denetimi yapılmadan önce "derhal" (promptly) salıverildiği takdirde, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiş olamaz. Derhallik (promptness) meselesi her olayda, o olayın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir (*bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte 27.06.1968 tarihli Wemhoff kararı, parag. [55]*). Askeri yaşamın ve askeri adaletin zorunlulukları dikkate alınsa bile (*bk. 08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri kararı, parag. 54*), Mahkeme bu olayın özel şartları içinde, söz konusu sürelerin "derhallik" şartına uygun görülmeyeceği sonucuna varmaktadır. O halde de Jong ve Baljet nezarete buldukları sırada, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki hakların korunmasından yararlanamamışlardır.

53. Mahkeme van den Brink bakımından da aynı sonuca ulaşmaktadır. Yargılamaya sevk edildiğinde gözaltına alınmasından itibaren geçen altı gün (*bk. yukarıda parag. 27*), Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki sınırı aşmıştır. Bu durumun kendisi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırılığın kanıtlanması için belirleyici olup, bu olayda daha sonraki gelişmeleri incelemek gerekli değildir.

Yine Mahkeme, sivil ceza yargılamasıyla ilgili 23.10.1990 tarihli *Huber kararında*, başvuruçular hakkında tutuklama kararı verip soruşturmayı yürüttükten sonra iddianameyi hazırlayan savcının, duruşmaya savcı olarak çıkmamış olmasına rağmen, yasa gereği çıkabilme ihtimalini göz önünde tutarak, savcının Sözleşme'nin aradığı tarafsız görevli olamayacağını kabul etmiş ve üçüncü fıkraya aykırılık görmüştür.

İtalya ile ilgili 26.11.1992 tarihli *Brincat kararında*, gözaltına alınan başvuruçular hakkında iki gün sonra avukatıyla birlikte önüne çıktığı savcı tarafından tutmanın devamına karar verilmiş, 13 gün sonra da bir başka savcı tarafından tutuklama kararı verilmiştir. Mahkeme bu davada da, başvuruçuların önüne ilk çıkarıldığı savcının, tutma kararını verdiği anda başvuruçulara objektif ve tarafsız görünmesi gerektiği, oysa savcının daha sonra iddia makamının bir temsilcisi olarak görev yapabilmesinin objektif olarak tarafsızlığı kuşkuya düşürdüğü gerekçesiyle üçüncü fıkraya ihlal tespit etmiştir.

Mahkeme bu konudaki içtihadını Bulgaristan ile ilgili 28.10.1998 tarihli *Assenov ve Diğerleri kararı* ile 25.10.1999 tarihli *Nikalova kararında* uygulamış, başvurucuların yargıç karşısına değil de ileride iddia makamı olarak görev yapacak olan savcıya bağlı soruşturmacı karşısına çıkarılıp tutuklanmış olmalarını, savcının Sözleşme anlamında bağımsız olmaması nedeniyle üçüncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yine Mahkeme, 18.02.1999 tarihli *Hood kararında*, askerlik görevini yaparken çeşitli suçlarından gözaltına alınıp birlik komutanı karşısına çıkarıldıktan sonra tutuklanan başvurucunun, birlik komutanın ve yardımcısının iddia makamı bakımından ileride merkezi bir konumda bulunacak olması nedeniyle 3. fıkranın aradığı bağımsızlık koşuluna aykırılık görmüştür.

Mahkeme, üçüncü fıkradaki yargıç veya yargılama yetkisine sahip görevliyi sadece bağımsızlık veya tarafsızlık açısından değil, tutuklama konusundaki işlevi ve karar verirken izlediği usul bakımından da incelemiştir. Mahkeme yukarıda geçen *Schiesser* davasında, bu yargıcın veya görevlinin, tutuklamanın lehinde ve aleyhinde olan bütün koşulları incelemek ve hukuki ölçülere dayanarak tutuklamayı haklı kılacak sebepler varsa tutuklama ve yoksa serbest bırakılmasına karar verme yetkisinin bulunmasını gerektiğini belirtmiştir. Buna göre söz konusu yargıç veya görevli, sanığın tutulmasının hukukiliği hakkında bağlayıcı karar verebilmelidir; tutuklama veya salıverme konusunda sınırlı bir denetim yetkisine sahip olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal eder. Mahkeme, Malta'ya karşı davalardaki, 29.04.1999 tarihli *Aquilina kararında*, yine 29.04.1999 tarihli *T.W. kararında* ve 29.06.2000 tarihli *Sabuer Ben Ali kararında*, başvurucuların önüne çıkarıldıkları yargıç salıverme yetkisine sahip biri olarak görmemiş ve Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

29.04.1999 tarihli Aquilina kararı, parag. 47-50

"47. Mahkeme'nin bir çok kez işaret ettiği gibi Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, bir suç işlediği kuşkusuyla gözaltına alınan veya tutulan bir kimseye, her türlü keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakmaya karşı güvence sağlamaktadır (bk. 28.10.1998 tarihli diğerleri arasında, *Assenov ve Diğerleri kararı, parag. 146*). Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle bir bütün oluşturan 5(3). fıkrasının temel amacı, makullük sona erdiği zaman salıvermeyi sağlamaktır. Gözaltına alınan bir kimşenin yargısal bir makama ulaşabilmiş olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının giriş hükmüne uygunluk oluşturmak için ye-

terli değildir. Bu hüküm, gözaltına alınan kişinin önüne çıkarıldığı yargısal görevlinin, tutmanın lehine ve aleyhine olan koşulları inceleme, yasal ölçülere dayanarak tutuklamayı haklı kılın sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine kararı vermeye yetkili olmalıdır (bk. 22.05.1984 tarihli *De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı*, parag. 44, 47 ve 51). Bir başka deyişle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, yargısal görevlinin tutmayı esastan incelemesini gerektirir.

48. Yargısal denetimin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygun olabilmesi için, derhal yapılmış olması gerekir. Derhallik, her bir olayın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir (bk. yukarıda geçen *De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı*, parag. 51 ve 52). Ancak, derhal kavramının yorumunda ve uygulanmasındaki esneklik çok sınırlıdır (bk. 29.11.1988 tarihli *Brogan ve Diğerleri kararı*, parag. 62).

49. Yargısal denetimin derhal olmasının yanında, otomatik de olması gerekir (bk. yukarıda geçen *De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı*, parag. 51). Yargısal denetim, tutulan kimsenin başvurmuş olması şartına bağlı kılınamaz. Böyle bir şart, tutmanın bir mahkeme tarafından hukukilik denetiminin yapılabilmesi için başvurma hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki güvenceden farklı bir güvence olan 5(3). fıkrasındaki güvencenin niteliğini değiştirir (bk. yukarıda geçen *De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı*, parag. 57). Bu şart, özgürlükten yoksun bırakmayı bağımsız yargının derin incelemesine tabi tutmayı sağlamak suretiyle bireyi keyfi tutmaya karşı koruyan Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki koruyucunun amacını da ortadan kaldıracaktır (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 25.05.1988 tarihli *Kurt kararı*, parag. 123). Tutmanın derhal yapılan yargısal denetimi, gözaltına alınan bir kimseyi kötü muameleye karşı da koruyan önemli bir koruyucudur (bk. 18.12.1996 tarihli *Aksoy kararı*, parag. 76). Dahası, bu tür bir muameleye tabi tutulan gözaltına alınmış kişiler, tutulmalarının denetimi için yargıçtan talepte bulunamayacaklardır. Aynı şey, zihinsel olarak zayıf veya yargısal görevlinin konuştuğu dili konuşmayan gözaltındaki durumu hassas diğer kişiler için de geçerlidir.

50. Son olarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gereğince yargısal görevli, uygun kararı vermeden önce tutulan kişiyi bizzat dinlemelidir (bk. yukarıda geçen *De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı*, parag. 51)."

Yine Mahkeme, Birleşik Krallık'a karşı 08.02.2000 tarihli *Caballero kararında* ve 19.06.2001 tarihli *S.B.C. kararında*, bazı suçları işleyen sanıkları tutuklama zorunluluğunu, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı görmüştür.

3) koruyuculardan yararlanma hakkı [Md 5(3)]

Gözüne alınan kimsenin hakları, gözüne alma işleminin hukukilik denetiminin yapılmasıyla sınırlı değildir; gözüne tutulma döneminde kişilerin 'koruyucular'dan (safeguards) yararlanma hakkı da vardır. Bu koruyucular, gözüne tutulurken avukatla görüşme, doktora ulaşma ve yakınlarına haber verme gibi haklarını içermektedir. Söz konusu koruyucular gözüne tutulan kişileri keyfi muamelelere ve incommunicado (tecrit halinde) tutmaya karşı korumaktadır.

18.12.1996 tarihli Aksoy kararı, parag. 82-83

“82. Mahkeme, yukarda adı geçen *Brannigan ve McBride* kararında (26.05.1993 tarihli karar, *Brannigan ve McBride* kararı, parag. 68), keyfi davranışlara ve incommunicado (tecrit halinde) gözüne tutmaya karşı önemli koruma tedbirlerini kapsayan koruyucuların, Kuzey İrlanda'da işler halde bulunduğu kanaat getirmişti. Örneğin, ilk gözüne alma ve tutma kararının hukukilik denetimi yapılabiliyor; gözüne altına alındıktan kırk sekiz saat sonra mutlak ve kullanılması hukukten zorunlu bir avukatla görüşme hakkı vardır; gözüne tutulanlar, bir arkadaşına veya yakınına, tutulması hakkında bilgi verme ve bir doktora ulaşma hakkına sahiptir (bk. *Brannigan ve McBride* kararı, parag. 62-63).

83. Buna karşılık Mahkeme bu davada, uzun bir süre gözüne tutulan başvurucuya yeterli koruyucular verilmediğini kabul etmektedir. Özellikle, bir avukata, doktora, akrabaya veya arkadaşına ulaşma hakkı verilmemesi ve gözüne tutulmasının hukukilik denetimini yapabilecek bir mahkeme önüne çıkarılmak için gerçekçi bir imkan bulunmaması, başvurucuyu tamamen kendisini tutanların insafına bırakmak anlamına gelmiştir.”

Mahkeme yine 23.09.1998 tarihli *Demir ve Diğerleri* kararında, on altı ve yirmi üç gün tutulan başvurucular tutulma süresi içinde koruyuculardan yararlanamadıkları için, aynı ifadelerle üçüncü fıkrayı ihlal tespit etmiştir. Mahkeme bu davada başvurucuların gözüne alma anında ve gözüne tutuldukları anda güvenlik güçleri tarafından Hükümet tabibinden “sanıkların üzerinde cebir ve şiddet izi” bulunup bulunmadığının tespitine dair rapor istenmesini, doktora muayenesini sınırlayan bir talep olarak görmüş, doktora ulaşma hakkının kullanılması için yeterli bulmamıştır.

Gözüne işleminin ve uzatılmasının hukukilik denetimi hakkı, gözüne tutulurken doktora, avukata ve yakınlarla ulaşma hakkı ola-

rak örneklenen koruyucular, kişiyi keyfi özgürlükten yoksun bırakmaya karşı korumakla birlikte, işkence yasağının ihlal edilip edilmediğinin denetimini, eğer edilmiş ise bunun hemen tespit edilmesini de sağlamaktadır. Bu koruyuculardan avukatla görüşme hakkının, ayrıca adil yargılanma hakkı ile yakın ilgisi vardır. Mahkeme'ye göre adil muhakeme hakkı (fair hearing), ceza muhakemesiyle ilgili konularda ilk soruşturma safhasına da uygulanır. Bu düşünceyle Mahkeme, 08.02.1996 tarihli *John Murray kararında*, gözaltında tutulurken 48 saat süreyle avukatıyla görüştürülmeyen başvuruçunun, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

4) gözaltının hukukilik denetimi ve salıverilme için mahkemeye başvurma hakkı: gözaltına itiraz [Md 5(4)]

Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına göre, özgürlüğünden her hangi bir sebeple yoksun bırakılan kişiler, gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının hukukiliğinin denetlenmesini sağlamak ve hukuki değilse salıverilmeyi talep etmek üzere ulusal bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

30.08.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley kararı, parag. 44-45

Kuzey İrlanda'da terör suçlarına karıştıkları gerekçesiyle gözaltına alınan başvuruçulardan ikisi 44 saat, üçüncüsü 30 saat sonra salıverilmiştir.

"44. Başvuruçular, Sözleşmenin Birleşik Krallık hukukuna içselleştirilmemiş olması nedeniyle, Sözleşmenin 5. maddesinin dördüncü fıkrasına göre tutulmalarının hukukiliği hakkında ulusal mahkemelere itiraz etme olanağı bulamadıklarını ileri sürmüşlerdir. (...)

Komisyon çoğunluğu, bu fıkraya aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır. Komisyon çoğunluğuna göre, 5 (4). fıkrasında yer alan bu önemli güvence, bu olayda olduğu gibi gözaltına alınanlar, gözaltına alınmalarının hukukiliği sürade (speedy) karara bağlanmadan önce salıverildikleri zaman amacından yoksun kalır.

Hükümet, bir "habeas corpus" davasında mahkemelerin, gözaltında tutmanın hem usule uygunluğunu hem de bu kişinin terörist olduğundan samimiyetle kuşku duyup duyulmadığını inceleyebileceğini belirtmiştir.

Başvuruçular buna yanıt olarak, Komisyon üyesi Danelius'un Komisyon Raporundaki karşı oy gerekçesini benimsemişlerdir. Danelius'un görüşüne göre 5. maddenin dördüncü fıkrasında beyan edilen hak, kısa süreli gözaltında tutma için de geçerlidir; 1978 tarihli Yasanın 11(1). maddesine

göre gözaltına almanın hukuki olması için makul kuşku gerekmediğinden, Mahkeme tarafından Brogan ve Diğerleri kararında yorumlandığı gibi, bu hak, ne "habeas corpus" başvurusu ile ne de haksız hapsolunmayı tazmin talebiyle korunabilir.

45. Bay Fox ve Bayan Campbell yaklaşık 44 saat, Bay Hartley yaklaşık 30 saat gözaltında tutulmuşlardır. Hartley gözaltına alınması ve tutulmasıyla ilgili hiç bir dava açmamıştır. Fox ve Campbell ise, gözaltına alınmalarını izleyen gün, "habeas corpus" davası açmışlar, ancak duruşma için yargıç önüne çıkarılmadan önce saliverilmişlerdir.

Üç başvurucu gözaltına alınmalarının yargısal denetimi yapılmadan önce aceleyle saliverilmişlerdir. Başvurulabilecek hukuki yolların Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki koşulları yerine getirip getirmediği hakkında soyut olarak karar vermek, daha önce de olmadığı gibi, Mahkemenin görevi değildir.

Bu nedenle Mahkeme, başvurucuların 5. maddenin dördüncü fıkrasıyla ilgili şikayetlerinin esasını incelemeyi gerekli görmemiştir."

26.11.1997 tarihli Saklık ve Diğerleri kararı, parag. 49-54

Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçları işledikleri kuşkusuyla, dokunulmazlıkları kaldırılarak olağanüstü hal bölgesi dışında, Ankara'da gözaltına alınan başvurucuların, yargıç önüne çıkarılmadan bazıları on iki, bazıları on dört gün sürelerle gözaltında tutulmuşlardır.

"49. Başvurucular, savcının gözaltında tutulmalarına dair kararların hukukiliği hakkında bir yargıç tarafından karar verilmesi için başvuramadıklarından şikayetçi olmuşlardır. Komisyon bu iddiayı kabul etmiştir.

50. Hükümet, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği denetimin, başvurucuların tutuklanmalarına karar veren (bk. yukarıda parag. 12) tek yargıç tarafından yapılmış olduğunu savunmuştur.

51. Mahkeme, bu tek yargıcın başvurucuların tutuklanmalarına karar verirken, onların gözaltında tutulmalarının hukukiliği hakkında da karar verip vermediğine bakmaksızın, bu yargıcın başvurucular gözaltına alındıktan sonra gözaltının sonuna kadar, yani bazı durumlarda 12 bazı durumlarda 14. güne kadar, olaya müdahale etmediğini kaydeder. Yukarıda Sözleşme'nin 5(3). fıkrası konusunda vardığı sonucu (bk. yukarıda parag. 46) dikkate alan Mahkeme, bu kadar uzun bir sürenin "süratle" kavramıyla bağdaşmadığını kabul eder (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 24.06.1982 tarihli Van Droogenbroeck kararı, parag. 53).

52. Hükümet ayrıca, Anayasasının 19(8). fıkrasında (bk. yukarıda parag. 18), Devlet Güvenlik Mahkemeleri önünde de geçerli olan bir hukuk yolu sağladığını savunmuştur. Bu fıkranın lafzı, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının

lafzı ile hemen hemen aynı olup, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının kendisi de, Anayasanın 90(5). fıkrası gereğince Türk hukukunda doğrudan uygulanabilir niteliktedir (bk. yukarıda parag. 19).

53. Mahkeme, bir hukuk yolunun mevcudiyetinin yeterince kesin olması gerektiğini, böyle olmaması halinde, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği ulaşılabilirlikten ve etkililikten yoksun kalacağını hatırlatır (bk. diğerleri arasında, ayrıntılarda farklılıklarla birlikte, yukarıda geçen Van Droogenbroeck kararı, parag. 54; 22.05.1984 tarihli De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı, parag. 39, ve 08.06.1995 tarihli Yağcı ve Sargın kararı, 42).

Ne var ki, Mahkeme'nin önündeki dosyada, gözaltında tutulan bir kimse- nin, tutulmasının hukukiliği veya salıverilmesi hakkında bir karar vermesi için bir yargıca başvururken, Anayasanın 19(8). fıkrasını veya Sözleşme'nin 5(4). fıkrasını ileri sürüp olumlu sonuç aldığı gösteren tek bir örnek yoktur. Mahkeme, Türk hukukuyla ilgili bu mesele hakkında kendisinin karar vermesinin gerektiğini düşünmemektedir. Ancak, örnek kararların bulunmaması, bu hukuk yolunun pratikte kesin olmadığına işaret etmektedir. (bk. ayrıntılardaki farklılıklar birlikte, yukarıda geçen Van Droogenbroeck kararı, parag. 55 ve yukarıda geçen De Jong, Baljet ve Van den Brink kararı, parag. 39).

54. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir."

5) gözaltının Sözleşme'ye aykırılığı nedeniyle tazminat hakkı [Md 5(5)]

26.11.1997 tarihli Sakık ve Diğerleri kararı, parag. 58-61

Devlet Güvenlik Mahkemesi görevine giren suçları işledikleri kuşkusuy- la, dokunulmazlıkları kaldırılarak olağanüstü hal bölgesi dışında, Anka- ra'da gözaltına alınan başvurucuların, yargıç önüne çıkarılmadan bazıları on iki, bazıları on dört gün sürelerle gözaltında tutulmuşlardır.

"58. Başvurucular son olarak, Türk hukukunda Sözleşme'nin 5. mad- desinin ihlali nedeniyle ulusal mahkemeler önünde tazminat talebinde bulunmalarının mümkün olmadığını, bunun da Sözleşme'nin 5(5). fıkrası ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

59. Hükümet, böyle bir ihlalin bulunması halinde bunun gerçekten mümkün olduğunu, fakat olayda böyle olmadığını iddia etmiştir. Hükü- mete göre başvurucular, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasını model olarak alan Anayasanın 19. maddesine ve Anayasanın 90(5). fıkrası gereğince (bk. yu- karda parag. 19) Türk hukuk sisteminde doğrudan uygulanabilir olan Sözleşme'nin 5(5). fıkrasına dayanabilirlerdi. Dahası başvurucular, özel bir kanun olan ve kanunsuz gözaltına alınan ve tutulanlara tazminat ve- rilmesini öngören 466 sayılı Yasanın 1. maddesine dayanabilirlerdi. Baş-

vrucular bu imkanları kullanmadıklarından, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edildiğinden şikayet edemezler.

60. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). bağlamında olduğu gibi (*bk. yukarıda parag. 53*), dava dosyasında, bir kimsenin Hükümetin sözünü ettiği hükümlere dayanarak, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasında zikredilen tazminat aldığına dair tek bir örnek olmadığını kaydeder.

Komisyon ve başvurucular gibi Mahkeme de, 466 sayılı Yasanın 1. maddesinin, bir kimse hakkında kovuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına veya beraatine veya ceza verilmemesine karar verilmesi halleri (6. fıkra) dışında, ki bu davada böyle bir durum mevcut değildir, bu maddeye göre tazminat ödenebilecek bütün hallerde, özgürlükten yoksun bırakmanın kanuna aykırılığını arandığını kaydeder. Fakat Hükümetin de savunduğu gibi olaydaki gözaltında tutma, Türk hukukuna uygundur.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasında güvence altına alınan hakkın etkili bir şekilde kullanılması, yeterince kesin bir ölçüde sağlanmamaktadır (*bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 22.02.1989 tarihli Ciulla kararı, parag. 44*).

61. Buna göre Mahkeme, Hükümetin ilk itirazının ikinci kısmını reddetmekte ve Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır."

b) Tutuklananlar

1) Tutuklanma nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkı [Md 5(2)]

30.03.1989 tarihli Lamy kararı, özet

Bir limited şirketin büyük ortağı olan başvurucu, önüne çıkarıldığı soruşturma yargıcı tarafından sorgulandıktan sonra tutuklanmıştır. Tutuklama müzekkeresinde tutuklama sebebi olarak, suçların ağırlığı, kamu düzeni ve güvenliği aleyhine olması; iflas eden şirketin pasifinin büyüklüğü (500 milyon Frank); soruşturmanın gerekleri; sanığın alacaklılarının teminatlarından bilerek ve isteyerek yoksun bırakmak istemesi; sanığın harcamaları; ve yurtdışına kaçma riski gösterilmiştir. Tutuklama müzekkeresinin arkasında başvurucu aleyhindeki isnadlar sıralanmıştır. Burada şirketin ve başvurucunun iflasına karar verildiği belirtildikten sonra, (a) ...başka şeylerin yanında, 10 milyon Franka varan malvarlığını kötüye kullanmak veya kaçırmak; ve muhasebe kayıtlarını veya diğer hesap belgelerini saklamak veya içeriklerini silmek veya değiştirmek suretiyle hileli iflas; (b) ... başka şeylerin yanında, fazla personel ve sabit giderlerde bulunmak; Ticaret Kanununun 440. maddesinde öngörüldüğü halde, öde-

me yapamayacağını süresi içinde bildirmemek; sonradan çektiği ihtarnamede, 441. maddenin gerektirdiği açıklamalarda bulunmamak ve doğru bilgiler vermemek suretiyle iflas etmek gibi suçlar, ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Tutuklama kararı mahkeme tarafından onaylanmıştır.

Başvurucu, tutuklama sebepleri hakkında yeterince bilgilendirilmediğini ve böylece tutuklamanın onaylandığı mahkeme önünde kendini yeterince savunamadığını ileri sürmüştür.

Mahkeme, gözaltına alma anında bütün soruşturma dosyasının başvurucuya açık tutulmasının gerekmediği, başvurunun isnad edilen suçlardan bir bölümünü kabul ettiği, tutuklama müzakeresi kendisine hemen tebliğ edildiği ve bu müzakerede tutuklama sebepleriyle birlikte hakkındaki isnadlar da yer aldığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme yine 05.04.2001 tarihli *H.B. – İsviçre* kararında, tutuklama sebebini hakkında bilgilendirilmediği şikayetini reddetmiştir.

2) tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı [Md 5(3)]

Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ikinci hükmü, tutuklanan bir kimşenin “makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkı”na sahip olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, tutuklamayla ilgili ilk kararlarından olan 27.06.1968 tarihli *Wemhoff kararında* bu hükmü yorumlarken, Devletin tutuklu bir kimseyi makul sürede yargılama, eğer makul sürede yargılayamıyorsa tutukluyu salıvermekle yükümlü olduğu şeklindeki yorumu “saf gramatik yorum” olarak görmüş ve reddetmiştir. Mahkeme'ye göre bu hükmün, kişi özgürlüğünün güvencelerinden biri olduğu hatırlanmalıdır; bu nedenle “makul süreyi aşmaması gereken şey yargılama değil, sanıkların tutukluluğudur.” Özetle bu hüküm, “tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı” biçimde anlaşılabilir.

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

i) tutukluluk süresinin hesaplanması

Tutukluluk süresinin hesaplanmasında Mahkeme'nin yine *Wemhoff* davasında kurduğu içtihadı göre tutukluluk dönemini, kişinin gözaltına alındığı tarihten başlayarak dava mahkemesi tarafın-

dan hakkında beraat veya mahkumiyet kararı verilmesine kadar süren dönemi kapsamaktadır. Bir başka deyişle dava mahkemesinin esas hakkında karar verdiği tarihe kadar veya dava mahkemesi önünde dava sürerken sanık salıverilmiş ise salıverilme tarihine kadar, sanığın fiilen özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre, tutukluluk süresidir.

Temyiz yargılaması süresince sanığın tutulması, tutukluluk süresine katılmakta mıdır? Mahkeme, temyiz yargılaması sırasında sanığın özgürlüğünden yoksun kaldığı döneme bu maddenin 3. fıkrasını değil, 1. fıkrasının (a) bendini uygulamaktadır. Mahkeme, dava mahkemesinin kararından sonra kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam etmesinin, (a) bendindeki "yetkili mahkemenin mahkumiyet kararına" dayandığını belirtmektedir. Tutukluluk döneminin Mahkeme tarafından bu şekilde tespit edilmesi, temyiz yargılaması sırasında tutukluluğunun devam etmesini ve hüküm kesinleştikten sonra hükümlülüğün başlamasını öngören hukuk sistemleri bakımından anlaşılması zordur. Ancak Komisyon azınlığının, bu konudaki içtihadını değiştirilmesi talebine rağmen Mahkeme, 28.03.1990 tarihli *B. - Avusturya kararında*, 3. fıkranın uygulanabileceği tutukluluk döneminin dava mahkemesinin hükmüne kadar süreceği, bundan sonraki dönem için birinci fıkranın (a) bendinin uygulanacağı görüşünü teyid etmiştir. Öte yandan, 27.11.1991 tarihli *Kemmache (no. 3) kararında* olduğu gibi, sanık bir yargılama sırasında bir kaç dönem tutuklu kalmış ise, tutukluluk süreleri toplanarak hesaplanır.

ii) tutukluluk süresinin makullüğü

aa) Genel olarak

Mahkeme bir davada başvuruçunun tutukluluk süresinin makullüğünü hangi ölçülere göre incelemektedir? Mahkeme, gözaltındaki dört günlük süre gibi, tutuklulukta da aşılmaması gereken azami bir süre öngörmemiştir. Tutukluluk süresinin makullüğü, her olayın özel şartlarına göre incelenmektedir. Bu inceleme iki konuda yapılmaktadır: Birincisi, sanığın tutulmasının devamında kamu yararı bakımından geçerli sebepler bulunup bulunmadığı; ikincisi tutuklu hakkındaki soruşturma veya yargılamanın makul olarak beklenenden daha

az hızla gerçekleştirilmiş olup olmadığıdır.⁵ Bu iki durumdan birinin varlığı halinde Mahkeme bir olayda tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğini tespit eder.

Mahkeme, tutukluluğun devamında kamu yararı bakımından gereklilik bulunup bulunmadığı konusundaki incelemesini, dosyadaki iki tür belgeye bakarak sürdürmektedir. Birincisi, ulusal makamların tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeli kararları; ikincisi başvuru için dayandığı olayların gösterdiği salıverilme talepleri. Mahkeme'ye göre ulusal makamlar, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar verirken, kamu yararı bakımından her hangi bir gerekçe gösterebilirler; ancak bu gerekçelerin de olayla "ilgili" ve "yeterli" olması gerekir. Bir başka deyişle Mahkeme, ulusal makamların tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında gerekçeleri "ilgililik ve yeterlilik" testinden geçirmektedir. Bu nedenle ulusal mahkemelerin tutuklama veya tutukluluğun devamına dair kararlarının gerekçeleri, Mahkeme için çok büyük bir önem taşımaktadır.

Mahkeme, 26.06.1991 tarihli *Letellier kararında* dediği gibi, ulusal mahkemeler tutuklama konusunda karar verirken, "masumiyet karnesine gerekli dikkati göstererek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan kamu yararına ilişkin bir gereğin olayda gerçekten bulunduğu iddiasının lehinde ve aleyhindeki bütün vakıaları incelemek ve bunları tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında belirtmek zorundadırlar." İşte Mahkeme, "esas itibariyle bu kararlardaki gerekçelere ve salıverilmek için başvuru tarafından ulusal düzeydeki hukuk yolları izlenirken dile getirilen gerçek vakıalara dayanarak" karar vermek durumundadır. Mahkeme, tutukluluğun devamı gereğine dair ulusal mahkemelerin yaptığı değerlendirmelere katılmayabilir ve Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varabilir.

Öte yandan Mahkeme, ulusal mahkemelerin tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerini ilgili ve yeterli bulsa bile, eğer yetkili ulusal makamlar yargılamanın yürütülmesinde gerekli özeni göstermedikleri için tutukluluk süresi uzamış ise, bu noktada da ihlal tespit edebilir. Bir başka deyişle tutukluluk süresi, Mahkeme tarafından bir de "gerekli özen" testine de tabi tutulmaktadır.

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

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

Kaçma tehlikesi: Kaçma tehlikesinin bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin genel bir test, Mahkeme tarafından 10.11.1969 tarihli *Stögmüller kararında* uygulamıştır. Mahkeme'ye göre kaçma tehlikesinin bulunması için, kaçmanın yaratacağı sonuçlar ve doğuracağı rıziko, kişiye tutukluluğunun devamına göre daha hafif görünmesini sağlayan bütün şartlar bulunmalıdır.

Kaçma tehlikesiyle ilgili unsurlardan biri, mahkumiyet halinde sanığın alabileceği hapis cezasının ağırlığıdır. Ancak tutukluluk süresinin cezadan düşülecek olması halinde, tutukluluk süresi uzadıkça cezanın önemi düşer. Üstelik, isnad edilen suça verilecek 'cezanın ağırlığı' önemli olmakla birlikte, cezanın ağırlığı salıverilme talebinin reddedilmesi için ayrı bir sebep oluşturmaz; bir başka deyişle isnad edilen suça verilebilecek cezanın ağırlığı, sanığın kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle kendiliğinden tutuklamayı haklı kılmaz. Kaçma tehlikesiyle ilgili olarak sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgahı, mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkedeki bağlantıları, tutukluluğa karşı gösterdiği tepki, başka bir ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı, kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları gibi unsurlar, incelenmesi gereken diğer unsurlardır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının son cümlesi, tutukluluğun tek dayanağının, sanığın duruşmaya gelmeme tehlikesi olması halinde, kendisinden duruşmaya gelmesini güvence altına alacak kefalet

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

alınması koşuyla, sanığın salıverilmesi gerekir. 27.06.1968 tarihli *Neumeister kararında* Mahkeme, sanığın salıverilmesi karşılığında uygun bir mali teminat önermesine rağmen, ulusal mahkemelerin bunu dikkate almamalarını, 3. fıkranın ihlali olarak görmüştür.

Adaletin işleyişine müdahale tehlikesi: Adaletin işleyişine müdahale tehlikesi, tutukluluğun devamı için haklı bir sebep olarak görülebilir. Sanığın salıverilmesi halinde araştırma konusu belgeleri tahrip edebilecek olması, sanığın muhtemel diğer sanıkları uyarması veya onlarla işbirliği yapabilecek olması, tanıklar üzerinde baskı yapabilecek olması, adaletin işleyişine engel olabilecek unsurlar olarak görülmüştür. Ancak tutuklama kararında veya salıverme talebinin reddine ilişkin kararlarda, sanığın adaletin işleyişine müdahale edecek olmasını soyut bir biçimde ifade etmek yeterli değildir; buna kanıtlayacak delillerin de gösterilmesi gerekir. Bir başka deyişle örneğin, soyut olarak 'soruşturmanın devam etmekte olduğu'nun belirtilmesi, tutukluluğun devamına karar vermek için yeterli değildir; hangi soruşturma işlemlerinin neden henüz tamamlanamadığı, yapılması gereken hangi soruşturma işlemlerinin kaldığı da tutuklamaya devam kararlarında gösterilmelidir. Öte yandan tutukluluk süresi boyunca soruşturma ilerleme kaydedeceği için, adaletin işleyişine müdahale riski de azalacağından, bu sebebe dayanarak tutukluluk halinin devam ettirmek zorlaşacaktır.

Tekrar suç işleme tehlikesi: Mahkeme 10.11.1969 tarihli *Matznetter kararında*, olayın özel şartları içinde, 'tekrar suç işlenmesinin önlenmesi' gerekçesiyle tutuklamayı, haklı bir sebep olarak kabul etmiştir. Buna göre sanığın cezalandırılabilir nitelikteki faaliyetlerini çok uzun bir süreden beri devam ettirmesi, mağdurların uğradığı kayıpların büyüklüğü, sanığın kendisine isnad edilen suçu işlemedeki tecrübe ve yeteneği, sanığın yeniden aynı tür suçları işlemeye başlayacağı konusunda haklı bir kaygı uyandırabilir. Mahkeme bunu izleyen kararlarında, sanığın salıverilmesi halinde kendisine isnad edilen ağır suçları işleyebileceğine inanmak için sebeplerin bulunması halinde, suçun önlenmesi için tutukluluğun devamına karar verilebileceğini ima etmektedir. Ancak bu sebebe dayanan bir tutuklama, 5(1)(c) bendindeki 'suçu engellemek üzere tutma' hükmüne dayanılarak özgürlükten yoksun bırakma arasında ayırım yapılabilir. Birincisinde, çok ciddi bir suçu işlediğinden makul kuşku duyulan sanığın, diğer özel koşullarla birlikte, yargılama sırasında tutukluluğunun devam etmesidir; ikincisinde ise bir ceza davasıyla bağlantılı olmaksızın önle-

yici genel bir tutma yetkisine dayanılarak bir kimsenin tutulması söz konusudur⁷, ki Mahkeme, Sözleşme'nin bu son durumla ilgili yorumuna imkan vermediğini belirtmiştir.

Kamu düzeninin bozulması: Kamu düzeninin bozulması tehlikesi, Mahkeme tarafından tanınmış başka bir tutuklama sebebidir. Mahkeme 26.06.1991 tarihli *Letellier kararında*, istisnai hallerde, belirli suçların özel ağırlıkları ve bu suçlara toplumun tepkisi nedeniyle doğabilecek toplumsal huzursuzluğun, en azından belirli bir süre tutuklamayı haklı kılabileceğini kabul etmiştir. Ancak burada böyle bir sebebin iç hukukta tanınmış olması ve olayda sanığın salıverilmesi halinde kamu düzeninin gerçekten bozulacağını gösterilmesi gerekir. Bu sebebe dayanan tutuklama da belirli bir süre sonra ağırlığını yitirir.

Mahkeme, ulusal makamların gerekçeli tutuklama ve tutukluğun devamına dair kararlarında gösterebilecekleri yukarıda incelenen sebeplerin bulunup bulunmadığını önünde gelen davalarda aramıştır.

bb) tutuklama kararlarında gerekçe bulunmaması nedeniyle ihlal

Mahkeme, başvuruçuların iki yıl beş ay kadar tutuklu kaldıkları 08.06.1995 *Yağcı ve Sargın kararı* ile başvuruçunun yaklaşık altı yıl dört ay tutuklu kaldığı yine aynı tarihli *Mansur kararında*, tutukluluğun devamına ilişkin ulusal mahkemelerin gerekçelerini yetersiz bularak Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Daha doğrusu bu davalarda Mahkeme, ulusal mahkemelerin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarında sadece, isnad edilen "suçların niteliği" ve "delil durumu" gibi, matbu olmasa da aşağı yukarı hep aynı ifadelere yer verilerek hiç bir açıklama getirilmemiş olmasının, yeterli gerekçe sayılamayacağını tespit etmiştir.

08.06.1995 tarihli Yağcı ve Sargın kararı, parag. 49- 55

49. Bu kararın 40. paragrafında yer alan değerlendirme çerçevesinde, Mahkeme'nin göz önüne alacağı süre, Türkiye'nin Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığı 22 Ocak 1990 ile başvuruçuların tahliye edilmiş oldukları 4 Mayıs 1990 arasında (*bk. yukarıda parag. 23*) geçen üç ay, on iki günlük süredir.

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

Bununla birlikte Mahkeme, başvuruçuların 22 Ocak 1990 tarihinden sonraki tutukluluklarının Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre haklı olup olmadığını değerlendirirken, o tarihte başvuruçuların tutukluluk hallerinin 16 Kasım 1987'den beri (*bk. yukarıda parag. 8*), yani yaklaşık "iki yıl iki aydan" beri sürdüğünü de göz önüne almak zorundadır.

50. Bir sanığın yargılama sırasındaki tutukluluk durumunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk aşamada ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı makamları, masumiyet karinesine gereği gibi saygı göstererek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan gerçek bir kamu menfaatinin varlığının lehinde ve aleyhinde ileri sürülen bütün olayları incelemek ve sahverilme taleplerine ilişkin kararlarında bu olayları belirtmek zorundadır. Esas itibarıyla Mahkeme'den, uluslar mahkeme kararlarında açıklanan gerekçelere ve ilgili kişinin taleplerinde dile getirdiği olgulara dayanmak suretiyle, Sözleşmenin 5(3). fıkrasının ihlâl edilmediğine karar vermesi istenmiştir (*bk. özellikle 26.06.1991 tarihli Letellier kararı, parag. 35*).

Tutulan kişinin, bir suç işlemiş olduğuna ilişkin duyulan makul kuşku- larını sürmesi, o kişinin tutukluluğunun devamının geçerliliği açısından onusuz olmaz (*sine qua non*) bir koşuldur; ancak bu koşul, belli bir süreden sonra yeterli olmaz; bu durumlarda Mahkeme, yargısal makamlar tarafından özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılmak için belirtilen gerekçelerin devam edip etmediğine karar vermek durumundadır. (*bk. aynı yönde Wenhoff parag. 12 ve Ringeisen (Esas hk) kararı, parag. 104*). Tutukluluk gerekçeleri "ilgili" ve "yeterli" ise, Mahkeme bu durumda, yetkili ulusal makamların yargılamanın yürütülmesi sırasında "gerekli özeni" gösterip gösteremediklerini saptar (*bk. Matznetter kararı, parag.12; B. – Avusturya kararı parag. 42 ve yukarıda geçen Letellier kararı, parag. 35*).

51. Mahkeme'nin zaman bakımından yetki alanına giren dönem içinde, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, 8 Şubat ve 9 Mart 1990'da re'sen, 6 Nisan tarihinde de sanıkların talebi üzerine toplam üç kez tutukluluk halinin devamı konusunda karar vermiştir.

Söz konusu mahkeme Yağcı ve Sargın'ın tahliye taleplerini reddederken, suçların niteliğini (ağır suçlar olarak sınıflandırılan suçlar, sanığın kaçma tehlikesinin varlığına dair hukuki karine oluşturmaktadır), eldeki delillerin durumunu ve tutukluluk tarihini, yani 16 Kasım 1987'yi belirtmiştir.

Hükümete göre, başvuruçular kaçmalarını önlemek için gerekli süre kadar tutuklu kalmışlardır.

52. Mahkeme, "kaçma tehlikesinin, sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilemeyeceği"ne işaret eder. Kaçma tehlikesi bir dizi başka unsurlara dayanılarak değerlendirilmek zorundadır; bu unsurlar, kaçma tehlikesinin varlığını ya teyid eder veya tu-

tutukluğu haklı kılacak kadar ağır görülmezler (bk. yukarıda geçen *Letellier kararı*, parag. 43).

Yağcı ve Sargın, Türkiye'ye, Türkiye Birleşik Komünist Partisini kurmak gibi belirli bir amaçla tamamen kendi istekleriyle yurda dönmüş olup (bk. yukarıda parag. 7 ve 13), cezai takibata uğrayacaklarını bilmemeleri mümkün değildir.

Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararları matbu olmamakla birlikte, bu kararlarda neden bir kaçma tehlikesinin bulunduğu hiç bir şekilde açıklamayan, hemen hemen aynı ifadeler kullanılmıştır.

53. "Delillerin durumu" kavramı, suçluluğun varlığına dair ciddi belirtilerin var olduğu ve sürdüğü şeklinde anlaşılabilir. Genel olarak bu tür belirtilerin varlığı, konuyla ilgili bir faktör olmasına rağmen, bu davada bu belirtiler varlığı şikayet konusu tutukluluğun devamını kendiliğinden haklı kılmak yeterli değildir (bk. *Kemmache - Fransa (No.1 ve 2) (Esas hk) kararı*, parag. 50).

54. Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından belirtilen üçüncü gerekçe, yani başvuruçuların gözaltına alınma tarihleri konusunda ayrıca bir denetim yapmak gerekli değildir; çünkü toplam tutukluluk süresi, Sözleşme'yle ilgili bir sebebe dayanmaksızın, kendini haklı gösteremez.

55. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, söz konusu süre içinde başvuruçuların tutukluluklarının devamının, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı olduğu sonucuna varır.

Bu sonuç, yargısal makamların tutukluluk muhakemesini nasıl yürüttüklerini incelemeyi gereksiz kılmaktadır.

cc) tutuklama gerekçelerinin ilgisiz veya yetersiz kalması nedeniyle ihlal

Mahkeme'nin, ulusal mahkemeler tarafından tutukluluğun devamına ilişkin gösterdikleri gerekçeleri 'belirli bir tarihten sonra' ilgili ve yeterli görmediği, dolayısıyla Sözleşme'nin 5(3).fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığı davalar vardır. Bu davalarda başvuruçuların tutuklu kaldıkları süreler 27.06.1968 tarihli *Neumeister kararında* iki yıl dört ay, 10.11.1969 tarihli *Stögmüller kararında* iki yıl yedi hafta, 16.07.1971 tarihli *Ringeisen kararında* yaklaşık iki yıl, 26.06.1991 tarihli *Letellier kararında* iki yıl dokuz ay, 27.11.1991 tarihli *Kemmache (no. 1 ve 2) kararın* toplam iki yıl dokuz ay on gün, 12.12.1991 tarihli *Clooth kararında* üç yıl iki ay dört gün, 27.08.1992 tarihli *Tomasi kararında* beş yıl yedi ay, 17.03.1997 tarihli *Müller kararında* yaklaşık dört yıl, 23.09.1998 tarihli *I.A. - Fransa kararında* beş yıl üç aydan biraz fazla-

dır. Öte yandan Mahkeme önünde dostane çözüme ulaşan davalarda başvuruçular, 03.06.1985 tarihli *Vallon kararında* beş yıl üç ay, 30.09.1985 tarihli *Can kararında* on dört ay, 11.10.1988 tarihli *Woukam Moudefo kararında* yaklaşık üç yıl, 27.02.1992 tarihli *Birou kararında* beş yıl üç ay tutuklu kalmışlardır.

Mahkeme'nin "yeterli ve yerinde" sebepler gösterildiği için tutuklunun makul sürede salıverilme hakkına aykırılık görmediği davalarda başvuruçular 27.06.1968 tarihli *Wemhoff kararında* üç yıl beş ay, 10.11.1969 tarihli *Matznetter kararında* iki yıl iki ay, 30.03.1989 tarihli *Lamy kararında* yedi ay, 24.09.1992 tarihli *Herczegfalvy kararında* yaklaşık on üç ay, 26.01.1993 tarihli *W. – İsviçre kararında* dört yıl üç gün, 13.07.1995 tarihli *Van der Tang kararında* üç yıl bir ay 27 gün, 23.03.1995 tarihli *Quinn kararında* bir yıl, 27.05.1997 tarihli *Eriksen kararında* kırk sekiz gün, 24.08.1998 tarihli *Contrado kararında* iki yıl yedi ay yedi gün tutuklu kalmışlardır.

27.08.1992 tarihli Tomasi kararı, parag. 82-103

Korsikalı bir parti üyesi olan başvuruçusu Tomasi, bir askeri dinlenme tesisine yapılan saldırı nedeniyle, olaydan bir yıl kadar sonra gözaltına alınmış ve tutuklanmıştır.

"82. Tomasi tutukluluk süresinin aşırı olduğunu iddia etmiş; Hükümet bu iddiayı reddetmiş; Komisyon ise Tomasi'ye katılmıştır.

83. Dikkate alınacak süre, başvuruçunun gözaltına alındığı tarih olan 23 Mart 1983'de başlamış ve Gironde ağır ceza mahkemesinin beraat kararı vermesinin ardından salıverildiği 22 Ekim 1988 tarihinde sona ermiştir (bk. yukarıda 8 ve 39). Bu suretle tutukluluk 5 yıl yedi ay sürmüştür.

84. Belirli bir olayda sanığın tutukluluğunun makul bir süreyi aşmamasını güvence altına almak, öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı yerleri, masumluk karinesine dikkat ederek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan kanu yararı gereğinin gerçekten varolduğu hakkında lehte ve aleyhte ileri sürülen bütün koşulları incelemeli ve salıverilme talebi hakkında verdikleri kararlarda bunları göstermelidirler. Esas itibarıyla Mahkeme'den, ulusal mahkemelerin kararlarında verilen gerekçelere ve başvuruçusu tarafından salıverilme ve temyiz başvurularında belirtilen maddi vakıalara dayanarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına bir aykırılık olup olmadığı hakkında karar vermesi istenmektedir.

Tutulan bir kişinin bir suç işlediğinden makul kuşku duyulmasındaki süreklilik, tutukluluğun devam etmesinin geçerliliği için olmazsa olmaz

(sine qua non) nitelikte bir koşuldur; fakat belirli bir sürenin geçmesinden sonra artık yeterli değildir. Bu nedenle Mahkeme, yargısal makamlar tarafından gösterilen diğer gerekçelerin özgürlükten yoksun bırakmayı haklı göstermeye devam edip etmediğini tespit etmelidir. Bu gerekçeler "ilgili" ve "yeterli" ise, Mahkeme, yetkili ulusal makamların muhakemeyi icra ederken "özel bir özen" gösterip göstermediğini de belirlemelidir (bk. 12.12.1991 tarihli Clooth kararı, parag. 36).

1. Tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeler

85. Soruşturma yargıçları, Tomasi'nin salıverilme başvurularını reddederken, ayrı ayrı veya birlikte olmak üzere dört tane temel gerekçe göstermişlerdir. Bunlar, iddia edilen suçların ağırlığı; kamu düzeninin korunması; tanıklara karşı yapılabilecek bir baskıyı engelleme veya şerik sanıklar arasında yapılabilecek bir hileyi bertaraf etme gereği; başvurucunun kaçma tehlikesi.

(a) İsnad edilen suçların ağırlığı

86. Soruşturma yargıçları ve ceza mahkemeleri, başvurucunun suçlandığı cezai fiillerin özel veya istisnai ağırlıkta olduğunu vurgulamışlardır (bk. yukarıda parag. 22, 31, 34, 35 ve 36).

87. Başvurucu bunu inkar etmemekte, fakat bunun, kendisinden kuşkulanan için milliyetçi bir hareketin üyesi olmasından başka hiç bir neden bulunmadığı halde, bu kadar uzun bir süre tutuklu kalmasını haklı çıkarmak için yeterli görmemektedir. Kendisinin tutukluluk süresi, on yıldan fazla bir süreyle mahkum olmuş birinin fiilen geçireceği hapislik süresine karşılık gelmektedir.

88. Hükümet, şerik-sanık Moracchini'nin, Tomasi'nin saldırıyı hazırladığını ve organize ettiğini belirten ifadelerinin birbiriyle tutarlı olduğunu belirtmiştir.

89. Söz konusu kişinin suç işlediği hakkında ciddi belirtilerin varlığı ve devamlılığı, biç kuşkusuz alakalı faktörleri oluştururlar; fakat Komisyon gibi Mahkeme de, bunların tek başına, böylesine uzun bir tutukluluk süresini haklı göstermeyeceğini kabul etmektedir.

(b) Kamu düzeninin korunması

90. Söz konusu mahkemelerin çoğunluğu, başvurucunun suçlandığı cezai fiillerin neden olduğu zararlardan kamu düzenini koruma ihtiyacını önemle ve hemen hemen aynı terimlerle ifade etmişlerdir (bk. yukarıda parag. 16, 22, 34, 35 ve 36).

Hükümetin uygun bulduğu bu gerekçeye, başvurucu ve Komisyon karşı çıkmıştır.

91. Mahkeme, özel ağırlıkları ve halkın bunlara tepkisi nedeniyle bazı suçların, en azından kısa bir süre için tutukluluğu haklı göstermeye yetecek kadar halkın huzursuzluğuna yol açabileceğini kabul etmektedir.

Bu faktör, istinai şartlarda ve tabii ki yeterli delil varsa (*bk. yukarıda parag. 84*), Fransız Ceza Usul Yasasının 144. maddesinde suçun kamu düzenine zarar vermesi kavramının yer alması gibi iç hukukta tanınması halinde, Sözleşme'nin amaçları bakımından dikkate alınabilir. Ne var ki bu sebep sadece, sanığın salıverilmesinin kamu düzenine gerçekten zarar vereceğini göstermeye yeterli vakıtalara dayandırıldığı zaman ilgili ve yeterli sayılabilir. Ayrıca tutukluluk sadece kamu düzeninin gerçekten tehlikede olması halinde meşruluğunu sürdürebilir; tutukluluğun devamı, hapis cezasını beklemek için kullanılamaz (*bk. en yakın tarihli karar olarak 27.11.1991 tarihli Kennache (no. 1 ve no. 2) (Esaslık) kararı, parag. 52*).

Bu davada soruşturma yargıçları ve ceza mahkemeleri, özgürlükten yoksun bırakmayı sürdürme gereğini sadece suçların ağırlığını vurgulayarak (*bk. aynı karar parag. 52*) veya bunların etkilerini not ederek, tamamen soyut bir görüşüyle değerlendirmiştir. Ancak, Yabancı Lejyon dinlenme merkezine yapılan saldırı, silahlı mücadeleyi savunan gizli bir örgütün sorumluluğu üstlendiği düşünülen bir terör eylemidir. Bu eylem bir kişinin ölümü ve bir başkasının çok ciddi bir biçimde yaralanmasıyla sonuçlanmıştır. Bu nedenle, başlangıçta kamu düzenine zarar verme riski bulunduğunu varsaymak makul olabilir; ancak bu risk, belirli bir zaman sonra kaybolmuş olmalıdır.

(c) Tanıklar üzerinde baskı yapma ve şerik-sanıklar arasında işbirliği riski

92. Bu olayda verilen bir çok yargısal kararda, tanıklar üzerinde baskı uygulama ve şerik-sanıklar arasında işbirliği riskine dayanılmış, hatta Poitiers ceza mahkemesi "sindirme faaliyetlerine" atıfta bulunmuş; fakat bu kararlarda, her nedense bu risklerle ilgili her hangi bir ayrıntı vermemiştir (*bk. yukarıda parag. 16, 22 ve 35*).

93. Hükümete göre Moracchini'ye yapılan tehditler, Tomasi'nin salıverilme talebinin kabulünü imkansız kılmıştır. Hükümete göre Tomasi, kovuşturmanın kökeninde yer alan ve intihara teşebbüs eden Moracchini üzerinde yapılan baskının etkililiğini artırabilecektir.

94. Başvurucu bunu reddetmiş, Komisyon ise bu konuda görüş belirtmemiştir.

95. Mahkemenin görüşüne göre başlangıçta gerçekten tanıklar üzerinde baskı yapılması riski vardır. Ancak bu tehlike tamamen ortadan kalkmasa bile, tedricen azalmıştır.

(d) Başvurucunun kaçma tehlikesi

96. Hükümet, başvurucunun kaçma tehlikesi bulunduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, Tomasi'nin tehdidi altında bulunduğu cezanın ağırlı-

ğını dile getirmiştir. Hükümet bu görüşünü ayrıca, başvurucu ile aynı suçlardan kovuşturulan ve onun gibi sürekli masum olduğunu savunup üç buçuk yıl firarda kalan Pieri'nin kaçmış olmasıyla desteklemiştir. Hükümet son olarak, Korsika'daki durumun özel koşullarını vurgulamıştır.

97. Başvurucu, duruşmaya gelmesi için yeterli güvenceleri vermeye muktedir olduğu biçiminde karşılık vermiştir. Kendisinin bir dükkan sahibi olması, temiz polis kayıtlarının bulunması ve iyi bir üne sahip olması bu güvenceleri oluşturmaktadır.

98. Mahkeme ilk önce, Hükümet tarafından bu konuda ileri sürülen gerekçenin itiraz konusu yargısal kararda görünmediğini not etmektedir. İtiraf edildiği gibi yargısal kararlar genellikle, Tomasi'nin yargısal makamlar önünde hazır bulundurulmasını güvence altına alına gereğine dayandırılmış (*bk. yukarıda parag. 16, 22, 31 ve 35*), fakat sadece biri, yani Poitiers ceza mahkemesi, 22 Mayıs 1987 tarihli kararında bu bağlamda, özel bir unsura, yani eski-FLNC üyelerinin başvurucuya yargılamaktan kaçması için verebilecekleri yardım unsuruna yer vermiştir (*bk. yukarıda parag. 35*).

Mahkeme ayrıca, sadece risk altında bulunan cezanın ağırlığına dayanarak, kaçma tehlikesinin ölçülemeyeceğine işaret etmektedir. Kaçma tehlikesinin varlığını teyid eden veya kaçma tehlikesini tutuklamayı haklı kılmayacak kadar hafifleten, konuyla ilgili daha bir çok unsura dayanarak değerlendirme yapılmalıdır (*bk. 26.06.1991 tarihli Letellier karar, parag. 43*). Bu davada adli soruşturma makamlarının (judicial investigating authorities) kararları, başvurucunun salıverilme başvurularında ileri sürdüğü argümanlara rağmen, kaçma riskinin kesinliğini neden kabul ettiklerini ve bu riski neden örneğin bir güvenlik önlemini şart koşarak ve kendisini mahkemenin gözetimi altına alarak karşılamaya çalışmadıklarını açıklayabilecek pek az gerekçe içermektedir.

(e) Özet

99. Sonuç olarak, Tomasi'nin başvurularının reddedilmesi için gösterilen bazı gerekçeler hem ilgili ve hem de yeterlidir; ancak gösterilen gerekçeler zamanın geçmesiyle bu niteliklerini yitirmeye başlamıştır; bu nedenle, mubakemenin icrasını da ele almak gerekli hale gelmiştir.

2. Muhakemenin icrası

100. Başvurucuya göre dava hiç de karmaşık değildir; aslında soruşturma özetleyici incelemenin yapıldığı 18 Ekim 1983 gibi erken bir tarihte tamamlanmıştır. Fakat yargısal makamlar tarafından bir çok hata yapılmış ve ihmaller gösterilmiştir. Özellikle savcı, sunuş yapmayı (réquisitions) reddetmiş, daha önce yapılmış olan soruşturma tedbirlerinin alınmasını talep etmiş, yetkinin Bastia mahkemesinden devrini istemiş, hatalı olarak yargı

yetkisi bulunmayan bir mahkemeye dava açmış ve sanığı soruşturma makamlarından çok uzak bir mesafede tutmuştur. Başvurucu, görülmekte olan davalara 9 Eylül 1986 tarihli Yasanın da uygulanmasını sağlayan 30 Aralık 1986 tarihli Yasanın, o sırada yaklaşık dört yıldır tutuklu bulunan Tomasi gibilerin durumunu daha karmaşık hale getirdiğini belirtmiştir. Başvurucu, sorgu yargıcı tarafından beş yılda sadece bir kez, 5 Eylül 1985'de Bordeaux'da sorgulandığını ifade etmiştir (*bk. yukarıda parag. 19*).

Başvurucu, salıverilmesi ile ilgili olarak yirmi üç başvurusundan yirmi birini özetleyici incelemeden sonra yaptığına işaret etmiş (*bk. yukarıda parag. 14, 21, 31 ve 33-36*) ve Bordeaux ceza mahkemesinin 27 Mayıs 1986 tarihli kararına karşı hukuki noktalardan yaptığı itiraz sonucu, savunmanın haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle kaldırılmasına karar verilmiştir (*bk. yukarıda parag. 25*).

Komisyon, esas itibariyle başvurusunun görüşlerine katılmıştır.

101. Hükümet ise, söz konusu tutukluluk süresinin makul olduğunu düşünmektedir. Hükümet ilk önce, 30 Aralık 1986 tarihli Yasanın işleyişi ve Poitiers ve Bordeaux ceza mahkemelerinin müşterek yetkileri nedeniyle, başvurusunu ve üç şerik-sanığı suçlama sürecinin karmaşıklığını vurgulamıştır (*bk. yukarıda parag. 17-18 ve 24-30*). Hükümet ayrıca, yetkililerin sürekli olarak gerekli özeni gösterdiklerini yansıtan muhakemede alınan tedbirlerin birbirleriyle olan uyumuna, Bastia yargıcının yetkisizlik kararının ve 30 Aralık 1986 tarihli Yasanın uygulanmasının, soruşturmaadaki iki ertelemeye neden olduğuna işaret etmiştir. Hükümet, Tomasi'nin Temyiz mahkemesine yaptığı bir çok temyiz başvurusunu eleştirmiş, özellikle Bordeaux'da verilen 27 Mayıs 1986 tarihli birinci sevk kararına karşı yapılan başvurunun, duruşmanın başlamasını önemli ölçüde geciktirildiğini iddia etmiştir. Hükümet son olarak, salıverilme için çok sayıda başvuru yapıldığını vurgulamış ve tutukluluğun uzunluğu konusunda başvurusunun da sorumlu olduğu ifade etmiştir.

102. Mahkeme, tutuklu sanığın davasını ivedilikle incelenmesini isteme hakkının, mahkemelerin görevlerini gerekli özenle yerine getirme çabalarını aşırı derecede engellememesi gerektiğini takdir etmektedir (*bk. 12.12.1991 tarihli Toth kararı*). Bununla beraber deliller, Fransız mahkemelerinin bu davada gerekli çabuklukla hareket etmediklerini göstermektedir. Dahası, Temyiz mahkemesi Başsavcısının Tazminat Dairesine verdiği 5 Haziran 1991 tarihli mütalaada bu gecikme kabul edilmiş; özellikle Kasım 1983'den Ocak 1985'e ve Mayıs 1986'dan Nisan 1988'e kadar olan "çeşitli ertelemeler olmasaydı", soruşturma "önemli ölçüde kısaltılmış olurdu", denmiştir (*bk. yukarıda parag. 41*). Buna göre itiraz konusu tutukluluk süresi, esas olarak davanın karmaşıklığına veya başvurusunun tutumuna bağlanabilir görünmemektedir.

3. Sonuç

103. Bu nedenle 5. maddenin üçüncü fıkrasına aykırılık vardır.”

Mahkeme'nin ihlal tespit ettiği ve etmediği davalar arasında bir karşılaştırma yapıldığında, ihlalin doğrudan tutukluluk süresiyle bağlantılı olmadığı görülür. Örneğin, *Ringeisen* davasında yaklaşık iki yıl süren tutukluluk Sözleşme'ye aykırı görülmüş, *Can* davasında on dört ay süren tutukluluk dostane çözümü zorlamış, ama öte yandan Mahkeme *W. - İsviçre* davasında dört yıl üç gün süren tutukluluğu Sözleşme'ye aykırı görmemiştir.

dd) özen gösterilmediği için tutukluluğun uzaması nedeniyle ihlal

Mahkeme 12.12.1991 tarihli *Toth* kararında iki yıl bir ay tutuklu kalan ve işlediği suç yüzünden dört yıla mahkum edilen başvurucunun, tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin ulusal mahkemeler tarafından gösterilen sebepleri ilgili ve yeterli bulmuştur; ancak Mahkeme, tutuklu sanığın yargılanmasında ulusal makamların gerekli özeni göstermeleri gerektiğini belirtmiş ve olayda başvurucunun salıverilme taleplerinin karara bağlanması için her defasında üst mahkemeye dava dosyasındaki orijinal belgelerin gönderilmesi nedeniyle tutukluluk süresinin uzadığını ve bu nedenle tutuklunun makul sürede salıverilme hakkını ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvurucunun dört yıl on altı gün tutuklu kaldığı 18.12.1996 tarihli *Scotti* kararında da Mahkeme, başvurucunun tutukluluğuna ilişkin sebepleri ilgili ve yeterli görmüş, ancak bu denli uzun süreli tutukluluğu “gerekli özen” testine tabi tutmuş; hiç de karmaşık olmayan bu olayda kamu makamlarının tutuklu sanığın davasının görülmesinde “gerekli özeni” göstermedikleri için, makul sürede salıverilme hakkına aykırılık bulmuştur. Mahkeme 28.10.1998 tarihli *Assenov ve Diğerleri* kararında, işlediği çok sayıda hırsızlık suçlarından iki yıl kadar tutuklu kalan 14 yaşındaki başvurucunun tutukluluğu konusunda iç hukukta gösterilen gerekçeleri yeterli ve ilgili görmüş, ancak başvurucunun muhakemesine ‘gerekli özen’ gösterilmediği için uzun süre tutuklu kalması Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı bulmuştur.

3) tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı: tutukluluğa itiraz [Md 5(4)]

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

Bu fıkra, idari makamlar tarafından gerçekleştirilen bir tutma işleminin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi konusunda iç hukukta hukuki bir yol sağlanmasını öngörmektedir. Eğer bir olayda bir mahkeme tarafından bir tutma / tutuklama kararı verilmiş ise, bu kararda hukukilik denetiminin içselleştirilmiş olduğu kabul edilir (18.07.1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp (Esas hk)- Belçika kararı*; 08.06.1976 tarihli *Engel ve Diğerleri (Esas hk)*; ayrıca 18.07.1994 tarihli *Wynne kararı*). Ancak başlangıçtaki tutma / tutuklama kararının mahkeme tarafından verilirken hukukilik denetiminin yapılmış olması, artık bir kez daha denetim yapılmayacağı anlamına gelmez. Bu fıkra hukukilik denetiminin ulusal hukukta sadece tek dereceli olarak yapılmasını zorunlu kıldığı halde, eğer iç hukukta salıverilme talebinin reddine dair mahkeme kararlarına karşı üst mahkemeye itiraz hakkı tanınmış ise, üst mahkeme denetiminin de, kural olarak, 4. fıkranın şartlarını taşıması gerekir (bk. 12.12.1991 tarihli *Toth kararı*).

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

Hukukilik denetiminin bir "mahkeme" tarafından yapılması, bu mahkemenin (hakimin) yargısal bir usul izlemesini, bir başka deyişle usul güvencelerini uygulamasını gerektirir. Tutukluluğun hukukilik denetiminde izlenen usulü incelediği 30.03.1989 tarihli *Lamy kararında*, başvuruçunun avukatı, ulusal mahkemelerin yaptığı yorum nede-

niyle tutukluluğun ilk otuz gününde tutuklama kararı dışında soruşturma dosyasını inceleyememiş, tutukluluğa itiraz aşamasında da dosyayı inceleme imkanı verilmemiştir. Mahkeme'ye göre tutuklama aşamasında ve tutukluluğa itiraz aşamasında başvurucu tarafından dosyaya ulaşılmış olması gerekirken, olayda başvurucunun avukatına kovuşturmanın dayanağı olan dosyadaki beyanlara karşı etkili bir biçimde itiraz etme olanağı tanınmamış olması, dosyadaki şerik sanıkların ifadelerine karşı görüş belirtme fırsatı verilmemiş olması, öte yandan iddia makamının dosyanın bütününe hakim olması nedeniyle, olayda izlenen usulde çelişmeli yargılama ve silahlarda eşitlik ilkesi yoktur; bu nedenlerle dördüncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Mahkeme, 12.12.1991 tarihli *Toth kararında* da, başvurucunun saliverilme talebinin reddine karşı itirazının görüşüldüğü Üst mahkeme önündeki yargılamada kendisi ve avukatı bulunmadığı halde iddia makamından bir yetkilinin bulunması ve mahkemenin sorularına yanıt vermiş olması nedeniyle izlenen usulde çelişmeli yargılama ilkesine aykırılık görmüş ve 4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

13.07.1995 tarihli *Kampanis kararında* da Mahkeme, tutuklu bulunan başvurucunun saliverilme talebine karşılık iddia makamının görüşünün alınmasından sonra başvurucudan görüş alınmamış olması nedeniyle, yürürlükteki yasaya göre başvurucuya tutukluluk yargılamasına katılma bakımından yeterli bir imkan verilmediğini ve bunun da silahlarda eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiş ve 4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme, 28.10.1998 tarihli *Assenov ve Diğerleri kararında*, başvurucunun saliverilme talebinin incelemesi sırasında duruşma yapılmamış olmasını nedeniyle; 25.03.1999 tarihli *Nikolova kararında* da, başvurucunun saliverilme talebine karşılık savcılıktan görüş alınmasına rağmen başvurucunun bir görüş bildirememiş olması ve saliverilme talebine ilişkin müzakerenin kapalı yapılmış olması nedeniyle, 4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Öte yandan Mahkeme iç hukukta, hukukilik denetiminin fiilen yapılabileceği bir sistemin bulunmasını aramaktadır. 26.09.1997 tarihli *R.M.D. – İsviçre kararında*, hakkında tutuklama kararı bulunan başvurucu, çeşitli kantonlarda işlediğinden kuşkulanan suçlar için yedi değişik kantonda gezdirilerek toplam iki ay tutulmuştur. Başvu-

rucunun avukatı ilk tutuklama kararına itiraz etmiş, ancak ulusal mahkemeler başvurusunun yeri değiştirildiği için başvuru konusuz kaldığı gerekçesiyle salıverilme talebini reddetmiştir. Bu davada Mahkeme, başvurusunun bulunduğu her kantonda salıverilme talebinde bulunma hakkına sahip olduğunu, ancak yer değişikliği nedeniyle denetimin mümkün olmadığını belirterek, hukukilik denetiminde olayın özelliğinden kaynaklanan bir etkisizlik görmüş ve 4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

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

Mahkeme, 15.10.1989 tarihli *Bezicheire kararında*, adam öldürmeye yardım suçundan tutuklanan başvurusunun tutuklanmasından bir ay sonra yaptığı salıverilme talebini, makul aralıkla yapılmış bir talep olarak görmüştür. Yine aynı kararda, başvurusunun ulusal mahkemeye sunduğu salıverilme taleplerinden biri hakkında beş buçuk ay sonra kesin karar verilmiş ve talep reddedilmiştir. Mahkeme bu denli uzun bir inceleme süresini dördüncü fıkradaki süratle karar verme şartına aykırı görmüştür.

28.10.1998 tarihli *Assenov ve Diğerleri kararında* ise Mahkeme, başvurusunun iki yıl tutuklu kaldığı halde, sadece bir kez salıverilme talebinde bulunabilmesini, hukukiliğın makul aralıklarla denetimi şartına aykırı görmüş ve 4. fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Öte yandan *Letellier kararında*, adam öldürmeye teşvik suçundan tutuklu bulunan başvurusunun altı defa yaptığı salıverilme talebi, sekiz gün ile yirmi gün arasında değişen sürelerle sonuçlanmış, ancak başvurusunun ikinci talebi hakkında kesin karar on üç ay üç hafta sonra verilmiştir. Mahkeme bu incelemenin süresini kuşkuyla karşılamakla birlikte, başvurusunun her zaman yeni bir talepte bulunabilmesini ve diğer talepler hakkında kısa sürede karar verilmiş olma-

sını dikkate alarak, olayda dördüncü fıkranın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. 23.11.1993 tarihli *Navarra kararında*, silahlı soygun suçundan tutuklu başvurusunun üçüncü salıverilme talebinin reddine ilişkin karara karşı Üst mahkemede yaptığı itiraz yedi ay sonra sonuçlanmıştır. Başvurucunun bu olayda süratli inceleme yapılmadığına dair şikayetini Mahkeme reddederken, sürenin uzunluğundan kuşku duymakla birlikte, başvurusunun iç hukuka göre her zaman yeni bir salıverilme talebinde bulunabileceğini dikkate almıştır.

4) tutukluluğun Sözleşme'ye aykırılığı nedeniyle tazminat hakkı [Md 5(5)]

Sözleşme'nin 5(5). fıkrası, 'bu madde hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmaktan veya tutulmaktan mağdur olan herkesin icrası mümkün bir tazminat alma hakkına sahip olduğunu' belirtmektedir. Bu fıkra Sözleşme'nin 5. maddesinin 1, 2, 3 ve 4. fıkralarındaki her hangi bir hükmün, bir başka deyişle 'keyfi özgürlükten bırakma yasağı', 'özgürlükten yoksun bırakma şartları' ve 'özgürlükten yoksun bırakılan kişinin hakları' ile ilgili her hangi bir hükmün iç hukukta ihlal edilmesi halinde, kişiye yine iç hukukta tazminat alma hakkı tanımaktadır.

Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki "tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı"nın ihlal edildiği gerekçesiyle, iç hukukta tazminat alma imkanı var mıdır?

İç Hukukta AİHS'nin 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler

Uğur ERİŞ*

I- GENEL OLARAK “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”

Bütün özgürlüklerin temelinde yer alan Kişi Özgürlüğü ve bunun korunmasına ilişkin kurallar çeşitli İnsan Hakları Bildirilerinde ve ayrıca İç Hukukta Anayasalarda temel kurallar olarak göze çarpmakta, ayrıntılı düzenlemeleri ise yasal düzeyde yapılmaktadır.

AİHS'nin 5.m.sinin başlığı “KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ”dir. Maddenin 1.fikrasının ilk cümlesinde ana ilke belirtilmektedir. “Herkesin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine hakkı vardır.” Ancak aynı fıkrada bu ilkenin mutlak olmayıp, izleyen bentlerde belirtilen nedenlerle sınırlandırılacağı belirtilmektedir. Bu nedenler sınırlı sayım yolu ile tek tek belirtilmiştir.

Madde metninde yer alan “özgürlük ve güvenlik” kavramları birbirinden ayrılmaz nitelikte bir bütün olarak ifade edilmektedir. Komisyona göre, özgürlük ve güvenlik deyimleri bir bütün olarak anlaşılmalıdır. “Güvenlik deyimini özgürlüğe yapılan tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunmasını ifade eder.¹ Güvenlik hakkı mutlak, özgürlük hakkı ise maddenin 1.fikrasının “a-f” bentleri uyarınca sınırlanabilir.²

AİHS'nin 5.m.sinde öngörülen “özgürlük ve güvenlikten” amaç, bireyin fizik özgürlüğünün devletin keyfi tutuklamalarına,

* Yard. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Kom.K., Doğu Afrikalı Asyalılar, Yirmibeş başvuru / İngiltere, 10.10.1970, No. 4403/70 ve ötekiler, Ann., 13. 1970, s. 997. Kom.K., Doğu Afrikalı Asyalılar/İngiltere, 6.3.1978, No. 4626/70 ve ötekiler ayrıca 6.3.1978, No. 4715/70, 4783/71, DR 13, s. 5,17, Bkz. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK, A. Şercf, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması” 3. Bası Ank.2002, s. 222-223.

² GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age., s. 223.

gözüne almalarına ve hertürlü kayıtlamalarına karşı korunmasıdır.³ 5.maddede “**kişi güvenliği**” olarak belirtilen hakkın sağlanması, yani kişi özgürlüğünün keyfi kısıtlamalara karşı korunabilmesi için bazı önlemler alınmıştır. Bu önlemler üç kümede toplanabilir.⁴

1) Kişi özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların hukuk güvencesine bağlanması, yani yakalama, tutuklama, gözüne alma kısaca bireyi kişi özgürlüğünden yoksun bırakan her türlü işlemin hukuka uygunluğu, yani keyfilüğün önlenmesi anlamında kişi güvenliği.

5.m.nin 1.fıkrasında “**yasada helirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz**” denilmek suretiyle, kişi özgürlüğünü kısıtlayan fıkranın “**a-f**” bentlerindeki tutuklama, yakalama vs. işlemlerinin iç hukukta belirlenen usul ve kurallara da uygun olarak yapılmasına işaret olunmaktadır. Yani yapılacak işlemler için hukuki güvence getirilmektedir.

2) Kişi özgürlüğünün kısıtlanması nedenlerinin, maddede sınırlı sayımla belirlenmiş olması.

3) **Özgürlüğünden yoksun kılınan bireye tanınan bazı haklar.**

AİHS'nin 5.m.sine ilişkin bu genel bilgilerden sonra, sözleşmenin Türkiye Cumhuriyeti tarafından 18.5.1954 tarihinde onaylanmasından (R.G.19.3.1954-8662,10.3.1954 t.ve 6366 sayılı yasa) günümüze kadar iç hukukumuzdaki gelişmeleri ana hatları ile gözden geçirelim.

II- İÇ HUKUKUMUZDAKİ GELİŞMELER:

1) T.C. ANAYASALARI

A) 1924 Anayasası:

AİHS'nin Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabulü sırasında yürürlükte olan 1924 Anayasasında temel hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. Ancak, sadece klâsik hak ve özgürlüklerin sınırlı biçimde düzenlenmiş olduğu göze çarpmaktadır. Bu Anayasada kişi özgürlü-

³ REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İNSAN HAKLARI, Beta Yayını, İstanbul, 2001, s. 96.

⁴ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e. s. 223; SARIGÜL, Ali Tanju, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, yayınlanmamış yüksek lisans tezi Ank. 2003, s. 29.

ğü ve güvenliği ile ilgili olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, kişi dokunulmazlığı (m.70) can, mal, ırz ve konutun her türlü müdahaleden uzak oluşu (m.71), yasanın belirlediği durumlar dışında hiç kimse hakkında dava açılmayıp, kimsenin tutuklanamayacağı (m.72) işkence ve eziyetin yasak olduğu (m.73) gibi. Ancak AİHS'ne göre oldukça kısıtlı olan bu hükümler uygulamaya pek yansıyamamış, daha doğrusu kişi özgürlüğü ve güvenliği tam bir güvenceye bağlanamamıştır. Yani Habeas Corpus güvenceleri denilen güvenceler, 1924 Anayasasında pek göze çarpmaz. AİHS'nin kabulünden sonra da AİHS 1924 Anayasası'na ve iç hukuka bir etki yapmamış sayılabilir.⁵

B) 1961 Anayasası:

1961 Anayasası 1924 Anayasasına göre, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak bakımından oldukça ileride ve önemli bir anayasadır. 1961 Anayasası, büyük ölçüde Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanıp kabul edilen belgelerden ve AİHS'den etkilenmiştir.⁶ 1961 Anayasası temel hak ve özgürlükleri düzenlerken “**özgürlükleri kural**” sınırlamayı istisna sayan bir anlayışa sahiptir.

Bu Anayasa “**Kişi Dokunulmazlığı**” başlıklı 14.maddesinde; herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi özgürlüğüne sahip olduğunu, kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğünün yasanın açıkça gösterdiği durumlarda usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça kayıtlanamayacağını, kimseye eziyet ve işkence yapılamayacağını, insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamayacağını ifade etmiştir.

Aynı anayasanın temel hakların korunması ile ilgili hükümleri arasında yer alan “**Kişi Güvenliği**” başlıklı 30.maddesinde de; “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin belirli sebeplerle ve tutuklamayı zorunlu kılan yasada belirtilen diğer sebeplerle ancak hakim kararıyla tutuklanabileceği, yakalamanın kanunda belirtilen şartlarla gerçekleştirilebileceği, yakalanan ve tutuklanan kimselere yaka-

⁵ AYBAY, Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku”, İnsan Hakları Armağanı, XXX. Yıl, Doğan Basımevi, Ank.1978, s. 124.

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Hukuku”, 3.baskı, Yetkin Yayınları, Ank. 1993, s. 21-22, KAPANİ, Münci, “Kamu Hürriyetleri”, 6.baskı, AÜHF yayınları, Ank. 1981, s. 115-138, SOYSAL Mümtaz: “100 Soruda Anayasanın Anlamı” İst. 1986, s. 99-101.

lama ve tutuklama sebepleri ile haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi” gereği düzenlenmiştir. Ayrıca, yakalanan ve tutuklanan kişilerin hâkim önüne çıkarılma süreleri 24 saat olarak tespit edilmiş ve bu kişilerin hâkim önüne çıkarılınca durumlarının hemen yakınlarına bildirileceği ve maddede belirtilen esaslar dışında her türlü zararlarının kanuna göre devletçe ödeneceği öngörülmüştür.

Ancak AİHS ile aşağı yukarı uyum içinde hatta bazı yönlerden daha özgürlükçü yapıda olan 1961 Anayasasının kişi özgürlüğü ve güvenliği konusundaki yapısı, 1971 ve 1973 yılında yapılan değişikliklerle oldukça bozulmuştur.

Bu değişiklikler nelerdir? Öncelikle 30.m.nin ilk şeklinde yer alan 24 saatlik gözaltı süresi 1971 değişikliği ile 48 saate ve toplu suçlarda 7 güne, daha sonra 1973 değişikliği ile 15 güne çıkarılmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak kişi özgürlüğü ve güvenliğini doğrudan ve dolaylı olarak ilgilendiren tüm değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde, bu değişikliklerin mevcut özgürlükler sistemini bozduğu, eskinin tersine özgürlüğün yerine sınırlamanın kural olduğu, adeta kişinin devlete karşı değil; devletin kişiye karşı korunur duruma getirildiği ileri sürülmüştür.⁷

C) 1982 Anayasası:

1982 Anayasası temel felsefesi ve yapısı bakımından 1961 Anayasasına göre İnsan Hakları konusunda çok farklı bir anayasadır. 1961 Anayasası “İnsan Haklarına Dayanan” devlet deyimini kullanırken (m.2) 1982 Anayasası (m.2) “İnsan Haklarına Saygılı Devlet” anlayışına gelmiştir. 1982 Anayasası özgürlüklere ilişkin düzenlemesi bakımından kendisine özgü bir hak ve özgürlükler düzeni kurmuştur. Artık oldukça sınırlı bir hak ve özgürlükler düzeni vardır.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin düzenlemeye gelince: 1982 anayasasının 17.m.sinde Kişi Dokunulmazlığına ilişkin düzenleme korunurken, kişi özgürlüğü ve güvenliği 1961 Anayasasından farklı olarak iki ayrı madde halinde değil, tek madde olarak 19.maddede düzenlenmiştir. Ayrıntılı bir düzenleme getiren 19.madde hükmü AİHS'nin 5.m.si ile oldukça benzerlik taşımaktadır.

⁷ SOYSAL, a.g.e., s. 117-119, TUNAYA-Tarık Zafer “Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku,” 5.bası, İst.1982.

19.madde hükmünün 1961 Anayasasındaki düzenlemeden bazı farkları bulunmaktadır. 1961 Anayasasında **“yakalanan veya tutuklanan kimselere yakalama ve tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir.”** Şeklindeki hüküm 1982 Anayasasında **“yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalanma ve tutuklanma sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzurunda çıkarılıncaya kadar bildirilir”** şekline dönüştürülmüştür.

Gözetim süresi konusunda 1961 Anayasası'nın değişik şeklinde öngörülen 48 saatlik süre ve toplu suçlarda 15 günlük süre aynen kabul edilmiş ancak, bu sürelerin olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabileceği hükme bağlanmıştır. Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumunun yakınlarına hemen bildirilmesine ilişkin 1961 Anayasasındaki düzenleme, 1982 Anayasasında **“yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın kapsamı ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına derhal bildirilir”** şeklinde ifade edilmiştir.

1982 Anayasasına 19.maddesinde, 1961 Anayasasında bulunmayan iki fıkra mevcuttur. Bu fıkralarda özgürlüğü kısıtlanan kişinin serbest bırakılmayı isteme hakkı öngörülmüştür. Bu hükme göre, tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturmayı ve kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı bulunmaktadır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir. Her ne sebeple olursa olsun özgürlüğü kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı durumunda hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Bu düzenleme AİHS'nin (m.5) benzeri bir düzenlemedir.

19.maddede haksız tutuklama ve yakalamadan doğan tazminat ile ilgili de düzenleme yapılmış, ancak 1961 Anayasasının 30.maddesindeki haksız yakalama ve tutuklamaya maruz kalanlar için öngörülen **“her türlü zararları kanuna göre devletçe ödeneceği”** biçimindeki cümleden **“her türlü”** ibaresi çıkarılmıştır.

Anayasanın 19.maddesinde 3.10.2001 t.ve 4709 sayılı kanunla bazı değişiklikler yapılmıştır.⁸ Buna göre toplu olarak işlenen suçlar-

⁸ Bkz. 17.10.2001 t.ve 24556 Mükerrer sayılı R.G.

da gözaltı süresi, yani hakim önüne çıkarılma süresi dört güne indirilmiştir. Ancak bu sürelerin olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilmesi konusunda yasama organı yine yetkilidir (m.19/5). Ayrıca yakalanan veya tutuklanan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesi, eski metinde “**soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında**” kaydını içerirken; 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucu “**kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir**” şeklinde olumlu bir nitelik kazanmıştır (m.19/6). 19.maddenin son fıkrasında yer alan haksız yakalama ve tutuklamaya ilişkin tazminat ödenmesi hükmü de “**tazminat bu kükunun genel prensiplerine göre**” ödeme şeklinde farklı bir ifadeye büründürülmüştür.

2) CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU (CMUK) VE DEVLET GÜVENLİK MAHKEMELERİNİN KURULUŞ VE YARGILAMA USULLERİ HAKKINDA KANUN (DGM KANUNU):

CMUK'un kişi güvenliğini ilgilendiren başlıca tutuklama ve yakalama ile ilgili hükümlerinin, yasanın yürürlüğe girişinden sonra konjonktüre göre çeşitli değişiklikler geçirdiği gözlenmektedir. Örneğin tutuklunun hâkim önüne çıkarılmasına ilişkin CMUK'un 108.maddesinin ilk şeklinde, sanığın derhal ve nihayet tutulduğu gün hakim önüne çıkarılacağı öngörülmekteydi. Son derece olumlu olan bu hüküm, daha sonra yürürlüğe girecek olan 1961 Anayasasındaki düzenlemeye ışık tutacak nitelikte idi. Ancak, 1961 Anayasasının 30/4.m.sinde yer alan 24 saatlik hakim önüne çıkırılma süresinin yukarıda belirtilen 1971 ve 1973 değişiklikleri ile 48 saat ve toplu suçlarda 15 güne çıkarılmasının yanısıra; CMUK m.108'de 5.3.1973 tarih ve 1696 sayılı yasa ile değiştirilerek hakim önüne çıkarma süresi 48 saate, toplu suçlarda da 7 güne çıkarıldı.⁹ Ancak, 21.05.1985 t.ve 3206 sayılı yasa ile, toplu suçlar için hâkim önüne çıkarılmakta 7 günlük süre öngören CMUK m. 108/5 fıkrası kaldırıldı.¹⁰ Yine yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılmasına ilişkin CMUK'un 128.m.sinin ilk şeklinde kişinin “hemen” yakalandığı yer sulh hakimi önüne çıkarılacağı ve nihayet ertesi günü sorguya çekileceği öngörülmekteydi. Ancak yukarıda belirtilen 1696 s.lı yasa ile CMUK m.128 de değiştirilip,

⁹ Bkz. 15.03.1973 t.ve 14477 s.lı R.G.

¹⁰ Bkz. 4.6.1985 t.ve 18774 s.lı R.G.

hâkim önüne çıkarılma süresi 48 saat ve toplu suçlarda 7 güne çıkarılmıştır. Ancak 1985 yılında yine yukarıda belirtilen 3206 s.lı kanunla yapılan değişiklikten sonra hakim önüne çıkarılma süresi yol süresi hariç 24 saate indirilmiştir. Görüldüğü gibi 3206 s.lı yasa 1696 s.lı yasanın getirdiği olumsuzlukları bir nebze de olsa düzeltebilmiştir. 3206 s.lı yasanın başka olumlu kazanımlar getirdiği de muhakkaktır. Örneğin, CMUK m.112'de yapılan değişiklikle hazırlık soruşturmasında tutuklu sanığın tutukluluğunun devamının kontrolüne ilişkin azami bir süre (30 gün) getirmiş olması önemlidir.

CMUK'da asıl önemli değişikliğin, 18.11.1992 t.ve 3842 s.lı kanunla yapılanlardır.¹¹ Bu değişiklikler kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunması yönünden atılmış büyük bir adımdır. Bu kanunun getirdiği başlıca değişiklikler şöyledir.

Öncelikle tutuklamanın şartlarını (sebeplerini) düzenleyen 104.m.de yapılan değişiklikle, maddenin ilk şeklinde birinci fıkranın üçüncü bendinde yer alan **“suçun devlet veya hükümet nüfuzunu kıran, veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhine olursa”** şeklindeki tutuklama sebebi yasa metninden çıkarılmıştır. Böylece muhakeme hukukunun ve tutuklamanın amacı ile bağdaşmayan, çok eleştirilip tartışılan bu tutuklama sebebi yasadan çıkarılmakla, olumlu bir değişiklik gerçekleştirilmiştir. Yine bu maddenin son fıkrasına eklenen hükümlerle, orantılılık ilkesinin getirilmesi olumludur. Kabahatlerdeki tutuklama durumunu düzenleyen 105.m. yürürlükten kaldırılmıştır. Buna karşılık m.104' de altı aya kadar özgürlüğü bağlayıcı cezaları gerektiren suçlarda ilke olarak tutuklanma yoluna gidilemeyeceği; ancak bazı koşullarla tutuklamanın yapılacağı şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu şartlardan birisi olan **“suçun toplumda infial uyandırması”** şartı, yeni eleştiri ve tartışmalara zemin hazırlanmıştır. Böylesine bir tutuklama sebebi tutuklamanın amacına aykırıdır. Tutuklamanın amacı toplumu teskin ve tatmin etmek değildir. Amaç, ceza muhakemesinin gereği gibi yapılmasıdır. 106.m.de yapılan değişiklikle tutuklama müzekkeresinin niteliği ve müzekkerede yazılacak hususlar daha açık olarak düzenlenmiştir. 108.m.de yapılan değişiklikle tutuklanma müzekkeresi ile tutulan sanığın yetkili hâkim önüne çıkarılma süresi 48 saatten 24 saate indirilmiştir. Ancak, hala bu süreye yol süresi dahil değildir. Kişi özgürlüğü yönünden önemli bir yenilik 110.m. ile getirilen tu-

¹¹ Bkz. 1.12.1992 Lvc 21422 s.h R.G.

tukluluktaki azami süre konusundaki düzenleme olmuştur. Tutuklama ile ilgili önemli bir değişiklik de 298/2.m.de yapılmıştır. Bununla itiraz olunabilecek mahkeme kararları arasına **“tutukluluğun devamına ilişkin kararlar”** da eklenmiş ve böylece bu konudaki tereddütler ve tartışmalar son bulmuştur.

Yakalama ile ilgili olarak da; yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılma süresi kısaltılmıştır. Buna göre toplu suçlarda bu süre daha önce 15 gün iken, artık Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile dört güne kadar, C.S.nın talebi ve sulh hakiminin kararı ile de en çok sekiz güne kadar uzatılabilecektir. Ayrıca hakim önüne çıkarma süresinin uzatılabilmesi nedenleri de sınırlandırılmıştır. Maddenin yeni şeklinde göre, C. Savcısının sadece dört güne kadar uzatma yetkisi vardır. Sekiz güne kadar uzatma hâkim kararı ile olabilecektir. Yakalama konusundaki en önemli değişikliklerden birisi de, 128/4.m.de yer alan, yakalama işlemine ve C.Savcısının yakalama (gözetim) süresinin uzatılmasına ilişkin yazılı emrine karşı yakalanan kişinin, müdafinin, bazı yakınların ve eşin serbest bırakmayı sağlamak için başvuru olanağını getiren hükmüdür. 128.m.nin son fıkrası ile getirilen, kişi özgürlüğünün korunması bakımından önem taşıyan bir değişiklik de; yakalama süresinin dolması nedeniyle veya hâkim kararıyla serbest bırakılan kişinin hakkında yakalamaya konu olan fiil sebebiyle yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve C.Savcısının kararı olmadıkça aynı fiilden dolayı tekrar yakalanamayacağına ilişkin hükmüdür. Böylece geçmişte ortaya çıkan bazı kötüye kullanımlar önlenmeye çalışılmıştır.

3842 s.lı kanunla, ayrıca savunma hakkına ilişkin bazı hükümlerde yapılan değişikliklerin de kişi özgürlüğü ve güvenliğini korumadaki önemi büyüktür. Bu cümleden olmak üzere, özellikle CMUK'un 135,135/a, 136, 138,142,143,144 ve 254.m.lerindeki değişiklikler çok önemlidir. Ancak 3842 s.lı yasanın bu kadar olumlu hükümlerine karşın, 31.m.nin getirdiği büyük bir olumsuzluk vardır ki; buna göre, bu yasa ile yapılan olumlu değişiklikler ve iyileştirmelerin büyük çoğunluğu (m.135/a ve m.254 hariç) Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlar bakımından uygulanamayacak, sözkonusu CMUK'un eski hükümlerinin DGM kapsamına giren suçlara uygulanmasına devam edilecektir. Bu düzenlemeyi anlamak veya haklı bulabilmek mümkün değildir.

DGM kapsamına giren suçlarda 6.3.1997 tarih ve 4229 s.lı ve 6.12.2001 tarih , 4723 s.lı kanunlarla bu konuda bazı iyileştirmeler

yapılmıştır.¹² Bu kanunla 3842 s.lı kanunla, yürürlükten kaldırılan DGM kanununun 16.m.si yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklikle DGM'lerin görev alanına giren suçlarda, gözaltı süresi tek sanıklı suçlarda 48 saat, toplu suçlarda 4 gün olarak öngörülmüş ve soruşturma bu sürede sonuçlanmazsa C. Savcısının talebi ve hakim kararıyla bu sürenin 7 güne kadar uzatılabileceği kabul edilmiştir. Olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan ve tutuklanan toplu suç sanığı kişilerin gözaltı süresi ise en fazla 10 güne kadar uzatılabilecektir. 4229 s.lı kanunla 3842 s.lı kanunda yapılan diğer değişikliklere göre, CMUK'un 110,128 ve 144.maddelerine yapılan iyileştirmeler DGM kapsamına giren suçlar için de uygulanabilir hale gelmiştir. 4229 s.lı kanunla ayrıca, CMUK'un 128.m.si de değiştirilip azami gözaltı süresi 8 günden 7 güne çekilmiştir.4723 sayılı kanunla da 3842 sayılı kanunun 31/1.fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişiklikle DGM kapsamına giren suçlar ile CMUK kapsamındaki suçlar arasında tutuklamanın şartları bakımından söz konusu olan farklılıklar giderilmiştir.

Nihayet yukarıda belirtilen 2001 tarihli Anayasa değişikliğine paralel olarak 6.2.2002 t.ve 4744 sayılı¹³ kanunla CMUK'nun 128.m.si ve DGM kanununun 16.m.si bir kez daha değiştirilmiştir. CMUK m.128'e göre artık toplu suçlarda gözaltı süresi azami dört gündür (m.128/2). Yine bu maddede yapılan değişiklikle yakalamadan ve yakalanma süresinin uzatılmasına ilişkin emirden yakalanmanın yakını veya belirlediği bir kişiye C.Savcısının kararıyla gecikmesizin haber verilmesi şeklinde bir düzenleme getirilerek, bu konudaki boşluk doldurulmuştur. (m.128/3). DGM Kanununun 16.m.sinde yine bu kanunla yapılan değişiklikle, toplu suçlarda öngörülen 4 günlük gözaltı süresi C.Savcısının talebi ve hakim kararıyla sadece Anayasanın 120.maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan ve tutuklanan kişiler hakkında 7 güne kadar uzatılabilecektir. Ancak, hakim karar vermeden önce yakalanan ve tutuklanan kişiyi dinleyecektir(m.16/3). Nihayet bu kanunun sözkonusu 16.m.sinin son fıkrasında yer alan ve kamu davası açılıncaya kadar hakim tarafından bilinmesini uygun görmediği hususların kendisine bildirilmesini men etmesi ve gereğinde hazırlık soruşturmasında sanık ile müdafinin görüşmesinde hakim hazır bulunabile-

¹² Bkz. 12.3.1997 t.ve 22931 s.lı R.G.ile, 13.12.2001 t.ve 24612 s.lı RG.

¹³ Bkz. 19.2.2002 t.ve 24676 s.lı R.G.

ceğine ilişkin son fıkrası hükmü 26.3.2002 t.ve 4748 s.lı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁴ Bunu takiben de 15.7.2003 t.ve 4928 s.lı kanunla da,¹⁵ 3842 s.lı kanunun yukarıda anılan DGM kapsamına giren suçlara ilişkin kısıtlayıcı nitelikteki 31/1 fıkrası hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, artık DGM kapsamına giren suçlarla diğerleri arasında soruşturma usulüne ilişkin fark, hemen hemen gözaltı sürelerine ilişkin farkla sınırlı duruma gelmiştir.

Bu arada 1.10.1998 tarihinde¹⁶ YAKALAMA GÖZALTINA ALMA VE İFADE ALMA YÖNETMELİĞİ DE çıkarılmıştır. Daha sonra bu yönetmelikte eleştirilen bazı hususları düzeltmek amacıyla değişiklikler yapılmakla birlikte, halâ bazı tartışmalı hükümleri olduğu söylenebilir.

3) DİĞER KANUNLAR

Kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda iki temel kurum olan “**tutuklama ve yakalama**” ile ilgili olarak çeşitli yasalarda da düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlara da kısaca değinmek gereklidir.

A) 353 Sayılı “Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu”:

Bu kanunun 71.m.sinde tutuklama sebepleri (şartları) olarak ortaya konulan durumlar, CMUK’nun 3842 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki 104.m.si ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Farklı olarak sadece 71/C bendinde “**Askeri disiplinin korunmasını sağlamak amacı ile**” tutuklama durumu madde metninde yer almaktadır. 1930 t.ve 1631 s.lı eski “**Askeri Muhakeme Usulü Kanunu**”na göre çok daha teminatlı olan bu madde, CMUK’nun 104.m.si ile uyumlu hale getirilirse isabetli olacaktır. Kanunun 72.m.sinde gözaltı süresi 48 saat, toplu suçlarda ise azami 7 gündür. Bu 7 günlük süre AİHM’nin içtihatları ile çelişmektedir. Azami gözaltı süresinin 4 güne indirilmesi gerekir.

B) 1402 Sayılı “Sıkıyönetim Kanunu”:

1402 s.lı Sıkıyönetim Kanununun 15.m.sinin son fıkrasında gözaltı süresi ile ilgili önemli bir hüküm vardır. Bu kanunda yazılı suçlardan sanık olan kişileri Sıkıyönetim Komutanı mahkemeye sevk etmeden

¹⁴ Bkz. 9.4.2002 t.ve 24712 s.lı R.G.

¹⁵ Bkz. 19.7.2003 t.ve 25173 s.lı R.G.

¹⁶ Bkz. 1.10.1998 t.ve 23480 sayılı R.G.

15 gün gözaltına tutabilir. Ancak delillerin tespitinin uzun sürmesi durumunda, bu süre içinde mahkemeye sevk imkanı olmazsa süre 30 güne kadar çıkabilir.

12 Eylül döneminde anılan maddedeki süre 90 güne kadar çıkarılmıştır. Daha sonra aşamalı olarak önce 45 güne sonra 15-30 güne indirilmiştir. Bu süreler, Sıkıyönetim gibi Olağanüstü yönetim halinin koşulları ile açıklanmaya çalışılsa da, çok uzun sürelerdir. Ancak, Sıkıyönetim Kanunu m.15'de daha önceleri de yer alan 30 günlük gözaltı süresi, Anayasa mahkemesince 16.2.1972 tarihinde iptal edilmişti.¹⁷

C) 2559 Sayılı “Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu”:

2559 s.lı Kanunun 13.m.sinde Polisin yakalama yetkisi düzenlenmiştir. Bu madde en son 3.8.2002 t.ve 4771 s.lı kanunla¹⁸ değiştirilmiştir. Madde AİHS'nin 5.m.si ile uyumlu hale getirilmeye çalışılmış, özellikle yakalanan kişilere yakalanma sebeplerinin yazılı olarak, bunun mümkün olmaması durumunda da derhal, toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hakim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilmesi hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu madde hükmüne göre, kişinin yakalandığı hususu istediği kanuni yakınlarına derhal bildirilecektir.

D) 2253 Sayılı “Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”:

Hukukumuzda önceleri kişi güvenliği konusunda küçükleri özel olarak koruyan hüküm yoktu. 1979 yılında yürürlüğe giren 2253 sayılı kanunda da bu nitelikte özel bir düzenleme yapılmamıştı. Ancak 25.2.1988 t.ve 3412 s.lı yasa ile 2253 s.lı yasanın 19.m.si değiştirilip, bu maddenin son fıkrasına “10'uncu maddede sayılan tedbirler saklı kalmak kaydı ile, aşağı baddi 3 yılı aşmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı müstelzim fiillerden dolayı, kovuşturma ve yargılama safhasında küçükler hakkında tutuklama kararı verilemez.” hükmü konulmuştur. Bu arada kısa bir süre önce çıkarılan 30.7.2003 t.ve 4963 s.lı kanununun 8.m.si ile 2253 sayılı kanunun 6/1 m.sinde geçen “15” ibaresi “onsekiz” şeklinde değiştirilmiştir.¹⁹ Böylece 3 yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiren suçtan dolayı yargılanan küçüklerde tutuklanmama kuralı artık 15 yaşını değil 18 yaşını doldurma-

¹⁷ AY.MK. 16.2.1972 tarih ve 1971 31/5. sayı. R.G. 14.10.1972 t.ve sayı 14336

¹⁸ Bkz. 9.8.2002 t.ve 24841 s. 4 R.G.

¹⁹ Bkz. 7.8.2003 t.ve 25192 s.lı R.G.

mış çocukları da kapsar şekilde genişletilmiştir. Bu değişiklik de AİHM'nin küçüklerin özgürlüklerinin kısıtlanmasında aradığı ölçülülük-orantılılık ilkesi ile uyumlu ve yerinde olmuştur.

E) 466 Sayılı “Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun:

AİHS'nin 5/5.m.sinde yer alan haksız tutuklama veya yakalamadan dolayı tazminat ödenmesi hususu bizim hukukumuzda ilkin 1961 Anayasası'nın 30.m.si ile düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 19.m.si de aynı hususu düzenlenmiştir. Yasal düzenleme ise, 7.5.1964 t.ve 466 s.lı kanunla yapılmıştır. Bu yasanın çıkarılması önemli bir adımdır. Ancak, anılan yasanın tamamlanması ve değiştirilmesi gereken hükümleri bulunmaktadır. Yasada sadece yasadışı yakalama ve tutuklama durumlarında tazminat verilmesi öngörülmüştür ki, bu yetersizdir. Diğer koruma tedbirlerinin yasa dışı olması durumunda da tazminat verilmesi kuralına ihtiyaç bulunmaktadır.²⁰ Ayrıca, AİHS'ne ek 7 nolu protokolde, haksız yere “mahkûm edilen” kişilere de tazminat ödeneceği belirtilmektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin 14.3.1985 tarihinde imzalayıp henüz onaylamadığı 7 nolu ek protokolü onaylaması ve haksız yere mahkûm edilen kişilere de tazminat ödenmesi yolunun açılması gerekir.²¹

²⁰ CENTEL, Nur, “Ceza Muhakemesi Hukukunda TUTUKLAMA ve YAKALAMA” Beta Yayınları. İst. 1992, s. 260

²¹ TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SANCARDAR, Oğuz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu” Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 214

III. SONUÇ – DEĞERLENDİRME

İç Hukukta AİHS'nin 5. maddesine ilişkin gelişmeleri ana hatları ile özetlemiş bulunuyoruz. Şu an itibariyle varılan nokta, kaydedilen aşama olumlu olmakla birlikte; kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından temel kurumlar olan tutuklama ve yakalama ile ilgili hususlarda iç hukukta daha yapılması gereken epeyce değişiklik vardır.

Ayrıntıya girmeksizin nelerin yapılabileceği hususunda kısa bir öneri demeti sunmaya çalışalım.²²

– Yasalarımızda yer alan tüm gözaltı sürelerini tek ve toplu suçlarda azami dört günü aşmayacak şekilde düzenlemek üzere gözden geçirmek gereklidir.

– Gözaltı sürelerinin hesabında yol süresini hesaba katmayan mevcut düzenleme değiştirilmelidir.

– Tutuklamanın fonksiyonunu yerine getirmeye olanak tanıyan alternatif yeni kurumlar getirilmelidir (Bu hususta CMUK ön tasarısında ayrıntılı bir düzenleme olduğu bilinmektedir).

– Tutuklama tedbirini bir ceza gibi uygulamama konusunda soruşturma ve kovuşturma organları daha özenli davranmalıdır.

– Tutuklama, tutukluluğun devamı ve tutuklamaya itirazla ilgili kararı verecek makamların bu kararlarını duruşmalı olarak vermeleri hususunda yasada düzenleme yapılmalıdır. Bu konuda CMUK 'nun 1929 'da yürürlüğe giren ilk metninde 111.maddesinde bir hüküm olduğu bilinmektedir. Aynı doğrultuda bir hüküm yasaya tekrar konulmalıdır. Söz konusu bu tür kararlar mutlaka gerekçeli olarak verilmelidir. Çünkü, tutuklamanın yasal nedenlerle yapıp yapılmadığının anlaşılması, sanığın ve müdafinin savunma; itiraz makamının da kontrol yapabilmesi gerekçe sayesinde olanaklı olacaktır. Gerekçe, zaten Anayasanın (m.141/3) ve yasanın (CMUK.m.32) aradığı bir koşuldur.

– Tutuklu sanığın mutlaka müdafii bulunmalıdır; ki bu konu da yine ön tasarıda düzenlenmektedir.

²² Bu konuda Bkz. CENTEL, age., s. 255-261; TEZCAN, Durmuş: "Türk Hukukunda HAKSIZ YAKALAMA VE TUTUKLAMA", Ank. 1989, s. 45-65); ERİŞ, Uğur: "Mukayeseli Hukukta Tutuklamanın Fonksiyonunun Yerine Getirmeye İmkan Veren Yeni Kurumlar ve Türk Hukuku" konulu taruşma tebliği, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000, C.2, s. 309-310.

– Toplu suçlarda ve özelliği olan davalarda, soruşturmanın kolluk marifetiyle değil, bizzat C.Savcılarınca yürütülmesi gerekir.

– 466 sayılı yasanın uygulanma kapsamı genişletilmeli ve tazminata hak kazanan kişinin gerçek zararını karşılayacak nitelikte tazminata hükmedilmesi konusunda özen gösterilmelidir.

– CMUK m. 104’de yer alan ve muhakeme hukukunun ve tutuklamanın amacı ile bağdaşmayan tutuklama şartlarından “**suçun toplumda infial uyandırması**” şartı yasadan çıkarılmalıdır. CMUK ön tasarısında yer alan ve koruma tedbirlerinin amaç ve nitelikleri ile bağdaşmayan, ayrıca tutuklama şartlarını genişletme eğilimi gösteren yeni tutuklama şartlarından vazgeçilmelidir.²⁵

– Ceza İnfaz Kanununun ve ilgili mevzuatın günün koşullarına göre gözden geçirilmesi gerekir.

– Adli kolluk (suç kolluğu) acilen kurulup, Adli soruşturmanın daha sağlıklı ve teminatlı duruma getirilmesi gereklidir.

Tüm bu önlemler alınsa dahi, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin gerçek teminatının; Adli Teşkilatın her kademesindeki görevlilerin kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin saygı ve özeninde, ayrıca kamu oyunun bu konudaki bilinç ve duyarlılığında saklı olduğunu belirtmek gerekir.

²⁵ Söz konusu yeni tutuklama şartları için Bkz. CMUK Öntasarısı 1999 m. 115 ve CMUK Öntasarısı 2000 m. 119. Ön tasarılarıdaki bu yeni tutuklama şartlarının eleştirisi için bkz. ERİŞ, s. 308 ve ayrıca, ŞAHİN, Cumhur – ÖZGENÇ, İzzet: “CMUK TASARISI (2002) ÜZERİNE DÜŞÜNCELER”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. III, S. 1,2, s. 216-217.

Türk Mahkemelerindeki Davalarda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 5. Madde İle İlgili Sorunlar*

M. Şerif YILMAZ*

Giriş

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) 5. madde ile ilgili sunulacak diğer bildirimlerde bu maddenin yorumu ve son yıllarda Türk hukukundaki gelişmelerin ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı dikkate alınarak, bildirimizde sadece bu alandaki temel prensipler ve Türkiye uygulamasından söz edilecektir: Özellikle, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) Türkiye ile ilgili verdiği kararlara yansıdığı ölçüde, konu ile ilgili bütün kararları içine alan bir incelemede bulunma iddiasında olmaksızın, bazı uygulamalar ulusal mevzuat dikkate alınarak irdelenecektir.

İHAS 5. maddede korunan hakların incelenmesine başlamadan önce iki hususa çok kısa olarak değinmek gerekmektedir: Öncelikle, İnsan Haklarını koruyan diğer uluslararası enstrümanlar ve Türk ulusal hukuk mevzuatı ile karşılaştırıldığında, 5. madde metninin kendisine kaynak teşkil eden İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesine nazaran çok daha net ve ayrıntılı ifadeler içerdiğini, dolayısıyla özgürlük ve güvenlik hakkının daha etkili bir şekilde korunmasını sağlayacak bir düzenlemeye sahip olduğunu; Medeni ve Politik Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin 9. maddesi ile karşılaştırıldığında, 9. maddeye göre tutukluluğun istisnai olması ve yakalanan kişiye "o anda" yakalanmasının sebepleri ile ilgili olarak bilgilendirilmesi gerekliliği konusunda daha koruyucu olduğunu, ancak İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Mahkemesi'nin içtihatlarıyla 5. maddede yer alan kavramların belirginleştiğini gözlemlemek mümkündür. İHAS 5. maddede tanınan haklar ile Türk ulusal mev-

* Avukat, İstanbul Barosu

zuatı karşılaştırıldığında ise, bu madde karşısında ulusal mevzuatın, içeriği önemli ölçüde farklılık göstermemekle birlikte, değişik kanunlarda yer alması itibariyle dağınık ve belirli bir sistematığe sahip olmaktan uzak olduğunu, son yıllarda çok önemli reformlarla kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunmasının güçlendirildiğini, ancak bütün bu iyileştirmelerin uygulayıcılar tarafından henüz tam olarak özüm-senmediğini ve tam olarak uygulanamadığını belirtmek gerekir.

Öbür taraftan, aşağıda yeri geldiğinde İHAM kararlarından örnekleriyle açıklanacağı gibi, 5. maddenin, kişinin fiziksel özgürlüğünü koruması ve keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karşı mücadele aracı olması itibariyle, İHAS listesinde sayılan haklar arasında önemli bir yere sahip olduğunun altı çizilmelidir.

Konunun planını, 5. maddenin¹ beş fıkrası oluşturacaktır.

¹ 5. maddenin Avrupa Konseyi tarafından yapılan Türkçe çevirisi şöyledir:

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasadaki belirlenen yollar dışında kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:
 - a) Yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi;
 - b) Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riyazetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;
 - c) Suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemediği ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili 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 usulüne uygun olarak tutulması;
 - e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkolikğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması;
 - f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmeyle olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması
2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.
3. Bu maddenin 1 c. fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.
4. Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasayı uygulanlığı hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

1. İHAS 5 § 1: Özgürlüğün sınırlanması

5. maddenin 1. fıkrasının ilk akla gelen özelliklerinden birisi, bu fıkarda özgürlükten yoksun bırakılma hallerinin sınırlı bir şekilde sayılmış olmasıdır. Bir hakkın kısıtlanmasını düzenlediği için bu hükmün dar yorum prensibine göre yorumlanması gerekmektedir, başka bir deyişle bu fıkarda sayılmayan hallerde özgürlüğün kısıtlanması mümkün olmayacaktır.

Türk hukukunda konu ile ilgili olarak, Anayasa başta olmak üzere çeşitli düzenlenmeler bulunmaktadır. 5. maddenin 1. fıkrasının c bendi ile karşılaştırıldığında, ulusal hukuk düzenlemelerinde benzer kavramların kullanıldığı görülmektedir.

Anayasa'nın 19. maddesi konu ile ilgili "Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunların şartlarını kanun gösterir" düzenlemesini içermektedir.

CMUK 104. maddesi suçluluğu hakkında "kuvvetli belirti" bulunan kişiler ile ilgili tutuklamadan, 127. maddesi meşhurat cürüm sözkonusu olduğunda şahsın "fırası umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa" tutuklamadan söz etmektedir. PYSK 13/A. maddesi suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlediğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında "kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelilerin" özgürlüğünden yoksun bırakılmasını düzenlemektedir.

5. maddenin 1. fıkrasının c bendi bir kimsenin suç işlediği hakkında "geçerli şüphe" veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran "makul nedenlerin" bulunmasını gerekli görmektedir.

Uygulamada, 5. maddeden söz edilirken "makul şüphe" kavramı kullanılmaktadır: Çok önemli farklılıklar bulunmasa da metnin Fransızca versiyonunda yukarıdaki kavramlara karşılık olarak sırasıyla "des raisons plausibles" ve "des motifs raisonnables" kavramları, İngi-

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

lizce versiyonunda “reasonable suspicion” ve “when it is reasonably considered necessary” kavramları kullanılmıştır.

İHAM *Lukanov/Bulgaristan*² kararında, 5. maddede kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sebeplerinin sınırlı bir sayımla yapıldığını belirttikten sonra İHAS ve iç hukuk ilişkisine değinmiş ve Sözleşmenin burada iç hukuka doğrudan atıfta bulunması nedeniyle Mahkemenin iç hukuka uygunluk konusunu inceleyebileceğini belirtmiştir. Bu anlamda, Mahkemenin görevinin Avrupa koruma sisteminin mantığındaki sınırlar çerçevesinde yapılacağını, zira iç hukuku yorumlama ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara düştüğünü de eklemiştir. Başvurucunun alınmasına katıldığı kararlar ve cezai sorumluluğu konusunda “*Bu tür kararların Bulgaristan anayasasına veya mevzuatına, dolayısıyla hukuka aykırı olduğuna, veya daha özel olarak, kararların yetkinin aşılması suretiyle alındığına veya ulusal bütçe ile ilgili kanuna aykırı olduğuna dair hiç bir delil yoktur*” saptamasını yapan Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakılması ile ilgili olarak da “*incelenen dönemde başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, “suç işlediğinden makul bir kuşku duyulması” üzerine “hukuka uygun bir tutma” olarak kabul edilemez*” demektedir.

*Berktaş/Türkiye*³ kararına konu olayda, başvurulardan ikincisi kendisini ikmetgahında yakalayan polisin keyfi davrandığını, kendisini ağır bir şekilde yaraladığını ve bunun yasalarda belirtilen yollara uygun olmadığını belirtmiş ve 5 maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet, ilgilinin terörist propagandası yapmasından şüphelenildiğini ve iki arkadaşı ile birlikte PVSK 13 g) maddesine uygun olarak yakalandığını belirtmiştir. Mahkeme, kararında, öncelikle demokrasilerde birey haklarının korunması için 5. madde ile sağlanan haklarının yaşamsal önemi nedeniyle her türlü özgürlükten yoksun bırakmanın usul ve esasa ilişkin ulusal düzenlemelere ve aynı zamanda 5. maddenin “bireyi keyfiliğe karşı koruma” olan amacına uygun olması gerektiğinin altını içtihatlarında önemle çizdiğini belirtmektedir. Bunun göstergesi özgürlükten yoksun bırakılma koşullarının 5. maddede sınırlı bir şekilde sayılması ve bu koşulların yorumlanmasının da dar yorum prensibine göre yapılmasıdır. Mah-

² *Loukanov/Bulgaristan*, 20 Mart 1997 tarihli karar, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II. Çeviri için, bkz. DOĞRU, O., *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, İstanbul, Cilt 2, 1998, s. 263 vd.

³ *Berktaş/Türkiye*, n° 22493/93, 1 Mart 2001.

keme, *Aksoy/Türkiye*⁴ kararına atfıla bulunarak, Sözleşmeyi yapanların keyfilik riskini en aza indirmek için 3. ve 4. fıkralardaki düzenlemeleri öngördüğünü belirttikten sonra süratli bir yargısal müdahalenin Sözleşmenin 2 ve 3. maddelerinde korunan haklar açısından doğabilecek tehlikeleri ortaya çıkarabileceğini kaydetmektedir. Karara konu olay ile ilgili olarak, Mahkeme, başvurunun 17 yaşında olduğunu ve arama süresince beş polisin kontrolü altında olduğunu, özgürlüğünden yoksun bırakılma gerekçelerinin dosya içeriğinden netlikle anlaşamadığını, 3 Şubat 1993 tarihli tutanakta ayrılıkçı propaganda sebebiyle yakalandığının yazıldığını, ancak diğer başvuruların anlatımlarına göre yakalamanın başvurunun kimlik kartının üzerinde olmaması nedeniyle yapıldığını beyan ettiklerini belirtmektedir. PVSK 13 g) maddesini ve Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendini yakalama sebeplerinin “aklayatkinliği” (plausibilité) konusunu irdeledikten sonra, Mahkeme, bu olayda Hükümetin tutanak dışında aklayatkin şüphelerin varlığı sonucuna varabilecek başka elemanlar sunmadığından 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinde aranan asgari koşullarının oluşmadığı sonucuna varmaktadır, zira yakalanan kişinin suç işlediğine ilişkin en azından belirli olguların ya da bilgilerin verilmesi Hükümete düşmektedir. Bu olayda Mahkeme, 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Gözetli süresince kayıtların düzenli tutulmaması uygulamanın önemli sorunlarından biri olmuştur. *Çakıcı/Türkiye* kararında, başvurunun kardeşinin gözetli altına alınmasından sonra kaybolması olayında, Mahkeme gözetli altına alınma işleminin kabul edilmemesinin tanıyan hakların hepten inkar anlamına geldiğini ve 5. maddenin çok ağır bir ihlali olduğunu belirtmekte, 5. maddenin ihlali durumu ile yaşam hakkının bağlantısının altını çizmektedir⁵.

Buna karşılık Mahkeme, *Erdagöz/Türkiye*⁶ kararına konu olaydaki koşullarda başvurunun özgürlüğünden yoksun bırakılması için gerekli makul şüphenin olduğunu saptamış ve ihlal olmadığına karar vermiştir: “Bu davada kuşku, belirli alaylara dayandırıldığından, gerekli

⁴ *Aksoy/Turquie*, 18 Aralık 1996 tarihli karar, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI.

⁵ *Çakıcı/Türkiye* [GC], 23657/94, § 104 vd, CEDH 1999-IV. Mahkemenin benzer kararları için, bakz. *Kurt/Türkiye*, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III; *Taş/Türkiye*, n° 24396/94, 14 Kasım 2000; Akdeniz ve diğerleri, n° 23954/94, 31 Mayıs 2001.

⁶ *Erdagöz/Turquie*, 22 Ekim 1997 tarihli karar, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI.. Çeviri için, bkz. DOĞRU, O., age, s. 292 vd.

görülen düzeye ulaşmıştır. Bu olaylar, başvurucuyu özgürlüğünden yoksun bırakmaktaki amacın, gerçeğe aykırı olarak suç ihbarında bulunduğu ve delil yudurulduğuna dair duyulan kuşkuyu teyid etmek veya çürütmek olduğunu göstermiştir. Başkomiser hem 16 Eylül yazısında ve hem de 17 Eylül 1992 tarihli kararında, başvurucunun suç işlediğinden kuşku duyulduğunu belirtmiştir. Başvurucunun tutumuna ve sözkonusu suçun niteliğine bakıldığında Mahkeme, Erdagöz ile ilgili araştırmanın tamamlanması için yirmi dört saat tutulmuş olduğuna dair savcının 6 Aralık 1993'te vardığı sonuca katılmamak için bir sebep görmemektedir."

Yukarıda verilen örneklerden ve Mahkemenin bu konuda verdiği pek çok kararlardan anlaşıldığı üzere, sorun uygulamada bu kavramların nasıl yorumlanacağıdır. Mahkeme 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinde sözü edilen "geçerli şüphe" (ya da makul şüphe) konusunda, bu şüphenin subjektif olamayacağını, kişinin suç işlediğine ilişkin objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek koşulların varlığının gerekli olduğunu belirtmektedir. Uygulamada, yakalamayı gerçekleştirenler prensip olarak polis ve jandarma olduğuna göre makul şüphe olup olmadığını da ilk olarak onlar değerlendireceklerdir. Bu durumda, ilgililerin İHAS ve ulusal mevzuattaki ölçüleri objektif koşullarda uygulamaları için konu hakkında yeterince donanıma sahip olmaları önem kazanmaktadır.

Bununla beraber, yapılan gözlemler, en azından geçmiş yıllarda, Türk ulusal uygulamasında bazı yerleşik sorunların genel anlamda 5. maddede korunan hakların ihlaline yol açmış olduğunu göstermektedir. Genelde Cumhuriyet savcıları soruşturmaları bizzat yönlendirmemekte, daha kolluk kuvvetleri tarafından hazırlanan raporlar dikkate alınarak iddianame hazırlanmaktadır. Bu durum kolluk kuvvetlerinin, muhtemelen yeterli koşullara sahip olmadan ve belki de kendi görev alanlarını aşan bir işlemlerle karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Makul şüphe ya da ulusal mevzuatta yer aldığı şekliyle kuvvetli belirti, iz eser veya delil kavramlarının içeriğini saptanmasının çok kolay olmaması uygulayıcıların keyfi tasarruflarına zemin hazırlayabilmektedir. Bazı durumlarda, dar bölgede görev yapan ve bölge sakinlerini geçmişleriyle tanıyan veya onlar hakkında sağlıklı bilgiye sahip olmayan ve kamu güvenliği gibi zor bir görevi yerine getirme kaygısını taşıyan kolluk kuvvetleri subjektif ölçülerle de hareket edebilmektedirler.

2. İHAS 5 § 2: Yakalanan kişinin bilgilendirme hakkı

5. maddenin 2. fıkrasına göre özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye bunun sebeplerinin en kısa zamanda, anladığı bir dilde bildirilmesi gerekmektedir. İHAM, *Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*⁷ kararında bu fıkra ile ilgili temel prensipleri açıklamıştır: “Sözleşme’nin 5. maddesinin ikinci fıkrası, gözaltına alınan kişinin neden özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesini gerekli gören temel bir güvenceyi içerir. Bu hüküm, 5. maddede öngörülen koruma mekanizmasının ayrılmaz bir parçasıdır: Gözaltına alınan bir kimseye ikinci fıkra gereği, gözaltına alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa, 4. fıkraya göre bunun hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır. Bu bilgi derhal (promptly) (Fransızca: “dans le plus court délai”) verilmelidir ama, gözaltına alınma anında görevli tarafından bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilip verilmediği her bir olayda, olayın kendi özel niteliklerine göre değerlendirilmelidir”.

*Dikme/Türkiye*⁸ davasında Mahkeme, yukarıdaki karara atıf yaptıktan sonra olayın özel koşullarını incelemiş ve 5. maddenin 2. fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu olayda, Mahkeme, başvuru- rucunun on altı gün süren gözaltı süresi boyunca Dev-Sol masasından polislerin kendisini sorguladığını, birinci sorgunun sonunda, saat 19 civarında, gizli servis üyesi bir kişinin kendisini “*Sen Devrimci Sol’dansın, ve eğer bize gerekli olan bilgileri vermezsen senin buradan cesedin çıkar*” diyerek tehdit ettiğini beyan ettiğini belirtmektedir. Mahkeme’ye göre bu beyan başvuru ile ilgili şüpheler konusunda açık bir bilgi içermektedir. Mahkeme bu durumda, başvuru- rucunun kendisinin yasaklanmış eylemlere katılmış olmasından şüphelenildiğinin farkına varmış olması gerektiğini belirtmektedir.

Sebeplerin yazılı olarak bildirilmesi zorunlu değildir. Anayasa 19. maddede de bu yönde bir hüküm bulunmaktadır: sebeplerin yazılı veya mümkün olmayan durumlarda sözlü olarak bildirilmesi gerekmektedir.

⁷ *Fox, Campbell et Hartley/Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990 tarihli karar, Seri A n° 182.. Çeviri için, bkz. DOĞRU, O., a.g.e, s. 22 vd.

⁸ *Dikme/Türkiye*, n° 20869/92, CEDH 2000-VIII.

3. İHAS 5 § 3: Garantiler

5. maddenin 3. fıkrası bir taraftan gözaltında geçen süreyi ve tutukluluk süresini, öbür taraftan tutukluluk konusunda yargısal kontroller ile ilgili düzenlemeler içermektedir.

Yukarıda aktarılan *Dikme/Türkiye* davasında başvuru, gözaltında geçen sürenin uzunluğu nedeniyle 3. fıkranın ihlal edildiğini ileri sürmüştü. Mahkeme, öncelikle bu davada tarafların 10 Şubat 1992-26 Şubat 1992 tarihleri arasında başvurusunun gözaltında olduğu konusunda tarafların hemfikir olduğunu saptamaktadır. Hükümet tartışma konusu tedbirin yasal olduğunu ileri sürmekle beraber, Mahkeme'ye göre gözaltının ulusal hukuka uygun olmasının yetkili makamların sanığı, 5. maddenin 3. fıkrasının gerektirdiği gibi, "hemen" yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarmaktan muaf tutmayacaktır. Bu davada, Mahkeme Hükümetin Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına uyum amacıyla yapılan yasal değişiklikler konusundaki bilgileri kaydetmektedir, ancak kendisinin yalnızca olayın özel koşullarını dikkate almakla yetkili olduğunu belirtmektedir. Toplumun teröre karşı koruma bağlamında olsa bile, yargısal kontrol olmadan geçen dört gün altı saatlik sürenin 3. maddeyi ihlal ettiğine karar verdiği *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık*⁹ içtihadını hatırlattıktan sonra, Mahkeme Hükümetin aynı yöndeki savunmalarını değerlendirmektedir. Bu anlamda geçmişte verdiği kararlarda, terör eylemlerine karşı yapılan soruşturmalarda yetkili makamların kuşkusuz olarak özel sorunlarla karşı karşıya kaldığını kabul ettiğini belirtmektedir. Ancak bu, Mahkeme'ye göre, ulusal makamların yakalama ve gözaltı konusunda, ulusal mahkemelerin ve son merci olarak Sözleşme kontrol organlarının etkili bir kontrolünden uzak bir şekilde, açık çeki sahip oldukları anlamına gelmez. Terorizm bağlantılı ve birden fazla şüphelinin bulunması nedeniyle bitmeyen soruşturmalar, yetkili makamların 5. maddenin 3. fıkrasından kaynaklanan yükümlülüklerini bertaraf etmez, bu maddenin amacı soruşturma süresince uygulanmadır ve bu koşullara uyarlanmamış, ancak Sözleşmeye uygun yargısal kontrol biçimlerini geliştirmek yetkili makamlara düşmektedir. 5. maddenin bireyi keyfiliğe karşı koruma rolünü hatırlattıktan sonra, Mahkeme bu olayda 3. fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁹ *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A n° 145-B.

Yukarıdaki prensiplerle, İHAM, *Sakık ve diğerleri/Türkiye*¹⁰ kararında da benzer bir sonuca varmış ve yargısal kontrolün, 5. maddenin 3. fıkrasındaki korumanın temel bir unsuru oluşturduğunu belirtmiştir. Bu fıkranın varlık amacı keyfilik riskini olabildiğince azaltmak ve “Sözleşme’nin başlangıç bölümünde açıkça atıfta bulunulan” “demokratik bir toplumun” “temel prensiplerinden” birisi olan hukukun üstünlüğünü sağlamaktır.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli önüne çıkarılmasında, en azından geçmiş dönemde, uygulamada sorunlar çıktığı bilinmektedir. Yetkili makamların kendilerine yasayla tanınan süreleri sonuna kadar kullanma eğiliminde oldukları, hatta bazı durumlarda bunu da aşarak soruşturmayı yürüttükleri yukarıdaki kararlar ve diğer kararlarda saptanmıştır.

Özellikle birden fazla kişinin yakalanması durumlarında CMUK 128/2. maddeden kaynaklanan bir uygulamanın 5. maddenin 3. fıkrasına uygun olmayan durumlar yaratmaya müsait olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de bu maddeye göre “*Üç veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu ve benzeri nedenlerle Cumhuriyet Savcısı bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir*”. Ancak, yasa metninin de belirttiği gibi, Cumhuriyet Savcıları, prensip olarak, uygulamada gözaltındaki kişileri fiziken görmemekte, evrak üzerinden sürenin uzatılmasına izin vermektedir. Oysa, yukarıda da belirtildiği gibi göz altı süresince Sözleşme’nin 2 ve 3. maddelerinde korunan hakların ihlal ihtimali olduğundan ilgili kişilerin Cumhuriyet Savcısı tarafından fiziken görülmesi büyük bir önem arz etmektedir.

Öbür taraftan, Türk ulusal uygulamasında özellikle tutukluluk süresinin uzunluğu çok önemli sorunlardan birisi olarak gündeme gelmiştir. Anayasa 19. maddesi ve CMUK 104, 112, 298 ve diğer maddeleri gereğince tutukluluğun devamına ilişkin verilen kararlarda izlenecek prensipler 5. madde ile paralellik arz etmektedir. Ancak, süregelen uygulama alışkanlıkları ve yoğun iş yükü, son reform-

¹⁰ *Sakık ve diğerleri/Türkiye*, 26 Kasım 1997 tarihli karar, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII. Gözaltı süresinin uzunluğu nedeniyle 3. fıkranın benzer bir ihlali için, bakz. *Dalkılıç/Türkiye*, n° 25756/94, 5 Aralık 2002.

larla azalma göstermekle birlikte, bu sorunların devam edebileceğini de göstermektedir.

Başlangıçta tutuklama kararı vermek için gerekli koşullar bulunduğunda, zaman geçtikçe bu koşullar tutuk halinin devamına karar vermek için yetersiz kalabilir. İHAM Yağcı ve Sargın/Türkiye¹¹ kararında bu hususu açıkça belirtmiştir: *"Tutulan kişinin, bir suç işlemiş olduğuna ilişkin duyulan makul kuşkuyla sürmesi, o kişinin tutukluluğunun devamının geçerliliği açısından onsuз olmaz (sine qua non) bir koşuldur; ancak bu koşul, belli bir süreden sonra yeterli olmaz; bu durumlarda mahkeme, yargısal makamlar tarafından özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılmak için belirtilen gerekçelerin devam edip etmediğine karar vermek durumundadır. Tutukluluk gerekçeleri "yerinde" ve "yeterli" ise, Mahkeme bu durumda, yethili ulusal makamların yargılamanın yürütülmesi sırasında "gerekli özeni" gösterip göstermediklerini saptar".*

Uygulamada, mahkemelerin 5. madde ve Anayasa ve CMUK normlarını her zaman titizlikle uyguladıklarını söylemek mümkün değildir. Uygulamada yer etmiş bazı klasik formüllerle tutuk halinin devamına karar verildiği, birden fazla kişinin söz konusu olduğu davalarda bazen sanıkların kendilerine nihai olarak verilen cezadan daha fazla tutuklu kaldığına rastlanmaktadır.

Tutukluğun devamı süresince incelenmesinde, mahkemelerce CMUK 112. maddesine göre en fazla 30 'ar günlük aralarla tutukluğun devamının inceleneneği hükmolunmuştur. Mahkemelerce çoğu zaman bu süre duruşmadan duruşmaya inceleme yapıldığı için aşıldığı gibi, kimi zaman da usulen yapılmaktadır. Gerçekten bir inceleme yapılmamaktadır.

Ayrıca, sanık lehine delillerin toplanması ve bu sayede tutukluluk halinin gereksiz yere uzamasını engelleyebilmek için CMUK'da düzenlemeler bulunmasına rağmen, uygulamada bu düzenlemelere pek başvurulmamaktadır: Bu anlamda CMUK 159. maddenin pek uygulanmadığı, sanık avukatlarının dahi bu konuda pek talepkar olmadığı gözlemlenmektedir.

¹¹ Yağcı ve Sargın/Türkiye, 08 Haziran 1995 tarihli, Seri A n° 319-A. Çeviri için, bkz. DOĞRU, O., age, s. 139 vd.

4. İHAS 5 § 4: Özgürlüğün sınırlanmasında işlemin hukuka uygunluğu denetimi

Özgürlüğün kısıtlanmasının hukuka uygun olup olmadığının yargısal denetimi konusu Türkiye açısından çeşitli vesilelerle İHAM tarafından incelenmiştir. Yukarıda anılan *Sakuk ve diğerleri/Türkiye* kararında, Mahkeme, Hükümetin başvuruçuların tutuklanmasına karar veren yargıç tarafından gözaltının hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı ve ayrıca Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrasının 5. maddenin 4. fıkrası ile benzer bir içeriğe sahip olduğu, zaten Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince bu sonuncunun doğrudan uygulanabilir olduğunu ve bu nedenle DGM önünde bir başvuru yolu sağladığı savunmalarını değerlendirmiştir. İlki ile ilgili olarak, Mahkeme, başvuruçular hakkında tutuklama kararı veren tek yargıcın aynı zamanda gözaltının yasallığı ile ilgili karar verip vermediği sorunundan bağımsız olarak, onun yakalamadan on dört gün sonra, yani gözaltının bitiminde müdahale ettiğini not etmiş ve bunun da 3. fıkra bağlamında değerlendirildiği gibi "hemen" kavramıyla bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrası ve 5. maddenin 4. fıkrasının doğrudan uygulanabilirliği ile ilgili olarak, bir başvuru yolunun yeteri derecede bir kesinlikle var olması gerektiği, aksi takdirde ulaşılabılır ve etkili olmayacağı ve kendisine sunulan dosyada da bunun bir uygulama örneğinin olmadığını saptamıştır.

Dalkılıç/Türkiye kararında, Mahkeme yeniden, karar verecek yargısal organın yürütmeden bağımsızlığının gerekliliğine işaret etmiş ve DGM'lerinde bu anlamda elverişli ve etkili bir yasal yol olmadığını hatırlatmıştır¹².

5. İHAS 5 § 5: Tazminat

İHAS 5. maddenin 5. fıkrasında düzenlenen tazminat hakkı Anayasa'nın 19. maddesinde ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanunda yer almaktadır. Anayasa'nın 19. maddesi ile yapılan değişiklik 5. madde ile paralellik arz etmektedir, ancak bu düzenlemenin Türk ulusal uygulamasını ne şekilde geliştireceğini zaman gösterecektir.

Bu konuda üç önemli hususun altını çizmekte fayda bulunmaktadır. İlkin, madde metninden de açıkça amlaşıldığı gibi 5. fıkra ge-

¹² Yukarıda anılan karar.

reğince tazminata hükmedilebilmesi için kişinin bu maddenin ilk dört fıkrasında sayılan haklarından birisinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir.

İkinci olarak, 2001 Anayasa değişikliğinden önce, 466 sayılı kanun çerçevesinde tanınmış olan bu hakkın uygulamada, özellikle ulusal mevzuata uygun olarak yapılan, ancak 5. maddeye uygun olmayan yakalama ve tutuklamalar için etkin bir yol sağladığını söylemek mümkün değildir. *Demir ve diğerleri/Türkiye*¹³ kararında, Hükümet ulusal yargı organları önünde Anayasa 19. maddesinin 8. fıkrasının ileri sürülmemesini ve 466 sayılı kanuna uygun olarak başvuruda bulunulmamasını iç hukuk yollarının tüketilmemesi ilk itirazı olarak ileri sürmüştür. 466 sayılı kanun ile ilgili olarak, Mahkeme bu kanun gereğince tazminat talebinde bulunulması için yakalama ve tutuklamanın kanun dışı olması şartını aradığını, tazminat hakkına sahip olmak için soruşturma açılmasına yer olmadığına, beraate veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Oysa, olayın özel koşullarında başvuruçunun cezası Yargıtay tarafından onanıp kesinleşmiştir. Sonuç olarak bu olayda, Mahkeme 3. fıkraya aykırılık tesbit edip başvuruçuya tazminat ödenmesine karar vermiştir. Mahkemenin aynı prensipler çerçevesinde *Sakık ve diğerleri/Türkiye* kararında 5. maddenin 5. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Son olarak, 5. maddenin yukarıda belirtilen, maddenin ilk dört fıkrasından birinin ihlal şartını araması nedeniyle, ulusal hukuktaki tazminat miktarları ile ilgili bir hüküm içermediğini ve İnsan Hakları Avrupa Komisyon ve Mahkemesi'nin yorumunun da bu yönde olduğunun altı çizilmelidir. Komisyon, *Cumber/Birleşik Krallık*¹⁴ kararında, Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. fıkrasının beklirli bir miktarda tazminat hakkını garanti altına almadığına karar vermiştir.

Sonuç

Özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili, İHAS 5. madde ve son yıllarda yapılan reformlarla somutlaşan Türk ulusal mevzuatı arasında artık önemli farklılıklar bulunmamaktadır. Geçmiş dönemde meydana

¹³ *Demir ve diğerleri/Türkiye*, 23 Eylül 1998 tarihli karar, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI.

¹⁴ İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun 28779/95 nolu, 27 Kasım 1996 tarihli kararı.

na gelen ihlaller belirli ölçüde mevzuattan kaynaklanmışlardır. Ancak, varolan normların etkili bir şekilde uygulanmamasının ve uygulamanın yeterince yargısal denetime tabi tutulmamasının da bu ihlal-lerde büyük bir payı bulunmaktadır.

Sözleşmenin, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Mahkemesi tarafından yorumlanmış şekliyle, ulusal mahkemeler tarafından uygulanabilmesi, bu alandaki koruma standardının daha da yükseltilmesi için en önemli adımlardan birisi olacaktır.

KAYNAKLAR

- CHARRIER, J. L., *Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Litec, Paris, 2000.
- DOĞRU, O., *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Cilt 1 (1998), Cilt 2 (1998), Cilt 3 (2000).
- GÖLCÜKLÜ, A.F.; GÖZÜBÜYÜK, A.Ş., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 3. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- KUNTER-YENİSY, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. baskı, Beta, İstanbul, 2003.
- MERRILLS, J.G.; ROBERTSON A.H., *Human Rights in Europe, A Study of the European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Manchester University Press, Manchester, 2001.
- PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT P.-H., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2e édition, Economica, Paris, 1999.
- RENUCCI, J.-F., *Droit Européen des Droits de l'Homme*, 3e édition, L.G.D.J., Paris, 2002.

ÜÇÜNCÜ OTURUM TARTIŞMALARI

OTURUM BAŞKANI : Mater **KABAN** (Yargıtay Birinci Başkan Vekili)

Buyurun Sayın Demirkıran.

İhsan DEMİRKIRAN- Sayın Doğru'ya, Sayın Eriş'e, Sayın Yılmaz'a, tebliğlerinden dolayı teşekkür ederim. Sorum, Sayın Eriş'le ilgili.

Şimdi 466 Sayılı Yasada, haksız tutuklanan ve yakalananlara maddi-manevi tazminat ödeniyordu. Siz de belirttiniz. Şimdi Anayasanın 19. Maddesinin son fıkrası değiştirildi, "... bu esaslar dışında - yukarıda yazılı esaslar dışında- bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devletçe ödenir" dendi. Zaten 466 Sayılı Kanununda da bunlar ödeniyordu. Bence bunun açıklaması şöyle olmalı: Efendim, eskiden herhalde -8. Ceza Dairesi tatbikatı bizden daha iyi biliyor- kusur esasına dayalı bir tatbikatı. Tabii bu davaların çoğu mirasçılara geçmiyordu; ceza mahkemeleri bakıyordu. Buradaki Anayasa değişikliğiyle kusursuz sorumluluk ilkesini kabul etti. Böyle düşünmekte fayda var. Yargıçlar artık bu değişikliğin kusursuz sorumluluk ilkelerini benimsediğini ve artık bu davaların da mirasçularına geçeceğini kabul ettiğini düşünmek lazım. Bu konuda sizin fikriniz nedir?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Demirkıran.

Buyurun Sayın Eriş.

Uğur ERİŞ- Zaten bu değişikliği ifade ederken muğlaklık olduğunu söyledim. Benim de bazı tereddütlerim var. Şimdi Anayasanın 19. Maddesinin son fıkrası değiştirilmeden önceki duruma bakıyoruz, 466 Sayılı yasa aynen hâlâ da geçerli. Nedir? Haksız tutuklama, yakalama sebepleri 7-8 bent halinde sayılmış. Eğer bunlar gerçekleşirse, işte haksız tutuklanan, haksız yakalanan veyahut da mahkûm olsa bile tutuklulukta geçen süresi mahkûmiyetten daha az olan kimse, hakkında verilecek kararın kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde ikâmet-

gahının bulunduğu ağır ceza mahkemesine başvuracak, dosya üzerinden bir karar verilecek.

Şimdi burada ise getirilen husus şu: “Tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devletçe ödenir” deyince, bende başka tereddütler doğdu; “Acaba artık özel hukuk mu işin içine giriyor, özel hukukun ilkeleri mi; yani tazminat hukukunun, borçlar hukukunun?” dedim. Öyle bir durum oluyor ise, acaba bu bir anlamda Anayasanın hükmüyle; 466 Sayılı Yasayı tümden uygulanmaz hale getirip, yahut da zımnen ilga mı var? Bu da tereddüt konusudur. Öyle bir durum oluyorsa, şu da olacaktır: O zaman tazminat hukuku ilkelerine göre Borçlar Kanunundaki zamanaşımı hükümlerine göre ancak işlem yapabileceksiniz. Burada işe öyle bir zamanaşımı hükmü yok, sadece mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden itibaren 3 aylık bir hak düşürücü süre var. Bu tür teknik sorunlar da çıkar.

Ben, buradaki olayı şöyle yorumluyorum: İyimser şekilde yorumlamaya çalışıyorum. Doğru - mu yapıyorum, bilmiyorum; ama kişilerin uğradıkları zararın, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre ödenir. Bu nedir? Gerçek zararına göre; çünkü 61 Anayasasına nazaran 82 Anayasasında değişiklik yapılırken dedim ki, “Gerçek zararından ziyade burada bir ibare değişikliği yapılmıştı, kısıtlama vardı” dedim. O kısıtlama giderilirken, tazminat hukukunun genel ilkelerine göre zararın devletçe ödeneceği hükmü getirildi. O zaman anayasa koyucu, amacı bu ise bir şey daha yapmalıydı; 466 Sayılı Yasayı da 2001 yılından bu zamana kadar değiştirmeli, yeni bir düzenleme getirmeliydi. Artık ağır ceza mahkemelerinde değil de, genel hükümlere göre ya “hukuk mahkemelerinde dava açılır” demeli, veyahut da idari yargı yolunda, tam yargı davası yoluyla olmalıydı.

Şimdi anayasa koyucuyu buna iten nedir? Tabii ki az önceki konuşmaların birinde söylendiği gibi 466 Sayılı Yasayla ilgili olarak bizim başımız ağrımaya başladı. İki yönden ağrıdı; dosya üzerinden karar verilmesi sıkıntı yaratıyor. İkincisi ise, gerçek zarar ödenmiyor. Mesela diyelim ki bir kişi aylarca tutuklandı, sonradan da beraat etti. Bizim ülkemizde de dava uzunca senelerce sürüyor. Aradan 5 sene geçti, kesinleşti. Haksız tutuklanan dava açıyor, bizim mahkemelerimiz şöyle karar veriyor: “Tutuklulukta ne kadar geçti? 6 ay, 8 ay. O zaman ne yapıyordun? Bana zararını belgele. Belgeleyemezsen, Yargıtayımızın içtihadları var; asgari ücret tutarı üzerinden, o günkü çalıştığı iş dolayısıyla bu ödenir” diyordu; ama bu adam, tutuklandığı

sürede işini kaybetmiş, bir daha iş bulamamış, bir sürü sıkıntılara katlanmış. Bunun karşılığı ödenmiyordu.

“Faiz ödenir” deniliyor. Faiz de ne kadar? Bizde, yakın zamanlara kadar yasal faiz çok düşüktü. İşte sıkıntı burada doğuyordu. Bu giderilmeye çalışılmış; ama anayasa koyucunun atmak istediği adım, kötü bir formülle getirilmiş. Bence de yeni hükümde büyük tereddütler var. İş içinden çıkılmaz hale getirmiş. Bunu yasal düzenlemeyle açıklığa kavuşturursa iyi olur diye düşünüyorum.

Ben de aslında sizin sorduğunuz bu soruyu değerli Yargıtay mensuplarına sorup, merakımı gidermek istiyordum. Bu vesileyle başka tartışmalar da olursa, özellikle bu haksız tutuklamalarla ilgili tazminatlar hangi dairenin konusuna giriyorsa, o dairenin sayın değerli üyeleri varsa, onlar belki bizi yorumlarıyla daha iyi aydınlatabilirler.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim Sayın Eriş.

Efendim, sorular ile yanıtlar arasında da süre itibarıyla bir oran olmalı. Ona da sayın konuşmacılarımızın uymaları uygun olur.

Bir yanlış anlamaya engel olma bakımından Sayın Doğru'nun çok kısa bir açıklaması var. Şimdi onu dinleyeceğiz.

Osman DOĞRU- “Sözleşmede, yakalanan kişilerin yakınlarına haber verme hakkı öngörülmemiştir” denildi. Bu, açıkça böyledir, yoktur; fakat İnsan Hakları Mahkemesinin **Dönigin** ve **McBriht** kararında, **Brogın** ve diğerleri kararında, Türkiye'yle ilgili Aksoy kararında, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin koruyuculardan yararlanma hakkı var. Bunlar da 4 tane; avukatla görüşme, yakınlarına ve aileye haber verilme, doktor önüne çıkarılma ve hukukilik itirazı.

Sayın Başkandan izin aldığım süre bu soruyla ilgiliydi; ama şimdi zannediyorum tazminatla ilgili sorun, yetersiz tazminat noktasında düğümleniyor. Oysa problem çok daha derin. Anayasamızın 19. Maddenin son fıkrası ve sözleşmenin 5. Maddesinin 5. Fıkrası, özgürlüğünden yoksun bırakılanlara tazminat ödenmesini öngörüyor; fakat sözleşmenin 5. Maddesinin 5. Fıkrası diyor ki; “1. Fıkra ile 4. Fıkra içerisindeki; yani 5. Maddenin diğer hükümleri içerisinde yer alan haklar ihlal edilirse tazminat ödenir”

Şimdi ben de şunu soruyorum: Acaba Sözleşmedeki bu haklar, Sözleşmenin 5. Maddesinin içerisindeki hakların tümü iç hukukta korunuyor mu? Bir örnek vermek istiyorum. 3 yıl ya da 4 yıl tutuklu kalmış bir kişiyi düşünelim. Sonuçta da 10 yıl hapis cezası alsın. Ne yapılır? Tutukluluk süresi ceza süresinden düşülür. Bizim iç hukukumuzda bu kişiye tazminat ödenir mi? Kesinlikle ödenmez; ama Sözleşmenin 5. Maddesinin 3. Fıkrası şöyle bir hak getiriyor; tutuklunun, makul sürede salıverilme hakkı. İsterse ceza süreci fazla olsun, tutuklu kişi makul bir süre içerisinde tutulacak. Bu 5. Maddenin 3. Fıkrasının ihlali nedeniyle çok sayıda karar verilmiş ve buna ilişkin tazminat da var. Bu hak, bizim hukukumuzda tutukluluk süresinin kısaltılması yasal kısaltmayla, o da tabii koşullar varsa kısaltulabilir. Dolayısıyla bana, korunan bir hak değil gibi görünüyor; kural olarak korunan hak. Daha doğrusu -çok özür dilerim- korunan değil de, yaptırıma bağlanmış; tazmin anlamında yaptırıma bağlanmış bir kural olarak bana görünmüyor.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

Şerif YILMAZ- Sayın Başkan, notlarıma baktım, demin bir şeyi söylemeyi unuttuğum. Tam bu noktada öyle bir şey oluyor ki, esas mahkemeleri önünde verilen kararlar, tutukluluğun kontrol edilmesinin, Yargıtaya gelmeden İHM'a gidiyor. Dolayısıyla burada çok ciddi bir sorun var; yani malum mahkeme, tutukluluk halinin devamına karar veriyor. Bir sonrakine itirazda bulunuyorsunuz; ama pratikte genellikle "dosyaya bakan mahkeme bunu çok daha iyi bilir" düşüncesiyle etkili bir kontrol yok. O mahkeme, diğerinin üstü de değil; pratikte Yargıtay gibi onu yönlendirecek, onun kararını bozacak gibi de durmuyor. Dolayısıyla Sayın Osman Doğru'nun belirttiği, bu anlamda önemli; yani aslında ulusal hukukta, özellikle daha sonra gelecek mahkûmiyet kararlarıyla düzenlenebilecek ve zaten mahkûmiyet kararı geldiğinde, Yargıtay önünde kimse yakalamayı, tutuklamayı tartışmıyor.

Gelmeden bir gün önce baktım, bu konularda Yargıtayın içtihatları yok denecek kadar az, bazılarında hemen hemen hiç yok. Dolayısıyla belki buna bir önlem olarak belli bir süre sonra Yargıtaya belki de bir itiraz yolu düşünülebilir; çünkü Strasbourg'a gitmeden burada etkili bir koruma olursa, belki sorun burada çözülür.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Ben teşekkür ederim. Sayın Yılmaz.

Sorularımız burada bitti. Engin sabırlarınız için ayrı ayrı bütün konuklara teşekkür ediyor, yarın buluşmak üzere gündemi kapatıyorum efendim. (Alkışlar)

DÖRDÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI

İHSAN DEMİRKİRAN

(Yargıtay Birinci Başkanlığı)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi¹

Coralie AMBROISE-CASTEROT*

6. madde'yi incelemeye geçmeden önce, birkaç teşekkür sunmak istiyorum. Evet biliyorum bana ayrılan süre 20 dakika ile sınırlı ama İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden özür dilerim : sanırım birkaç saniyesini çalabilirim. İlk teşekkürüm, kaliteli çalışmaları ve gösterdikleri sıcak misafirperverlikten dolayı bu toplantıyı düzenleyenlere olacak. İkinci teşekkürümü, hem böyle bir girişimde bulunduğu, hem

¹ Madde 6 § 1 : Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda gerek kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir ; ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

§ 2 : Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

§ 3 : Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çekürmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

* Nice Sophia Antipolis Üniversitesi Profesörü, Özel Hukuk Etüd ve Araştırma Merkezi Müdürü

de nezaketi ve inceliği için özellikle Profesör İbrahim Kaboğlu'na sunmak isterim. Bugün, burada, Ankara'da, Yargıtay'ın görkemli çatısının altında, bu muhteşem kollokyuma sizlerle birlikte katılmaktan büyük şeref duyuyorum.

Yargıtay'dan bahsederken ... İsterseniz biz yine hakimlere, hukuka ve 6. madde'ye dönelim.

Bana verilen kolay bir görev değil: 6.madde ; bu kadar kısa bir zamanda, bu kadar kapsamlı bir alana girmek, bu kadar zengin bir konudan bahsetmek. Neyse ki, dün, Sayın Yargıç Rıza Türmen bize konunun etraflı bir sunumunu yaptı: söylediklerini tekrar etmek niyetinde değilim. Buna rağmen hala değinmek istediğim o kadar çok şey var ki, 20 dakikanın –hatta 18 dakikam kaldı– yetmesi mümkün değil.

6. madde tek başına Avrupa Hukukunun neredeyse bir özeti: herşeyden önce bu alana yeni adım atanlarca en çok bilinen madde, ayrıca da bu maddeyle ilgili davalarda büyük bir patlama yaşanıyor. Gerçekten de, davaların yarısı adil yargılanma hakkıyla ilgili davalar.

6. maddenin 3 fıkrası, birçok hakkı güvence altına alıyor. Bunların arasında tabii, makul bir süre içinde yargılanma hakkı var, ama ayrıca davaların aleni görülmesi hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, kendisine yönelilen suçlamanın niteliği ve nedeninden bilgilendirilme hakkı, avukat bulundurma hakkı, tercüman yardımından yararlanma hakkı ve daha burada saymadığım birçok hak da var.

Metinde, açık bir şekilde ifade edilen bu hakların yanısıra bazı zımni güvenceler de yer almaktadır. Bu güvenceler, zaman içinde, Avrupalı yargıçlar tarafından bulundular. Nitekim, (*Mahkeme'nin kendisinin de hatırlattığı gibi*) Avrupa Sözleşmesi'nin dondurulmuş, değişmez bir araç olmadığını unutmamak gerekir. Sözleşme de toplumun evrimine ayak uydurur. Adil yargılama kavramı da gelişmektedir. Dolayısıyla, 6. maddede birçok bazı güvencelerin yanısıra:

- Yargı kararlarının gerekçelendirilmesi zorunluluğu;
- Silahların eşitliği ilkesi (*bu konuya değinmeyeceğim zira İzmir Barosu'ndan Av. Güney Dinç bu konuda bir sunum yapacak*);
- Kendi kendini suçlamama hakkı;
- Kanıtlarını araştırırken sadakat ilkesi de bulunmaktadır.

Bu hakların kimisi ceza davalarına özgüdür (Ör: Kendi kendini suçlamama hakkı), kimisi de bütün davaları kapsar (Ör: Yargı kararlarının gerekçelendirilmesi zorunluluğu).

Tüm bu yeni güvenceler, *zımni* diye adlandırılan bu güvenceler, Avrupa yargıcı tarafından bulunmuş ve Sözleşmeye Taraf Devletlere dayatılmıştır.

Aslında, Avrupa yargıcı bu alanda rehber olmaya devam etmektedir; oysa ulusal yargıç ilk yargıç olmalı, insan haklarının doğal yargıcı olmalıdır. Avrupa yargıcı sadece yerindelik ilkesi kapsamında müdahale etmelidir. Adil yargılanma hakkının aracı ulusal yargıç olmalıdır.

İlk başlarda, ulusal yargıç (bunu söylerken özellikle Fransa aklına geliyor) Sözleşme hukukunu uygulama konusunda çok çekinceliydi. Hala da, büyük ölçüde öyle olmaya devam ediyor. Ancak, Taraf Devletlerin aldığı mahkumiyetler, ulusal yargıçları iç hukuku sözleşmenin ışığında uygulamaya sevk etmiştir. Ulusal yargıcın çok büyük bir gücü vardır. Bu gücünün bilincinde olmalıdır. Aslında, ulusal yargıç, bugün, adil yargının mimarıdır.

Yargıçların cevabını aradığı soru şudur : iç hukukla Avrupa hukuku arasında bir çelişki olduğunda ne olacaktır? Başka bir deyişle, bu durumda ulusal yargıç iç hukuk yerine sözleşme hukukunu uygulayabilir mi, uygulamalı mıdır? Cevap elbette olumludur. Ulusal yargıç, Avrupa hukukuna aykırı olduğuna kanaat getirdiği iç hukuku uygulamayı reddetme yetkisine sahiptir. Fransız hukukundan bir örnek verelim. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bir maddesi (Mad.546), 1999 yılına kadar polisiye vakalarda (yani hafif suçlar) verilen kararları istinafa götürme yetkisini münhasıran Cumhuriyet Başsavcısına veriyordu. Kanun aynı hakkı taraflara, şahsi hak davasına, sanığa ve hatta Cumhuriyet Savcısına vermeyi reddediyordu. Fransız Yargıtayının Ceza Dairesi 6 Mayıs 1997 tarihli bir kararla, Cumhuriyet Başsavcısı bu tür başvurularının görülemez olduğuna dair alınan bir kararı iptal etti. Nitekim, eşitliğin bozulması için bir gerekçe yoktu. Kanun koyucu bu çözümü, 1999 yılında (23 Haziran 1999 tarihli Yasa) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 546. maddesinin son fıkrasını kaldırmak suretiyle onayladı.

Başka bir deyişle, yasa koyucu bu hakkı bütün taraflara tanımak yerine, silahların eşitliğini güvence altına almak için Cumhuriyet Başsavcısının yetkilerini sınırlama yoluna gitmeyi tercih etmiştir. Bu da

bize, genellikle parlamentoların en sonunda yargıçların yorumlarını takip ettiklerini göstermektedir.

Ancak adil yargılanma hakkının belirsiz ve muğlak olması nedeniyle, bu yetkinin korkutucu bir tarafı da olduğu görülür. Adalet düşüncesi sanki öylesine aşkın bir düşüncedir ki, ulusal yargıca « vahiyedilir ». Artık ne metinlere ihtiyaç vardır, ne ulusal yargıca adilane karar vermeye sevk edecek ulusal yasalara ihtiyaç vardır. Yargıç, Sözleşme'nin muğlak maddelerinin de yardımıyla, adaletin iyi olması için güvence altına alınması gereken hakların hangileri olduğuna karar verecektir.

Ulusal yargıç birden kendini yasanın yargıca mevkiinde bulur.

Ancak hakkaniyetle karar veren bu yargıç, Roma-cermen geleneginden gelen hukukçuları, özellikle de hala tarihinin damgasını taşıyan Fransız yargıcını ürkütür. 1789 Devriminin sabahında « Tanrı bizi Parlemantoların hakkaniyetinden korusun »² nidalarını duymuyor muyduk ?

Adil yargılanma üzerine kurulmuş bu adalet görüşü, Anglo-sakson hukukunun Avrupa hukukuna olan etkisini göstermektedir. Anglo-sakson hukuku yazılı bir hukuk değil, yargıcın yorumuna dayanan gelenekçi bir hukuktur.

Avrupa yargıca 6.maddeyi geniş biçimde yorumlar ve ulusal yargıca aynı şeyi yapmaya davet eder. Böylece adil yargılanma hakkı etki alanını genişletir. Adli, cezai, idari davalarla disiplin veya karma davalarda taraflara tanınan haklar gitgide artmaktadır. Böylece davaya taraf yurttaşların hakları genişletilmekte ve bu süreç gelişerek devam etmektedir.

Metnin üç fıkrası konuyla ilgilidir.

I – Madde 6, 1. fıkra

● Herşeyden önce, 6.madde adil yargılanma hakkını düzenler. Ancak davanın olabilmesi için bir yargıca gereklidir. Bu nedenle 6. madde yargıca hakkını, (Mahkeme'nin 26 Ağustos 2000 tarihinde Kudla/Polonya davasında³ hatırlattığı gibi) etkin kanun yolu hakkını ve mahkemeye erişme hakkını zikreder.

² O dönemde « Parlemantolar » deyimini Mahkemeler anlamında kullanılıyordu.

Bu hak mutlak bir haktır. Yargıtay'a göre, hiçbirşey bu hakkın uygulanmasını engelleyemez. Bu da en çok ceza hukukunda mesele olmuştur. Mahkemeye erişme hakkı mutlak bir haktır, sanık gaip de olsa, suçlanmamış olsa da (örneğin, kaçmışsa).

Her sanık, ülkesinin adaletinden kendi iradesiyle kaçmış olsa bile, adil yargılanma hakkına sahiptir. Mahkemeler, sanığın gaip olduğunu öne sürerek, sanığın avukatının müvekkiline en etkin şekilde yardımcı olma hakkından mahrum edemez. Bu kuralın uygulanması Fransa'nın birkaç mahkumiyetine mal olarak Fransız hukukçuların canını sıkmıştır.

Şimdilik, İHAM daha ileriye gitmemiştir. Ancak, içtihat daha da gelişebilir. Yarın, belki de, bir soruşturma sırasında şüpheli görülen ve kaçan birisi, soruşturma sürecinde avukatının kendisini temsil etmesini talep edebilecek. Böylece, sanık Avrupa Sözleşmesinin kendisine tanıdığı bütün haklardan yararlanabilecektir: dosyalara ulaşma hakkı (*bilgi edinme hakkı*), tanıkları dinletme hakkı, vs.

● Ardından, yargıcın kendisi de 6. maddenin kapsamındadır. Metin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme hakkını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla, devletler yargıç ve savcılarının « niteliklerini » de güvence altına almalıdır. Yargıç hem öznel hem de nesnel, yani hem işlevsel hem de kişisel tarafsızlığın timsali olmalıdır. Bunlar çok bilinen meseleler ve nitekim İHAM'in de bu konuda çok sayıda kararı vardır.

Örneğin, yargıcın taraflardan biriyle herhangi bir akrabalık, arkadaşlık hatta husumet ilişkisi olamaz. Aynı şekilde, yargıç iktidardan da bağımsızdır. Yargıç ve savcılar yürütmeye tabi oldukları takdirde, 6. madde anlamında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olamaz.

Yine aynı şekilde siyasi, sendikal, dini vs. görüşlerini açıkça ilan eden bir yargıcın gerçekten tarafsız ve bağımsız olduğu söylenebilir mi?

Yargıç mason⁴ olabilir mi (bu tartışma özellikle Fransa'da çok gündemde)? Hem bu cemaate hizmet hem de adalete hizmet yemini edilebilir mi? Kimi Adalet Saraylarının, bütün parmakların Masonluğa çevrildiği davalarla sarsıldığı bu günlerde, bu soru bir sınav sorusunun çok ötesinde. İHAM'in gitgide daha titizleştiğini düşünürsek,

⁴Yargıç Gérard Capashen, konuyu sorguladı : « Bir yargıç mason olabilir mi? », D. 2001, s. 3203.

önümüzdeki senelerde, kişisel duruşlar veya etki altında kalma isna-
ıyla açılacak davaların sayısında artış olabilir.

Nihayet, 6. maddenin 1. fıkrası, aynı zamanda açık celsede ve makul bir süre içerisinde yargılanma hakkıdır da. Bu alandaki davaların haddi hesabı yok. Dün, Sayın Rıza Türmen bu metinle ilgili karşılaşılan zorluklardan bahsetti. Bugün artık devletlerin, adaletin yavaş işlemesinden mağdur olanların zararlarının tazmini için bir yol bulmalarının elzem olduğu açıktır⁵. İtalya bunu Pinto⁶ yasasıyla gerçekleştirmiştir.

II – Madde 6, 2. fıkra

Gayet tabii, bu fıkra zorunlu olarak, ceza davalarını kapsar.

Masumiyet karinesi ne anlama gelmektedir?

Her şeyden önce, sanık suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda değildir, aksine iddia makamı sanığın suçluluğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Ayrıca, iddia makamı gerekli delillere ulaşmak için yasal olmayan yollara (suça teşvik etmeme, isimsiz tanıkların zorunlu olmadıkça dinlenmemesi...) baş vuramaz.

İkinci olarak, masumiyet karinesi, *in dubio proprüétaire reo*: şüphe sanığın lehinedir, öz deyişinin bir ifadesidir. En ufak bir şüphe halinde bile, yargıcın takipsizlik⁷, salıverme⁸ veya beraat⁹ kararı vermesi bir gerekliliktir.

Buna karşın, 6. maddenin 2. fıkrası suçluluk karinesini de mutlak surette yasaklamıyor. Aslında, bu tür karineler ulusal mevzuatlarda muhafaza edilebiliyor. Bunlar, zorunlu olarak masumiyet karinesine¹⁰ aykırı değiller. İHAM sadece makul sınırlar içerisinde kalmalarını ve mutlak olmamalarını zorunlu kılıyor ve kovuşturmayaya uğrayan kişisini aksi kanıt sunulabilmesini ön görüyor.

6. Maddenin 2. fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karinesi hakkı, prosedürün her safhasında uygulanmalıdır: dar anlamda tüm dava süresince, ama tabii, hükmün verilmesinden sonra, ama

⁵Cf. Karar Kudla / Polonya 26 Ağustos 2000.

⁶ 24 Mart 2001 yasası

⁷Hazırlık soruşturması aşamasında.

⁸Asliye Ceza Mahkemesi veya Sulh Ceza Mahkemesinde.

⁹Ağır Ceza Mahkemesinde.

¹⁰Cf. Halihazırda Salabiaku c/ France, 7 Ekim 1988.

aynı zamanda hazırlık safhasında ve hatta hazırlık safhasından da önce uygulanmalıdır. İHAM, keyfiyeti 10 Şubat 1995 Allenet de Ribemont / Fransa davasında da haurlatmıştır. Bir cinayet işlenmiş ve, daha adli takibat bile başlatılmadan, bir bakan bir basın konferansında davacıyı cinayetin azmettiricisi olarak takdim etmiştir. Oysa, daha herhangi bir soruşturma açılmamış olmakla birlikte , bu safhada da masumiyet karinesinin uygulanması gerekiyordu.

III – Madde 6, 3. fıkra

Davaya şekli veren 6. maddenin 3. fıkrasında de yine savunmanın hakları anlatılmaktadır.

Bu metne göre, « *Her sanığın hakkı* » :

a) « *Kendisine isnad suçun niteliği ve nedeni konusunda en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmek* » ;

Burada söz konusu olan gerçek bir bilgi edinme hakkıdır: sanığın kendisine isnad edilen olayları ve hukuki vasıfları bilmesi gereklidir. Eğer suçun vasfı değişirse, suçlanan kişinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirme her zaman en kısa sürede yapılmalıdır. Bu « a » bendi aynı zamanda, « e » bendinde yer alan ve izah edilen tercüman hakkının ön işaretlerini taşır.

b) « *Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak*»;

Sanık, kendisinin veya savunmasını yapan kişinin aracılığıyla dava dosyasına ulaşma hakkına sahip olmalıdır (Foucher/ Fransa davası, 18 Mart 1997 kararı). Avrupa Mahkemesi dosyaya doğrudan ulaşmayı bir zorunluluk olarak dayatmıyor: dosyaya erişim avukatla sınırlandırılabilir. Ancak tabii, takibata uğrayan kişi, kendi savunmasını kendi yapmaya karar verdiği takdirde, dava dosyasına herhangi bir aracı olmadan erişebilmelidir.

c) « *Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından ücretsiz yararlanabilmek* » ;

Bu bentte avukat edinme hakkı düzenleniyor. Bu metin, evvela takibata uğrayan her kişinin savunma hakkına sahip olduğunu belirtiyor ve ardından savunmasını yapan kişiyle ilişkilerini koruma altına

alıyor (Ör: avukat ve sanık arasındaki muhaberatın gizliliği). Ayrıca, 6.maddenin 3 fıkrasının « C » bendi aynı zamanda hukuka ulaşma meselesini de içeriyor. Sözleşme « ücretsiz yardım» ifadesini kullanıyor: yani adli yardım, riayet edilmediği takdirde davanın adil olamayacağı, temel bir haktır. Adli yardım, Mahkeme tarafından adalete etkin ulaşım ve silahların eşitliği ilkelerinin türevi bir hak olarak değerlendirilmektedir. Bununla beraber, Mahkeme devletlerin kolay ulaşılabilir mahkemeler tesis etmesi kaydıyla, adli yardım düzenlemelerinden en azından kısmi olarak imtina edebilmesini de yasaklamıyor. (Airey / İrlanda davası, 9 Ekim 1979)¹¹

d) « *Iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek* »;

Bu hüküm meşhur çetrefilli anonim tanıklar meselesini gündeme getiriyor. Avrupa Mahkemesi anonim tanıklara başvurulmasının meşruluğunu incelemiştir. Mahkemenin içtihadından, bu uygulamaya kayıtsız şartsız karşı olmadığı görülüyor. Ancak, Mahkeme anonim tanıkları kabul edip temkinli davranırken birçok da çekince de ileri sürüyor. Evvela, tanıkların tehdit altında olması vazgeçilmez bir şart. Mahkemenin takdiri, tanıkların, sıradan birey veya polis olmalarına göre de değişmektedir: Avrupa Hukukuna göre polisler adalet önünde aynı korumadan faydalanamamaktadırlar (Visser / Pays-Bas davası, 14 Şubat 2002). Bu durumda, içeri sızan görevlileri korumak bazen zorlaşmaktadır.

Ayrıca, Mahkeme adil yargılanma hakkı ilkelerinin, savunmanın menfaatinin « *tanık veya tanıklık yapmaya çağrılan mağdurların menfaatlari ile dengelenmesini* » emrettiği konusunda ısrarcıdır. Dengeleme fikri anlaşılabilir bir fikirdir: davada bütün tarafların hakları gözetilmelidir. Peki, sanığın hakları araştırmanın elini kolunu bağladığında büyük suçlara¹² karşı nasıl mücadele edeceğiz?

e) « *Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde ücretsiz olarak tercüman yardımından yararlanmak* ». Burada, bir kez daha, adalete, mahkemeye ulaşım meselesine, yani önce anlaşılmayı gerekli kılan hukuka dönüyoruz.

¹¹J-F Renucci, İnsan Hakları Avrupa Hukuku « Droit européen des droits de l'homme », LGDJ 3^e éd. 2002

¹²Uyuşturucu trafiği, İnsanların kandırılması...

İşte ana hatlarıyla 6. maddenin içeriğini sunmuş olduk. Mahkeme'nin önlemlerini gittikçe daha geniş biçimde yorumladığından, sayısız yazar bugün avrupa gereklilileri içerisinde onu yüceltmektedir. Profesör Renucci¹⁵ veya Profesör Marguénaud gibi bazı yazarlar ise, Sözleşmeden doğan bu geniş yorumlamadan dolayı endişe duyuyorlar.

Gerçekten de, bu sempozyum boyunca katılımcıların da beceriyle gösterdiği gibi çok fazla hakkaniyet, hakkaniyeti öldürebilir ve adil yargılanma hakkını ortadan kaldırabilir. İşte avrupalı yargıçların üzerinde düşünmeleri gereken bir konu....

¹⁵Cf. supra.

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹

Coralie AMBROISE-CASTEROT*

Tout d'abord, avant de plonger dans l'étude de l'article 6, je voudrais effectuer quelques remerciements. Oui, je sais, le temps qui m'est imparti est de seulement 20 minutes mais tant pis pour la

¹Article 6 § 1 : Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

§ 2 : Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

§ 3 : Tout accusé a droit notamment à :

- f. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;
- g. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;
- h. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;
- i. interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
- j. se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

* *Agrégée des Facultés, Professeur à l'Université de Nice - Sophia Antipolis Directrice du Centre d'Etudes et de Recherche en Droit privé*

convention européenne des droits de l'homme : son étude peut bien être amputée de quelques secondes.

Je voudrais en premier lieu remercier les organisateurs de ce colloque pour la qualité des travaux en cours et la chaleur de leur accueil. En second lieu, je tiens à remercier tout particulièrement monsieur le professeur Kaboglu pour son initiative ainsi que pour sa gentillesse et sa prévenance. C'est un magnifique colloque et je suis particulièrement honorée d'y participer, et de me trouver ici, aujourd'hui, avec vous, au sein de la prestigieuse Cour de cassation d'Ankara.

La Cour de cassation donc... Revenons au juge, revenons au droit, revenons à l'article 6.

La tâche qui m'est impartie n'est pas aisée : l'article 6... Vaste champ d'étude et si peu de temps. La richesse de la matière est immense. Heureusement, hier, monsieur le juge Riza Turmen nous a déjà présenté une grande partie de la matière : je ne compte pas reprendre ses propos. Il reste cependant encore beaucoup d'aspects à aborder et 20 minutes - *enfin, plus que 18 maintenant* - n'y suffiront pas.

L'article 6 résume presque à lui seul le droit européen : tout d'abord parce qu'il est le mieux connu des néophytes et ensuite, parce que le contentieux relatif à ce texte explose. En effet, la moitié de celui-ci se rapporte au droit à un procès équitable.

L'article 6 contient une multitude de droits garantis au sein de trois paragraphes : délai raisonnable, bien sûr, mais encore droit à un procès public, droit à un tribunal indépendant et impartial, droit à la présomption d'innocence, droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation porté contre soi, droit à un avocat, droit à un interprète... La liste est loin d'être exhaustive.

A ces droits, explicitement prévus par le texte, s'ajoutent encore des garanties explicites. Celles-ci ont été découvertes par les juges européens au fil des ans. En effet, il ne faut pas oublier (*ainsi que la Cour l'a elle-même rappelé*) que la convention européenne n'est pas un instrument figé. Elle s'adapte à l'évolution de la société. La conception d'un procès juste, elle aussi, s'affine. L'article 6 contient donc encore, entre autres :

- l'obligation de motiver des décisions de justice ;

- le principe de l'égalité des armes (*sur lequel je ne reviendrai pas puisque Maître Güney Dinç, du Barreau d'Izmir, va le présenter ultérieurement*) ;

- le droit de ne pas s'auto-incriminer ;

- le principe de loyauté dans la recherche des preuves...

Parmi ces droits, certains sont propres au contentieux pénal (ex : le droit de ne pas s'auto-incriminer), d'autres transcendent tous les types de contentieux (ex : l'obligation de motiver des décisions de justice).

Toutes ces garanties nouvelles, garanties dites *implicites*, ont été découvertes par le juge européen et imposées aux Etats parties à la Convention.

En effet, le juge européen demeure le guide en la matière. Pourtant, le juge national devrait être le premier juge, le juge naturel des droits de l'homme. Le juge européen ne devrait intervenir que de manière subsidiaire. C'est le juge national qui doit être l'instrument de réalisation du procès équitable.

Au début, le juge national (et je pense tout particulièrement à la France) était particulièrement réticent dans l'application du droit conventionnel. Il l'est encore, dans une large mesure. Cependant, les multiples condamnations subies par les Etats signataires ont conduit les juges nationaux à appliquer le droit interne à la lumière de la convention. Et le pouvoir du juge national est immense. Il doit en avoir pleinement conscience. En effet, le juge national, aujourd'hui, est le maître d'œuvre du procès équitable.

La question qui se pose aux magistrats est la suivante : que se passe-t-il si la législation interne est en contradiction avec le droit européen ? Autrement dit, le juge national peut-il (ou *doit-il*) refuser d'appliquer la loi interne au profit du droit issu de la Convention ? La réponse est bien évidemment positive. Le juge national est investi du pouvoir de rejeter la loi interne qu'il estimerait contraire au droit européen. Prenons un exemple tiré du droit français. Un article du Code de procédure pénale (art. 546) réservait jusqu'en 1999 au seul procureur général le droit de faire appel de certains jugements rendus en matière de police (c'est-à-dire des infractions vénielles). Le Code refusait donc la même prérogative aux parties : partie civile, accusé, et même au procureur de la République. La chambre

criminelle de la Cour de cassation française a alors décidé, dans un arrêt du 6 mai 1997, d'annuler un arrêt qui déclarait un tel appel du procureur général recevable. En effet, la rupture d'égalité n'était pas justifiée. Cette solution a été entérinée par le législateur qui est intervenu en 1999 (Loi du 23 juin 1999) afin de supprimer l'alinéa dernier de l'article 546 du Code de procédure pénale.

Autrement dit, plutôt que d'octroyer une telle prérogative à toutes les parties, le législateur a préféré assurer l'égalité des armes en réduisant les pouvoirs du procureur général. Cette affaire permet d'illustrer le fait que les parlements finissent souvent par se soumettre à l'interprétation des juges.

Mais ce pouvoir a quelque chose d'effrayant dans la mesure où le droit au procès équitable est un droit flou et flottant. Il semblerait que l'idée de justice soit tellement transcendante qu'elle apparaisse comme « révélée » au juge national. Plus besoin de textes, plus besoin de lois nationales pour conduire le juge qui statue alors en équité. Il décide, à l'aide d'articles vagues de la Convention, quels doivent être les droits permettant de garantir une bonne justice.

Le juge national se retrouve propulsé juge de la loi.

Mais ce juge qui statue en équité effraie quelque peu le juriste de tradition romano-germanique, et notamment le juge français, encore tout empreint de son histoire. A la veille de la Révolution de 1789, n'entendait-on pas l'adage suivant résonner ? « *Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements !* »².

Cette vision de la justice, construite sur le modèle du procès équitable, est très révélatrice de l'influence anglo-saxonne sur le droit européen. Le droit anglo-saxon n'est pas un droit écrit, mais un droit coutumier, reposant sur l'interprétation du juge.

Le juge européen interprète très largement l'article 6 et invite le juge national, à son tour, à le suivre. Le droit à un procès équitable voit donc son champ s'élargir. Les prérogatives accordées aux parties dans le procès civil, pénal, dans le contentieux administratif ou dans les contentieux disciplinaires ou mixtes sont de plus en plus importantes. Les pouvoirs des citoyens en procès sont donc largement accrus et ce phénomène ne cesse de progresser.

²Le terme « Parlements » désignait à l'époque les Cours de Justice.

Les trois paragraphes de ce texte sont concernés.

I – Article 6 § 1

● Tout d'abord, l'article 6 consacre le droit à un procès équitable. Mais il ne saurait y avoir de procès sans juge. L'article 6 contient donc l'expression d'un droit au juge, d'un droit à un recours à un recours effectif (comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt Kudla³ c/ Pologne du 26 août 2000), le droit d'accès à un tribunal.

Ce droit est absolu. Selon la Cour de cassation, rien ne saurait entraver l'exercice de ce droit. Le problème s'est posé avec une acuité particulière en droit pénal. Le droit d'accès à un tribunal est absolu, même si l'accusé est absent et non accusé (il est, par exemple, en fuite).

Tout accusé, même s'il se soustrait volontairement à la justice de son pays, a droit à un procès équitable. Les juridictions ne sauraient tirer argument de l'absence de l'accusé pour refuser à l'avocat de l'accusé le droit de l'assister efficacement. L'application de cette règle a valu à la France quelques condamnations qui ont agacées les juristes français.

Pour l'instant, la Cour européenne n'a pas été plus loin. Cependant, la jurisprudence peut encore évoluer. Demain, peut-être, la personne soupçonnée lors d'une enquête et qui prend la fuite, pourra exiger que son avocat la représente pendant toute la phase d'information. Ainsi, l'accusé absent pourra néanmoins bénéficier de tous les droits que la Convention européenne lui octroie : droit d'accès au dossier (*droit d'être informé*), droit de faire interroger les témoins, etc.

● Ensuite, le juge est lui-même directement concerné par l'article 6. Ce texte garantit le droit à un tribunal indépendant et impartial. Les Etats doivent donc s'assurer de la « qualité » de leurs magistrats et juges. Le juge doit faire preuve d'une impartialité objective et subjective, c'est-à-dire fonctionnelle et personnelle. Ces questions sont bien connues et la Cour européenne a rendu un nombre très important d'arrêts à ce propos.

Le juge ne saurait, par exemple, avoir une quelconque relation de parenté, d'amitié ou même d'inimitié avec l'une des parties. De

même, le juge ne peut être dépendant du pouvoir. Il ne saurait y avoir de tribunal indépendant et impartial, au sens de l'article 6, si les magistrats sont soumis à l'autorité du pouvoir exécutif.

De même, le juge affichant ouvertement des opinions politiques, syndicales, religieuses, etc., peut-il réellement être considéré comme indépendant et impartial ?

Ainsi (*et le débat est particulièrement vif en France*), peut-on être juge et franc-maçon⁴ ? Peut-on prêter serment de servir la justice tout en prêtant serment de servir cet ordre ? A l'heure où quelques Palais de justice sont secoués par des affaires où la franc-maçonnerie est pointée du doigt, la question est loin d'être une question d'école. La Cour européenne des droits de l'homme étant de plus en plus exigeante, l'engagement personnel et la soumission à une influence pourra représenter un contentieux important dans les années à venir.

● Enfin, l'article 6 § 1, c'est encore le droit à un procès public et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Le contentieux en la matière est inépuisable. Hier, Monsieur Riza Turmen a exposé les difficultés liées à ce texte. Il est évident qu'aujourd'hui les Etats doivent trouver le moyen de réparer le préjudice des victimes des lenteurs de la justice⁵. L'Italie l'a déjà fait avec la loi Pinto⁶.

II – Article 6 § 2

L'exigence est ici, bien évidemment, propre au contentieux pénal.

Que signifie la présomption d'innocence ?

Tout d'abord que c'est au ministère public de démontrer la culpabilité de l'accusé et non à ce dernier de prouver son innocence. Et le parquet ne pourra utiliser que des moyens loyaux pour obtenir les preuves nécessaires (pas de provocation à l'infraction, utilisation des témoins anonymes avec parcimonie...).

Ensuite, la présomption d'innocence traduit l'application de l'adage *in dubio proptétaire reo* : le doute profite à l'accusé. Si le

⁴Monsieur Gérard Capashen, magistrat, s'est posée la question : « Un magistrat peut-il être franc-maçon ? », D. 2001, p. 3203.

⁵Cf. arrêt Kudla c/ Pologne 26 août 2000.

⁶Loi du 24 mars 2001

moindre doute habite le juge, le non lieu⁷, la relaxe⁸ ou l'acquittement⁹ s'imposent.

Mais l'article 6 § 2, en revanche, ne prohibe pas absolument les présomptions de culpabilité. En effet, de telles présomptions peuvent subsister au sein des législations nationales. Elles ne sont pas nécessairement contraires à la présomption d'innocence¹⁰. La Cour européenne exige seulement soient enfermées dans des limites raisonnables et qu'elles ne soient pas irréfragables. La preuve contraire doit pouvoir être rapportée par la personne poursuivie.

Le droit à la présomption d'innocence, garanti par le paragraphe 2 de l'article 6, doit être appliqué lors de toutes les étapes de la procédure : lors du procès *stricto sensu*, bien sûr, après le verdict, mais également lors de la phase préparatoire et même avant celle-ci. La Cour européenne l'a rappelé dans l'affaire *Allenet de Ribemont c/ France* du 10 février 1995. Un meurtre avait été commis et, avant même l'ouverture d'une information judiciaire, un ministre avait donné une conférence de presse au cours de laquelle il avait présenté le requérant comme le commanditaire du crime. Bien qu'aucune procédure n'ait été ouverte à ce moment là, la présomption d'innocence devait s'appliquer.

III – Article 6 § 3

Le procès modelé par l'article 6, ce sont encore les droits de la défense, explicités au paragraphe troisième de l'article 6.

Selon ce texte, « *tout accusé a droit notamment à* » :

a) « *être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* » ;

Il s'agit d'un véritable droit à l'information : l'accusé doit connaître les faits qui lui sont reprochés et la qualification juridique retenue. Si la qualification change, la personne poursuivie doit en être avertie. Ces informations doivent toujours être faites dans les plus brefs délais. Cet alinéa « a » contient également l'embryon du droit à l'interprète, contenu et développé à l'alinéa « e ».

⁷lors de l'instruction préparatoire.

⁸Devant le tribunal correctionnel et le tribunal de police.

⁹Devant la cour d'assises.

¹⁰Cf. notamment *Salabiaku c/ France*, 7 oct. 1988.

b) « *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* » ;

L'accusé doit avoir notamment accès à son dossier, lui-même ou bien par l'intermédiaire de son défenseur (arrêt Foucher *c/ France*, 18 mars 1997). La Cour européenne des droits de l'homme n'impose donc pas un accès direct : cet accès peut être limité à l'avocat. Mais bien entendu, si la personne poursuivie décide de se défendre seule, elle devra pouvoir accéder elle-même directement aux pièces de la procédure.

c) « *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* » ;

Cet alinéa énonce le droit à un avocat. Ce texte contient tout d'abord le droit pour chaque personne poursuivie d'être défendu ; de plus, son rapport avec son défenseur doit être protégé (ex : secret des correspondances entre l'accusé et son avocat). Ensuite, l'article 6 § 3 alinéa « e » renferme également la question de l'accès au droit. La Convention utilise l'expression « assisté gratuitement » : l'aide juridictionnelle est donc un droit fondamental sans le respect duquel le procès ne serait pas équitable. L'aide juridictionnelle est conçue par la Cor comme un droit dérivé du principe de l'accès effectif à la justice et à l'égalité des armes. Cependant, la Cour européenne n'a pas exclu qu'un Etat puisse renoncer, au moins partiellement, à organiser un système d'aide juridictionnelle, mais à la condition que cet Etat mette en place des tribunaux intrinsèquement facile d'accès (Airey *c/ Irlande*, 9 octobre 1979)¹¹

d) « *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* » ;

Cette disposition soulève le problème épineux des témoignages anonymes. La Cour européenne a examiné la légitimité du recours au témoignage anonyme. L'étude de sa jurisprudence montre qu'elle n'y est pas nécessairement hostile. Elle les accepte avec circonspection

¹¹J-F Renucci, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 3^e éd. 2002

et ses réserves sont nombreuses. Il est tout d'abord indispensable que le danger pesant sur les témoins soit caractérisé. De plus, son appréciation diffère selon la qualité des témoins, simples particuliers ou policiers : ces derniers ne bénéficient pas de la même protection en justice de la part du droit européen (Visser c/ Pays-Bas, 14 février 2002). Dans de telles conditions, il est parfois difficile de protéger les agents infiltrés.

De plus, la Cour insiste sur le fait que les principes du procès équitable commandent que les intérêts de la défense soient « *mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à témoigner* ». L'idée de *mettre en balance*, d'équilibrer, est compréhensible : les droits des parties au procès doivent coexister. Mais comment lutter contre la grande criminalité¹² lorsque les droits de l'accusé paralysent l'enquête ?

e) « *se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ». Là encore, on en revient à l'accès au tribunal, à la justice, c'est-à-dire au droit, qui passe nécessairement par la compréhension.

Voilà, très sommairement présentés, les droits contenus au sein de l'article 6. De nombreux auteurs dénoncent aujourd'hui la surenchère dans les exigences européennes, la Cour interprétant de manière toujours plus extensive ces dispositions. Certains auteurs, comme le professeur Renucci¹³ ou le professeur Marguénaud, s'inquiètent de l'interprétation trop extensive qui est faite de la Convention. En effet, comme les intervenants l'ont brillamment démontré lors de ce colloque, trop d'équité peut tuer l'équité et ruiner le droit à un procès équitable. Voilà une réflexion sur laquelle les juges européens devraient éventuellement méditer...

¹²Trafic de drogue, traite des êtres humains...

¹³Cf. supra.

Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı

Bilal KARTAL*

Tebliğin konusu, Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı’dır. İnsan hakları ve bu bağlamda “*Adil Yargılanma Hakkı*” tüm insanlar için istenen ve olması gereken bir hak olduğu için, sadece Türkiye’de değil tüm insanlar için zorunlu ve gerekli olan Adil Yargılanma hakkı kavramı ve somut sonuçlarından söz edeceğim.

Doğaldır ki, yargılama veya yargılanma hakkının olması için önce devlet dediğimiz bir siyasi örgütün, bir siyasi gücün varlığı gerekir. Diğer bir anlatımla devlet, hukuki ve siyasi bir örgüttür. Kısaca devlet güçtür. Devlet adına hareket eden siyasi iktidar bu gücü kullanır. Bilindiği üzere bu güç, yönetimin biçimine göre farklı kullanımı içermektedir. Basit bir ayrımla belirtirsek, gücün tek elde toplanması sonucu oluşan *monarşik, despot yönetim biçimi ile*, gücün birden fazla organlar vasıtası ile kullanılması durumunda oluşan, *Cumhuriyet yönetimi biçimleri önemli farklılıkları içermektedir*. Monarşik devlet yapısında güç, tek elde toplanmıştır. Bu kişi kral veya padişahdır. İsmi ne olursa olsun, devletin güçlü olması itibariyle tek irade ve tek elle yönetilmesi uygun görülmüştür. Bunun gerek teorik olarak ve gerekse uygulamadaki sonuçları itibariyle yönetilenlerin hakları bakımından sakıncalı olduğu açıktır.

Şu bir gerçektir ki güç sahibi herkes bu gücü kötüye kullanmaya yönelir. Gücüne bir sınır konulduğu yere kadar gider. Bunun içindir ki güç, kötüye kullanılmamak ve hakkında işlem yapılan kimsenin bir varlık olduğu, en az düzeyde de olsa hakları bulunduğu kabul edilerek, bu haklarla sınırlamak suretiyle bir düzenleme yapılmalıdır ki, güç gücü durdurabilsin. Bunun sonucu olarak da devletin, başka bir ifade ile devleti yönetenin elindeki güç parçalanmalı ve böylece

* Hukuk doktoru, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Başkanı

devlet gücünü elinde tutanlar, birbirini durdurabilsin. Eğer yasayı yapan güç ile uygulayan aynı kişi elinde olursa, kişinin hakları güven içinde olamaz. Bu güçler gerektiğinde birbirini dengeleyebilmelidir.

Bu düşünceler ve teoriler, 18. yüzyıl sonlarında ve 19. yüzyılın başlarında ortaya atılmış ve giderek yasama ortamı bulmuşlardır. Teorinin yerleştiği ve özüne uygun olarak uygulandığı ülkelerde, ferdin yönetimine katılımı sağlanmış üretim artmış, ferdin mutluluğu ve geleceğe güveni artmıştır.

Eğer devlet, yasa yaparı uygulayarı ve yargılayarı aynı güç altında toptasaydı, geçmişte olduğu gibi denetimi olmayan sınırsız hatta keyfi olarak kullanılan bir güç ortaya çıkacaktı. Halbuki Devletin varlık nedeni bu değildir. Devleti Hukuk yaratmıştır. *Hukukta, toplumun ortak iradesinden doğan ve toplumun yararını sağlamaya yönelik kurallar bütünüdür. Bu kurallardan bir güç doğmaktadır. Bu güç J.J. Rousseau'nun sosyal sözleşmesi uyarınca yönetenler tarafından ele geçirilmiş olması itibarıyla bu sözleşmeye uygun olarak kullanılmalıdır.*

Bilindiği üzere, gerçek bir hukuk devletinde, yani hukuka bağlı onu özümsemiş bir devlette, ulusun verdiği yetki uyarınca, ulusun yönetimini sağlayacak yazılı kurallar, yasama organı tarafından oluşturulur. Bu yasaların uygulanmasını, yine yasama organınca oluşturulan ve genel olarak yasama organınca atanması kabul edilen yürütme organı sağlar. Bu sade düzenlemeden de anlaşılacağı üzere çıkartılan yasanın sözüne ve özüne uygun olarak uygulanıp uygulanmadığını, yasama organının denetlenmesi, tam olarak sağlanamaz. Hatta hiç sağlanamaz. Yürütmenin yapıklarının uygunluğunu sağlayacak üçüncü bir güce gereksinme vardır. *Bu güçte yargıdır.* Böylece uygar ve hukuka bağlı bir devletten sözedilebilmesi için, yasama, yürütme ve yargı gücünün birbirinden ayrı olması, biri diğerine tabi olmadan hukuk düzeninin öngördüğü biçimde fonksiyonlarını yerine getirmeleri gerekmektedir.

Tüm demokratik sistemlerde bu güç ayrımının varlığına karşın düzenleme ve uygulamadaki tutarsızlıklar nedeniyle inanılmaz boyutlarda doğru ve adil olmayan sonuçlar görmekteyiz. Demek oluyor ki, Anayasal ve yasal düzeyde, düzenleme yapılmış olsa dahi, gerçek manada, hatta yarı yarıya bile kişi hakları ve güvenliği sağlanamamaktadır. Bunun en güzel örneği, Yazılı Hukukumuzdaki düzenlemedir. Parlamenter sistemi öngören Anayasada, güçler ayrımı ve dengesi

öngörüldüğü halde Türkiyede, azımsanamayacak boyutlarda insan hakları zarara uğratılmaktadır. Özellikle yargının bağımsız olduğu yazılı olarak düzenlenmesine karşın, uygulamada yapılan yazılı düzenleme ölçüsünde dahi bağımsız olmadığı görülmekte ve bu belirleme, yetkili kişilerce de kabul edilmektedir.

Yönetim biçimi ne olursa olsun, devletin, hatta devlet düzeyine ulaşamamış toplumların bile bir yargı gücü bulunmaktadır. Bu o devletin Adaletili olmasının bir gereğidir. *Nasıl ki, bir devletten sözedebilmek için, önce hukukunun varolduğunun gerektiği, bir hukuk devletinin varlığı içinde, bağımsız yargısının olması önkoşuldur.* Bunun içindir ki, en geri ve demokratik olmayan, insan haklarına saygı göstermeyen ülkelerde bile yargı vardır. Ancak bunun anladığımız anlam ve kapsamda bir yargı olmadığını hemen belirtmek isterim.

Yargısı olmayan, daha açık ifadeyle tam ve koşulsuz bağımsız yargısı olmayan bir ülkenin, Hukuk Devleti olduğunu, adaletli bir yönetime sahip bulunduğunu söylemek olanaksızdır.

Bir devletin hangi esaslara dayalı olursa, yurttaşını mutlu edeceği yüzyıllarca tartışılmış, sonuçta bunun ancak bağımsız yargı ile olanaklı kılınacağı sonucuna varılmıştır. Çok çok gerilere gittiğimiz zamanlarda da, devleti oluşturan güçlerin birliğinin bulunduğu dönemlerde, Devlet adamlığından payını almış bazı krallar, imparatorlar bile, elden geldiğince yargıyı az da olsa bağımsız kılmayı yeğlemişlerdir. Örneğin monarşizmin en ünlü hükümdarlarından Büyük Friedrich yargıyı tam bağımsız duruma getirmeye özen göstermiştir. *Yoksul bir kadının krala kafa tutarak uğradığı haksızlığı düzelterek yargıçların Berlinde bulunduğunu söyleyen O'dur.*

İşte bu noktada, Türkiyede, Adil Yargılama hakkının ne ölçüde sağlandığı veya sağlanamadığı, buna ilişkin olan yazılı düzenlemeleri, (Anayasal ve Yasal boyutta) bu düzenlemelerin uygulamadaki sonuçları ve sonuçta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ne ölçüde uygun bulunduğu ve öneriler içeren konular üzerinde açıklama yapmaya çalışacağım.

Yazılı olmayan Türk Hukukunda, bu bağlamda gelenek ve kültürel yaşamımızda, yargıca azımsanamayacak ölçüde saygı ve güven vardır. Giderek ve son yıllarda bu güven uygulamadaki gelişmelerle azalmış olsa dahi, yine de yurttaşların sorunların çözüm yeri olarak yargıyı gördükleri ona güven isteklerini taşıdıklarını görmekteyiz. Zaten toplumsal yaşamın bir gereğide, bozulan ilişkilerin hukukun

öngördüğü bir yaptırımla düzeltilmesidir. İşte bu işlem de en son olarak yargı tarafından yerine getirilmektedir. Bunun içindir ki yargıç, önünde yazılı bir hukuk kuralı bulunmadan da, var olan toplumsal ve hukukun bir kaynağını oluşturan ahlaki kurullarıda gözeterek soruna bir çözüm getirmekle yetkilidir. Demek oluyor ki doğru bir yargılama için yazılı kuralların varlığı zorunlu olmayıp, somut olayın özelliği gerekli kılıyorsa, yazılı olmayan hukuk kuralları yoluyla da, sorun çözüme kavuşturulacaktır.

Yargılama ile ve bu bağlamda yargıçlarla ilgili olan yazılı düzenlemelere gelince, Osmanlı İmparatorluğu döneminde hükümdarlara "*Nasihatname*" adlı eserleri ile öğütler sunan aydınlar, devlette en önemli işin, "*adaletin tam ve hakk olarak dağıtılması*" olduğunu belirtmişlerdir. Yine uyarılarında, *Kadı'nın hükmü kesindir ve adalet dağıtımı ile ilgili işlerine asla karışılmayacağını ifade etmişlerdir.*

Her türlü yetkisinin padişapta toplandığını öngören *1876 tarihli Kanu-i Esasi'nin 81. maddesinden 91. maddesine kadar*, yargılama ile ilgili düzenlemeler getirilmiş ve yargıçların azledilemeyeceği ve asla işlerine karışılmayacağı ve hiç kimsenin tabii hakim dışında kurulacak olağanüstü bir mahkemede yargılanamayacağı hükme bağlanmıştır.

Daha sonra yürürlüğe konulan *1921 Anayasasında* yargı ve yargıçla ilgili bir düzenleme yer almamıştır. *1924 Anayasasının temeli*, güçler birliği ilkesine dayanmakla birlikte, yasama ve yürütmenin görevinden sözetmekle birlikte, yargı için "*huvvet*" sözcüğünü kullanması, yargıya verdiği ağırlık ve önemin bir sonucu olarak kabul edilebilir. Anılan Anayasa ile, yargının bağımsız olduğu ulus adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı yargıçların bütün davaların görülmesinde bağımsız oldukları, yargı kararlarının TBMM ve Bakanlar Kurulunca değiştirilemeyeceği, uygulanmasının geciktirilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Anayasasının 56. maddesinde yargıçların özlük haklarının yasayla düzenleneceğini belirtmiş olması itibarıyla bu konuda yasa koyucunun takdirine önem verilmiştir. Yasa ile de, yargıçların görülen lüzum üzerine emekli edilebilecekleri kuralı getirilmekle, Anayasadaki yargıç bağımsızlığının etkisiz kılındığı görülmektedir.

İşte 1924 Anayasasındaki bu ve benzeri düzenlemeler, *1961 Anayasası ile* ortadan kaldırılmış ve yargı bağımsızlığına büyük bir önem verilmiştir. Anayasada, yürütmenin *bir görev olduğu* belirtilme-

sine karşın, *yasama ve yargının bir yetki olduğu hüküm altına alınmıştır*. Bu Anayasa ile devletin tüm eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi tutulmuştur. Her işlemin hukuka uygunluğu öngörülmüş ve bu uygunluğun da mahkemeler eliyle sağlanacağı, Anayasanın gerekçesinde belirtilmiştir. Bu amaçla Anayasa Mahkemesi de kurulmuştur. Yargıçların tüm hakları güvence altına alınmış ve bu amaçla da *Yüksek Hakimler Şurası kurulmuştur*. Böylece yargıya ve yargıçlara tam bir bağımsızlık sağlanmıştır.

Yargı ile ilgili bu ilkeler ışığında hazırlanan *1982 Anayasasının* 7. maddesinde, *yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir*. Mahkemelerin bağımsızlığı ile ilgili temel hüküm ve Anayasasının 138. maddesidir. Anılan madde de, 1961 Anayasasının 132. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak kaleme alınmış mahkeme ve yargıçların bağımsız olduğu belirtilmiştir. Buradaki yargıç bağımsızlığı, yargıcın yargılama görev alanındaki faaliyetlerini içermektedir. Yargıcın idari nitelik taşıyan işlemleri bunun dışındadır. Diğer bir ifade ile bağımsızlık, yargıç teminatının sağlanması sonucunu doğurmaz.

Yargıçlık teminatı Anayasasının 139. maddesinde hakim ve savcılarının azlolanamayacağı kendileri istemedikçe anayasada yer alan yaştan önce emekli edilemeyecekleri herhangi bir nedenle özlük haklarından yoksun kılınamayacakları kuralı ile düzenleme altına alınmıştır. Anayasada, hakim ve savcılarının özlük haklarının yasa ile düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme, 1961 Anayasasındaki düzenlemeye paraleldir. Ancak 1982 Anayasasının 140. maddesi ile savcılarında güvence altına alındığı görülmekten başka yasa ile getirilecek düzenlemenin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına uygun olması öngörülmüştür. Anayasanın bu maddesine dayanılarak Hakim ve Savcılar hakkında 1983 tarihinde 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası kabul edilmiştir.

Mahkemelerin doğru ve güvenilir bir yargılama yapmalarını öngören Anayasanın 141. maddesinde duruşmaların genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı durumlar dışında, herkese açık olduğu belirtilmiştir. Yine tüm kararların gerekçeli olarak yazılacağı da hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlıkların en az giderle ve süratle sonuçlandırılmasının da yargının görevi olduğu belirtilmiştir. Bu son iki neden, özellikle doğru yargılama yapılması hakkı ile yakından ilgili olması ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 6. mad-

desindeki ilkeleri içermesi bakımından önem taşımaktadır. Bu husus ilerde geniş biçimde ele alınacaktır.

Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki bu önemli ilkelerin bazı özel yasaların maddeleri arasına serpiştirilerek yer aldığını da görmekteyiz. Örneğin MK.nun 1. maddesinin düzenleniş biçiminde açıkça bunu görmek olasıdır. Yine HUMK.nun 388. maddesi de yargılamanın doğru açık ve son kararın güvenilirliği bakımından önem taşımaktadır.

1982 Anayasası ile getirilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumu kuruluşundan bu güne kadar tartışma konusu olmuş ve böyle bir oluşumun hakimlik güvencesi ile örtüşmediği ileri sürülmüş olmasına ve bu eleştirinin haklılığına karşın, bu güne kadar başka bir düzenleme getirilememiştir. Bu oluşumun, hakimlik güvencesine getirdiği sakıncaların adil yargılama hakkının tesliminde olumsuz etki yapması hususuna işaret etmekle yetiniyorum.

Bu açıklamalardan ve hukukun bu yönlerine ilişkin bulunan pozitif kurallarını kısaca belirttikten sonra hak hukuk ve adalet düzeninin öngördüğü adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için izlenecek yöntem ve unsurları açıklamaya çalışacağım.

Yukarıda da ifade ettiğim üzere insan beyninin adalet duygusunu sağlamak, *güven ve mutluluk içinde bir yaşamın varlığı için, devletin varlığı öngörülmüştür*. İşte bir devletin, yurttaşına ve gerektiğinde tüm insanlar için önemli olan adil yargılanma hakkının sağlanmasını gerçekleştirmesi önemli bir varlık nedenidir. *Devletin ve giderek iktidarın varlık nedeni, hak ve adaleti sağlamaktır*.

İşte bu haklardan çok önemli olan *yargılanma hakkı da* kişinin temel haklarından biridir. Bu hakkın sağlanması, devletin, varlık nedenlerinden birisidir. Bunun içindir ki, devletin oluşumunda ve fonksiyonlarının kullanılmasında yargının diğer güçlerin etkisi dışında ve bağımsız olması öngörülmüştür. Aslında adil yargılanma hakkının, kişiye tanınan bir hak olması itibarıyla, bu hakkın sadece yargı yoluyla sağlanmayacağı, devletin diğer kişi ve kurumlarında bu hakkın sağlanması ile yükümlü oldukları kabul edilmelidir.

Adil Yargılanma hakkı, doğru ve güvenli yargılanma hakkı olarak (Çetin Aşçıoğlu) tanımlanmıştır. Bu tanıma bizde katılıyoruz. Adil yargılanma, güvenli bir yargılamayı da gerekli kılar.

Kavram olarak Adil Yargılanma hakkı, yazılı hukukumuzda daha önceleri yer almamakta idi. Ancak, *Anayasanın 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle herkesin adil Yargılanma hakkına sahip olduğu terim olarak yer almıştır.*

Aslında bu maddenin değişikliğinden önce de, Türkiye tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin başlığı bu kavramı içermekteydi. Zaten Anayasadaki düzenleme de bu madde gözetilerek yapılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi, 1950 yılında üye devletlerce kabul edilmiş ve insan haklarının varlığını belirleyip, bunların güvence altına alınması amaçlanmıştır. Bu sözleşme gücünü ve dayanağını, 1776 tarihli Özgürlük Bildirgesinden ve daha sonrada Fransa tarafından kabul edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinden almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından 10 Mart 1954 tarihli bir yasa ile kabul edilmiş ve iç hukukumuzun yazılı bir metni gücünü kazanmıştır.

Anılan sözleşmenin (AİHS), konumuzla ilgili olan 6. maddesi "Adil Yargılanma Hakkı" başlığını taşımakta, içeriği ise,

1-Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suçlamanın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Karar aleni olarak açıklanır. Ancak duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni ya da ulusal güvenlik nedeniyle, ya da gençlerin çıkarlarını veya tarafların özel yaşamlarını korunmanın gerektirmesi, veya mahkemeye göre aleniliğin adalete zarar verebileceği özel koşulların kesinlikle gerektirmesi halinde, duruşmanın tamamından ya da bir bölümünden çıkarılabilir.

2-Cezai bir fiil ile suçlanan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır.

3-Cezai bir fiil ile suçlanan bir kimse, asgari şu haklara sahiptir:

(a)kendisine karşı yönetilen suçlamanın niteliği ve konusu hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirme;

(b)savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma; (c)kendini bizzat veya seçeceği bir savunman aracılığıyla savunma; savunmana ödeme yapabilmek için yeterli imkanı yoksa öde-

me yapabilmek için yeterli imkamı yoksa ve adaletin yararı gerekiyorsa, bir savunmadan ücretsiz yararlanma;

(d)iddia tanıklarının sorguya çekme ve sorguya çektirme; savunma tanıklarının, iddia tanıklarıyla aynı koşullarda duruşmada hazır bulunma ve sorguya çekilmelerini sağlama

(e)mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanma” biçimindedir.

Genel Hukuk kuralları, diğer yazılı metinler ve özellikle Demokratik özellik taşıyan Anayasalardaki düzenleme biçimi de gözetilerek AİHS.deki bu unsurları tek tek incelemeye ve açıklamaya çalışalım.

BİRİNCİ İLKE:

YASA İLE KURULMUŞ BAĞIMSIZ BİR MAHKEMENİN OLMASI:

Bu ilke, *doğal hakim koşulunu amaçlar*. Anayasanın 37. maddesinde, hiç kimsenin yasa ile tabi olduğu mahkemeden başka bir mahkeme veya mercide yargılanmaması düzenleme altına alınmıştır. Bu ilke ile, kişi ve olaya göre *yeni bir mahkeme kurulamayacağını* amaçlar. Gerek sözleşmede ve gerekse Anayasanın maddesinde mahkeme sözcüğü kullanılmış ise de, bu aynı zamanda yargıcıda kapsar. Bu ilke ile, bir olaydan sonra, o olaya karışan kişiyi yargılamak için *yeni bir mahkeme kurulamayacağı* ve başka bir hakimin yetkili kılınamayacağı belirtilmektedir. Bu kişiler için önemli bir güvencedir.

Bu ilkeye karşın Türkiye’de eylemden sonra kurulan sıkıyönetim mahkemelerinde yargılama yapılmış ve kişilerin hükümlülüklerine karar verilmiştir. Bu nitelikteki mahkemeler, yasa ile de kurulmuş olsa, anılan ilkeye aykırılık oluşturmuşlardır. Bu sakıncanın giderilmesi için, Anayasa’nın 143. maddesinin son fıkrası 1999 yılında kaldırılmış olması itibarıyla bundan böyle kurulacak özel mahkemeler (bu bağlamda sıkıyönetim mahkemeleri dahil) anılan ilkeye aykırılık oluştururlar.

İKİNCİ İLKE :

KARARIN BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMECE VERİLMESİ:

Bağımsızlık, mahkeme ve yargıcın, hiçbir kişi ve kurumdan talimat almadan, *baskı altında tutulmadan özgürce karar vermesidir*. Bu ilke Anayasa'nın 138. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için önemli bir koşuldur. Anayasa ve yasalardaki düzenlemeye karşın, yargıcın bağımsız olup-olmadığı hep tartışlagelmiştir.

Atanması, mali haklarının düzenlenmesi, idari nitelik taşıyan işlemler içinde olsa denetlenmesinin siyasi iktidar olan bakanlık eliyle belirlenmesi ve yürürlüğe konulması, bağımsız olması ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Uygar Hukuk Sistemlerinin öngürdüğü düzeyde, yargıçların bağımsız olmadığı uygulamalardaki sonuçları ile kendini göstermektedir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, burada sayılmayacak kadar pek çok kararında, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin, bünyesinde *askeri bir hakimi bulundurmuş olmaları itibariyle* bağımsız olmadıklarına ilişkin sonuçlara varmış ve Türkiye'yi tazminatla sorumlu tutmuştur. Türkiye, bunun üzerine ve Öcalan davasının yürütüldüğü bir sırada 23 Haziran 1999 tarihinde askeri yargıcın mahkemenin oluşumunda yer almaması yönünde yeni bir yasal düzenleme yapmıştır.

Yargıcın *tarafsızlığı ilkesi ise, adil yargılanmanın en önemli koşullarındandır*. Gerçekten, mahkemesi ve yargıcı tarafsız olmayan bir yargılamanın, hakkı teslim etmesi ve adaleti sağlaması ancak ve ancak bir rastlantı olarak gerçekleşebilir. Böyle bir faaliyetin, yargılama olarak isimlendirilmesi doğru değildir.

Tarafsızlık, diğer bir sözcükle yansızlık, yargıç için olmazsa olmaz bir koşuldur. *Öncelikle bu kişiye güven veren bir olgudur*. Yansızlık, davadaki herkese aynı uzaklıkta durmakur.

Yargıç yansızlığının *iki yönü bulunmaktadır*. Öznel yansızlık, yargıcın kendi kişisel tarafsızlığıdır. Bu yargıcın, maddi veya manevi olarak baktığı dava için kişisel bir çıkar peşinde ve ön yargı ile davranmamasıdır. Maddi veya manevi çıkarı olmasa dahi, *bir kırgınlık ve başkaca bir ayrımı öne çıkaracak ön yargıdan kesinlikle uzak durması-*

dır. Bu davranış, Yargıç için bir hukuk kuralı olmasının ötesinde hak dağıtan, hakkın önemine ve kutsallığına inanan kişinin bir yaşama ve davranışdır.

Yargıcın, görünürdeki yansızlığına, yani *objektif yansızlığına* gelince, bu çok daha önemlidir. Bu olgu, adeta hukuk devletinin ve adil yargılanmanın *dış dünyaya açık bir yansımasıdır*. Adaletin sağlandığının yaşam alemine yansıtılması ve ögesi yargıcın kararıdır. İşte bu kararın objektif esaslara dayandığı, ancak kararın kendi içindeki *gerekeçe* ile değer kazanabilecektir. Gereksiz olan veya yeterli gerekçeyi taşımayan kararın, yanları, özellikle kaybeden tarafı tatmin etmesi, onu kuşkudan atıkoyması düşünülemez. Bu bakımdan *gerekeçe salt yanlar için değil, aynı zamanda hem başka davalar içinde yol göstermesi hem de, kişi ve toplumu tatmin etmesi zorunlu bir sonuçtur*. Bunun içindir ki yargıç, davada taraf olan kişinin, kişisel özellik ve yapısı gerekli kılmıyorsa, kararında taraflar için kişisel değerlendirmeler yapmamalıdır. Hükmünü, salt olayın hukuk karşısındaki değerlendirmesine ve irdelemesine ayırmalıdır. Yargıç, *kişisel ve özel bilgileri ni* o dava için karara gerekçe yapmamalıdır.

Bir yerel mahkeme kararında, taraflardan biri için “sayın”, sıfatı kullanıldığı için Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (15/5/2003 gün ve 2003/1257-6343) bu nitelendirmeyi eşitlik ilkesine aykırı görerek, bu hususu eleştiri konusu yapmıştır.

Yine başka bir yerel mahkeme kararında da, taraflardan biri için hükmün kurulmasında zorunlu ve gerekli olmadığı halde, o kişi ve ailesinin kanıtlanması ve tespiti olanaksız olan ve de gerekmeyen üstün niteliklerinden söz etmesi de aynı dairece eleştirilmiştir. (4. Hukuk Dairesi 4/5/1999 gün ve 1999/1263-4011)

Ayrıca, bir siyasi kişi, bir yargıcın görevi nedeniyle yaptığı işleri eleştirirken, yargıcın kişisel davranışlarını içeren sözler kullanmıştır. Yargıcın o sözleri kullanan kişi hakkında açtığı tazminat davasına bakan mahkeme yargıcı, davayı açan yargıç için, davalı siyasi kişinin, bu sözleri “*haklı olarak söylediği*”, “*bir gerçeği ortaya koyduğu*” biçiminde değerlendirmeler yapmış ve buna göre hüküm kurmuştur. Davaya bakan yargıç kararında bunları yazarken, dosyaya sunulmuş hiçbir kanıt da dayanmamıştır. Bunun üzerine, siyasi kişi hakkında dava açan yargıç, bu defada, davasına bakan yargıç aleyhine tazminat davası açmıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesi sıfatıyla kararı veren yargıcı, davada tarafsız davranmadığı gerekçesi

ile, sorumluluğuna hükmetmiş, bu gerekçe, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/10/2001 gün ve 2001/4-1016-757 sayılı kararı ile de uygun görülmüştür.

Böylece, bu yargıcın adil yargılanma hakkını ihlal ettiği, yansız davranmadığı belirlenmiştir.

Bu açıklamalardan kısaca varılan sonuç şudur; Yargıç *hem subjektif hem de objektif olarak, yansız olmalıdır*. Bunun tarafları ve toplumu tatmin etmesi içinde, *kararların gerekçeli olması zorunludur*. Bu bakımdan, iş çokluğu nedeni ile Yargıtayda verilen *çoğu onama kararlarının adil yargılanma hakkını sağlayamadıkları söylenebilir*. Bu içerikteki kararlarla, gerek tarafların ve gerekse o davayı izleyen ve bilenlerin kafasında *kuşuların ortaya çıkması* ve giderek yargının yıpranması sonucunu doğurduğu açıktır. Onun içindir ki, iş çokluğu nedeni ile öne sürülen bu mazeretin tez elden terkedilmesi Türk Yargısı için gerekli ve zorunludur. Bu aynı zamanda, *Anayasa'nın 141. maddesinde aykırılık oluşturmaktadır*. Yargıtayın özellikle onama kararlarının vardığı sonuç, tüm yazılı ve yazılı olmayan hukuk kurallarına uygun olsalar dahi, gerekçe içermediklerinden ve özellikle yanların temyiz itirazlarını cevaplamadıklarından, *kuşkulu* bir sonucu ortadan kaldıramazlar.

ÜÇÜNCÜ İLKE:

DAVANIN MAKUL SÜRE İÇİNDE SONUÇLANDIRILMASI:

Bu ilke, 1961 Anayasa'sında yer almamıştır. Ancak 1982 Anayasası'nın 141. maddesinde, davaların *en az giderle ve mümkün olan süratle* sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bağımsız olan ve yargı konusunda yetkili kılınan mahkemelere, davaların kısa sürede sonuçlandırılmasının, görevleri olduğu bir buyruk olarak Anayasa da yer almıştır. Yine görüldüğü üzere, *sözleşmede kullanılan sözcük ile*, anayasadaki sözcük, *farhlı anlam* ve sonuçları içermekte ve bu nedenle de anayasaya pek bilinçli konulduğu söylenemez. Bir davanın, makul (uygun) bir sürede çözümlü öngörülebilir. Buna süratle sonuçlanacaktır denirse, bu doğruyu bulmayı amaçlayan *yargılamının varoluş amacına aykırıdır*. Adaletin gecikmesi ne kadar sakıncalı ise, *adaletin aceleyle getirilmesi de o*

kadar sakıncalar ve olumsuzluklar doğurabilir. En *uygun sözcük makul süredir*.

Yine Yargıtay'da yapılan temyiz incelemelerinde, pek çok davanın haklı bir neden olmadan *uzadığı anlaşılmaktadır*. Ancak, bu olumsuzluk, temyiz aşamasında sonuca etkili olmadığından bozma nedeni sayılmamaktadır. Fakat, Yargıtay *ilamında bu hususa işaret edebilir* ve yargıç eleştirilebilir. Bunda gereklilik olduğu düşüncesindeyim.

Kuşku yoktur ki, bir davanın *doğru sonuçlanması* temel esastır. Ancak doğru sonuçlandırılacaktır diye, yürütülen davanın nitelik ve kapsamına göre aklın, manüğün, mevcut yazılı kuralların ve sorumluluk duygusunun öngördüğü süreden daha fazla uzatılmamalıdır. Geçmiş ve bu gün için, hatta bu gidişle gelecek içinde, Türk Yargısı bakımından *uygun bir sürede* davanın sonuçlandırılması olanaksız bir duruma gelmiştir. Bunun nedeni, ülkedeki sosyal ekonomik ve siyasi alanda bir kararlılığın bulunmamasının sonucu olarak, *uyuşmazlıkların çoğalması*, çözüm türlerinin *çeşitlilik* göstermesinin yanında, yargıdaki *insan unsurunun ve fiziki* koşulların yetersizliğidir. Bu koşullar bilinmesine karşın, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* pek çok kararında Türkiye Cumhuriyeti Devletini, davaların uygun sürede bitirmediği gerekçesi ile tazminatla yükümlü tutmuştur. *Demek ki Uluslararası Mahkeme ülke ve yargıcın içinde bulunduğu koşulları değil, yargılanma hakkına öncelik ve üstünlük tanımaktadır*. Davanın sözleşmede öngörülen biçimi ile makul süre içinde sonuçlanmadığına yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları, iç hukukumuz bakımından önemli ve üzerinde durulması gereken bir özellik taşımaktadır. O da şudur. *Bilindiği üzere Anayasanın 40 ve 129. maddelerinde, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurları sonucu meydana gelen zarardan dolayı açılacak tazminat davaları, sonradan memurdan alınmak üzere devlet aleyhine açılabilir kuralını getirmiştir*. Yazılı hukukumuzdaki düzenlemeye göre yargıç kamu görevlisi ise de, devlete bağımlı olarak çalışmadığı için bu maddelerin kapsamı içinde yer almaz. AİHS'ni kabul eden ülkeler de aynı konumdadır. *Bu bakımdan, bu nitelikteki davaların doğrudan yargıç aleyhine açılması gerekir*. Ne var ki, davayı makul süre içinde sonuçlandırmaktan dolayı açılmış bir dava hatırlamamaktayım. Zaten böyle bir dava açılrsa da, bugünkü düşünce ve anlayış itibarıyla davalı yargıç, iş yoğunluğu ve başka nedenlerle, muhtemeldir ki, kusurlu görülmeyecek ve sorumlu tutulmayacaktır.

Bu ilke Ceza Hukuku bakımından da önem taşımaktadır. Kişiyi uygarca ve güven içinde yaşamayı sağladığı gibi, hakkın özünü ve etkinliğini kaybetmeden teslimini de sağlamaktadır. Örneğin bir davada sanık ve aynı zamanda, tutuklu olarak yargılanan bir kişiyi, yakınlarını, çevresini, toplumun ona bakışını düşününüz. Yıllarca bir veya birkaç suçtan yargılanıyor. Bu, o kişinin kişilik değerlerine açık bir saldırı ve verilecek ceza dışında da ayrı bir ceza niteliğini taşımaktadır. Eğer, yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları, bir davanın sonuçlanmasını bir süre ile sınırlandırmamış iseler, bu doğruyu bulmak için yargıca tanınan üstün bir yetkinin ve güvenin, diğer bir anlamıyla, yargıcın, adalete teslim olmanın sonucudur. İşte bu yetki ile donatılan yargıcında, bu ölçüde sorumluluk yüklenmesi gerekiyor.

Bu gün için Türkiye'de işlerin yoğunluğunun gerçekliği ile birlikte, mahkemelerin verimli çalışmaları söylenemez. Bunun önemli nedenlerinden biri de yargıçların, uyuşmazlığın çözümünde gerekli olan *hukuki birikime* sahip olmamalarıdır. Yanların, davanın uzatılmasına yönelik olan istem ve davranışlarını yine yasa hükümleri çerçevesinde engelleyecek usul hükümlerine ilişkin birikimin yetersizliğidir. Özellikle hukuk davalarında uyuşmazlığın çözümü için *etikli olsun olmasın*, her kanıtı, ne olur ne olmaz, eksiklik kalmasın, mantığı ile toplamaya ve irdelemeye kalkışılmaktadır. Çoğu uyuşmazlık, birkaç kanıtla çözümlenecekse, sonuç için *gerekli olmayan* ve olayla *dolaylı olarak ilgili bulunan* kanıtlar da toplanmakta ve böylece işin nedensiz olarak uzaması sonucu doğmaktadır. Halbuki yargıçlık, diğer mesleklerde olduğu gibi *az ve yetersiz bilgi* ile iş yapma hoşgörüsü kuralı ile bağdaşmaz. Diğer bir ifade ile, yargılama sanatının *evrensel bir düzeyi* vardır. Hak ve adaleti sağlamaktır. Bu amaç için bilgi, para zaman ve her türlü fiziki koşulların var olması zorunludur. Fiziki koşulları, parayı sağlamak yargıca ait değilse de, bu iş için gereken *bilgiyi* edinmek ve zamanı ayırmak yargıca ait bir yükümlülüktür. Hak ve adaletin sağlanmasının çok iyi, iyi, orta diye bir derecesi *yoktur*. Yani *az hak ve adalet orta miktarda hak ve adalet veya üst düzeyde hak ve adalet kavramı yoktur*. Tam hak ve tam adalet vardır. O işte ve o olayda, olması gereken düzey ne ise o kadardır. Ama ne yazık ki, bu gün için ülkemizde çeşitli nedenlerle, ve özellikle iş çokluğu gerekçesi ile adil yargılanma ve doğru sonuç alma bakımından çağın ve hukukun öngördüğü düzeyde bir yargılama yapılamamaktadır. Ülke insanı düşük ve karmaşık olan bir adalet olgusu içinde yaşamaktadır. Böylece, dünya standartlarına göre, daha düşük düzeyde bir yargı-

lanma ile yetinilmektedir. Bunun getirdiği olumsuz etki nedeniyle, davalar daha da artış göstermektedir.

Bu gün Türkiye Yargısının önemli bir sorunu da bilirkişiliktir. Bu konuda pekçok tebliğ sunulmuştur. Ve adil ve doğru yargılanma hakkının uyulan ve hükme dayanak yapılan bilirkişi raporları ile nasıl yara aldığı açıklanmıştır. Hiç şüphesiz, bilirkişilik olacaktır. Ancak, bilirkişi incelemesi sadece teknik alanlarla sınırlı kalmalı ve hukuki değerlendirmeyi gerektiren konuları içermemeli, aksi bir düşünce ve mütalaa yargıcı ve yargılamayı yanlış sonuca götürür.

Ayrıca, dava konusu uyuşmazlıkta gerekmediği halde bilirkişi incelemesine başvurulduğu için, bu nedenle de davalar uzamaktadır. Yargıçların bu tür uygulamalarını engellemek için, HUMK.nun 275. maddesinde düzenleme yapılmış ise de, bu düzenlemeye yasal ve yüksek mahkemelerin uymadığı görülmektedir.

Davaların uzamasının çok önemli bir nedeni de, Türkiye'de *yargı birliğinin* olmamasıdır. Aslında bu *doğal hakim* ilkesine de uygun düşmemekle birlikte, işlerin uzamasına da neden olmaktadır. Örnek olarak belirtmek gerekirse, kişinin bir haksız eylemi nedeniyle zarar görenin başvuracağı yargı yeri ile, kamu kurumu ajanının görevi sırasındaki haksız eyleminden doğan zarar için öngörülen yargı yeri farklı olmaktadır. Bundan ayrı olarak zarar veren ve zarar gören *kişinin mesleğine, sınıfına* göre de, *ayrı bir yargı yolu öngörülmektedir*. İlk bakışta yargılamayı yapanın uzman olması itibariyle bunun daha da adil bir yargılanma sonucunu doğuracağı düşünülebilir. Ancak konunun içine girildiğinde, idarenin kamu gücüne dayanarak oluşan eylemlerinden doğan zararın zaman zaman hangi yargı yerinde görüleceği duraksama yaratmaktadır. Çünkü bu konuda tam ve açık bir ölçüt konulamamıştır. Zararın nitelik itibariyle *hizmet kusurunu* oluşturan eylemden mi, yoksa bir *haksız fiilden mi* kaynaklandığı belirlenmemektedir. Temel bir ölçütü olmadığı için de, gerekçeden öte, sonucu yargılamaya katılan yargıçların *oy sayısı belirlemektedir*. Ancak bu şekildeki bir çözüm, yerleşik bir sonucu sağlayamamaktadır. Değişik kararların çıkması ve böylece yargı yolunun benzer olaylarda değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Hatta, yargı yolunu belirleme kararını, Yüksek Mahkeme olan Yargıtay'ın en az 43 kişilik genel kurulu ile, Danıştay'ın İdari Dava daireleri kurulunun çözemediği veya değişik yorumladığı bir konu, yedi kişiden oluşan uyuşmazlık mahkemesince karara bağlanmaktadır. *Bir işin Adli Yargıda mı, idari*

yargıda mı, Askeri Yargıtayda mı, yoksa Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde mi bakılacağına uyuşmazlık mahkemesi karar vermektedir. Bir işin, anılan mahkemenin gündemine gelmesi de, her yargı merciince verilen kararın kesinleşmesinden sonra olduğu için, geçecek sürenin uzunluğunu tahmin edebilirsiniz. Böylece bir iş, *dört-beş yılda ancak yargılaması yapılacak mahkeme önüne gelebilmektedir.* Tüm bu süreç ve sıkıntının gerekçesi adil yargılanma olduğu, doğal hakim tarafından karar verilmesi nedenine dayanmakta ise de, uygulamada işin hiçte böyle olmadığı görülmektedir. Uzman yargı yolunun hangi mahkeme olduğuna, *uyuşmazlık mahkemesi karar vermektedir.* Halbuki uyuşmazlık mahkemesinin üyeleri de, yine *üç ayrı yargı alanında çalışan yüksek yargıçlardan oluşmaktadır.* Başkanı ise, Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından seçilmektedir. Daha önceki Uyuşmazlık Mahkemesi yasasında başkan, Yargıtay ve Danıştay arasında değişmek suretiyle yürütülmekte idi. Bunun kararlar üzerinde sakıncalar doğurduğu gerekçesi ile bu yöntem değiştirilmiştir. Bu da kararların yargı yolunu belirlemede, tam bir hukuki gerekçeye değil, *kişiselliği öne çıkardığının bir kanıtıdır.* Zaten çözümde, gerekçeden çok, *sayıya göre sonuç doğurmaktadır.* Sayın Turgut İnal, bu konudaki çıkmaza işaret ettikten sonra, *“yargıyı, hukuku siz bu duruma getirirseniz ülkenin yurttaşı haktan nasibini nasıl alacaktır.”* biçimindeki soruyu yöneltmektedir. (Cumhuriyet 04/08/2003)

Yeri gelmişken bir yanlış düzenlemeye de işaret etmek istiyorum. Türkiye’de dünyanın hiçbir ülkesinde bulunmayan *sayıda yüksek mahkeme bulunmaktadır.* Her mahkemenin, yüksek mahkeme olarak nitelendirilmesi de teorik ve işlev olarak tartışmayı beraberinde getirmektedir. *Bugün ülkemizde hiç yargıçlık yapmamış ve Hukuk Fakültesinden mezun olmayan kişiler yüksek divan sıfatıyla yargılama yapmakta ve ceza yasalarına göre hükümlülüğe karar vermektedirler.* Bunun tez elden düzeltilmesi adil yargılanmanın temel gereğidir.

Ayrıca Son yıllarda *ihtisas mahkemeleri* adı ile yeni mahkemeler kurulmaktadır. Tüketici, Aile, Fikir ve Sanat ve İş gibi; Bu mahkemelerin kuruluş yasalarında görev alanı sağlıklı ve açık biçimde düzenlenmediği için, işlerin uzaması sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan, ihtisas mahkemelerinin, görev alanlarının daha açık biçimde düzenlenmesinde yarar görmekteyiz.

Yine Bilindiği üzere hükümet tarafından *Bölge Adliye Mahkemeleri* olarak isimlendirilen istinaf mahkemelerine ait yasa tasarısı meclisi

se sunulmuş olup şu anda komisyonlarda bulunmaktadır. Görebildiğim kadar hükümet bu yasa'yı çıkarmak kararındadır. Bu mahkemeler, benim yargıçlığa başladığım günlerde de gündemdeydi. Aslında daha evvelinden beri başlayan bir konu, kurulmasını savunanlar kadar, karşı olanlarda vardır. Tartışmanın temel nedeni, yarar mı, yoksa engel mi sağlayacakları konusundadır. Yarar getireceğini savunanlar, Yargıtay'ın iş yükünü azaltacağını, böylece Yargıtay'ın daha iyi hukuki denetim yapacağını, hukuktaki uygulama birliğinin daha iyi sağlanacağı ve ara denetimin yargının daha sağlıklı sonuçlara varacağı gibi nedenlere dayanmaktadır. Bu nedenler daha da artmaktadır. Ne var ki, bu gün Türkiye'deki yargının ve Yargıtay'ın sorunu ara mahkemeleri değildir. Başka bir anlatımla, bu mahkemeler kurulduğunda, yargının sorunu çözümlenmiş hatta rahatlamışta olmayacaktır. Yargı yine çalışacak, ancak işler daha kısa zamanda değil, daha uzun sürede çözümlenecek. Aynı sonuç idari yargıda görülmüştür. Hele bu ara mahkemelerine kanıt toplama başka bir il ve ilçede keşif yapma yetki ve görevini verip, bu kanıtların toplanması ve keşif gibi işlemlerin yapılmasını o il ve ilçedeki yargıçlardan isterseniz, o iş yine tam ve sağlıklı yapılmış olmaz.

Bu bakımdan bu mahkemelerin kurulması gerekli ise de, mevcut durum itibarıyla sorunun çözümünde bir iyileşme ve gelişmenin şu aşamada sağlanamayacağı düşüncesindeyim.

DÖRDÜNCÜ İLKE :

KARARIN HAKKANİYETE UYGUN OLMASI GEREKİR:

Bu ilke, 1961 Anayasası'nın 132. 1982 Anayasası'nın 138. maddesinde yargıçların, *Anayasa'ya, yasaya, hukuka ve vicdani hanaatlerine göre hüküm kuracakları* biçiminde düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemede yer aldığı üzere kararın, Anayasa ve yasaya uygunluğundan söz ettikten sonra ayrıca "*hukuka uygun*" olmasından da söz edilmesi, doğru ve gerekli bir yaklaşımdır. Bununla yargıcın, *yazılı hukuk dışında, yazılı olmayan hukuk kurallarını, hukukun genel ilkelerini*, hatta *ahlak kurallarını* ve *törelere* de göz önünde tutması amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla, yargıca geniş hareket alanı ve takdir yetkisi verilmiştir. Bununla hem adaletin daha doğru biçimde sağlanması, hemde, yargıcın yazılı kuralların bulunmadığı durumlarda yazılı olmayan kurallara göre uyumazlığı çözme yoluna gitmesi ve yasa koyucunun öngörebileceği doğrultuda uyumazlığı sonuçlan-

dırması amaçlanmıştır. Bu düşüncemizin Medeni Kanun'un 1. maddesi ile doğrulandığını da görmekteyiz.

İlkede öngörülen “*hakkaniyete uygunluk*” nasıl gerçekleşecektir. Yapılan yargılama sonunda verilen karar yazılı ve yazılı olmayan hukuk kurallarına *uygun değilse* adil yargılanmanın gerçekleşmediği, böylece kararın da hakkaniyete uygun olmadığı sonucuna varılmalıdır. Yargıç yargılamayı yaparken, öncelikle yazılı hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı sonuçlandırmak zorundadır. Yani yasa, doğru olmasada uygulamakla yükümlüdür. Yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesinde ise, iptalini isteyebilir. İstemezse veya uygulanan yazılı kural, bir Anayasa hükmü ise, doğru olmazsa da bunu uygulayacaktır. Bunun nedeni, özellikle ceza hukukunun kanunilik ilkesidir. Yani, yasa doğru olduğu için değil, yasa olduğu için uymak zorundadır. Ancak yargıcın bu durumda yasa maddesinin hukuka uygun olmadığını zorunluluk nedeniyle uduğunu kararında belirtmesinde yasa koyucu için bir uyarı sonucunu doğucaktır.

Bu gün Türkiye'de yazılı olmayan *hukuka aykırı olan yasaların*, hatta Anayasa maddelerinin bulunduğu bir olgudur. Ancak bunlar uygulanmaktadır. İşte bundan dolayı da, böyle bir kararın hakkaniyete uygun olmadığı sonucu ortaya çıkabilir. Bu sonucu doğuran kararlar için iç hukukta yapılacak başkaca bir işlem bulunmamaktadır. Ancak ilgililer, böyle bir kararın doğurduğu haksız sonuçları ortadan kaldırmak için AİHM'ne başvurabilirler. Bu konuda, AİHM'ne yapılan başvurular, daha çok kişinin temel hak ve özgürlüklerini içeren konularda görülmektedir. Türkiye'nin, AİHM'nin yargılama yetkisini kabul ettiği günden bu yana, bu nitelikteki davaların artışı görülmektedir. İşte bunun içindir ki Türkiye, iç hukukunda ve özellikle Anayasada önemli değişiklikler yapma gereğini duymuştur.

BEŞİNCİ İLKE :

YARGILAMANIN AÇIK YAPILMASI VE HÜKMÜN AÇIK OTURUMDA VERİLMESİ:

Bu ilke Anayasanın 141. maddesinde ve HUMK. 149. ve CMUY.nun 373. maddelerinde yer almış bulunmaktadır. Nedeni, yine *doğru ve güvenilir bir* sonuca varılması içindir. Bu ilke ile, *yargıçların daha özenli hareket etmeleri de öngörülmüştür*. Duruşmanın açık yapılması ile sunulan kanıtların söylenen sözlerin o an için doğurdu-

ğu sonuçlar, tutanağa yazılanların ve yargıcın tutumu açık biçimde değerlendirilebilme olanağını da sağlamaktadır. Kararın izleyenlerce de uygunluğu tartışılabilecektir. Böylece karar, *kuşkulardan ve olumsuz eleştirilerden de* arıtılmış olacaktır.

ÖZELLİKLE CEZA YARGILAMASINDA ÖNEM TAŞIYAN İLKELER

1- BİR KİMSENİN SUÇLULUĞU KESİNLEŞİNCEYE KADAR SUÇSUZ SAYILMASI:

Bu kural, 1982 Anayasasının 38. maddesinde suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar *kimse suçlu sayılmaz* biçiminde yer almıştır. Böyle bir ilke kişinin, *kişilik değerlerinin korunması nedenine* dayanmaktadır. Gerçekten, suçluluğu sabit olmadan, bir kişinin suçlu imiş gibi açıklanması tanıtılması onun *kişilik değerlerine zarar verir*. Herhangi bir olaya karışan, suç işlediği varsayılan kişi konumundadır. İşlediği kesin değil, varsayılan durumda olduğu için, yasal düzenlemelerde, bu kişi için “*sanki*” sıfatı kullanılmaktadır. Bu da sanılma, tahmin edilme anlamındadır.

Anılan ilkeye uyulmadığı takdirde, aynı zamanda o kişi o anda ve henüz sabit olmadığı halde, *toplumun kin ve nefretini kazanacak* ve belkide o anda hak etmediği bir takım saldırı eylemleri ile karşılaşabilecektir. Önceden ve ön yargı ile verilmiş bir kararın, daha sonra gerçeği yansıtmadığını kesin yargı kararı ile belirlense dahi, bunun önceden bıraktığı olumsuz etkilerin silinmesi olanaksız olduğu gibi, ancak sınırlı bir çevre tarafından duyulacaktır.

Bu ilke, adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından yargulamayı yapan kişi ve kurumlarca özen gösterilmesi gerektiği gibi, üçüncü kişilerce ve özellikle basın tarafından da uyulması gereken bir kuraldır.

2-YARGILANDIĞI SUÇTAN BİLGİ VERİLMESİ

Bu ilke, 1982 Anayasasının 19. maddesinde de yer almıştır. Yine aynı madde de, 2001 tarihinde yapılan bir değişiklikle de, AİHS.nde olmayan, *durumun kişinin yakınlarına da bildirilmesi* öngörülmüştür. Böylece, sözleşmeden daha ileri bir adım atılmakla, insan haklarına saygının gereğine uygun adım atıldığı görülmektedir.

Durumun sanığa ve yakınlarına bildirilmesi, son derece doğal ve zorunluluk taşımaktadır. Çünkü ancak bu halde kişi ve yakınları olayı ve böylece *savunma ve koruma araçlarını sağlamaya çalışacaklardır.*

Bu ilkeler dışında, AIHS.inin 6. maddesinde ayrıca sanığa,

-Maddi olanakları elveriyorsa, parası ile bu savunmanın sağlanması

-İddia makamının ve sanığın kanıtlarının ve özellikle tanık bilgilerine eşit ağırlıkta yer verilmesi ve bunların aynı koşullar altında dinlenmesinin sağlanması

-Sanığın, yargılandığı ülkenin dilini bilmiyorsa, parasız olarak kendisine tercüman sağlanması gibi, koşullarda yer almış bulunmaktadır.

Bu ilkeler üzerinde ayrı ayrı durmayacağım. Zaten düzenleniş biçimden, amaçları açıkça anlaşılmaktadır.

Önem taşıyan başka bir konu üzerinde durmak istiyorum. O da, 1992 yılında, 3842 sayılı yasa ile, CMUY.nın 254 maddesine “*soruşturma ve koğuşurma organlarının hukuka aykırı bir şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz biçiminde eklenen fıkranın anlam ve uygulama sonuçlarıdır.*” Bu fıkranın eklenmesinden sonra aradan uzun bir süre geçmiş ve 2001 yılında Anayasanın 38. maddesine eklenen bir fıkra ile bu ilke, “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” biçiminde yer almıştır. Görüldüğü üzere CMUY’daki düzenleme salt ceza yargılamasını amaçladığı halde, Anayasadaki hüküm, *genel bir nitelik* taşımaktadır.

Bundan önce bir noktayı açıklamakta yarar görüyorum. “Yasaya aykırı olarak elde edilmiş kanıt”tan, *neyin anlaşılmasıdır.* Kişisel düşüncem “*yasaya aykırı kanıt*” değil, “*hukuka aykırı kanıt*” kavramının kullanılması ve maddeye bu anlamın verilerek yorum ve uygulama getirilmesi daha doğrudur. Çünkü yasa, hukuka aykırı biçimde düzenlenip, bazı kanıtların o düzenleme içinde elde edilmesini öngörebilir.

Bu noktayı belirttikten sonra hukuka aykırı kanıttan, hukukun öngördüğü yön ve yöntem dışında elde edilen kanıtlardır. Bir örnek vermek gerekirse, *işkence* edilerek elde edilen kanıtlar, *gizli kamera* kullanılması, son zamanlarda isimlendirilen *konu mankeni*, *ajan* kullanılması, *telefon dinlenmesi*...gibi yöntemlerdir. Verilen bu örnekler genel olarak belirtilmiştir. Her somut olayda ve olayın özelliğine göre,

hukuk kurallarının öngördüğü, gerekli ve zorunlu gördüğü durumlarda, bir noktaya kadar bu katı kuralın uygulanması yumuşatabilir. Örneğin, hakkında çok önemli kuşku bulunan bir kişinin, yasanın öngördüğü süre ve koşullar içinde ve *yargıç kararı ile* telefonu dinlenmeye alınabilir. Ancak böyle bir koşul yok ve yargıç izni de alınmamışsa, telefonun dinlenmesi, dinlenen konunun içeriği hukuka aykırılık oluşturan bir konuşma da olsa, bunun telefonu dinlenen aleyhine kanıt olarak kabulü ve bu dinlenmeden yola çıkılarak elde edilen kanıtlarında aleyhine kullanılması doğru değildir. Çünkü kanıt için ilk başta başvurulacak yöntem yasaya aykırıdır.

Gerçekten, insan onurunun korunması bakımından ve yargılama hukukunun önemli bir ayağını oluşturan bu hükmün, ülkemizde ne kadar yaşama geçirildiği ve özellikle mahkemelerde ne ölçüde önem verildiği üzerinde durmak gerekir. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 4/10/1994 gün ve 1994/7351-7693 sayılı karardaki olayda, sanığın hükümlülüğüne ilişkin karar kesinleşmiştir. Dava, daireye *yazılı bozma* emri üzerine gelmiştir.

Savcılık tebliğnamede, bozma isteminde bulunmuştur. Daire kararında, kanıtların yasaya aykırı toplandığı kabul edilmiş ancak mahkeme, bu kanıtlara dayanmadan hüküm kurduğu ve böylece *nedenlilik bağı olmadığı* gerekçesi ile istem reddedilmiştir.

Bu karara katılmak olanaksızdır. Karar tam olarak açık olmakla birlikte, yasa dışı yollardan ayrı olarak elde edilen kanıtların *nasıl elde edildiği*, yasa dışı elde edilen kanıtlardan *yola çıkarak mı* sağlandığı anlaşılamiyor. Eğer "*diğer kanıt*" denilenler, yasa dışı yollardan elde edilen kanıtlardan yola çıkılarak elde edilmişse, bunlara da dayanmanın olanağı bulunmadığı kabul edilmek gerekir. İşte uygulamada varılan sonuç böyle anlaşıldığı takdirde bu kuralın yasada yer almasının bir anlamı da bulunmamaktadır.

Bize göre doğru olmayan bu karara karşın Ceza Genel Kurulunca 18/10/1993 gün ve 1993/6-236-255 ve 4/10/1993 gün ve 1993/6-192-217 sayılı kararlar, aksi yönde olup yasa dışı yollarla ve bu kanıtlara dayanılarak elde edilen kanıtların hükümlülüğe dayanak yapılamayacağı yönündedir.

Hukuk davalarında uygulamada çok rastlanan bir konu, kişinin *telefonunun dinlenmesidir*. Kişi telefonunun dinlenmesi o kişinin, kişilik değerlerinin *gizli* kalması gereken *özel alana* girilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir eylem de, Anayasanın Temel Hak ve Özgür-

lüklerinin önemli bir kanadını oluşturan *özel yaşamın* ve haberleşmenin gizliliği ilkesine aykırılığı oluşturur. (Mad. 20 ve 22)

Açıklanan bu hukuk kurallarına ve Anayasal düzenlemeye karşın, kişinin telefonu dinlenmiş ve dinlenen konuşmanın da hukuka aykırı olduğu da anlaşılrsa dahi, konuşmanın kapsamına bakılmaksızın eylem telefonu dinlenenin kişilik değerlerine saldırı oluşturacağından, dinleyeni sorumluluktan kurtarmaz.

SONUÇ:

Tüm bu yazılanlar ve yazılmayanlar veya yazılmayanlar, gözönünde tutulduğunda, diğer alanlarda da olduğu üzere, *Türk Yargı sisteminin ve Türk Yargıcının büyük* sorunları bulunduğunu görmekteyiz. Bu sorunları bu yılda Adli Yılın açılışı nedeniyle pek çok yerde ve basında dinlediniz, izlediniz. Sorunlar bilinen sorunlardır. Zor da olsa çözümlenmesi *olanaksız olan sorunlar değildir*. Yeterki, soyut olmayan, yaşayan ve yaşama geçirilmiş bulunan, siyasi ve diğer tüm çıkar sağlama amacından uzak, inanç ve kararlılık içinde sorunlara yaklaşılabilirsin. *Ciddi, açık ve içten olmayan hiçbir düşünce ve eylem; ulusları aydınlığa götürememiştir*. Ülkemizde, özden uzak, soyut ve yiğitlikten söz eden söylemler hiç eksik olmadı. Hep bu tür kalıp sözlerle günümüz geçti. *Ancak bu söz ve davranışlar dozunu arttırdıkça, ulusca geriye gittik*.

Toplum yaşamı, *birleşik kaplar gibidir*. Bir ülkenin *ekonomisi, sosyal yapısı, kültürel değerleri, demokrasi alanındaki kurumsallaşması gibi konularda sorunlar var ise*, bu yapı içindeki bir ortamda, *yargının sorunsuz olması düşünülemez*. Ancak, diğer alanlardaki olumsuzluklar, yargıdaki olumsuzluklar *kadar devleti yıpratacak* düzeyde sonuçlar doğuramazlar. Devleti devlet yapan Hukuk olunca, devletin yaşamı ve gücünde, o devletteki *yargının etkinliği* ile ölçülebilir. Yargının etkinliğini sağlayacak olanda yargıçlardır. Yargıç, bozulan dengeyi sağlamakla yetkili kılınan kişidir. Bunun içindir ki, yargıç, bozulan dengeyi sağlarken, tüm *önyargılardan* (başkalarının dediği gibi, devleti düşünecek, güvenliği düşünecek, bunun içinde kişiyi devlete feda edebilecek..... gibi) uzak, *hukuk neyi gerektiyorsa* onu yapacak, yasada, kendisini bağlayan açık bir kural yoksa, (ki yasa yanıfta olsa uymak zorunda olduğu için söylüyorum) yazılı olmayan binlerce deneyden geçerek, ulusal ve ulusal olmayan *yazısız hukuk kurallarının* genel ilkeleri ile sorunu çözecektir. *O andaki çözüm oluşan sistemle ters dü-*

şebilir. Ancak uzun vadede kesinlikle kazançlı çıkacak olan o ülkenin insanları olacaktır.

Böyle bir sonuç sadece o davada taraf olanlar için hakkı sağlamış olmayacak tüm toplumun diğer bireyleri içinde umudu, güveni ve giderek mutluluğu sağlayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma Ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği

Güney DİNÇ*

I - TEMEL İNSAN HAKLARININ ÖZÜ : DENGE

Hukukta, her zaman bir " baskın taraf " var olmuştur. İnsanlık tarihi bu örneklerle örülüdür. Monarşi, halk egemenliği, sınıfsal diktatörlükler, ekonomi dışı şiddet ve günümüzün sınır tanımayan uluslararası tekelleri gibi...

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde oluşan hukukun belirgin özelliği ise, "baskın taraf " egemenliğinden uzaklaşma yönünde gelişmesidir. Yeni bir anlayışın ürünü olan sözleşme hukukunu tek bir sözcükle tanımlamak olanaklıdır, "Denge ".

Bir kez daha geriye dönüp insanlık tarihine bakarsak, "denge" sözcüğünün ne denli yeni ve heyecan verici bir gelişme olduğunu kolaylıkla görebiliriz.

Doğanın temeli, dengeye dayanıyor.

Denge, insanın doğaya dönüşüdür.

Denge, insanın kendine dönüşüdür.

Denge, hukukun insana dönüşüdür.

Böylesine görkemli bir hukuku üretmek kolay bir iş değildir. Değişimi ve yenilenmeyi, sözde değil, özde gerçekleştirmek gerekiyor. Oysa, insan hakları alanında büyük çelişkiler yaşanıyor. Sözleşme kapsamındaki kimi ülkeler, insan hakları belgelerini kendi yurttaşlarıyla ilgili kurallar düzeyinde algılayıp, öyle uyguluyorlar.

İnsan haklarının evrenselliğine gölge düşürülmemelidir. Orta-doğu'da, Liberya'da, Irak'ta, sırada bekletilen diğer ülkelerde sürdüren yağmacı saldırganlıklar karşısında, bireysel hukuk alanında gerçekleştirilen kazanımlara sığınarak, insan haklarının korunup geliştirildiğine inanamayız.

* Avukat, İzmir Barosu.

İnsanlığın kendi kendisini yok etmesini önlemek için, 21 yüzyıl, yeryüzünde yaşayanların tümü için, insan haklarının işlerlik kazandığı bir çağ olmak zorundadır.

II - AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ :

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi ADİL YARGILANMA HAKKI'nın temel koşullarını belirlemektedir.

6.maddenin kapsadığı konular çok geniştir. Bu nedenle yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının büyük bir bölümü de 6.maddenin yorumu ve açılımıyla ilgilidir.

Sunuşumuzun konusunu oluşturan "silahların eşitliği" ilkesi 6.maddenin I.bendinin ilk tümcesinde değerlendirilmiştir;

m.6/1

"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir..." "

"Hakkaniyete uygun yargılama", silahların eşitliğini zorunlu kılar. Yargı organı önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu dengenin bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.

Ayrıca 6.maddenin 3.bendinin (a) fıkrasında yer alan "sanığın bilgilendirilme hakkı" ile aynı bendin (d) fıkrasındaki "tanık dinletme ve tanıkları sorgulama hakkı" silahların eşitliği ilkesinin uygulanışıyla doğrudan bağlantılıdır.

Kamu güvenliği, kamu yararı ile bireysel hak ve güvenceler arasındaki denge, Mahkeme Kararlarında, "eşitlik", "karşılıklık", "oranlılık" gibi sözcüklerle anlanmaktadır.

"Mahkeme'ye göre genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan 'hakkaniyet' in ilk ve önemli gereği, taraflar arasında 'silahların eşitliği', diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve

bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır.” (M.K. Del court / Belçika 1970, Monnel ve Morris /İngiltere 1987, Ekbatani /İsveç 1988)¹

Amaç, sav ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir den- genin gerçekleştirilmesi olunca, silahların eşitliği kavramı, her somut olayda, uyumsuzluğun niteliğine göre değişimler göstermektedir. Örneğin, yargılama işlemleri arasında yer alan kanıt ve karşı kanıtların sunulup tartışılması, ilgilinin yargıç önüne çıkarılma istemi, dava dosyasının özgürce incelenip gerekli görülecek belgelerden örnekler alabilme olanağı, bilirkişi raporlarının yanlara gönderilmesi ve yargı- lama sürecindeki bir kamusal organdan da gelse, yargıçların kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama konusunda bilgi- lendirilip bunları yanıtlama olanağının taraflara tanınması silahların eşitliği kapsamında değerlendirilen uygulamalardır.

Bu araştırmamızda, sav ve savunma arasındaki dengelerin ele alındığı “Tebliğname “ konusunda Türkiye’de ve Avrupa’da izlenen gelişmeleri ve ulaşılan aşamaları, Avrupa yargısından örneklerle özet- lemeye çalışacağız.

III - TÜRKİYE’DE TEBLİĞNAME SORUNU

Ceza mahkemelerinde kimi zaman yargıçlar ve savcıların, aynı kürsüyü paylaşmanın alışkanlıklarından da yararlanarak birlikte ha- reket ettiklerini izlemekteyiz. Sonuçlanma aşamasına gelen davalarda duruşma salonunun boşaltılarak, yargıç ve savcının biraz sonra açık- lanacak olan kararın ayrıntılarını birlikte tartışmaları görülebilmekte- dir. Bu tür uygulamalar, özellikle avukatları tedirgin eder. Yargılama sürecinden dışlandıkları ve savunma çabalarının boşa gittiği inancına kapılırlar.

Yargıtay’daki yerleşik uygulama, savunmanın etkinliği açısından daha da önemli sakıncalar içermektedir. Ceza davalarının Yargı- tay’daki incelenmesi sırasında duruşmaların nasıl yapılacağı, CMUK’nun 319. maddesinde aşağıda yazılı olduğu biçimde düzen- lenmiştir.

¹ Feyyaz Gölcüklü-A.Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulama- sı, Ankara 1994 S.

"Yargıtay'da duruşma raportör tarafından işin açıklaması ile başlar. Bu aşanm duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ile dosyaya koymuş olması lazımdır.

Raportör üyelerin açıklamasını müteakip Cumhuriyet Başsavcısı, sanık ve müdafî iddialarını beyan ve bunları izah için söz alırlar. Bunlar arasında temyizi talep etmiş olan taraf önce dinlenir. Son söz sanığındır."

CMUK'nda, duruşma açılmayan durumlarda Yargıtay incelenmesinin hangi koşullarda yürütüleceği, sanıklarla nasıl ve ne tür iletişim kurulacağı konularında herhangi bir düzenleme yer almamıştır.

Yargıtay'da duruşma yapılmayan davalarda, sanıkların gelişmeleri izleme olanağı bulunmamaktadır. Yargısal işlemlerin belli bir takvimi yoktur. Temyiz edilen dava dosyasının, tebliğnamenin hazırlanması için Başsavcılıkta ne kadar süre bekleyeceği, karar için Mahkeme'ye ne zaman gönderileceği, hangi oturumda temyiz isteminin karara bağlanacağı, ilgililerce izlenip bilinmemektedir.

11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı yasanın 2. maddesiyle CMUK'nda gerçekleştirilen değişime kadar, sanıklar ve avukatları, genellikle Yargıtay incelemesi tamamlanıp, dava dosyasının yerel mahkemeye gönderilmesinden sonra, Başsavcılık tebliğnamesinin içeriğini öğrenbilmekteydiler.

Ancak bu aşamadan sonra savunma adına yapabilecekleri fazla bir şey kalmıyordu.

IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI YARGISINDAN ÖRNEKLER

Savcılığın ceza davalarındaki konumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ilk kez 1970 yılında *Delcourt-Belçika* davasında tartışıldı. Yerel mahkemede çeşitli cezalara çarptırılan Emile Delcourt adındaki sanığın 1965 yılında Belçika Yargıtayı'ndaki duruşmasında Başsavcı, tüm temyiz istemlerinin reddi ve mahkumiyet kararının onanması doğrultusunda görüş bildirmişti. Avukatının gelmediği duruşmada Delcourt, kendi savunmasını yapmak zorunda kalmıştı.

Duruşmadan sonra karar vermek üzere başka bir salona geçen yargıçların arasında Başsavcı da bulunuyordu. Belçika'da 1815 yılından beri yürürlükte olan bir Kraliyet Kararnamesi'ne göre; Başsavcı, oy hakkı olmaksızın Yargıtay yargıçlarının karar öncesindeki tartışmalarına katılıp görüşlerini açıklayabiliyordu. Bu duruşmadan iki yıl

sonra, 10 Ekim 1967'de yürürlüğe giren Yeni Ceza Yargılama Yasası'nın 1109. maddesinde de aynı işleyiş sürdürülmüştü.

İç hukuk yollarının tükenmesinden sonra Delcourt, Başsavcı'nın Yargıtay'daki tartışmalara katılıp görüş bildirmesinin savunma hakkına ve özellikle "silahların eşitliği" ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurdu. Başsavcı'nın Yargıtay'a verdiği görüşlerden bilgisi olmadığını, son sözün kendisine tanınmadığını ileri sürerek AİHS'nin 6. maddesinin 1. bendinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının çiğnendiğine karar verilmesini istedi.

Komisyon'un kabul edilebilirlik kararının ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uyumsuzluğu sonuçlandıran 17 Ocak 1970 günlü ve 11 sayılı kararını verdi.

AİHM'nin yorumuna göre;

"Yargıtay Başsavcılığı, kovuşturma yapmadığı, dava açmadığı, davacı niteliğine sahip olmadığı için, mahkeme önünde taraf olarak kabul edilemez... Yargıtay Başsavcılığı ile alt mahkemelerdeki savcılıklar, birbirinden farklı kurumlardır. Ancak yasalara ve uygulamaya bakıldığında, bu farklı işleyişin kolayca ayırdına varılmamaktadır. Görünümü nedeniyle kimi sanıkların Başsavcılığı kendilerinin karşıtı gibi algulamaları ve özellikle Yargıtay'ın kapalı oturumundaki tartışmalara katıldığını izleyince, böylesi kuşkulara kapılmaları doğaldır.

Bu yapılanmaya yüzeysel olarak bakıldığında 'adaletin öзде yerine getirilmesi yeterli değildir, görüntüde de adalet yerine getirilmelidir' biçimindeki özdeyişe uyulmadığı sonucuna varılabilir. Ancak bu durum, tartışılan olayda adil yargılanma hakkının çiğnendiği anlamına gelmemektedir.

Yargıtay Başsavcılığı bağımsız bir kurum olduğundan, Başsavcılıktan bir savcının Yargıtay müzakeresinde yer alması, Yargıtay'ın bağımsızlığını ve yansızlığını olumsuz yönde etkilemez...

Yargıtay Başsavcılığı tarafından duruşmanın sonucunda sunulan tebliğnamenin önceden taraflara verilmemesi, başsavcılık görevinin özelliği ile açıklanabilir.

Sözleşmenin 6. maddesi, Belçika'nın en yüksek mahkemesine bağlı olan, ona yardım ve danışmanlık görevi yapan bağımsız bir kurumun tümüyle hu-

kuksal nitelikteki görüşlerine sanık tarafından yanıt verilmesini anımsatma yoluyla bile gerekli kılmamaktadır."²

Böylece Emile Delcourt'un çok haklı nedenlere dayanan başvurusu, şaşırtıcı gerekçelerle reddedilmiş oluyordu.

Eğer bu anlayış günümüzde de geçerliliğini sürdürseydi, Strasbourg yargısı güvenilirliğini ve yaratıcılığını büyük ölçüde yitirebilirdi. *Delcourt/Belçika* kararını izleyen gelişmeler, çağdaş hukukun, feodalizm kalıntısı durağan kurumlarla birlikte yürütülemeyeceğini belgelemesi bakımından önem taşıyor. AİHM, yanlış kararından aşamalı bir biçimde dönerek, doğru ilkelere yönelmekte gecikmedi.

AİHM, 2 Mart 1978 günü sonuçlanan *Monnel ve Morris/İngiltere* davasında ise konuyu eşit temsil olgusu kapsamında değerlendirdi ve aşağıdaki kararı verdi:

"Üst mahkemeye yapılan başvuru üzerine yürütülen kısa yargılama sürecinde iddia makamı da yer almadığından, bu yargılamada başvuruçunun veya avukatının bulunmaması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir."

Bu süreç içinde, *Pakelli/Almanya* davası önemli bir başlangıç oluşturuyor. Almanya'da işçi olarak çalışırken, bir suç nedeniyle tutuklanıp yargılanan Lütfi Pakelli'ye yerel mahkemedeki ceza davası sırasında adli yardım yoluyla avukat atanmıştı. Verilen hapis cezası kadar tutuklu kalan Pakelli, kararın kesinleşmesini beklemeden Türkiye'ye döndü.

Pakelli'nin Yargıtay'daki duruşma için, giderleri devletçe karşılanmak üzere avukat istemi ise, Alman Ceza Yargılama Yasasının 350. maddesinin 2. ve 3. bentlerine dayanılarak; tutuksuz sanığa Yargıtay'daki duruşma için avukat görevlendirme zorunluluğu bulunmadığı gerekçesiyle reddedildi. Alman Anayasa Mahkemesine kadar taşınan bu uyuşmazlıkta Pakelli'nin, savunmasını yapmak üzere Yargıtay'daki duruşmaya kaulabileceği gibi, dilerse, giderlerini kendi ödeyeceği bir avukatın yardımından da yararlanabileceği, Türkiye'de yaşamasının ise, yasal koşulları değiştirecek bir neden olmadığı görüşüne varıldı. Avukatının ve kendisinin bulunmadığı duruşmadan sonra Yargıtay, Pakelli'nin cezasını onadı.

² İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, cilt 1, Dr. Osman Doğru çevirisi, İstanbul Barosu Yayını, S. 101, İstanbul 1998

AİHM'nin 25 Nisan 1983 tarihinde sonuçlanan *Pakelli/Almanya* kararında, araştırmamızı doğrudan ilgilendiren aşağıdaki gerekçeler yer aldı:

"Bu dava, Federal Mahkeme'nin duruşma açılmasına gereksinim duyduğu ender uyumsuzlıklardan birisidir. Temyiz edilen ceza davalarının ancak yüzde onunda duruşmalı inceleme yapılmaktadır. Pakelli'nin temyiz gerekçelerinin kabul edilebilir nitelikte görülmesi, Federal Mahkeme'yi sözel yargılama yöntemini benimsemeye zorlamıştır...

Federal Mahkeme eğer duruşma kararı vermeseydi, savcılık yazılı açıklama sunmakla yetinecek, bunun bir örneği de sanığa iletilecekti. Böylece sanık, temyiz aşamasında savcılığın görüşlerini öğrenip yanıtlama olanağına bulacaktı. Sözel yargılama yönteminin benimsendiği bu davada, başvuruçuya savcının duruşmada açıkladığı savlarını inceleyip, tartışmak fırsatının verilmesi gerekiyordu. Federal Mahkeme'nin duruşma açmasına karşın, sanığa savunman atanmaması, davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte önemli bir eksikliktir. Yargıtay incelemesi duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yürütülseydi, yanlar arasındaki eşitlik bozulmayacağından, dava, belki de başvuruçunun istemleri doğrultusunda sonuçlanabilirdi."

AİHM, Yargıtay'daki sözel yargılama aşamasında Pakelli'ye ücreti devletçe karşılanacak bir avukatın atanmamasının Sözleşmenin 6. maddesinin 3/c bendine aykırı düştüğüne karar verdi. Bu sonuç nedeniyle, olayın bir kez de 6. maddenin 1. bendi kapsamında değerlendirilmesine gerek görülmedi.³

Pakelli/Almanya kararı, Yargıtay'da duruşmasız yürütülen yargılamalarda Başsavcılık tebliğnamesinin sanığa gönderilip yanıtlama olanağının tanınması gereğini ortaya koyduğu gibi, duruşmalı incelemelerde sanık ve avukatının son karar öncesinde tebliğnameyi tartışıp yanıtlama hakkına sahip bulduklarını benimsemiş oluyordu.

Brandstetter/Avusturya davasının 28.8.1991 günlü kararında da AİHM, çekişmeli yargılamanın, iddia ve savunmanın diğer tarafın verdiği görüşler ve gösterdikleri kanıtlar hakkında yorum ve açıklama belirtme olanağına sahip bulunmaları gerektiğinden, iç hukukta çeşitli biçimde kullanılabilir bu imkandan, dava konusu olayda iddia makamının verdiği mütalaayı başvuruçunun bilememesi nedeniyle çekişmeli yargılama bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı.

³ Güney Dinç, İnsan Haklarına Uzanmak, s. 121, Say Yayınları, İstanbul, 1986

AİHM 22 Haziran 1993 günlü *Borgers/Belçika* kararında tebliğname konusunu, adil yargılanma hakkının temelinde bulunan "silahların eşitliği" ve "çekişmeli yargı" ilkeleri kapsamında değerlendirdi. Yargılamada "..görüntüye yüklenen önem ve halkın adil yargılanma güvencelerine karşı artan duyarlılığı ışığında başvurucuya, kamu adına görev yapan savcılığın mütalaasını yanıtlama olanağının sağlanmamasını, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali olarak niteledi.

Kararın gerekçesine, "*özellikle Başsavcı'nın Yargıtay yargıçlarının karar vermeden önceki müzakerelerine katılmasının savunma ile iddia arasındaki eşitsizliği artırması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlali olduğu...*" belirtildi.

Böylece, *Delcourt/Belçika* kararının sakıncaları, yine Belçika uygulamalarından kaynaklanan bir uyumsuzluk nedeniyle büyük ölçüde giderilmiş oluyordu.

Aynı konudaki son iki örnek de Türkiye'den geldi. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *İncal/Türkiye* davasının 25 Şubat 1997 günlü ve 22678/93 sayılı sonuç raporunda, yerel mahkemece verilen hapis cezasının Yargıtay'da duruşma açılmaksızın onanmasına ilişkin Türkiye'deki yerleşik uygulamayı değerlendirdi.

Komisyon raporunda; "*..kural olarak ceza ve hukuk davalarındaki yanların, yargıçların verecekleri kararları etkilemek amacıyla bağımsız bir organ tarafından bile olsa, yargıca sunulan tüm kanat ve görüşleri öğrenmek ve bunları tartışmak olanağına sahip bulunmaları..*" gerektiği belirtildi. "*Yargıtay'daki davalarda geçerli olan yargılama yöntemleri (CMUK), Başsavcılık tebliğnamesinin onama ya da bozmaya yönelik etkinliği de göz önünde tutularak, çekişmeli bir yargının varlığından söz edebilmek için, ilgiliye yargılama bitmeden önce yanıtlama hakkının tanınması gerektiği..*" üzerinde duruldu. "*Başvuru konusu olayda ise, yerel mahkemenin mahkumiyet kararının onanmasını isteyen Başsavcılık Tebliğnamesine karşı sanığa savunmalarını sunma fırsatının verilmemesi, Sözleşmenin 6/1. maddesi ile güvence altında tutulan ve adil yargılanmanın temel öğelerinden olan karşıt konumdakilerin eşit koşullarda çekişmesi ilkesine aykırı düştüğü*" yargısına varıldı.

Strasbourg Yargısı'nın önceki yapılanmasına göre son kararı vermek durumunda bulunan AİHM ise, aynı başvuru nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapılanmasını ve TCK 312/2. maddesine dayanılan mahkumiyet kararını Sözleşme ihlali olarak nitelendiğinden, diğer bir çok başvuruda yaptığı gibi, bu saptamalarla yetine-

rek, ayrıca "Yargıtay'da izlenen yöntemsel süreçle ilgili..." istemlerin karara bağlanmasına gerek görmedi.⁴

AİHM'nin bu konudaki son değerlendirmeleri de, *Mehmet Göç/Türkiye* kararında yer aldı. Ulusal yargı önündeki uyuşmazlık 466 sayılı Kapundışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa'ya dayanıyordu. 466 sayılı yasanın 4. maddesine göre, "Mahkeme, Cumhuriyet Savcısının yazılı görüşü üzerine, duruşma yapmaksızın kararını" veriyor. Yargıtay aşamasında ise, CMUK'nun genel kuralları uygulandığından, dosya üzerinden yürütülen incelemede, son söz Yargıtay Başsavcılığı'nın oluyor.

Yasanın öngördüğü özel düzenlemeye göre, tazminat istemini içeren bir uyuşmazlık, adli ya da idari yargıya bırakılmaksızın ceza mahkemelerince incelenip karara bağlanıyor.

Başvuru konusu olayda, yakınmacı ve Hazine, karşılıklı ve birbirlerinden habersiz olarak, Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını temyiz ediyorlar. Temyiz dilekçeleri karşı taraflara gönderilmediği gibi, Yargıtay Ceza Dairesi, Başsavcılığının onama istemli tebliğnamesi doğrultusunda, her iki yanın temyiz istemlerini reddederek yerel mahkeme kararının onanmasına karar veriyor.

AİHM'nin 9 Kasım 2000 günlü ve 36590/97 sayılı *Göç/Türkiye* kararında, bu işleyiş özetle şöyle değerlendirildi:

"Mahkeme, Başsavcı'nın tebliğname içeriğinin dikkate alınıp başvurucu-ya tebliğnameye karşı farklı bir görüş sunma olanağının sağlanmamasını, hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Hızlı bir süreç içerisinde çabuk sonuçlandırılması amaçlanan davalarda, ulusal yargılama düzeninin bağımsız bir üyesince ileri sürülmüş bile olsa (örneğin Cumhuriyet Başsavcısı gibi) adil yargılanma hakkı, ilkesel olarak hukuk ya da ceza yargılamasının yanlarına, sunulan tüm görüşler ve gösterilen tüm kanıtlar hakkında bilgi sahibi olma ve yorumda bulunma olanağının verilmesini amaçlamaktadır."

Başvurucunun temyiz itirazlarının reddini isteyen "Cumhuriyet Başsavcısı'nun hazinenin de temyiz isteklerinin reddi yolunda öneride bulunduğu bir gerçektir. Bu yansız yaklaşım, yerel mahkemeye belirlenen tazminatı yetersiz bulan başvurucunun davasının Yargıtay aşamasında devam etmekte olduğu bir sırada, yanların silahlarının eşitlenmesi sonucunu getirmiştir.

⁴ Açık Sayfa Dergisi, Özel Eki Türkiye'ye Karşı İncal Davası, 41/1997/825/1031 (Emre Öktem Çevirisi), İstanbul, Haziran 1998/1

Aslında başvuruçunun ulusal mahkemeler önünde duruşma hakkına sahip olmadığı dikkate alınacak olursa, bu tür bir mütalaanın kendisine iletilmesi, adil yargılanmanın doğal gereğidir.

Açıklanan nedenlerle başvuruçuyu, Yargıtay önündeki yargulamada, başarı olanaklarına zayıflatacak her tür sunumdan bilgi edinmek hakkına sahiptir. Bu nedenlerle Cumhuriyet Başsavcısı'nın Yargıtay'a sunduğu tebliğnamesinin başvuruçuya tebliğ edilmemesi, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlalidir.⁵

Tebliğname konusunda ihlali saptayan AİHM 4. Daire, 466 sayılı yasaya göre tazminat istemlerinin yüz yüze ve sözel yargılama yapılmaksızın dosya üzerinden sonuçlandırılmasının Sözleşmenin 6. maddesine aykırı düştüğüne ilişkin başvuruçuyu istemleri konusunda bir karar verilmesine gerek görmedi.

4. Daire'nin Kararı, Sözleşme'nin 73. maddesi doğrultusunda incelenmeye değer bulunan tarafların itirazlarının bir karara bağlanması için Büyük Kurul önüne getirildi. Büyük Kurul, duruşmalı yapılan incelemeden sonra, 11.7.2002 günü açıkladığı kararında, 466 sayılı yasanın duruşma yasağı koymasını, temyiz edilen davalarda başsavcılık tebliğnamesinin taraflara tebliğ olunmamasını oyçokluğu ile Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı buldu. Böylece "silahların eşitliği" konusu, Türkiye Uygulamalarından kaynaklanan bir kararın temyizi sonucunda Büyük Kurul'un kararı ile, Avrupa içtihadına dönüşmüş oldu.⁶

V- SONUÇ VE ÖNERİLER

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, AİHM'nin kendileriyle ilgili kararlarını uygulamakla yükümlü bulunuyorlar. Kararların ulusal hukuktaki etkileri, başvuruçuların istemlerinin karşılanmasıyla sınırlı kalmıyor. Çözüme bağlanan sorun ulusal yasaların Sözleşme'ye aykırılığından ileri gelmişse, böyle durumlarda yasaların da yenilenerek Sözleşmeye uyarlanması gerekiyor. AİHM'nin kararlarından yalnız Türkiye ile ilgili olanlarının değil, tüm kararların ulusal hukukla karşılaştırılarak, gelecekte benzer

⁵ İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2001, sayı 1.s.107, Göç /Türkiye Kararı (Nilgün Tortop Çevirisi)

⁶ Güney Dinç, Anlaım ve Örgütlenme Özgürlüğü Alanında Avrupa İnsan Hakları Yargısı ve Türkiye, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, TBB Yayını No: 12, Ankara 2001, S. 199-219

uyuşmazlıklar içerisine düşmemek için, yasaların ivedilikle gözden geçirilmesi zorunluluk taşıyor.

Göç /Türkiye Davası sonuçlarının ulusal hukuka yansımaları, IV. Uyum Paketi adıyla da anılan 11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı yasanın 316. maddesine eklenen "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname taraflara ilgili dairece tebliğ olunur." tümcesi ile kısmen sağlanmış oldu. Ancak yasayı uygulayacak olanların bilgisi dışında gerçekleşen değişimin ardından gelen tepki ve eleştiriler, günlük basından yargının zirvesine kadar, birçok kişinin güncel gelişmeleri izlemekte yetersiz kalabildikleri gerçeğini gözler önüne serdi.⁷

Yöntem yasaları hızla değiştirilmelidir. Bu konudaki çalışmaların özellikle aşağıda değinilecek yasalar üzerinde yoğunlaştırılması, ulusal hukukun demokratikleşmesini sağlamakla birlikte, uluslararası düzlemde yeni yeni sorunlarla karşılaşılması olasılığını önemli ölçüde azaltabilecektir.

a) CMUK ve 466 sayılı Yasa Değişimi

Göç /Türkiye davası Büyük Kurul Kararı nedeniyle ulusal hukukta yapılacak değişimler, CMUK 316. madde ile sınırlandırılmamalıdır.

CMUK'nun 319. maddesine yeni bir paragraf eklenerek, Yargıtay'da duruşma açılmayan temyiz istemlerinin nasıl incelenip sonuca götürüleceği ayrıntılı biçimde düzenlenmelidir.

Yukarıdaki önerilerimiz, 466 sayılı yasaya göre verilen tazminat kararlarının temyizi aşaması için de geçerlidir. Ayrıca 466 sayılı yasaya göre yürütülen inceleme sırasında en az bir kez duruşma açılması yoluyla "yüzyüze" yargılamanın gerçekleşmesi, AİHS'nin 6/1. maddesinde öngörülen "vicahilik" koşuluna uygun düşecektir.

b) İdari Yargılama Yöntemlerinde Gereken Değişimler

AİHS'nin 6. maddesinin 1. bendinde korunan haklar ".. medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili.." uyuşmazlıklar için de geçerlidir.

AİHM, Sözleşme'yi yorumlarken, kendisini ulusal tanımlar ve yargısal yapılanmalarla sınırlamamaktadır. Davaların ve davalarda

⁷ Mehmet Nur Terzi, "İnsan Hakları Hukuku Bu Ülke İçin Ekstra Large", İzmir Barosu Bülteni, Sayı 134, İzmir Ayrıca, Yasaya Yönelik Tepkiler Açısından, 17 Ocak 2003 Günlü Hürriyet Gazetesi.

tartışılan hakların niteliğine bakmaktadır. Türkiye'de geçerli olan adli ve idari yargı ayrımı, AİHM'nin, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendine göre yürüttüğü denetim sırasında dava türlerini belirleyecek bir ölçüt olarak benimsenmeyecektir. "Bireyler arasındaki, yahut özel kişi ile özel hukuka tabi kamu tüzel kişileri arasındaki, özel hukuk ilişki ve nizalarının, medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar olduğu kuşkusuzdur. Asıl tereddüt ve güçlük kamu hukukundan kaynaklanıp bireyi etkileyen tasarruf ve işlemler konusunda belirmiştir. Divan (AİHM) içtihadında, bir özel tasarrufun geçerlik için idarenin izin ya da denetime tabi tutulmuş bulunması, bu tasarrufun özünü, yani medeni hak niteliğini ortadan kaldırmaz. Ulusal hukukun kamusal saydığı bir tasarruf denetim organı Divan tarafından 6. madde bağlamında değerlendirilirken, önce, söz konusu tasarruftan doğan hakkın içeriği veya bu tasarrufun sonuçları ele alınarak, 'kamusal' veya 'özel' nitelikten hangisinin ağır bastığı araştırılmakta ve böylece bir sonuca varılmaktadır."⁸

Kısaca özetlersek, Danıştay'da ve idare mahkemelerinde görülen davaların çok büyük bir bölümü de, doğrudan doğruya "medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili" uyuşmazlıklardan oluşmaktadır.

Dosyaya sunulan kararı etkileyebilecek tüm bilgilere ulaşmak, bağımsız bir kamu organından da gelse yargıçları yönlendirmeyi amaçlayan önerileri yanıtlayıcı olanağına sahip olmak, idari yargıda görülen "...medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarda.." tarafların ve özellikle davacıların, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin güvencesi altında bulunan hakları arasında yer almaktadır.

Konuya bu açıdan bakıldığında, Danıştay'da ilk ve son derece mahkemesi olarak duruşmasız incelenen davalarda 2575 sayılı yasanın 60/1, 61/1 ve 3 maddeleri uyarınca Danıştay Başsavcısı'nın ve savcılarının Mahkeme'ye sundukları istemlerinin, 62/1. maddeye göre tetkik hakimlerinin görüşlerinin, yanıtlayabilmeleri için uygun bir süre belirlenerek taraflara gönderilmemesi, Sözleşmenin 6/1 maddesindeki güvencelerle bağdaşmamaktadır.

İdari yargılama yasaları, mahkemelerin kendiliğinden kanıt toplamalarını olanaklı kılmaktadır. Bu doğaldır, ancak mahkemelerde elde edilen kanıtların davanın yanlarında bilinip tartışılmadan karar-

⁸ Feyyaz Gölcüklü-A. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Ankara 1994 s. 208-212

lara dayanarak yapılması, adil yargılanma ilkesine aykırıdır. 2575 sayılı yasanın 61/2., 49/1. ve 2577 sayılı yasanın 20/1. maddeleri uyarınca mahkemelerce getirilen bilgi ve belgelerin davanın yanlarında değerlendirilmesi sağlanmadan mahkemelerce kanıt olarak kabulü, "yargılamada silahların eşitliği" ilkesine ve yukarıda özetlediğimiz AIHM'nin örnek kararlarına uygun düşmemektedir. 2575 ve 2577 sayılı yasaların değiştirilmesi yoluyla bu sakıncaların da giderilmesi gerekmektedir.

c) Uygulamaya Dönük Öneriler

*"AIHM ile devletler arasında çelişkili bir ilişkiler yumağı vardır. Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak, öncelikle devletlerin sorumluluğudur... Birçok devletin Sözleşme'yi imzalarken ya da onaylarken koyduğu çekinceler yanında, Sözleşme'nin uygulamasında da ulusal makamların, değişik ölçülerde de olsa belirli bir isteksizlik sergiledikleri görülmektedir. Bu isteksizlik kimi zaman sözleşme maddelerinin ve AIHM kararlarının ulusal makamlarca dikkate alınmaması, kimi zaman ulusal yasalara öncelik verilmesi, kimi zaman da kararların uygulanmasındaki gecikmeler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa, bir insan haklarını koruma mekanizması yaratmanın altında yatan temel düşüncenin ortak standartlar üzerinde bir anlaşma sağlamak olduğu kuşkusuzdur."*⁹

AIHM kararlarının önemi, Türkiye'de de kısa sürede anlaşılabilir. Kararlar, yasama, yürütme ve yargı organları açısından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Ancak ulusal yasalarda hiç değinilmeyen ya da farklı düzenlemeler içeren konularda, Mahkeme'nin Türkiye uygulamalarını yorumlayan kararlarının yargı organlarıncaya nasıl değerlendirileceği sorunu belirsizliğini korumaktadır.

Uyumlu bir işlerlik sağlanabilmesi için uyum paketleri birbirini izlemekte, başta anayasa olmak üzere ilgili yasalarda değişiklikler yapılmaktadır. Siyasal iktidarların değişmesine karşın yasama organının çağdaş hukuka yönelik çalışmaları, gerçekleştirilen yasal yenilikler toplumun diğer kesimlerince de, Türkiye'nin İnsan Hakları doğrultusundaki kararlılığı olarak algılanmalıdır. Bu yasaların içeriğini doldurmak, özellikle yargının görevi olmaktadır.

⁹ Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, TBB Yayını No:12, Ankara 2001, s. 315-317

Yargı, çağdaş yorumlarıyla hukuk üretiminde yasama ve yürütme yol gösterecek canlı ve devingen bir birikimin odağında yer almaktadır. Yaşamın her titreşimi, yargıya yansımaktadır.

Anayasanın 138. maddesinde bağımsızlıkları vurgulanan yargıçların, "Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre.." karar verecekleri belirtilmiştir.

Anayasa ve yasaların hiç değinmediği, hele açık yasaklar koymadığı alanlarda, "hukuka uygunluk ölçütü", adil yargılanma ilkeleri doğrultusunda geliştirilecek demokratik ve çağdaş yorumlara elverişli bir düzenlemedir.

Yasalarda beklenen değişimler gerçekleşmese bile, yargının gücünün, evrensel hukukun vazgeçilemeyecek temel ilkelerini birçok alanda Türkiye'ye kazandırmaya yeterli geleceğine inanıyorum.

DÖRDÜNCÜ OTURUM TARTIŞMALARI

OTURUM BAŞKANI : İhsan DEMİRKIRAN – Yargıtay Birinci Başkanvekili

Buyurun.

ŞERİF YILMAZ (İstanbul Barosu)- Efendim, Sayın Bilal Kartal'a, cevaptan uzun olmayan bir soru sormak istiyorum.

Son zamanlarda Mecliste kurulan bazı komisyonlar, muhtemel yolsuzluklarla ilgili araştırma yapıyorlar ve bu bağlamda da aralarında eski başbakan ve bakanların bulunduğu kişileri dinliyorlar. Şimdi 6. Madde bağlamında bu bir suç isnadı oluşturuyor mu, daha sonra açılacak muhtemel davalarda, bu aşamada alınan ifadelerle ilgili müstakbel sanığın, burada sanık haklarından faydalanmaması sorun oluşturabilir mi?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Sayın Bilal Bey.

6. Maddeyle direkt ilgisi yok; ama Sayın Bilal Kartal ne söyler bilemiyorum.

BİLAL KARTAL- Efendim ben, sorudan nasıl anladığıma ancak cevap vereceğim.

Yolsuzlukla ilgili olarak yapılan bu soruşturmaların, zannediyorum ne kadar adil yargılanma hakkıyla bağdaşır, bağdaşmadığını sormak istiyorsunuz. Tabii ki adil yargılanma hakkı, kişinin suç isnat edildiği andan itibaren bu yargılanmanın başlaması lazım; yani adil yargılanma hakkı sadece mahkemede olacak bir işlem değil. İdari düzeyde de, idari kademelerde de buna uyulması gerekiyor. Bunun, bu şekilde yansıtılması, benim yazdığım tebliğde vardır. Tabii bu şekilde önyargılı birtakım davranışların medyaya yansıtılması, elbette ki doğru değil. Belki bunu medya bu hale getiriyor; bazı şeyleri abartıyor ve sonuçta da hepiniz görüyorsunuz, çoğu kişi de hemen hemen mahkûm olmuyor. Elbette soruşturma yapılacaktır; idari kademede,

daha doğrusu bizim “hazırlık soruşturması” dediğimiz aşamada bu kanıtlar toplanacaktır; ancak bunların dışarıya verilmemesi gerekiyor; fakat tabii bu, Türkiye'nin o aşamada, bir yaşam biçimine dönüşmüş yapısıdır. “Pek uygun değil” diye düşünüyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun.

YUSUF ALATAŞ (İnsan Hakları Derneği Genel Başkan Yardımcısı)- Uygulamanın içinde olan bir kişi olarak benim için önemli olan, adil yargılama hakkının uygulamada ne ölçüde yer bulduğudur ve Yargıtay çatısı altında yapılan bu oturumda da yine benim için önemli olan, Yüksek Yargıtayımızın, “adil yargılama” kavramının neresinde olduğudur.

Tabii ki hukukun üstünlüğü ve özellikle de yargı bağımsızlığı konusunda anayasal ve yasal eksikliklerimiz olmakla birlikte ben, asıl sorunun uygulama olduğunu düşünüyorum; çünkü Sayın Yargıtay Başkanımızın da haklı olarak belirttiği gibi kötü yasalar, iyi yargıçlar elinde son derece iyi sonuçlar verirken, dünyanın en iyi yasalarını da yapsanız, eğer bunu iyi uygulamazsanız, sonuçları kötü olacaktır.

Yasalarda olmayan; ama uygulamaya yansıyan konular var. Kamu tanığı, savunma tanığı ayırımını hiçbir yasada göremedim. Bu, niye böyle? Bunun işlevi var ve aleyhe durumu da var; ama vaktimiz olmadığı için bunu burada açıklayamıyorum.

Savcılarla yargıçların aynı koridorda, aynı bina içerisinde ve iç içe çalışmaları, artı mahkeme salonuna aynı anda ve aynı kapıdan girmeleri, adil yargılıma hakkıyla ne ölçüde uyuyor?

Yine ceza yargılamasında, hazırlık soruşturması sırasında savcının tanık dinlemesini, bilirkişi incelemesi yapmasını, olay yerinde inceleme yapmasını, kısaca kanıt toplamasını engelleyen hiçbir şey olmadığı halde ve yargılamalar da bu kanıtlar temelinde yürütüldüğü haleden, savunmanın tanık dinletmesi dahi mahkemenin kabulüne bağlıdır. Bu, adil yargılama ile ne ölçüde bağdaşır?

Yargıcın siyasi ve dini görüşlerini açıklamasının, tarafsızlığı açısından önemine Sayın Kartal değindi. Bu, Türkiye'de çok yaygın bir şey. Eğer görmek istersek, -çünkü kararı okuyup da, görmek istemediğimiz de olabiliyor- siyasi sistem muhalifleriyle ilgili tüm davalarda yargıçlar ideolojik ve siyasi belirlemeler yapıyorlar ve buna göre hüküm kuruyorlar.

Son olarak söyleyeceğim şey şu: Yargıtay, benim bilebildiğim kadarıyla bugüne kadar genel adil yargılama konusunda bir; ek savunma hakkının verilmediği konusunda çok titiz davranıyor ki, bu konuda da son derece eksik bir şey var. Ek savunmayı biz, sadece biçimsel olarak algılıyoruz; yani son duruşmada “hakkınızdaki suçlamanın değişme ihtimali olduğunu söylüyoruz. Sen, hem ondan savunma yap, hem bundan savunma yap” falan diyoruz. Bu yönüyle bir inceliyor; ama detayına girmiyor. İkincisi; son sözün sanığa ait olduğu konusuna önem veriyor. Bir de zaman zaman, çok sık olmasa da yaya uygun kanıtla değişiyor.

Şimdi, özellikle Yargıtay uygulaması açısından genel bir soru sormak istiyorum; çünkü Sayın Kartal; “Adil yargılanma, Anayasanın 36. Maddesine yeni girdi; ama bu demek değildir ki daha önceden bu kavram alınmıyordu” dedi. Ben, Sayın Kartal’la aynı görüşü paylaşmıyorum. Keşke Türkiye yargısı hakkında ben bunu söyleyebilmiş olsaydım. Kurulduğu halde dikkate alınmadığını, biz uygulamacılar olarak çok iyi biliyoruz. Acaba genel anlamıyla adil yargılama yapılmadığı nedeniyle niçin Yargıtay ceza daireleri herhangi bir bozma uyguluyor?

Sayın Bilal Kartal, Sayın Başkanım; “Bir yargıç, taraflardan birisi için “sayın” deyimini kullanmış; ama biz, elbette ki bozmadık” dedi; yani “yadırgadık, eleştirdik; ama bozmadık” dedi. Acaba niye bozmadık? Hele bizim ülkemizde bir yargıcın, bir taraf için “sayın” sözünü kullanması ki, bizdeki yargılamada yargıç “siz” diye dahi hitap etmez, “sen” diye hitap eder. Onun “sayın” diye kullanması, tarafsız olmadığının çok açık kanıtı. O zaman karar niye bozulmadı?

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Ben teşekkür ederim.

Şimdi Bilal Beye söz vereceğim. Adil yargılanmayla ilgili bu sempozyumda ben, Yargıtay olarak Hukuk Genel Kurulu Başkanlığım Beyefendi, 4. Hukuk Dairesi Başkanı. Arkadaşımızın sorduğu, daha ziyade ceza hukukuyla ilgili. Öğleden sonraki gündemde onlar konuşulacak.

Bir yargıç nasıl olmalıdır, yargıcın tarafsızlığı nasıl sağlanmalıdır? Bir yargıçla, bir savcı arasında tazminat davası geldi. Sayın Bilal Kartal numarası söyledi, orada var. o konuda yazdığımız kararda belki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden daha gerekçeli bir şekil-

de yargıçların vasıfları, yargılamanın nasıl olması şeklinde söyledik. O nedenle arkadaşlarımız müsterih olsunlar. Kesinlikle Türk Yargıtayı, Avrupa'daki meslektaşlarından aşağı değil; yani adil yargılama hakkını en mükemmel şekilde uygulayan bir Yargıtay karşınızdadır. Ondan emin olun.

Teşekkür ederim.

Bilal Bey, buyurun.

BİLAL KARTAL - Toplum, birleşik kap usulü gibidir; yani toplumun ekonomisi bozuksa, siyaseti bozuksa, eğitimi bozuksa, kültür yapısında henüz bir oturmuşluk yoksa, siz orada çok düzeyli, çok etkin bir yargı ve yargılama sağlayamazsınız; ama bu demek değildir ki yargı böyle devam etsin.

Yargı, toplumun diğer kesimlerindeki olumsuzluktan yararlanarak, onların hoşgörüsüne sığınamaz; çünkü çok farklı bir şeydir, oradaki bozuklukları düzelterken, onları ortadan kaldıran bir kurumdur. Gerçek budur; ama bugün, maalesef bunun böyle olduğunu söylemek mümkün değil. Tabii bunun çeşitli nedenleri var. Söylediğim gibi o olumsuzlukları kaldıramıyorsunuz.

Ben, sözleşmenin adil yargılanma hakkının, 2001 yılında Türkiye'nin pozitif hukukuna girdiğini, daha önce de sözleşmenin kabul edilmesiyle bunun var olduğunu söylerken, adil yargılanmanın kesinkes beklenen düzeyde olduğunu söylemek istemedim. Bu, yanlış bir anlama olmasın. Böyle söylemek istemedim; yani yargılamanın; dünyada yargılamanın, Türkiye'de yargılamanın, hiçbir yerde yargılamanın, "düşük düzeyde yargılamadır" diye kabul edilemez. Yargı, yargıdır. Hukuk ne gerektiriyorsa, adalet neyi öngörüyorsa, o işin özelliği nasıl bir amacı öngörüyorsa, o düzeyde yapılması gerekir. Elinde yetki tutan devletin bu ortamı sağlaması gerekiyor, bu düzeye getirmesi gerekiyor; çünkü yargısı olmayan bir devletin güçlü olması mümkün değil, devlet olabilme niteliğini kazanması mümkün değil. Yargının, hakkın olmadığı bir yerde, herhalde o devletin de zayıflaması kesinkes karşımıza çıkacaktır.

Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun Hanımefendi.

.....- Efendim, aslında bir soru değil; çünkü siz, “biz, hukuk mahkemelerinde görevliyiz” dediniz. Şunu anımsatmak istediğim: “Bugün burada, bölüşmenin yararı var” diye düşünüyorum. Adil yargılanma hakkı yönünden Yargıtayda ihlal edilen bir durum konusu. Bu da şudur: Müdahil tarafın duruşmalara katılmaması ve söz söyleme olanağına sahip olamamasıdır. Bunu Yargıtay, kendi içinde düzeltebilir. Eğer bilimde eksiklik yoksa, bir yasal düzenlemeye de bağlı değildir.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Şimdi sayın arkadaşımızın söylediği konu, Yargıtay daireleri arasında, Hukuk Genel Kurulunda görüşülmüş. Hakkı kararla ihlal edilmişse, bidayet mahkemesi kararlarını bozmak suretiyle o kişinin müdahil olması kabul ediliyor. Tabii murafaayı taraflar istiyor. O da taraflar yanında asli müdahilse katılır. Eğer kendi asli müdahilse, mutlaka duruşmaya da katılabilir.

Buyurun.

ALİ RIZA GÜDER- Ben sorumu profesöre sormak istiyorum. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2000 yılında İngiltere ile ilgili vermiş olduğu kararı Sayın Profesörün dikkatine sunmak ve bu konudaki değerlendirmesini almak istiyorum.

Bu, **Kan** ve İngiltere arasındaki davadır ve 2000 yılında verilmiştir, 6. Ve 8. Maddeyi ilgilendirmektedir. Başvuran hakkında, hakkındaki şüphelerden dolayı dinleme emri çıkarılmış; telefonları dinlenmiş ve daha sonra bundan dolayı mahkûm olmuştur.

Konu, mahkemenin önüne gelmiştir. Mahkeme, 8. Madde çerçevesinde dinleme emrinin, dinlemenin dayandığı yasa maddesinin yeterli açıklıkta olmadığına hükmetmiş ve 8. Madde çerçevesinde bir ihlale karar vermiştir. Dolayısıyla söz konusu dinlemenin yasal temeli olmadığına hükmetmiş, söz konusu eylemin illegal olduğunu tespit etmiştir; fakat 6. Madde çerçevesinde adil yargılama yapıp, yapılmadığı konusunu değerlendirirken adil yargılama olduğuna hükmetmiş ve söz konusu delilin illegal; yasal olmayan bir delil olduğu gerçeğini göz ardı etmiştir. Mahkemenin bu kararını “Bir yargılama; yasal olmayan bir delile dayanan bir yargılama nasıl adil olur?” şeklinde bir değerlendirmeye eleştirmek mümkün.

Ben kendisine kısaca, mahkemenin bu yaklaşımına katılıp, katılmadığını sormak istiyorum ve ayrıca mahkemenin bu yanlış kararı-

nın bir an için doğru olduğunu varsayarsak, üye ülkeler hangi sınırlar çerçevesinde; yargılama sürecinde hangi sınırlar çerçevesinde bir takdir yetkisine sahip olabilmelidirler. Mesela illegal bir delil, adil yargılama olmasını engellemiyor.

Benzer bir şekilde Devlet Güvenlik Mahkemesindeki askeri yargıçların varlığının da, yargılamaya ilişkin kısmi bir sakatlık olduğuna hükmedip, bunun tüm yargılamayı adil olmayan bir yargılama şeklinde değerlendirmemizi gerektirmediği sonucunu çıkartmak mümkün.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Coralie Ambroise - Casterot - Özür dilerim, ufak bir tercüme sorunu oldu, soruyu tam anladığımı sanmıyorum. Arada duyamadığım sözler oldu. 6. ve 8. maddelerle ilgili. Bu öğleden sonra, 6. madde ile ilgili bir tebliğ olacak. İsmi iyi anlamadığım davadaki telefon dinlemeleri, yasaya aykırı şekilde toplanan deliller konusuna gelince, arasındaki ilgiyi pek anlayamadım. İzinsiz yapılan telefon dinlemelerinin, adil bir yargılamada delil olarak tanınması mümkündür. Fransa'da, özellikle Fransız Yargıtayı, birçok kez müdahale ederek, özeli bir tarafın (suçlanan kişi olsun veya hukukta taraf) ve hatta sıradan bir tanığın, arzu edilen delilleri yasal olmayan yollardan elde etmek ve yargıcı bu delili kabule zorlamak amacıyla kusur sayılabilecek cezai suç (örneğin, hırsızlık, telefon dinlemek veya "korsan" kayıtlar yapmak suretiyle özel hayatın ihlali, ...) işleyebileceğini açıkça ifade etmiştir. Fransız hukuku bu konuda açıktır : hukukun temeli çelişkili muhakemedir (Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Madde 427). Prensip olarak, kendisine karşı yasal olmayan yollardan elde edilen deliller öne sürülen taraf, yargıç nezdinde itiraz imkanına sahiptir. Fransız Yargıtayına göre bundan adil yargıya halel gelmez.

Özel taraf (suçlanan kişi ve hukukta taraf) ile polisler, iddia savcılık makamı ve yargıçlar arasında bir ayırım yapılması zorunludur. Özel taraf yasal olmayan yollardan delil arama hakkına sahiptir, ama adli merciler bu hakka sahip değildir. Bilmiyorum sorunuza tam anlamıyla cevap verebildim mi? Yalnız itiraf etmeliyim ki tercümedeki sorun yüzünden biraz müteredditim. Kısaca, cezai bir kusurun işlenmiş olması, her zaman yargılamanın "adil olmadığı" sonucunu doğurmaz. Her şey delili elde edenin kim olduğuna bağlıdır.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkür ederim.

Buyurun.

NEVZAT TÜRKÖZÜ- Hukuk davalarında Yargıtay aşamasında tetkik hâkimlerinin görüşü taraflara tebliğ edilmemektedir. Bu hususun, silahların eşitliği prensibi açısından değerlendirmesini sizlerden, ayrıca Sayın Hocam **Coralie Ambroise Casterot**'dan, Fransız sisteminde nasıl olduğunu öğrenmek istiyorum.

Saygılarımla.

OTURUM BAŞKANI- Arkadaşlar, Sayın Birinci Başkanım size söylemiştir, siz de tabii biliyorsunuz; Yargıtaya 400 bin iş geliyor. Tabii Yargıtay üyesi 250 kişiden ibaret. Yargıtay üyelerinin, bunun hepsini inceleyip, sonuca varması mümkün değil. Sistem daha önce kurulmuş. Yargıtayda tetkik hâkimleri var. Tetkik hakimleri, gelen dosyaları inceliyorlar, görüşlerini bir rapor halinde daire heyetine sunuyorlar, daire heyeti bu görüşleri inceliyor, sonuç itibarıyla Yargıtay kararı oluşuyor. Bu, bizim iç çalışmamızla ilgili bir denge, bir düzen. O nedenle bunların başkalarına tebliğname gibi tebliğ edilmesi, bugünkü mevzuata göre mümkün değil; ama Fransa'da durumun nasıl olduğunu Sayın Profesörden sorahım, bize anlatsın.

Coralie Ambroise - Casterot - Doğru, bu konuya değinmedim. Ben bunun daha çok Fransızlarla Belçikalılara mahsus bir sorun olduğunu düşünüyordum. "hukukun bekçileri" olarak nitelenen, yargıtayın raportör üyesi, Yargıtay Baş Savcısı, Hükümet Komiseri itirazlara neden olmaktadır. Raportör yargıca, tarafların dosyanın tamamının içeriğine vakıf olmasının gerektiği saikiyle karşı çıktığı görülmektedir. Bu iletişim tarzı, davanın tarafları arasında, Avrupa yargıçlarının kabul edemeyeceği bir dengesizliğe meydan vermektedir. Böyle olunca, hukukun bekçisi oldukları iddia edilen bu raportör yargıçlarının itiraz görmesi kaçınılmazdır.

Bu meseleyle, sorgu yargıçları sorunu arasında bir paralellik kurulabilir. Bütün samimiyetimle söyleyeyim, bundan birkaç yıl öncesi ne kadar, sorgu yargıçlarının daha yüzyıllarca, binlerce yıl var olmaya devam edeceklerini düşünüyordum. Bugün artık, Avrupa yargıçlarının, sorgu yargıçlarına iyi bir gözle bakmamalarından korkuyorum. Çünkü her ne kadar, ana ilke, sorgu yargıcının soruşturmasını lehte ve aleyhte iki yönlü götürmesini öngörüyorsa da, bu yargıçların genellikle soruşturmayı sanığın aleyhine yaptıkları ve evvel emirde, savunmadan çok, suç isnadını rahatlatan deliller aradıkları gibi bir kanaat olmasından korkuyorum. Avrupa modeli, sorgu yargıca ku-

rumuna sahip olmayan bir anglo-sakson modelidir. Sanırım, bir gün Fransa da (hali hazırdaki bu konuda birçok taslak hazırlandı ve son çıkan yasalar bu istikamette bir yönetime işaret ediyor), sorgu yargıçlarından "kurtulacaktır". Beni her zaman en çok endişelendiren şey, bu ne pahasına olursa olsun yeknesaklaşma eğilimi. Ama tabii bu benim kişisel görüşüm. Ve belki de eski Fransız Ceza Muhakeme Usulü Yasasına olan bağlılığımdan kaynaklanıyor.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, sempozyumun bu kısmını bitiriyorum. Aşağıımızda bir çay molası var. Bu arada bildiri sunan 3 değerli bilim adamına, ayrıca katkıda bulunan sizlere ve dinleyen tüm arkadaşlarımıza teşekkür ediyorum, iyi günler diliyorum. (Alkışlar)

BEŞİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI

İŞİL ULAŞ

(Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı)

**OTURUM BAŞKANI : IŞıl ULAŞ – Yargıtay II. Hukuk Daire
Başkanı**

Seękin Konuklar, bu oturumumuzun konusunu teŐkil eden ve Anayasamız'ın 20 ve 41 nci maddelerindeki dűzenlemelerin dayanağı olan Avrupa İnsan Hakları SűzleŐmesi'nin 8.maddesinde ifadesini bulan ۆzel hayatın ve aile hayatının korunması konularında, saygın konuŐmacılar Sayın Doę.Dr. GűŐen Yıldırım, Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi BaŐkanı Sayın Orhan Uzgűren ve Sayın Av. Őenal Sarıhan'ın sunacakları tebliğlerini dinleyeceğiz.

Őimdi sűzű « İnsan Hakları Avrupa SűzleŐmesi'nin 8nci maddesinin yorumu » baŐlıklı teblięini sunmak ۆzere Sayın Yıldırım'a veriyorum.

Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinin Genişlemiş Yorumu ile Sağlanan Koruma

Gülşen YILDIRIM^(*)

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 8. maddesi, 6-1 maddesi ile beraber, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) önünde sıkça ileri sürülen bir hükümdür. Birçok uygulamaya ve özellikle de geniş bir yoruma konu olan bu hükmün öneminin farkına varmak için Mahkemenin sitesine girmek yeterlidir.

"Herkes, özel ve aile hayatına, meskenine ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Kamu makamlarının bu hakların kullanılmasına müdahalesi, demokratik bir toplumda, ancak kanunla öngörüldüğü ve milli güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlık veya anlağın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olduğu derecede gerçekleşebilir".

Bu maddenin özel bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Başlangıçta, İHAS'ni kaleme alanlar bu yapılanmayı benimsememişlerdi. Gerçekten de, 8. madde metni, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinden (İHEB) ilham almıştır. Sözleşme'nin Başlangıç bölümünün, Evrensel Beyanname ile Sözleşme'de tanınan ilke ve değerler arasında bağ kurması ölçüsünde, bu ilham da şaşırtıcı olmaktan uzaklaşmaktadır.

8. maddenin ilk hali, Evrensel Beyanname'nin 12. maddesi ile aynı ifadelerle formüle edilmişti¹ :

^(*) Limoses Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doçenti.

¹ Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin 8 Eylül 1949 tarih ve 38 numaralı Tavsiye kararı (recommandation), İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesine uyulmasını talep ediyordu (mad. 2§4, TP, vol. III, s. 277).

"Hiç kimsenin, özel hayatı, ailesi, meskeni ve haberleşmesi keyfi müdahalelere; saygınlığı ve şöhreti de saldırılara konu olamaz. Herkesin, bu tür müdahale ve saldırılara karşı kanun tarafından korunmaya hakkı vardır".

Zamanla, oldukça muğlak kavramlar olmaları nedeniyle, saygınlık ve şöhrete yapılan atıflar kaldırılmıştır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin kaleme alınmasından sorumlu "Hükümet Uzmanları Komitesi"nin kabul ettiği metinde İHEB'nin 12. maddesi tekrarlanmıştır.

Maddenin bu yeni yazılmış hali, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını sınırlayan istisnaların bulunduğu bir ikinci fıkra öngörmekte idi. Bu sınırlamaların formüle edilmesi Sözleşme'nin müzakere safhasının bir sonucu olmuştur. Söz konusu sınırlamalar, Evrensel Beyannamenin açmış olduğu perspektüflere sadık Fransız yaklaşımı ile, daha teknik ve daha çok hükümet yanlısı ve haklar ile başvuruları uzlaştırma kaygısı ile hareket eden İngiliz yaklaşımının zıtlaşması sonucu meydana gelmiştir. İkinci fıkra, madde metnine, İngilizlerin Yüksek Memurlar Konferansında sundukları bir düzeltme temel alınarak girmiştir. Ancak bu düzeltme çeşitli değişikliklere tabi tutulmuştur:

- Bunlardan en önemlisi : hükümet müdahalelerine yapılan atfın birinci fıkradan çıkarılarak ikinci fıkraya yerleştirilmesi;

- Daha önemsiz olan diğerleri ise "ülkenin ekonomik refahı" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" formülasyonlarının madde metnine konulmasıdır.

8. maddenin yapısı, Sözleşme'nin 9,10 ve 11. maddelerine benzerdir.

- Birinci fıkra korunması gereken hakkı tanımlamakta,
- İkinci fıkra hükümde, öngörülen haklara meşru olarak getirilebilecek sınırlamaları belirtmektedir.

Bu anlamda 8. madde, İHEB'nin 12. maddesinden ve Medeni ve Siyasal Haklar Paktının 17. maddesinden ayrılmaktadır. Bu son anılan iki belgede, izin verilen müdahalelere auf yapma yolu tercih edilmemiştir, zira bu formülasyon devletleri aşın derecede bağlardı; ancak, hukukun uygulanmasını sağlama yollarını belirleme özgürlüğünün devlete bırakılması gerekmektedir. Avrupa Sözleşmesi, kamu makamlarının meşru müdahalelerinin hangileri olduğunu tanımlayarak, İHEB ve Pakt'a göre daha ileri bir aşamayı göstermektedir. Bundan böyle, Akit Devlet'lerin yetki alanlarının sınırlandırılması

devletlere değil, İHAS ve Avrupa Mahkemesi'ne aittir. Dolayısıyla 8. madde, insan haklarına ilişkin diğer uluslararası belgelerin içerdiği hükümlerden daha koruma sağlayıcı niteliktedir.

Bu sınırlandırma sebepleri, insan haklarının serbestçe kullanılmasına getirilen istisnalar mahiyetinde olup olumsuz bir şekilde ifade edilmiştir. Buradan yola çıkarak Mahkeme, doğal olarak söz konusu sınırlandırmaların dar yorumlanması gerektiği çıkarımını yapmıştır². 2. fıkrada öngörülen sınırlamalar, hakların sadece kullanılmasına ilişkindir. Bundan dolayıdır ki; Devlet güvence kapsamındaki hakkı hiç sağlamadığı zaman, 1. fıkra ihlal edilmiş olacak ve bu ihlal ilgili sınırlandırma sebebi ile meşrulaştırılamayacaktır³. Sınırlama sadece kamu makamlarının hakkın kullanılmasına müdahaleleri halinde mümkün olacaktır.

2. fıkranın Avrupa Mahkemesi tarafından okunmasından, anılan müdahalelerin hukukiliğinin bazı şartlara tabi olduğu anlaşılmaktadır:

1) Saldırı, devlet organları ya da resmi sıfatla hareket eden görevliler tarafından gerçekleştirilerek devlete isnad edilebilir nitelikte olmalıdır. Eşit konumda bulunan iki özel kişi arasındaki medeni uyuşmazlığa ilişkin karar, hakka müdahale teşkil etmez. Buna rağmen, Mahkeme'ye göre, yargıcın *inter partes* müdahalesi, Sözleşme kapsamında korunan bir olguya ilişkin ise, hakka müdahale haline gelebilmektedir⁴.

2) Müdahale, bir kimseyi etkileyerek onu mağdur statüsüne sokan bireysel bir kararın alınmasını gerektirir. Bununla birlikte, böylesine somut bir uygulamanın yokluğunda, hakkın kullanılması üzerinde etkilerini gösterdiği takdirde, bir yasanın varlığının müdahalenin mevcudiyetinin kabulü için yeterli sayıldığı durumlar vardır⁵.

3) Müdahale kelimesine yapılan atıf, basit bir ihmali değil, olumlu bir edim sonucu doğmuş bir zararın varlığını gerektirir. Hak sahibinin maruz kaldığı bir zorlama söz konusu olmalıdır. Bu zorlama, 10/11 maddesinde sayılan "formalite, şartlar, sınırlamalar veya yapı-

² Bu anlamda İHAM kararı, *Klass et autres*, 6.09.1978, série A, n° 28, § 42

³ İHAM karar. *Marda*, 13.06.1979, serie A, n° 31.

⁴ İHAM kararı, *Hoffmann*, 13.06.1993, serie A, n° 255-C, § 29.

⁵ Bu anlamda İHAM kararı, *Klass et autres*, a.g.k., serie A, n° 28 et İHAM kararı, *Malone*, 2.08.1984, serie A, n° 82, §41 ve 64.

rım" gibi bir çok şekilde ortaya çıkabilir. Bastırıcı bir rejim altında alınmış önlemler kadar, önleyici bir rejim altında alınmış önlem de müdahale oluşabilir. Buna karşılık, çekinme ya da yapma edimleri, ya da yasama faaliyetinde bulunmayı reddetme, 2. fıkranın düzenleme alanına girmez, ancak bu yapmama edimi, 1 fıkrada güvencelenen hakka saygının içinde bulunan pozitif yükümlülük kapsamında bir eksiklik oluşturabilir⁶.

Buna rağmen, bu iki tip yükümlülük arasında katı bir ayırım yoktur. Bir pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği yargısına varabilmek için, müdahaleye ilişkin kurallar iki şekilde işlev görmektedir:

- Kamu yararı ile birey yararı arasındaki adil dengenin kurulması için böylesine bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığının tespitine izin verir.

- Denetim, Devletin bu yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine ilişkindir: Müdahalenin tabi tutulduğu zorunluluk ve oranlılık kuralları, Devletin çekinme halinin, hakka aşırı bir sınırlandırma getirip getirmediğinin tespitine izin verir⁷.

4) Müdahalenin yasal bir temeli olmalıdır. "Yasa" kelimesi şekli anlamıyla değil, maddi anlamıyla anlaşılır. Söz konusu kavram için Akit Devletin iç hukukunda yürürlükte olan metinlere bakılır. Bu şartın yerine getirilmiş sayılması için, yürürlükteki metinler ve bunlara ilişkin Mahkeme içtihatlarının, vatandaşların davranışlarını düzenleyebilmelerine imkan verecek şekilde ulaşılabilir ve öngörülebilir olması aranır. Söz konusu ilkeler, Avrupa Mahkemesi tarafından telefon dinlemelerine ilişkin kararlarda açıkça ortaya konulmuştur⁸. Ulaşılabilirlik şartının gerçekleştirilmiş sayılması için, metinlerin ve içtihatların yayınlanması ya da ilgililerin inceleyebilecekleri şekilde gösterilmesinin gerekli olduğu söylenebilir.

5) Müdahalenin amacının Sözleşmesel bir meşruiyeti olmalıdır. 2. fıkra bir müdahalenin hukuki olabilmesi için izlenmesi gereken meşru amaçları saymaktadır. Bu listenin sınırlayıcı olması tabiidir: 2. fıkrada hedeflenenlerden başka neden olamaz.

Bazı sebeplerin Devlet çıkarlarının korunmasına yönelik olduğu görülür (milli güvenlik, emniyet, kamu güvenliği, savunma). Diğer

⁶ İHAM karar. *Rocs c. Royaume-uni*, 17.10.1986, sdrie A, n° 106, § 35.

⁷ İHAM karar. *Gaskin*, 7.07.1989, se~rie A, n° 160, § 43.

⁸ Cf, *infra*.

bazı sebepler, sosyal topluluğun çıkarlarını dile getirir (ülkenin ekonomik refahı, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması). Özel çıkarlar, yukarıda belirtilen diğer amaçlar da göz önüne alınarak, özel olarak korunmuştur: Başkalarının hak ve özgürlükleri⁹. Mahkeme'nin alışık olduğumuz formülasyonuna göre, müdahale "bir ya da daha fazla meşru amaca dönük" olmalıdır. Mahkemenin rolü, müdahaleye esas olan yasal amaçlarla, 2. fıkrada sayılanları karşılaştırmaktır.

6) Bu amaçlardan bir ya da birkaçına dayanan müdahale, demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdır. Mahkemeye göre, "zorunlu" sıfatı "yararlı" ve "elverişli" olana gönderme yapar: Müdahale, "üstün bir sosyal ihtiyaca" cevap vermeli ve izlenen meşru amaçla orantılı kalmalıdır¹⁰. Uygun sebepler, hedeflenen meşru amaca ulaşmak için Devletin müdahalede bulunmasını zorlayan durumlardır. Bu durumların bulunmayışı, alınan önlemler, Sözleşme nazarında geçerlilikten yoksun kılar. İşte müdahaleler üzerindeki Avrupa denetiminin de anlamı burada bulunmaktadır. Gerçekten de, meşru amaç ile Devlet tarafından alınan önlem arasında orantılılık bulunması gerekliliği, Avrupa Mahkemesi içtihadının *anamotifini* oluşturmaktadır. Hedef, amaç ile korunan hak arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğinin takdir edilmesidir. Söz konusu denetim, bazen üstün durumda bulunan tarafın denetimine; müdahalenin yarı-yerindelik denetimine dönüşmektedir. Sonuç olarak, Akit Devletler müdahalenin zorunluluğuna karar verme konusunda belli bir takdir yetkisine sahiptirler, ancak bu yetki duruma göre dar ya da geniş bir Avrupa denetimi eşliğinde kullanılır.

8. maddede güvencelenen hak, Avrupa Mahkemesi'ne bu denetimi somut olarak hatırlama ve uygulama fırsatı vermektedir. Şimdi ise 8. madde ile öngörülen korumanın konusunu nelerin oluşturduğuna bakmak gereklidir.

Korumanın konusu özel hayat, aile hayatı, mesken ve haberleşme özgürlüğüne saygıdır. 8. maddenin amacı, bireye, serbestçe gelişebileceği ve kişiliğini gerçekleştirebileceği özel ve ailevi bir alan sağ-

⁹ 9, 10 ve 11. maddelerdeki listeler başka meşru amaçları da içermektedir (kamu güvenliği, gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi, yargı erkinin tarafsızlığı, cürümlerin önlenmesi, başkalarının şöhret veya haklarının korunması...).

¹⁰ Bu anlamda İHAM kararı, *Hanlysisle*, 7.12.1976, sfrie A, n° 24, § 48-50 et İHAM kararı, *Sunday Times*, 26.04.1979, serie A. n° 30, § 63-65.

lamaktır. Başka bir deyişle, Sözleşme, bütün insanların özünde bulunan bir hakkı gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. İnsan hakları ile ilgili bir Sözleşme de böylesine bir hakkı tanımadan geçemezdi.

Bununla birlikte, 8. maddenin metni ve bunun Mahkeme tarafından nasıl yorumlandığı önem taşımaktadır. İçtihatlarının incelenmesinden, Mahkeme'nin 8. maddenin geniş yorumunu ya da birçok yazarın nitelendirdiği gibi "dinamik" veya "yapıcı" yorumunu benimsediği görülmektedir¹¹. Mahkeme, güvencelenen hakların genişletilmiş yorumuna yine metinden hareket ederek ulaşmıştır. Buna ikna olmak için, 8. madde temelinde, son on yılda verilmiş olan kararlara bakarak anahtar sözcük dizini yapmak yeterli olacaktır. Böyle bir dizin, 8. maddeye yabancı olmayan şu kelimeleri içerecektir: soy bağı, babalık, gayrimeşru çocuk, ayrımcılık, koruma, yerleştirme önlemleri, velayet, isim hakkı. Yine bu sayım sonunda, daha az ya da çok beklenmedik olarak şu kelimeler ortaya çıkacaktır: homoseksüellik, transeksüellik, tutuklama, sınırdışı edilme, yabancıların hakları, işkence ve kötü muamele ve hatta azınlık hakları. Bu sınırlayıcı olmayan liste, Avrupa Mahkemesi'nin 8. maddenin uygulama alanını yaymak için cömertlik gösterdiğini kanıtlamaktadır.

Avrupa Mahkemesi bu anlayışa hangi şekilde ulaşmıştır?

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, Avrupa Mahkemesi'nin, İHAS'ni yorumlama yöntemlerine başvurduğu bir alandır¹². 8. madde, Mahkeme'nin "yaşayan enstrüman", "Sözleşme, demokratik devletlerde bugün hakim olan anlayış ışığında yorumlanır" biçiminde ortaya koyduğu "evrimci" yorumun ayrıcalıklı uygulama alanıdır¹³. Mahkemenin bu iradesinin arkasında, Avrupa yargıcının en uygun yorumun hangisi olduğunu araştırma ve Sözleşme'nin konusunu geliştirme iradesi bulunmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesinin yorumunda belirleyici unsuru da bu etkililik isteği oluşturmuştur.

Gerçekten de Avrupa Mahkemesi, insan haklarına bir başka yaklaşım getirmiştir. Klasik, daha doğru bir deyimle liberal yorumda,

¹¹ F. SUDRE, *La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Droit et Justice, Bruylant, 2002, p. 11.

¹² Bkz. aynı eserde, J.-P. MARGUENAUD, *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme*.

¹³ Bkz. İHAM kararı. *Tyrer*, 25.04.1978, A. 26, GA, n° 12, § 31 ve İHAM kararı, *Marché*, 13.06.1979, A. 31, GA, n° 16, §41.

insan hakları negatif haklar olarak kabul edilmektedir: Bu anlamıyla insan hakları, Devlete sadece negatif yükümlülükler yükler. Devlet 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen kısıtlama sebepleri olmaksızın kişinin özel ve aile hayatına müdahale etmemekle sınırlanmıştır. Mahkeme'nin defaatle belirttiği gibi, Devletin aynı zamanda pozitif yükümlülükleri, başka bir deyişle yapma yükümlülükleri de vardır. Devlet, İHAS'de güvencelenen hak ve özgürlükleri korumak için müdahalede bulunmak zorundadır. Mahkeme'nin ünlü Marckx kararında belirttiği gibi, 8. madde "Devletleri sadece böyle müdahalelerde bulunmakta kaçınmaya zorlamakla yetinmez : bu daha çok negatif olan yükümlülüğe bir de özel hayata ve aile hayatına etkili saygı hakkının özünde bulunan pozitif yükümlülükler eklenmektedir"¹⁴.

Mahkeme'nin bu kompleks yaklaşımını, 8. maddenin 1. fıkrasının tüm bileşenlerinde görmek mümkündür: özel hayat, mesken, haberleşme ve aile hayatı. Bu farklı kavramları iki grup altında toplamak mümkündür: özel hayat, mesken ve haberleşme, bireyi bir kişi olarak göz önüne alır (I) ; aile hayatı da, bireyi birbirine ailevi bağ ile bağlı bir grubun üyesi olarak ele alır (II). Sözleşme'nin 8. maddesine ilişkin içtihatları bu iki açıdan inceleyeceğiz.

I - KİŞİSEL OLARAK BİREYİN KORUNMASI

Sözleşme'nin 8. maddesi, her bireye, özel hayatına, haberleşmesine ve meskenine saygı gösterilmesini isteme hakkı tanır. Bu yaklaşımda, Sözleşme bireyi kişi olarak ele almaktadır. Buradaki hedef, özgürlüğe saygı göstermenin bir başka çeşidi olarak, herkesin özel alanının korunmasıdır.

Tek başına "özel hayat" kavramı, kişinin özel alanının korunmasını güvencelemek için yeterli olabilirdi. Bununla birlikte, insan haklarına ilişkin diğer uluslararası anlaşmaları¹⁵ yeniden ele alan 8. madde, özel hayat, haberleşme ve mesken arasında ayırımı gitmiştir. Oysa haberleşme ve mesken özel hayata sıkı sıkıya bağlıdır: özel haberleşme kişisel olgulara ilişkindir ve mesken de özel alanı sınırlayan mekandır.

Bununla birlikte Mahkeme, 8. maddenin bu farklı bileşenlerinin sadece kendilerine yönelik hakka koruma sağladığını belirtmektedir.

¹⁴ İHAM karar. 13.06.1979 A. n° 31.

¹⁵ Bkz. özellikle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesi.

Haberleşme ya da meskene saygı hakkına (B) zarar verilmesi için, özel hayata saygı hakkına da (A) zarar verilmesi gerekmez. Böylece Mahkeme, 8. maddenin uygulama alanını genişletmektedir.

A - Özel hayatın korunması kavramının genişlemiş yorumu

Özel hayat kavramı, iç hukuklarda bilinen bir kavramdır. Örneğin, Fransa'da 1970 tarihli bir Kanun'la Medeni Kanunun 9. maddesine eklenen hüküm¹⁶ herkesin özel hayatına saygı hakkını içermektedir¹⁷. Toplum içinde yaşayan birey, kamusal hayaatını başkalarının düşünce ve bakışlarının dışında bırakamaz. Ancak sözkonusu hak, bireye aşırılıklara ya da kasıtlı davranışlara karşı korunma silahları vermektedir. Bununla birlikte, Avrupa içtihadının incelenmesinden, 8. madde anlamındaki özel hayat kavramının ulusal hukuklardan farklı olduğu anlaşılmaktadır¹⁸.

"Özel hayat" kavramı özünde muğlak bir kavramdır. Özel ve kamusal olan nedir, hangi noktadan itibaren bir eylem özel alandan çıkıp kamusal alana girmektedir? Avrupa Mahkemesi, hakkı bazı öngörülmedik durumlara da uygulamak için bu belirsizlikten yararlanmaktadır. Mahkeme, kavrama ikili yaklaşımı benimsemektedir: özel hayat izole olarak bireyle ilgilidir (bireyci yaklaşım), ancak onunla toplumun bir üyesi olarak da ilgilidir (sosyal yaklaşım).

Sonuç olarak, birey özel hayatta dış saldırılara karşı korunma hakkına sahiptir (1), ancak başkaları ile ilişkilerini sürdürme hakkına da sahiptir (2). 8. madde özel hayatın bu iki yönünü de korumaktadır.

1) Kişi özel hayatının olağan korunması

İHAS'nin 8. maddesi herkesin özel hayatına saygı hakkının bulunduğunu ifade etmektedir. Bu hak, bireye, serbestçe kişiliğini geliştirebileceği bir alan sağlayabilme imkanı vermektedir. Devlet, bireye, kendini ortaya koyabileceği bir alanı güvencelemelidir.

¹⁶ 17 Temmuz 1970 tarihli Kanun'la kabul edilen 9. madde hükmü, gerçekte yerleşmiş içtihatları benimsemektedir.

¹⁷ Türk hukukunda da bu kavram, hem Medeni Hukukta, hem de diğer hukuk dallarında kullanılmaktadır.

¹⁸ Örneğin, Fransız hukukunda, 9. madde aile hayatını korumaya yöneliktir, oysa ki 8. madde bu iki özel alanı birbirinden ayırmaktadır.

Avrupa Mahkemesi, bireyin bu belirsiz yönünün sınırlarını yavaş yavaş çizmeye başlamıştır.

a) Kişisel kimliğe sahip olma hakkı

Avrupa Mahkemesi, bir insanı diğerlerinden ayırarak kimliğe sahip olma hakkına önemli bir yer vermektedir. Bu kimliğin en önemli unsurları ad ve soyad'dır. Bu nedendir ki, Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesini soyad değişikliklerine ve isim seçimlerine de uygulamaktadır. Bu uygulama, 8. madde anılan kavramlara yer vermediği için şaşırtıcı karşılanabilir. Ancak, ad ve soyad kişisel kimliğe sahip olma ve aileye aidiyet araçlarıdır. Bu nedenle, özel hayatı ilgilendirdiği gibi aile hayatını da ilgilendirir. Devletin ve toplumun bunların kullanılmasını düzenlemede menfaati olması buna engel olmaz. Gerçekten de, kamu hukukunun bu yönü, özel hayatla bağdaştırılabilir, zira, özel hayat kişinin, profesyonel ve ticari alan da dahil olmak üzere, benzerleriyle ilişki kurması ve bu ilişkileri geliştirmesi hakkını içerir.

Burghartz - İsviçre kararında¹⁹, başvuru tarafından, akademik çevrelerde tanınmış olduğu aile adının korunması mesleki kariyeri üzerinde etkilidir. Ancak Stjerna - Finlandiya kararında²⁰ Avrupa Mahkemesi, Devlet'in isim değişikliğini reddetmesinin 8. maddeye aykırı olduğu savını reddetmiştir. Mahkeme burada, Burghartz kararındaki ilkeleri hatırlatmış, ancak, kamu yararının kamusal sınırlamalar (bireylerin kimliklerinin saptanması) getirilmesini mazur gösterdiğini belirtmiştir. Zaten, Devletler, isim değişikliği konusunda ulusal sistemler arasında birlik olmadığı sürece, bu alanda geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Mahkeme, ortografa ve telaffuza bağlı hoşnutsuzlukları, büyüklerinin ismini taşıma ve ismi taşıyan son kişinin yakın zamanda ölmüş olması bahanelerini reddetmektedir. Bununla birlikte, bu red kararlarını açıklayan unsurlar olgusaldır başka bir deyişle o somut olaya ilişkindir.

Ad konusunda, Avrupa Mahkemesi İHAS'nin 8. maddesinin uygulanabilirliğini tanımıştır. Ad, aile ve toplum bünyesinde bir kimlik saptama aracıdır. Üstelik, ebeveynleri tarafından çocuğa isim seçimi, özel ve duygusal mahiyettedir ve bu sayılan kişilerin özel alanındadır.

¹⁹ Karısının soyadını kendi adına eklemek isteyen kimseye ilişkin İHAM kararı, 22.02.1994, sdrie A n° 280-B

²⁰ İHAM kararı, 25.11.1994.

Guillot - Fransa kararında²¹, Mahkeme, önce nüfus memurunun, sonra da Medeni yargı makamlarının ebeveynler tarafından seçilen ismi (Eugene Sue'nün "Mystere de Paris" romanının bir kahramanı olan "Fleur de Marie"- Marie'nin Çiçekleri ismi) reddetmesini hukuka uygun bulmuştur. Gerçekten de çocuğun menfaatlerine gönderme yaparak karar veren Fransız yargı makam lan, "Fleur-Marie (Çiçek-Marie)" isminin yazılmasını kabul etmişlerdir.

Bireyin aynı zamanda kendi kimliğini bilme hakkı vardır. Bu hak, özel ve aile hayatına ilişkin verilere ulaşma sorununu da gündeme getirir. Söz konusu ulaşma imkanı Avrupa Mahkemesi tarafından tanınmaktadır. Gaskin - Birleşik Krallık davasında²², başvuru, annesinin ölümünden sonra sosyal hizmetlerin sorumluluğuna verilmiştir. Koruyucu aile yanında kötü muameleyle maruz kalan başvuru, ihmal nedeniyle bir dava açabilmek için vesayet dosyasına ulaşmayı talep eder. Sn. Gaskin Mahkeme önünde 8. maddenin ihlal edildiğini ileri sürer. Mahkemeye göre, başvuru konumunda bulunan kişilerin, geçmişleri hakkında bilgiye ulaşma konusunda, Sözleşme korunan üstün bir menfaatleri vardır. Dosyaya ulaşmayı ilgilinin kabulüne bağlayan bir sistem, 8. maddeye uygun olabilir. Ancak, ilgilinin bulunmaması ya da rıza vermektan keyfi olarak imtina eylemesi halinde, kendi özel ve aile hayatı ile ilgili belgelere ulaşmak isteyen kimsenin menfaatleri de korunmalıdır. Bu durumda, oranlılık ilkesi bağımsız bir organın belgelere ulaşım konusunda nihai kararı vermesini gerektirir. Dolayısıyla Devletlerin, böyle bir sistem oluşturma pozitif yükümlülüğü vardır.

Kişisel belgelere ulaşma hakkı problemi, Avrupa Mahkemesi önüne "X tarafından doğrulma" konusu ile tekrar taşındı. Odievre - Fransa kararında²³, Fransız mevzuatı tarafından getirilen doğum sırrı esası, X'ten doğan başvuru konumunun köklerini tanımasını imkansız kılıyordu. Mahkeme olayı, aile hayatı açısından değil, özel hayatın korunması hakkı açısından 8. madde kapsamında incelenebilir buldu. Başvuru, biyolojik gerçeklik adına kişisel tarihini tanıma talebini, Atalarına ve onları tanımasını sağlayacak belgelere ulaşma imkansızlığına dayandırmıştır. Mahkeme, 8. maddenin özellikle kişisel gelişme hakkını koruduğunu haurlatır: Kişinin kimlik bilgilerine ulaşması ve

²¹ İHAM kararı, 24.10.1996 (daire) recueil 1996-V.

²² İHAM kararı. 7.07.1989 , serie A, n° 160.

²³ İHAM kararı. 13.02.2003.

ana-babanın kimliği gibi kişisel kimliğinin önemli bir yönü hakkında gerçeğin keşfedilmesi için gerekli olan bilgileri edinmedeki hayati çıkar da buna dahildir. Doğum ve bunun gerçekleşme koşulları, çocuğun ve daha sonra da yetişkinin özel yaşamını ilgilendirir. Dolayısıyla 8. madde kapsamında korunmaktadır.

Bu ilkeleri belirledikten sonra, Mahkeme, Fransız mevzuatının 8. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Sonuçta, bir yanda kişisel gelişme, diğer yanda kadının sağlığının korunması için adsızlık durumunun muhafazası şeklinde beliren menfaatler ortaya çıkmıştır. Burada, ayrı ayrı irade serbesisine sahip olan iki yetişkinin uzlaştırılması güç menfaatleri söz konusudur. Üstelik, evlat edinen aile, baba ve biyolojik ailenin geri kalan kısmı gibi üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması konusunun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu olayda, başvurucu yaklaşık 38 yaşında olup, dört yaşında evlat edinilmiştir : Doğum sırrının rıza dışı kaldırılması, hepsi de ayrı ayrı özel ve aile hayatına saygı hakkına sahip olan annesinin, evlat edinen ailenin, babasının ve biyolojik kardeşlerinin aleyhine ihmal edilemeyecek riskler taşımaktadır.

Ayrıca, Fransız Hukuku, gizli kürtaj ve terketme vakalarını önlemek suretiyle doğum sırasında annenin ve çocuğun sağlığının korunmasını amaçladığından bir kamu yaran da söz konusudur. Özel hayata saygı hakkı, Fransız sisteminde gözetilen bu amaçlara yabancı değildir. Mahkemeye göre, Fransız mevzuatı, sözkonusu menfaatler arasında yeterli denge ve orantılılık ilişkisi kurma arayışındadır. Fransa, farklı kişilerin doğum sırrına bakışından kaynaklanan sorunun, karışık ve ince niteliği itibarıyla kendisine tanınması gereken takdir yetkisini aşmamıştır. Dolayısıyla, Mahkeme, özel yaşama gerçekleştirilen müdahaleyi, 2. fıkrayı uygulayarak meşrulaştırmıştır.

b) Özgür bir cinsel yaşama sahip olma hakkı

Avrupa Mahkemesi birçok kararında bu konu hakkında karar verme fırsatı bulmuştur. Mahkeme, ilk olarak her bireyin bir cinsel hayat hakkına sahip olduğunu belirtmektedir.

Rızai eşcinsel ilişkinin yaptırımı tabi tutulmasını öngören bir ülke mevzuatı, bu ilkenin ortaya konmasına sebep olmuştur. Dudgeon - Birleşik Krallık kararında²⁴, İngiliz vatandaşlığındaki homoseksüel başvurucu, mektuplarına ve cinsel eylemlerini anlatan günlüğüne el

²⁴ İHAM kararı. 23.10.1981. A n° 45.

konulmasıyla sonuçlanan bir polis aramasına maruz kalmıştır. Başvurucu, cinsel hayatı üzerine birkaç saat sorgulandıktan sonra serbest bırakılmıştır. Kendisi, rızai homoseksüel ilişkileri özel alanda yapılsa bile cezalandıran, biri 1861, diğeri 1885 tarihli olan iki Kuzey İrlanda Yasasını sorgulamaya açmaktadır.

Avrupa Mahkemesi'ne göre, polis makamlarının eylemleri başvuruçunun cinsel hayatını da içeren özel yaşama saygı hakkına dokunmaktadır. Söz konusu Yasalar, başvuruçunun -cinsel ilişkiler de dahil olmak üzere- farklı ilişkiler kurma olanağına sahip olduğu özel yaşamına doğrudan dokunmaktadır. Mahkeme, ahlak adına, yetişkin ve rızai homoseksüel eylemlerin suçlanmasını zorunlu bulmamıştır²⁵.

Serbest cinsel hayat hakkı, sadece kamu düzeni ve korunan diğer menfaatlerle uyuşmaz nitelikte olduğu takdirde sınırlanabilir.

- Mahkeme demokratik bir toplumda, kişilerin baştan çıkarılması ve istismar edilmesi durumları ile mücadele etmek için, cinsel davranışların, cezai olarak bile yapuruma tabi tutulabileceğini kabul etmektedir. Bu sınırlama, özellikle çocuklar gibi zayıf durumda bulunan kimseleri ilgilendirmektedir. Ehliyetsiz kimselere yöneldiği takdirde - özellikle de yaş nedeniyle²⁶- anılan eylemleri cezalandırmak meşrudur. Zaten, Devletlerin, zayıf durumdaki cinsel şiddet kurbanlarına cezai koruma sağlama pozitif yükümlülüğü vardır²⁷.

- Mahkeme'ye göre, cinsel gizlilik alanına Devlet müdahalesi, gerçekleştirilen eylemlerin doğasına göre farklı takdir edilir. Şöyle ki; silahlı kuvvetler bünyesinde homoseksüelliğin bastırılması düzenin korunmasından kaynaklanan sebeplerle daha katı önlemlerle gerçekleştirilebilir. Ancak, kişinin cinsel eğilim nedeniyle idari görevlerden

²⁵ İHAM kararın. *Norris c. Irlande*, 26.10.1988, A n° 142 Başvurucu rızai bir biçimde yetişkinler arasında gerçekleşen homoseksüel eylemler için cezai yaptırım öngören ulusal yasaları öne sürmektedir.

²⁶ Yaş. Devletler tarafından serbestçe takdir edilir, ancak, Komisyon'un eski bir kararında bu yaş 21 olarak saptanmıştır (bk/. *rapport de l'arret Dudgum*, a.g.k.).

²⁷ İHAM kararı *X. el Y. c. Pays-Bas*, 26.03.1985, A n° 91, § 23, 27 ve 30. Mahkeme, burada Devleti, 16 yaşından küçük ve zihinsel («urlu olan küçüğe cinsel şiddet uygulayan kimse aleyhine ceza kovuşturması uygulamanın mümkün olmaması nedeniyle mahkum etmiştir. 8. madde, müdahalede bulunmama yükümlülüğünün ötesinde, zayıf durumda bulunan kimselerin özel hayatlarının korunmasını hedefleyen pozitif önlemler alınmasını da içerir.

alınması, Mahkeme tarafından ilgilinin özel hayatına dokunur nitelikte bulunmuştur²⁸.

Cinsel yaşam hakkının tanınması, medeni halinin değiştirilmesi ni talep eden transeksüellerin durumu için de sorgulanmıştır.

Cinsel gizlilik, doğumda Devlet tarafından nüfusa kaydedildiği şekliyle cinsel kimlikle dışa vurulur. Kendini diğer cinse ait hisseden bir erkek ya da kadının tıbbi müdahalelerle cinsiyetinin değiştirilmesi, Devlete bu kimsenin medeni halini değiştirme pozitif yükümlülüğü yükler mi? Avrupa Mahkemesi, bu konuda aşağıdaki kararlar doğrultusunda ilerleyen bir konum almıştır.

- Rec - Birleşik Krallık ve Cossey - Birleşik Krallık kararlarında²⁹, özel yaşama saygı hakkına hiçbir aykırılık saptamamıştır. Transeksüel başvurucular, kendilerinin sahip oldukları yeni cinsiyetin kanıtlanması için nüfus cüzdanlarının değiştirilmesi haklarının bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, transeksüellerin kimliklerini değiştirme haklarını tanımış, ancak nüfus cüzdanlarının değiştirilmesi yönündeki hak taleplerini kabul etmemiştir. Dolayısıyla, kişi günlük hayatında biyolojik kimliği ile psiko-sosyal kimliği arasındaki farkı açığa vurmeyen belgelere sahip olduğu takdirde, Sözleşme'ye aykırılık bulunmamaktadır.

- B. - lı ansa kararında³⁰, Mahkeme 8. maddenin ihlal edildiğini saptamıştır. Mahkeme, Fransa'ya karşı daha katı görünmektedir. Mahkeme'ye göre Fransa'da, başvurucu, "genel olarak özel hayata saygı ile bağdaşmayacak" bir duruma konmuş ve bu durum Devlet'in 8. madde kapsamında bir kusurunu oluşturmuştur.

- İngiliz transeksüeller ve Fransız transeksüellere arasındaki bu muamele farklılığı kabul edilemez niteliktedir. Bu nedenle, Avrupa Mahkemesi, içtihadından beklenmeyen bir dönüş yapmıştır³¹. 11 Temmuz 2002 tarihli Christine Goodwin ve L - Birleşik Krallık kararında, Strasbourg yargıcı, Manş'ın ötesinde bile, iki dünya arasında yaşayan transeksüellerin zorlaştırılan durumunun özel hayata saygı

²⁸ İHAM kararı. 27.09.1999. *Lusting-Pream et Beckett, Smith et Grady*.

²⁹ İHAM kararı. 17.10.1986, A n° 106 ; İHAM kararı, 27.10.1990, A n° 184.

³⁰ İHAM kararı. 25.07. 1992, A. n° 232-C.

³¹ Recs kararın yakın zamanda onaylandı: İHAM kararı 30.07.1998, *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni*.

ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir³². Mahkeme burada, 8. madde bünyesinde, ölme hakkı³³ ile ilgili 29 Nisan 2002 tarihli Pretty kararında keşfettiği kişisel özerklik kavramından hareket etmiştir. İçtihatlarda gelinen bu nokta sonucu, Britanya Devleti, artık güvencelenen hakkın gerçekleştirilmesini sağlayacak araçlar dışında, bu konudaki takdir yetkisinden bahsedineyecektir. Transeksüellik sorunu, Avrupa içtihadının gelişmeci özelliğinin açıklayıcı bir örneğidir.

Cinsel hayat hakkı sorununun bir başka yönü, 8. madde ile iradi gebelik kesintisine (İGK) ilişkin düzenlemelerin uyumluluğu sorunudur. Bu konu hakkında, başvurucunun kimliğine göre iki ayrı yaklaşımda bulunulabilir: Düzenleme, ister annenin özel hayatına sınırlama getirsin, isterse babanın özel ve aile hayatına müdahale içersin, anne sağlığının korunması amacıyla 2. fıkra uyarınca zorunludur.

Merhum Komisyon bu zorlukla daha önce karşılaşmıştır³⁴. Boso - İtalya kararında³⁵, Avrupa Mahkemesi temkinli bir yol izlemiştir. Anılan olayda, kocasının rızası hilafına, İtalyan kanunlarına uygun olarak İGK'ne uğrayan evli bir kadın vardır. Koca ise olayı Avrupa Mahkemesi'ne kadar taşımıştır. Ona göre, İtalyan Kanunu, karısına böyle bir hak tanıyarak, kendisine 8. maddede tanınan hakkı ihlal etmiştir³⁶.

³² İHAM karar. 11.07.2002: Kişinin erkek (65 yaş) ya da kadın (60 yaş) olmasına göre farklı yaşlarda sosyal aidatların ödenmesi konusunda verilmiş bir karardır. Somut olayda, başvuru kadınlara ilişkin rejimin kendisine uygulanmasını talep ediyor idi.

³³ Bu olayda, bir Britanya vatandaşı ağır bir hastalıktan ölmek üzeredir. Ölme hakkı talep eder. Mahkeme, yaşam hakkını güvencelenen 2. maddenin olumsuz bir yorumla konu olamayacağını belirtir. Söz konusu hak, ölüm hakkı gibi kendisinin taban tabana karşıtı olan bir hak bahsedecek şekilde yorumlanamaz. Daha da ötesi bu hak, bireye yaşamdan ziyade ölümü seçme hakkı verecek şekilde, bir kendi kaderini tayin hakkı da tanımaz. Mahkeme aynı zamanda demokratik bir toplumda Devletin başkalarının haklarının korunması için müdahalesini tanımaktadır.

³⁴ Bkz. İHAM kararı. *Brüggenunn et Schelen contre Allemagne*, 12.07.1977, DR 10, p. 100 ; CEDH, *X contre Royaume-Uni*, 13.05.1980, DR 19, p. 244 ; CEDH//. *contre Norvege*, 19.05.1992, DR 73, p. 155.

³⁵ İHAM. I. daire, 5.09.2002, görülebilirlik kararı, RTDC 2003, p. 371, obs. J.-P. MARGUENAUD.

³⁶ Başvuru İtalyan Yasasının 2. maddeye de aykırı olduğunu ileri sürmüştür, zira söz konusu düzenleme, kürtaja ve fetusu yaşam hakkından mahrum bırak-

Mahkeme bu gerekçeyi reddetmiş ve kürtaj hakkının -kadının hakkı³⁷- babanın özel ve aile hayatına saygı hakkından üstünlüğünü kabul etmiştir. "Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında potansiyel babanın hakları için yapılacak tüm yorumlar (...) öncelikle annenin haklarını göz (inimde bulundurmalıdır, zira, hamilelik, bunun gelişimi ve kesinti halinin asıl muhatabı odur". İtalyan Kanunu annenin sağlığını korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, kocanın özel ve aile hayatına yapılan müdahale; "başkalarının hak ve özgürlüklerinin" korunması için zorunlu olmakla, meşru hale gelmiştir.

c) Özel hayata ilişkin bilgilerin ifşasına karşı koruma

Devletlerin çoğunda özel hayatın korunması, özellikle ilgili kimşenin nzası olmaksızın bilgilerin ifşa edilmesi halinde uygulanmaktadır. Avrupa Mahkemesi'ne bu konuda nadiren başvuru olmaktadır. Bu nedenle, yakın tarihli bir karara değinilecektir. 28 Ocak 2003 tarihli Peck - Birleşik Krallık davasında bir kimse, intihara kalktığı esnada video kameraya çekilmiştir. Belediye bu çekimden iki adet fotoğrafı "Engellenen risk - Bir televizyon kamerası ve polis işbirliği potansiyel bir tehlikeyi durdurdu" başlıklı bir makale ile beraber dağıtır. Avrupa Mahkemesi, bu durumun, her ne kadar bazı yayalar ve kameramanlar olayı izleseler bile, Sn. Peck'in özel hayata saygı hakkına ağır bir saldırı oluşturduğu sonucuna varmıştır. İlgilinin nzası olmaksızın, ya da yüzü maskelenmeksizin bu ifşayı meşru gösterecek hiçbir uygun sebep bulunmamaktadır. Sn. Peck'in daha sonra iradi olarak görüntü vermesi de bu sonucu değiştirmez: Başvurucu, özel hayatına saldırısının mağdurudur, "maruz kaldığı durumu daha iyi açıklamak için görüntü vermesinden dolayı sorumlu tutulamaz"³⁸.

Bu karar özel olan ve kamusal olan arasındaki sınırların saptanmasına izin veren kriterler içermektedir. Aşağıdaki hususların gözönünde bulundurulması gerekir:

- Gözetimin konusu (kamusal olay / özel olay, kamu mekanları / özel mekanlar)

maya izin vermektedir. Ayrıca, karısına tanınan olasılığın kendisinin 12. maddede güvencelenen aile kurma hakkından yararlanmasını engellediğini ileri sürmüştür. Bu gerekçeler de Mahkeme tarafından reddedilmiştir. İ takan Yasası, ietusun korunmasının sağlanması zorunluluğu ile, kadının çıkarları arasındaki adil dengeyi sağlamaktadır.

³⁷ Bu anlamda J.-P. MARGUENAUD, obs., p. 374.

³⁸ İHAM kararı, *Peck contre Royaume-Uni*, a.g.k.

- Gözetim şekli (kayıtlı görsel verinin bulunup bulunmadığı)
- Gözetimin amacı (sadece gözetim için mi, ifşa için mi yapıldığı)

Veriler kamusal olsalar bile, kaydedildikleri, hafızaya alındıkları ve halka açık olarak yayınladıkları takdirde ihlal oluşmaktadır.

Devletin, bireyi, medyanın özel yaşama karışmasına karşı koruma yükümlülüğü vardır. Craxi - İtalya kararında³⁹, tam anlamıyla özel nitelikteki telefon konuşmaları ve tutanaklar medya tarafından alınarak reklam konusu yapılmıştır. Mahkeme, özel hayata yapılan bu saldırının İtalyan adaletinin kötü işleminin sonucu olduğunu tespit etmiştir: Devlet, özel hayata saygı hakkını güvencelemeden ibaret olan yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.

Bu karar, Devletleri, mahkeme içinde dolaşan özel hayata ilişkin bilgilere ilişkin olarak daha özenli davranmaya teşvik etmektedir⁴⁰.

2) Korumanın özel sosyal hayata genişletilmesi

Niemietz - Almanya kararında⁴¹, Avrupa Mahkemesi, 8. maddenin uygulama alanını genişletmiştir. Bireyin "özel sosyal hayata" da hakkı vardır⁴². Bir avukatın bürosunda yapılan aramaya ilişkin bu kararda, Mahkeme "özel hayat kavramını sınırlayıcı olarak belirlemenin, ne mümkün ne de gerekli olduğu" sonucuna varmıştır. Özel hayatı, herkesin kişisel yaşamını kendine göre yürüttüğü ve geri kalan bütün dış dünyayı da ekarte ettiği bir çemberle sınırlamak aşırı kısıtlayıcı bir yaklaşım olurdu. Özel yaşama saygı hakkı, belli ölçüde bireyin benzerleriyle ilişki kurmasını ve bu ilişkileri geliştirmesini de içerir. "Özel hayata saygı hakkı sadece kendi içinde kalmak ve diğerlerini dışarı itmek değil; aynı zamanda başkalarına yönelmek için de kendinde kalmaktır". Dolayısıyla Mahkeme özel hayata bir de sosyal boyut eklemiştir⁴³.

³⁹ İHAM kararı, 17.07.2003. n° 1.

⁴⁰ 8. madde başka durumlara da uygulanmıştır: Madde sağlığa ilişkin verilerin saklanması hakkına izin vermektedir. (İHAM karar, *Z. contre Fütülcinde*, 25.02.1997);

⁴¹ İHAM kararı. 16.12.1992, scribe A, n° 251-B.

⁴² J.-P. M ARGUENAUD, *La cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} 6d., 2002, p. 60.

⁴³ Bu özellik. Devletlere özürlüler için plaja ulaşım sağlama yükümlülüğü yüklemeye izin vermez. Bkz. İHAM kararı, *Botta contre l'ulic*. 24.02.1998, Ancak,

Bu yaklaşımda, 8. madde profesyonel ve ticari aktiviteleri dışlamaz. Zaten, insanların çoğunluğu dış dünya ile bağlarını sıkılaştırma fırsatını iş ortamında yakalarlar. Bir olgu bunu doğrulamaktadır: Bir kimsenin günlük hayatında, profesyonel dünyası ile profesyonel olmayan dünyası arasındaki farkı belirlemek kolay değildir. Liberal bir meslek kolunun üyeleri için bu durum daha çok geçerlidir⁴⁴.

8. maddenin geniş yorumu, Avrupa Mahkemesine, azınlıkların hayat biçimlerine saygı hakkını da tanıma imkanı vermiştir. Bu açılım şaşırıcı değildir. 18 Ocak 2001 tarihli Chapman ve diğerleri kararlarında yaşam biçimi özel hayatın ifadesi haline gelmiştir. Mahkeme'ye göre, çingene azınlığın yaşam biçimi, onun kimliğine ve üyelerinin özel ve aile hayatlarına yansımaktadır. Mahkeme daha önce Buckley kararında⁴⁵ bu ilkeyi tanımayı reddetmiş, olayı basit bir meskene saygı hakkı sorununa indirgemiş, olayın aynı zamanda özel hayata saygı hakkını da ilgilendirip ilgilendirmediği konusunda karar vermeyi gereksiz bulmuştu⁴⁶. Chapman ve diğerleri kararlarına esas olan olaylar birbirine benzer niteliktedir: Olayda çingenerin şehir çevresindeki mülkleri üzerine karavanlarını yerleştirmeleri yasaklanmıştır. Başvurucular, bu yasağın 8. maddece korunan yaşam biçimlerinin özelliğine zarar verdiğini ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla, çingene olmayanlardan farklı muamele edilme olasılığını, başka bir deyişle, bir suç oluşturmaksızın istedikleri yerde kalmak ve yerleşmek hakkını talep etmektedirler.

Mahkeme 8. maddenin uygulama alanını büyük oranda genişletmiştir ve bunun iki nedeni vardır:

- Bir yandan, Mahkeme ilk defa olarak bir azınlık grubunun üyelerini doğrudan korumayı kabul etmiştir. Mahkeme birkaç defa "azınlık" terimini kullanmıştır.

Avrupa Sosyal Şartının 15. maddesinin bu kişilere özerklik, sosyal bütünleşme ve sosyal hayata kanlı haklarını tanıdığını belirtmekte yarar vardır.

⁴⁴ Avrupa Mahkemesi, 8. madde kapsamındaki isme ilişkin olaylarda 8. maddenin bu yorumunu onaylayacaktır: İsim diğerleri ile ilişki kurmak ve geliştirmek için ayrıcalıklı bir araçtır. Bkz. *supra*.

⁴⁵ İHAM kararı. 25.09.1996. Bkz. O. DE SCHUTTER, *Le droit au mode de vie tsigane devant la CEDH: droits culturels, droit des minorités, discrimination positive*, RTDH 1997, p. 47.

⁴⁶ Mahkeme başvuruyu üç açıdan kabul edilebilir bulan Komisyonun aldığı pozisyon ile çatışmaya düşmüştür: özel hayat, aile havalı, meskene saygı.

- Diğer yandan, Mahkeme 8. maddenin farklı yönleriyle (özel hayat, aile hayatı, mesken) yaşam biçimine ilişkin sorunlara da uygulanacağına karar vermiştir: "8. madde, Akit Devletlere, çingenelerin yaşam biçimlerini sürdürmelerine izin verme pozitif yükümlülüğü yüklemekte dir"⁴⁷.

Nadiren içtihat değiştirdiği düşünüldüğünde Mahkeme'nin bu kararı önem taşımaktadır. Bununla birlikte, somut olayda çingenelerin haklarının ihlal edilmediği sonucuna varıldığını okumak şaşırtıcıdır. Mahkeme bu kadar geniş koruma ilkelerinden bu kadar dar hak ihlali takdirlerine nasıl geçebilir? Cevap "azınlık yaşam biçimi" kavramında gizlidir. Genel düzenlemenin uygulanması azınlık mensubunun ek bir zarara katlanmasına sebep oluyorsa, azınlık yaşam biçimi, özel bir korunma için göz önünde bulundurulmalıdır. Oysa, bu durum, azınlık yaşam biçimini sürdürenlerin, yasa önünde, anılan yaşam biçimini izlemeyenlerden farklı durumda bulunmalarını da içerir. Oysa ki; olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Mahkeme, birkaç defa, karavanda yaşayan çingenelerin durumunun yasa önünde "çingene olmayan ancak evde değil de karavanda yaşamak isteyen kimselerden"⁴⁸ farklı olmadığını belirtmiştir. Şayet toprak planlamasına ilişkin İngiliz Yasası çingenelere çingene olma) anlardan "daha kötü muamele etmiyorsa" bu yasanın uygulanmasından dolayı aynı sakıncaları onlar da yaşayabilirler. Mahkeme'ye göre, "belli bir yere karavanını hukuka aykırı olarak park eden bir çingene ile, çingene olmayan ve karavanını karavan sitesine park eden kimse ve belli bir yerde ev kuran kimseye farklı muamele etmek", "Sözleşme'nin 14. maddesi anlamında esaslı sorunlar"⁴⁹ oluştururdu. Belirtilmelidir ki; Thlimmenos - Yunanistan kararından⁵⁰ beri, 14. madde sadece negatif ayrımcılığa karşı savaşa değil, farklı durumda bulunan kimseler lehine pozitif ayrımcılık yaratmaya da izin vermektedir. Oysa ki somut olayda Thlimmenos içtihadının uygulanma şartlarından birisi mevcut değildir: Durumların farklı olması.

⁴⁷ İHAM kararı, *Chapman et autres*, a.g.k., § 73 et 74.

⁴⁸ İHAM kararı, *Chapman et autres*, a.g.k., § 97.

⁴⁹ İHAM kararı, *Chapman et autres*, a.g.k., § 95

⁵⁰ İHAM kararı. 6.04.2000. Anılan kararda bir Yehova Şahidi, askeri bir mahkemenin kendisini itaatsizlik cürmünden mahkum etmesi ve oysa ki Yunanistan'da yeterlilik listesine kaydın, cürüm nedeniyle mahkumiyet yokluğuna bağlı olması nedeniyle, eksper muhasebeci olarak atanamaz.

Bununla birlikte, Chapman kararı ile "çingenelerin yaşam biçimlerini sürdürmelerine izin verecek pozitif yükümlülüklerin" Devletlere yüklenmesi bir kazanımdır. Bu yükümlülüğün içeriği belirlenmiştir: Başka bir deyişle, Devletlerin takdir yetkisi içerisinde kalmaktadır. Ancak neyin olmaması gerektiği bilinmektedir: Devletler, azınlık yaşam biçiminin asimilasyonuna götürebilecek şekilde pozitif yükümlülüklerine bir içerik veremezler. Çingenelerin, toprağa yerleştirme vergisine bağlanması halinde 8. maddenin ihlali söz konusu olurdu⁵¹.

Özel hayata saygı hakkına⁵² ilişkin bu uygulama örnekleri, amacı 8. maddedeki hakkın etkili kılınması olan Avrupa Mahkemesi'nin geniş yorum anlayışını benimsemiş olduğunu doğrulamaktadır. Bu etkililik gereksinimini, mesken ve haberleşmeye ilişkin olarak da görmek mümkündür.

B - Mesken ve Haberleşme Hakkının Korunmasının Genişlemiş Yorumu

Haberleşme ve mesken, özel hayata temelden bağlıdır. Bununla birlikte, 8. madde bu kavramları, etkili koruma hedefi nedeniyle kesin olarak ayırmıştır. Avrupa Mahkemesi, meskene (1) ve haberleşmeye (2) saygı haklarını kendilerine özgü rejimlere tabi tutarak bu hükmün lafzi yorumunu yapmaktadır.

1) Mesken korumasının güçlendirilmesi

Meskenin korunması klasik bir güvencedir. Buradaki hedef, maddi olarak özel hayata saygı hakkının belirttiği alanda keyfi müdahalelerin önlenmesidir. Burada da Mahkeme mesken kavramını geniş anlamda yorumlamaktadır: özel mesken (a) -klasik olan- ve profesyonel mesken (b).

⁵¹ Yaşam biçimine saygı temeli, bir çok potansiyeli bünyesinde barındırmaktadır. Bu temel, azınlık dillerinin korunmasına hizmet edebilir. Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartı, 25 Haziran 1992 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir. Bu Şart Devletlerin imzasına açıktır, 1 Mart 1998 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

⁵² Başkaca örnek olarak şunlar anılabilir : bir yakının cesedinin geri verilmesi hakkı (İHAM kararı, *Pannullo et Forte contre France*, 30.10.2001), kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğüne saygı hakkı (İHAM kararı, *Xel Y contre Pays-Bas*, 25.03.1985 ve İHAM kararı, *Siubbing contre Royaume-Uni*, 22.10.1996 cinsel taciz konusunda), sağlık hakkı (İHAM kararı, *Mc Ginley et Egon contre Royaume-Uni*, 9.06.1998 Britanyalı askerlerin radyasyona maruz kalmaları hakkında)...

a) Özel meskenin korunması

>• Öncelikle belirtilmelidir ki, her bireyin meskene sahip olma hakkı vardır. Gillovv -Birleşik Krallık davasında⁵³, Guernesay konut hizmetleri, Gillovv çiftine, adada inşa ettirdikleri evde oturmaları için izin vermez. Burada iki yıl oturmuşlar, daha sonra emekliliklerine kadar da kiraya vermişlerdir. Mahkeme 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Yerel makamların, halkı, kabul edilebilir sınırlar içerisinde belli bir mekana sığdırmaya çalışması (ölçsüzlükten kaçınılması için verilen oturma izinleri konusunda takdir yetkisi tanınması) meşrudur ve ada ile sıkı bağları olan kimselere gösterilen lütfün belirtisidir. Ancak, Mahkeme Gillovv çiftinin iki yıl evde yaşadıklarını ve eşyalarını orada bırakarak kiraya verdiklerini tespit etmiştir. Dönüşlerinde Birleşik Krallık'ta başka meskenleri bulunmamaktadır. Söz konusu mevzuat hükmünün uygulanması 8. maddeyi ihlal etmiştir (oy birliği). Özetle, 8. maddenin 2. fıkrasında izin verilen müdahaleler güdülen amaçla orantısız olmamalıdır. Burada farkedilmektedir ki; Gillovv çiftinin yerleşmek için adayı seçme iradesi oldukça belirleyici olmuştur. Böylece Mahkeme, bireyin meskenini kurma yerini serbestçe seçebilmesine olanak tanımıştır.

>• Bireyin kendi meskeninin dokunulmazlık ilkesince korunmasına hakkı vardır. Burada polis⁵⁴ ve gümrük makamlarının aramaları sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, gümrük görevlilerince gerçekleştirilen mesken ziyaretlerine ilişkin Funke, Cremieux⁵⁵, Mialhe⁵⁶ - Fransa kararları anılabilir. Mahkeme uyuşmazlık konusu müdahalelerde 8. maddenin 2. fıkrasındaki şartların yerine getirilip getirilmediğini araştırmıştır. Mahkemeye göre, müdahaleler "ülkenin ekonomik refahım" sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Akit Devletler, sermaye kaçırılması ve özellikle de banka ağlarının ve uluslara-

⁵³ İHAM kararı. 24.11.1986, serie A n° 109.

⁵⁴ Bu konuda bkz. İHAM kararı, *Chappel contre Royaume-Uni*, 30.03.1989, A n° 152. Bu olayda, *copyright* korunması için bir şirket lehine alınan yargı kararı başvuruçunun meskeninde polis aramalarına izin vermektedir. Avrupa Mahkemesi X. maddeye aykırılık saptamamıştır. Gerçekten de, izin kararının uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Usuli sakatlıklar (başvuruçunun meskeninde ve ticari işletmesinde eş zamanlı olarak arama yapılması; polis memurlarının meskene girme biçimleri : Mahkeme söz konusu kararı nahoş ve acıklı olarak nitelendirmiştir) izlenen meşru amaçlarla orantısız değildir.

⁵⁵ İHAM kararı. 25.02.1993. serie A n° 256-A, B et C.

⁵⁶ İHAM kararı. 29.11.1993. serie A n° 277-C.

rası mali dolaşımın karmaşıklığı nedeniyle vergi kaçırma ile savaşta ciddi problemlerle karşılaşmaktadırlar. Devletler, mesken ziyaretleri ve el koyma gibi çeşitli önlemlere başvurabilirler. Bununla birlikte, Devlet, mevzuatları kötüye kullanmalara karşı uygun ve yeterli güvenceler sunmalıdır. Oysa ki Fransa'da, gümrük idaresi geniş yetkilerle sahip olup, denetim işlemlerinin yerindeliğine, sayısına ve süresine karar vermektedir. Fransız mevzuatı, 8. madde anlamında yeterli güvence vermemektedir.

>• Mahkeme, aynı zamanda birey tarafından seçilen meskenin çevresinin korunması hakkını da tanımıştır. Sözleşme sağlıklı ve huzurlu bir çevrede yaşama hakkını açık olarak tanımamaktadır, ancak bir kimse doğrudan ve ağır bir biçimde gürültüden ya da başka türlü bir kirlilikten dolayı zarar görürse, sorun bu madde kapsamında incelenebilecektir.

Mahkeme böylece, bir yerleşim yeri yakınındaki arıtma tesisinden kaynaklanan gürültüler konusunda 8. maddeyi uygulamıştır. Lopez Ostra - İspanya kararında⁵⁷, başvuru, su ve -Lorca tabakanesinden gelen- çöp arıtma tesisi yakınında oturan ispanyol vatandaşıdır. Tesis faaliyetlerinin kısmi olarak durdurulmasına rağmen, başvuru, sağlık sorunlarının devam ettiğini ve çevrenin ve yaşam kalitesinin tahrip edildiğini tespit etmiştir. Başvuru, Mahkeme önünde, meskenine meşru olmayan müdahalede, fiziksel ve manevi bütünlüğüne de saldırıda bulunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir: Savunma mevkiindeki Devlet, kendisine tanınmış olan takdir yetkisine rağmen, Lorca şehrinin ekonomik refahının gereklilikleri (arıtma tesisine sahip olmak) ile başvuruçunun meskenine ve özel ve aile hayatına saygı hakkından etkili yararlandırılması arasındaki adil dengeyi kuramamıştır⁵⁸.

8. madde, bu surette, çevreye ağır saldırılara karşı korunma hakkını içerebilmektedir zira, bu saldırılar "bir kimsenin refahını etkilemekte ve ilgilinin özel ve aile hayatına zarar vermeksizin ve sağ-

⁵⁷ İHAM kararı. 9.12.1994, serie A n° 303-C. Bu anlamda İHAM kararı *Guerra contre Italie*, 19.02.1998.

⁵⁸ Mahkeme buna rağmen, Lopez Ostra ailesinin birkaç yıl boyunca yaşadığı şartların 8. madde anlamında haysiyet kırıcı muamele olduğunu kabul etmemiştir

lığını ağır bir tehlike altına sokmaksızın meskeninden yararlanma imkanından mahrum bırakmaktadır"⁵⁹.

Bireyin meskeninin çevresine saygı sorunu, gece uçuşlarından kaynaklanan gürültülerde özel bir uygulama alanı bulmuştur. Mahkeme, Hatton ve diğerleri - Birleşik Krallık kararında⁶⁰ her ne kadar 8. madde uygulama alanı bulsa bile, anılan hükmün ihlal edilmediğine karar vermiştir: Devlet makamları "bir yandan, uyumsuzluk konusu düzenleyici işlem ile özel hayatlarına ve meskenlerine saygı gösterilmesine zarar verilen kişilerin hakları, diğer yandan, diğer kişilerin ve toplumun bütününün yarışan hakları arasındaki adil denge arayışında takdir yetkilerini aşmamışlardır"⁶¹.

Bütün bu olaylarda, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, 8. maddeden ve meskene ve özel hayata saygı hakkından doğmaktadır. Hatton kararında, Mahkeme özel bir statüye sabip olan "kişinin çevresel haklarını" tanımayı reddetmiştir⁶². 8. madde böyle bir korumanın temeli olarak kalmıştır.

b) Profesyonel mesken korunmasının genişlemesi

Daha önce andığımız Niemietz - Almanya kararında, Mahkeme önemli bir ek açıklama getirmiştir. Bu olayda, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında "mesken" kelimesinin özel meskenle mi sınırlı olduğu, yoksa profesyonel meskeni de mi kapsamına aldığı sorunu ortaya çıkmıştır. Hükümet, 8. maddenin açıkça mesken ile iş yerleşmelerini birbirinden ayırdığını savunarak, müdahalenin varlığını reddetmiştir. Mahkeme bu savunmayı kabul etmemiştir. 8. maddenin İngilizce metninde yer alan "home" kelimesi genel niteliktedir. Ayrıca, Almanya gibi bazı ülkeler, bu kelimeyi iş yerlerini de kapsayacak şekilde yorumlamaktadır.

⁵⁹ İHAM karar. *Lopez Ostra contre Espagne*, a.g.k., § 51.

⁶⁰ İHAM karar. 2.10.2001 Bu kararda Mahkeme özel ve aile hayatına saygı hakkına bir müdahale saptamamıştır. Mahkeme sorunu. Devletlere düşen pozitif yükümlülükler yönünden göz önünde bulundurmıştır: Devletler, somut olayda sağlanmayan biçimde. Sözleşme ile güvencelenen bu hakka saygıyı sağlamak durumundadır. Hükümet kararın -8 Temmuz 2003 tarihinde kararını açıklayan- Büyük Daireye götürülmesini talep etmiştir. Ayrıca bkz. gün içerisindeki uçuşlardan dolayı gürültü kirliliğine ilişkin İHAM kararı, *Powell et Rayner contre Royaume-Uni*, 21.02.1990.

⁶¹ İHAM karar. *Hutton et autres contre Royaume-Uni*, a.g.k., § 129.

⁶² İHAM karar. *Hutton et autres contre Royaume-Uni*, a.g.k., § 122.

Böyle bir yorum :

- profesyonel olanla, tam olarak özel olanın sınırlarını çizme zorluğundan kaçınılmasını sağlamaktadır. Gerçekten de, kişinin kendi evinde mesleki faaliyetlerini yürütmesi mümkün olabileceği gibi, tam tersi olarak bürosunda ya da ticari yerinde de tam anlamıyla özel faaliyetlerde bulunması olasıdır. "Home" ya da "domicile (mesken)" terimlerinin kav yorumu, bireyler arasında eşitsiz muamelenin başlangıcı olabilecektir.

- 8. maddenin konusu ve amacı ile bağdaşmaktadır: Bireyi kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak. Devlet, 8. maddenin meşru sebeplerle müdahale hakkını tanımış olması sebebiyle bu alandaki özgürlüğünü korumaktadır. Somut olayda müdahale amacı, verilen zararla orantılı değildir, zira, arama işleminin hiçbir sınırı yoktur. Bir avukat için böylesine bir karışma, yargı mekanizmasının iyi idaresi ve buradan yola çıkarak da 6. maddede güvencelenen haklar üzerinde etkilerini gösterebilir.

Niemetz kararı başka bir noktadan da önemlidir: 8. maddenin tüzel kişilere uygulanabilirliğinin şüpheli olmasına rağmen, Mahkeme burada, bir tüzel kişiliğin meskene sahip olabilme imkanını tanımıştır. Bu genişleme, Mahkeme tarafından yakın zamanda doğrulanmıştır: Şirket merkezi, bürolar ve iş yerleri, 8. madde anlamında mesken kavramına girmektedir ve bundan dolayı korumadan yararlanırlar⁶³.

Mahkeme mesken kavramını büyük ölçüde genişletmiştir, ancak yayma eğilimi sınırsız da değildir. Gerçekten de, Mahkeme'nin Büyük Dairesi, bu kavramı, üzerine yerleşme niyetiyle ev yapılması düşünülen bir gayrimenkulu de kapsayacak biçimde genişletmenin ileri gitmek olacağını belirtmiştir⁶⁴. Bu terim, kişinin büyüdüğü, ailesinin köklerinin bulunduğu ancak artık yaşamadığı bölgeyi kapsayacak şekilde de yorumlanamaz.

2) Haberleşmeye saygı hakkının genişlemiş anlamı

Haberleşme, kişi özel yaşamının en temel unsurudur. Bu nedenle, 8. madde söz konusu kavrama açık olarak gönderme yapmıştır.

⁶³ İHAM kararı. *Société Colas Est et autres contre France*, 16.04.2002.

⁶⁴ İMAM kararı. *Loizidou amire Turquie*, 18.12.1996. Bkz. G. COHEN-JONATHAN, *L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations*, RGDI 1998, p. 123 vd.

Özel hayatın ve haberleşmeye saygının birbirine bağlı kavramlar olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, burada da, Avrupa Mahkemesi geniş yorumu benimsemiştir. A - Fransa kararından⁶⁵ itibaren, bu hak özel hayata saldırı olmasa dahi ihlal edilebilen bağımsız bir hak mertebesine erişmiştir. Mahkeme dolayısıyla, özel hayat ve haberleşmeyi kesin çizgilerle ayıran 8. maddenin metnine sadık kalmıştır. Özel hayata ilişkin hiçbir özellik içermeyen basit bir mektup açma eylemi, bu hükmün ihlalini sonuçlamaya yeterli olabilmektedir.

Mahkeme, birkaç karar vesilesiyle, haberleşmeye saygı hakkının içeriğini açıklamıştır. Bu hak yazılı haberleşmeyi (a) ve telefon yoluyla haberleşmeyi (b) kapsamaktadır.

a) Yazılı haberleşmenin korunması

Yazılı haberleşmenin 8. maddenin kapsamına girdiğinde kuşku bulunmamaktadır. Haberleşme aracının ne olduğu önemli değildir. Mahkeme'nin bu korumayı elektronik postaya da yayması şartırcı olmazdı. Ayrıca, "haberleşme" terimi, kullanılacak araç ne olursa olsun, genel anlamda kullanılmıştır. Belirleyici unsur içeriktir. Böylece Mahkeme, ücretlilerce gönderilen ya da onlar tarafından alınan özel elektronik postaların korunması için Devletlere pozitif yükümlülük yükleyebilecektir.

Yazılı haberleşmenin korunması özellikle özgürlükten mahrum bırakılmış kişiler açısından ortaya konulmuştur. Tutukluların özel sınırlamalara maruz kalması beklenebilir. Golder kararında⁶⁶, Mahkeme'ye göre, "tutuklamanın olağan ve makul gereklilikleri (...), bir tutukluya özgür bir insandan daha büyük derecede müdahalede bulunmayı meşru kılabılır". Tutuklu, 8. maddedeki hakları kullanmaktan mahrum bırakılmamıştır, ancak, bu hakların kullanılmasına 2. fıkrada sayılan meşru sebepler uğruna sınırlamalar getirilebilir.

Bununla birlikte Mahkeme, Silver ve diğerleri - Birleşik Krallık kararında⁶⁷ müdahaleleri şartlara bağlamıştır:

- Müdahaleler yasa ile öngörülmelidir. Yasa terimi, telefon dinlemeleri konusundaki anlamıyla kullanılmıştır: Yasa ulaşılabilir ve öngörülebilir olmalıdır.

⁶⁵ İHAM kararı, 23.11.1993.

⁶⁶ İHAM kararı. 21.02.1975, A n° 18, § 45.

⁶⁷ İHAM karar, 25.03.1983, srie A, n° 61 Mahkeme bu davada kamu makamlarının, tutukluların haberleşmesine müdahalelerini mahkum etmiştir.

- Müdahaleler, 8. maddenin 2. fıkrasında tanımlanan meşru hedeflere ulaşmak için demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdırlar. Campbell - Birleşik Krallık kararında⁶⁸ bu ikinci şart. tutukluların korunması amacıyla özel bir yorum konusu yapılmıştır. Tutuklu ve avukatı arasındaki veya tutuklu ile Strasbourg organları arasındaki karşılıklı mektuplar ayrıcalıklı bir statüden yararlanır : İnfaz makamları onları ancak aşağıdaki istisnai hallerde açabilirler.

- haberleşme hakkının hukuka aykırı veya kötüye kullanıldığına inanılmasını gerektiren makul nedenler var ise.

- normal arama yöntemleri ile ortaya çıkarılamamış hukuka aykırı bir unsur bulma ihtimalinin mevcut olduğu hallerde.

Tutuklu ile Mahkeme arasındaki yazışmalar için böyle bir ihtimal düşünülemezden, Mahkeme tarafından gönderilen mektuplar asla açılmamalıdır.

b) Telefon yoluyla haberleşmenin korunması

Telefon konuşmaları, itirazsız 8. maddenin koruma alanına girmektedir: Her ne kadar Sözleşme metni gönderme yapmamış olsa bile, telefon konuşmalarının engellenmesi veya kaydedilmesi tartışılmaz olarak bireyin özel hayatına müdahaledir⁶⁹. Ancak, telefon konuşmaları, aynı zamanda, terörizmle ve suçla etkili savaşa araçlardan biridir. Bu nedenle, demokratik bir toplumda telefon dinlemenin "milli güvenlik, kamu emniyeti, düzenin korunması ya da suçların önlenmesi" için zorunlu olması nedeniyle, 8/II maddesi sıkça uygulanacaktır. Bireylerin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında ince bir denge kurulmalıdır.

Avrupa Mahkemesi telefon dinlemelerinin iki şartla mümkün olduğunu açıklamıştır:

- 8. maddenin 2. fıkrasındaki meşru nedenlerden birinin sağlanması için demokratik bir toplumda zorunlu olduğunda.

- yasa ile öngörüldüğü takdirde. Yasa terimi genel anlamdadır: Yasal hak kaydının yerine getirilmiş sayılması için şekli anlamda bir yasa gibi, düzenleyici işlem ya da içtihadî bir metin de yeterli sayılabilir. Burada aranan "belli bir yargı sisteminde yürürlükte olan hukuk"tur. Yasa metninin ulaşılabilir olması ve vatandaşların davranış-

⁶⁸ İHAM kararı, 25.08.1992, serie A, n° 233.

⁶⁹ İHAM karar, *Klass contre RFA*, 6.09.1978, serie A n° 28.

larını düzenlemelerine olanak tanıyacak biçimde açıklık içermesi gerekmektedir⁷⁰.

Fransa Avrupa Mahkemesi tarafından, mevzuatının öngörülebilirlik eksikliğinden dolayı mahkum edilmiştir. Huvig⁷¹ ve Kruslin⁷² - Fransa kararlarında⁷³ ilgilinin haberleşme ve özel hayata saygı haklarını kullanmasına kamu makamlarının ihlali saptanmıştır, zira Fransız sistemi yeterli derecede güvence içermemektedir. Avrupa Mahkemesi, telefon konuşmalarının engellenmesini denetleyecek yargı organı kurulmasını tavsiye etmiştir⁷⁴.

Özel hayata, meskene ve haberleşmeye saygı hakları Avrupa Mahkemesi'nin "yapıcı" içtihadını gösterir. Bu evrimin başlıca nedeni, 8. maddede güvencelenen hakların etkililiğinin sağlanması kaygısıdır. Avrupa yargıcının bu yaklaşımını, 8. maddenin bireyi aile grubunun üyesi olarak ele alan ikinci yönünde de bulmak mümkündür.

II - KİŞİNİN AİLE GRUBUNUN ÜYESİ OLARAK KORUNMASI

Aile hayatına saygı hakkı, Avrupa Mahkemesi önünde sıklıkla ileri sürülmektedir. Ancak bu her zaman böyle olmamıştır. Bu hakkın ortaya çıkışı, 13 Haziran 1979 tarihli ünlü Marckx kararının eseridir.

⁷⁰ Bkz. İHAM kuran. *Mal öne contre Royaume-Uni*, 2.08.1984, A n° 82 Mahkeme burada "Güvenlik ihtiyaçları nedeniyle iletişimin engellenmesine ilişkin İngiliz ve Gal hukuku, günümüzde (...) oldukça anlaşılması güç ve farklı analizlere tabi tutulabilecek nitelikte olup (...) ilgili alanda kamu makamlarının sahip oldukları takdir yetkisinin kapsam ve şekillerini yeterli açıklıkla göstermemektedir" yargısına varmıştır.

⁷¹ Bu olayda, başvuruçular muhasebe defterlerinin tutulmasında mali hile ve yolsuzluk yapmakla suçlanan tacirlerdir. Hazırlık soruşturması safhasında, telefonları dinlenmiştir.

⁷² Bay Kruslin, bir bankacının ölümüne ilişkin yürütülen hazırlık soruşturması safhasında, telefonu polis denetimi altına alınan Bay Terrieux'nün konuğudur. Kendisinin yapmış olduğu telefon konuşmasından, bir hırsızlık nedeniyle adam öldürme vakasına karıştığı anlaşılır.

⁷³ İHAM karan, 2 1.04 1990, A n° 176-A et 176-B. Bu kararlar 10 Temmuz 1991 tarihli telekomünikasyon yoluyla yapılan haberleşme sırları hakkında Fransız Yasasının da temelinde bulunmaktadır.

⁷⁴ Bu ilkeler yakın zaman önce İspanya mevzuatını sorgulayan bir davada hatırlatılmıştır. Bkz. 8. maddenin ihlalinin tespit edildiği İHAM karan, *Prado Bisgallo contre Espagne*, 28.01.2003. Bu çözüm yolları, çağrı cihazları ve cep telefonları ile alınan mesajların engellenmesi için de geçerlidir. Bkz. çağrı cihazı hakkında İHAM kararı, *Sabari contre Royaume-Uni*, 22.10.2002.

Bu Belçika davasında, bir gazetecinin evlilik dışı çocuğunu miras bakımından evlilik içi çocuklar ile aynı statüye getirmek için tanımak ve evlat edinmek durumunda kalması söz konusudur. Ancak yürürlükteki hukuk gözönüne alındığında, farketmiştir ki, bu yollara başvurulduğu takdirde bile, evlat edinilen çocuk teyzesi, büyükannesi ve büyükbabasının mirasçısı olamamaktadır. Gazeteci tarafından açılan dava sonucunda Mahkeme açık ve kesin bir şekilde aile hayatının kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korunması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme gerekçesinde daha da ileri gitmiştir, zira Mahkemeye göre, "bu olumsuz yükümlülüğe aile hayatına etkili saygı hakkının özünde bulunan pozitif yükümlülükler eklenmektedir"⁷⁵. Dolayısıyla Devletin, tüm bireylere etkili aile hayatı sağlamak için önlem alma yükümlülüğü vardır.

Bu hak, Aile Hukuku alanında uygulama alanı bulmaktadır (A), ancak beklenmeyen bir biçimde yabancıların haklarına da uygulanmaktadır. Bu uygulamalar çoğunlukla iç hukukları evrime zorlamaktadır.

A - Aile Hukukunda beklenen uygulamalar

"Aile hayatı" kavramı Sözleşme'nin 8. maddesinde güvencelenen hakkın uygulanabilirliğini gerektirmektedir. Ancak bu hüküm, anılan kavrama hiçbir açıklama yapmaksızın gönderme yapmıştır. Dolayısıyla çözülecek temel sorun Sözleşme'nin hedeflediği aileyi belirlemektir (1). Daha sonra bu hakkın içeriğini açıklamak uygun olacaktır (2). Burada el Avrupa Mahkemesi, aile hayatına saygı hakkının genişlemiş yorumunu benimseyerek büyük bir el açıklığı göstermektedir.

1) "Aile hayatının" genişlemiş tanımı

Avrupa Mahkemesi'nin Marckx kararında belirttiği gibi, "8. madde aile hayatına saygıyı güvenceleyerek, bir ailenin mevcudiyetini varsayar"⁷⁶. Dolayısıyla ailenin Mahkemeye başvurmadan önce varolması gerekir. Bu nedenle, Frette - Fransa kararında olduğu gibi bir homoseksüelin evlat edinmesini red, 8. madde kapsamında meşrulaştırılabilir zira 8. madde basit bir aile kurma arzusunun korumasıdır⁷⁷.

⁷⁵ İHAM karar, *Marckx* a.g.k.

⁷⁶ İHAM kararı, a.g.k., § 31.

⁷⁷ İHAM kararı, 26.12.2002 Anılan kararda Mahkeme, "homoseksüel tarafından evlat edinme Devletlerin takdir yetkisine girer ve böylesine bir evlat edinmede tek sınır çocuğun menfaatleridir" ifadesini kullanmıştır.

- Sözleşme "aile"nin ne olduğunu hiçbir şekilde tanımlamamaktadır. Ayrıca, Avrupa Mahkemesi de belirsiz bir biçimde "aile", "ailevi birim", "ailevi bağlar" "ailevi ilişkiler" ifadelerini kullanmaktadır. Avrupa yargıcı, "aile hayatı" kavramının belirsizliğinden, geniş bir anlayış benimsemek için yararlanmıştır. Böylece Mahkeme, Sözleşme normunun uygulama alanını da genişletmeye girişmiştir.

Şüphesizdir ki, evlilik ile oluşmuş olan meşru aile, 8. maddenin uygulama alanına girmektedir. 12. madde de evlilik hakkı tanımaktadır. 1985 yılında, Mahkeme, "aile hayatı" kavramının, evlilikten doğan ilişkiyi "yasal olduğu ve kurgusal olmadığı"⁷⁸ sürece kapsadığını açık olarak belirtmiştir. Buna rağmen, "aile hayatı" kavramı evlilikle sınırlı değildir.

Gerçekten de, meşru bir aile ile gayrimeşru bir aile arasında fark yaratmak ayrımcılık yasağını koyan 14. maddeye aykırı olurdu. Marckx kararından itibaren, Mahkeme bu ilkeyi benimsemiştir. Büyük Daire tarafından verilen 13 Temmuz 2000 tarihli Elshoz kararında, Mahkeme "bu maddeden anlaşılan aile kavramı yalnızca evlilik üzerine kurulan ilişkilerle sınırlanamaz ve söz konusu kavram, taraflar evlilik dışında bir arada yaşadıkları takdirde diğer fiili "ailevi" bağları da kapsayabilir"⁷⁹ ifadesini kullanmıştır.

Sonuç olarak, Sözleşme anlamında "aile hayatı" fiili olarak yaşanmış olan⁸⁰ ilişkiyi anlatır. Anılan kavram, hukuki kategorilere değil, mevcut duygusal bir dokuya göre biçimlenir. Bağların kapsamı ne olursa olsun, onlardan doğan "aile hayatı", önceden mevcut ve fiili olan; gerçek ve üyeleri arasında yeterli derecede sıkı olan ilişkilerle

⁷⁸ İHAM karar, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, 28.05.1985, A 94, GA, n° 24, § 62.

⁷⁹ İHAM kararı, 13.07.2000, § 49.

⁸⁰ Bu nedendir ki, Mahkeme, evlat edinen babanın haklarını, biyolojik babanın haklarından üstün tutmaktadır. X, Y et Z - Birleşik Krallık kararı, fiililik ilkesinin zaferini onaylamaktadır. İlk defa transeksüellere velayet hakları verilmesine ilişkin olarak başvurulmuş Avrupa Mahkemesi, ebeveynlerden birinin çocukla biyolojik bağının yokluğunda, kadın cinsiyetinde doğan bir transeksüel eşini ve bu eşin üçüncü kişinin döllenmesi yoluyla doğan çocuğunu bir araya getiren bağlar için "defacto ailevi bağ" nitelendirmesini yapmakta tereddüt etmemiştir. Hısmılık yokluğunda fiililik, bugün Avrupa içtihadının gelmiş olduğu ilerlemenin en uç noktasıdır. Bkz. evlat edinen babanın sekiz aylıktan itibaren çocuğuna baktığı İHAM karar, *Söderback contre Suède*, 28.10.1998.

kendini gösteren hayattır⁸¹. Mahkemeye göre, ilgili kimselerin beraber yaşaması, bir aile hayatının mevcut olduğunun göstergesi olduğu için önemli bir fiili unsurdur. Ancak, aile hayatının mevcut olduğunu ve devam ettiğini gösteren başka etmenler de vardır:

- Bir ebeveyn ile çocuğu arasındaki aile hayatı boşanma nedeniyle mevcudiyetim kaybetmez. Mali bağımlılık -özellikle küçük çocuğun durumunda- ya da ziyaret hakkının düzenli kullanımı, "ailevi hayatın" gerçekliğini göstermek için yeterli olabilir.

- Bir baba ile gayrimeşru çocukları arasındaki sürekli ilişki, fiili bir ailevi ilişkinin varlığını göstermek için yeterli olabilir.

Kısacası, 8. madde, heteroseksüel birlikte yaşama ya da evlilik dışı ilişki⁸² gibi düzenli bir ilişki sürdüren bir kadın ve bir adam arasındaki fiili bağlar yararına önem taşımaktadır. Ancak, Avrupa yargıcı, sürekli bir homoseksüel ilişkiyi şimdilik "ailevi hayat" olarak nitelendirmemiştir⁸³. Gerçekten de bu ilişki özel hayata girmektedir. Mahkemenin bu kimselerin evlat edinme haklarını tanımayı reddetmesini bu neden kesin olarak açıklamaktadır⁸⁴.

Bu madde aynı zamanda fiili ilişki ürünü olan çocuk ile ebeveynlerden herbiri arasındaki bağlar yararına önem taşımaktadır. Mahkeme'nin Keegan kararındaki ifadeleri ile, "böyle bir ilişkiden doğmuş olan çocuk, doğumundan itibaren ve doğum nedeniyle tüm haklarıyla bu "ailevi" birimin içinde yerini alır"⁸⁵. Dolayısıyla, Avrupa yargıcı çocuk ile ebeveynlerden herbiri arasındaki bağı -çocuğun ister doğal ailesi, ister çift ebeveyni ister tek ebeveyni olsun; çocuk ister evlilik dışı doğmuş bulunsun- 8. madde kapsamında incelemektedir. Kısacası, Avrupa içtihadı çok liberal bir anlayışa yönelmiştir: Bu anla-

⁸¹ Böylece tutukluların bile aile hayatına saygı hakları ve dolayısıyla ziyaret hakları vardır. Bkz. İHAM karar, *Messena contre halle*, 28.09.2000.

⁸² İHAM kararı, *Johnson*. 18.12.1986, serie A n° 112, GA n° 27, § 57 ; İHAM kararı, *Kroon*, 27.10.1994, serie A, 297-C.

⁸³ Komisyon kararı, *Röösli Contre Allemangne*, 15.05.1996, D et R 85-B, p. 149. Bir homoseksüelin partnerinin ölümünden sonra, kira sözleşmesinin kendi lehine devri için 8. maddeden yararlanamaması söz konusudur.

⁸⁴ İHAM kararı, *Frettc contre France*, 26.02.2002.

⁸⁵ İHAM kararı, 26.05.1994, A 290, § 44. Bu anlamda İHAM kararı *Kroon*, a.g.k., § 30 ; Çocuğun ebeveynlerinin doğum esnasında boşanmış olduğu İHAM kararı *Berrehab*, 21.06.1988, A 138

yış, meşru aileyi, evlilik dışı fiili bağı, evlatlık çocuğu, evlilik dışı çocuğu, gayrimeşru çocuğu, kesintili ailevi ilişkileri de kapsamaktadır.

Ayrıca, Marckx kararı uyarınca, 8. maddede korunan aile hayatı çocuk ile büyükanne ve büyükbabası, amcaları ve teyzeleri arasındaki ilişkileri de kapsar. Esas şudur ki; bu yakın hısımlar küçüğün duygusal hayatında önemli rol oynarlar.

Bununla birlikte, bu gelişimi gerçekleştirmek için, Avrupa yargıcı görünüşe karşı duyarlı görünmektedir. Avrupa yargıcı, çoğu zaman ilgili kişinin herkesin gözünde kadın ya da erkek eşin rolünü üstlendiğini ya da her bakımdan çocuğun annesi ya da babası gibi hareket ettiğini saptamıştır. Mahkemenin adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkesinde kullandığı görünüş teorisine bu zımni başvuru şaşırtıcıdır. Adalet timsali Avrupa yargıcı "görülmei gerektiren"⁸⁶ bir "aile hayatının" arandığını açıklamaktadır.

>- Avrupa Mahkemesi, 8. madde anlamında "aile hayatım" oluşturan durumları tanımlamıştır. Mahkeme aynı zamanda aile hayatım oluşturan unsurları belirlemiştir. Mahkeme yine Marckx kararında⁸⁷, şaşırtıcı bir biçimde, yakın hısımlar arasındaki miras ve bağışlama işlemlerinin; sadece sosyal, ahlaki ve kültürel ilişkileri değil, maddi menfaatleri de kapsayan aile hayatı ile sıkı sıkıya bağlı olduğuna karar vermiştir. Maddi menfaat deyimi ile nafaka yükümlülükleri ile, Akit Devletlerin çoğunluğunun iç hukuk düzeninde yeri olan saklı pay anlatılmıştır.

Mahkeme buna rağmen belirtmektedir ki; 8. madde çocuğun mutlaka ebeveynlerinin ya da yakın hısımlarının mirasından pay alma hakkını gerektirmemektedir: Malvarlığı konusunda secim, olağan bir aile hayatı sürdürmeye izin verecek araçları belirleyecek olan Devletlere bırakılmıştır. Miras hakkı, olağan aile hayatı arayışında kaçınılmaz unsurlardan biri değildir. Devlet çocuklara böyle bir hak tanıdığı takdirde, eşitlik ilkesine de riayet etmelidir. Yine Marckx kararında, Mahkemeye göre, gayrimeşru çocuk ile meşru çocuk arasında yapılan ayrımı, 14 ve 8. maddelerin birlikte ihlaline sebep olmuştur⁸⁸.

⁸⁶ F. SUDRE, *öf. çit.*, p. 23.

⁸⁷ İHAM karar, a.g.k.

⁸⁸ Bu olayda, küçük Alexandra Marckx, sadece annesinin mallarına mirasçı olması hakkına getirilen sınırlamalar nedeniyle değil, ayrıca anne tarafından tüm yak-

29 Kasım 1991 tarihli Vermeire - Belçika karar ile hatırlatılan bu ilkeler oldukça oturmuş görünmektedir. Bununla birlikte, Marckx kararında bulunan formül, Fransa'da hukukçu olan ve hatta olmaları tarafından da bilinen ünlü Mazurek - Fransa kararında⁸⁹ sorgulanmıştır. Bu olayda, Mahkeme'ye, Fransız Medeni Kanununun 760. maddesi uyarınca miras payı indirilmiş olan bir evlilik dışı çocuk, doğumu nedeniyle maruz kaldığı ayrımcılığın saptanması için başvurmuştur. Manuksal açıdan 8. madde ile birleşik 14. madde temelinde bir mahkumiyet çıkması beklenir. Ancak çıkan sonuç tüm ilgilileri şaşırtmıştır. Bu karar, sorunu, başvurunun yapıldığı tarihte mirasın açılmış olması bahanesiyle mülkiyete saygı hakkını güvenceleyen 1 numaralı protokolün 1. maddesine yönlendirmiştir. Buradan miras ve bağışta bulunanın ölümünden önce ivazsız iktisap haklarının bundan böyle aile hayatına saygı hakkına dahil olmadığı sonucuna mı varılmalıdır?

Bu soruya olumlu cevap verilemez, zira, Mahkeme, birkaç ay sonra, yaşayan bir yakından ivazsız iktisap hakkına ilişkin Claus Simon - Almanya kararında⁹⁰, Marckx kararında koyduğu ilkelere dönüş yapmıştır: "Sadece sosyal, ahlaki ve kültürel ilişkileri içermeyen aile hayatı, nafaka yükümlülükleri ve saklı pay gibi maddi menfaatleri de kapsar". Kısacası, aile sadece duygusal olandan değil malvarlığı ilişkilerinden de oluşmaktadır.

2) Devlet yükümlülüklerinin yeniden tanımlanması

"Aile hayatı" kavramının genişlemiş tanımına paralel olarak Avrupa Mahkemesi, bireyin aile hayatının korunmasının etkili olabilmesi için, Devletlerin yükümlülüklerini yeniden tanımlamıştır. Mahkeme aile hayatına saygı hakkının içeriğini genişletmek için denetim yetkisini kullanmıştır. Koruma, Devletlerin pozitif yükümlülükleri (a) ve negatif yükümlülükleri (b) yoluyla sağlanmaktadır.

a) Pozitif (olumlu) yükümlülüklerin keşfi

Marckx kararından itibaren, Mahkeme Devletlere "ilgililerin ola-

ınları açısından miras hakkından mahrum olması sebebiyle bu hükümlerin ihlalinin kurbanı olmuştur.

⁸⁹ İHAM kararı, 1.02.2000.

⁹⁰ İHAM kararın, 6.04.2000 Anılan kararda evlilik dışı bir baba, B.C.B.'nin 1984. maddesi uyarınca, miras alacağıının önceden ödenmesi adına, kızına 43000 DM ödemeye mahkum olmuştur.

ğan bir aile yaşamı yürütmelerine izin verecek şekilde⁹¹ genel bir hareket etme yükümlülüğü yüklemiştir. Dolayısıyla Mahkeme, Devletlerin 8. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerini büyük ölçüde genişletmiştir: Devletin sorumluluğuna sadece aile hayatına "aktif müdahalelerinden dolayı değil, pozitif yükümlülükler teorisi yoluyla, başka bir deyişle "pasif müdahalelerinden dolayı (hakkın kullanılmasının etkili olabilmesi için pozitif önlemlerin alınmaması) da gitmek mümkün olabilecektir.

Avrupa yargıcı, böylece, 8. maddede güvencelenen hakkı, kullanımını sistematize ettiği pozitif yükümlülükler kavramı etrafında yeniden inşa etmiştir⁹².

Marckx kararından itibaren, Avrupa Mahkemesi üç büyük alanda pozitif yükümlülük keşfetmiştir.

- Soy bağının kurulması konusunda, 8. madde Devlet'e "çocuğun ailesi ile bütünleşmesini doğumundan itibaren mümkün kılacak hukuki koruma sağlama"⁹³ yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülük özellikle evlilik-dışı soy bağı konusunda bulunmaktadır.

Anne ile soy bağı *mater semper certa est* başka bir deyişle, "anne ile çocuk arasında hukuki soy bağı kurulabilmesi için doğum yeterlidir" özdeyişi uyarınca kurulabilmelidir (Marckx karar). Aynı şekilde evlilik dışı babalık durumunda, babaya çocukla hukuki bağ kurma imkanını sadece anne ile evlenmesi halinde tanıyan bir mevzuat, 8. maddeye aykırı bulunmuştur⁹⁴. Devlet, evlilik-dışı babaya yasal babalık karinesine karşı koyma imkanı tanımalıdır: Biyolojik gerçeklik, şekli bir yasal karineye üstün gelmelidir.

- Ebeveynlerin ve çocuğun ayrılması konusunda, aile hayatına saygı hakkı, Devlet'e çocuk ile ebeveynini birleştirmeye özgü önlemler

⁹¹ İHAM kararı, a.g.k., J 31 ve ayrıca İHAM kararı, *Johnson*, a.g.k., § 72.

⁹² Bkz. Çocuk kaçırma olayına ilişkin İHAM kararı *Ignaccolo-Zenide contre Roumanie*, 25.01.2000, JCP 2001. I. 291, n°32 ve bkz. yakın tarihli il IAM kararı *Iglesias Çil et A.U.I. contre Espagne*, 29.04.2003 Kararda Mahkeme, «İspanyol makamları, başvuruçunun çocuğuna dönme hakkına, çocuğun da annesine kavuşma hakkına saygı gösterilmesi için uygun ve yeterli önlemleri almayı ihmal dinmiştir» sonucuna varmıştır. Bu anlamda bkz. COUSSIRAT-COUSTERE, *Famille et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Melanges Ryssdal*, Cari Heymanns Verlag K.G., 2000, p. 283.

⁹³ İHAM kararı, *Marda*, a.g.k.

⁹⁴ İHAM kararı, *Kroou*, a.g.k.

alma pozitif yükümlülüğü yükler⁹⁵. Böylece boşanma halinde, Devlet, çocuğun ziyaret ve konuk etme hakkı tanınan ebeveynine dönmesini sağlamalıdır⁹⁶.

Çocuğun menfaatlerinin ayrılma önleminin, ya da eğitim hizmeti veren bir kuruma, yurda ya da koruyucu aile yanına yerleştirme önleminin alınmasını gerektiriyorsa, pozitif yükümlülük ziyaret hakkının ayarlanması konusunda da bulunmaktadır. Devlet'in bu varsayımlarda, ebeveyn ya da ebeveynleri ile çocuğu bir araya getirmeye yönelik önlemler öngörme yükümlülüğü vardır. Ebeveynlerin, kamu makamları tarafından başkalarına verilen çocuklarını ziyaret haklarını etkili kullanamamaları, birçok kararda 8. maddenin ihlalinin saptanmasına sebep olmuştur.

Mahkeme, evlilik dışı babalar lehine ziyaret hakkını tanımıştır⁹⁷.

- Mahkeme, usuli planda Devletlere yüklenen bu pozitif yükümlülüğü çerçevelemiştir. 8. madde açık olarak hiçbir usul şartı içermese de, Avrupa Mahkemesi velayet hakkı ve eğitici yardım konusunda usuli yükümlülükler keşfetmiştir. Mahkeme Devlet'in aşağıdaki yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmektedir:

- ebeveynleri, çocuğun yerleştirilmesi kararının alınması sürecine dahil etmek⁹⁸: Uyuşmazlık konusu hakkında karar alınması ile sonuçlanan bu karar süreci, hakkaniyetli olmalı ve ebeveynlere onların menfaatlerini gözeten bir rol sağlamalıdır. Sonuçta, böyle bir usulün 6. madde kapsamında çoktan yaptırım altına alınmış olan hakkaniyetsiz özelliği, 8. maddenin ihlaline sebep olabilir. Oysa ki; bu maddenin usuli güvencesi, 6. maddeninkinden -bu maddenin kendisi de geniş yorumun konusu olsa da- daha geniştir, zira idari ve adli tüm usulleri kapsamaktadır⁹⁹.

- ebeveynlere "eksiksiz ve doğru bilgi" vermek¹⁰⁰: Dosyanın unsurları, talepte bulunmasalar da ilgili ebeveynlerin hizmetine sokulmalıdır. Başka bir deyimle, 8. madde, bir sosyal hizmet usulünde,

⁹⁵ İHAM karar, *Eriksson*, 22.06.1989 ve İHAM kararı, *Andersson*, 25.02.1992.

⁹⁶ Çocuk kaçırma sorununa ilişkin İHAM kararı, *Ignaccolo-Zenide contre Roumanie*, 25.01.2000.

⁹⁷ İHAM kararı, *Şahin et Soumeffeld*, 11.11.2001.

⁹⁸ İHAM karar, *Michael*, 24.02.1994.

⁹⁹ İHAM karar, *Buscemi contre Haliç*, 16.09.1999 (bilirkişiliğe ilişkin)

¹⁰⁰ İHAM kararı, *Scozzani et Gimuta*, 13.07.2000

ebeveynlerin, avukat aracılığından geçmeksizin, dosyaya doğrudan ulaşım hakkını güvencelemektedir¹⁰¹.

- çocuğun emanet edildiği kişi ya da kurumlan gözetim altında bulundurmak.

Bütün bu usuli yükümlülükler, ebeveynler ile çocuk arasındaki bir araya getirmeyi desteklemeye yönelik kararları etkili kılmayı hedef alır. Buna rağmen, bir çocuğun korunması için acil önlem alınması gerektiğinde, bu her zaman da mümkün olamamaktadır; aciliyet göz önünde bulundurularak karar alma sürecine o anda çocuğu korumakla görevli olan kimseler de dahil edilmektedir. 11 atta benzer görüşme, söz konusu kimselerin (ebeveynler) çocuk için tehlike teşkil ettikleri anlaşıldığı takdirde, arzu edilmeyebilmektedir¹⁰².

b) Müdahalede bulunmama negatif (olumsuz) yükümlülüğünün güçlendirilmesi

Devlet, olumsuz olarak, 8. maddede yer alan aile hayatının özündeki bağlan bozan ya da gerginleşiren müdahalelerden kaçınmalıdır. Kuşkusuz bu müdahale etmeme yükümlülüğü ayrılık ya da çocuğun başka yere yerleştirilmesi önlemlerinin alınmasını yasaklamamaktadır. Bununla birlikte, bu istisnai haller, 8. maddenin 2. fıkrasına dayanmalıdır. Bu kararlar, sağlığın, ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdır. Çocuğun yüksek menfaatleri ile birleştiğinde bu ilkeler birbirine benzemeyen ve olgusal kararlara yol açmaktadır¹⁰³.

Bu özel değişim, bireylerin aile hayatını etkili olarak koruma iradesine tanıklık etmektedir. Temel amaç, ailevi bağın muhafazasının ve bu hakkın korunmasında eşitliğin sağlanmasıdır. Bu son hedef, 8. madde ile, ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddenin birleşmesi sayesinde sağlanmıştır. Mahkemenin bu içtihadı, Akit Devletlerdeki (örneğin Fransa) mevzuatlarda pekçok değişime sebep olmuştur. Bu

¹⁰¹ İHAM karar, *T.P. et K.M. contre Ruyume-Uni*, 10.05.2001.

¹⁰² Bu anlamda İHAM karar, *Venema contre Pays-bas*, 17.12.2002 Mahkeme bu davada aciliyetin vuku bulmadığına ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁰³ Bkz. evlat edinilen çocukların yerleştirilmesi hakkında Avrupa Mahkemesi içtihadı için (İHAM kararı, *Keegan*, a.g.k.; İHAM kararı, 7.08.1996; İHAM kararı, *Söderbach*, 28.10.1998).

değişime paralel olarak, Mahkeme aile hayatına saygı hakkını yabancılara da uygulayacaktır.

B - Yabancıların haklarına beklenmeyen uygulama

Aile hayatına saygı hakkı, ülke dışına çıkarılmış ya da yeniden bir araya gelme talepleri reddedilmiş yabancılar tarafından sıkça kullanılan gerekçelerden biri haline gelmiştir. Doğu ve Afrika ülkelerinden gelen göçmen yığını dalgalan ile karşı karşıya bulunan sanayileşmiş Avrupa ülkelerinde, bu sorunun yakıcı bir güncelliği vardır. Avrupa Mahkemesi bu konuda Türk'lere ilişkin pek çok karar vermiştir. İHAS bünyesinde yabancıların korunması, Mahkeme içtihadının dinamizmi sayesinde sağlanmıştır.

Ancak, bu konuda, hedef artık aile hayatının korunmasından çok, yabancıların aile bağının korunmasıdır¹⁰⁴. Bu nedenle Mahkeme, kararlarında, "bir aileyi oluşturan bağ"dan bahsetmektedir. Bu ifade Avrupa içtihadının genişliğini ve cömertliğini açıklamaktadır.

Avrupa Mahkemesi'ni, Devletlerin egemenliği ile doğrudan doğruya karşı karşıya bıraktığı için, yabancıların hakları, oldukça nazik bir konudur. Gerçekten de, bir Devlet topraklarına yabancıların girişinin ve burada oturmalarının düzenlenmesi, Devlet imtiyazıdır. Mahkeme, Devletin toprakları üzerinde egemenliğinin ifadesi olan polis önlemlerini ya da idari kararları yargılamak durumunda bırakılmıştır. Başka bir deyişle, Mahkeme, aşağı durumda bulunan yabancı birey ile, tam bir hukuki üstünlüğe sahip Devlet arasındaki uyumsuzluğa hakemlik etmek zorunda kalmıştır. Bu hakemlik rolü Mahkeme'yi özel ve aile hayatına müdahaleyi meşrulaştıran sebepler öngören 8. maddenin 2. fıkrasını işletmeye yöneltmiştir¹⁰⁵.

Konunun bu na/ik yönü, çelişkilerle dolu içtihadı ve Avrupa Mahkemesi'nin rahatsızlığını açıklamaktadır¹⁰⁶. Yine de, söz konusu

¹⁰⁴ Bkx. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le maintien du lien familial des étrangers*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *precite*, p. 213.

¹⁰⁵ Bkx. İHAM karar. *Gül Contre Suisse*, 19.02.1996, § 38 ; İHAM kararı, *Ahmut contre Pays-Bas*, 26.10.1996, § 63; İHAM kararı *Sen contre Pay-bas*, 21.12.2001, §31.

¹⁰⁶ Günümü/de bu sorunun karmaşıklığı daha da artmıştır, zira, Avrupa Mahkemesi yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi konusunda karar vermek zorundadır. 4. protokolün 4. maddesi bu sınır dışı etmeyi yasaklamıştır. İlk defa

alandan da bundan böyle kazanılmış olan bir husus vardır: 8. madde, şüpheler devam etse de¹⁰⁷, yabancıların haklarına ilişkin uyuşmazlıklara da uygulanmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme içtihadı, gerek ülke içerisinde yabancıların girişi ve burada oturmaları konusunda (1) gerekse bu kimselerin sınır dışına çıkarılması konusunda (2) temkinlidir.

1) Bir yabancı ailesinin bir ülke toprakları üzerine yerleşmesi halinde güvenceler

Yabancıların ülkeye girişi ve burada oturması hususlarının düzenlenmesi bir devletin hükümdarlık haklarından biridir. Girilen ya da oturulan ülkenin egemenliği ile karşı karşıya kalan Avrupa Mahkemesi bu gerçekliğe tabi olmuştur. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - Birleşik Krallık kararında, Mahkemeye göre, yabancıların aile hayatına saygı hakkı "Akit devletlerdeki farklı uygulama ve şartların mevcudiyeti nedeniyle, bir olaydan diğer olaya değişmektedir. Dolayısıyla. Sözleşme'ye riayeti sağlamak amacıyla, topluluğun ve bireyin ihtiyaç ve kaynaklarına uygun olarak alınacak önlemleri belirleme konusunda, Akit

Devletlerin büyük takdir yetkisinden yararlandıkları bir alan söz konusudur. (...) Ayrıca, Mahkeme, mevcut uyuşmazlığın sadece aile hayatı ile ilgili değil, göçle de ilgili olduğunu ve Uluslararası Hukukun yerleşmiş bir ilkesine göre, Devletlerin, anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini ihlal etmemek kaydıyla, topraklarına vatandaş olmayan kimselerin girişini denetleme hakları olduğunu unutmamalıdır". Ulusal iş piyasasının korunması, toprak üzerinde aşırı nüfus yoğunluğu ve kamunun yaşam düzeyinin yükseltilmesi bir göç politikasının meşru hedefleri oluşturabilir.

Bunun sonucunda, "8. madde, Akit Devlet için evli çiftlerin ortak meskenlerini seçmelerine saygı gösterme ve vatandaş olmayan eşlerin ülkeye yerleşmelerini kabul etme genel yükümlülüklerini içerecek şekilde yorumlanamaz"¹⁰⁸. Bu olayda, Mahkeme, başvuru sahiplerinin aile

olarak Mahkeme, bir Devleti, bu maddenin ihlalinden ötürü mahkum etmiştir, ancak üçe karşı dört oyla: İHAM kararı, *Conka contre Belgique*. 5.02.2002.

¹⁰⁷ Bk/. H. LABAYLE, *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale*, in « Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme », sous la direction de H. I-ULCIMRON, Paris, LGDJ, 1999, p. 86.

¹⁰⁸ İHAM karar, a.g.k., 28.05.1985, § 67.

hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Dolayısıyla, Üye Devletler topraklarına yabancıların girişini denetleme hakkına sahiptir. Bu ilkeler sonraki içtihatlarda, ailenin yeniden bir araya gelmesinin küçük çocukları ilgilendirdiği hallerde dahi, sorgulanmamıştır. Böylece, bir Devletin toprakları üzerinde bulunan yabancıların, aile hayatını burada temellendirebilme mutlak güvencesi yoktur. Mahkeme, Devletlerin toprakları üzerinde göçmen akışlarını düzenleme yetkilerine üstünlük tanımıştır.

Mahkeme, 21 Aralık 2001 tarihli Sen - Hollanda kararında, içtihadının katılığını azaltmış görünmektedir. Bu karar, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali kararında ortaya çıkarılan ilkeleri sorgulamaktadır, zira Mahkeme hiçbir şekilde ailenin yeniden bir araya gelmesi hakkını tanımamıştır. Bununla birlikte, Mahkeme, 12 yaşındaki çocuğa ebeveynleri ve bunların diğer iki çocuğu ile kavuşmasına imkan tanıyacak bir oturma izni vermekten imtina edilmesinin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği görüşündedir. Mahkeme, bu sonuca varabilmek için, göç konusuna artık belirleyici önem vermemektedir. Bir yabancıların gittiği ülke topraklarında ailevi bir bağ kurduğu andan itibaren, Devlet için oturma izni verme pozitif yükümlülüğünün olup olmadığı, artık "sadece göç açısından" incelenemez. Mahkeme, ilgili çocuğun yaşını, menşe ülkesindeki durumunu ve ebeveynlerine bağımlık derecesini göz önünde bulundurmıştır. Somut olayda, Hollanda'da ebeveynlerine kavuşmak, çocuğun "aile hayatını geliştirmesi için en uygun yoldur"¹⁰⁹.

Bu karar göstermektedir ki; Avrupa Mahkemesi, yine de yabancıların aile bağlarının korunmasını kurban etmeksizin, Devletin yer itibarıyla egemenliğini düzenlemeye çalışmaktadır. Yabancıların gittikleri topraklar, onların aile hayatına saygı hakkını kullanmasının benimsetildiği yerler olmaya elverişlidir¹¹⁰.

2) Bir Devlet topraklarında yerleşmiş yabancıların sınır dışı edilmesine karşı koruma

Bir üye Devlet'e yerleşmiş yabancıların sınır dışı edilmesi, aile hayatına zarar verebilecek ağır bir önlemdir. Bu nedenle, bu konudaki

¹⁰⁹ İHAM kararı. *Sen contre Pays-Bas*, 21.12.2001, § 37.

¹¹⁰ Bu devlet imtiyazının aile hayatına saygı hakkına ve oranlılık ilkesine uygun olması gerektiğini tanıyan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da bu yaklaşıma yönelmiştir. Bkz. ATAD kararı, 11 ve 25.07.2002.

Avrupa Mahkemesi içtihadı daha ayrıntılıdır. Kuşkusuz, Abdulaziz. Cabales ve Balkandali kararı, Devletlere aynı zamanda vatandaş olmayanların ülke topraklarında oturmaları ve buradan uzaklaştırılmaları üzerinde denetim yetkisi vermiştir. Ancak anılan karar, aynı zamanda bu önlemlerin yabancıların aile hayatına saygı hakkının ihlaline sebep olabileceğini kabul etmiştir. Mahkemenin sınır dışı edilme kararlarına ilişkin sonraki birkaç içtihadı bu şekildeki ihlalleri saptamıştır.

Moustaquim - Belçika kararında¹¹¹ sınır dışı edilme önlemi, genç yaşta yabancı ülkeye gelmiş ve küçüklüğünde yirmiden fazla suç işlemiş bir Fas'lının başına gelmiştir. Söz konusu önlem bu kimseyi, ebeveynlerinden ve yedi kardeşinden ayrılmak tehlikesiyle karşı karşıya bırakmıştır. Mahkeme, Devletlerin, kamu düzeninin sağlanması için böyle bir önlem alabilme imkanlarını tanımıştır. Ancak bu olayda, ilgilinin aile hayatı, güdülen meşru amaçla orantısız olduğu yargısına varılan sınır dışı edilme önlemi ile ağır olarak bozulmuştur. 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan müdahalenin meşrulaştırılması için gerekli şartlar yerine getirilmemiştir.

Aynı şekilde, Beldjoudi - Fransa¹¹² ve Nasri - Fransa kararlarında¹¹³, sınır dışı etme önleminin uygulanması, başvuruçuların aile hayatına saygı haklarını kullanmalarına kamu makamlarının müdahalesi sayılmıştır. Bu iki olayda da, Fransız topraklarında suç işlemiş kişiler söz konusudur. Uyuşmazlık konusu müdahale, Sözleşme ile bağdaşan amaçların gerçekleştirilmesini hedeflemektedir: Düzenin korunması ve suçun önlenmesi. Bununla birlikte, müdahaleye maruz kalan kimseler hep Fransa'da yaşamış, burada ebeveynleri ya da Fransız eşleri olan kişilerdir. Dolayısıyla bu kimselerin aile yaşamları Fransız toprakları üzerindedir. Bu nedenle, sınır dışı etme kararı, şayet uygulanmış ise, izlenen meşru amaçla orantılı olmaz ve 8. maddeyi ihlal eder.

Sonuç olarak, Mahkeme bu kararlarda, yabancı ülkede kurulan aile bağına hayati önem atfetmiştir. Başvuruçuların menşe ülkeleri ile vatandaşlıktan başka hiçbir bağları kalmadığı için, yabancı bir ülkede yerleşme süresi belirleyici bir ölçüttür. Bazı yazarlar burada "gittikleri

¹¹¹ İHAM kararı. 18.02.1991, sene A, n° 193.

¹¹² İHAM kararı, 26.03.1992, sene A, n° 234-A.

¹¹³ İHAM kararı. 13.07.1995.

ülkeye zaman içinde bütünleşen yabancıların sınır dışı edilme yaşa-
ğı"m görebilmişlerdir"¹¹⁴.

Mahkeme, sınır dışı edilme konusundaki içtihadının katılığından ötürü 1996'dan itibaren eleştirilere maruz kaldığı ara bir dönemin ardından, bu konudaki pozisyonunu açıklığa kavuşturmayı denemiştir. 2001 yılında verilen Boultif - İsviçre kararında¹¹⁵ Mahkeme, öncelikle, sınır dışı edilmeye en büyük engelin eşlerin bir arada kalmasının zorlaşmasında ve özellikle de eşlerden biri ve/veya çocuklar için de diğer eşin menşe ülkesinde yaşama zorunluluğunun bulunmasında olduğu sınırlı sayıda dava gördüğünü belirtmiştir. Mahkeme, önlemin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını incelemek için temel ilkeleri belirleme durumunda kalmıştır. Mahkeme bu takdiri yaparken şu unsurları göz önünde bulunduracaktır:

- başvuru tarafından işlenen suçun cinsi ve ağırlığı,
- sınır dışı edileceği ülkede oturma süresi,
- suçun işlenmesinden itibaren geçmiş olan süre ve bu süre zarfında ilgilinin gidişatı,
- ilgili kimselerin vatandaşlığı,
- başvurucağının ailevi durumu, örneğin ne kadar zamandır evli olduğu ve bir çiftin aile hayatının etkili niteliğini orta koyan diğer unsurlar,
- eşin işlenen suçtan ailevi ilişkinin başlangıcından itibaren haberi olup olmadığı,
- meşru çocukların doğumu ve gerektiğinde yaşlan.

Ayrıca. Mahkeme, karşılaşılan zorlukların ağırlığı kadar, "bir kimsenin eşinin yanında gitmesi nedeniyle zorluklarla karşılaşması olgusu, tek başına sınır dışı edilme ihtimalini bertaraf etmese de"¹¹⁶ eşin kocasının ya da karısının menşe ülkesini tanımamasını da göz önünde bulunduracaktır.

¹¹⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *ö.p. çit.*, p. 228.

¹¹⁵ İHAM kararı. 10.07.2001.

¹¹⁶ İHAM kararı. a.g.k.. sh. 48. Bu anlamda İHAM kararı, *Ezzouidhi contre France*, 13.02.2001.

Makroni - Fransa kararı¹¹⁷ ile onaylanan, Boultif- İsviçre kararına sayesinde Avrupa yargıcı, yabancıların aile hayatına saygı hakkına orantısız müdahalelere yol açan sınır dışı edilme önlemleri hakkında durum saptaması yapmıştır. Konu hakkındaki Mahkeme içtihadının, bu sorunların Avrupa ülkelerinde hassas konulara temas etmeleri ve Avrupa Mahkemesine gelen yabancı başvuruların aralıksız artması itibarıyla, kesin olarak saptanmış olduğu söylenemez.

Sonuç

"Özel hayat" ve "aile hayatı" kavramlarının belirsizliği, büyük oranda içtihadı yorum potansiyelini ilerletmiştir. Korunan hakkın etkililiği adına, bu kavramlar, Avrupa yargıcı tarafından yeniden şekillendirilmiştir. Mahkeme'nin yorum yöntemlerinin incelenmesi, biraz da keyfi bir takdir yetkisini ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme, yaratıcı bir eser ortaya çıkarmak için, uluslararası bir sözleşmenin klasik yorum yöntemlerinin sınırlarını aşmıştır. Gerçekten de *de facto* ilişkileri "aile hayatı" olarak nitelendirmek, çevre korumasını "özel hayata" dahil etmek, devlet müdahalelerini çerçevelemekle yetinen maddi bir hakla ilişkin bir metinde usuli yükümlülükler bulmak ne uluslararası bir sözleşmenin "olağan" yorumudur, ne de iç hukukların birliğini kaydetmekle yetinen bir rızai yorumdur. 8. maddenin yorumu "evrimci"dir, zira bu yorum, O'na (Sözleşme) "çağdaş gerekliliklere uygun bir anlam"¹¹⁸ vererek "Sözleşme'nin modernliğini sağlamayı", hedeflemektedir. Bu evrim Mahkeme'nin ilerlemeci iradesinden kaynaklanmaktadır.

Bu eğilim, sadece İnsan Hakları Kurulunu sevindirecektir. Bununla birlikte, Avrupa yargıcının bu tutumu bir çok soru işareti akla getirmektedir. Bu tutum, özellikle Sözleşme'nin 8. maddesinin iç ve dış sınırlandırması açısından zorluklar yaratmaktadır.

- İç planda, "özel hayat" ile "aile hayatı" arasındaki sınır, belirsiz hale gelmiştir. "Özel hayat" kavramının sosyal ilişkilere de yayılması özellikle "özel hayat" ve "aile hayatı" farkını rastlantısal kılmıştır. Av-

¹¹⁷ Eroin tırafı ü i nedeniyle mahkum edilmiş ikinci kuşak bir göçmen hakkında İHAM kararı, 15.07.2003. Mahkeme, sınır dışı etme önleminin, uygulamaya geçirildiği takdirde izlenen meşru amaçla orantısız olduğuna karar vermiştir. Ayrıca bkz. İHAM karar. Yılma', contre Allemagne, 17.04.2003 Anılan kararda, Türk uyruklu bir kimseye karşı alınan önlem yine orantısız bulunmuştur.

¹¹⁸ J. CALLEWAERT, *La CEDH, entre effectivité et prévisibilité*, Mlanges Lambert, Bruylant, 2000, p. 95.

rupa Mahkeme'si gittikçe daha fazla "özel ve ailevi hayat" kavramını kullanmaktadır. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, kimlik hakkı ve daha doğru bir deyimle isim ya da soyad hakkı, konut hakkı, sağlık hakkı, azınlık üyelerinin geleneksel yaşam biçimine sahip olma hakkı 8. çocuğunun cesedinin geri verilmesi hakkı maddenin uygulama alanında yer almaktadır.

Mahkeme bütün davalarda "özel hayat" ya da "özel ve ailevi" hayat kavramlarını kullandığı için, bu karışıklıkta bir mantuk bulmak da zorlaşmaktadır. Yabancı hakları bu kavram karmaşasını açığa vurmaktadır. Kavram karmaşası, doruk noktasına, Mahkeme'nin bir homoseksüelin evlat edinme talebinin ne "özel hayata" ne de "aile hayatına" girmedikini belirterek 8. maddeyi uyguladığı, Frette - Fransa kararında¹¹⁹ ulaşmıştır.

Bu içtihat ile 8. maddenin iç sınırları silinmektedir. Yavaş yavaş, iki terimli "özel hayat - aile hayatı" yerini toparlayıcı tek bir kavrama bırakmaktadır: Kişiler arası ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını kapsayan "özel ve ailevi hayat".

- Dış planda da aynı karışıklık vardır. 8. madde diğer bazı maddelere çok yakındır. Mahkeme içtihadının kaçmamadığı bir üst üste binme tehlikesi bulunmaktadır. 8. maddeye ilişkin kararların çoğunda Sözleşme'nin diğer maddeleri de sorgulanmaktadır:

- evlenme hakkına ilişkin 12. madde

- eşler arasında eşitliği güvenceleyen 7 numaralı Protokolün 5. maddesi

- işkence ile insanlık dışı ve haysiyet kırıcı muameleyi yasaklayan 3. madde

- özellikle miras hakkı konusunda, ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde

- mülkiyetine saygı hakkına ilişkin 1. Protokolün 1. maddesi.

Sonuç olarak, Mahkeme içtihadının incelenmesi söz konusu içtihadın pragmatik niteliğini ve hali hazırda kesinlik eksikliğini ortaya koymaktadır.

Avrupa yargıcının 8. madde yorumunun rastlantısal ve karışık niteliği, meşruluk sorunu dışında, bir de ulusal yargıçların bir ulusal

¹¹⁹ MI-IAM karar, 26.02.2002.

normu yorumlarken, tamamlarken ya da uygulamamaya karar verirken göz önünde bulundurması gereken, "içtihadı hukukun öngörülebilirliği" sorununa neden olmaktadır.

Sadece 8. maddenin uygulama alanını yaymak amacıyla, maddenin tutarlılığını kaybetmesi onu olaylara ve Avrupa Mahkemesinin "mizacına" bağımlı bu hüküm haline getirmesi tehlikeli değil midir?

Özel hayat ve aile hayatına saygı hakkında herşey ayrıntı ve eğilim sorunudur. Bize de burada, bu ayrıntı ve eğilimlerin, çöküşün işareti olmamasını dilemek kalıyor...

Vie privée, vie familiale, correspondance et domicile : une protection assurée par une interprétation extensive de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

Gülşen YILDIRIM*

L'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) est, avec l'article 6-1, une disposition couramment invoquée devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH). Il suffit d'aller sur le site de la Cour pour se rendre compte de l'importance de cette disposition qui a fait l'objet de multiples applications et surtout d'une interprétation extensive.

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

On remarque que cet article a une construction particulière. A l'origine, les rédacteurs de la CEDH n'avaient pas retenu cette construction. En effet, le texte de l'article 8 tire son inspiration de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH). Cette inspiration ne surprend pas dans la mesure où le préambule de la

* Maître de conférences à l'Université de Limoges Faculté de droit et des sciences économiques

Convention établit le lien entre les principes et valeurs énoncés par la Déclaration Universelle et ceux de la Convention.

Dans sa première version, l'article 8 fut formulé dans les mêmes termes que l'article 12 de la Déclaration Universelle¹ :

« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

Progressivement toute référence à l'honneur et à la réputation fut écartée en raison du caractère trop vague de ces notions. Toutefois, le texte adopté par le comité d'experts gouvernementaux chargés de la rédaction de la Convention, reprend, sauf cette omission, l'article 12 de la DUDH.

Cette nouvelle rédaction ne prévoyait pas un deuxième paragraphe relatif aux exceptions qui limitent la portée du droit au respect de la vie privée et familiale. La formulation de ces restrictions a été un enjeu des négociations. Elles résultent d'une opposition entre la position française fidèle aux perspectives ouvertes par la Déclaration Universelle et une approche britannique, plus technicienne et gouvernementale, soucieuse de concilier droits et recours. Ce paragraphe fut en définitive introduit sur la base d'un amendement britannique présenté à la conférence des hauts fonctionnaires. Cet amendement subit néanmoins des modifications :

- l'une importante : la référence aux ingérences gouvernementales fut transférée du premier au deuxième paragraphe ;

- les autres sont mineures comme l'intégration de la référence au bien-être économique du pays et à la protection des droits et libertés d'autrui.

¹ La recommandation n°38 adoptée le 8 septembre 1949 par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe demandait au Conseil des Ministres de se conformer à l'article 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (art. 2§4, TP, vol. III, p. 277).

La structure de l'article 8 de la Convention est comparable à celle des articles 9, 10, 11 :

- Le premier paragraphe définit le droit qui doit être protégé ;
- Le second paragraphe énonce les restrictions qui peuvent être légitimement appliquées aux droits prévus dans la disposition.

En ce sens, l'article 8 diffère de l'article 12 de la DUDH et l'article 17 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans ces deux conventions, la référence à des ingérences autorisées avait été rejetée car on estima qu'elle engageait trop les Etats : il fallait leur laisser la liberté de définir les modalités d'application du droit. La Convention européenne, en définissant les ingérences légitimes de l'autorité publique, représente un progrès par rapport à la DUDH et au Pacte. Désormais, il appartient à la CEDH et à la Cour européenne de délimiter la sphère de compétence des Etats membres et non à eux-mêmes. L'article 8 est donc plus protecteur que les dispositions des autres conventions relatives aux droits de l'homme.

Ces clauses de restrictions constituent autant d'exceptions au libre exercice des droits de l'homme et sont exprimées en la forme négative. De cela, la Cour a naturellement déduit qu'elles appellent une interprétation étroite². Les restrictions envisagées par le paragraphe 2 ne concernent que l'exercice des droits. Par conséquent, quand l'Etat n'assure même pas la jouissance du droit garanti, l'infraction est constituée au regard du paragraphe 1 et ne peut être justifiée par la clause de restriction correspondante³. Une limitation n'est possible qu'en cas d'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit.

A la lecture du paragraphe 2 interprétée par la Cour européenne, on remarque que la licéité de ces ingérences est subordonnée à des conditions.

1) L'atteinte dénoncée doit être imputable à l'Etat, en la personne de ses organes et agents agissant en qualité officielle. Il n'y a pas d'ingérence face à un jugement tranchant une contestation civile entre deux personnes privées ayant chacune un titre égal. Cependant pour la Cour, l'intervention *inter partes* du juge devient

² En ce sens CEDH, *arrêt Klass et autres*, 6 septembre 1978, série A, n° 28, § 42.

³ CEDH, *arrêt Marckx*, 13 juin 1979, série A, n° 31.

une ingérence quand elle remet en cause une situation de fait garantie par la Convention⁴.

2) Une ingérence suppose qu'une décision individuelle ait été prise affectant une personne et la hissant au statut de victime. Toutefois, même à défaut d'une telle application concrète, il est des cas où l'existence de la loi suffit à constituer l'ingérence parce que la loi se répercute sur l'exercice des droits⁵.

3) La référence au terme « ingérence » suppose une atteinte résultant d'un acte positif et non une simple négligence. Il s'agit d'une contrainte subie par le titulaire du droit. Elle peut se présenter sous de multiples formes dont l'énumération qui figure à l'article 10 § 2 rend bien compte : « formalité, conditions, restrictions ou sanctions ». Des mesures prises sous un régime autant préventif que répressif peuvent constituer une ingérence. En revanche, l'abstention ou le refus d'agir ou de légiférer ne relève pas du paragraphe 2 mais elle peut constituer un manquement à une obligation positive inhérente au respect du droit garanti par le paragraphe 1^{er}⁶.

Il n'y a pas néanmoins de séparation stricte entre ces deux séries d'obligations. Pour juger d'un manquement à une obligation positive, les prescriptions relatives aux ingérences remplissent en effet deux fonctions.

- Elles permettent tout d'abord de dire s'il existait une telle obligation en vue d'établir un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des individus.

- Le contrôle porte sur l'exécution par l'Etat de cette obligation : les critères de nécessité et de proportionnalité, applicables aux ingérences, permettent alors de dire si l'Etat, en s'abstenant, a porté une atteinte excessive au droit⁷.

4) L'ingérence doit avoir une base légale. Le terme de « loi » est entendu dans son sens matériel et non formel. Il renvoie aux textes en vigueur dans l'Etat contractant. La condition est que le texte qui englobe la jurisprudence soit accessible et prévisible pour permettre au citoyen de régler sa conduite. Ces principes ont été affirmés

⁴ CEDH, *arrêt Hoffmann*, 13 juin 1993, série A, n° 255-C, § 29.

⁵ En ce sens CEDH, *arrêt Klass et autres*, précité, série A, n° 28 et CEDH, *arrêt Malone*, 2 août 1984, série A, n° 82, § 41 et 64.

⁶ CEDH, *arrêt Rees contre Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A, n° 106, § 35.

⁷ CEDH, *arrêt Gaskin*, 7 juillet 1989, série A, n° 160, § 43.

clairement par la Cour européenne dans les affaires sur les écoutes téléphoniques⁸. On peut seulement préciser que l'accessibilité est satisfaite quand les textes et la jurisprudence sont publiés ou au moins signalés à leurs destinataires qui peuvent les consulter. La prévisibilité se mesure à la précision et à la clarté de la loi.

5) Le but de l'ingérence doit avoir une légitimité conventionnelle. Le paragraphe 2 énumère les buts légitimes qu'une ingérence doit poursuivre pour être licite. Cette liste est bien sûr limitative : il ne peut pas y avoir d'autres motifs non visés par le paragraphe 2.

On remarque que certains motifs renvoient aux intérêts de l'Etat (sécurité nationale, sûreté, sécurité publique, défense). D'autres expriment les intérêts du corps social (bien-être économique du pays, prévention des infractions pénales, protection de la santé ou de la morale). Des intérêts privés, déjà pris en compte dans certains buts ci-dessus, sont spécifiquement protégés : les droits et libertés d'autrui⁹. Selon une formule habituelle de la Cour, l'ingérence doit être « tournée vers un ou plusieurs des buts ». Son rôle est de rapprocher les buts légaux qui ont inspiré l'ingérence de ceux inscrits dans le paragraphe 2.

6) L'ingérence justifiée par un ou plusieurs de ces buts doit être nécessaire dans une société démocratique. Pour la Cour, l'adjectif « nécessaire » renvoie à celui de « utile » ou « opportun » : l'ingérence doit répondre à un « besoin social impérieux » et doit rester proportionnée au but légitime poursuivi¹⁰. Les motifs pertinents sont les circonstances qui imposent à l'Etat de s'ingérer pour atteindre le but légitime assigné. Leur défaut prive la mesure de toute validité au regard de la convention. C'est là que se situe l'essentiel du contrôle européen des ingérences. En effet, l'exigence de proportionnalité entre le but légitime et le but légitime poursuivi par l'Etat est un *leitmotiv* de la jurisprudence de la Cour européenne. L'objectif est d'apprécier si un juste équilibre a été ménagé entre le but et le droit en cause. Ce contrôle peut parfois même se transformer en un

⁸ Cf. *infra*.

⁹ Cette liste comporte d'autres buts dans les articles 9, 10 et 11 (sécurité publique, divulgation d'informations confidentielles, impartialité du pouvoir judiciaire, crime, réputation et droits d'autrui...).

¹⁰ En ce sens CEDH, *arrêt Handlyside*, 7 décembre 1976, série A, n° 24, § 48-50 et CEDH, *arrêt Sunday Times*, 26 avril 1979, série A, n° 30, § 63-65.

contrôle du meilleur parti, un contrôle de quasi-opportunité de l'ingérence. En somme, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence mais elle va de pair avec un contrôle européen plus ou moins large selon les cas.

Le droit garanti à l'article 8 a donné à la Cour européenne des occasions multiples de rappeler et d'appliquer concrètement ce contrôle. Il convient cependant de préciser quel est l'objet de la protection instaurée par l'article 8.

L'objet de la protection est le respect de la vie privée et familiale ainsi que le domicile et la correspondance. L'objectif de l'article 8 est donc de garantir à l'individu une sphère individuelle et familiale dans laquelle il puisse librement s'épanouir et affirmer sa personnalité. En d'autres termes, la Convention vise à assurer un droit inhérent à tout être humain. Une convention portant sur les droits de l'homme n'aurait pas pu s'affranchir d'un tel droit.

Toutefois, il y a la lettre de l'article 8 et ce qu'en a fait la Cour européenne. A l'analyse de sa jurisprudence, on remarque qu'elle a adopté une approche extensive de l'article 8 ou, ce que certains auteurs ont qualifié, une interprétation « dynamique » ou « constructive »¹¹. Elle est partie du texte pour en tirer une conception élargie des droits garantis. Il suffit pour s'en convaincre d'essayer de dresser un index des mots-clés relatifs aux arrêts rendus depuis une dizaine d'années sur le fondement de l'article 8. Ledit index fait apparaître des termes familiers à l'article 8 : filiation, paternité, enfant naturel, discrimination, garde, mesures de placement, autorité parentale, droit au nom. Il fait aussi apparaître des termes plus ou moins inattendus : homosexualité, transsexualisme, détention, éloignement du territoire, droit des étrangers, traitements inhumains et dégradants et même droit des minorités. Cette liste non exhaustive illustre que la Cour européenne s'est permise des largesses pour étendre le champ d'application de l'article 8.

De quelle manière, la Cour européenne est-elle parvenue à cette conception ?

¹¹ F. SUDRE, *La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Droit et Justice, Bruylant, 2002, p. 11.

Le droit au respect de la vie privée et familiale est le domaine où la Cour européenne a eu recours à ses méthodes d'interprétation de la CEDH¹². L'article 8 est le terrain privilégié d'une interprétation « évolutive », dont la Cour donne la méthode : « instrument vivant », « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques »¹³. Derrière cette volonté, il y a aussi de la part du juge européen la volonté de rechercher quelle est l'interprétation la plus apte à atteindre le but recherché et à réaliser l'objet de la Convention. C'est cette exigence d'effectivité qui constitue l'élément moteur de l'interprétation de l'article 8 de la Convention.

La cour européenne adopte en définitive une autre approche des droits de l'Homme. Dans l'interprétation classique et plus exactement libérale, les droits de l'homme sont considérés comme des droits négatifs : ils comportent seulement de la part de l'Etat, des obligations négatives. L'Etat doit se limiter à ne pas s'ingérer dans la vie privée et familiale des individus sauf les restrictions prévues par le deuxième paragraphe de l'article 8. La Cour a toutefois affirmé à maintes reprises que l'Etat avait aussi à sa charge des obligations positives c'est à dire des obligations de faire. L'Etat se trouve obliger d'intervenir pour protéger les droits et libertés garantis par la CEDH. Ainsi dans le célèbre arrêt *Marckx*, elle a affirmé que l'article 8 « ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée et familiale »¹⁴.

Cette attitude complexe de la Cour européenne se retrouve dans tous les composants de l'article 8 paragraphe 1 : vie privée, domicile, correspondance et vie familiale. Certes ces différents aspects sont variés mais il est possible de les classer en deux catégories : la vie privée, le domicile et la correspondance prend en considération l'individu en tant que personne (I) ; la vie familiale prend en compte l'individu en tant que membre d'un groupe lié par un lien familial (II).

¹² Voir dans cet ouvrage, J.-P. MARGUENAUD, *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme*.

¹³ Voir CEDH, *arrêt Tyrer*, 25 avril 1978, A. 26, GA, n° 12, § 31 et CEDH, *arrêt Marckx*, 13 juin 1979, A. 31, GA, n° 16, § 41.

¹⁴ CEDH, *arrêt du 13 juin 1979*, A. n° 31.

C'est à travers ces deux aspects que nous analyserons la jurisprudence européenne relative à l'article 8 de la Convention.

I – La protection de l'individu en tant que personne

L'article 8 de la Convention garantit à chaque individu un droit au respect de sa vie privée, de sa correspondance, de son domicile. Dans cette approche, la Convention prend en considération la personne en tant qu'individu. L'objectif est d'assurer une protection de la sphère d'intimité de chacun, ce qui est une manière de respecter sa liberté.

A lui seul, le concept de « vie privée » aurait pu suffire à garantir la protection de l'intimité de la personne. Toutefois, reprenant pour cela les autres textes internationaux sur les droits de l'homme¹⁵, l'article 8 établit une distinction entre la vie privée, la correspondance et le domicile. Or la correspondance et le domicile sont intimement liés à la vie privée : la correspondance privée ne fait que relater des faits intimes et le domicile représente le lieu qui délimite sa sphère d'intimité.

Toutefois, la Cour a précisé que ces différentes composantes de l'article 8 constituent des droits garantis à eux seuls. Une atteinte à la vie privée (A) n'est pas nécessaire pour qu'il y ait atteinte au respect de la correspondance ou du domicile (B). Elle étend ainsi le champ d'application de l'article 8.

A – L'interprétation extensive de la protection de la vie privée

La vie privée (*özel hayat*) est un concept connu dans les législations internes. Par exemple, en France, l'article 9 du Code civil inséré par une loi de 1970¹⁶ consacre le droit de chacun au respect de sa vie privée¹⁷. Par conséquent, dans une société libre, l'individu a deux vies : sa vie publique et sa vie privée. Vivant en société, l'individu ne peut prétendre faire échapper sa vie publique aux réflexions et aux regards d'autrui. Mais le droit lui fournit des armes

¹⁵ Voir notamment l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁶ L'article 9 date de la loi du 17 juillet 1970 qui a en réalité consacré des solutions jurisprudentielles bien établies.

¹⁷ Il est certain qu'en droit turc, cette notion existe aussi soit dans le droit civil, soit dans d'autres branches du droit.

pour se protéger contre les excès et la malveillance des autres. Toutefois, il ressort de l'analyse de la jurisprudence européenne que la vie privée au sens de l'article 8 est un concept différent des droits nationaux¹⁸.

La « vie privée » est intrinsèquement une notion vague. Ce qui n'est pas privé est public mais à partir de quand une activité sort du cercle intime pour devenir publique ? La Cour européenne a profité de cette imprécision pour l'étendre à des situations inattendues. Elle a eu une approche dualiste de ce concept : la vie privée concerne l'individu pris isolément (approche individualiste) mais elle concerne aussi l'individu en tant que membre de la société (approche sociale).

En somme, l'individu a le droit d'être protégé des agressions extérieures à sa vie privée (1) mais il a aussi le droit d'entretenir des relations avec les autres (2). L'article 8 garantit ces deux aspects de la vie privée.

1) La protection normale de la vie privée personnelle

L'article 8 de la CEDH énonce que toute personne a droit au respect de sa privée. Ce droit est un moyen pour assurer à l'individu une sphère dans laquelle il puisse librement poursuivre le développement de sa personnalité. L'Etat doit garantir à l'individu une sphère individuelle dans laquelle il puisse s'affirmer lui-même.

La Cour européenne a progressivement délimité les contours de cette facette contingente de l'individu.

a) Le droit à une identité personnelle

► La Cour européenne accorde une place importante au droit pour tout individu d'avoir une identité qui le distingue des autres. Un des éléments essentiels de cette identité est le nom et le prénom. C'est pourquoi, la Cour a fait application de l'article 8 de la Convention au changement de nom et au choix du prénom. Cette application peut paraître surprenante dans la mesure où l'article 8 ne fait pas référence à ces notions. Toutefois, le nom et le prénom sont des moyens d'identification personnelle et de rattachement à une

¹⁸ Par exemple, en droit français, l'article 9 permet de protéger la vie familiale alors que l'article 8 distingue bien ces deux sphères privées.

famille. C'est pourquoi, il concerne la vie privée et même familiale. Le fait que l'Etat et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y fait pas obstacle. En effet, ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée car elle englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial.

Ainsi dans l'arrêt *Burghartz contre Suisse*¹⁹, la conservation par le requérant du nom de famille sous lequel il s'est fait connaître des milieux académiques peut influencer sa carrière. L'article 8 se trouve donc à s'appliquer. En revanche, dans l'arrêt *Stjerna contre Finlande*²⁰, la Cour européenne refuse de reconnaître que le refus opposé par un Etat à un changement de nom soit contraire à l'article 8. Elle rappelle les principes énoncés dans l'arrêt *Burghartz* mais l'intérêt public peut justifier des restrictions publiques (identification des individus). D'ailleurs les états jouissent en ce domaine d'une large marge d'appréciation dans la mesure où il n'existe pas de points de convergence entre les systèmes nationaux quant aux conditions de changement de nom. Elle rejette les désagréments liés à l'orthographe et à la prononciation et l'argument d'un nom porté par ses ancêtres, le dernier ayant porté ce nom étant mort il n'y a pas si longtemps. Toutefois, ce sont des éléments factuels qui justifient ce rejet.

En matière de prénom, la Cour européenne a reconnu l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH. Il est un moyen d'identification au sein de la famille et de la société. De surcroît, le choix du prénom de l'enfant par ses parents revêt un caractère intime et affectif et entre donc dans la sphère privée de ces derniers. Dans l'arrêt *Guillot contre France*²¹, elle légitime cependant le refus de l'officier d'état civil puis des juridictions civiles d'accepter le prénom choisi par les parents (Fleur de Marie d'après le nom d'une héroïne d'Eugène Sue dans les « *Mystères de Paris* »). En effet, les juridictions françaises qui ont statué en se référant à l'intérêt de l'enfant ont accueilli la demande subsidiaire tendant à l'inscription du prénom « Fleur-Marie ».

¹⁹ CEDH, arrêt du 22 février 1994, série A n° 280-B où une personne voulait faire ajouter le patronyme de sa femme à son propre nom.

²⁰ CEDH, arrêt du 25 novembre 1994.

²¹ CEDH, arrêt du 24 octobre 1996 (chambre), recueil 1996-V.

► L'individu a aussi le droit de connaître son identité. Ce droit pose la question de l'accès à des données concernant sa vie privée et familiale. Cet accès a été reconnu par la Cour européenne. Dans l'arrêt *Gaskin contre Royaume-Uni*²², le requérant avait été pris en charge, à la suite du décès de sa mère par les services sociaux. Ayant subi des maltraitances dans les familles d'accueil, il demande à avoir accès à son dossier de pupille de l'assistance pour pouvoir intenter une action pour négligence. M. Gaskin invoque devant la Cour la violation de l'article 8. Pour la Cour, les personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements de leur passé. Un système qui subordonne l'accès au dossier à l'acceptation des informateurs peut être compatible avec l'article 8. Toutefois, il faut sauvegarder les intérêts de la personne qui cherche à consulter les pièces relatives à sa vie privée et familiale lorsque l'informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord. Dans ce cas, le principe de proportionnalité veut qu'un organe indépendant donne la décision finale sur l'accès aux documents. Les états membres ont donc l'obligation positive d'instaurer un tel système.

Cette question du droit d'accès à des données personnelles a été de nouveau posée à la Cour européenne à propos de l'accouchement sous X. Dans l'affaire *Odièvre contre France*²³, le secret de la naissance imposée par la législation de la France rendait impossible à une requérante née sous X de connaître ses origines. La Cour n'examine pas l'affaire sous l'angle de la vie familiale mais reconnaît l'applicabilité de l'article 8 en ce qu'il protège le droit au respect de sa vie privée. C'est de l'impossibilité d'avoir accès à ses origines et à des données identifiantes sur celles-ci que la requérante tire, au nom de la vérité biologique, sa revendication à connaître son histoire personnelle. Elle rappelle que l'article 8 protège notamment le droit à l'épanouissement personnel : en font partie l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle comme par exemple l'identité de ses géniteurs. La naissance et singulièrement les

²² CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 160.

²³ CEDH, arrêt du 13 février 2003.

circonstances de celle-ci, relèvent de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte. Elles sont donc garanties par l'article 8.

Après avoir posé ces principes, la Cour ne juge pas que la législation française soit contraire à l'article 8. En effet, elle relève que les intérêts en présence font apparaître, d'une part le droit à la connaissance de ses origines et l'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement personnel et d'autre part l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé. Il s'agit de deux intérêts difficilement conciliables concernant deux adultes jouissant chacune d'une autonomie de sa volonté. De surcroît, il y a lieu de tenir compte de l'intérêt des tiers et de leur protection essentiellement les parents adoptifs, le père et le restant de la famille biologique. Dans cette affaire, la requérante âgée de près de 38 ans avait été adoptée à quatre ans : la levée non consentuelle du secret de sa naissance pourrait comporter des risques non négligeables pour sa mère, sa famille adoptive, son père et de sa fratrie biologique, qui tous également ont droit au respect de leur vie privée et familiale.

De plus l'intérêt général est également en jeu dans la mesure où la loi française a pour objectif de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de l'accouchement, d'éviter les avortements clandestins et des abandons sauvages. Le droit au respect de la vie n'est donc pas étranger aux buts recherchés par le système français. Elle en conclut que la législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. La France n'a pas excédé sa marge d'appréciation qui doit lui reconnaître en raison du caractère complexe et délicat de la question soulevée par le secret des origines au regard de chacun. Elle applique donc le paragraphe 2 pour légitimer l'atteinte au droit au respect de la vie privée.

b) Le droit à une vie sexuelle libre

La Cour européenne a eu, à de nombreuses reprises, l'occasion de statuer sur cette question. Elle a tout d'abord affirmé que chaque individu avait droit à une vie sexuelle.

► Les relations entre homosexuels consentants, passibles de sanctions en vertu de la législation d'un Etat, ont été l'occasion de poser ce principe. Dans l'affaire *Dudgeon contre Royaume-Uni*²⁴, un

²⁴ CEDH, arrêt du 23 octobre 1981, A n° 45.

requérant de nationalité anglaise, homosexuel, subit une perquisition de police qui lui saisit des lettres et un journal personnel décrivant ses activités sexuelles. Après l'avoir interrogé pendant plusieurs heures sur sa vie sexuelle, il est relâché. Il met en cause deux lois de l'Irlande du Nord, l'une de 1861 et l'autre de 1885, qui punissaient les actes homosexuels commis entre adultes consentants et y compris en privé.

Pour la Cour européenne, les actes des autorités de police ont porté atteinte au droit au respect de la vie privé, qui comprend la vie sexuelle du requérant. Les lois en question touchent directement sa vie privée dans laquelle il doit avoir la possibilité d'établir des relations différentes, y compris sexuelles, avec d'autres personnes. La Cour ne reconnaît pas comme nécessaire, au nom de la morale, l'incrimination des actes homosexuels adultes consentants²⁵.

Ce droit à une vie sexuelle libre peut être limité seulement dans les cas où il serait incompatible avec l'ordre public ou avec d'autres intérêts protégés.

- La Cour admet que dans une société démocratique, on puisse sanctionner, même pénalement, des comportements sexuels pour lutter contre la corruption et l'exploitation des personnes. Cette limitation concerne surtout les personnes vulnérables comme les mineurs. Il est légitime de réprimer ces actes s'ils sont commis à l'encontre de personnes incapables notamment du fait de leur âge²⁶. D'ailleurs l'Etat a l'obligation d'instaurer une protection pénale contre les personnes incapables victimes de violences sexuelles²⁷.

- La Cour reconnaît que l'ingérence de l'Etat dans l'intimité sexuelle s'apprécie différemment selon la nature des activités. Ainsi au sein des forces armées, la répression de l'homosexualité peut être

²⁵ CEDH, *arrêt Norris contre Irlande*, 26 octobre 1988, A n° 142 où le requérant conteste aussi les lois nationales qui sanctionnaient pénalement l'accomplissement, même entre adultes consentants, d'actes homosexuels.

²⁶ L'âge est librement fixé par les Etats mais une jurisprudence ancienne de la commission la fixe à 21 ans (voir rapport de l'arrêt *Dudgeon*, précité).

²⁷ CEDH, *arrêt X. et Y. contre Pays-bas*, 26 mars 1985, A n° 91, § 23, 27 et 30 où la Cour condamne un Etat parce qu'il était impossible de faire engager des poursuites pénales contre l'auteur de violences sexuelles sur une mineure de plus de seize ans et handicapée mentale. L'article 8, par delà l'obligation de non-ingérence qu'il impose, implique aussi l'adoption de mesures positives visant à protéger la vie privée des personnes vulnérables.

plus stricte pour des raisons de défense de l'ordre. En revanche, les révocations administratives fondées sur l'orientation sexuelle d'une personne ont été jugées, de manière légitime, comme attentatoires à la vie privée des intéressés²⁸.

► La reconnaissance du droit à une vie sexuelle a été appliquée au cas des transsexuels qui demandaient une modification de leur état civil.

L'intimité sexuelle s'extériorise dans l'identité sexuelle telle qu'elle est enregistrée par l'Etat à la naissance dans l'état civil. La transformation par traitements médicaux du sexe de celui ou celle qui a la conviction d'appartenir à l'autre impose-t-elle à l'Etat l'obligation positive de modifier l'Etat civil ? La Cour européenne a une position qui a évolué au gré de ses décisions.

- Dans les affaires *Rees contre Royaume-Uni* et *Cossey contre Royaume-Uni*²⁹, la Cour n'a constaté aucune violation du droit au respect de la vie privée. Les requérants, transsexuels, réclamaient le droit d'obtenir une modification des actes de l'état civil pour qu'ils attestent du nouveau sexe acquis par eux. La Cour a reconnu le droit des transsexuels à changer leur identité mais non les actes d'état civil. Il n'y a donc pas violation tant que la personne peut disposer dans sa vie quotidienne de documents ne révélant pas l'écart entre son sexe biologique de son sexe psychosocial.

- Dans l'affaire *B. contre France*³⁰, la Cour a cependant constaté une violation de l'article 8. Elle s'est montrée plus sévère à l'encontre de la France. Elle a considéré qu'en France, le requérant était placé dans une « situation globalement incompatible avec le respect dû à sa vie privée », ce qui constitue un manquement de l'Etat à l'article 8.

- Cette différence de traitements entre les transsexuels anglais et les transsexuels français était inacceptable. C'est pourquoi, la Cour européenne vient d'opérer un revirement inattendu³¹. Dans les arrêts *Christine Goodwin et I. contre Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, le juge strasbourgeois a décidé que même outre Manche, la situation difficile des transsexuels opérés qui vivent entre deux mondes

²⁸ CEDH, arrêt 27 septembre 1999, *Lusting-Pream et Beckett, Smith et Grady*.

²⁹ CEDH, arrêt 17 octobre 1986, A n° 106 ; CEDH, arrêt 27 octobre 1990, A n° 184.

³⁰ CEDH, arrêt 25 mars 1992, A. n° 232-C.

³¹ L'arrêt *Rees* avait été confirmé récemment : CEDH, arrêt 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni*.

constitue un manquement à leur vie privée³². La Cour se fonde sur la notion d'autonomie personnelle récemment découverte au cœur de l'article 8 dans l'arrêt *Pretty* du 29 avril 2002 concernant le droit de mourir³³. Les choses ayant évoluées, l'Etat britannique ne pouvait plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière, sauf pour ce qui concerne les moyens à mettre en œuvre pour assurer la reconnaissance du droit protégé. La question du transsexualisme est une illustration du caractère évolutif de la jurisprudence européenne.

► La question du droit à une vie sexuelle pose aussi celle de la compatibilité entre l'article 8 et les réglementations relatives à l'interruption volontaire de grossesse (IVG). Sur cette question, deux approches sont possibles selon l'identité du requérant : la réglementation est soit une limitation de la vie personnelle de mère ou soit une ingérence dans la vie privée et familiale du père nécessaire d'après le paragraphe 2 à la protection de la santé de la mère.

La défunte commission avait été confrontée à cette difficulté³⁴. Dans un arrêt *Boso contre Italie*³⁵, la Cour européenne adopte une position prudente. Dans cette affaire, une femme mariée avait subi une IVG conformément aux dispositions de la loi italienne en dépit de l'opposition de son mari. Ce dernier est allé jusqu'à porter l'affaire devant la Cour européenne. Il considère que la loi italienne en

³² CEDH, arrêt du 11 juillet 2002 rendu à propos du paiement de cotisations sociales à un âge différent selon que la personne est un homme (65 ans) ou une femme (60 ans). En l'espèce, l'intéressé(e) demandait l'application du régime des femmes.

³³ Dans cette affaire, une ressortissante britannique était entrain de mourir d'une maladie grave. Elle demandait le droit de mourir. La Cour considère que l'article 2 qui garantit le droit à la vie ne peut pas faire l'objet d'une interprétation négative. Il ne saurait être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé à savoir le droit de mourir. Il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à l'individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie. La Cour reconnaît aussi l'ingérence de l'Etat était nécessaire dans une société démocratique à la protection des droits d'autrui.

³⁴ Voir CEDH, *Brüggemann et Schoten contre Allemagne*, 12 juillet 1977, DR 10, p. 100 ; CEDH, *X contre Royaume-Uni*, 13 mai 1980, DR 19, p. 244 ; CEDH, *H. contre Norvège*, 19 mai 1992, DR 73, p. 155.

³⁵ CEDH, 1^{ère} section, 5 septembre 2002, décision sur la recevabilité, RTDC 2003, p. 371, obs. J.-P. MARGUENAUD.

reconnaissant un tel droit à sa femme portait atteinte aux droits que lui reconnaissait l'article 8⁵⁶.

La Cour rejette cet argument et affirme la primauté du droit à l'avortement – un droit de la femme⁵⁷ - sur le droit au respect de la vie privée et familiale du mari. « Toute interprétation du droit du père potentiel au regard de l'article 8 de la convention (...) doit avant tout tenir compte des droits de la mère, puisque c'est elle qui est essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite et son interruption ». La loi italienne avait pour objectif de sauvegarder la santé de la mère. C'est pourquoi, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale du mari se justifiait comme nécessaire à la protection des droits d'autrui. La Cour fait donc application du paragraphe 2 qui autorise une ingérence pour préserver « les droits et libertés d'autrui ».

c) La protection contre la divulgation d'informations sur sa vie privée

Dans la plupart des Etats internes, la protection de la vie privée a surtout été appliquée à propos d'informations divulguées sans le consentement de la personne concernée. La Cour européenne a été rarement sollicitée par ces questions. C'est pourquoi, il convient de signaler un arrêt récent. Dans l'affaire *Peck contre Royaume-Uni* du 28 janvier 2003, une personne avait été filmée par une caméra de vidéosurveillance lorsqu'il tentait de se suicider. La mairie diffusa deux photographies de la séquence accompagnées d'un article intitulé « Risque évité – La partenariat entre une caméra de télévision en circuit fermé et la police désamorce une situation potentiellement dangereuse ». La Cour européenne conclut à une atteinte grave au droit de M. Peck au respect de sa vie privée et cela même si quelques passants et les agents de vidéosurveillance pouvaient l'avoir vu. Il n'y avait pas de raisons pertinentes propres à justifier une telle diffusion sans le consentement de l'intéressé ou sans masquer son visage. Les apparitions volontaires ultérieures de M. Peck n'y change rien : le

⁵⁶ Il invoquait aussi le fait que la loi italienne était contraire à l'article 2 parce qu'elle autorise l'avortement et permet ainsi de priver le fœtus de sa vie. De même, la possibilité reconnue à sa femme l'empêchait de bénéficier de son droit de fonder une famille garanti par l'article 12. Ces arguments sont aussi rejetés. La loi italienne ménage une juste équilibre entre la nécessité d'assurer la protection du fœtus et les intérêts de la femme.

⁵⁷ En ce sens J.-P. MARGUENAUD, *obs. précitées*, p. 374.

requérant a été victime d'une atteinte à sa vie privée, « on ne saurait lui reprocher d'avoir tenté après coup de donner une certaine publicité à son sort subi par lui afin de mieux le dénoncer »³⁸.

Cette décision donne les critères permettant de fixer la frontière entre ce qui est public et ce que est privé. Il faut tenir compte de :

- l'objet de la surveillance (événements d'ordre privé ou public, lieux publics ou privés) ;
- les modalités de la surveillance (existence ou non d'enregistrement des données visuelles) ;
- la finalité de la surveillance (usage limité à la seule surveillance ou divulgation).

La violation sera constituée si les données même publiques seront enregistrées, mémorisées et divulguées publiquement.

L'Etat a l'obligation de protéger l'individu contre l'intrusion des médias dans sa vie privée. Ainsi dans l'affaire *Craxi contre Italie*³⁹, des conversations téléphoniques à caractère purement privé et des procès-verbaux avaient été interceptés par les médias et faits l'objet d'une publicité. La Cour constate que cette atteinte à la vie privée résulte d'un dysfonctionnement de la justice italienne : l'Etat n'avait pas respecté son obligation consistant à garantir le droit au respect de la vie privée.

Cette décision incite à une certaine vigilance de la part des Etats en ce qui concerne les informations relatives à la vie privée qui circulent à l'intérieur d'un tribunal⁴⁰.

2) L'élargissement de la protection à la vie privée sociale

Dans l'arrêt *Niemietz contre Allemagne*⁴¹, la Cour européenne étend le champ de la vie privée protégée par l'article 8. L'individu a aussi droit à une « vie privée sociale »⁴². Dans cette affaire relative à

³⁸ CEDH, arrêt *Peck contre Royaume-Uni*, précité.

³⁹ CEDH, arrêt 17 juillet 2003, n° 1.

⁴⁰ L'article 8 a été aussi appliqué dans d'autres cas : il a permis de garantir le droit au secret des données relatives à la santé (CEDH, arrêt *Z contre Finlande*, 25 février 1997) ;

⁴¹ CEDH, arrêt du 16 décembre 1992, série A, n° 251-B.

⁴² J.-P. MARGUENAUD, *La cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 60.

une perquisition au cabinet d'un avocat, la Cour « ne juge ni possible, ni nécessaire de définir de manière exhaustive la notion de « vie privée ». Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur de ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables. « Le droit au respect de la vie privée, ce n'est pas seulement le droit de rester chez soi pour exclure les autres ; c'est aussi le droit de rester chez soi pour aller vers les autres ». La cour ajoute donc une dimension sociale à la vie privée⁴³.

Dans cette conception, l'article 8 n'exclut pas les activités professionnelles ou commerciales. Du reste, c'est dans leur travail que la majorité des gens ont des occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait le confirme : dans la vie au quotidien d'une personne, il n'est pas facile de distinguer ce qui relève du monde professionnel et ce qui ne l'est pas. C'est d'autant plus vrai pour les tâches d'un membre d'une profession libérale⁴⁴.

Cette extension de l'article 8 a permis à la Cour européenne de reconnaître le droit au respect du mode de vie des minorités. Cette nouvelle extension ne manque pas de surprendre. Le mode de vie devient l'expression de la vie privée dans les arrêts Chapman et autres du 18 janvier 2001. La Cour retient que la façon de vivre de la minorité tzigane retenti sur son identité et sur la vie privée et familiale des membres de cette minorité. La Cour avait pourtant refuser de reconnaître ce principe dans l'arrêt Buckley⁴⁵ mais la Cour avait réduit l'affaire à une simple question de droit au respect du domicile et avait jugé qu'il était inutile de décider que l'affaire

⁴³ Ce caractère ne permet pas de reconnaître l'obligation pour les Etats d'assurer un accès à un plage pour des personnes handicapées. Voir CEDH, *arrêt Botta contre Italie*, 24 février 1998. Mais il convient de signaler l'existence de l'article 15 de la Charte Sociale Européenne qui reconnaît à ces personnes un droit à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie sociale.

⁴⁴ La Cour européenne confirmera cette interprétation de l'article 8 dans les affaires relatives au nom qui fait partie de l'article 8 : le nom constitue un moyen privilégié de nouer et de développer des relations avec autrui. Voir *supra*.

⁴⁵ CEDH, arrêt du 25 septembre 1996. Voir O. DE SCHUTTER, *Le droit au mode de vie tzigane devant la CEDH : droits culturels, droit des minorités, discrimination positive*, RTDH 1997, p. 47.

concerne également le droit au respect de la vie privée⁴⁶. Les faits des arrêts Chapman et autres étaient identiques : il s'agissait d'une interdiction faite aux tsiganes d'installer leur caravanes dont ils sont propriétaires dans les alentours d'une ville. Les requérants estimaient que cette interdiction portait atteinte à la spécificité de leur mode de vie que protège l'article 8. Ils revendiquent donc la possibilité d'être traités différemment des non-tsiganes c'est-à-dire le droit de s'arrêter et de séjourner là où ils le souhaitent sans que cela constitue une infraction.

La Cour élargit considérablement le champ d'application de l'article 8 et cela pour deux raisons :

- D'une part, la Cour accepte pour la première fois de protéger directement les membres d'un groupe minoritaire. Elle utilise plusieurs fois le terme de « minorité ».

- D'autre part, la Cour proclame que l'article 8, sous ses différents aspects (vie privée, vie familiale, domicile) s'applique aux questions relatives au mode de vie : « l'article 8 impose donc aux Etats contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie »⁴⁷.

Cet arrêt est d'importance sachant que les revirements de jurisprudence de la Cour sont exceptionnels. Toutefois, on sera surpris dans cette décision de lire ensuite qu'en l'espèce, il n'y a pas eu violation du droit des tsiganes. Comment la Cour a-t-elle pu passer d'une acception large des principes de protection, à une appréciation aussi étroite de la violation des droits ? La réponse se trouve dans la notion de mode de vie minoritaire. Un mode de vie minoritaire mérite d'être pris en considération en tant que tel, pour recevoir une protection particulière lorsque l'application de la réglementation générale est susceptible de lui causer un tort particulier. Or cela implique que ceux qui suivent ce mode de vie minoritaire se trouvent, au regard de la loi, dans une situation différente de ceux qui ne le suivent pas. Or tel n'est pas le cas en l'espèce. La Cour fait observer à plusieurs reprises qu'au regard de la loi, la situation des tsiganes vivant en caravane n'est pas différente de celle de « tout non-tsiganes qui souhaite vivre dans une caravane et

⁴⁶ La Cour était en contradiction avec la position de la Commission qui avait jugé l'affaire recevable sur les trois aspects : vie privée, vie familiale, respect du domicile.

⁴⁷ CEDH, *Chapman et autres*, précité, § 73 et 74.

n'apprécie pas d'habiter dans une maison »⁴⁸. Si la loi anglaise de l'aménagement du territoire « ne traite pas plus mal » les tsiganes des non-tsiganes : ils sont susceptibles d'éprouver, les uns et les autres, les mêmes inconvénients à l'application de cette loi. Elle conclut donc que « traiter différemment un tsigane qui a illégalement stationné ses caravanes dans un endroit donné, des non-tsiganes qui y ont établi un site caravanier, et toute personne qui y a fait construire une maison » soulèverait « des problèmes substantiels au regard de l'article 14 de la Convention »⁴⁹. On précisera que depuis l'arrêt *Thlimmenos contre Grèce*⁵⁰, l'article 14 permet non seulement, de lutter contre les discriminations négatives mais aussi d'instituer des discriminations positives en faveur de personnes qui sont dans des situations différentes. Or en l'espèce une condition d'application essentielle à la jurisprudence *Thlimmenos* faisait défaut : la différence des situations en cause.

Toutefois, il est acquis que l'arrêt *Chapman* met à la charge des Etats « l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie ». Le contenu de cette obligation n'est pas défini : il relève de la marge d'appréciation des Etats. On sait cependant ce qu'il ne peut pas être : les Etats ne peuvent donner à leurs obligations positives un contenu tel qu'il conduise à l'assimilation du mode de vie minoritaire. Pour les Tsiganes, il y aurait violation de l'article 8 si l'Etat subordonnait le versement d'une prestation à leur sédentarisation⁵¹.

Ces exemples d'application du droit au respect de la vie privée⁵² attestent de la conception extensive de la Cour européenne qui

⁴⁸ CEDH, *Chapman et autres*, précité, § 97.

⁴⁹ CEDH, arrêt *Chapman et autres*, précité, § 95.

⁵⁰ CEDH, arrêt du 6 avril 2000 où un Témoin de Jéhovah n'avait pas pu être nommé expert-comptable au motif qu'un tribunal militaire l'avait condamné pour crime d'insubordination or l'inscription sur une liste d'aptitude est subordonnée en Grèce à l'absence de condamnation pour crime.

⁵¹ Le fondement du respect dû au mode de vie offre de grandes potentialités. Il pourrait servir à protéger les langues minoritaires. Une charte européenne des langues régionales ou minoritaires a été adoptée par le Comité des ministres le 25 juin 1992. Elle est ouverte à la signature des Etats. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1998.

⁵² On peut citer comme autres exemples : le droit de restituer le corps d'un proche (CEDH, arrêt *Pannullo et Forte contre France*, 30 octobre 2001), le droit au respect de l'intégrité physique et morale de la personne (CEDH, *X et Y contre Pays-Bas*, 25 mars 1985 et CEDH, *Stubbing contre Royaume-Uni*, 22 octobre 1996 à propos des sévices

poursuit comme objectif de rendre effectif le droit garanti par l'article 8. Cette exigence d'effectivité se retrouve à propos du domicile et de la correspondance.

B – L'interprétation extensive de la protection du domicile et de la correspondance

La correspondance et le domicile sont intimement liés à la vie privée. Toutefois, dans un objectif d'effectivité de la protection, l'article 8 distingue très nettement ces notions. La Cour européenne a fait une lecture littérale de cette disposition en reconnaissant un régime propre au droit au respect du domicile (1) et de la correspondance (2).

1) Le renforcement de la protection du domicile

La protection du domicile est une garantie classique. L'objectif est d'éviter les ingérences arbitraires dans le lieu où se manifeste matériellement l'exercice du droit au respect de la vie privée. Là encore, la Cour entend la notion de domicile au sens large : il s'agit du domicile privé (a) – ce qui est classique – et du domicile professionnel (b).

a) La protection du domicile privé

► Tout d'abord, l'individu a droit d'avoir un domicile. Dans l'arrêt *Gillow contre Royaume-Uni*⁵³, les services du logement de Guernesey refusent d'octroyer la qualité pour résider aux époux Gillow dans une maison qu'il avait fait construire dans l'île. Il l'avait habité pendant deux ans, l'avait loué jusqu'à leur retraite. La Cour reconnaît qu'il y a violation de l'article 8. Il est certes légitime que les autorités s'efforcent de contenir la population dans des limites acceptables (pouvoir d'appréciation dans l'octroi de permis pour éviter toute démesure) et témoignent de faveur pour les personnes ayant avec l'île des liens étroits. Toutefois, elle constate que les époux Gillow avaient habité deux ans la maison, l'avaient loué en y laissant leurs meubles. A leur retour, ils n'avaient aucun autre domicile au Royaume-Uni. L'application de la législation avait donc violé l'article

sexuels), le droit à la santé (CEDH, *Mc Ginley et Egan contre Royaume-Uni*, 9 juin 1998 à propos de l'exposition des soldats britanniques à des radiations nucléaires)...

⁵³ CEDH, arrêt 24 novembre 1986, série A n° 109.

8 (à l'unanimité). En somme, les ingérences autorisées par le paragraphe 2 de l'article 8 ne doivent pas être disproportionnées par rapport au but poursuivi. On remarque aussi que la volonté des époux Gillow d'élire domicile dans l'île a été pour beaucoup déterminante. La Cour reconnaît ainsi que l'individu doit pouvoir choisir librement le lieu d'établissement de son domicile.

► L'individu a aussi droit à ce que son domicile soit protégé par le principe de l'inviolabilité. C'est la question des perquisitions des autorités de police⁵⁴ ou douanières. On peut citer à ce propos les arrêts Funke, crémieux⁵⁵, Miailhe⁵⁶ contre France où ils étaient question de visites domiciliaires opérées par des agents des douanes. La Cour recherche si les ingérences litigieuses remplissaient les conditions du paragraphe 2 de l'article 8. Elle reconnaît que les ingérences visaient à assurer le « bien-être économique du pays ». Les états membres rencontrent de sérieuses difficultés pour lutter contre l'évasion des capitaux et la fuite devant l'impôt surtout en raison de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers notamment internationaux. Les Etats peuvent donc recourir à certaines mesures comme les visites domiciliaires et les saisies. Toutefois, il est nécessaire que leur législation offre des garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Or en France, l'administration des douanes disposait de larges pouvoirs et décidait de l'opportunité, du nombre, de la durée des opérations de contrôle. La législation française n'offrait pas les garanties suffisantes au regard de l'article 8.

► La Cour a, dans le même temps, reconnu le droit de protéger l'environnement du domicile choisi par l'individu. La Convention ne reconnaît pas expressément le droit à un environnement sain et calme mais lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du

⁵⁴ Voir à ce propos CEDH, arrêt *Chappel contre Royaume-Uni*, 30 mars 1989, A n° 152. Dans cette affaire, une ordonnance judiciaire en faveur d'une société pour la protection du *copyright* avait autorisé une perquisition de la police au domicile du requérant. La Cour européenne n'a pas constaté l'existence d'une violation de l'article 8. En effet, la portée de l'ordonnance était très limitée. Les vices de procédures (perquisition simultanée dans le domicile et dans l'établissement commercial du requérant ; manière dont les policiers sont entrés dans le domicile : d'ailleurs la Cour qualifie l'ordonnance de désagréable et de déplorable) ne sont pas disproportionnés par rapport au but légitime poursuivi.

⁵⁵ CEDH, arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A, B et C.

⁵⁶ CEDH, arrêt du 29 novembre 1993, série A n° 277-C.

bruit ou d'autres formes de pollution, cette question peut se poser sous l'angle de cet article.

Ainsi elle a fait application de l'article 8 à propos de nuisances provoquées par une station d'épuration proche d'une habitation. Dans l'arrêt *Lopez Ostra contre Espagne*⁵⁷, une citoyenne espagnole habitait à côté d'une station d'épuration d'eaux et de déchets provenant des tanneries de Lorca. Malgré l'arrêt partiel des activités de la station, la requérante constate la persistance des troubles de santé, ainsi que la dégradation de l'environnement et de sa qualité de vie. Devant la Cour, elle invoque une ingérence illégitime dans son domicile et les atteintes à son intégrité physique et morale. La Cour conclut à la violation de l'article 8 : l'Etat défendeur, malgré la marge d'appréciation qui lui est reconnue, n'a pas su ménager un juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique de la ville de Lorca (disposer d'une station d'épuration) et la jouissance effective par la requérante du droit au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale⁵⁸.

Ainsi, l'article 8 peut inclure un droit d'être protégé contre des atteintes graves à l'environnement car celles-ci pouvaient « affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale sans pour autant mettre en grave danger la santé de l'intéressée »⁵⁹.

Cette question du respect de l'environnement du domicile de l'individu a reçu une application particulière à propos de nuisance du fait de vols aériens de nuit. Dans l'arrêt *Hatton et autres contre Royaume-Uni*⁶⁰, bien que l'article 8 soit applicable, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de cette disposition : les autorités étatiques

⁵⁷ CEDH, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 303-C. En ce sens CEDH, *arrêt Guerra contre Italie*, 19 février 1998.

⁵⁸ La cour refuse cependant de reconnaître que les conditions dans lesquelles la famille Lopez Ostra vécut pendant quelques années constituent un traitement dégradant au sens de l'article 3.

⁵⁹ CEDH, *Lopez Ostra contre Espagne*, précité, § 51.

⁶⁰ CEDH, 2 octobre 2001 où la Cour considère qu'il n'y avait pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale. Elle envisage la question sous l'angle des obligations positives qui incombent aux Etats : ils doivent assurer le respect de ce droit garanti par la Convention ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre qui a statué le 8 juillet 2003. Voir aussi CEDH, *Powell et Rayner contre Royaume-Uni*, 21 février 1990 pour des nuisances sonores générées par les vols d'avions pendant la journée.

« n'ont pas dépassé leur marge d'appréciation dans la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, le droit des personnes touchées par la réglementation litigieuse à voir respecter leur vie privée et leur domicile et d'autre part, les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble »⁶¹.

Dans toutes ces affaires, le droit à un environnement sain découle de l'article 8 et de la protection du domicile et de la vie privée. Dans l'arrêt *Hatton*, la Cour se refuse de reconnaître « des droits environnementaux de l'homme » qui aurait un statut spécial⁶². L'article 8 demeure le fondement d'une telle protection.

b) L'extension de la protection au domicile professionnel

Dans l'arrêt *Niemietz* contre Allemagne vu précédemment, la Cour apporte une précision supplémentaire qui est d'importance. Dans cette affaire se posait la question de savoir si la notion de domicile au sens de l'article 8 de la Convention se limite au domicile privé ou si elle englobe celle de domicile professionnel. Le gouvernement contestait l'existence d'une ingérence en soutenant que l'article 8 distingue nettement le domicile des locaux professionnels. Le Cour rejette cette prétention. Le terme « home » figurant dans le texte anglais de l'article 8 est générale. D'ailleurs certains états dont l'Allemagne l'étendent aux locaux professionnels.

Une telle interprétation :

- évite les difficultés de délimitation entre ce qui est professionnel et ce qui est strictement privé. En effet, on peut mener chez soi des activités liées à une profession et inversement, il est tout à fait possible de mener des activités purement privées dans son bureau ou son local commercial. Une interprétation stricte du terme « home » ou « domicile » pourrait être à l'origine d'inégalités de traitement entre les individus.

- cadre pleinement avec l'objet et le but de l'article 8 : prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. L'Etat conserve sa liberté puisque le paragraphe 8 reconnaît un droit d'ingérence pour des motifs légitimes. En l'espèce, l'ingérence était disproportionnée par rapport à l'atteinte car la perquisition ne

⁶¹ CEDH, arrêt *Hatton et autres contre Royaume-Uni*, précité, § 129.

⁶² CEDH, arrêt *Hatton et autres contre Royaume-Uni*, précité, § 122.

comportait aucune limite. Pour un avocat, une telle intrusion peut se répercuter sur la bonne administration de la justice et partant sur les droits garantis par l'article 6.

Cet arrêt Niemetz est important sur un autre point : elle reconnaît qu'une personne morale peut aussi avoir un domicile alors que l'on pouvait douter de l'applicabilité de l'article 8 aux personnes morales. Cette extension a été confirmée récemment : le siège social, les bureaux ou les locaux professionnels entrent dans la notion de domicile au sens de l'article 8. Dès lors ils bénéficient de la protection⁶³.

La Cour a considérablement étendu la notion de domicile mais cette tendance n'est pas sans limite. En effet, la Grande Chambre de la Cour a précisé que ce serait allé trop loin que d'étendre cette notion de manière à y inclure un bien-fonds sur lequel on envisage d'édifier une maison à des fins d'habitation⁶⁴. Ce terme ne peut pas non plus s'interpréter comme couvrant une région où l'on a grandi et où la famille a ses racines mais où l'on ne vit plus.

2) La conception extensive du droit au respect de la correspondance

La correspondance est un élément essentiel de l'intimité de la personne. C'est pourquoi, l'article 8 fait expressément référence à cette notion. Il semble que vie privée et respect de la correspondance soient deux notions liées. Toutefois, là encore, la Cour européenne a adopté une interprétation large. Depuis un arrêt *A. contre France*⁶⁵, ce droit a été érigé en droit indépendant qui peut être violé même s'il n'y a pas en même temps atteinte à la vie privée. Elle respecte donc la lettre de l'article 8 qui distingue très nettement la vie privée et la correspondance. Le simple fait d'ouvrir une correspondance qui ne contient aucun fait relatif à la vie privée peut suffire à caractériser une violation de cette disposition.

⁶³ CEDH, arrêt *Société Colas Est et autres contre France*, 16 avril 2002.

⁶⁴ CEDH, arrêt *Loizidou contre Turquie*, 18 décembre 1996. Voir G. COHEN-JONATHAN, *L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme. Quelques observations*, RGDIP 1998, p. 123 et s.

⁶⁵ CEDH, arrêt du 23 novembre 1993.

Par plusieurs décisions, la Cour a précisé la consistance du droit au respect de la correspondance. Il comprend la correspondance écrite (a) et téléphonique (b).

a) La protection de la correspondance écrite

Il ne fait aucun doute que la correspondance écrite fait partie du domaine de l'article 8.

D'ailleurs le support de cette correspondance devrait être indifférent. Il ne serait pas surprenant que la Cour étende la protection de l'article 8 au courrier électronique. D'ailleurs le terme « correspondance » est employé de manière générale quel que soit le support utilisé. Le contenu est l'élément déterminant. Ainsi la Cour pourrait très bien découvrir une obligation positive à la charge des Etats pour qu'il assure la protection des mails privés envoyés ou reçus par un salarié.

La protection de la correspondance écrite s'est surtout posée à propos des personnes privées de liberté. On peut s'attendre à ce que les détenus subissent des restrictions particulières. Dans l'arrêt *Goldier*⁶⁶, la Cour a considéré que « les exigences normales et raisonnables de la détention (...), peuvent justifier des ingérences plus grandes à l'égard d'un tel détenu que d'une personne en liberté ». Le détenu n'est pas privé de la jouissance de ses droits de l'article 8 mais des restrictions peuvent être apportées à leur exercice et pour des motifs légitimes énumérés au paragraphe 2.

Toutefois, dans l'arrêt *Silver et autres contre Royaume-Uni*⁶⁷, la Cour subordonne ces ingérences à des conditions :

- Ces ingérences doivent être prévues par la loi. Le terme loi est prise dans le même sens qu'en matière d'écoutes téléphoniques : elle doit être accessible et prévisible.

- Ces ingérences doivent être nécessaires dans une société démocratique pour atteindre les objectifs légitimes définis par l'article 8 § 2. Dans l'arrêt *Campbell contre Royaume-Uni*⁶⁸, cette seconde a fait l'objet d'une interprétation particulière afin de protéger les

⁶⁶ CEDH, arrêt du 21 février 1975, A n° 18, § 45.

⁶⁷ CEDH, arrêt du 25 mars 1983, série A, n° 61 où la cour condamne les ingérences des autorités publiques dans la correspondance des détenus.

⁶⁸ CEDH, arrêt du 25 mars 1992, série A, n° 233.

détenus. La correspondance échangée entre le détenu et son avocat ou entre le détenu et les organes de Strasbourg jouit d'un statut privilégié : les autorités pénitentiaires ne peuvent les ouvrir que dans des cas exceptionnels à savoir :

- s'il y a des raisons plausibles de croire à l'utilisation illicite ou abusive du droit de correspondre.

- s'il y a lieu de croire qu'il est possible de découvrir un élément illicite non révélé par les moyens normaux de détection.

Comme on ne peut imaginer une telle possibilité entre un détenu et la Cour, les lettres adressées par elle ne peuvent jamais être ouvertes.

b) La protection de la correspondance téléphonique

La correspondance téléphonique fait sans conteste partie du domaine de l'article 8 : l'interception ou l'enregistrement des conversations téléphoniques constitue une ingérence indiscutable dans la vie privée de l'individu même si le texte de la Convention n'y fait pas référence⁶⁹. Toutefois, dans le même temps, les écoutes téléphoniques sont un moyen efficace de lutter contre la criminalité et le terrorisme. C'est pourquoi, l'article 8 § 2 s'appliquera fréquemment en raison du caractère nécessaire des écoutes téléphoniques dans une société démocratique, « à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre ou à la prévention des infractions pénales ». Un équilibre délicat est à établir entre l'intérêt des individus et l'intérêt de la société.

La cour européenne est venue préciser que les écoutes téléphoniques sont possibles à la double condition :

- qu'elles sont nécessaires dans une société démocratique à la poursuite d'un des buts légitimes visés au paragraphe 2 de l'article 8.

- qu'elles soient prévues par la loi. Le terme loi est pris dans un sens général : il peut s'agir d'une loi au sens formel du terme mais aussi d'un texte de nature réglementaire ou jurisprudentielle. Il faut entendre par là le « droit en vigueur dans un système juridique donné ». Il est exigé que le texte soit accessible et énoncé

⁶⁹ CEDH, arrêt *Klass contre RFA*, 6 septembre 1978, série A n° 28.

suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite⁷⁰.

La France a été condamnée par la Cour européenne en raison de ce manque de prévisibilité de sa législation. Dans les arrêts Huvig⁷¹ et Kruslin⁷² contre France⁷³, l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit de l'intéressé au respect de sa correspondance et de sa vie privée a été constatée car le système français n'offre pas assez de garanties. La cour européenne conseille qu'il y ait un organe juridictionnel qui supervise ces interceptions téléphoniques⁷⁴.

Le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance illustre la jurisprudence « constructive » de la Cour européenne. Cette évolution a pour principal souci d'assurer l'effectivité des droits garantis par l'article 8. Cette approche du juge européen se retrouve à propos du deuxième aspect de l'article 8 qui prend en considération l'individu en tant que membre d'un groupe familial.

II – La protection de la personne en tant que membre d'un groupe familial

Le droit au respect de la vie familiale est souvent invoqué devant la Cour européenne. Il n'en a pas été toujours ainsi. L'émergence de

⁷⁰ Voir CEDH, *arrêt Malone contre Royaume-Uni*, 2 août 1984, A n° 82 où il a été jugé que « le droit anglais et gallois relatif à l'interception de communications pour les besoins de la police est aujourd'hui (...), assez obscur et sujet à des analyses divergentes... et n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré ».

⁷¹ Dans cette affaire, les requérants étaient des commerçants accusés de fraudes fiscales et d'irrégularités dans la tenue des livres comptables. Au cours de l'instruction, leur téléphone fut mis sur écoute.

⁷² Monsieur Kruslin était un hôte de M. Terrieux dont le téléphone avait été mis sous contrôle par la police au cours d'une instruction concernant le meurtre d'un banquier. Il avait eu une conservation téléphonique d'où il résultait son implication dans un meurtre pour vol.

⁷³ CEDH, arrêt 24 avril 1990, A n° 176-A et 176-B. Ces arrêts sont à l'origine de la loi française du 10 juillet 1991 sur le secret des correspondances émises par voie des télécommunications.

⁷⁴ Ces principes ont été rappelés récemment dans une affaire mettant en cause la législation espagnole. Voir CEDH, *arrêt Prado Bugallo contre Espagne*, 28 janvier 2003 où elle constate une violation de l'article 8. Ces solutions valent aussi pour l'interception des messages émis par un bipeur ou des téléphones portables. Voir CEDH, *arrêt Taylor Sabori contre Royaume-Uni*, 22 octobre 2002 à propos d'un bipeur.

ce droit est l'œuvre du célèbre arrêt Marckx du 13 juin 1979. Dans cette affaire belge, une journaliste avait dû reconnaître, puis adopter son enfant naturel pour lui conférer sur le plan successoral le même statut qu'un enfant légitime. Cependant compte tenue du droit alors en vigueur, elle s'était rendue compte que, même en procédant ainsi, l'enfant était privé de toute vocation successorale à l'égard de sa tante et de ses grands-parents. Saisie par la journaliste, la Cour a affirmé de manière claire et précise que la vie familiale doit être protégée contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Elle est même allée plus loin dans son raisonnement puisque « à cet engagement plutôt négatif, peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale »⁷⁵. L'Etat a donc l'obligation de prendre les mesures pour garantir à tout individu une vie de famille effective.

Ce droit a trouvé à s'appliquer dans le droit de la famille proprement dit (A) mais aussi, de manière inattendue, dans le droit des étrangers (B). Ces applications ont souvent contraint à une évolution des droits internes.

A – Les applications attendues dans le droit de la famille

Le concept de « vie familiale » commande l'applicabilité du droit garanti par l'article 8 de la Convention. Toutefois cette disposition y fait référence sans aucune précision. La question essentielle à résoudre est donc de déterminer la famille visée par la Convention (1). Il conviendra ensuite de préciser la consistance de ce droit (2). Là encore, la Cour européenne a fait preuve d'une grande largesse en adoptant une interprétation extensive du droit au respect de la vie familiale.

1) La définition extensive de la « vie familiale »

Comme l'énonce la Cour européenne dans arrêt Marckx, « en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille »⁷⁶. Il faut donc qu'elle existe avant même de saisir la Cour. C'est pourquoi, dans l'arrêt Fretté contre France, le refus de reconnaître l'adoption à un homosexuel

⁷⁵ CEDH, *arrêt Marckx*, précité.

⁷⁶ CEDH, *arrêt précité*, § 31.

pouvait être justifié car l'article 8 ne protège pas le simple désir de fonder une famille⁷⁷.

► La Convention ne définit nullement ce qu'est « la famille ». D'ailleurs la Cour européenne utilise de manière indéterminée, les termes « famille », « cellule familiale », « liens familiaux », « relations familiales ». Le juge européen a profité de l'imprécision du concept de « vie familiale » pour en adopter une conception large. Elle procède ainsi à l'élargissement de l'applicabilité de la norme conventionnelle.

Il ne fait aucun doute que la famille légitime, celle qui est issue du mariage, entre dans le champ d'application de l'article 8. D'ailleurs l'article 12 consacre le droit de se marier. En 1985, la Cour a affirmé très clairement que le concept de « vie familiale » englobait la relation née du mariage dès lors que celui-ci est « légal et non fictif »⁷⁸. Cependant, la « vie familiale » ne se limite pas au mariage. En effet, établir une différence entre la famille légitime et la famille naturelle contredirait l'article 14 qui pose le principe de non discrimination. Dès l'arrêt *Marckx*, la Cour a reconnu ce principe. Dans l'arrêt *Elsholz* du 13 juillet 2000, rendu en Grande chambre, elle a rappelé que « la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage »⁷⁹.

► Par conséquent, la « vie familiale » au sens de la Convention, désigne une relation effectivement vécue⁸⁰. Elle s'attache non pas à

⁷⁷ CEDH, arrêt du 26 décembre 2002 qui reconnaît que la question de l'adoption par un homosexuel relève de la marge d'appréciation des Etats et que l'intérêt de l'enfant est une limite à une telle adoption.

⁷⁸ CEDH, arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, 28 mai 1985, A 94, GA, n° 24, § 62.

⁷⁹ CEDH, arrêt du 13 juillet 2000, § 43.

⁸⁰ C'est pour cette raison que la Cour a fait prévaloir les droits du père adoptif sur ceux du père biologique. L'arrêt *X, Y et Z contre Royaume-Uni* consacre le triomphe du principe d'effectivité. Saisie pour la première fois de la question de l'octroi de droits parentaux aux transsexuels, la Cour européenne n'hésite pas, en l'absence d'un lien de parenté biologique pour l'un des parents, à qualifier de « liens familiaux *de facto* » les liens unissant un transsexuel né de sexe féminin, sa compagne, et l'enfant de cette dernière né par insémination par tiers donneur. L'effectivité sans lien de parenté, tel est aujourd'hui le point ultime de l'avancée jurisprudentielle européenne. Voir CEDH, arrêt *Söderbäck contre Suède*, 28 octobre 1998 où le père adoptif s'était occupé de l'enfant depuis l'âge de huit mois.

des catégories juridiques mais à un tissu affectif existant. Quelle que soit l'étendue des liens, la « vie familiale » en résultant, doit être préexistante et effective et doit être caractérisée par des relations réelles et suffisamment étroites entre ses membres⁸¹. Selon la Cour, la cohabitation entre les personnes concernées est un élément de fait important car elle est révélatrice de l'existence d'une vie familiale. Toutefois, d'autres facteurs peuvent permettre de démontrer son existence et sa constance.

- La vie familiale entre un parent et son enfant ne cesse pas d'exister à cause d'un divorce. La dépendance financière, notamment dans le cas d'un enfant mineur, ou l'exercice régulier d'un droit de visite peut suffire à caractériser la réalité de la « vie familiale ».

- Les relations continues entre un père et ses enfants illégitimes peuvent aussi suffire à caractériser l'existence d'une relation familiale effective.

En somme, l'article 8 joue au profit de liens de fait entre un homme et une femme entretenant une relation stable, qu'il s'agisse d'un concubinage hétérosexuel ou d'une relation extra-conjugale⁸². En revanche, le juge européen refuse pour l'instant de qualifier de « vie familiale » une relation homosexuelle durable⁸³. En effet, cette relation relève de la vie privée. C'est cette raison qui explique certainement le refus de la Cour de leur reconnaître le droit d'adopter un enfant⁸⁴.

Cet article joue aussi au profit des liens entre l'enfant issu de cette relation de fait et chacun de ses parents. Selon les termes de la Cour dans l'arrêt Keegan, « un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci »⁸⁵. Le juge européen analyse donc

⁸¹ C'est ainsi que même les détenus ont un droit au respect de leur vie familiale et donc un droit de visite. Voir CEDH, *arrêt Messina contre Italie*, 28 septembre 2000.

⁸² CEDH, *arrêt Johnson*, 18 décembre 1986, série A n° 112, GA n° 27, § 57 ; CEDH, *arrêt Kroon*, 27 octobre 1994, série A, 297-C.

⁸³ Commission, *Röösli contre Allemagne*, 15 mai 1996, D et R 85-B, p. 149 où un partenaire homosexuel ne peut se prévaloir de l'article 8 pour obtenir, au décès de son compagnon, le transfert à son profit du bail d'habitation.

⁸⁴ CEDH, *arrêt Fretté contre France*, 26 février 2002.

⁸⁵ CEDH, arrêt du 26 mai 1994, A 290, § 44. En ce sens, CEDH, *arrêt Kroon*, précité, § 30 ; CEDH *arrêt Berrehab*, 21 juin 1988, A 138 où les parents étaient divorcés lors de la naissance de l'enfant.

comme relevant de l'article 8 le lien entre un enfant et chacun de ses parents, que ce soit dans le cadre d'une famille naturelle, biparentale ou monoparentale ou d'une relation adultérine... En définitive, la jurisprudence européenne s'est orientée vers une conception très libérale : elle comprend la famille légitime, adoptive, naturelle simple, naturelle adultérine, naturelle éphémère, naturelle intermittente mais prolifique...

De plus, l'arrêt Marckx a indiqué que la vie familiale protégée par l'article 8 comprenait également les relations entre l'enfant et ses grands-parents, ses oncles, ses tantes. L'essentiel est que ces parents proches aient joués un rôle considérable dans la vie affective du mineur.

Toutefois, pour réaliser cette avancée, le juge européen se montre sensible aux apparences. Il relève souvent que la personne concernée assumait aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin ou féminin, se comportait à tous égards comme le père ou la mère de l'enfant. Ce recours implicite à la théorie des apparences, dont la cour a fait usage sur le terrain du procès équitable et de l'égalité des armes, est certainement troublant : à l'instar de la justice, le juge européen énonce l'exigence d'une « vie familiale » « qui donne à se voir »⁸⁶. Elle fait aussi penser à la possession d'état qui peut justifier dans certains états à l'établissement de la filiation.

► La Cour européenne a défini les situations qui peuvent être constitutives d'une « vie familiale » au sens de l'article 8. Elle a aussi précisé les éléments qui composent la vie familiale. De manière étonnante, la Cour a énoncé, toujours dans l'arrêt Marckx⁸⁷, que le domaine des successions et des libéralités entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale qui ne comprend pas uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel mais englobe aussi des intérêts matériels. C'est le cas des obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire dans l'ordre juridique interne de la majorité des états membres.

La Cour précise cependant que l'article 8 n'exige pas pour autant qu'un enfant ait droit absolument à une certaine part de la succession de ses auteurs ou d'un proche parent : en matière patrimoniale, le choix est laissé aux Etats de déterminer les moyens

⁸⁶ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁷ CEDH, *précité*.

destinés à permettre de mener une vie familiale normale. La vocation successorale n'est pas un élément indispensable à la poursuite de celle-ci. Dès lors que l'Etat reconnaît une telle vocation aux enfants, il doit respecter le principe d'égalité. Toujours dans l'arrêt Marckx, la Cour a estimé que la distinction entre enfant naturel et enfant légitime heurtait les articles 14 et 8 combinés⁸⁸.

Ces principes, rappelés par l'arrêt Vermeire contre Belgique du 29 novembre 1991, semblait être bien établis. Toutefois, la solution de l'arrêt Marckx a été remise en question par le célèbre arrêt Mazurek contre France⁸⁹, qu'en France tous les juristes et même non-juristes connaissent désormais. Dans cette affaire, un enfant adultérin dont la vocation successorale était réduite par l'article 760 du Code civil français, s'en était remis à la Cour pour faire constater la discrimination qu'il subissait en raison de sa naissance. Logiquement, on devait s'attendre à une condamnation sur le fondement de l'article 8 combiné avec l'article 14. La décision attendue de la Cour a surpris tous les intéressés. Cet arrêt a déplacé la question vers l'article 1 du protocole n° 1 qui garantit le droit au respect des biens sous prétexte que la succession était déjà ouverte lors de l'introduction de la requête. Devait-on en conclure que la vocation successorale et le droit de recevoir à titre gratuit avant le décès du gratifiant ne font plus partie du domaine du droit au respect de la vie familiale ?

Rien n'est moins sûr puisque quelque mois plus tard, dans l'arrêt Claus Simon contre Allemagne⁹⁰, dans une affaire où on était au cœur de la question du droit de recevoir à titre gratuit du vivant d'un proche, la Cour est revenue vers le principe posé dans l'arrêt Marckx : « La vie familiale ne comprend pas que uniquement des relations de caractère social, moral ou culturel, elle englobe aussi des intérêts matériels notamment des obligations alimentaires et la place attribuée à la réserve héréditaire ». En somme, la famille n'est pas que de l'affectif, c'est aussi des relations patrimoniales.

⁸⁸ Dans cette affaire, la petite Alexandra Marckx avait été victime d'une violation de ces dispositions non seulement en raison des restrictions à sa capacité de recevoir des biens de sa mère qu'en raison de son absence complète de vocation successorale à l'égard de ses proches parents du côté maternel.

⁸⁹ CEDH, arrêt du 1^{er} février 2000.

⁹⁰ CEDH, arrêt du 6 avril 2000 où un père naturel avait sur le fondement de l'article 1934 du B.G.B. été condamné à verser à sa fille 43000 DM au titre du versement anticipé de créance successorale.

2) La redéfinition des obligations étatiques

Parallèlement à une définition extensive du concept de « vie familiale », la Cour européenne a opéré une redéfinition des obligations des états pour que la protection de la vie familiale de l'individu soit effective. Elle a utilisé son pouvoir de contrôle pour étendre le contenu du droit au respect de la vie familiale. La protection se réalise au moyen d'obligations positives (a) et d'obligations négatives à la charge des états (b).

a) La découverte d'obligations positives

Dès l'arrêt Marckx, la Cour a mis à la charge des états l'obligation générale d'agir « de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale »⁹¹. Elle étend donc considérablement les obligations que l'Etat tient de l'article 8 : la responsabilité de l'Etat peut être engagée non seulement du fait de son ingérence « active » dans la vie familiale mais aussi par le jeu de la théorie des obligations positives c'est-à-dire en raison de son ingérence « passive » : la non-adoption de mesures positives pour que l'exercice du droit devienne effectif.

Le juge européen a ainsi reconstruit le droit garanti par l'article 8 autour de la notion d'obligation positive dont il a systématisé l'usage⁹².

Depuis l'arrêt Marckx, la Cour européenne a découvert des obligations positives dans trois grands domaines.

- En matière d'établissement de la filiation, l'article 8 fait peser sur l'Etat l'obligation d' « accorder une protection juridique rendant possible dès sa naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »⁹³. Cette obligation se retrouve surtout à propos de la filiation naturelle.

⁹¹ CEDH, *arrêt précité*, § 31 et aussi CEDH, *arrêt Johnson*, *précité*, § 72.

⁹² Voir CEDH, *arrêt Ignaccolo-Zenide contre Roumanie*, 25 janvier 2000, JCP 2001. I. 291, n° 32 relatif à une question d'enlèvement d'enfant et voir récemment CEDH, *arrêt Iglesias Gil et A.U.I. contre Espagne*, 29 avril 2003 où elle conclut que « les autorités espagnoles ont omis de déployer des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante au retour de son enfant et le droit de ce dernier de rejoindre sa mère ». En ce sens V. COUSSIRAT-COUSTERE, *Famille et Convention européenne des droits de l'homme*, in Mélanges Rysdøl, Carl Heymanns Verlag K.G., 2000, p. 283.

⁹³ CEDH, *arrêt Marckx*, *précité*.

Ainsi la filiation maternelle doit pouvoir être établie en application de la maxime *mater semper certa est* c'est-à-dire la naissance doit suffire à établir le lien juridique de filiation entre la mère et l'enfant (arrêt Markcx). De même, s'agissant de la paternité naturelle, une législation n'autorisant un père à créer un lien légal avec un enfant que s'il en épouse la mère est contraire à l'article 8 de la Convention⁹⁴. L'Etat doit permettre au père naturel de combattre la présomption légale de paternité : la réalité biologique doit prévaloir sur une présomption légale de pure forme.

- En matière de séparation des parents et des enfants, le droit au respect de la vie familiale fait peser sur l'Etat l'obligation positive de prendre les mesures propres à réunir un enfant et un parent⁹⁵. Ainsi, en cas de divorce, l'Etat doit assurer le retour de l'enfant vers le parent à qui a été reconnu un droit de visite et d'hébergement⁹⁶.

Cette obligation se retrouve en matière d'organisation d'un droit de visite lorsque l'intérêt de l'enfant a justifié une mesure de séparation ou de placement dans un établissement d'assistance éducative, un foyer d'accueil ou une famille de substitution. L'Etat a l'obligation de prévoir dans ces hypothèses des mesures propres à réunir le ou les parents à leur enfant. De nombreux arrêts constatent ainsi des violations de l'article 8 en raison du fait que le droit de visite des parents d'enfants confiés à d'autres par les autorités publiques n'était pas effectif.

La Cour a aussi reconnu qu'un droit de visite en faveur des pères naturels devait être organisé⁹⁷.

- Sur un plan procédural, la Cour a encadré cette obligation positive pesant sur les Etats. Bien que l'article 8 ne contienne aucune condition explicite de procédure, la Cour européenne a découvert des obligations procédurales en matière d'autorité parentale et d'assistance éducative. Elle a précisé que l'Etat a l'obligation :

- d'associer les parents au processus de décision de placement de l'enfant⁹⁸ : ce processus décisionnel débouchant sur une décision

⁹⁴ CEDH, arrêt *Kroon*, précité.

⁹⁵ CEDH, arrêt *Eriksson*, 22 juin 1989 et arrêt *Andersson*, 25 février 1992.

⁹⁶ CEDH, *Ignucolo-Zenide contre Roumanie*, 25 janvier 2000 relatif à une question d'enlèvement d'enfant.

⁹⁷ CEDH, arrêt *Sahin et Sommerfeld*, 11 novembre 2001.

⁹⁸ CEDH, arrêt *Michael*, 24 février 1994.

litigieuse doit être équitable et ménager aux parents un rôle respectant leurs intérêts. En conséquence, le caractère inéquitable d'une telle procédure, déjà sanctionnée sur le terrain de l'article 6, peut entraîner une violation de l'article 8. Or la garantie procédurale de cet article est plus large que celle de l'article 6 – bien que cet article ait fait lui aussi l'objet d'une interprétation large - car elle couvre toutes les procédures qu'elles soient administratives ou judiciaires⁹⁹.

- de fournir aux parents des « explications exhaustives et pertinentes »¹⁰⁰ : les éléments du dossier doivent être mis à la disposition du parent concerné même s'il n'en fait pas la demande. En d'autres termes, l'article 8 garantit un droit d'accès direct du parent au dossier dans une procédure d'assistance éducative sans passer par l'intermédiaire d'un avocat¹⁰¹.

- de surveiller les personnes et les institutions à qui ont été confiés les enfants.

Toutes ces obligations procédurales doivent avoir pour objectif de rendre effectives les décisions tendant à favoriser les rencontres entre parents et enfants. Cependant, lorsque les mesures doivent être prises d'urgence pour protéger un enfant, il peut ne pas toujours être possible, compte tenu de l'urgence, d'associer au processus décisionnel les personnes qui ont la garde de l'enfant. Semblable concertation peut même ne pas être souhaitable si les personnes en question sont perçues comme représentant une menace immédiate pour l'enfant¹⁰².

b) Le renforcement de l'obligation négative de non-ingérence

Négativement, l'Etat doit se garder de toute ingérence de nature à rompre ou à distendre les liens inhérents à l'existence d'une vie familiale relevant de l'article 8. Certes, cette obligation de non-ingérence n'interdit pas de prononcer des mesures de séparation ou de placement de l'enfant. Toutefois, ces exceptions doivent reposer sur le paragraphe 2 de l'article 8. Ces décisions doivent être

⁹⁹ CEDH, *arrêt Buscemi contre Italie*, 16 septembre 1999 sur les modalités des expertises d'office.

¹⁰⁰ CEDH, *arrêt Scozzani et Giunta*, 13 juillet 2000

¹⁰¹ CEDH, *arrêt T.P. et K.M. contre Royaume-Uni*, 10 mai 2001.

¹⁰² En ce sens CEDH, *arrêt Venema contre Pays-bas*, 17 décembre 2002 où la Cour refuse de reconnaître qu'il y avait eu urgence et conclut à la violation de l'article 8.

nécessaires dans une société démocratique pour la protection de la santé, de la morale des droits et libertés d'autrui ; elles sont subordonnées au principe de proportionnalité. Combinés avec l'intérêt supérieur de l'enfant, ces principes donnent à des décisions assez hétérogènes et surtout factuelles¹⁰³.

Cette évolution particulière atteste de la volonté de protéger efficacement la vie familiale des individus. Le but essentiel est d'assurer un maintien du lien familial et une certaine égalité dans la protection de ce droit. Ce dernier objectif a été atteint grâce à une combinaison entre l'article 8 et l'article 14 relatif au principe de non-discrimination. Cette jurisprudence de la Cour a été à l'origine de nombreuses évolutions législatives dans les Etats contractants (en France par exemple). Parallèlement à cette évolution, la Cour va appliquer le droit au respect de la vie familiale aux étrangers.

B - Les applications inattendues dans le droit des étrangers

Le droit au respect de la vie familiale est devenue un argument souvent invoqué par les étrangers faisant l'objet d'expulsion ou se voyant refuser une demande de regroupement familial. Cette question est d'une actualité brûlante dans les pays européens industrialisés confrontés à des vagues d'immigration massive venant des pays de l'Est, d'orient ou d'Afrique. De nombreuses affaires turques ont donné lieu à des arrêts de la Cour européenne. La protection des étrangers s'est développée au sein de la CEDH grâce au dynamisme de la jurisprudence de la Cour.

Toutefois, sur cette question, l'objectif est moins de protéger la vie familiale mais plutôt de maintenir le lien familial des étrangers¹⁰⁴. C'est pourquoi, dans ses arrêts, la Cour parle de « lien constitutif d'une vie familiale ». Cette expression explique la largesse et la générosité de la jurisprudence européenne.

Le droit des étrangers est une question délicate car la Cour européenne est directement confrontée à la souveraineté des Etats. En effet, la réglementation de l'entrée et le séjour des étrangers sur le

¹⁰³ Voir la jurisprudence européenne en matière de placement des enfants adoptables (CEDH, arrêt *Keegan*, précité ; CEDH, arrêt *Johansen*, 7 août 1996 ; CEDH, arrêt *Söderbach*, 28 octobre 1998).

¹⁰⁴ Voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le maintien du lien familial des étrangers*, in « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », précité, p. 213.

territoire d'un Etat est un privilège étatique. La Cour est amenée à juger des mesures de police ou des décisions administratives qui ne sont que l'expression de la souveraineté de l'Etat sur son territoire. En d'autres termes, la Cour est obligée d'arbitrer l'opposition entre un individu étranger en situation d'infériorité et un état en totale supériorité juridique. Ce rôle d'arbitre l'a conduit à exploiter le paragraphe 2 de l'article 8 qui prévoit un certain nombre de justifications à l'ingérence de l'Etat dans le droit au respect de la vie privée et familiale¹⁰⁵.

Cette opération délicate explique une jurisprudence foisonnante et non-dépourvue de contradictions et donc un certain malaise de la Cour européenne¹⁰⁶. Pourtant, il est un point qui est désormais acquis : l'article 8 s'applique au contentieux du droit des étrangers même si le doute était permis¹⁰⁷. Toutefois, la jurisprudence de la Cour est prudente tant en ce qui concerne l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire (1) qu'en matière d'expulsion d'étrangers (2).

1) Les garanties à l'établissement de la famille d'un étranger sur le territoire d'un Etat

La réglementation de l'entrée et le séjour des étrangers relève du pouvoir régalién d'un Etat. Confrontée à la souveraineté de l'Etat d'accueil, la Cour européenne s'est pliée à cette évidence. Dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, elle a estimé que le droit des étrangers au respect de la vie familiale « varie d'un cas à un autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les Etats contractants. Partant, il s'agit d'un domaine dans lequel ils jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et des ressources de la

¹⁰⁵ Voir CEDH, *arrêt Gül contre Suisse*, 19 février 1996, § 38 ; CEDH, *arrêt Ahmut contre Pays-Bas*, 26 octobre 1996, § 63 ; CEDH, *arrêt Sen contre Pays-bas*, 21 décembre 2001, § 31.

¹⁰⁶ A l'heure actuelle, la complexité de cette question s'est accrue car la Cour européenne est obligée de se prononcer sur des questions d'expulsion collective d'étrangers. L'article 4 du protocole n° 4 interdit ces expulsions. Pour la première fois, la Cour a condamné un Etat pour violation de cet article mais à la majorité étroite de quatre voix contre trois : CEDH, *arrêt Conka contre Belgique*, 5 février 2002.

¹⁰⁷ Voir H. LABAYLE, *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale*, in « Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme », sous la direction de H. FULCHIRON, Paris, LGDJ, 1999, p. 86.

communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention. (...) De plus, la Cour ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des non nationaux sur son sol ». La protection du marché national du travail, la forte densité de population sur un territoire ainsi que la promotion de la tranquillité publique peuvent passer pour des objectifs légitimes d'une politique d'immigration.

Par conséquent, « l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non-nationaux dans le pays »¹⁰⁸. Dans cette affaire, la Cour refuse de reconnaître l'existence d'une violation du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Les Etats adhérents ont donc le droit de contrôler l'entrée des étrangers sur leur sol. Ces principes n'ont pas été remis en cause par la jurisprudence ultérieure même lorsque le regroupement familial concernait des enfants mineurs. Ainsi, l'étranger qui se trouve sur un territoire d'un Etat d'accueil n'a pas la garantie absolue de pouvoir y asseoir sa vie familiale. La Cour accorde une priorité à la compétence de l'Etat de réguler les flux migratoires sur son territoire.

La cour a, semble-t-il, atténué la rigueur de sa jurisprudence dans l'arrêt *Sen contre Pays bas* du 21 décembre 2001. Cette décision ne remet pas en cause les principes dégagés par l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* puisque la Cour ne reconnaît nullement un droit au regroupement familial. Toutefois, elle considère que le refus d'un permis de séjour d'un enfant de 12 ans pour lui permettre de rejoindre ses parents et deux autres enfants de ceux-ci violait le respect de la vie familiale. Pour aboutir à une telle solution, la Cour n'accorde plus une importance décisive à l'immigration. A partir du moment où l'étranger a créé un lien familial sur le territoire d'accueil, la question de l'existence ou non d'une obligation positive pour l'Etat d'accueil d'accorder le permis de séjour ne saurait être analysée « du seul point de vue de l'immigration ». La Cour prend en compte l'âge de l'enfant concerné, leur situation dans leur pays

¹⁰⁸ CEDH, *arrêt précité*, 28 mai 1985, § 67.

d'origine et leur degré de dépendance par rapport à ses parents. En l'espèce, rejoindre ses parents aux Pays-Bas était pour l'enfant « le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale avec celle-ci »¹⁰⁹.

Cette décision montre que la Cour européenne essaie de ménager la souveraineté territoriale de l'Etat sans pour autant sacrifier le maintien du lien familial des étrangers. Le territoire d'accueil est susceptible d'être le lieu imposé d'exercice de la vie familiale de l'étranger¹¹⁰.

2) La protection contre l'expulsion d'un étranger établi sur le territoire d'un Etat

L'expulsion d'un étranger établi dans un Etat membre est une mesure grave qui peut porter atteinte à la vie familiale. C'est pourquoi, la jurisprudence de la Cour européenne est plus nuancée. Certes, l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* a aussi reconnu aux Etats le pouvoir de contrôler le séjour et l'éloignement des non-nationaux. Mais il a aussi admis dans le même temps que de telles mesures pouvaient entraîner une violation du droit au respect de la vie familiale de l'étranger. Plusieurs arrêts ultérieurs portant sur des décisions d'expulsion ont constatés de telles violations.

Dans l'arrêt *Moustaquim contre Belgique*¹¹¹, la mesure d'expulsion frappait un marocain arrivé très jeune dans le pays d'accueil et qui avait commis plus d'une vingtaine d'infractions pendant sa minorité. Elle risquait de le séparer de ses parents et de ses sept frères et sœurs. La Cour reconnaît que les Etats peuvent prendre une telle mesure pour assurer le respect de l'ordre public. Mais dans cette affaire, la vie familiale de l'intéressé se trouvait gravement perturbée par la mesure d'expulsion qui est jugée disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi. Les conditions nécessaires à la légitimation de l'atteinte en vertu du paragraphe 2 de l'article 8 n'étaient pas remplies.

¹⁰⁹ CEDH, *arrêt Sen contre Pays-Bas*, 21 décembre 2001, § 37.

¹¹⁰ C'est d'ailleurs dans cette direction que s'est orientée la Cour de Justice des Communautés européennes qui reconnaît que cette prérogative étatique doit être compatible avec le droit au respect de la vie familiale et avec le principe de proportionnalité. Voir CJCE, 11 et 25 juillet 2002.

¹¹¹ CEDH, arrêt du 18 février 1991, série A, n° 193.

De même, dans les arrêts Beldjoudi contre France¹¹² et Nasri contre France¹¹³, l'exécution de la mesure d'expulsion constituait une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit des requérants au respect de leur vie familiale. Dans les deux cas, il s'agissait de personnes qui avaient commis des infractions sur le territoire français. L'ingérence en question visait des fins compatibles avec la Convention : la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales. Toutefois, les personnes avaient toujours vécu en France, avaient des parents ou un conjoint français. Ils avaient donc leur vie familiale sur le territoire français. C'est pourquoi, la décision d'expulser, si elle recevait exécution, ne serait pas proportionnée au but légitime poursuivi et violerait donc l'article 8.

En somme, dans ces décisions, la cour accorde une importance capitale au lien familial établi dans le pays d'accueil. La durée d'établissement est un critère décisif sachant que les requérants n'avaient pas d'autres liens avec leur pays d'origine que la nationalité. Certains ont pu y voir une « interdiction d'expulsion des étrangers intégrés temporellement dans l'Etat d'accueil »¹¹⁴.

Après un interlude critiqué de durcissement de sa jurisprudence en matière d'expulsion à partir de 1996, la Cour tente de clarifier sa position. Dans l'arrêt Boulouf contre Suisse¹¹⁵ rendu en 2001, elle admet tout d'abord qu'elle n'a connu que d'un nombre restreint d'affaires dans lesquelles le principal obstacle à l'expulsion résidait dans les difficultés pour les époux de demeurer ensemble et, en particulier, pour un conjoint et / ou des enfants de vivre dans le pays d'origine de l'autre conjoint. Elle est donc appelée à définir des principes directeurs pour examiner si la mesure était nécessaire dans une société démocratique.

Pour apprécier ce caractère, « la Cour prendra en compte :

- la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant,
- la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé,
- la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période,

¹¹² CEDH, arrêt du 26 mars 1992, série A, n° 234-A.

¹¹³ CEDH, arrêt du 13 juillet 1995.

¹¹⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *op. cit.*, p. 228.

¹¹⁵ CEDH, arrêt du 10 juillet 2001.

- la nationalité des diverses personnes concernées,
- la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple,
- le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale,
- la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge.

En outre, la Cour examinera tout autant la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse, bien que le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion »¹¹⁶.

Grâce à cet arrêt *Boultif contre Suisse* confirmé récemment par l'arrêt *Mokrani contre France*¹¹⁷, le juge européen fait le point sur les mesures d'expulsion entraînant une ingérence disproportionnée au droit de l'étranger au respect de sa vie familiale. Il n'est pas certain que la jurisprudence de la Cour soit définitivement fixée en raison du caractère sensible de ces questions dans les pays européens et du nombre de recours d'étrangers qui ne cessent de croître devant la Cour européenne.

CONCLUSION

L'indétermination des concepts de « vie privée » et de « vie familiale » véhicule une énorme potentialité d'interprétations jurisprudentielles. Au nom de l'effectivité du droit à protéger, ces concepts sont remodelés par le juge européen. L'analyse des méthodes d'interprétation de la Cour révèle un pouvoir d'appréciation un peu discrétionnaire. Celle-ci s'est affranchie des limites à l'interprétation classique d'un traité international pour faire véritablement œuvre créatrice. En effet, qualifier de « vie familiale » des relations *de facto*, incorporer la protection de l'environnement dans la notion de « vie privée », découvrir des obligations

¹¹⁶ CEDH, arrêt *précité*, § 48. En ce sens CEDH, arrêt *Ezzoudhi contre France*, 13 février 2001.

¹¹⁷ CEDH, arrêt du 15 juillet 2003 à propos d'un immigré de la deuxième génération condamnée pour trafic d'héroïne. La Cour considère que la mesure d'expulsion, si elle recevait application serait disproportionnée par rapport au but poursuivi. Voir aussi CEDH, arrêt *Yilmaz contre Allemagne*, 17 avril 2003 où la mesure prise à l'encontre d'un ressortissant turc est aussi jugée disproportionnée.

procédurales dans un texte qui se borne à encadrer les ingérences étatiques dans un droit substantiel, ne relève ni d'une interprétation « ordinaire » d'une convention internationale, ni d'une interprétation consensuelle qui se limiterait à enregistrer les convergences des droits nationaux. L'interprétation de l'article 8 est dite « évolutive » car elle vise « à assurer la modernité de la Convention » en lui donnant « un sens adapté aux réalités contemporaines »¹¹⁸. Cette évolution procède simplement d'une volonté progressiste de la Cour.

Cette orientation ne pourrait que réjouir les droits de « l'hommes ». Toutefois cette démarche du juge européen laisse en suspend de nombreuses interrogations. Elle soulève en particulier des difficultés quant à la délimitation interne et externe de l'article 8 de la Convention.

- Sur un plan interne, la frontière entre « vie privée » et « vie familiale » est devenue floue. L'élargissement de la notion de « vie privée » aux relations sociales rend singulièrement aléatoire la distinction entre « vie privée » et « vie familiale ». De plus en plus, la Cour européenne utilise le concept de « vie privée et familiale ». C'est sous son couvert que le droit de vivre dans un environnement sain, le droit à l'identité et plus exactement à un nom ou à un prénom, le droit au logement, le droit à la santé, le droit des membres d'une minorité d'avoir un mode de vie traditionnel, le droit à la restitution du corps de son enfant tombent dans le champ d'application de l'article 8.

Il est difficile de trouver une logique dans cette confusion car la Cour utilise dans de mêmes affaires les concepts de « vie privée » ou « vie privée et familiale ». Le droit des étrangers est révélateur de ce mélange de concepts. La confusion conceptuelle atteint son comble dans l'arrêt *Fretté contre France*¹¹⁹ où la Cour fait tomber dans le champ de l'article 8 la faculté pour un homosexuel de présenter une demande d'adoption tout en affirmant que ni la « vie privée », ni la « vie familiale » ne sont ici en cause !

Par cette jurisprudence, les frontières internes à l'article 8 s'estompent. Progressivement, le binôme « vie privée – vie familiale » semble laisser la place à un concept globalisant « vie privée et

¹¹⁸ J. CALLEWAERT, *La CEDH, entre effectivité et prévisibilité*, Mélanges Lambert, Bruylant, 2000, p. 95.

¹¹⁹ CEDH, arrêt du 26 février 2002.

familiale » qui couvrirait le droit de développer et de nouer des relations interpersonnelles.

- Sur un plan externe, la même confusion se retrouve. L'article 8 est très proche de certains autres articles. Il existe des risques de chevauchements que la jurisprudence de la Cour n'a pas su, semble-t-il, éviter. La plupart des décisions relatives à l'article 8 mettent aussi en causes d'autres dispositions de la Convention :

- l'article 12 sur le droit de se marier,

- l'article 5 du protocole n° 7 qui garantit l'égalité entre époux,

- l'article 3 sur l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants invoqué à propos de la protection de l'enfance,

- l'article 14 sur le principe de non-discrimination notamment à propos de la vocation successorale.

- l'article 1^{er} du protocole n° 1 sur le droit au respect de ses biens

En somme, l'analyse de la jurisprudence de la Cour révèle un caractère pragmatique et un manque encore de rigueur comme l'attestent les prolongements récents de l'arrêt Marckx.

Par son caractère aléatoire et confus, l'interprétation de l'article 8 par le juge européen soulève aussi la question, outre de sa légitimité, de la prévisibilité d'un droit jurisprudentiel que les juges nationaux doivent prendre en considération pour interpréter, compléter ou écarter une norme nationale. Le risque n'est-il pas qu'à force d'étendre le champ d'application de l'article 8, il perde toute cohérence et devienne un article tributaire des faits et des « humeurs » de la Cour européenne ?

Dans le droit au respect de la vie privée et familiale, tout est nuance, tendance. Il reste à souhaiter que ces nuances et ces tendances ne soient pas le signe d'une décadence...

BİREYSEL HAYATIN KORUNMASI

Özel Hayat - Aile Hayatı - Konut - Haberleşme

(Türk Mahkemelerindeki davalarda 8.madde ile ilgili sorunlar)

Orhan UZGÖREN (*)

1- Genel Açıklamalar

"Hiç kimse, özel yaşamı, aile yaşamı konutu ya da yazışmaları konularında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz" şeklinde düzenlenen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinden esinlenerek düzenlenen Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8.maddesi;

"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı göstermesi hakkına sahiptir.

Bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörül-müş olmak koşuluyla söz konusu olabilir" hükmünü içermektedir.

Madde metninden anlaşılacağı üzere; maddenin ilk fıkrasında, koruma altına alınan hak ve özgürlükler belirtilmiş; sonraki fıkrada koruma altına alınan değerlerin mutlak olmadığı bunlara sınırlar konabileceği görüşüyle, sınırlamaya meşruiyet veren haller dile getirilmiştir. Diğer bir anlatımla, madde bütünüyle koruma altına aldığı değerlere saygı gösterilmesini emretmekte, bireyi, temas ettiği konularda hak sahibi kılmakta bunun yanında kamu otoritesinin keyfi müdahalelerinden korumaktadır.

8. madde; bireyi, bireysel yaşamının çeşitli yönleriyle, özellikle, özel ve aile hayatı, haberleşmesi ve konutu düzeyinde korumayı amaçlamaktadır. Sözleşme bütünü ile incelendiğinde görüleceği üzere, bu madde koruduğu haklar açısından, özel hukuk, medeni hukuku doğrudan ilgilendirici hakları içerdiği gibi hemen hemen

(*) Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Başkanı

sözleşmenin diğer maddeleriyle de doğrudan bağlantısı bulunduğu söylenebilir.

Maddede tanımlanmayan özel hayat, aile hayatı gibi kavramların soyut belirginlik arzitemeyen bu bakımdan uygulama yönünden açıklık taşımayan nitelikte buldukları görülmektedir. Bu açıdan, saygı yükümlülüğünün her somut olayın kendine özgü koşulları içerisinde değerlendirileceği kuşkusuzdur.

Burada şu hususa değinmek istiyorum. Sözleşmenin sadece 8. maddesi değil, diğer hükümleriyle koruma altına aldığı hakların, kim tarafından olursa olsun ihlal edilmesi halinde o hakkın sahibi birey yönünden korunması gerekeceği muhakkaktır. Haklara kamu otoritesi tarafından müdahale edilebileceği gibi müdahale diğer birey tarafından da yapılabilir.

Ancak genelde tartışmaların, kamu otoritesi tarafından yapılan müdahaleler etrafında yoğunlaştığı görülmektedir. Bunun sebebinin de hakların elde edilmesi mücadelesinin zaman içerisinde kamu otoritesine, devlete karşı yapılması olgusundan ileri geldiği düşüncesindeyim.

Yukarıda 8. madde ile koruma altına alınan hakların kavramların soyut ve belirsizliğine değinmişim. Hem bu konuya açıklık getirmek, nedenini ortaya koymak, hemde bu belirsizlikle birlikte sınırlama hükümlerinin ne olması gerektiğine ilişkin düşüncelerimi aktarmak istiyorum.

"İnsan Hakkı" bazılarınca "Farklı olma hakkı" olarak nitelendirilmektedir. Gerçekten her toplumda kaçınılmaz, toplumun dokusundan kaynaklandığı için kaçınılmayan bölünmeler, farklılaşmalar mevcuttur. Bu bölünmeler sosyal, ekonomik, dinsel, etnik, kültürel, dilsel farklılaşmalardan kaynaklanır. Kişi ve aile bu farklılaşmaların doğrudan etki alanındadır. Öyle ise; korunması gereken hakkın, onun sujesi olan birey ve aile kadar farklılık göstereceği kuşkusuzdur. Belirsizliğin ve soyut olmanın nedeninin bu olduğu düşünülmelidir. Burada insanın doğası ile birlikte etkilenme ortamından gelen farklılaşmalar ve özelliklerin nereye kadar ve ne şekilde korunacağı, korunması gerektiği önem taşımaktadır. Bu durumda, sözü edilen hakların korunmasında, pozitif hukuk düzenlemelerinin payı kuşkusuz büyüktür. Ancak, en etkili korumanın bağımsız yargı organları tarafından sağlanacağı muhakkaktır.

Bilindiği gibi hukuk, yukarıda değinilen farklılaşmalardan, bölünmelerden uzlaşma sağlama fonksiyonuna sahiptir. Ancak hukuk, özellikle pozitif hukuk, bu fonksiyonu yerine getirirken ortaya bir başka sorun çıkmaktadır. Bu da pozitif hukuk kuralları ile insan hakları arasındaki dengenin nasıl sağlanacağı meselesidir. Yani insanın, özel ve aile hayatı ile birlikte pozitif hukuka karşı da korunması sağlanmalıdır.

Sözleşme maddelerine bakıldığında, birkaç madde dışında, önce hakkın varlığı ve vazgeçilmezliği vurgulanıp, ardından sınırlama hükümlerine yer verildiği görülmektedir. Sözleşme bünyesinde var olan bu halin Anayasal ve yasal düzenlemelere de yansıtıldığı bir gerçektir.

8. maddede de aynı durum mevcuttur. Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkra ile öngörülen haklara kamu otoritesinin müdahalesinin, Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ortaya çıkması, Demokratik bir toplumda önlemin gerekliliği, Yasanın öngörmesi hallerinde söz konusu olabileceği dile getirilmiştir.

Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ortaya çıkması hali maddede, ulusal güvenlik kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refah, dirlik ve düzenin korunması, suç işlemenin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması biçiminde ifade edilmiştir.

Oldukça soyut nitelikteki bu kavramlar bakımından, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın tayin ve takdirinin ulusal mercilere ait olacağı düşünülmelidir. Ne var ki, sınırlama hükümleri olarak belirtilen, hallerin toplumun genel çıkarı ile kişinin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurulmak üzere yorumlanması gereklidir.

Demokratik bir toplumda önlemin gerekliliği kavramındaki, gerekliliğin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç düzeyinde düşünülmesinin doğru olacağı inancındayım

Yasanın öngörmesi koşulunun ise iç hukuk yönünden yasal dayanak şeklinde mütalâ edilmesi, birinci fıkra ile korunan haklara resmi makamların gelişigüzel müdahalesini önleyecek koruma mekanizması olarak anlam verilmesi doğru olacaktır.

Burada üzerinde önemle durulması gereken husus, sözleşme ile meşru sayılıp izin verilen "müdahaleler" ana kurala getirilen istisnalar olup, tabii ki dar yorumlanması gereken hallerdir.

Bu genel bilgiler ışığında 8. madde ile düzenlenen, haklara ve Türk Mahkemelerindeki uygulama ve sorunlara bakıldığında; sözü edilen madde ile

Özel hayatın

Aile hayatın

Konutun ve

Haberleşmenin korunma altına alındığı görülmektedir.

Maddede korunması öngörülen, konut ve haberleşmenin, mülkiyet hakkı ile ilgili sözleşmenin bir numaralı protokolüne ek 1. maddesi ve kitle haberleşmesi hakkındaki 10. maddesinde düzenlenen haklardan farklı olduğu bilinmektedir. Diğer taraftan maddenin koruma altına aldığı dört hakkın iç içeliği de bir gerçektir. Bu bakımdan biri için yapıldığı ileri sürülen ihlalin diğerini de kapsamına alacağı ve etkileyeceği söylenebilir.

2- Özel Hayatın Korunması

Sözleşmenin 8.maddesinde düzenlenen özel hayatın korunması kavramı T.C. Anayasasının 20. maddesinde de yer almış, maddenin birinci fıkrasında 8. maddeye paralel olarak "**Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.**" denildikten sonra sözleşmeden farklı olarak ve ilaveten "**özel hayatın ve aile hayatın gizliliğine dokunulamaz**" hükmüne yer verilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında da sınırlama ve düzenleme hükümleri yer almıştır. Geniş bir kavram olan "**özel hayat**" ın tanımını yapmak güçtür. Her somut olay yönünden ve o olayın koşulları değerlendirilerek bir sonuca varılabileceği ve özel hayatla ilişkilendirilebileceği muhakkaktır.

Bireyin cinsel hayatı, beden ve bütünlüğüne ilişkin düzenleme ve müdahaleler, örneğin; bir kovuşturma amacıyla dahi olsa kişiye ait özel bilgileri içeren evrak, günlük gibi belgelere el konulması, çeşitli amaçlarla bireyden kan alınması, gibi hallerin özel hayat kapsamında düşünüldüğü korunması gerekeceği düşünülmelidir.

3- Aile Hayatının Korunması

Sözleşmenin koruma altına aldığı ve saygı gösterilmesini öngördüğü "Aile Hayatı" kavramı da özel hayat gibi tarifi ve tanımı yapılması güçlük gösteren, sınırlarının belirlenmesi zor olan kavramlardandır. Sözleşme eki 7. protokolün 5. maddesiyle getirilen "Eşler, evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. "Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez" şeklindeki kısmi açıklığa rağmen toplumların gösterdiği evrime paralel olarak aile hayatının da değişime uğradığı ve bu değişimin süreceği muhakkaktır. Aile hayatının müdahale edildiği ve korunmasının istendiği hallerde, aile hayatı ve korumayı gerektiren bir müdahalenin var olup olmadığı, her olayın özelliğine göre düşünülmelidir.

Maddenin koruma altına aldığı aile hayatının başta, yasal ve gerçek evliliğe dayalı olduğu kuşkusuzdur. Karı-Koca ve onlardan olan çocukların aile hayatı içerisinde bulunduğu, bunlar arasındaki ilişkiler bakımından korunmanın gerekliliği tartışmasıdır. Bunun yanında evlilik dışı ilişki sonucu doğan çocuk ile anne arasındaki ilişki, kan ve irs bağı olmaksızın oluşan akdi evlatlık ilişkileri de 8. maddenin kapsamındadır. Beri yandan çocuklar ile büyükanne ve büyükbabalar arasında, bu kişiler aile hayatının önemli bir parçasını oluşturdukları için onlar bakımından aile hayatının varlığı kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtilen hallerde oluşan aile hayatının, boşanmayla veya eşlerin ayrı yaşamaya başlamalarıyla veya çocukların başkalarınınca evlat edinilmesi ile sona ermeyeceği 8. maddenin korunmasının devam edeceği muhakkaktır.

İç hukukumuz yönünden konuyla ilgili en önemli düzenlemelerin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Aile Hukuku başlıklı ikinci kitabında yer aldığı bilinmektedir. Bunun yanında 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, sözleşmenin 8. maddesi anlamında aile hayatının korunması bakımından önem taşıyıcı yasal düzenlemelerdir.

Söz konusu yasalarla, gerek evlilik birliğinin devamı sırasında, gerekse birliğin sona ermesi durumunda müşterek çocukların eşlerle

ve aile hayatının önemli bir parçasını oluşturan büyükanne ve büyükbaba ilişkilerinin düzenlenmesi soybağı ve bundan kaynaklanan miras ve ekonomik hakların sağlanması, eşlerin ve çocukların birbirlerine karşı korunabilmeleri arzulanmıştır. Tatbikatta da bu korumanın yargısal uygulamalarla sağlandığı söylenebilir.

4- Konutun Korunması

Genel olarak 8. maddedeki anlamına göre konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı, özel hayatını sürdürdüğü yerdir. Maddenin koruma altına aldığı konut kavramının mülkiyetten ayrı düşünülmesi gerekir. Bu nedendir ki, mülkiyetin korunması, sözleşme eki 1 nolu protokolün 1. maddesi ile ayrıca sözleşmeye bağlanmış, hüküm altına alınmıştır.

Değinen anlamdaki konuta kişi veya kamu otoritelerinin 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen haller dışında gelişigüzel müdahalelerinin sözleşmenin 1. fıkrasına göre ihlal oluşturacağı ve korumanın gerekli hale geleceği muhakkaktır.

Pozitif hukukumuzda başta Anayasa olmak üzere, diğer yasalarla konutun koruma altına alındığı bilinmektedir. 1982 Anayasasının "**Konut Dokunulmazlığı**" başlıklı 21. maddesinde; "**Kim-
senin konutuna dokunulamaz**" hükmüne yer verildikten sonra geniş ve detaylı biçimde dokunma koşulları açıklanmıştır. Buna paralel olarak T.C.K. nun da mesken dokunulmazlığının ihlali suç sayılarak, müeyyideye bağlanmış, C.M.U.K.'nunda, meskende arama ve müdahale anayasal doğrultuda düzenlenmiştir. 8. madde anlamında konutun korunması kavramına, bu yerde huzur içerisinde yaşamının da dahil olduğu tartışmasıdır. Bu yasanın gereği olan ses, koku, gürültü ile çevre kirliliklerine karşı da kişinin korunması gereklidir. İç hukukumuzda "**komşuluk hukuku**" adı altındaki Medeni Kanun düzenlemeleriyle kişi koruma altındadır. Söz konusu ihlallerin ortaya çıkması halinde Medeni Kanunun hükümleri gereği ihlallerin ortadan kaldırılması mümkün olduğu gibi, meydana gelen zararların da Borçlar Kanunu hükümlerince giderilmesi olanaklıdır.

5- Haberleşmenin korunması

Sözleşmenin 8. maddesinde koruma altına alınan "**haberleşmenin**" aynı sözleşmenin 10. maddesi ile düzenlenen kitle haberleşmesinden farklı olduğu açıktır. Maddede sözü edilen haberleşmenin

daha ziyade "özel hayat" kavramı ile birlikte düşünülmesi gereklidir. Kişiler arasındaki, mektup, telefon, telgraf haberleşmelerinin ve buna yönelik ihlallerin bu madde kapsamında koruma altına alındığı kuşkusuzdur. Mektupların zaptı, okunması, ulaştırılmaması, engellenmesi, telefonların dinlenmesi hakka müdahale anlamındadır.

Bu durumda bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkı olarak tanımlanması mümkündür. Sözleşmenin koruma altına alıp, saygı gösterilmesi gereğinin vurgulandığı "haberleşmenin" Anayasanın 22. maddesinde "**haberleşme hürriyeti**" başlığı altında "Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır." Biçiminde korunması öngörülmüştür. 20. ve 21. maddelerde genişçe belirtilen benzer hükümlerle sınırlama hükümlerine yer verilmiştir. Ayrıca T.C.K. ile de haberleşmeye müdahale suç sayılmış, müeyyideye bağlanmıştır.

6- Sorunlar

Buraya kadar ifade edilenler karşısında, konumuzu oluşturan, sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan "özel hayat", "aile hayatı", "mesken" ve "haberleşme" nin iç içe kavramlar olduğu, bunlardan birinin ihlali halinde, diğerleri bakımından da ihlalin gündeme gelebileceği kuşkusuzdur. Bunun yanında, söz konusu maddedeki hakların, sözleşmenin diğer maddeleri ile yakından ilintili olduğu da görülmektedir. Avrupa Mahkemesi kararlarına göz atıldığında, diğer ihlal iddiaları yanında çoğunlukla 8. maddenin ihlali iddiasında yer verildiği izlenmektedir.

Konuşma ve tartışma konumuzun "Türk Mahkemelerindeki davalarda 8. madde ile ilgili sorunlar" olduğunun bilincindeyim. Hazırladığım metinde, 8. maddenin yorumunu yapmayı üslenen sayın Yıldırım'ın alanına istemeden girdiğimin de farkındayım. Ne var ki, 8. maddenin genellikle kabul edilen, açıklık taşımayan yapısı ve bundan kaynaklanan çeşitlilikler, belirli özel konuları seçmek ve bunlar üzerinde tartışma açmaktan beni alıkoymuştur.

Esasen, Avrupa Mahkemesinin bir çok kararında ve bunların yorumunda, 8. maddenin ihlal edilip edilmediğine, her somut olayın özelliğine göre yaklaşımda bulunulması gerekeceği düşüncesine yer verilmesi de bu tavrımı belirtmiştir.

Türk pozitif hukukunda sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına alınan hak ve özgürlükler bakımından, başta Anayasa olmak üzere yasalarla gerekli düzenlemelerin bulunduğunu düşünüyorum. Bu düzenlemelerin, değişen ve gelişen hak ve özgürlükler kavramları yönünden yeterliliği kuşkusuz her zaman tartışma konusu olacaktır. Sözleşme ile öngörülen hak ihlallerinin sona ereceği de söylenemez.

Uygulamada, 8. madde ile ilgili en önemli sorunun, istisna hükümlerini içeren maddenin 2 fıkrasının yorum ve uygulanması ile ilgili olacağı düşünülebilir. Zira, maddenin 1. fıkrası ile koruma altına alınan haklar ve özgürlükler ne denli soyut ise, bu haklara kamu otoritesinin müdahalesini olanaklı kılan, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, memleketin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin, ahlakın korunması kavramları da, o nedenle soyuttur. Değinilen kavramların çerçevesini çizmek kolay değildir. Bu konuda ne şekilde yorum yapılması gerektiğine yukarıda değinmişim.

Bunların ötesinde, yasal düzenlemeler ne kadar mükemmel ve detaylı olursa olsun, hakların iyi bir uygulama ile korunabileceği tartışmasıdır. Öyle ise sözleşmenin 8. maddesi ile öngörülen ve güvence altına alınan hakların teminatının, yasaları uygulama yerinde olan yargı mercilerine ait olacağı muhakkaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4.11.1950 tarihinde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu devletlerce imzalandığını, 1953 yılında yürürlüğe girdiğini, Türkiye tarafından da 18.5.1954 tarihinde onaylandığını biliyoruz.

Bu suretle sözleşmenin, T.C. Anayasasının 90. maddesi hüküm gereği iç hukukumuzda girdiği ve pozitif hukukumuzun bir parçasını oluşturduğu da malumdur. Böyle olmakla birlikte, genelde Türkiye'nin özelde de Türk Yargısının sözleşme ile gerçek anlamda yüzyüze gelmesinin, tanışmasının "**bireysel başvuru hakkının**" tanınmasına dair ilk kez 1987 tarihinde çekincelerle yapılan ve çeşitli aşamalarla tamamlanan bildirimlerle nihayet 1996 yılında gerçekleştiği de bilinmektedir.

Sözleşmenin onay tarihinden bu yana gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarında ve bunlara paralel olarak yasalarda sözleşme ile öngörülen hakların güvence altına alınması yolunda bir hayli yol alındığı, hele Türkiye'nin Avrupa Birliğine girme çabalarını yoğun bir şekilde sürdürdüğü günümüzde, birlik devletlerince öngörülen

kriterler doğrultusunda, bu kriterlere yaklaşma çabası ile "**uyum paketleri**" adı altında yapılan Anayasal ve yasal düzenlemelerle, normatif hukuk alanında oldukça yol katedildiği bir gerçektir.

Yargısal alanda da, bu düzenleme ve değişikliklere paralel uygulamaların yapılması gerekeceği ve bunun zorunlu olduğu tartışmasızdır. Ancak, yukarda ifade edildiği üzere, sözleşme hükümleri ile tam anlamıyla yüz yüze gelmemizin geçmişi pek eski değildir. Avrupa Mahkemesine bireysel başvuruların çoğalması anılan mahkemede, hak ihlallerine dair aleyhte kararların yoğunlaşması her bakımdan ve her kademedeki sözleşmeye ilginin artmasına neden olmuştur.

Tabii ki bu konu Türk Yargısının da doğrudan ilgi alanını oluşturmaktadır. Ne var ki, bu gün için, yargısal faaliyetlerde, sözleşme hükümlerini doğrudan dikkate alarak bu hükümlerden hareketle yorum, düşünme ve karar verme aşamasına geldiğimiz söylenemez.

Öncelikle, iç hukukumuzun parçasını oluşturan, sözleşmenin kanunlar hiyerarşisi içerisindeki yerinin belirgin olmayışı ve halen tartışılır olması, uygulamada doğrudan sözleşmeye atıfla, oradan hareketle karar verme düşüncesinin oluşmasına, böyle bir alışkanlığın ortaya çıkmasına bir ölçüde engel gibi görünmektedir. Tabii ki bunda, yargısal faaliyetlerin buna bağlı olarak yargının muhafazakâr yapısının da etkisi vardır. Yargının, uygulamada istikrarın korunması, eşitliğin sağlanması, İçtihat Birliğine gidilmesi gibi saiklerle ani düşünce ve yorumu değişikliklerine gitmesi pek olağan değildir. Genelde otoriter, devletçi yapıya sahip Anayasa ve buna bağlı olarak getirilen yasaları uzun zamandan beri uygulama durumunda bulunan, Türk yargısının değindiğim özelliklerini yadırgamak doğru olmaz.

Bireyi her şeyden önde tutan ve onun haklarını korumayı amaçlayan sözleşme hükümlerine, yargının aşinalığı yeni yeni gündeme gelmektedir. Bağlayıcı olmamakla birlikte düşünce ve yorum sistematığına etkili olabileceği muhakkak olan Avrupa Mahkemesi kararları ile yargının, hatta Yargıtay'ın tanışması pek yenidir. Henüz bütün Yargıtay üyelerinin çalışma ortamında sahip olmadığı bilgisayar programlarına, Avrupa Mahkemesi kararlarının yansıtılması yakın aylarda olmuş, kararlar metin halinde yine aynı zaman içerisinde dairelere, üye ve tetkik hakimlerinin bilgisine sunulmaya

başlanmıştır. Bu bilgilere yargının büyük bölümünün ulaşmadığı kuşkusuzdur. Adalet Bakanlığı ve Yargıtay'ın birlikte yürüttükleri ifade edilen (UYAP) Ulusal Yargı Ağı Projesinin hayata geçirilmesi ile birlikte bilgi donanımı eksikliğinin önemli ölçüde giderilebileceği düşüncesindeyim.

Avrupa mahkemesi kararları incelendiğinde, kararların sözleşme ile getirilen hakların belirlenmesi, ihlal iddiaları bakımından somut olayın analizi ve yorumlanması, istisna hükümlerinin olaya uygulanması bakımından son derece geniş ve içerikli tartışma ürünü oldukları görülmektedir. Bu nitelikteki kararların, tartışılıp oluşturulması, önemli bir zamanın bu işe ayrılması ile olanaklıdır. Türk Yargısı bakımından en önemli sorunlardan biri de zamandır.

Her konuda dile getirilen ve sığınma yolu olarak düşünülmeceğini umduğum yargı üzerindeki iş yükünün, esasen yeni tanışılan bir hukuk ortamına uyumda en önemli engellerden birisi olduğu inancını taşıyorum. Kendi çalışma alanımızı örnek göstererek söylemek gerekirse yılda 15 bin işin gelip sonuçlandırıldığı bir çalışma sisteminde, (ki bu genelde Yargıtay dairelerinin bütünü için böyledir) arzulanan, düşünce yorum ve kararların oluşturulmasının güçlüğü açıkça görülebilir.

Bütün bunlara ve içinde bulunduğu sorunlara karşın Türk Yargısının, Avrupa Sözleşmesine yabancı olduğu ve sözleşme ile koruma altına alınan hakların verilmesi yolundaki çabalarda geri kaldığı söylenemez.

Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında (25.04.2002 tarih 2002/2-617-648); boşanma davası münasebetiyle delil olarak sunulan "günlüğün" delil olma niteliğini tartışırken; özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanına hiçbir şekilde müdahale edilmeyecek alandır. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmişse, bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil mahkemede delil olarak kullanılamaz. Günlükte insanın iç dünyasını ilgilendiren son derece gizli ve özel hayatın dokunulmaz alanını oluşturan bilgiler yer alır. Öncelikle özel hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Hukuka uygun yollardan elde edilmemiş deliller yasal bir delil olarak değerlendirilemez, "düşüncelerine yer verilmiştir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi bir kararında da; (11.12.2000 tarih 2000/205651-20678), danışmanlık bürosu kurup, beraber çalıştıkları diğer sanıklarla birlikte, kendilerine müracaat eden kişilerin (sanıklara) bildirdikleri kişileri izlemenin dışında yasal olmayan yollarla telefonlarını dinlemek ve elde ettikleri dinleme kasetlerini dinleme yapılmasını isteyen sanıklara vermek biçiminde oluşan eylemlerinin, Anayasanın 20. ve 22. maddelerinde yer alan özel hayatın ve haberleşmenin (T.C.K.nun hükmünün) ihlal edilmesi ötesinde, cürüm işlemek amacıyla suç örgütü oluşturma, suçu oluşturduğuna hükmedilmiştir.

Daha da çoğaltılabilecek bu örneklerdeki temel düşünce ve yorumun, sözleşme hükümlerine dayalı olduğu açıktır.

Türk yargısı, öncelikle yukarda sözü edilen ve Avrupa Sözleşmesi paralelinde getirilen pozitif hukuku uygulama yeterliliğindedir. Önüne gelen meselelerde kuşkusuz bu hükümleri uygulayacaktır. Ayrıca bilgi donanımı artırılıp uygun çalışma ortamı sağlandığında da sözleşme ile öngörülen hakların teminatı olma çabasını sürdüreceği inancını taşıyorum.

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ VE 8 inci MADDEYE İLİŞKİN TÜRKİYE BAŞVURULARI

Şenal SARIHAN*

AİHS'nin 8. Maddesi Ne Diyor?

AİHS'nin “ÖZEL YAŞAMIN VE AİLE YAŞAMININ KORUNMASI” başlıklı 8. maddesi, öncelikle bu hakkın “herkes” tarafından kullanılacağını ifade ederek, güvence altına alınan hak dilimini, şu cümlelerle tanımlamaktadır.

“Herkes,
Özel ve aile yaşamına,
Konutuna,
Haberleşmesine,
saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”

Anılan haklara kamu müdahalesi;

“Ulusal Güvenlik,
Kamu emniyeti,
Ülkenin ekonomik refahı,
Dirlik ve düzenin korunması,
Suç işlemenin önlenmesi,
Sağlığın veya ahlakın,
Veya;
Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için”

* Avukat, Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Başkanı

- Demokratik bir topluma zorunlu olan ölçüde
 - Ve
 - Yasayla öngörülmüş olmak
- Koşulu ile olanaklıdır.

Sözleşme metninin bu içeriği, koruma altına alınan bu hakkın mutlak olmadığını, örneğin Sözleşme'nin 2. maddesinde korunan "İşkence Yasağı" gibi mutlak bir koruma güvencesi ile donatılmadığını göstermektedir. Diğer haklarda da sıkça karşımıza çıkan, "**Kamu otoritesinin müdahale koşulları**", bu maddede de yer almış, ancak, müdahale; "**demokratik toplumun zorunlu sınırları ve yasada öngörülme**" koşuluna bağlanmıştır.

Bu durumda 8. maddesinin geniş bir alanda korunmasının sağlanması, sözleşmecî ülkenin yapısının demokratikliği ve insan haklarına dayalı yasal düzenlemelere sahip olması ile mümkün olacaktır.

Ülkemizde AİHS'ni bilince çıkararak temel ölçü, bu sözleşmenin yaptırım aracı olan **BİREYSEL BAŞVURU HAKKI**'nin tanınmasıdır. (28 Ocak 1987) Ancak, birey, avukat ve yargıç yönünden sözleşmenin temel bir hukuk belgesi olarak ele alınıp yaşama geçirilmesi, "**Bireysel Başvuru**" hakkının tanınmasının hemen ardından da başlamamıştır. Sözleşmenin, bir iç hukuk belgesi olarak bireyler ve yargı yanları tarafından içselleştirilmemiş olması bugün dahi bir sorun olarak gündemdedir. Bu nedenle Bireysel Başvuru Hakkı da öncelikle, hak arama bilinci daha gelişkin olan aydınlar ve siyasi nedenlerle suçlanan bireyler tarafından kullanılmıştır. Türkiye'de bu konudaki ilk başvurunun, TKP davası sanıkları Nihat Sargın - Nabi Yağcı (14116 - 14117/88) tarafından gerçekleştirilmiş olması bir rastlantı değildir.

Kaldı ki ilk başvurular, geleneksel kabulde yoğun bir biçimde doğrudan devlet tarafından gerçekleştirilen ihlallere yönelik olarak ve özellikle Sözleşme'nin 2,3,5,6,10 ve 1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlali savları ile yapılmış, "**özel-bireysel**" yaşama yönelik ihlaller, adeta bu korumanın dışında tutulmuştur. Bu nedenle 8. maddeye ilişkin Türkiye Başvuruları, (Konut Dokunulmazlığına ilişkin başvuruları ayrı tutarsak) oldukça az sayıdadır.

Özel Yaşam Devlet Eliyle İhlal Edilebilir mi?

AİHS'nin 8. maddesine ilişkin Türkiye başvuruları, bu madde kapsamında yer alan "**Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Özgür-**

lüğü” ihlallerine ilişkin olarak az sayıda da olsa mahkeme önüne taşınmıştır. “Özel Yaşam ve Aile Yaşamının İhlali” savı ile “Kabuledilebilirlik Kararı” verilmiş herhangi bir başvuru henüz gündeme gelmemiştir. AİHM’nde bu konuda TC vatandaşları tarafından yapılmış başvurulara sıklıkla rastlamak mümkündür. Ancak bu kişiler, özellikle Türkiye dışında, Avrupa ülkelerinde yaşayan kişilerdir. Bu nedenle, şikayetli devlet, Türkiye değil Almanya, Fransa gibi farklı ülkelerdir.

Bu durumu, yalnızca ülkemizdeki pratik eksikliği gibi görmek sanırız doğru bir saptama olmayacaktır. Özünde 8. madde de koruma altına alınmış olan hak, geleneksel insan hakları ihlali anlayışı ile çelişmektedir. Geleneksel kabule göre, insan hakları ihlalleri, devlet kaynaklıdır. Bu nedenle de devlet, kendi ajanları tarafından gerçekleştirilen ihlaller nedeni ile sorumluluk taşıyacaktır. Ancak, uluslararası insan hakları sistemi, devletlerin sorumluluğuna ilişkin geleneksel kabulden giderek uzaklaşmakta ve devletin insan hakları alanındaki yükümlülüğünün, pozitif yükümlülükleri de içerdiğini kabul etmektedir. Be nedenle, devletin sorumluluğu ilkesi, yalnızca devlet görevlilerinin doğrudan işlediği kamusal alanı ilgilendiren fiilleri değil, aynı zamanda devlet karşıtı ya da yanlısı örgüt ya da gruplarla, özel şahıslar tarafından işlenen, ancak, devletin engellemede ve cezalandırmada yetersiz kaldığı fiilleri de kapsamaktadır.

Özel yaşam alanındaki ihlaller ise, yoğun olarak diğer aile bireylerinin eylemleri ile ortaya çıkan ihlallerdir. Devlet kaynaklı ihlallerin bu alanda somut olarak saptanması genellikle güçtür. Konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğüne yönelik ihlaller de devlet de birey de ihlalin doğrudan sorumlusu olabilir. Ancak, birey ve aile ile sınırlı özel alandaki ihlaller de, devlet, çoğu kez bireye bu alanda yeterli korumayı sağlamadığı ya da ihlali yeterince önlemediği için sorumludur. Bu ikincil gibi görünen sorumluluk nedeni ile iç hukukta ya da AİHM önünde, bu konuya ilişkin ihlal savı, ülkemiz pratiği açısından oldukça geri bir noktadadır. Ancak, Sözleşme’ye taraf olan diğer ülkelerde “özel yaşam ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkı”na ilişkin çok sayıda başvuru bulunmaktadır. Bu başvurularda ağırlıklı olarak, devletin pozitif yükümlülüğü tartışılmakta ve ihlal, bu yükümlülüğün yerine getirilip, getirilmemesine göre saptanmaktadır. Örneğin, AİHM’nin 09.10.1979 günlü, 6289/73 AİREY-IRLANDA KARARI’nda, Başvurucu, alkolik olan ve kendisine sürekli şiddet uygulayarak aile düzenini bozan eşinden ayrılık kararı alabilmek üze-

re adli yardımdan avukat isteminde bulunmuş, ancak, isteminin reddilmesi nedeni ile dava açamamıştır. Ret kararı üzerine, yaptığı bu başvuruda, avukat ücretlerinin yüksek olması nedeni ile dava açamadığını, bu nedenle devletin kendisine yeterli koruma sağlamadığını ifade ederek Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Görüldüğü gibi Başvurucu'nun şikayeti devletin tasarrufuna değil, tasarrufta bulunmamasına ilişkindir. Mahkeme, kararında;

“Sözleşme'nin 8. maddesinin amacı, asıl olarak kişileri, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de bu madde sadece devleti, bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmaz, bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına saygı hakkının etkili biçimde korunması için olumlu yükümlülüğü de içerir.”

diyerek şikayeti yerinde bulmuş ve 8. madde'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

01.10.2001 günlü, 30 943/96 Sayılı ŞAHİN-ALMANYA davasında ise; anne ve baba arasındaki ilişkilerin gergin olması nedeni ile çocuğun baba ile görüşmesinin menfaatine aykırı olduğu kararı verilmesi ve evlilik dışı doğan çocukla, evlilik içi doğan arasında ayırım bulunması yönlerinden 8. maddenin ihlali sonucuna varılmıştır.

AİHM, son olarak, İzlandalı Sophia Haysen'in Türkiye'ye karşı açmış olduğu davada 8. maddenin ihlaline karar vermiş bulunmaktadır.

Haysen, ülkesi olan İzlanda'da tanışarak evlendiği Türk Vatandaşı olan Halim Al'dan iki kız çocuğu sahibi olmuştur. Ancak, evliliğin Al'ın şiddet uygulaması nedeni ile uğradığı sarsıntı, Al'ın iki kızını alarak Türkiye'ye dönmesi ile sonuçlanmıştır.

Bu süreçten sonra, anne, çocuklarını görmek için Türkiye'ye gelmiş, dava açmış, ancak mahkeme kararına karşın çocukları ile görüşme olanağına kavuşamamıştır.

Mahkeme, kararında, Türk Makamları'nın, başvuru ile çocuklarının görüşmesi konusunda gerekli önlemleri almamış olması nedeniyle AİHS'nin 8. maddesi'nde güvence altına alınan **“Aile Hayatına Saygı”** ilkesini yerine getirmediğini belirterek, TC'ni 75.000 Euro tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

Bu kararda da devlet tasarrufta bulunmadığı için sorumlu tutulmuştur.

Y.F. Türkiye Davası'nda (94/24209), PKK soruşturması nedeni ile gözaltına alınan başvuru, karakolda kötü muameleye görmüş, karakol'dan savcılığa götürülmesi sırasında da jinekoloğa götürülmüş ve orada zorla muayeneye tabi tutulmuştur.

Bu olay nedeni ile iç hukuk yollarına tüketişinin ardından yaptığı başvuruda Mahkeme, herhangi bir delil araştırmasına dahi konu olmayan jinekolojik muayenenin fiziksel bütünlüğü ihlal ettiği, dolaşısıyla AİHS'nin 8. maddesine aykırı davranıldığını kabul ederek, T.C.'ni tazminata mahkum etmiştir.

Türkiye'de Başvuruların Maddelere Göre Dağılımı Nasıldır?

Adalet Bakanlığı tarafından yapılan 2000 yılı istatistiklerine göre AİHM'na yapılan başvuruların Sözleşme maddelerine göre dağılımı aşağıdaki gibidir:

6. Madde (Adil Yargılama Hakkı)	: 806
1. Prot. 1. Mad. (Mülkiye Hakkı)	: 803
5. Madde (Kişi Özg ve Güv. Hakkı)	: 424
8. Madde (Özel Yaş. Ve Aile Hakkı)	: 377
3. Madde (İşkence ve Kötü Mua.)	: 360
13. Madde (Hak Arma Özgürlüğü)	: 249
10. Madde (İfade Özgürlüğü)	: 207
2. Madde (Yaşam Hakkı)	:161
14. Madde (Ayrımcılık Yasağı)	:155
9. Madde (Düşünce ve Vicdan Özg)	: 132
7. Madde (Suç ve Cezanın Kan)	: 71
11. Madde (Dernek Kur. ve Top.Özg)	: 51

8. Madde İhlallerine İlişkin Davalarda İhlal İddiası Hangi Olaylara Dayanıyor?

Bu dağılımda, 8. maddenin 4. Sırada yer alması, yukarıda yaptığımız açıklamanın aksine bir dağılım yansıtmakla birlikte, bu sayının "KONUT DOKUNULMAZLIĞI" ihlalleri ile yükseldiği unutulma-

malıdır. Özellikle “Adil Yargılama Hakkı ve Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği” ihlallerindeki yükseklik gibi, 8. maddeye ilişkin başvurular-daki göreceli yükselme de Güneydoğu Bölgemizde uygulanan olağanüstü rejim uygulamalarının bir sonucudur. Özellikle “KÖY BOŞALTMA VE KÖY YAKMA” olarak anılan şikayetler, yoğun bir biçimde AİHM’ne yansımış ve bu iddialara ilişkin yapılan yargılama sonucunda mahkumiyet kararları ortaya çıkmıştır.

Konut Dokunulmazlığı İhlallerine İlişkin Türkiye Pratikleri:

Bu konuya ilişkin kararlardan AKDIVAR VE DİĞERLERİ TÜRKİYE (Başvuru No: 21 893/93) davasında, güvenlik güçleri tarafından evlerinin tahribi nedeni ile konuta saygı hakkı ihlal edildiğini ileri süren başvuruçuların, şikayeti yerinde bulunmuş ve Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. (Karar Tarihi: 16.09.1996)

231186/94 Başvuru Numaralı MENTEŞ VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE davasında, aynı iddia ile mahkemeye başvurulmuştur. Bu dosyada da 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. (28.11.1997)

Başvuru numarası, 23 184/94 olan SELÇUK VE ASKER TÜRKİYE davasında da benzer iddia gündeme gelmiş ve Mahkeme; evlerin tahrip edilmesini 8. maddeye aykırılık olarak değerlendirmiştir. (24.04.1998)

16.11.2000 gün’lü, 23 819/94 BİLGİN-TÜRKİYE Davası’da aynı iddialarla yapılan başvuruda, 8. maddenin ihlal edildiği kararı verilmiştir.

30.01.2001 günlü, 25.801/94 Esas numaralı, DULAŞ-TÜRKİYE DAVASI’nda da sav ve karar aynıdır.

Mahkemeyi 8. maddenin ihlal edildiği yargısına ulaştıran kanıtların neler olduğunu görebilmek için ilk başvuruya neden olan olayı ve mahkemenin irdeleme esaslarını kısaca sunmak istiyorum:

Mahkeme, öncelikle Türkiye’nin Güneydoğu bölgesi’nde güvenlik güçleri ile PKK üyeleri arasında şiddetli bir çatışmanın sürmekte olduğunu belirttikten sonra, olayla ilgili kısa bir özet yapmaktadır.

Bu özete göre; Başvuruçular, Diyarbakır İli’nin Kelekçi Köyü’nde ikamet etmektedirler. Bu köyün çevresinde PKK yoğun faali-

yet göstermektedir. PKK, 17 ve 18 Temmuz 1992 tarihlerinde de bu köye saldırmış ve üç kişinin ölümüne üç kişinin de yaralanmasına neden olmuştur. Bu olayın ardından da (1 Kasım 1992 günü) Boğazköy Jandarma Karakolu'na saldırmış ve bir jandarma erinin ölümüne, 8 erin de yaralanmasına neden olmuştur.

Kelekçi Köylüleri, bu olaylardan sonra güvenlik güçlerinin geniş bir arama faaliyetine başladıklarını, 10 Kasım 1992 günü, bu gerekçe ile köyelerine gelerek 9 evi yaktuklarını ve tüm köyü boşaltmak için köylüleri zorladıklarını iddia etmektedirler.

Hükümet bu iddiaları reddetmiştir. Bunun üzerine, Komisyon olay yerinde de araştırma yapmış, ancak, köydeki tahribata güvenlik güçleri mi, PKK mı neden olduğu konusunda kesin bir sonuca varmamıştır.

Komisyon, konuya ilişkin ulusal düzeyde yapılan soruşturmayı yeterli bulmamıştır. Ayrıca, köylülerin zararlarının tazmini konusunda da yeterli yardım almadıkları görüşündedir.

Komisyon, mahkeme'ye başvuru yapılmasının ardından olayla ilgili olarak, köylülerden alınan ifadeleri de **"tek tip"** ve eski ifadeleri ile çelişkili bulmuştur.

Komisyon, iddianın doğruluğu kanısındadır. Komisyon, iç hukukumuzda idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu ve idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin yasal düzenlemelerin bulunduğunu da saptamıştır. Ancak, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin Sözleşme'nin 26. maddesinin bu olayda aranmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Komisyona göre;

"Söz konusu başvuru yollarının mevcudiyeti, sadece teoride değil, uygulamada da yeterli ve açık olmalıdır. Aksi takdirde ulaşılabilirlik ve etkililik şartlarından yoksun kalırlar."

Komisyon, bu kabulün, anılan davanın özel koşulları ile sınırlı olduğunu da belirtmektedir. Bu saptamadan sonra da 8. maddenin ve 1. Protokol'un 1. maddesinin ihlal edildiği yargısına ulaşmaktadır. Mahkemeye göre;

"Başvurucuların evlerinin ve içindekilerin, kasıtlı olarak yakulmasının, konuta ve aile yaşamına saygı hakkı ile maliki olunan şeylerin barışçıl bir biçimde kullanılmasına ağır bir müdahale oluşturduğuna şüphe yoktur."

Konut dokunulmazlığı ihlalleri ile ilgili davalarda, 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi de adeta birlikte ileri sürülebilirlik niteliği göstermektedir. Bilindiği gibi bu maddede:

“Her gerçek ve tüzel kişi, maliki olduğu şeyleri, barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve uluslararası hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça hiç kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz” demektedir. Özel olarak mülkiyet hakkını koruyan bu madde, doğal olarak özel yaşamla da doğrudan ilgilidir. Bu nedenle, hemen tüm kararlarda konut dokunulmazlığı savına dayalı ihlallerde 1. Protokol'ün 1. maddesinin ihlali de kabul edilmektedir.

LOIZIDOU DAVASI

153318/89 Başvuru numaralı Loizidou-Türkiye davasında Güney Kıbrıs'ta yaşamakta olan başvurucu, 1974 müdahalesinin ardından, Kuzey Kıbrıs'taki mülkünü kullanmadığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 8 ve 1 Nolu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali savını ileri sürmüştür. Mahkeme, bu başvurunun 8. maddenin ihlaline ilişkin bölümünü, **“arazinin üzerinde ev bulunmadığı için konuta saygı hakkının ihlal edilmediği”** gerekçesi ile reddetmiştir. (18.12.1996)

HABERLEŞME HAKKININ İHLALİNE İLİŞKİN

PRATİKLER

Haberleşme hakkının ihlaline ilişkin olarak, ulaşabildiğim, karar aşamasına gelmiş olan tek dava, 11.07.2002 günlü, 20869/92 sayılı DİKME/TÜRKİYE davasıdır. Gözaltında kötü muamele, uzayan gözaltı, tutma nedeni hakkında bilgilendirilmeme, hukuka aykırı yolla delil elde etme ve anne ile görüşmenin engellenmesi nedeni ile haberleşme özgürlüğünün ihlali savları ile açılmış olan bu davada, AİHS'nin 8. maddesinin ihlaline ilişkin istem, reddedilmiştir. Bu nedenle, mahkemenin Türkiye dışındaki birkaç kararına aulla yetinmek zorunda kalıyorum:

SILVER ve DİĞERLERİ DAVASI

Silver ve 6 arkadaşı tarafından açılmış olan bu davada şikayet, mektuplarının cezaevi idaresi tarafından kontrol edilmesinin ve adli

yardım isteyen dilekçelerinin Bakanlığına ulaştırılmayışının (sadece Silver'in istemi), Sözleşme'nin 8. maddesindeki haberleşme ve 10. maddede yer alan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkindir.

Başvurucuların beşi, başvuru tarihinde tutukludur. (1972 tarihinden başlayarak) Biri ise, cezaevinde bulunan bir arkadaşı ile yazışan, ancak bu yazışmalarının arkadaşına ulaşmaması nedeni ile şikayetçi olan bir bayan öğretmendir.

İç hukuka göre, cezaevlerinin idaresi, Cezaevleri Yasası ile İçişleri Bakanlığı'na verilmiştir. Bakanlık, uygulama birliği sağlamak amacı ile “**Sürekli Emirler - Talimat Genelgesi**” çıkarmaktadır. Tüzük gereği, mahkumlar, yakınları ve arkadaşları dışındaki kişilerle haberleşebilmek için İçişleri Bakanlığı'ndan izin almak zorundadır. Ancak, haberleşmenin içeriğine ilişkin de kısıtlamalar bulunmaktadır. Örneğin, mahpus, mektuplarında kendisinin ya da arkadaşlarının, yargılanması ve mahkumiyeti ile ilgili beyanda bulunmaz. Yetkililere saygısızlığa varan ya da cebir tehdidi ya da yakışsız dil kullanamaz. Avukatları ile ise, taraf buldukları dava ile ilgili olarak sansürlü haberleşme iznine sahiptirler.

Şikayete ilgili olarak verilen kararda mahkeme, haberleşme hakkının başvurucular tarafından kullanılmasına, yetkili makam tarafından müdahale edildiğini öncelikle kabul etmiştir. Ancak, bu kararın, anılan maddenin 2. fıkrasındaki istisnalardan birine girip girmediğini araştırmak gerektiğini vurgulayarak, öncelikle müdahalelerin “**Hukuka göre**” yapıp yapılmadığını, bir amaç ve aracın var olup olmadığını ve “**demokratik toplum için gerekli olup olmadığını araştırmıştır**”. Mahkeme, genel prensiplere değinerek ve her mektup için ayrı ayrı irdeleme yaparak şu sonuçlara ulaşmıştır:

- Müdahalenin iç hukukta dayanağı vardır. Bu nedenle mahkeme; müdahalelerin “hukuka göre” olduğu sonucuna varmıştır.
- “Hukuk” yeterince ulaşabilir olmalıdır. Yurttaşlar, belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkındaki yeterli bilgiye sahip olmalıdırlar. Olayımızda Cezaevleri Yasası ve Tüzük yayımlanmış ve olayımızdaki kısıtlamalar yönünden yasa yeterince açıktır.
- Yurttaşların davranışlarını düzeltmelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, hukuk kuralı ola-

rak kabul edilemez. Belirli bir eylemin yaratacağı sonuçlar, durumun makul sayıldığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışma ile önceden görülebilmelidir.

Mahkeme, bu çerçevede, cezaevindeki bazı suçlardan sözeden mektupla, içeriğinde tehdit bulunan mektubun kamu düzenini ihlal edeceği, suç ve düzensizliğin önlenmesi için bu mektupların gönderilmemiş olmasının “**hukuka göre**” olduğu ve “**demokratik bir toplumda gerekli**” olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, geriye kalan 57 mektupla ilgili olarak ise 8. maddenin ihlal edildiği kararı vermiştir. Bu kabul de, yapılan kısıtlamaların “**demokratik bir toplum için gerekli olmadığı**” gerekçesine dayandırılmıştır.

Konsolosluga yazılan mektubun, üç haftalık bir süre ile gecikmiş olduğuna ilişkin şikayet ise 8. maddeyi ihlal edecek ağırlıkta görülmemiştir.

Mahkeme, aynı kısıtlamalarla ilgili olarak, 10. maddenin incelenmesine gerek olmadığına, çünkü haberleşme özgürlüğünün 8. madde ile özel olarak koruma altına alındığına karar vermiştir.

KLASS VE DİĞERLERİ DAVASI

Avukat, yargıç ve savcı olarak görev yapmakta olan beş başvuru-cu, Alman Anayasası'nın 10/2. fıkrası gereği çıkarılan 13.08.1968 günlü “**MEKTUP, POSTA VE TELEKOMİNİKASYON GİZLİLİĞİNİN SINIRLANMASI HAKKINDAKİ**” Yasa'nın sözleşmeye aykırılığı'nı iddia etmişlerdir. (5029/71)

Başvurucuların iddiası, devletin bu yasa ile denetim tedbirleri almasına ilişkin değildir. Onlar,

“**Yasa'nın, her denetimden sonra ilgili kişilere bilgi vermekte yükümlü tutulmamasına, bu önlemleri alma yetkisi verilmesi ile bu tür önlemlerin alınmasına ve uygulanmasına karşı mahkeme önünde hak arama özgürlüğü vermemiş olmasına**” itiraz etmektedir.

“**Mağdur**” statüsünün de tartışıldığı bu davada, Mahkeme, devletin denetime aldığı kişiyi bilgisi dışında ve itirazı mümkün olmayacak biçimde gizli izlemesi halinde, 8. maddenin büyük ölçüde denetimsiz kalacağına işaret etmektedir. Komisyon ve mahkeme, bu olayda “**müdahalenin varlığını**” kabul etmiş bulunmaktadır.

“Müdahalenin meşruluğu, konusunda ise mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınmış olan hakka istisna getirilmiş olduğundan dar yorumlaması gerektiğini, gizli izlemenin bir polis devleti niteliği olduğunu, bu nedenle ancak, demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabileceğini” belirtmektedir.

Müdahalenin hukuka dayalı olduğu da mahkemece kabul edilmiştir.

Mahkeme, müdahalenin amacının, ulusal güvenlik ve suçun ve düzensizliğin önlenmesi olduğunu da kabul etmektedir.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunda da “Avrupa’da casusluk ve terörün” urmanmakta olduğu saptaması ile ulusal planda varolan tehditten kurtulmak için anılan yasal düzenlemenin gerekliliği yargısına ulaşmıştır.

Mahkeme; ayrıca, Sözleşme'nin “Başlangıç” bölümüne atıf yapılarak “Temel Özgürlüklerin, bir yandan etkin bir siyasal demokrasi, diğer yandan etkin bir anlayış ve Sözleşmecî devletin dayandığı insan haklarının yerine getirilmesi ile korunabilir.” saptamasını yapmaktadır;

“Bunun 8. madde için anlamı şudur: Birinci fıkrada garanti edilen hakkın, birey tarafından kullanılması ile, 2. fıkraya göre, demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ibtiyâc arasında denge yaratmaktır.”

Mahkemeye göre, dava konusu olayda bu denge korunmuştur.

BELÇİKA DİL DAVASI

8. maddeye ilişkin bir başka örnek olay da BELÇİKA DİL DAVASI'dır. Başvurucular; Belçika vatandaşı olan anne ve babalardır. Beş aile, yasal olarak FLAMANCA konuşulan bölgede, bir aile ise “özel statülü” ayrı bir bölgede oturmaktadırlar. Belçika devleti, 1. grup için Fransızca eğitim veren okullar açmamakta, 2. grup için ise açılan okullar yetersiz kalmaktadır. Oysa başvurucuların tümü de Fransızca konuşmaktadırlar. Devlet, Fransızca eğitim veren diğer okullara destek vermemekte ve denkliğini de kabul etmemektedir. Aileler, çocuklarını kendi inanç ve dillerine uygun eğitim veren okullara göndermek istediklerinde, yerleşim alanlarının çok uzağında

olan Brüksel Büyükşehir Bölgesi'ne ya da Fransızca eğitim yapan bölgelere göndererek “**Eğitim Göçü**” sorunları yaşamaktadırlar.

Anılan başvuruda Mahkeme; 8. maddenin ihlal edildiği savını yerinde görmemiştir. Kabul ettiği tek hukuka aykırılık, 1. Protokol'ün 2. maddesine dayalı olarak 14. maddenin ihlali olmuştur.

Belçika Anayasası'nın 23. maddesine göre, Belçika'da konuşma dili tercihe bağlıdır. Kamu kurumlarındaki işlemlerde kullanılacak dil, yasayla gösterilir.

17. maddeye göre ise “**Eğitim Hakkı Kısıtlanmaz**”

Başvurucular, 1. Protokol'ün 2. maddesindeki eğitim hakkına ve 8. maddeye aykırılık olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvurucuların savı, çocuklarını aile ortamından uzak bir bölgeye göndermek zorunda kalan ailelerde, aile düzeninin bozulacağı yolundadır. Ancak, bu durumun yaratılmasında devletin sorumluluğunu mahkeme kabul etmemiştir.

Yukarıda sunmaya çalıştığım örnekler, mahkemenin, temel kuralları dikkate alarak her özel olayla ilgili farklı kararlar verdiğini kanıtlamaktadır.

Türkiye açısından yoğun başvuru yaşanmadığını ifade ettiğimiz 8. maddenin, iç hukukumuzda önemli korunakları olduğu açıktır. Bu nedenle beklentimiz avukatlar ve yargıçlar olarak öncelikle 8. maddenin iç hukukumuzda temel dayanak alınması böylece, ülkemizin AIHM'si önünde mahkumiyetinin önlenmesidir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

- A.İ.H.M'nin Türkiye'ye İlişkin Kararları
Prof. Dr. M.Semih Gemalmaz
- İnsan Hakları Avrupa İçtihatları
Doç. Dr. Osman Doğru
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995 - 2000)
Osman Doğru - Atilla Nalbant
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları 1. Cilt
Doç. Dr. Osman Doğru

BEŞİNCİ OTURUM TARTIŞMALARI

OTURUM BAŞKANI: Işıl ULAŞ (Yargıtay II. Hukuk Daire Başkanı) Seçkin konuklar, biz ekip olarak, bize tanınan süre içerisinde tebliğlerimizi tamamladık. Şimdi sizlere tanınan 25 dakikalık süre içerisinde, sizin de bu süreyi en iyi kullanacağınızdan emin olarak tartışma bölümünü açıyorum.

ALİ RIZA GÜDER- Benim sorum, Sayın Yıldırım'a. Bir insanın ismi, istediği ismi kullanabilmek, özel hayatının en esaslı unsurlarından biri. Benim merak ettiğim, bu boyutta mahkeme, 8. Madde çerçevesinde takdir yetkisi kullanırken, daha geniş sınırlar içerisinde bir takdir yetkisine mi sahip olmalı, yoksa medya özgürlüğünde olduğu gibi daha dar sınırlar çerçevesinde mi?

Şöyle bir örnek vereyim: Guillot ile Fransa arasındaki davayı bilirsiniz. İsmi "Marie de Fleur" olarak koymak istemiş; fakat "Marii de Fleur" olarak konulmuş ve mahkeme karar verdiğinde "de" ekinin olmamasının -saffiont in continius- başvuran aleyhinde çok zaruri, çok önemli bir rahatsızlığa sebep olmadığını, bir eksikliğe sebep olmadığına hükmetmiş. Şimdi, özellikle Kürtçe isim tartışmalarında böyle bir yaklaşım, idareye tanınan böyle bir takdir yetkisi mesela idare tarafından kötüye kullanılabilir, yanlış kullanılabilir. Mahkemenin böyle bir yaklaşımla başvuranın değil de üye ülkenin duruşunu esas alması, sizce takdir yetkisinin aşılması veya takdir yetkisinin bir anlamda üye ülkelere çok geniş sınırlar dahilinde verilmesi anlamına gelmiyor mu?

GÜLŞEN YILDIRIM- O bahsettiğiniz karar Fransa'ya yönelik bir karardı ve o kararda anne ve baba çocuklarına "Fleur de Marie" adını vermek istiyorlardı. Fleur de Marie, Fransız edebiyatında tanınmış bir yazarın Eujène Sue eserinden kaynaklanıyordu ve Fransa'da mahkemeler, bu adın çocuğun yararına olmadığına karar vermişlerdi. Kanun değişimi nedeniyle, Fransız mahkemeleri bir ortam bulmaya çalıştılar ve "Fleur Marie" adını verdiler. Strasbourg Mahkemesi adın, özel hayata bağlandığını tabii ki yeniden hatırlatıyor; ama o kararda bir kişinin özel hayatına dokunmadığı sonucuna varıyor; çünkü Fransız mahkemeleri bir ortam bulmaya çalışmışlar ve bu,

8. Maddenin 2. Paragrafına değiniyor. Özel çıkarların ve arkasından kamu çıkarlarının arasında bir ortam bulduğu için, İnsan Hakları Mahkemesi onu ihlal edemiyor; ama bu demek değil ki mahkeme, bu konularda, soy adlarda kendi görüşünü veriyor. Sadece bir ortam bulmaya çalışıyor.

OTURUM BAŞKANI- Buyrun, Sayın İhsan Demirkıran.

İHSAN DEMİRKIRAN- Benim sorum da Gülşen Yıldırım Hanımefendiye.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinde, bizim Anayasamızda, “Herkes, özel hayatına, aile hayatına saygı göstermeye zorunludur” diyor. Bir somut olayda; bir boşanma davasında davacı, eşi hakkında açtığı davada iki tane tanık gösterdi; ama o iki tane tanığın bilgisi yoktu. Delil listesinde de, hanımının tuttuğu günlük deftere istinat etti. O günlük defterde Adem ismindeki kayınbiraderine ilanı aşk ediyor, onunla geçirdiği günlerin çok tatlı olduğunu söylüyordu. İşte bunu delil olarak sundu. Karşı taraf; “Bu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesine, Anayasanın belirgin hükmüne aykırıdır, o nedenle delil olarak ileri sürülemez” dedi.

Bilindiği gibi “zehirli ağacın meyveleri” olarak ifade edilen bu delillerin, yine Ceza Usulü Yasasının 254/2. Maddesinde hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin, delil olarak değerlendirilemeyeceği yazılı. Bizim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda böyle bir açık hüküm yok.

Şimdi bir de Hıristiyan kültüründe çokça yer alan not defteri var. Biliyorsunuz Hıristiyan kültüründe, bu günlükte kişiler, geçmişte olan bütün gizli hayatlarını oraya yazarlar, günah çıkartmaya gittiği zaman da o defteri yanlarında götürürler. İşte bizde şimdi o hanımefendinin tuttuğu günlük defteri, o Hıristiyan kültüründe yer alan hatıra defteri, günlük defteri anlamında mıdır? Bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde hukuka uygun bir delil olarak düşünülüyor mu?

Ayrıca bu somut olayda şöyle bir özellik vardı: Bu defter kilitli bir yerden değil. Kadın, evi terk ettiği zaman, komidinin üzerinden alınıp getirilen bir defter. Davalı da gizli yerden alındığını söylemişti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür olaylarda nasıl değerlendirme yapıyor?

Teşekkür ederim.

GÜLŞEN YILDIRIM- Biraz önce değindiğimiz konuya geliyoruz. Bu 6. ve 8. maddenin arasındaki sınırı bulmak zor; çünkü bir yönden gerçeği öğrenmek, bir yönden de o gerçeği, insanın özel hayatını çignemeden bulmak zor. Onun için benim bildiğim kadar kararlarda İnsan Hakları Mahkemesi, “özel hayattan alınan bir şey kullanılmaz” diye öngörüyor. 8. madde, 6. maddeye göre daha üst bir seviyede; çünkü o 8. Maddede konu insan. 6. maddede devletin yargısı konu olduğu için, en önemlisi insanın korunması ve bu tür şeylerin özel hayata dokunduğu için 8. madde daha üstte görünüyor.

Tabii gelecekte belli olmaz; çünkü dediğim gibi 6. Maddede gerçeği bulmak için çaba gösterilmesi gerektiğini söylüyor. Zaten özetine bakarsınız 8. maddede bir **lojik** bulmak aslında çok zor. Bir gün böyle gidiyor, birkaç sene sonra mahkeme başka bir karar daha veriyor; yani tabii ki gelecekte 6. madde, üste konulabilir.

OTURUM BAŞKANI- Seçkin konuklar, bize ayrılan süreyi en kısa zamanda tamamlamış bulunuyoruz.

Ben, bu arada iki konuya değinmek istiyorum. Birincisi; tebliğ sahiplerinin. Hepsine teşekkür ediyorum; ama teşekkürle birlikte kutlamak istediğim bir konu var. Sayın Yıldırım, hukukun beşiği ve harman olduğu Fransa gibi bir ülkede, çok genç yaşta doçent seviyesine ulaşmış. Bu sebeple ben kendisini özellikle kutluyor ve başarısının devamını diliyorum. (Alkışlar)

GÜLŞEN YILDIRIM- Ben, Fransa ve Türkiye'deki sistemleri tanıdığım için şunu söylemek istiyorum: İnsan haklarına uymak zaman ister; ama problem olan şu: Avrupa, uzun yıllarda geldiği seviyeye, Türkiye'nin hemen gelmesini istiyor. Onun için bu konuda Türkiye'nin iyi bir geleceği olduğuna inanıyorum; ama Avrupa'nın, Türkiye'ye zaman tanınması gerekiyor. Mesela Fransa örneğini ele alalım; Fransa'nın o seviyeye gelmesi 200 yıl sürdü. Demokrasinin kavranması, 1789'dan başlıyor. Onun için zamanla; yani insan hakları hukuku üzerine böyle sempozyumlarla o seviyeye varmaya çalışacağız. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Değerli ve seçkin konuklar, ikinci değinmek istediğim konu da, şu tebliğlerden ve tartışmalardan gördüğümüz kadarıyla ne Avrupa'da, ne ülkemizde, burada tartışılan aile, haberleşme sorunları hâlâ bir çözüme kavuşmuş değil; tartışılıyor. Bunlar, insanlık tarihiyle eşdeğerli kavramlar. Umuyorum ki belki bu yüzyılda değil; ama bu milenyumda bütün bu sorunlar çözülür.

Hepinize teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NİN 9, 10 VE 11. MADDELERİNİN YORUMU

Emmanuel DÉCAUX*

Avrupa Sözleşmesi'nin 9, 10 ve 11. maddelerinin hükümleri klasikdir. Bu hükümlerin ortak noktasını, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin merkezinde yer alan, en içsel ile en dışsal, bireysel ve toplu hakların arasında bir menteşe rolü oynayan "kamu özgürlükleri" oluşturur. Din özgürlüğünün olmadığı yerde "vicdan özgürlüğü" olamayacağı gibi, özgür basın olmaksızın da ifade özgürlüğü, siyasi çoğulculuk olmaksızın dernek kurma özgürlüğü olamaz. Dolayısıyla söz konusu olan sadece -mülkiyet hakkı, özel hayat ve aile hayatına saygı gibi - medeni haklar veya özel özgürlükler değil, aynı zamanda "siyasi haklar"dır da. Bununla birlikte, bu üç maddenin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle - Sayın Gülsen Yıldırım'ın başarıyla üzerinde durduğu - ortak noktası, "demokratik toplum"da bu özgürlüklerin uygulamasına getirilen açık sınırlamaları ele almasıdır. Toplum içinde kullanılan bu haklar başka haklarla olduğu kadar, kamu düzeni ve genel çıkar gereklerine cevap veren bazı toplumsal değerlerle de sınırlanmaktadır..

Bu diyalektik yaklaşımın özgünlüğünün vurgulanmasında yarar vardır, çünkü Fransız Devrimi geleneğinde, her hangi başka bir açıklamada bulunulmaksızın, özgürlüğün mutlak düzenleyicisi olarak -genellik ve eşitlikle tanımlanan Rousseaucu anlamda- yasaya auita bulunmaktadır, oysa 1948 Evrensel Beyanname, ilan edilen hakların sınırlanması ile ilgili olarak, " *Demokratik bir toplumda (...) yasa ile belirlenmiş sınırların*" ilk defa vazedildiği 29. maddesinin genel hükümleri dışında muğlaktu. Buna mukabil Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Antlaşmasının 2. fıkrasında, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

* Pantheon-Assas Paris II Üniversitesi Profesörü

(madde 18), ifade özgürlüğü (madde 19), toplanma özgürlüğü (madde 21) ve dernek kurma özgürlüğü (madde 22) kapsamlı bir şekilde ayrıntılandırılmaktadır

Sınırlama hükümleri çeşitli olabilir, ancak "demokratik toplum" kavramına gönderme, daha çok siyasi hakları içeren 21 ve 22. maddelerle bağlantılı olarak yapılmaktadır. Antlaşma ile Avrupa Sözleşmesi arasındaki bu fark sadece zaman içinde birkaç yıla ölçülmez, bu aslında gerçek anlamda bir demokrasinin¹ tanımını yapmayı kolaylaştıran bir siyasi ortam farkıdır. Sözleşmenin ilgili üç maddesinin metninde, söz konusu özgürlüğün "sadece demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla yapılan kısıtlamalara tabii olduğu...", ibaresinin, hakka göre ufak nüanslarla bir leitmotiv gibi işlendiği görülmektedir.

Bu karşılaştırmalar ve farklılıklar bizi, Avrupa Mahkemesinin bu her üç hükümle ilgili ayrı ayrı yaptığı yorumları incelemeye sevk ediyor. Üstelik Mahkeme bu konuda son derece zengin bir içtihadı sahip; maddelerin her biri kendi içinde de alt haklara ayrılmış: yayıncılık ve yazılı basın rejimi, sinema ve görsel-ışitsel basın rejimi değil, dernekler rejiminin, ne sendikalarınkiyle, ne de siyasi partilerininkiyle bir ilgisi var. Ama işte, ağaçlara bakarken ormanı kaçırmamak için bizi yorumun ortak paydalarını araştırmaya iten de bu zenginlik.

İlgilendiğimiz maddelerin yanı sıra kuşkusuz 8. maddeye has olan, aynı zamanda, Antlaşmanın dağınık bir şekilde kaleme alınmış olmasına mukabil sistematik kapsamıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin de bir özelliği olan bu ortak nokta, «demokratik toplum»² kavramı aracılığıyla, insan haklarıyla hukuk devleti arasında tesis edilen güçlü bağıdır. Dahası, Avrupa yargıçları, çok daha önemli bir dizi meşru hedef arasında boğulup kalmış olan ve 9. maddenin son cümlesindeki basit ifadesiyle «*Kamu güvenliği, düzenin korunması, sağlığın veya kamu ahlakının, veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*»nın kısa zamanda kapsamını genişletecektir. Avrupa Konseyi'nin kuruluş antlaşması ve Avrupa Sözleşmesinin dibacesi uyarınca, «demokratik toplum» kavramını, Mahkemenin³ yorumlama yöntemleri-

¹ Bkz. Marc Bossuyt, *Guide to «the Travaux Préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, 1988.

² Bkz. Avrupa Konseyi'nin Selanik toplantısında Olivier Jacot Gillarmod'un raporu, *Democratie et droits de l'homme*, Engel, 1990.

³ Ortak tablolardan birlikte faydalanabiliriz, örneğin Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8. baskı, Sirey, 2002, Michel de Salvia, *Compen-*

nin merkezine oturacaktır. Gerçekten de, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihadı, bu maddeleri yorumlamak için, bir taraftan bu hakların demokratik toplumun temeli olarak öneminde ısrar ederken (I), diğer taraftan yine demokratik toplum çerçevesinde bu haklara sınırlamalar getirmek (II) gibi çifte bir hareket tarzı benimseyecektir.

I - Demokratik bir toplumun temeli olarak haklar.

Her ne kadar söz konusu haklar, -yaşam hakkı işkencenin yasaklanması ve şüphesiz, dolaylı olmakla beraber diğerleri kadar gerekli olan adil yargılama hakkı gibi-özünde mutlak, istisna kabul etmeyen hakların karşısında, göreceli görünüyor da, demokratik bir toplumda temel haklarıdır. Zaten bu bütün insan hakları için geçerli değil midir? Mülkiyet hakkı uzun süre vatandaşlığın bir şartı olarak görüldü, erkeklerin ayrımı olmadan bağımsız bir adalet nasıl tahayyül edilebilir ki? Ama burada, hem Avrupa Sözleşmesinin lafzı hem de Strazburg Mahkemesinin yorumu daha kuvvetli bir ilişkiyi vurguluyor gibi görünüyor. Ancak bu nitelimenin özgünlüğü, diğer haklara göre muhtemel özgüllüğünün ve bu şekilde nitelenen mümkün farklılaşmanın sorgulanması gerekir. Başka bir deyimle bu nitelime sadece bu haklara mı dairdir, yoksa, tüm haklara mı kapsıyor ?

¹⁰/ Başından itibaren, Strazburg organları, «demokratik toplum» kavramını hem lafzına hem ruhuna atıfta buldukları Sözleşmenin merkezine yerleştireceklerdir. Bunu yaparken, «gerçekten demokratik bir siyasi rejimi», aynı «hukukun üstünlüğü» kavramıyla birlikte kullanan dibaceyi temel alarak, AGİT'in, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları klasik üçlüsünün öncüsü olacaklardı⁴. "Demokratik toplum"a yapılan genel göndermeler dibacenin zikredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Ancak içtihat geliştikçe daha özgül ve daha çeşitli göndermeler ortaya çıkacaktır. Wilde davasından itibaren, Mahkeme, söz konusu maddede zımni olarak ifade edilmesine rağmen «demokratik toplum» kavramına gönderme yapacaktır : «özgürlük hakkı, sözleşme anlamında "demokratik bir toplumda", kişinin 5. maddenin 4. fıkrasında hükümlerinden yararlanma hakkından vazgeçemeyeceği kadar

dium de la CEDH, Engel, 2003, Frédéric Sudre, Jean-Pierre Margénaud, et al, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ki.. Thömis, PUF, 2003.

⁴ AGİK, Emmanuel Decaux, CEP üniversitesi, n°1 12, İletişim Yayınları- Presses universitaires de France, İstanbul, 1993.

önemlidir ... (...)»⁵. Eğitim gibi kimi bazı alanlar da, aynı şekilde zımnen bu kapsama girmektedir, zira Mahkeme, «Sözleşmenin tasarladığı anlamda "demokratik bir toplum"un muhafazası için esas olan eğitimin çoğulculuğu ihtimaline» gönderme yapmaktadır⁶.

Bu kavramın, değişik alanlarda, her yerde hazır ve nazır olduğunun çok zengin örnekleri vardır. Brogan davasında, Mahkeme «Sözleşmenin dibacesinin, açıkça atıfta bulunduğu» ve "Sözleşmenin tamamına ilham veren hukukun üstünlüğünü" «demokratik bir toplum»un «temel ilkelerinden» biri olarak niteleyerek, genel felsefesini hatırlatmıştır⁷. Lingens kararının da özetlediği gibi, demokratik toplum kavramı «Sözleşmenin tamamına hakimdir»⁸.

2^o/ Bu sıradanlaştırılma ayininden sonra, demokratik toplum kavramının açık bir şekilde vazedildiği Sözleşme maddelerinin özgülüğü konusunda kendimizi sorgulayabiliriz. Kavramın ortaya çıkışını daha iyi anlamak için kronolojik sırayı takip edersek, ilk olarak 10.maddede, Handsyde davasının meşhur ilkeler gerekçesinde karşımıza çıktığını görürüz. Sonradan bütün içtihadta bir leitmotiv haline gelen bu bölümde şöyle deniliyordu: «Gözetim rolü Mahkemeye «demokratik bir toplum» a has ilkelere azami dikkat etmesini emreder». İfade özgürlüğü, böylesi bir toplumun esas temellerinden ve ilerlemesinin ve her bireyinin gelişmesinin birincil koşullarından biridir. Bu, 10 maddenin 2. fıkrası saklı kalarak, sadece teveccüh edilen ya da zararsız ve kayıtsız kalınan «bilgiler» ve «fikirler» için değil, devleti veya toplumun herhangi bir kısmını inciten, rahatsız eden veya endişelendirenler için de geçerlidir. İşte «demokratik toplum»un vazgeçilmezleri çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlik bunu gerektirir»⁹.

Bu formülün başına da uygulandığını, Mahkemenin urnak açmadan kendine şerh düştüğü, Sunday Times'ın ilk davasında görüyoruz :

«Handsyde kararında da söylendiği gibi, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esas temellerinden birini oluşturur; bu, 10 maddenin 2. fıkrası saklı kalarak, sadece teveccüh edilen ya da zararsız ve kayıtsız kalınan «bilgiler» ve «fikirler» için değil, devleti veya toplumun herhangi bir kısmını inciten, rahatsız eden veya endişelendirenler için de geçerlidir (s.23, 49. fıkra). Bu

⁵ 18 Haziran 1971 tarihli karar (esas), n°12, §.65.

⁶ 1 Aralık 1976 tarihli karar, n°23, §.50.

⁷ 29 Kasım 1988 tarihli karar, n°145 B, §.58.

⁸ 8 Temmuz 1986 tarihli karar, n°103, §.42.

⁹ 7 Aralık 1976 tarihli karar, n°24, §.49.

ilkelerin basın için de özel bir önemi vardır. Ve adaletin yönetimini alanında da uygular. (..)»¹⁰.

Aynı anda 8. madde de, aynı şey, Mahkemenin bir hukuk devletinin «demokratik kurumları» ile «demokratik değerlerini», «Polis devleti» uygulamalarının karşısına çıkardığı Klass kararıyla yaşadı¹¹.

9. madde bağlamında demokratik topluma açık auf daha sonra ortaya çıkacaktır. Kokkinakis kararına göre : «9. maddenin koruduğu şekilde, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü Sözleşme anlamında «demokratik bir toplum»un temellerinden birini oluşturur; dini boyutuyla, inanmalarının kimliği ve hayat görüşlerinin temel unsurları arasında yer alır, ama tanrıtanımazlar, bilinmezçiler, kuşkucular ve kayıtsızlar için de değerlidir. Böylesi bir toplumla aynı öze sahip olan -ve yüzyıllarda ağır bir bedelle fethedilen- çoğulculuk bunu gerektirir¹²».

11. madde bağlamında kutsanma da geç olmuştur, halbuki ek protokolün 3. maddesinin güvence altına aldığı serbest seçim hakkının kullanılmasıyla, büyük kamu özgürlüklerinin, dernek kurma ve barışçıl toplanma hakkının kullanılması arasındaki ilişki barizdir. Bu ilişki, Türkiye'yle ilgili son davalardan bahsedilirken hatırlanacağından, benden sonra gelecek konuşmacıların konularına girmek istemem. Sadece Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında, Mahkeme bütün içihadının bir sentezini yaparak hatırlatmaktadır:

«Demokrasi kuşkusuz «Avrupa kamu düzeninin» temel unsurlarından biridir (Loizidou kararı, §.75). Bu önce, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin zeminin bir taraftan gerçekten demokratik bir siyasi rejim, diğer taraftan da insan haklarına ortak saygı olduğunu beyan ederek Sözleşme ile demokrasi arasında son derece sarıh bir ilişki kuran Sözleşmenin dibacesinden kaynaklanır (Klass ve diğerleri kararı, §.59). Ardından aynı dibace, Avrupa devletleri, ideal ve siyasal gelenekler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirasa sahiptirler, demektir. Mahkeme bu ortak mirasta Sözleşmenin değerlerini görmüş (7 Temmuz 1989 tarihli Soering /Birleşik Krallık kararı, A serisi, n°161, §.88); müteaddil defalar bunun demokratik bir toplumun, değer ve ideallerini korumaya ve yaymaya yönelik olduğunu hatırlatmıştır (7Aralık 1976 tarihli Kjeldsen bisk Madsen ve Pedersen/Danimarka kararı, n° 23, §.53 ve Soering, §.87). Ayrıca Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri, vazettikleri hakların kullanılmasi-

¹⁰ 26 Nisan 1979 tarihli karar, n°30, §.65.

¹¹ Bkz. Sayın Yıldırım'ın tebliğinde değinilen, 4 Temmuz 1978 tarihli karar, n°28.

¹² 25 Mayıs 1993 tarihli Karar, n°260 A, §.31.

na müdahalelerin «demokratik bir toplumda gerekli» olma ölçütü içinde değerlendirilmesini gerektirir. Bu haklardan herhangi birine müdahaleyi gerektirecek tek gereklilik, «demokratik bir toplum» gerekçesi olabilir. Böylece demokrasi, Sözleşmenin öngördüğü ve kendisiyle uyumlu tek siyasi model olarak ortaya çıkmaktadır»¹³

3° Ama eğer bu kavram her yerde kullanılıyorsa, o zaman sıradanlaşması riskini sorgulamak gerekir. Kavramların iç içe girmesi, Mahkemenin, «yorumunun hem Protokol"ün 2. Maddesinin ilk cümlesiyle, hem Sözleşmenin 8. ve 10. maddeleriyle, hem de Sözleşmenin, demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin koruma ve geliştirmesini amaçlayan ruhuyla bağdaştığına»¹⁴ işaret ettiği ve daha önce zikredilen Danimarka davasında görülmektedir. Ancak Mahkemenin, birden fazla ilke söz konusu olduğunda gizlice yeni bir haklar hiyerarşisi tesis ederek, Sözleşme «ruhunu» genelleştirmekten kaçındığı görülmektedir. Bu tür karmaşık hakemlikler, haklar arasında öncelik veya tesisi zor eşitlik konularında, bazen çelişkili, bazen de eleştirilen değişik şekiller alabilir.

Bazen, kamusal bir hizmet olan adaletin bir unsuru olarak bir avukatın ifade ve açıklama özgürlüğü konusunda 10. ve 11. maddelerle ilgili Ezelin davasında da görüldüğü gibi, Sözleşmenin iki maddesine ortak gönderme güvence altına alınan hakların güçlendirilmesine katkıda bulunmaktadır. «Uygulama alanının özgüllüğü ve özerk rolüne rağmen, 11. madde, bu davada 10. maddenin ışığında ele alınmalıdır (...). 10. maddenin güvence altına aldığı kanaatlerin korunması 11. maddenin vazettiği şekliyle barışçıl toplantı düzenleme özgürlüğünün kapsamına girer.»

Mahkeme yaptığı bir tür karışımla, meslek gereği her türlü çekişmeyi ve deontolojik mahremiyet zorunluluğunu bertaraf etmektedir : «bu davada barışçıl toplanma ve ifade özgürlüklerinin arasındaki sıkı ilişki bağlamında; orantılılık 11. maddenin 2. fıkrasında sıralanan amaçların amir gerekleri ile sokakta veya diğer kamusal yerlerde toplanan kişilerin söz, hareket ve hatta susarak serbestçe ifade etme özgürlüklerinin amir gerekleri arasında bir denge kurmayı emreder.»¹⁵ Daha da ileri giderek, Mahkeme, sendika özgürlüğü ile ilgili Sigurdur A Sigurjonsson davasında, 9., 10. ve 11. maddeleri sıkı bir şekilde irtibatlandırmıştır: «Dolayısıyla Mahkeme, 11. maddenin 9. ve 20. maddeler ışığında değerlendirebileceği

¹³ 30 Ocak 1998 tarihli karar, Rec.1998 t.I, I, §.45.

¹⁴ 7 Aralık 1976 tarihli karar, n°23, §.53.

¹⁵ 26 Nisan 1991 tarihli karar, n°202, §.37 et §§. 51-52.

kanaatindedir : Kişisel kanaatlerin korunması, güvence altına alınan toplantı özgürlüğünün hedefleri arasında yer alır»¹⁶.

Başka durumlarda, 9. ve 10. maddeleri özgürlükler arası bir nevi «pozitif ihtilaf» olarak ele alan Otto Preminger Institut davasında olduğu gibi, güvence altındaki haklar rekabet halinde gözükabilir. Bunu yaparken, Kokkinakis kararından yola çıkan ve önceliği dine veren Mahkeme, ibareyi alırken inanmayanlara yapılan göndermeyi atlayarak ve Handyside içtihadını yok sayarak «9. maddenin güvence altına aldığı hakkın barışçıl kullanımını» vurgulamayı amaçlamıştır, oysa dava konusu olan bir sinema kulübün geç programlanmasının bu «barışçıl kullanımı» ihlal edici bir tarafı yoktur. «*Demokratik bir toplumun özelliklerinden biri olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli ihlaline*» değinen Mahkeme : «*Sözleşme bir bütün olarak okunmalıdır ve, dolayısıyla, 10. maddenin bu davada uygulaması ve yorumu Sözleşmenin mantığıyla uyumlu olmalıdır*»¹⁷.

II - Demokratik bir toplumda hakların sınırları.

Üstelik, bazen çelişkili olabilen ilkesel doğrulamaların ötesinde, esas olan hakların uygulamasıdır. Bu meyanda, sanki bu iddialı sözler bazen devletlere bırakılan «ulusal takdir marjı»nın neden olduğu ufak sancuları saklayan sis perdeleriymiş gibi, Mahkemenin beyan ettiği ideal ilkeler ile aldığı somut kararlar arasında sıkça farklılıklar bulunabilir. Bu açıdan, Handyside kararı, davanın sonunda günahlarını daha iyi affedebilmek için, devletlere çoğu zaman tımturaklı vaazlar verir gibi görünen Mahkemenin tipik bir yöntemidir¹⁸. Ani içtihat değişiklikleri ve sert mahkûmiyetler yerine, tedrici bir gelişmeyi tercih eden Fransız Danıştay'ından esinlenen bu ihtiyatlı yöntemin bir yerlerinde pedagoji kaygısı da vardır. Ancak, Otto Preminger ve Jersild kararlarında olduğu gibi, bazı uç vakalarda iki benzer karar arasındaki çelişki, sadece «ulusal takdir marjı» ile açıklanamaz. Mahkemenin yaptığı yerindelik denetimi kazüistik olmaktan kurtulamakta ve Avrupa içtihadı, Mahkemenin iç hukuklardan talep ettiği öngörülebilirliğini kısmen kaybetmektedir.

¹⁶ 30 Haziran 1993 tarihli karar, n°264, §.37.

¹⁷ 20 Eylül 1994 tarihli karar, n°295 A, §.47. Bu kararla ilgili bir tartışma için, bkz. Budapeşte toplantısı «Kültürel Haklar» raporu, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* cilt.38-A, Nijhoff, 1995.

¹⁸ Bkz. Sanatsal özgürlük eleştirisi üzerine çalışmamız, "On the freedom of the author and the artist", in Halina Niec (ed), *Cultural Rights and Wrongs*, Unesco, 1998

Mahkeme, müdahalenin yasallığını, 2. fıkranın lafzına dayanan ve herkesçe bilinen : yasal niteliğe sahip olması, belirlenen amaç açısından meşru olması ve nihayet demokratik bir toplumda gerekli olmasıyla belirleyen üçlü bir mantık geliştirmiştir. Ancak, çoğu zaman belirleyici olan, Mahkemenin, uygulamada «kesinlikle gerekli»nin yorumunu en uç noktaya götürdüğü ve burada da yine Fransız Danıştayı gibi, ulusal yargıçların geliştirdiği orantılılık kavramına oldukça yakın bir kazüistik muhakeme tarzı getirdiği, bu aşamadır.

19/ Sadece resmi yasayı - parlamentonun onayladığı yasa- değil, yazılı olmayan hukuk da dahil olmak üzere maddi hukuku da hedef alan içtihadın, özerk bir kavram olduğunun altını çizmekten öte, müdahalenin yasallığı konusunda daha uzun ısrar etmenin gereği yok. Bu içtihat zaten *common law* devletlerinde uygulandığı gibi yazılı yasalara sahip olan ülkelerde de uygulanıyor¹⁹. Böylece, özellikle ulaşılabilirliği ve öngörülebilirliği açısından, yasanın niteliğinin altı çiziliyor. Tüm bunlar zaten çok iyi bilinen ve daha önce hatırlatılmış olan kavramlar.

Ama bu, Fransa'da halen kamu hizmetlerinde, özellikle de milli eğitimde gösterişçi dini simgelerin kullanılmasının yasaklanması ile ilgili tartışmanın, sadece, Mahkemenin Başkan yardımcısının ulusal bir tartışmaya alışık olunmayan müdahalesinin basına yansıtımından anlaşılabilirliği gibi, bir yasa çıkarılıp çıkarılmamasının yerindeliği üzerinde olmadığı demektir²⁰. Esas mesele, yasa yapma gerekliliği değil, hukuk güvenliğidir. Ancak yasanın kendisi de Sözleşme maddelerinin 2. fıkralarında vazedilen ölçütlere cevap vermelidir.

20/ İchtihattaki ikinci ölçüt, müdahalenin meşruiyetidir. Bu açıdan, 2 fıkraların hükümleri okunduğunda belli bir muğlaklık izlenimi vermektedir. Özet bir tablo, bu maddelerin kaleme alınırken yazılan kasıtlı ya da kasıtsız varyantları kavramamız yardımcı olacak.

Sınırlamaların, çerçevelerinin dar ya da tersine geniş olmalarına göre, farklı olduklarını vurgulamakta yarar var. 9 maddenin 2. fıkrası sadece «*din ve inancını açıklama özgürlüğü*»nü kapsıyor, başka bir deyimle öngörülen sınırlamalar, güvence altındaki hakkın diğer bileşenlerini, yani en içsel - «*din veya inanç değiştirme hakkı*» da dahil olmak üzere «*düşünce, vicdan ve din özgürlüğü*» alanı - ile en dışsalı kapsamıyor. 2. fıkranın aksine 10. madde, «*görev ve sorumluluklar*» içeren ifade

¹⁹ 24 Nisan 1990 tarihli karar, n°176 A ve B.

²⁰ *Le Figaro*, 17 Kasım 2003.

özgürlüğünün kullanılmasının yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara tabi olabileceğini vurgulayan özel bazı hükümler içermektedir». Nitekim, 10. maddenin 1. fıkrası «Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir» der. Aynı şekilde 11. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde de, «*Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir*» denmektedir.

Değişik fıkralarda sıralanan meşru hedeflerin kısa bir karşılaştırmasını yapmak faydalı olacaktır. 8. madde aşağıdaki hedefleri içerir:

- Ulusal Güvenlik,
- Kamu Güvenliği,
- Ülkenin ekonomik refahı,
- Dirlik ve düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi (*prevention of disorder or crime*),
- Ahlak veya sağlığın korunması,
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.

Düşünce özgürlüğü ilkesine atfedilen temel kapsayıcılığına uygun olarak, en kısa hedef düzenlemeye sahip olan 9. maddede sadece şu hedefler bulunur :

- Kamu güvenliği,
- Kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakının, (*protection of public order, health or morals*),
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.

Aksine, 10. maddede, ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda gerekli yasal hedeflerin çoğaldığı görülmektedir :

- Ulusal güvenlik,
- Kamu güvenliği veya toprak bütünlüğünün korunması,
- Kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın veya ahlakın korunması,
- Başkalarının şöhret veya haklarının korunması,
- Gizli bilgilerin yayılmasının engellenmesi,

- Yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması.

11. maddede, daha kısa, ama çekirdeğin değişmediği bir liste görüyoruz :

- Ulusal güvenlik,
- Kamu güvenliği,
- Kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın veya ahlakın korunması,
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.

Farklı maddelerde zikredilen meşru hedeflerde - «ahlak» ve «kamu ahlakı» farklı kullanımları gibi- redaksiyon, hatta - «*prevention of disorder or crime*» formülünün Fransızca'daki «*düzenin savunulması ve suç işlenmesinin önlenmesi*» ve «*düzenin savunulması ve suçun önlenmesi*» şeklindeki iki versiyonu gibi- tercüme farklılıkları, bazen de açıklanması daha zor, ama *a contrario* bir muhakemeye davet çıkaran farklılıklar mevcuttur²¹. Bununla birlikte, Sözleşme kavramlarının, sadece yorum açısından «özerk kavramlar» olmadığını²² ve Mahkemenin, Sözleşmenin lafzına esir kalmadan, bir 2. fıkradan diğer 2. fıkraya tereddüt etmeden geçtiğini hatırlatmak gerekir.

Tamamen metne bağlı bir analiz, yargıca geniş bir hareket marjı sağlayan dinamik yorumunun karşısında sınırlı kalacaktır. Sadece tek bir örnek vermek gerekirse, Vogt davasında, Mahkeme, «*demokratik bir devletin, kamu görevinin 10. maddenin 2 fıkrasında vazedilen hedeflere uygun olarak yürütülmesini gözetmedeki meşru çıkarını*» zikretmekte tereddüt etmemiş ve böylece ikinci derece yeni bir meşruiyet oluşturmuştur. Bunu yaparken Mahkeme, «*memurların ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, 10. maddenin 2 fıkrasında belirtilen «görev ve sorumlulukların», ulusal yetkililere, itiraz edilen müdahalenin yukarıda zikredilen hedeflerle orantılı olup olmadığı hükmüne varmak için belli bir takdir marjı tanınmasına gerekçe olacak büyük bir önemi haiz*» olduğunu belirtmiştir²³.

3°/ Böylesi bir liste karşısında, meşru bir hedef bulmak pek zor olmasa gerek, ama asıl sınav müdahalenin gerekliliğinde verilir.

²¹ Hazırlık Çalışmaları redaktörlerin amaçları konusunda çok açıklayıcı değildir. Bkz. *Recueil des travaux préparatoires*, 8. cilt. Nijhoff, 1975-1985.

²² Frederic Sudre, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1997.

²³ 26 Eylül 1995 tarihli karar, n°323, §.53.

Handyside kararından itibaren, Mahkeme, ahlaki gereklilikler söz konusu olduğunda «gerekli» sıfatının tefsirine giriyor: «Ülkelerinin canlı güçleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle, devlet yetkilileri, ilkesel olarak, bu gerekliliklerin içeriği hakkında olduğu kadar, bunlara cevaben kullanılacak «sınırlama» veya «yaptırımın» «gerekli» olup olmadığı konusunda da uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadırlar. Mahkeme bu vesileyle «gerekli» sıfatının (2. maddenin 2. fıkrasında ile 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan, «mutlaka gerekli» ve «kesinlikle gerekli» ibareleri ile 15. maddenin 1. fıkrasındaki «durumun gerektirdiği hallerde» cümlesiyle mukayese edildiğinde), 10. maddenin 2 fıkrasındaki anlamıyla, «vazgeçilmez» ile eşanlamlı olmamakla birlikte, «kabul edilebilir», «normal» (4. maddenin 3. fıkrası) «yararlı» (1. Protokolün 1. maddesinin birinci fıkrası), «makul» (5. maddenin 3. fıkrası ve 6. maddenin 1. fıkrası) veya «yerinde» gibi terimlerin esnekliğine sahip olmadığını» kaydediyor. Bununla birlikte burada «gereklilik» kavramına bağlı olan zaruri sosyal ihtiyaçların gerçekliğine hükmetmek önce, ulusal yetkililere aittir. Ayrıca, Mahkemenin de altını çizdiği gibi, «ulusal takdir marjı Avrupa denetiminden ayrı olarak gerçekleştirilemez. Bu Avrupa denetimi ise hem itiraz edilen tedbirin amacını, hem de «gerekliliği»ni kapsar»²⁴.

Handyside kararının tanımı, Mahkemenin alınan kararların «demokratik bir toplumda gerekli olması; yani, zaruri sosyal ihtiyaçlara dayanması ve özellikle de güdülen meşru hedefle orantılı olması» gerektiğini, içtihadın gösterdiği gelişimi çok iyi özetleyen bir formülle, belirttiği Beldjoudi kararında yine karşımıza çıkıyor²⁵. Böylece gereklilik ve orantılılık, Mahkemenin, çatışan amaçlar, değerler ve çıkarlar arasında daha esnek, hatta ampirik bir şekilde, denge oluşturmasına yardımcı olacak başlıca yorum araçlarını oluşturmaktadır.

Analizin bu safhasında içtihadın herhangi bir bilançosunu çıkarmak mümkün değildir. En fazla Avrupa yargıcının sadece «yargıçları yargılayan yargıç» olmadığını, aynı zamanda, «ulusal takdir marjının» yanı sıra, ulusal yargı teminatlarını da vurgulayarak, sırtını diğer yargıçlara dayadığı söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakların Mahkemesi'nin içtihadı anlamamalara, yanlış anlamalara ve çekincelere neden olabilir ama, - bu konuda sanırım medeni hukukçu meslektaşlarıma göre daha hassas olacağım - aynı zamanda doğmakta olan «Avrupa kamu düzeninin» gereklilik-

²⁴ AGE. §.48 et §.49.

²⁵ 26 Mart 1992 tarihli karar, §.74.

lerine de tercüman olmaktadır. Burada bütün gelişmelere kulağını kapayan, bütün reformlara kulağını tıkayan hukuki milliyetçiliğin rahat otarşisine hayat tanımayan, 45 devleti bir araya getiren, bir tür mukayeseli hukuk hızlandırıcısından, kolektif bir laboratuardan bahsediyoruz. Tabii bu durumda, ilkelerden taviz vermeden, çifte standarda müsamaha göstermeden ve hem kamuoyları, hem de üye devletler nezdinde meşruiyetini sürekli gerekçelendirmek zorunda olan Avrupa Mahkemesinin sorumluluğu daha da büyümektedir.

Mahkeme zincirin sürekli iki ucundan tutarak, gerekli «ulusal takdir marjını» ve vazgeçilmez «Avrupa denetimini» uzlaştırmak zorundadır. Ulusal hukuku da uluslararası düzeni de aşan bu sürekli uzlaşma sürecinde, Avrupa sisteminin anahtarı demokratik değerlerdir. Olan bir uzlaşmadan çok, bir barışmadır.

L'INTERPRETATION DES ARTICLES 9,10 ET 11 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Emmanuel DECAUX

Les dispositions des articles 9, 10 et 11 de la Convention européenne sont classiques. Elles visent des « libertés publiques » qui sont au cœur de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont le point commun est d'être à la charnière du for intime et du for externe, des droits individuels et des droits collectifs. Il n'y a pas de « liberté de conscience » sans liberté religieuse, ni de liberté d'expression sans presse libre, pas plus qu'il n'y a de liberté d'association, sans pluralisme politique. Il ne s'agit donc pas seulement de droits civils ou de libertés privées – comme le droit de propriété, le respect du domicile ou de la vie privée et familiale – mais bien de « droits politiques ». Mais en même temps ces trois articles ont pour point commun avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – qui vient d'être évoqué avec talent par Mlle Gerlsen Yldirim – de voir des limites explicites assignées à leur exercice dans le cadre d'une « société démocratique ». S'exerçant en société, ces droits trouvent en effet leurs limites à la fois dans les droits d'autrui, mais aussi dans certaines valeurs collectives répondant à l'ordre public ou à l'intérêt général.

L'originalité de cette démarche dialectique mérite d'être soulignée, car dans la tradition révolutionnaire française le renvoi était fait, sans autre précision, à la loi - dans son sens rousseausiste, caractérisé par la généralité et donc l'égalité - comme régulateur absolu de la liberté, tandis que la Déclaration universelle de 1948 restait vague en ce qui concerne les limites à apporter aux droits proclamés, en dehors des dispositions générales de l'article 29 qui évoquait pour la première fois des « *limitations établies par la loi* »

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

(...) dans une société démocratique ». Ces limites sont au contraire détaillées aux §.2 des dispositions substantielles du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacrées à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art.18), à la liberté d'opinion et d'expression (art.19), à la liberté de réunion (art.21) et à la liberté d'association (art.22). Les clauses de restriction connaissent de nombreuses variantes, mais la référence expresse à la notion de « société démocratique » n'apparaît qu'à propos des articles 21 et 22 qui concernent le plus nettement les droits politiques. Le décalage entre le Pacte et la Convention européenne n'est pas seulement un écart de quelques années dans le temps, c'est surtout une différence de contexte politique rendant plus facile la définition d'une démocratie véritable¹. La rédaction des trois articles pertinents de la Convention reprend un même leitmotiv, en mentionnant que la liberté visée « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent es mesures nécessaires, dans une société démocratique (...) », avec des nuances selon les droits concernés.

Ces comparaisons et ces variantes inviteraient à examiner l'interprétation de la Cour européenne pour chacune de ses dispositions de manière isolée, d'autant que la jurisprudence est particulièrement nourri et que chaque article se subdivise en différents droits, le régime de l'édition ou de la presse n'est pas celui du cinéma ou de l'audiovisuel, le régime des associations n'est ni celui des syndicats ni celui des partis politiques, etc. Mais c'est justement cette diversité foisonnante qui nous incite à rechercher les dénominateurs communs de l'interprétation, afin que les arbres ne cachent pas la forêt.

Ce point commun, sans doute propre aux articles considérés comme à l'article 8, mais aussi spécifique à la Convention européenne des droits de l'homme par sa portée systématique face à la rédaction sporadique du Pacte, c'est le lien fort établi entre droits de l'homme et Etat de droit, à travers la notion de « société démocratique »². Bien plus le juge européen donnera très vite toute son ampleur à ce qui n'était après tout qu'une formule rituelle noyée dans une énumération autrement plus impressionnante de buts légitimes, se

¹ Cf. Marc Bossuyt, *Guide to « the Travaux Préparatoires » of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, 1988.

² Cf. notamment le rapport d'Olivier Jacot-Guillarmod, au colloque du Conseil de l'Europe de Thessalonique, *Démocratie et droits de l'homme*, Engel, 1990.

référant notamment « à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, u à la protection des droits et libertés d'autrui », selon la rédaction la plus simple, celle de l'article 9 in fine ³. Conformément au Statut du Conseil de l'Europe et au préambule de la Convention européenne, la notion même de « société démocratique » va trouver un rôle central dans le système d'interprétation de la Cour⁴. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va en effet épouser un double mouvement pour interpréter ces articles, d'une part, insister sur l'importance de ces droits comme bases d'une société démocratique (I), d'autre part assigner à ces droits des limites dans le cadre d'une société démocratique (II).

I – Les droits, comme bases d'une société démocratique.

Si les droits visés paraissent comme relatifs, par opposition à des droits indérogeables de nature absolue – comme le droit à la vie et la prohibition de la torture et sans doute, de manière indirecte mais tout aussi nécessaire, le droit à un procès équitable – ils n'en sont pas moins essentiels dans une société démocratique. Mais n'en est-il pas de même de tous les droits de l'homme. Le droit de propriété a longtemps été considéré comme une condition de la citoyenneté et comment concevoir une justice indépendante sans séparation des pouvoirs ? Cependant ici, tant la lettre de la Convention européenne que l'interprétation de la Cour de Strasbourg semblent souligner un lien plus fort. Encore faut-il s'interroger sur l'originalité de cette qualification, sa spécificité éventuelle par rapport aux autres droits et des différenciations possibles entre les droits ainsi visés. Autrement dit cette qualification concerne-t-elle seulement ces droits et concerne-t-elle pareillement tous ces droits ?

1°/ Dès l'origine, les organes de Strasbourg vont placer la notion de « société démocratique » au cœur de la Convention en invoquant

³ Cf. la présentation transversale de Vincent Coussirat-Coustère, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 2^{ème} ed, 1999, ainsi que le commentaires de l'article 10 par Gérard Cohen-Jonathan.

⁴ On pourra se reporter à d'excellents tableaux d'ensemble, comme ceux de Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8^{ème} ed, Sirey, 2002, Michel de Salvia, *Compendium de la CEDH*, Engel, 2003, Frédéric Sudre, Jean-Pierre Margénaud, et al, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Thémis, PUF, 2003.

l'esprit comme la lettre du traité. Ils se fondent sur le préambule qui associe les droits de l'homme à « un régime politique véritablement démocratique » et à une même conception de la « prééminence du droit » (*rule of law*), annonçant ainsi le tryptique classique de l'OSCE, démocratie, Etat de droit, droits de l'homme⁵. C'est cette mention du préambule qui est la source des références générales à la « société démocratique ».

Mais au fil de la jurisprudence des références plus spécifiques et plus diverses apparaissent. Dès l'affaire de Wilde, la Cour évoque la notion de « société démocratique » - avec des guillemets qui ne s'imposent pas puisqu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une citation - alors que celle-ci n'est qu'implicite dans l'article en cause : « le droit à la liberté revêt une trop grande importance dans une « société démocratique » au sens de la Convention pour qu'une personne perde le bénéfice (...) » des dispositions de l'article 5 §.4⁶. D'autres domaines sont concernés, de manière tout aussi implicite, comme l'éducation, puisque la Cour évoque « la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentielle à la préservation de la « société démocratique » telle que la conçoit la Convention »⁷.

On pourrait multiplier les exemples de cette omniprésence dans les domaines les plus variés. Dans l'arrêt Brogan, la Cour rappelle sa philosophie d'ensemble en mentionnant « la prééminence du droit, comme l'un des « principes fondamentaux » d'une « société démocratique » auquel « se réfère expressément le préambule de la Convention » et « dont s'inspire la Convention tout entière »⁸. Comme le résume l'arrêt Lingens, la notion de société démocratique « domine la Convention tout entière »⁹.

2°/ Face à cette banalisation rituelle, on peut s'interroger sur la spécificité des articles de la Convention où la notion de société démocratique est explicitement mentionnée. Si l'on suit l'ordre chronologique pour mieux saisir l'émergence de la notion, c'est d'abord le cas de l'article 10, avec l'affaire Handisylde dont le fameux considérant de principe va devenir un leitmotiv de toute la

⁵ *AGIK*, par Emmanuel Decaux, CEP üniversitesi, n°112, İletişim Yayınları - Presses universitaires de France, Istanbul, 1993.

⁶ Arrêt du 18 juin 1971 (fond), n°12, §.65.

⁷ Arrêt du 7 décembre 1976, n°23, §.50.

⁸ Arrêt du 29 novembre 1988, n°145 B, §.58.

⁹ Arrêt du 8 juillet 1986, n°103, §.42.

jurisprudence : « Son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une « société démocratique ». La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du §.2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »¹⁰.

On retrouve la formule appliquée à la presse dès le premier arrêt *Sunday Times*, où la Cour se paraphrase sans mettre de guillemets : « Ainsi que l'a relevé l'arrêt *Handyside*, la liberté d'information constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique ; sous réserve du §.2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population (p.23, §.49). Ces principes revêtent une importance spéciale pour la presse. Ils s'appliquent également au domaine de l'administration de la justice (...) »¹¹.

C'est le cas également de l'article 8, au même moment, avec l'arrêt *Klass*, où la Cour oppose les « institutions démocratiques » et les « valeurs démocratiques » d'un Etat de droit aux pratiques d'un « Etat policier »¹².

La référence précise à la société démocratique dans le contexte de l'article 9 sera plus tardive. Selon l'arrêt *Kokkinakis*, « Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société »¹³.

¹⁰ Arrêt du 7 décembre 1976, n°24, §.49.

¹¹ Arrêt du 26 avril 1979, n°30, §.65.

¹² Arrêt du 4 juillet 1978, n°28. Cf. l'exposé précité de Mlle Yldirim.

¹³ Arrêt du 25 mai 1993, n°260 A, §.31.

De même s'agissant de l'article 11, la consécration sera tardive alors même qu'il existe un lien évident entre la jouissance du droit à des élections libres garanti par l'article 3 du protocole additionnel et l'exercice des grandes libertés publiques, liberté d'association et liberté de réunion pacifique. Dans la mesure où ce lien sera rappelé à l'occasion d'affaires récentes concernant la Turquie, je ne voudrais pas déflorer les exposés qui vont suivre. Qu'il suffise de souligner que dans l'arrêt Parti communiste unifié de Turquie, la Cour faisant la synthèse de toute sa jurisprudence rappelle : « La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de « l'ordre public européen (arrêt *Loizidou*, préc., §.75). Cela ressort d'abord du préambule à la Convention qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme d'autre part (arrêt *Klass et al.*, préc., §.59). Le même préambule énonce ensuite que les Etats européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention (arrêt *Soering c/Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A, n°161, §.88) ; à plusieurs reprises elle a rappelé que celle-ci était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique (arrêts *Kjeldsen busk Madsen et Pedersen c/Danemark* du 7 décembre 1976, n° 23, §.53 et *Soering*, préc., §.87). En outre les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention requièrent d'apprécier les ingérences ans l'exercice des droits qu'ils consacrent à l'aune de ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ». la seule forme de nécessité capable de justifier une ingérence dans l'un de ces droits est donc celle qui peut se réclamer de la « société démocratique ». La démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »¹⁴.

3°/ Mais si la notion est partout on peut s'interroger sur le risque de banalisation. La tentation de l'amalgame apparaît dès l'affaire danoise précitée où la Cour indique que son « interprétation se concilie à la fois avec la première phrase de l'article 2 du Protocole, avec les articles 8 à 10 de la Convention et avec l'esprit général de celle-ci, destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique »¹⁵. La Cour semble toutefois échapper à cette généralisation de « l'esprit » de la

¹⁴ Arrêt du 30 janvier 1998, Rec.1998 t.I, 1, §.45.

¹⁵ Arrêt du 7 décembre 1976, n°23, §.53.

Convention en introduisant subrepticement une nouvelle hiérarchie des droits, lorsque plusieurs principes sont en cause. Ces arbitrages complexes peuvent prendre plusieurs figures, parfois contradictoires ou contestées, qu'il s'agisse de primauté claire ou d'équilibre difficile entre les droits.

Parfois la référence conjointe à deux articles de la Convention contribue à une consolidation des droits garantis, comme le montre l'affaire Ezelin, à propos des articles 10 et 11, s'agissant de la liberté d'expression et de manifestation d'un avocat, lors même que celui participe au service public de la justice. « *Malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit en l'occurrence s'envisager à la lumière de l'article 10 (...). La protection des opinions personnelles, assurée par l'article 10 compte parmi les objectifs de la liberté de réunion pacifique telle que la consacre l'article 11* ». La Cour procède à une sorte de mixage écartant ainsi tout devoir professionnel de réserve ou toute obligation déontologique de discrétion : « *eu égard à la place éminente des libertés de réunion pacifique et d'expression, étroitement liée en l'espèce. La proportionnalité appelle à mettre en balance les impératifs des fins énumérées à l'article 11 §.2 avec ceux d'une libre expression par la parole, le geste ou même le silence, des opinions de personnes réunies dans la rue ou dans d'autres lieux publics* »¹⁶. Allant plus loin, la Cour associera étroitement les articles 9, 10 et 11 dans l'affaire Sigurdur A Sigurjonsson concernant la liberté syndicale : « *La Cour estime donc pouvoir ici examiner l'article 11 à la lumière des articles 9 et 10 : la protection des opinions personnelles compte parmi les objectifs de la liberté d'association qu'il garantit* »¹⁷.

Dans d'autres situations les droits garantis peuvent sembler en concurrence, comme avec l'affaire Otto Preminger Institut mettant en cause les articles 9 et 10 dans une forme de « conflit positif » des libertés. Pour ce faire, la Cour part de l'arrêt Kokkinakis donnant ainsi le pas à la liberté religieuse, gommant au passage dans sa citation la référence aux mécréants et négligeant la jurisprudence Handyside, pour viser « *la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9* », alors même qu'en l'espèce la programmation tardive d'un ciné-club n'avait rien en soi d' attentatoire à cette « paisible jouissance ». Invoquant « *une violation malveillante de l'esprit de tolérance qui doit aussi*

¹⁶ Arrêt du 26 avril 1991, n°202, §.37 et §§. 51-52.

¹⁷ Arrêt du 30 juin 1993, n°264, §.37.

caractériser une société démocratique » la Cour précise : « La Convention doit se lire comme un tout et, par conséquent, l'interprétation et l'application de l'article 10 en l'espèce doivent s'harmoniser avec la logique de la Convention »¹⁸.

II – Les limites des droits, dans une société démocratique.

Reste qu'au-delà des affirmations de principe, parfois contradictoires, c'est la mise en œuvre des droits qui est essentielle. Souvent, on peut, à cet égard, déceler un fréquent décalage entre l'idéalisme des principes affichés par la Cour et le réalisme de ses décisions concrètes, comme si les grands mots n'étaient parfois qu'un écran de fumée pour mieux camoufler les petits maux sacrifiés à la « marge nationale d'appréciation » laissée aux Etats. A cet égard l'arrêt *Handyside* est typique de la démarche de la Cour qui semble sermonner les Etats, non sans grandiloquence, pour mieux les absoudre au terme de l'arrêt¹⁹. Il y a sans doute une part de pédagogie dans cette démarche prudente, imitée de celle du Conseil d'Etat français, qui préfère les avertissements sans frais et les évolutions progressives aux revirements brusques et aux condamnations soudaines. Dans certains cas limites, la contradiction entre deux arrêts voisins, comme avec les affaires *Otto Preminger* et *Jersild*, ne saurait cependant s'expliquer par la seule « marge nationale d'appréciation ». C'est que le contrôle d'opportunité effectué par la Cour n'échappe pas à la casuistique, la jurisprudence européenne perdant ainsi une part de la prévisibilité que la Cour exige elle-même du droit interne.

La Cour a développé un raisonnement ternaire bien connu, qui se fonde sur la lettre des §.2 respectifs, en distinguant la légalité d'une ingérence à travers la qualité de la loi, la légitimité de l'ingérence au regard des buts énumérés, enfin la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Mais c'est cette étape qui est le plus souvent décisive, dans la pratique, la Cour poussant au plus loin son interprétation de ce qui est « strictement nécessaire », en

¹⁸ Arrêt du 20 septembre 1994, n°295 A, §.47. Pour un débat sur cet arrêt, cf. notre rapport sur « les droits culturels » in Colloque de Budapest, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* vol.38-A, Nijhoff, 1995.

¹⁹ Cf. notre étude critique sur la liberté artistique, "On the freedom of the author and the artist", in Halina Niec (ed), *Cultural Rights and Wrongs*, Unesco, 1998

introduisant un raisonnement casuistique, assez proche de la notion de proportionnalité développée par le juge interne, comme le Conseil d'Etat français, là encore.

1° Il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur la légalité de l'ingérence, sinon pour signaler qu'il s'agit d'une notion autonome de la jurisprudence qui vise non seulement la loi formelle – la loi votée par le Parlement – mais la loi matérielle y compris le droit non écrit. Cette jurisprudence s'applique d'ailleurs aussi bien aux Etats de *common law* qu'à des pays de droit écrit, comme l'ont montré les arrêts Huvig et Kruslin, s'agissant de la France²⁰. L'accent est ainsi mis sur la qualité de la loi, à travers notamment son accessibilité et sa prévisibilité. Toutes ces notions sont bien connues et ont déjà été rappelées.

Mais c'est dire que le débat français actuel sur l'interdiction des signes religieux ostentatoires dans les services publics, notamment l'Education nationale, ne se pose pas seulement en terme d'opportunité ou non de légiférer, comme tendrait à le faire croire les comptes-rendus faits par la presse de l'intervention inhabituelle du vice-président de la Cour dans un débat national, donnant à l'avance une sorte de caution aux pouvoirs publics en cas de contentieux éventuel²¹. La question centrale est celle de la sécurité juridique, non celle de la nécessité législative. Mais une loi elle-même doit répondre aux autres critères prévus par les §.2 de la Convention.

2° La légitimité de l'ingérence est le deuxième critère mis en avant par la jurisprudence. A cet égard, une lecture attentive des dispositions des différents paragraphes 2 donne une certaine impression de flou. Un tableau sommaire permet de cerner les variantes intentionnelles ou non que trahit la rédaction de ces articles.

Des différences de taille méritent d'être soulignées quant au cadre des restrictions, celui-ci pouvant être restreint ou au contraire élargi. S'agissant de l'article 9, le §.2 ne vise que « *la liberté de manifester sa religion ou ses convictions* » autrement dit les restrictions prévues ne visent pas les autres composantes du droit garanti, celles qui concernent le for interne – en matière de « *liberté de pensée, de conscience et de religion* », y compris « *la liberté de changer de religion ou de*

²⁰ Arrêts du 24 avril 1990, n°176 A et B.

²¹ *Le Figaro*, 17 novembre 2003.

conviction » – et non plus le for externe. Inversement le §.2 de l'article 10 contient des dispositions spécifiques pour souligner que l'exercice de la liberté d'expression comportant « *des devoirs et des responsabilités* » peut être soumis « *à certaines formalités conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi* ». L'article 10 §.1 précise d'ailleurs que « *Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations* ». De même l'article 11§.2 prévoit, *in fine* que « *Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat* ».

Une comparaison rapide des buts légitimes énumérés dans les différents paragraphes n'est pas inutile. L'article 8 retient la série suivante d'objectifs:

- la sécurité nationale,
- la sûreté publique,
- (le) bien-être économique du pays,
- la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales (*prevention of disorder or crime*),
- la protection de la santé ou de la morale,
- la protection des droits et libertés d'autrui.

La série consacrée par l'article 9 est la plus brève, conformément à la portée fondamentale donnée au principe de la liberté de pensée, ne retenant que

- la sécurité publique,
- la protection de l'ordre de la santé ou de la morale publiques, (*protection of public order, health or morals*),
- la protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 10 au contraire traduit la multiplication des buts légitimes à prendre en compte s'agissant de la liberté d'expression :

- la sécurité nationale,
- l'intégrité territoriale ou la sûreté publique,
- la défense de l'ordre et la prévention du crime,
- la protection de la santé ou de la morale,
- la protection de la réputation ou des droits d'autrui,

- empêcher la divulgation d'informations confidentielles,
- garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

On retrouve une liste plus réduite, mais avec le même noyau central, à l'article 11 :

- la sécurité nationale,
- la sûreté publique,
- la défense de l'ordre et la prévention du crime,
- la protection de la santé ou de la morale,
- la protection des droits et libertés d'autrui.

Les buts légitimes énumérés dans les différents articles comportent des variantes de rédaction - comme le *distinguo* introduit entre « morale » et « morale publique » - voire de traduction - avec deux versions françaises de la formule « *prevention of disorder or crime* », soit « *la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales* » ou « *la défense de l'ordre et la prévention du crime* » - parfois moins explicables, mais prêtant aisément le flanc à un raisonnement *a contrario* ²². Toutefois, il faut rappeler non seulement que les notions de la Convention sont des « notions autonomes » quant à leur interprétation ²³, mais aussi que la Cour n'hésite pas à passer d'un §.2 à un autre, sans s'estimer prisonnière de la lettre de la Convention.

Une analyse purement textuelle trouverait ainsi ses limites face à une interprétation dynamique qui donne au juge une grande marge de manœuvre. Pour s'en tenir à un seul exemple, dans l'affaire Vogt, la Cour n'hésite pas à invoquer « *l'intérêt légitime d'un Etat démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncés à l'article 10 §.2* », en introduisant ainsi une légitimité au second degré. Ce faisant la Cour précise que « *quand la liberté d'expression des fonctionnaires se trouve en jeu, les « devoirs et responsabilités » visés à l'article 10 §.2 revêtent une importance particulière qui justifie de laisser aux autorités nationales une certaine marge d'appréciation pour juger si l'ingérence dénoncée est proportionnée au but mentionné plus haut* » ²⁴.

²² Les travaux préparatoires sont peu explicites sur les intentions des rédacteurs, Cf. *Recueil des travaux préparatoires*, 8 vol., Nijhoff, 1975-1985.

²³ Frédéric Sudre (ed), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1997.

²⁴ Arrêt du 26 septembre 1995, n°323, §.53.

3°/ Face à un tel inventaire, il n'est pas difficile d'invoquer un but légitime, mais le véritable test réside dans la nécessité de l'ingérence. Dès l'arrêt *Handyside*, la Cour se livre à l'exégèse de l'adjectif « nécessaire » s'agissant de la prise en compte des exigences de la morale : « Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou d'une « sanction » destinée à y répondre. La Cour note à cette occasion que si l'adjectif « nécessaire » au sens de l'article 10 §.2 n'est pas synonyme d'« indispensable » (comp. aux art.2 §.2 et 6 §.1, les mots « absolument nécessaire » et « strictement nécessaire » et, à l'art.15 §.1, le membre de phrase « dans la stricte mesure où la situation l'exige ») il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'« admissible », « normal » (comp. l'art.4 §.3) « utile » (comp. le premier alinéa de l'art.1 du Protocole I), « raisonnable » (comp. les art. 5 §.3 et 6 §.1) ou « opportun ». Il n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de « nécessité ». Pour autant, comme le souligne la Cour, « la marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa « nécessité »²⁵.

On retrouve la définition de l'arrêt *Handyside*, dans l'arrêt *Beldjoudi* avec une formule qui résume bien l'évolution de la jurisprudence en précisant que les décisions prises « doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi »²⁶. La nécessité et la proportionnalité vont ainsi constituer les principaux outils de raisonnement de la Cour, lui permettant de manière souple, voire empirique, de trouver dans chaque cas un équilibre entre des aspirations, des valeurs ou des intérêts contradictoires.

Il n'est pas possible, à ce stade de l'analyse, de tirer un quelconque bilan de la jurisprudence. Tout au plus peut-on noter que le juge européen n'est pas seulement un « juge qui juge les juges », c'est aussi un juge qui s'appuie sur les autres juges, en

²⁵ Op. cit. §.48 et §.49.

²⁶ Arrêt du 26 mars 1992, §.74.

mettant l'accent non seulement sur la notion de « marge nationale d'appréciation » mais aussi sur les garanties juridictionnelles internes.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut laisser place à des incompréhensions, des malentendus, des réticences, mais – je serai sans doute plus sensible à ce point que mes collègues privatistes – elle traduit aussi les exigences d'un « ordre public européen » en gestation. Il s'agit d'un laboratoire collectif réunissant 45 Etats, d'une sorte d'accélérateur de droit comparé, rendant impossible l'autarcie confortable du nationalisme juridique, sourd à toutes les évolutions et aveugle à toutes les réformes. La responsabilité n'en est que plus grande pour la Cour européenne qui doit sans cesse justifier sa légitimité, sans céder sur les principes ou tolérer les doubles standards, et faire preuve de pédagogie, auprès des opinions publiques comme des Etats membres.

La Cour doit sans cesse tenir les deux bouts de la chaîne, concilier la nécessaire « marge nationale d'appréciation » et l'indispensable « contrôle européen ». Dans cette conciliation permanente qui transcende ordre interne et ordre international, les valeurs démocratiques se trouvent être la clef du système européen. Plus qu'une conciliation, il s'agit d'une réconciliation.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü ve Özgürlüğü İle İlgili Değişiklikler ve AİHM ve Yargıtay Uygulaması

Hamdi Yaver AKTAN^(*)

Giriş

Ulusumuzun gördüğü anayasalar içinde, örgütlü toplumdan ürken, toplumun tüm alanlarında örgütlenmeyi değil, örgütlenmemenin gerçekleştirilmesini amaçlayan anayasa, 1982 anayasasıdır.

Batıdaki anayasacılığın ve bizdeki gelişimin de tersine siyasal iktidarı sınırlandırarak özgürlüğün ve demokrasinin önünü açmak, güçlendirmek yerine otoriteyi ve siyasal toplumu güçlendirmek 1982 anayasasının ana fikri olmuştur. (1)

Özgürlükler rejimi açısından **çift aşamalı** sınırlandırma öngören anayasa, özgürlükleri önce 13. madde ile sonra da düzenlediği maddenin, genellikle 2. fıkrasından itibaren sınırlandırarak **özgürlük kuralı, sınırlama istisna** kuralını tersine döndürmüştür. Dahası, iki aşamalı sınırlama ile yetinemeyen anayasa koyucu 14. maddeyle Tanör'ün de ifade ettiği üzere ayrıca "**emniyet kayısı**"nı ihmal etmemiştir.(2)

Kuşkusuz ki bu bakış hak arama özgürlüğünü, bireyin kişiliğinin özgürce geli(-)şimini, kişilerin düşünce alışverişinde ve ortak eyleme bulunmalarını (3) ve kamu-oyunun oluşumunu olumsuz etkilemiştir.

Anayasal Değişiklikler

İnsan haklarından sayılan ve anayasanın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, bir yönüyle **bireysel**, bir yönüyle **siyasal** ve diğer bir yönü ile de **toplu** bir özgürlüktür.(4)

(*) Yargıtay 8.Ceza Dairesi Üyesi

Anayasanın 34. maddesinin 4709 sayılı yasa ile değişmeden önceki şekline göre 1. fıkrası özgürlüğü, diğer 4 fıkrası ise kısıtlamayı düzenlemekteydi. Sınırlamalar için ayrıca ve genel olarak da 13. maddede hükmü mevcuttu. Yapılan değişlikle 13. madde, genel sınırlama maddesi olmaktan çıkarıldı; 34. maddenin de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 11. maddesi ile uyumu sağlandı.

Gerçekten de değişiklik sonucu, yerel mülki amirlere tanınan toplantı ve gösteri yürüyüşünü erteleme, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergahı tesbiti yetkileri kaldırıldığı gibi toplantı ve gösteri yürüyüşünün özneleri bakımından da daha özgürlükçü bir düzenlemeye gidilerek, dernek, vakıf, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına kendi konu ve amaçları dışında bu haktan yararlanmalarına ilişkin yasak kaldırılarak geniş ve örgütlü sivil toplum kuruluşlarına katılım olanağı getirilmiştir.(5)

Yasadaki Değişiklikler

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası uyum yasalarıyla üç kez değişikliğe uğramıştır; 17 ve 19. maddelerinde ise ikişer kez değişiklik yapılmıştır.

Yasanın 3. maddesinde yapılan değişiklik (6) sonucu yabancıların, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmaları ve topluluğa hitap etmeleri, afiş, pankart, resim, flama, levha, araç ve gereç taşımaları için yerel mülki amire 48 saat önceden bildirimde bulunmaları yeterli görülmüştür. Bu değişiklikle yabancılar yönünden bu bağlamda, **izin** sisteminden, **bildirim** sistemine geçilmiştir.

İkinci uyum paketi (7) ile 9. maddede yapılan değişiklikle toplantı düzenleme yaşı 21'den 18'e indirilerek Medeni Yasaya göre kabul edilmiş olan rüşt yaşı ile koşutluk sağlanmıştır. Bu maddenin önceki şeklinde sınırlama nedeni olan toplantının yapılacağı yerdeki ikametgah koşulu ve belgelenmesi kaldırılarak, o yerde oturmayanlara da toplantının düzenleme kurulu başkan ve üyeleri olabilmeleri olanağı tanınmıştır. Ayrıca madde değişiklikten sonra yetkili organlarının kararlarına bağlı olarak tüzel kişilerin de toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmelerinin önünü açmıştır.(8) Ve nihayet, düzenleme kurulu başkan ve üyelerinin haklarında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi izne bağlı kimselerden olması veya yasama ya

da diplomatik dokunulmazlıklarının olmamasına ilişkin düzenleme de madde metninden çıkarılmıştır.

Bu değişikliklerle toplantı şekil ve şartları ile düzenleme kurulu-na ilişkin sınırlamalar daraltılmıştır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılmasından önceki bildiri-me ilişkin en az 72 saatlik süre 3. uyum paketi ile 10. maddede yapı-lan değişiklikle en az 48 saate, 7. uyum paketi ile de 15 ve 16. madde-lerdeki idarenin 30 günlük erteleyebilme yetkisi 10 güne indirilmiş-tir. Bölge Valisinin erteleyebilmesine ilişkin yetkisi ise iki aydan bir aya indirilmiş ve **açık ve yakın tehlike'nin** mevcut olması koşuluna bağlanmıştır.

Yedinci uyum paketi; 18. maddeyi yeniden düzenleyerek, mad-denin başlığını, 17. maddede de yapıldığı gibi yasaklamayı öncelik olmaktan çıkarmış, erteleme ve yasaklama hallerini sınırlamış ve **açık ve yakın tehlike testine** bağlanmıştır.

Sivil toplum kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında top-lantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemeyeceklerine ilişkin 21. madde yürürlükten kaldırılarak özgürlüğün önü geniş ve örgütlü gruplar için koşulsuz olarak açılmıştır.

Üçüncü uyum paketi ile Polis ve Vazife Selahiyet Kanununun 9. maddesi toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapıldığı yerde veya yakın çevresinde polisin önleme görevini yapacağını belirtmekle birlikte (A) bendinin kapsamı daraltılmıştır.

Özetlenen değişiklikler yapılırken Medeni ve Siyasi Haklara İliş-kin Uluslararası Sözleşme de üç beyan ve bir çekince ile kabul edilmiş-tir. (10) Sözleşmenin 21 maddesi barışçı toplantı hakkını güvenceye bağlamaktadır. 24 Temmuz 2003 tarihinde yayınlanan Ulusal Prog-ramın Siyasi Kriterler bölümünde, Sözleşmelerle ilgili olarak anılan sözleşmenin İhtiyari Ek Protokolünün imzalanması için gerekli çalış-maların başlatılacağı öngörülmektedir.

Yasal düzenlemelerin yapılması ile Ulusal Programın yayınlan-ması, Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine ilişkin 2003 Yılı İlerleme Raporunda (11) da olumlu karşılanmıştır. Fakat, bazı olay-larda yerel yetkililerin göstericilere aşırı güç kullanması ve bu bağ-lamda Mayıs 2003'de Bingöl'de meydana gelen depremin ardında toplananlara karşı polisin havaya ateş açması ve bir polis aracının kalabalığın içine sürülerek insanların yaralanması eleştirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Toplanma Özgürlüğü

Sözleşmenin 11. maddesinde toplanma özgürlüğünün tanımı yapılmamıştır. Mahkeme bir kararında toplanma "kişilerin bir fikir yahut düşünceyi açıklamak amacıyla kapalı veya açık yerlerde gösteri, defile, yürüyüş, toplantı gibi biçimlerde bir araya gelmeleri" olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre koruma altına alınan özgürlüğün konusu "kişilerin ortak çıkarlarını korumak ve savunmak, bu amaçla fikir alışverişinde bulunmak üzere iradi ve geçici olarak özel veya kamusal alanlarda bir araya gelmeleridir"(12)

Oturma eylemlerinin de bu bağlamda korumadan yararlandırıldığı belirtilmelidir. Sosyal amaçlı ve organizasyonu olmayan toplanmalar ise bu alanın dışındadır.

Toplanmalardaki toplu ifade açıklamaları, yani toplu bağırma, slogan atma, pankart taşıma, şarkı ve marş söyleme v.b. korumadan yararlanır. (13)

Djavit An v. Türkiye Davasında (14) "üye devletler, sadece barışçıl amaçlı düzenlenen toplantı düzenleme ve toplantıya katılma özgürlüğünü korumakla kalmamak bu hakkın kullanımını engelleyen makul olmayan dolaylı sınırlamalar koymamalıdır. Her ne kadar, 11.maddenin temel amacı kişilerin haklarına yetkililerin keyfi müdahalesini engellemek ise de, bu hakkında kullanılması için devletlerin üzerine düşecek pozitif yükümlülükler olabilir." değerlendirmesini yapan AIHM. toplantı özgürlüğünün etkin kullanımının sağlanmasında devlete pozitif yükümlülükler düştüğünü vurgulamıştır.

Bu davada davacı Bağımsız ve Federal Kıbrıs Hareketi Derneğinin Türk tarafı koordinatörü olup Güney Kıbrıs'a geçmek istemektedir. KKTC yetkilileri ise 46 müracaattan 6 tanesinde yeşil hattan adanın güneyine geçmesine izin vermişlerdir.

Davalı Türkiye Cumhuriyeti, başvuruçunun şikayetinin esasının, 4. Protokolün 2. maddesinde düzenlenen ve henüz imzalamadığı ve dolayısıyla sözleşmenin 1. maddesine göre sorumlu tutulamayacağı serbest dolaşım hakkıyla ilgili olduğunu savunmuştur.

Mahkeme, davacının sözleşmenin 11. maddesinde korunan toplanma yapma ve dernek kurma özgürlüğünün ihlal edildiğini kabul ederek, **Loizidou Davasında** da benzer argümanı reddettiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, davacının Güney Kıbrıs'a geçmesi ve top-

lantıya katılması aynı zamanda ifade özgürlüğü bağlamında düşünülmemelidir. Çünkü ifade özgürlüğü, toplantı yapma özgürlüğünden bağımsız düşünülemez. 10 maddeye göre kişisel fikirlerin korunması 11. maddede yer alan barışçıl amaçlı toplantı düzenleme özgürlüğünün amaçlarından biridir. İfade özgürlüğü gibi toplantı düzenleme özgürlüğü de demokratik toplumlarda korunması gereken ve toplumu, toplum yapan değerlerdendir; bu hakkın sınırlandırılmasına yönelik müdahaleler çok dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle de üye devletlerce hak korunmakla kalınma-malı, kullanımını engelleyen makul olmayan dolaylı sınırlamalar kaldırılmalıdır.

Mahkemenin bu ve önceki kararlarındaki içtihadında toplantı özgürlüğünde;

- kamusalılık

- demokratik işlev

- düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğüyle bağlantı kurulmaktadır.

Barışçı olması koşuluyla devletlere, devlet görevlilerinin manipülasyonu ve provokasyonu dahil müdahale etmeme ile toplantının güvenli bir şekilde yapılmasının sağlanması yükümlülüğünü getirmektedir.

Toplanma özgürlüğünün kullanılmasında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal görüş, ulusal ve toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma vb. nedenlerle ayırıcılık yapılmaması yükümlülüğü de devletindir.(15)

Yargıtay Uygulaması

Son yıllarda Yargıtay, toplantı ve gösteri yürüyüşüne daha özgürlükçü yaklaşım içindedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (İLO) 87 ve 151 sayılı Sözleşmelerinin kabulünden sonra sözleşmeleri Anayasanın 90. maddesi ile birlikte yorumlayıp memur sendikalarının tüzel kişilik kazandığını ve kamu sendikası yöneticisi olan toplantı düzenleyicilerinin 2911 sayılı yasanın 4/a maddesindeki istisnalardan yararlanarak **sendikal işlev ve amaçlı kapalı salon** toplantısı yapmalarında suç unsuru görülmemiştir.(16)

İLO Sözleşmelerinin kabulünden sonra iç hukukta memur sendikalarının kuruluşlarıyla ilgili düzenleme mevcut olmadığı için kurulmuş bulunan sendikaların varlıkları kabul edilmediği takdirde 2911 sayılı yasanın 4/a maddesindeki istisnalara girebilmeleri mümkün olmayacak ve kapalı salon toplantısı da olsa toplanma nedeniyle cezai yaptırımla karşılaşmaları riski yüksek olacaktır.

Sendikalarla ilgili Yargıtay uygulaması sadece kapalı salon toplantısı ile sınırlı kalmamış, açık alanlara çıkılarak yapılan silahsız, saldırısız barışçıl ya da örgütlenmenin amacına dönük yürüyüşler suç olarak görülmemiştir.

Gerçekten de sendika yöneticilerinin (17) Belediye işyerlerinde, yasal olarak alınan grev kararını uygulamak için belediye önüne gelmeleri ve burada toplananlara grev kararını açıklayıp, grev pankartı astuktan sonra gurubun artarak yürümesinde yasadışı yürüyüşün yöneticisi oldukları kabul edilmemiştir.

Toplu vizite eylemlerine de aynı özgürlükçü bakış egemen olmuştur.(18)

Lise öğrencilerinin belediyeden salon istemeleri ve verileceği sözünü aldıktan sonra toplanıp salonun duvarlarına "**Paralı-Eğitime Hayır, Yaşasın Liseli Öğrenciler Birliği, İş-Bilim Özgürlük, Kahrolsun Amerika, Bağımsız Türkiye**" yazılı dövizleri asmaları demokratik istem ve eleştiri değerlendirilmesiyle **Gençlik Şöleni** olarak adlandırılan toplantıyla ilgili suç bulunmadığı sonucuna varılmıştır.(19)

Bir belediyede çalışan 5 işçinin iş akitlerine son verilmesi üzerine, işçilerin başlattıkları açlık grevine destek amacıyla iki gün üst üste işçi ve ailelerinin katılımıyla 2000-3000 kişilik gurubun Kağıthane Meydanından belediyeye kadar basın açıklaması yaparak yürümesi, haksız işten çıkarmaların protesto edilmesi ve işçi haklarının elde edilmesine yönelik özlem ve istemlerin dile getirilmesi (20) olarak kabul edilmiştir.

Düşük fiyat verilmesi ve bundan dolayı tarlada çürüyen domates fiyatlarını protesto için karayolunda toplantı yapmak istemi reddedilen Ziraat Odası Başkanı ile üreticilerin devlet karayoluna traktörlerini çekip, domatesleri yola dökmeleri sonucu yolun kısmen kapatılması ve yapılan konuşmalardan sonra topluluğun dağılması, demokratik hakların elde edilmesine dönük eylem kabul edilerek, mahkumiyet kararına karşı bozma yapılmıştır.(21)

Zaman ve yer yönünden de bazı toplantılar Yargıtay uygulamasında **demokratik tepki** olarak yorumlanmıştır. Gerçekten de gece yapılan **Aydınlık İçin Bir Dakika Karanlık** eylemleri (22) ile TBMM'de gençlerin pankart açma eylemi suç sayılmamıştır.

Sekiz yıllık kesintisiz eğitimi ve zamları protesto amacıyla oturulup 25 adet çiğ yumurta yenilmesi suç oluşturmayan, ancak **ilginç** bir eylem şeklinde (23) nite-lendirilmiştir.

Bir öğretim üyesi, bir avukat ve bir gazetecinin köy kahvesinde, yurttaşları, altının siyanürle ayrıştırılıp çıkarılacak olması ile ilgili olarak siyanürün insan ve çevre sağlığına olumsuz etkileri konusunda söyleşi yapmaları nedeniyle verilen mahkumiyet kararı, toplumsal sorunlara duyarlı aydın yaklaşımı gerekçesiyle demokratik tepki sayılmış ve mahkumiyet kararı bozulmuştur.(24)

Görüldüğü üzere Yargıtay son yıllarda "**demokratik tepki**" kavramına vurgu yaparak özgürlükleri genişletici yorum yapmaktadır. Yasadaki geniş kısıtlamaları bir bakıma bu yaklaşımla daraltmakta, sınırlamaktadır.

Yargıtay'ın bir başka yaklaşımı da **makul süre**'dir

Toplantının bildirimsiz olması ya da bildirimli olsa bile barışçıl niteliğini yitirmesi hallerinde dağılma ihtarından sonra, makul bir süre tanınmadan göstericilerin toplanması ve sonuçta mahkumiyet kararı verilmesine ilişkin kararlar bozulmaktadır.(25)

Bilindiği üzere **âni toplantılarla** (26) ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ani toplantılarda, önceden bildirimde bulunmadan, kendiliğinden ve aniden oluşan topluluklar korumadan yararlanırlar.

Yargıtay'a gelen bir olayda zımnen ani toplantının korumadan yararlanabileceği benimsenmiştir.

Kanunun maddi olayı Bergama'da olmuştur. Siyanürle altın arama faaliyetini sürdüren E. Şirketinin çalışma alanına, bir kamyonun siyanür getirdiğine ilişkin duyum alınır. Bunun üzerine yörenin değişik köylerinden gelenler İzmir-Çanakkale yoluna çıkıp, trafiği aksatmadan yürürler. Çünkü, siyanürün hemen kullanılması olasılığı tepki duyanlarda yüksek bir kanaat oluşturmuştur. Bildirimde bulunma zamanları da yoktur; kaldı ki o tarihte 72 saatlik bir süre, uzun bir süredir.

Yerel Mahkemece verilen mahkumiyet kararı Yargıtay (27) tarafından "...kamyonun siyanür maddesi getirdiğine ilişkin duyum alınması üzerine, idari yargı kararlarıyla şirketin, faaliyetlerinin durdurulmasına karşın, siyanürle altın arama çalışmalarını sürdürdüğü düşüncesi ve siyanürün insan yaşamını ve çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği inancının ortaya çıkarıldığı **ani tepkiyle**... önceden kararlaştırılmaksızın, duyarlılık kazanmış bir konuda toplumsal refleks sonucu trafiği aksatmadan tek sıra halinde" yürünmesinde kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme veya yönetme suçunun oluşmadığı gerekçesiyle bozulmuştur.

İlk kez kararda "**ani tepki**" ve "**toplumsal refleks**" kavramlarına dayanılmıştır.

Tanör'ün de ifade ettiği (28) üzere İngiltere gibi toplantıları, bir yasayla hak olarak tanımayan, fakat örf ve adet hukukundan ve "**özgürlük kuralıdır**" ilkesinden hareketle bu hakkın tanındığı ender ülkeler dışında diğer bir kısım ülkelerde bu eylemler "**hoşgörü**"den ya da "**gelenekler**"den yararlanıp korunmaktadır. Örneğin İsviçre'de kamu emlakı dışındaki bazı kantonlardaki yasak dışında hemen her yerde toplantı ve gösteri yürüyüşü izinsiz yapılır. Fransa'da önbildirim de gerekli değildir.

Batı ülkelerinde olaysız (29) dağılan toplantı ve gösteri yürüyüşleri, neredeyse bu yönleriyle haber değeri kazandığı da ironik bir söylemle dile getirilebilir.

"**Hoşgörü**" ve "**gelenek**" kavramlarıyla ülkemizde, toplantılara bakılması ve yaklaşılması ne yazık ki pek rastlanan bir olgu değildir. Tüm toplu eylem özgürlüklerinde olduğu gibi bu özgürlükte de güvenlik öne çıkmaktadır. Devletin bakışı "**asayiş sorunu**" olduğu gibi açıkça ifade edilmelidir ki yurttaşlarındaki de pek farklı değildir.

Yargıtay'a gelen bir dosyada yine ilk kez devletin, daha açıkçası güvenlik güçlerinin "**hoşgörüsüyle**" toplantı yapıldığından sözedilmiştir. Karar öncesi basının da dikkatini çeken (30) bir davada 2500 kişilik bir topluluğun saat 12.00'den 18.20'ye değin memur sendikaları yasa tasarısının demokratik olmadığı inancıyla basın açıklaması yapmak isteyen topluluğun, polislin hoşgörüsü altında uzun bir süre devam ettiği ve suç oluşturmadığı kararlaştırılmıştır. (31)

D İ P N O T L A R

- 1- Bülent Tanör: **İki Anayasa**, 1961-1982, İstanbul, 1986, s.97
- 2- Tanör: age, s.134-135
- 3- Öğretide Charrier'in toplanma ile ilgili benzer tanımı için bkz. Ömer Anayurt: **"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü"** KHKA 1(2003) s.40
- 4- Esra Atalay: **Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü**, İzmir, 1995, s.1
- 5- Şinasi Özgür Mumcu: **"Düşünce Özgürlüğü ve Onun Uzantısı Olan Hak ve Özgürlüklerine İlişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri,"** Galatasaray Üniversitesi, Yıldızhan Yayla'ya Armağanı içinde İstanbul, 2003 s.637, Prof.Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu: **"Dernek, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hak ve Özgürlüklerine İlişkin Anayasa'da Yapılan Son Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme"** TBMM Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu içinde Ankara, 2003, s.42
- 6- 3.8.2002 tarih ve 4774 Sayılı Kanun, R.G : 9.8.2002-24841
- 7- 26.3.2002 tarih ve 4748 Sayılı Kanun, R.G : 9.4.2002-24721
- 8- Sınırlamanın eleştirisi için Atalay, age, s.113-114
- 9- 30.7.2003 tarih ve 4963 Sayılı Kanun, R.G. 7.8.2003-25192
- 10- 4.6.2003 tarih ve 4868 Sayılı Kanunla onaylanmış ve Bakanlar Kurulunun 7.7.2003 gün ve 2003/5851 sayılı kararı ile onaylanmıştır. R.G. 21.7.2003-25175
- 11- 2003 İlerleme Raporu için bkz. [http:// e kutup.dpt.gov.tr/ab/ uyelik/ilerle 03 pdf.](http://e.kutup.dpt.gov.tr/ab/uyelik/ilerle03.pdf)
- 12- Anayurt, agm. s.40
- 13- Anayurt, agm. s.40
- 14- 20.2.2003 tarih ve 20652/192, Polis Akademisi AİHM Kararları C.2. Sayı:5, Nisan 2003, s.219 vd.
- 15- Ayrıntılı bilgi için Yrd. Doç. Dr. Gökçen Alpkaya: **"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak."** AÜSBF. Dergisi, Temmuz- Eylül, 2001, sayı.56 (3), Ankara, 2001, s.1-18
- 16- 8.CD. 12.2.1996 tarih ve 1995/17577 E, 1996/2011 K; 12.6.1997 tarih ve 1997/8068 E, 1997/9593.

- 17- 8.CD. 6.7.1994 tarih 5155/8580 E/K.
- 18- 8.CD.6.11.1995 tarih ve 13663/14362 E/K; 8.CD.7.5.1998 tarih ve 4225/6615 E/K: "Türk Eğitim Sendikası Yönetim Kurulu üyesi olan öğretmen sanıkların olay tarihinde ekonomik mağduriyetlerini dile getirmek ve sendikal hakları için medyanın ve kamuoyunun ilgisini çekerek hükümeti uyarmak amacıyla topluca hastaneye viziteye çıktıkları ve sonrasında basın bildirişi okumak üzere trafiği aksatmadan düzenli bir şekilde yürüyerek olay mahalline gelip bildiri okumaları ve kendiliklerinden dağılmaları şeklinde gelişen olayda 2911 sayılı yasaya aykırılık suçunun unsurlarının bulunmadığı..."
- 19- 8.CD. 20.3.1997 tarih ve 103/4027 E/K.
- 20- 8.CD. 9.9.1997 tarih ve 11389/11620 E/K, aynı yönde, 4.6.1998 tarih ve 5903/8505; 10.3.1999 tarih ve 2087/2962; 25.6.2001 tarih ve 3289/12211 E/K.
- 21- 8.CD. 9.9.1997 tarih ve 10518/11621 E/K.
- 22- 8.CD.15.4.1999 tarih ve 1921/5266 E/K.
- 23- 8.CD.2.2.2000 tarih ve 1999/12623 E, 2000/1357 K.
- 24- 8.CD.26.12.2001 tarih ve 2000/10828 E, 2001/17484 K.
- 25- 8.CD.9.2.2002 tarih ve 1143/6000 E/K.
- 26- Bu konuda bknz: atalay: age, s.52-55.
- 27- 8.CD.27.6.2002 tarih ve 949/7518 E/K.
- 28- Bülent Tanör: **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul, 1990, s.159.
- 29- Alpkaya; agm, s.2
- 30- Ör.: Oral Çalışlar: **"35 Sendikacıyı Mahkum Etmek"** Cumhuriyet 29.4.2003
- 31- 8.CD.28.4.2003 tarih ve 2483/1937 E/K.

İHAS 10. MADDE

Fikret İLKİZ^(*)

I- GİRİŞ VE ULUSAL PROGRAM

Yurttaşlarımız hukuk düzeni bakımından bireysel başvuru hakkını kullanarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde hak arama konusunda yol aldı. 2002 yılı Ocak ayı bakımından AİHM önünde Türkiye aleyhine yapılan şikayet sayısı 3142 olarak açıklandı. Böylece de İtalya'dan sonra en çok şikayet edilen ikinci ülke olduk. 2001 yılında 171 dosya hakkında Türkiye aleyhine karar verilirken 57 dosya uzlaşma ile sonuçlanmış bulunuyor. İnsan hakları ihlalleri ilgili sicilimiz iki yıl önce böyleydi.

1995 – 2003 yılı Haziran ayı dahil olmak üzere AİHM tarafından Türkiye hakkında ihlal tespit edilen karar sayısı 308, İhlal bulunmayan karar sayısı 10, reddedilen başvuru sayısı 2, Dostane Çözümle sonuçlanan dava sayısı 132, kayıttan silinen başvuru sayısı ise 7'dir.¹

AİHM'de 2001 yılında kayda geçen başvuru sayısı 13.858'dir. 11.Numaralı protokolle Komisyon-Mahkeme ikilisi yerine sürekli çalışan tek bir mahkeme kurulduğu 1998 yılına göre başvurularda %130 oranında bir artış olduğu gözlenmiştir.

2000 yılında kayda geçen başvurular arasında Rusya'ya karşı 1.325, Fransa'ya karşı 1.033, İtalya'ya karşı 867, Polonya'ya karşı 777, Türkiye'ye karşı 735, Ukrayna'ya karşı 728, Romanya'ya karşı 640, Birleşik Krallık'a karşı 626 başvuru yapılmıştır.

2001 yılında Rusya'ya karşı 2.108, Polonya'ya karşı 1.763, Fransa'ya karşı 1.117, Ukrayna'ya karşı 1.062, Türkiye'ye karşı 1.059,

^(*) Avukat, İstanbul Barosu.

¹ Doç.Dr.Naz Çavuşoğlu. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Uygulanması Türkiye Kararları . Su Yayınları. İstanbul. Birinci Bası Ağustos 2003 . Sayfa 165

İspanya'ya karşı 806, Almanya'ya karşı 714, İtalya'ya karşı 590 başvuru vardır.

2002 yılında ise en çok başvuru Polonya (4.173) ve Rusya'ya (4.006) karşı yapılmıştır. Ancak Fransa (2.789), Almanya (1.668) ve İtalya'ya (1.304) karşı yapılan başvurularda önemli sayıda artış görülmüştür.

2002 yılı sonunda Mahkeme'nin önünde incelenmekte olan toplam başvuru sayısı 29.410'dur. Ayrıca günde yaklaşık 180 uluslararası telefon ve 800 adet mektup alındığı belirtiliyor. AİHM 11 nolu Protokol ile 5-6 yıl süren davaların daha kısa sürede sonuçlanması için "tam zamanlı çalışan tek mahkeme" sistemini benimsemişti. Şimdi bu iş yükü karşısında 1,5 yıl sonra yeniden yapılandırma düşünölmeye başlanmıştır.²

Bu verilerden Türkiye açısından iki sonuç çıkarılabilir. Birincisi olumsuz olanıdır. Türkiye'de insan hakları ihlalleri devam etmektedir. İkinci sonuç ise olumludur. Bireyler AİHM'e başvurumaktadırlar. Başvuru yolları iç hukuku etkilemektedir. Yurttaşlar haklarını korumak bakımından bilinçli davranmakta ve hak arama yollarına AİHM'sini de katmışlardır.

57 inci Hükümet döneminde "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı" 19 Mart 2001 günlü Bakanlar Kurulu toplantısında kabul edilerek 24 Mart 2001 gün ve 24352 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.³

Ulusal Programda gösterilen Siyasi Kriterler çerçevesinde kısa vadede ve orta vadede hangi konularda neler yapılması gerektiği belirlenmiştir. Düşünce ve İfade Özgürlüğü ile Dernek Kurma Özgürlüğü, Barışçı Toplanı Hakkı ve Sivil Toplum ilk sırada yer almıştır.

Ulusal Programla "Düşünce ve İfade Özgürlüğü" alanında ifade özgürlüğünün daha da geliştirilmesine yönelik anayasal ve yasal güvencelerin güçlendirilmesi amacıyla **kısa vadede**,

- Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerle ilgili bölümlerinin, başta düşünceyi açıklama ve yayma, bilim ve sanat ile basın

² Açe. Sayfa 7-10

³ T.C Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Türkiye Ulusal Programı. Ankara 2001 Ankara Üniversitesi Basımevi. (Ulusal Programdaki düzeltmeler ise 6 Nisan 2001 gün ve 24365 sayılı Resmi gazetede yayınlanmıştır.)

özgürlükleriyle ilgili hükümler olmak üzere gözden geçirilmesi,

- Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin koruduğu değerler zedelenmeden gözden geçirilmesi,
- Aynı anlayışla Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. ve 8. maddelerinin gözden geçirilmesi,
- RTÜK Kanunu'nun gözden geçirilmesi,
- Basın suçlarının kapsamı ve öngörülen cezalarla ilgili olarak Basın Kanunu'nun gözden geçirilmesi planlanmıştır.

Orta vadede ise,

- Siyasî Partiler Kanunu'nun,
- Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu ve Tüzüğü ile Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği, Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve Tüzüğü'nün,
- 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile ilgili diğer mevzuatın gözden geçirilmesi;
- Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yasalaşması;
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları uyarınca ödenen tazminatların kusurlu kamu görevlilerinden tahsili için çalışmalar yapılması hedeflenmiştir.

Nitekim sayılanlar arasındaki ilk iş olarak Anayasada değişiklik yapılmıştır. 4709 sayılı yasa ile kabul edilmiş olan Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlükler yeniden düzenlendi. Artık Anayasanın 13. maddesine göre **“Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”**

Düşünce ve ifade özgürlüğü sınırlarının, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. madde düzenlemesine göre çizilmesi, “şiddet yanlısı olmayan” tüm düşüncelerin ifade edilmesinin güvence altına alınması hedeflendi.

Böylece “toprak bütünlüğü, laik ve demokratik cumhuriyet ve üniter devlet yapısının korunması” koşuluyla sorunun çözülmesi gerektiğinin altını çizerek Terörle Mücadele Yasası'nun 7 ve 8. maddelerinin gözden geçirileceği, Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin “koruduğu değerlerin zedelenmemesi” koşuluyla bu maddenin yeniden düzenleneceği Ulusal programda yer almıştı.

II- UYUM YASALARI

Konuyla ilgili olan yasal değişikliklere göz atmakta yarar vardır. 06 Şubat 2002 tarihinden bugüne kadar 7 ayrı yasa ile çeşitli yasalarda değişiklik yapıldı.⁴ Yapılan değişiklikleri Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde gözden geçirmek yararlı olacaktır.

1. 4744 SAYILI BİRİNCİ UYUM YASASI : (19.02.2002 günlü 24676 sayılı RG)

4744 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Resmi Gazete' nin 19.02.2002 günlü ve 24676 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Buna göre; **TCK. nun 159. maddesinde** öngörülen ceza (bir yıldan alı yıla kadar ağır hapis), bir yıldan üç yıla kadar hapis olarak değiştirilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasındaki hapis cezası aynen korunmuş, ağır para cezası ise kaldırılmıştır.

TCK.nun 312. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Maddede yer alan ağır para cezaları kaldırılmıştır. Maddenin 2.fıkrasında yer alan sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığına dayanarak halkı birbirine karşı düşmanlığa, kin beslemeye tahrik suçunun oluşması için ayrıca eylemin “ kamu düzeni için tehlike yaratabilecek şekilde” olması da suçun unsuru olarak maddeye eklenmiştir.

Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek, “örgütle ilgili propaganda yapanlara” şeklindeki düzenleme, “terör yöntemlerine başvurmaya özendirerek şekilde örgütle ilgili propaganda yapanlara” şeklinde değiştirilmiştir. Maddedeki hapis cezası aynen korunmuş, 50 milyon liradan 100 milyon liraya kadar

⁴ Av.Akın Atalay, “Uyum Yasalarına Toplu Bir Bakış” Açık Sayfa. Sayı 45-46 Temmuz-Ağustos 2003

olan ağır para cezası ise on kat artırılarak 500 milyon liradan 1 milyar liraya kadar ağır para cezasına yükseltilmiştir.

Terörle Mücadele Kanununun (TMK) 8. maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Ancak, aşağıda belirtileceği gibi TMK. nun 8. maddesi, altıncı uyum yasasının 19. maddesi ile tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

2. 4748 SAYILI İKİNCİ UYUM YASASI :

(09.04.2002 günlü 24721 sayılı RG)

4748 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" Resmi Gazete' nin 09.04.2002 günlü ve 24721 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Basın Kanununun Ek 1 inci maddesinin 3. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 1 ve 2 inci fıkralar ise değiştirilmiştir. **Ek 2 inci maddesinin 1 ve 3. fıkraları** değiştirilmiştir. Basın Kanununun Ek 1 inci maddesinin bu yasayla değişiklikten önceki halinde; 1. fıkrada dağıtımın önlenmesi, 2. fıkrada toplatma kararı ve 3. fıkrada da makineler ve basım aletlerinin müsaderesi düzenlenmekteydi. Yeni düzenleme ile dağıtımın önlenmesi ve toplatma kararları 1. fıkrada birlikte düzenlenmiştir. 2.fıkrada ise makineler ve basım aletlerinin müsaderesi yer almıştır.

Kanunun eski halinde; TCK.nun 125-162, 168-173, 311, 312. maddeleri ve devlete ait gizli bilgileri içeren her türlü basılmış eser ile (yalnızca toplatma kararı bakımından) TCK.nun 426, 428. maddeleri, 5816 sayılı Kanun ve 6187 sayılı Kanunda yer alan suçlar bakımından dağıtımın önlenmesi ve toplatma kararı verilebilmesi öngörülmekteydi.

Yapılan değişiklik ile dağıtımın önlenmesi ve toplatma kararı verilecek suçların tek tek sayımından vazgeçilerek, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin ve genel ahlakın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ile 5816 sayılı Kanun ve İnkılap Kanunları aleyhine işlenen suçlar" tanımı getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, AB müktesebatına uyum bağlamında basın özgürlüğünün genişletilmesi amacına yönelik olarak yapıldığı söylenen bu değişiklik ile dağıtımın önlenmesi ve toplatma kararı verilebilmesi yetkisi, sınırlandırılmak yerine eski haline göre daha da genişletilmiştir.

Dağıtımın önlenmesi ve toplatma kararı açısından yapılan bir değişiklik de, Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verdiği dağıtımın önlenmesi ya da toplatma kararının, Sulh ceza hakimi tarafından 48 saat içinde onaylanmaması halinde hükmüsüz kalacağıdır.

Ek 2 inci maddede yapılan değişiklik ise, Ek 1 inci maddede yazılı suçlardan mahkumiyet halinde eskiden üç günden bir aya kadar mevketenin kapatılmasına da karar verilebilecek iken yeni düzenlemede kapatılma süresi bir günden onbeş güne kadar olarak değiştirilmiştir. Ayrıca kapatma kararına rağmen mevketenin yayınına devam edenler ya da açıkça devamı niteliğinde yayın çıkaranlar için öngörülen bir aydan altı aya kadar hapis ve ağır para cezası yerine bir aydan üç aya kadar hapis cezası getirilmiş ve ağır para cezası kaldırılmıştır.

Basın Kanununun 16. maddesinin 5.fıkrası, yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre; Anayasanın 26 ve 28 inci maddelerinde yapılan değişikliğe paralel olarak, Basın Kanununun 16 ncı maddesinin kanunla yasaklanmış herhangi bir dille yayın yapılmasına ilişkin beşinci fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır.

3. 4771 SAYILI ÜÇÜNCÜ UYUM YASASI :

(09.08.2002 günlü 24841 sayılı RG)

4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" Resmi Gazete' nin 09.08.2002 günlü ve 24841 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

TCK.nun 159 uncu maddesine son fıkra eklenmektedir. Maddeyle birinci fıkrada belirtilen organları ve kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece yazılı, sözlü veya görüntülü olarak eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezaı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Değişiklikten önce de eleştirinin suç sayılamayacağı, bu nedenle maddeye böyle bir fıkra eklenmesinin yersiz ve gereksiz olduğu söylenebilir. Ancak, uygulamada TCK.nun 159. maddesinin ifade özgürlüğünü ihlal edici yorumunun egemen olması nedeniyle, uygulamaya yön vermek açısından bu değişikliğin yapıldığı söylenmiştir.

3984 sayılı Kanunun (RTÜK) 4 üncü maddesinde değişiklik yapılarak radyo ve televizyon yayınlarının Türkçe yapılması esas olmakla birlikte, Türk vatandaşlarına günlük yaşamda kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın yapılması imkânı getirilmiştir. Ayrıca bu yayınların, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olamayacağı vurgulanmıştır.

Ayrıca, yayın ilkeleri arasında bulunan (v) bendinde bulunan ve mutlak yorumlara neden olabilecek **“yayınların karamsarlık, umutsuzluk, kargaşa ve şiddet eğilimlerini körükleyici”** ibaresi, madde metninden çıkarılarak bu bent yeniden düzenlenmiştir. Yapılan diğer bir değişiklikle yeniden iletim konusu açıklığa kavuşturularak yeniden iletimin usul ve esaslarının Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Kanunun 9. maddesi ile ikinci uyum yasasının 2. maddesi ile yapılmış olan değişikliğe paralellik sağlamak amacıyla **Basın Kanununun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (6) numaralı bendinde** geçen “bu Kanunun ek birinci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar” ibaresi, “bu Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlar” şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca, **Basın Kanununun 21, 22, 24, 25, 30, 33 ve 34 üncü maddelerinde** yer alan para cezaları artırılmış (en küçük para cezası 10 milyar TL’ dan başlayacak şekilde) ve bu maddelerde yer alan hürriyeti bağlayıcı cezalar madde metninden çıkartılmıştır.

Üçüncü uyum yasasının bu maddesine ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı tarafından; öngörülen para cezalarının tutarı yönünden, Anayasanın 26. maddesindeki "haber alma" ve 28. maddesindeki "basın" özgürlüklerine ilişkin kurallara, 13. maddesindeki "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi"ne aykırı olmaları nedeniyle **iptalleri istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.**

4. 4778 SAYILI DÖRDÜNCÜ UYUM YASASI : (11.01.2003 günlü 24990 sy RG)

4778 sayılı **“Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”** Resmi Gazete’ nin 11.01.2003 günlü ve 24990 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Başın Kanununun 15. maddesine bir fıkra eklenmiş ve gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağı belirtilmiştir.

5. 4793 SAYILI BEŞİNCİ UYUM YASASI :

(04.02.2003 günlü 25014 sayılı RG)

4793 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" Resmi Gazete' nin 04.02.2003 günlü ve 25014 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. HUMK, CMUK ve Dernekler Kanununda değişiklikler yapılmıştır.

6. 4928 SAYILI ALTINCI UYUM YASASI :

(19.07.2003 günlü 25173 sayılı RG)

4928 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" Resmi Gazete' nin 19.07.2003 günlü ve 25173 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkında Kanunun 55/A ve 149/A maddeleri değiştirilmiştir. Buna göre; seçim dönemlerinde özel radyo ve televizyon yayınlarında uygulanacak düzenlemelere yer verilmiş ve yapılan değişiklikle bu düzenlemeler sürekli olarak uygulanabilir hale getirilmiştir.

3984 sayılı (RTÜK) Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası, 15. maddesinin 4. fıkrası, 32. maddesinin 3. fıkrası değişikliğe uğramış ve kanuna geçici 10 .madde olarak bir geçici madde eklenmiştir. Buna göre; Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın imkânı; hem kamu hem de özel radyo ve televizyon kuruluşları vasıtasıyla yapılması öngörülmüştür. Ayrıca Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun gerekli görülen yerlerde mahalli yayınları izlemek için bölge teşkilatı kurabileceği hükme bağlanmıştır. Seçim dönemlerindeki yayın yasağı da, seçim gününden önceki yedinci gün yerine seçim gününden önceki 24 saat olarak yeniden düzenlenmiştir.

TCK.nun 462. maddesi, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun (TMK) 8. maddesi ve 18.11.1992 tarihli ve 3842 sayılı CMUK ile DGM Kanununda değişiklikler yapılmasına ilişkin yasanın (ki kamuoyunda CMUK reformu olarak bilinir) 31. maddesinin 1. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre; uzun yıllar tartışma konu-

su olan ve ifade özgürlüğünün önündeki en önemli engel olarak gösterilen “bölücülük propagandası” suçunu düzenleyen TMK.nun 8. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

3713 sayılı TMK. na geçici 10. madde’ye göre Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesi yürürlükten kaldırıldığı için bu kapsamda kalan suçlar hakkında yürütülen soruşturmalar, tutukluluk hâli ve mahkûmiyet hükümlerinde dosyaların acele işlerden sayılarak, Türk Ceza Kanununun 2 nci maddesi hükümleri gözetilerek ele alınmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

7. 4963 SAYILI YEDİNCİ UYUM YASASI :

(07.08.2003 günlü 25192 sayılı RG)

4963 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” Resmi Gazete’ nin 07.08.2003 günlü ve 25192 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

TCK. nun 159. maddesinde öngörülen cezanın (bir yıldan üç yıla kadar hapis) alt sınırı altı ay olarak değiştirilmiştir. Bundan önce bir yıldan altı yıla kadar ağır hapis olan ceza, **birinci uyum yasası ile bir yıldan üç yıla kadar hapis** cezasına indirilmiştir. **Bu defa** yapılan değişiklikle, cezanın alt sınırı **bir yıldan altı aya indirilmiştir**.

Aynı maddenin son fıkrası da (bu fıkra da birinci uyum yasası ile eklenmişti) değiştirilerek, sadece yazılı, sözlü ve görüntülü olarak yapılan eleştirinin ceza gerektirmeyeceği yönündeki düzenleme; **eleştiri maksadıyla yapılan her türlü düşünce açıklamasının ceza gerektirmeyeceği şekline dönüştürülmüştür**.

TCK.nun 169. maddesinde yer alan “... eder veya her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil (kolaylaştırma)” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Maddeye ilişkin tasarı gerekçesinde, soyut ve muğlak bir ibarenin metinden çıkarılması suretiyle kişi hürriyeti ve güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir.

Müstehcenlik suçunu düzenleyen TCK.nun 426. maddesine, “*Bilim ve sanat eserleri ile edebi değere sahip olan eserler bu madde kapsamı dışındadır*” şeklinde bir fıkra eklenmiştir. Tasarı gerekçesinde, suçun kapsamının daraltıldığı ve eklenen fıkra da sözü edilen eserlerin belirlenmesinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan eser tanımının gözönünde bulundurulması gerektiği yazılıdır.

Müstehcen neşriyat suçunu düzenleyen TCK.nun 427. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ve imha” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, suça konu eşyanın imhası yerine sadece müsaaderesine (zor alımına) karar verilebilecektir.

353 sayılı **Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesine bir fıkra** eklenmiştir. Bu fıkra ile Askeri Ceza Kanununun 58. maddesinde yazılı suçların (TCK 153, 155, 161) barış zamanında asker olmayan kişiler tarafından işlenmesi halinde, davaların askeri mahkemelerde görülmeyeceği belirtilmiştir.

2923 sayılı Yahancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanunun 2. maddesinin (a) ve (c) bentleri değiştirilmiştir. Üçüncü uyum yasası kanunda değişiklik yapılarak, farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi hususundaki yasal engellerin kaldırılmasından sonra bu defa, eğitim ve öğretimi yapılacak yabancı dillerin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesine ilişkin düzenlemeden “Milli Güvenlik Kurulunun görüşünün alınması” ibaresi de madde metninden çıkarılmıştır.

3713 sayılı **Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrası** değiştirilmiştir. Buna göre, “örgütle ilgili propaganda yapma” suçuna yeni bir unsur eklenmiş ve “şiddet ve diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapma” olarak suç yeniden tanımlanmıştır.

III- GÖZDEN GEÇİRİLEN ULUSAL PROGRAM

Bakanlar Kurulu **İkinci Ulusal Programı** ve “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”ını 23.6.2003 gün ve 2003/ 5930 sayılı kararıyla kabul etti. Bu karar 24 Temmuz 2003 günlü Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.

“**İfade özgürlüğü**” konusunda ise 24 Mart 2001 tarihli Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programında öngörülenler II Ulusal Programda tekrarlanıyor. Hükümetin tarih vererek Haziran 2004’e kadar gerçekleştirmeyi açıkladığı siyasi kriterlerin başında “**Düşünce ve İfade Özgürlüğü**” yer almaktadır.

Ulusal Programa göre Hükümet ifade özgürlüğüne verdiği önemi şöyle ifade ediyor: “İfade özgürlüğünün evrensel değerlere

dayalı olduğunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. maddesi çerçevesindeki toprak bütünlüğü ve ulusal güvenliğin korunmasını da öngören ölçütler ile laik ve demokratik Cumhuriyeti, üniter devlet yapısını ve millî birliği koruma kriterleri temelinde bir yandan genişletilmesine, diğer yandan da sürdürülmesine öncelik ve önem vermektedir.”

İfade özgürlüğü konusunda çizilen yol haritasına göre:

- İfade özgürlüğünün sınırlarını belirleyen mevzuat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve özellikle Sözleşmenin 10., 17. ve 18. maddelerinin lafzına ve ruhuna uygunluğu bakımından gözden geçirilecek,
- İfade özgürlüğü alanını genişleten yasal ve idari değişikliklerin etkin uygulaması sağlanacak,
- Basın özgürlüğünün evrensel standartlarda uygulanması için gerekli tedbirler alınacak,
- Türk vatandaşlarının günlük yaşamda geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın yapılması veya farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesine ilişkin hükümler hayata geçirilecek,
- Uygulamada yeknesaklığın sağlanması amacıyla, yargı mensuplarının insan hakları, AİHS ve AİHM içtihadı konusunda yürütülen eğitim programları yaygınlaştırılarak sürdürülecek.

"Tüm Bireylerin, Ayırım Yapılmaksızın Tüm Temel Hak ve Özgürlüklerden Tam Olarak Yararlandırılması" için gereken güvenceleri yaratmak hükümetin temel görevi kabul edilmiştir. Hükümet için "Cumhuriyetin dayandığı temel ilkelere bağlı, ulusal bütünlük içinde, demokratik ve laik, bilgi çağını yakalamış, güçlü ve refah içinde yaşayan çağdaş bir hukuk devleti olmak, gelecek kuşaklara karşı tarihi bir sorumluluktur."

IV- BASIN YASASI VE YAŞANMIŞ ÖRNEK DAVALAR

4.1 – BASIN YASASI MADDE 30 VE 33 ÖRNEKLERİ

Bana verilen görev, iç hukukumuzda yaşanmış bazı dava örnekleriyle beraber içinde bulunduğumuz duruma ana hatlarıyla bakabilmektir.

Bu sempozyuma gelirken; 24.09.2003 tarihinde yapılan duruşmada İstanbul 2.Asliye Ceza Mahkemesinden “mahkumiyet” kararı alarak geldim.

Amacım bu mahkumiyet kararlarının içeriğini tartışmak veya “tartışarak” Basın Yasasının 30 uncu maddesine aykırılık oluşturmak değildir. Çünkü, bu tür tartışmaların nerede yapılması gerektiği konusunda belli bir hukuki deneyim ve hatta belli bir “sanık/sorumlu müdür/ sabıkalı” sicilim de var. Sadece Basın yasasında yapılan değişiklikleri örneklemeye çalışacağım. Şimdi “olaylara” ve “davalara” göz atarsak durum şudur:

4.1.1. 24.09.2003 tarihli duruşmada ilk mahkumiyetim Basın Yasasının 33/3 üncü maddesine aykırılıktan verildi. Suçlanan yazı 3.11.2001 günlü Cumhuriyet gazetesinde yayınlandı. Gazeteci yazar Hikmet Çetinkaya “Çocuklar Üşüyor” başlıklı yazısında Nilüfer Polat isimli 12 yaşındaki kız öğrencinin başından geçenleri anlatıyordu.

Aynı yazıda ana fikir olarak çocukların kışın üşümesinden ve çektiği sıkıntılardan söz ediyordu. Yazıda geçen olay daha önce gazetelerde ve televizyonlarda haber olmuştu. Kız öğrencinin Okul müdüründen dayak yemesi eleştiriliyordu. On iki yaşındaki Nilüfer Polat okul müdürü yanında Kaymakama “Paraları zenginlere dağıtıyorsunuz” demiş. Okul müdürü kızmış. Yazar Çetinkaya ise yazısında olayı anlatıyor ve “ Nilüfer Polat, “50 milyon lirayı yoksullara verin” deyince okul müdüründen sopayla dayak yiyip hastanelik olmuştu. Sağ ayağı mosmordu Nilüfer’in..” diyordu. Savcılık bu yazı nedeniyle “küçük mağdur 12 yaşındaki Nilüfer Polat’ın ismine açıkça yer verilme suretiyle” Basın Yasasının 33/3 üncü maddesine aykırı yayın yapıldığı için cezalandırılmamı istiyordu.

Gazetenin sorumlu müdürü olarak yargıldım. Maddeye göre “18 yaşını doldurmamış olan suç fail ve mağdurlarının hüviyetlerini açıklayan malumat veya resimlerin neşri yasaktır”.

Bu yasağa aykırı yayın yapıldığını kabul eden mahkeme 10 milyar lira ağır para cezası ile cezalandırılmama, TCK’nun 119 uncu

maddesi gereğince ön ödeme ihtarı yapılmasına karşılık 10 gün içinde para cezasını ödemediğimden dolayı da para cezasını ½ oranında artırılmasına karar vererek **15 milyar lira ağır para cezası ile cezalandırılmama** karar verdi.

Bu para cezaları ödenmediği takdirde 2003 yılı için günlüğü 11.559.516.-lira üzerinden yaklaşık 1500 gün hapis cezasına çevrilmesi gerekmektedir.

Basın Yasasında 21.05.2002 tarihinde yapılan değişiklikten önce bu suçun cezası 487.099.154. lira ağır para cezasıydı. Üç aya kadar da hapis cezası vardı.

4.1.2. İkinci mahkumiyetim ise Basın Yasasının 30 uncu maddesine aykırı yayın yaptığım için verilmiştir. 19.03.2002 günlü Cumhuriyet gazetesinde "Maçlar Üçlü Çete ile Kazandı" başlıklı haber yayınlanmıştır. Bu haberde "Türkiye liglerinde oynanan bazı maçlarda Susurluk hükümlüsü Ali Fevzi Bir ile hakemler arasındaki şikeyi ortaya çıkaran iddianamenin bir bölümünün haber çerçevesi aşarak aleni duruşmada okunmadan önce yayınlanması" nedeniyle ceza verilmiştir.

Basın Yasasının 30 uncu maddesine göre 20 milyar lira ağır para cezası verilmiştir. Ön ödeme tebligatı yapılmış ve süresinde para cezası ödenmediği için Mahkeme para cezasını ½ oranında arttırmış ve **30 milyar lira ağır para cezası ile cezalandırılmama** karar verilmiştir.

4.1.3. Yine aynı gün Cumhuriyet gazetesi sorumlu müdürü hakkında aynı suçtan dolayı ikinci bir mahkumiyet kararı daha verilmiştir. Cumhuriyet gazetesinin 22.9.2002 günlü nüshasında yayınlanan "İkitelli'de Padama: 7 Yaralı" başlıklı haberde yaşları 10 ile 12 arasında değişen 7 çocuğun adı yazıldığı için **15 milyar lira ağır para cezası** verildi.

Böylece 24.9.2003 günlü İstanbul 2.Asliye Ceza mahkemesinde yapılan yargılamalar sonunda üç dava karara bağlanmıştır. Üç davada verilen ağır para cezalarının toplamı **60 milyar lira ağır para cezasıdır.**

Bu örnekler Uyum Yasaları sırasında ve arada çıkarılan yasalarla değişen Basın Yasasındaki değişiklikler sonucunda verilen mahkumiyet kararlarıdır. Bir başka deyişle öldürücü para cezalarıdır. Ödenemez boyutlardaki para cezalarıdır.

4.2- BASIN YASASI MADDE 24 ÖRNEĞİ VE SİNAN KARA OLAYI

Gazeteci **Sinan Kara** Datça'da gazetecilik yapmaktadır. Ayrıca "**Datça Haber**" gazetesinin sahibidir.

Gazeteci hakkında açılan davalardan birçoğu yanında **sadece birisi** Yargıtay incelemesinden dönmüştür. Yargıtay incelemesiyle verilen mahkumiyet kararı **onanmış ve kesinleşmiştir**. Dava dosyası ve verilen karara göre Datça Kaymakamlığı'na "**Datça Haber**" gazetesinden iki nüsha gazeteyi basan sıfatıyla Sinan Kara tarafından teslim edilmediğinden sanık Kara **3 ay hapis ve 91.260.000 TL ağır para cezasına** çarptırılmıştır.

Hüküm kesinleşmiş ve hapis cezasının infazı için gazeteci ve gazetenin sahibi **Sinan Kara 26.12.2002 tarihinde** Marmaris'te bir yerel TV'de yapılan söyleşiye katıldıktan sonra hakkındaki yakalama emrine göre yakalanmış ve cezasını çekmek üzere **Ula cezaevine konulmuştur**.

Böylece Uyum yasalarından sonuncusu olarak 3 Ağustos 2002 kabul tarihli olup 9 Ağustos 2002 günlü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren **4771 sayılı** "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile Basın Yasasında değişiklik yapılarak **hapis cezaları kaldırılmış olmasına rağmen 26 Aralık 2002 tarihinde** Basın Yasası hükümlerine aykırılıktan hakkında "**Datça Haber**" gazetesini basan ve sahibi sıfatıyla **Sinan Kara**; 3 ay 8 günlük hapis cezasının infazı için 26.12.2002 günü **cezaevine giren gazeteci** olmuştur.

Sinan Kara ve "**Datça Haber**" gazetesinin sorumlu müdürü hakkında 6.10.2000 tarihli gazeteden gazetenin neşredildiği gün iki nüsha **Kaymakamlık Makamına vermediği** gerekçesiyle gazetenin künyesinde dizgi ve baskısını yapan olarak Sinan Kara gözüküğü için hakkında ceza davası açılmıştır. Mahkeme suçu sabit görmüş ancak sorumlu müdür Ayhan Sekmen hakkında beraat kararı vermiştir.

4.2. 1. Datça Asliye Ceza mahkemesi 2000/162 Esas, 2001/56 Karar ve 04.04.2001 günlü kararı ile "**Datça Haber**" Gazetesinin sahibi Sinan Kara hakkında 5680 Sayılı Basın Yasasının 12/1 maddesi yollaması ile aynı yasanın 24. maddesi **gereği 3 ay hapis ve suç tarihi itibarıyla TCK'nin 19, Ek 1-2 -4 maddeleri** gözetilerek **91.260.000. TL ağır para cezası** ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Sanık Sinan Kara'nın kişiliği gözetilerek hakkında CİK.nun 4. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına hükmeden mahkeme hapis cezası paraya çevirmemiş ve ağır para cezası ile hapis cezası tecil edilmemiştir.

Sinan Kara için her ne kadar tekerrüre esas alınmasa da, kayden sabıkalı geçmiş, suç işleme hususundaki eğilimine göre cezasının tecili halinde ileride suç işlemekten çekineceği hakkında olumlu kanaat edinilmediğinden **cezasının teciline yer olmadığına** karar verilmiştir.

Mahkemenin kararına konu olan suçlaşma; **Basın Yasasının 12/1.maddesi**⁵ yollaması ile Basın Yasasının **24. üncü maddesine**⁶ aykırılıktır. 2001 yılında verilmiş olan bu mahkumiyet kararından sonra; Basın Yasasının 24. üncü maddesindeki para cezaları 15 Mayıs 2002 ve 3 Ağustos 2002 tarihinde kabul edilen 4756 sayılı ve 4771 sayılı yasalarla değiştirilerek artırılmıştır.⁷ Ayrıca Basın Yasasındaki

⁵ Basın Yasasının 12 nci maddesi 1 inci fıkrası: " Tabi, mevkutenin her nüshasından ikişer tanesini neşri takip eden çalışma gününde, çıktığı yerin Cumhuriyet Savcılığı ile en büyük mülki amirliğe vermeye mecburdur." 12 inci maddenin ikinci fıkrası ise: " Tabi'e bu yükümlülüğü yerine getirdiğine dair bir alındı belgesi verilir" Bu maddenin müeyyidesi 24. üncü maddede gösterilmiştir.

⁶ Basın Yasasının 24. maddesine göre: "12 inci maddenin birinci fıkrası hükmünü yerine getirmeyenler hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis ve yirmibinliradan ellibinliraya kadar ağır para cezası hükmolunur" Bu maddedeki para cezası Türk Ceza Yasasının Ek 1-2 inci maddelerine göre artırılmıştır. 2000 yılı bakımından yeniden değerlendirme oranı %52.1 olup ağır para cezası 4421 sayılı yasa gereği en az 91.260.000.-TL dir.

⁷ 9 Ağustos 2002 günlü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3.8.2002 kabul tarihli "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" yasa gereğince Basın Yasasında yer alan hapis cezaları kaldırılmış olduğundan 24. maddede gösterilen üç aydan bir yıla kadar hapis cezası da kaldırılmıştır. Madde de yer alan para cezaları artırılmıştır. Maddenin yeni şekliyle 24. madde şöyle düzenlenmiştir: (Basın Yasası Madde 24) "12.maddenin birinci fıkrası hükmünü yerine getirmeyenler hakkında otuz milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezası hükmolunur." Hem 4756 sayılı yasa (Kamuoyunda bilinen adıyla RTÜK Kanunu) ile hem de 4771 sayılı Yasa ile değiştirilen bu madde hakkında Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa mahkemesine yapılan başvuru ile iptali istenilmiştir. Cumhurbaşkanı'nın gerekçesine göre 4756 sayılı Yasasının 25 inci ve 4771 sayılı Yasanın 9 uncu maddesi ile Basın Yasasında değişiklik yapılarak getirilmiş olan para cezaları çok yüksektir ve ödenemez boyutlarda olması nedeniyle de Anayasanın 26 ve 28 inci maddeleri ile 13 üncü maddelerine aykırıdır. Konu Anayasa Mahkemesinin incelemesindedir. 4756 sayılı Yasanın bazı maddeleri hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından "yürürlüğün durdurulmasına" karar verilmiştir. (12.06.2002 günlü 2002/97 esas ve 2002/9 Yürürlüğü durdurma kararı)

tüm hapis cezaları ve dolayısıyla da 24 üncü maddede düzenlenmiş olan **hapis cezası da kaldırılmıştır.**

Datça Asliye Ceza Mahkemesinin 4.4.2001 günlü 2000/162 Esas, 2001/56 Karar sayılı mahkumiyet hükmü Sinan Kara tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 22.5.2002 günlü tebliğnamesiyle verilen mahkumiyet hükmünün bozulması yönünde görüş bildirmiştir.

4.2.2. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2002/ 11390 Esas, 2002/10302 Karar ve 28.06.2002 günlü ilamıyla hükmün onanmasına karar vermiştir.

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin hükmün onanması yönündeki görüşü şöyledir :

“ 5680 sayılı Kanununun 12. maddesi uyarınca mevkutenin Cumhuriyet Savcılığına ve Mülki Amirliğe verilmesi görev ve sorumluluğunun tabiye ait olduğu ve tabiin de sanık Sinan Kara'nın sahibi olduğu Datça Haber Gazetesi olduğunun gazete künyesinde ve sanığın savunmasında belirtildiği cihetle tebliğnamedeki düşünceye itibar edilmemiştir.

Yapılan duruşmaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, gösterilen gerekçeye ve takdire göre , sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle **hükmün, isteme aykırı olarak ONANMASINA** 28.6.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”

3 ay hapis ve 91.260.000.TL ağır para cezasına ait mahkumiyetin onanmasına dair Yargıtay 7 Ceza Dairesi kararından sonra gönderilen dava dosyası **13 Ağustos 2002 tarihinde Datça'ya gelmiştir.**

Bir başka deyişle Basın Yasasındaki tüm hapis cezalarını kaldıran; ama para cezalarını ödenemez boyutlarda yükselten 3 Ağustos 2002 kabul tarihli 4771 sayılı **“Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”** 9 Ağustos 2002 günlü Resmi Gazetede yayımlandıktan **4 gün sonra Sinan Kara'nın dava dosyası Datça'ya gelmiş** ve gazeteci **11 gün sonra da kesinleşmiş 3 aylık hapis cezasını çekmek üzere cezaevine çağrılmıştır.**

4.2.3. Datça İnfaz Savcılığı tarafından 20 Ağustos 2002 tarihinde düzenlenen 91.260.000.TL ağır para cezası için ödeme emri çıkarılmıştır. Ayrıca 3 aylık hapis cezasının infazı için Datça İnfaz savcılığının 2002/ 375 il. sayılı 20.8.2002 günlü davetname yazısı tebliğ edilerek Sinan Kara; 7 gün içinde cezasını çekmek üzere çağrılmıştır.

Sinan Kara tarafından para cezası ile hapis cezasının infazının 4 ay süreyle ertelenmesi için Datça Cumhuriyet Savcılığına başvuru yapılmıştır.

Sinan Kara vekili Av.Burhan Apaydın 28.8.2002 günlü dilekçe-siyle Datça Cumhuriyet Başsavcılığına yaptığı başvuruyla 3 aylık hapis cezasının paraya çevrilmesi için başvuruda bulunmuştur.

Datça Asliye Ceza Mahkemesinin 2002/035 Değişik İş esas ve karar sayılı ve 02.09.2002 günlü kararının gerekçesi şöyledir:

“ Hükümlünün cezasının dayanağı olan **5680 sayılı Yasanın 24 üncü** maddesi Resmi Gazetenin 9 Ağustos 2002 tarih ve 24841 sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 9 ncu maddesinin D bendi gereğince değiştirilmiştir. Hükümlünün eylemi her iki yasada da suç olarak nitelendirilmiş ve yaptırma bağlanmıştır. Basın Kanununda yapılan değişiklik ile hükümlünün cezalandırılmasına dayanak olan 12 inci madde ve 24 ncu maddede suçun unsurlarında bir değişiklik meydana getirilmemiş, **eylem suç olmakta devam etmekle birlikte uygulanması gereken cezanın nevi ve miktarı değiştirilmiştir.**

Bu değişiklik sonrasında Basın Kanununun 12 inci maddesinin birinci fıkrası hükmünü yerine getirmeyenler hakkında otuz milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Önceki kanun maddesindeki ceza; üç aydan bir yıla kadar hapis ve yirmibinliradan ellibin liraya kadar ağır para cezası idi.

Mahkememizce CMUK.nun 402.inci maddesi gereğince inceleme yapılmış mahkumiyete konu suçun sonradan çıkarılan kanunla suç olmaktan çıkıp çıkmadığı, sonradan çıkan yasa ile, cezasının hafifletilmiş olup olmadığı değerlendirilmiştir.

TCK'nin 2/2. maddesi uyarınca, hükümlünün lehine olan yasaı belirlemek için suçun işlendiği tarihteki yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasanın lehindeki ve aleyhteki hükümleri birlikte ele alınarak hükümlünün lehine sonuç doğuran yasanın tespiti ve bir bütün halinde uygulanması esas alınmıştır.

CGK'nun 20.02.1989 7-4/57 sayılı kararında belirtildiği gibi; hem hapis hem de para cezası içeren bir yasa hükmü, miktarı ne olursa olsun yalnızca para cezası içeren bir yasa hükmüne göre daha ağır niteliktedir. **Bu nedenle suç ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren ve sadece ağır para cezasını öngören kanun maddesi hükümlünün lehine olduğundan,** hükümlüden sonraki kanunda tayin olunan ve asgari had olarak gösterilen üç ay hapis cezası ile birlikte verilen 91.260.000 TL ağır para cezasının infazının durdurulması gerektiği anlaşılmıştır."

Bu gerekçeyle Datça Asliye Ceza Mahkemesi aşağıdaki gibi karar vermiştir:

- 1- TCK'nun 2/2, maddesi ve CMUK'nun 402. maddesi gereğince, hükümlü hakkında Mahkememizin 04.04.2001 tarih, 2000/162 Esas, 2001/56 sayılı kararı ile, 5680 sayılı Basın Kanununun 12/1. inci maddesi yollamasıyla aynı yasanın 2. inci maddesi gereğince **3 ay hapis 91.260.000 TL ağır para cezası ile verilen cezanın infazının tatiline,**
- 2- Hükümlü hakkında 09.08.2002 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren "Çeşitlik Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" un 9 uncu maddesinin D bendi ile **değiştirilen Basın Kanununun 24 maddesi gereğince 3 ay hapis ve 91.260.000 TL ağır para cezası yerine 30.000.000.000. TL ağır para cezasının infazına"**

Böylece Sinan Kara hakkındaki 3 ay hapis, 91.260.000.TL ağır para cezası kaldırılmış yerine "uyum yasaları" ile yapılan değişiklik çerçevesinde 30 milyar lira ağır para cezasının uygulanmasına karar verilmiştir.

Datça Asliye Ceza Mahkemesinin bu kararıyla 3 aylık hapis cezası ile 91.260.000.TL ağır para cezası kaldırılmıştır ama bu kez de yerel gazeteci Sinan Kara'nın bu cezalar yerine "lehine" olduğu belirtilen

uyum yasalarıyla değiştirilmiş olan 30 milyar lira para cezasının ödenmesine karar verilmiştir.

4.2.4. Datça Haber gazetesinin sahibi Sinan Kara'nın 30 milyar TL.sı ağır para cezasını ödemek kudreti asla bulunmadığından ödemeyeceğini ve bunun üzerine ödenmeyen para cezasının hapse çevrileceği ve bu ağır para cezası karşılığı olan 3 yıl hapis cezası çekmesi gerekeceğinden ortaya çıkan böyle bir sonucun adaletle ve basın özgürlüğü ile bağdaşmadığını, kesinleşmiş olan 91.260.000.TL ağır para cezasının müstesap hak olarak kabul edilmesi gerektiğini ve 30 milyar' lira ağır para cezasına hükmedilmeyeceğini belirterek itiraz etmiştir.

İtiraz üzerine **Muğla Ağır Ceza mahkemesi 2002/668 D.İş Esas, 2002/667 D.İş Karar ve 12.09.2002 günlü kararı ile yapılan itirazı reddetmiştir.** Muğla Ağır Ceza Mahkemesi Datça Asliye Ceza Mahkemesinin gerekçelerini tekrarlayarak ve "**sadece ağır para cezasını öngören kanun maddesi hükümlünün lehine olduğundan**" gerekçeyle 30 milyar lira ağır para cezasının infazının gerektiği görüşüyle itirazın reddine karar vermiştir.

Muğla Ağır Ceza Mahkemesinin kararından sonra Datça Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 3.10.2002 tarihinde Sinan Kara'ya 30 milyar lira ağır para cezasının 7 gün içinde ödenmesi için ödeme emri çıkarılmıştır. Sinan Kara'ya bu ödeme emri **14.10.2002 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bu para cezasını Sinan Kara süresinde ödeyememiş ve hapis cezasına çevrilmesi sonucunda da 2750 gün hapis cezası ortaya çıkmıştır.**

Savcılık tarafından önceki mahkumiyeti ile karşılaştırıldığında cezanın infazı bakımından tereddüt doğmuştur.

Bu sırada Sinan Kara 15.11.2002 tarihinde Datça C.Savcılığına infazın 4 ay süreyle ertelenmesi için yeniden başvuru yapmıştır. Datça C.Başsavcılığının 202/3999 İlamat no ve 28.11.2002 günlü "**İnfazın Ertelenmesi Kararı**"nda yazılı olduğu üzere:

• "Hükümlü Sinan kara 15.11.2002 tarihinde C.Başsavcılığımıza başvurarak vermiş olduğu dilekçesinde 5680 sayılı kanuna muhalefet suçundan Datça asliye Ceza Mahkemesince 30.000.000.000.TL APC, Ramazan bayramının yaklaşması ve çocuklarının zor durumda kalacağı nedeniyle borcunu zamanında ödeyemeyeceğini,

kendisine süre verildiğinde bu borcu ödeyeceğini ve hükümlendirildiği suçun ortadan kalkacağını belirtip, cezasının infazının ertelenmesini talep etmiştir.”

Bu talep C.Başsavcılığınca yerinde görülerek;

1. Hükümlünün infazının ertelenmesine ilişkin talebinin CMUK 400.maddesi gereğince kabul edilerek başvuru tarihi olan 15.11.2002 tarihinden geçerli olmak üzere 1 ay süre ile 15.12.2002 tarihine kadar CEZASININ İNFAZININ ERTELENMESİNE,

2. Hükümlünün 15.12.2002 tarihinde C.Başsavcılığımıza gelip teslim olmaması halinde hakkında yakalama müzakeresi çıkarılmasına,” karar verilmiştir.

5. Sonuçta Sinan Kara'ya 3 ay hapis ve 91.260.000.TL ağır para cezası yerine 30 milyar lira ağır para cezasının ödenmesi için tebligat yapılmış ve ödenmediğinden dolayı hapse çevrilmiş ve kendisine 15 Aralık 2002 tarihine kadar süre verilmiştir.

Ancak Datça C.Başsavcılığında açıklanan hükmün infazında hakkaniyete aykırılık açısından tereddüt meydana geldiği düşüncesiyle aynı gün yani 28.11.2002 tarih ve 2002/3999 ilamat sayılı yazılarıyla Datça Asliye Ceza Mahkemesine başvurarak bu konuda bir karar verilmesi istenilmiştir. Datça Asliye Ceza mahkemesi dosyayı incelemiş ve bir karar vermiştir.

Mahkeme 2002/040 D.İş sayılı Esas ve karar sayılı 2.12.2002 günlü kararında önceki aşamaları tekrar etmiştir. Kararında son olarak 30 milyar lira ödenmesine karar verildikten sonraki durumu şöyle değerlendirmiştir:

“Ancak, hükümlünün 30.000.000.TL ağır para cezasını ödeyemediği, bu nedenle hakkında 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanununun 5/6 maddesinin uygulanması neticesinde para cezasının 2750 gün hapis cezasına dönüştüğü anlaşılmıştır. Her ne kadar mahkememizin 2002/035 Değişik İş sayılı kararı ile; sonraki yasa ile düzenlenen para cezasının Mahkememizin 200/162 esas 2001/56 karar sayılı hükmünde düzenlenen hapis cezası ile birlikte verilen para cezasından hafif olduğuna ve 30.000.000.TL APC' sının infazına karar verilmiş ise de; ekonomik gücü 30.000.000.000 TL para cezasını ödemeye

yetmeyecek durumdaki hükümlüyü, infaz aşamasında daha fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edici bir netice doğurduğu anlaşılmıştır.

İnfaz hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan hakkaniyete ve adalete uygun düşmeyen durumun düzeltilmesi için para cezasının ödenmemesinden kaynaklanan hapis cezasının üst sınırının yasa değişikliğinden önce hükmedilen 3 ay hapis ve 91.260.000.TL APC cezası esas alınarak ve 91.260.000.TL APC' sının hükümlü tarafından ödenmediği de dikkate alınarak 3 Ay 8 gün hapis cezası ile sınırlandırmak suretiyle infazına karar vermek gerekmiştir.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ: Gereğesi yukarıda açıklandığı üzere;

1. CMUK'nun 402 maddesi gereğince, hükümlü hakkında mahkememizin 2002/035 Değişik iş sayılı kararı ile verilen **30.000.000.000 TL APC' sının infazının 647 sayılı Yasanın 5/6.maddesi ile hapis cezasına çevrilmesinde Mahkememizin 04.04.2001 tarih, 2002/162 esas 2001/56 sayılı kararında hükmedilen 3 ay hapis ve 91.260.000.TL ağır para cezası dikkate alınarak, hapis cezasına çevirmede 3 ay 8 günün üst sınır kabul edilmesine,"**

karar verilmiştir.

Sinan Kara bu hükmün infazı için yani 3 ay 8 günlük hapis cezası için yaklaşık bir ay kadar fiilen cezaevinde kalabilecektir. Ocak ayı sonunda tahliye edilecek olan gazeteci Sinan Kara hakkındaki diğer davaların onanması durumunda aynı sonuçla karşı karşıya kalabilecektir.

9 Ağustos 2002 günlü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3.8.2002 kabul tarihli "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" yasa gereğince Basın Yasasında yer alan hapis cezaları kaldırılmış olduğundan 24. maddede gösterilen üç aydan bir yıla kadar hapis cezası da kaldırılmıştır. Madde de yer alan para cezaları artırılmıştır.

Maddenin yeni şekliyle 24. madde şöyle düzenlenmiştir: (Basın Yasası Madde 24) "12.maddenin birinci fıkrası hükmünü yerine ge-

tirmeyenler hakkında otuz milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.”

Datçalı gazeteci Sinan Kara örneğinde görüldüğü gibi yeni yapılan değişikliğe göre, gazete veya derginin iki adedini teslim etmeyen matbaacı veya gazeteyi basan eğer yine gazete sahibinin kendisi ise **bundan böyle otuz milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılabilir.**

Özellikle yerel medya açısından bu ödenemez boyutlardaki para cezalarının örneğin Basın Yasasındaki diğer maddelerinde yapılan değişiklikler çerçevesinde de uygulanması halinde para cezaları ödene-meyeceğinden dolayı ağır para cezaları, hapis cezasına çevrilecek. Dolayısıyla bu kez gazeteciler veya gazete sahipleri veya gazeteyi basanlar "üç yıl" geçmemek üzere hapsedilme tehlikesi ile yeniden karşılaşacak.

V- BASIN YASASINDA 4756 SAYILI YASA VE 4771 SAYILI İLE YAPILAN YASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Bu para cezalarının artırımı ne zaman oldu ve son durum nedir?

Herkesin bildiği gibi, 57 inci Hükümet tarafından hazırlanarak Bakanlar Kurulunun 7.6.2000 günlü toplantısında kabul edilerek **“Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”** 14.6.2000 tarihinde TBMM’ne sunulmuştur.

TBMM Anayasa Komisyonu gönderilen bu tasarı 11 ay sonra ele alınmıştır. Anayasa Komisyonu verilen önergelerle tasarımı büyük oranda değiştirdi. Anayasa Komisyonu tasarıyla ilgili 1/705 Esas, ve 10 karar sayılı 21.5.2001 günlü Raporunu Meclis Başkanlığına sundu. Böylece bu gün tartışılan ve kamuoyunda RTÜK Yasası olarak bilinen yasa Mayıs 2001’de şekillendirilmiş oldu.

TBMM bu tasarının görüşüldüğü 22 Mayıs 2001 ile 07.06.2001 tarihleri arasında aralıksız çalıştı. Sonuçta tasarı, 07.06.2001 kabul tarihli 4676 sayılı yasa olarak kabul edildi. 08.06.2001 günü kendisine gönderilen yasayı on gün inceleyen Sayın Cumhurbaşkanı 18.06.2001 günlü yazısıyla 7.6.2001 kabul tarihli 4676 sayılı **“Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununda**

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’u Anayasanın 89. maddesi gereğince bir daha görüşülmek üzere TBMM Başkanlığına geri gönderdi.

TBMM Anayasa Komisyonu Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen 4676 sayılı Yasayı görüşmek üzere on ay sonra; 9.4.2002 tarihinde toplandı. Cumhurbaşkanı’nın geri gönderme tezkeresini görüştü. Anayasa Komisyonu Esas 1/878 ve 18 numaralı ve 11.04.2002 günlü Raporuyla Yasanın herhangi bir değişiklik yapılmadan yani virgülüne dahi dokunulmadan Meclisten aynen geçmesine karar verdi. Böylelikle Sayın Sezer’in geri gönderme gerekçelerine rağmen, Yasa TBMM’den hiç bir değişiklik yapılmadan yeniden geçerse Cumhurbaşkanı’nın ikinci kez geri göndermesi önlenecek ve Yasa Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girebilecekti. Aynen öyle oldu.

Cumhurbaşkanı tarafından TBMM geri gönderilen kanun yeniden yapılan görüşmeler sonucunda TBMM’de aynen kabul edildi. 21 Mayıs 2002 Salı günlü ve 24761 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak 15.05.2002 kabul tarihli 4756 sayılı Yasa yürürlüğe girmiş oldu.

Cumhurbaşkanı Yasayı Resmi gazetede yayınlanmak üzere Başbakanlığa gönderdiği aynı tarihte yani 21 Mayıs 2002 günü Anayasa Mahkemesine başvurarak “yürürlüğü durdurma” ve yasanın bazı maddelerinin iptalini istemiştir. 111 Milletvekili de başvuruda bulunmuştur.

Yasanın yürürlüğe girmesinden yaklaşık üç ay sonra 4771 sayılı **“Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”** TBMM tarafından 3.8.2002 tarihinde kabul edilerek 9.8.2002 günlü 24841 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmakla yürürlüğe girmiştir. Bu yasa 3984 sayılı Yasada yeniden değişiklik yapmıştır. Yeniden yapılan ikinci değişiklikle para cezaları yeniden yüksek oranlarda artırılmıştır.

Gerçekten 5680 sayılı Yasada yapılan değişikliklerle hapis cezaları kaldırılmış ve 15.5.2002 tarihli 4756 sayılı, 3.8.2002 tarihli 4771 sayılı yasalarla yapılan değişiklikler sonucunda para cezaları 5-10-15-20-30 milyar liradan başlayarak 150 milyar liraya kadar yükseltilmiştir. Ayrıca para cezaları her yıl yeniden belirlenecek değerlendirilmesine göre artacağından ve büyük olasılıkla en az %50 oranındaki artışlarla her yıl değişecektir.

Para cezaları ve diğer maddelerle ilgili olarak yapılan Cumhurbaşkanının ikinci iptal istemi de Anayasa Mahkemesinin incelemesi altındadır. Çünkü Cumhurbaşkanı tarafından bu yasa için de para cezalarının yüksekliği nedeniyle ikinci iptal istemi ile Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur.

Cumhurbaşkanının gerekçesine göre 4756 sayılı Yasanın 25 inci ve 4771 sayılı Yasanın 9 uncu maddesi ile Basın Yasasında değişiklik yapılarak getirilmiş olan para cezaları çok yüksektir ve ödene-
mez boyutlarda olması nedeniyle de Anayasanın 26 ve 28 inci maddeleri ile 13 üncü maddelerine aykırıdır.

14 Haziran 2002 gün ve 25785 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 2002/97 Esas, 2002/9 (Yürürlüğü Durdurma) Karar ve 12.06.2002 günlü kararı ile 4756 sayılı Yasanın beş maddesi ve bazı fıkra ile bentlerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiş, dört maddesi hakkındaki Cumhurbaşkanı istemini ise reddetmiştir.

İşte yüksek para cezalarının kaynağını oluşturan yasal durum budur.

VI- İYİ ÖRNEKLER TCK 159 VE 312 İNCİ MADDELER

Bu örneklerin dışında bir başka iyi haber ise **Bakırköy 2.Ağır Ceza** Mahkemesinin 25.09.2003 günlü kararıdır. (Dosya No: 2001/111) Savcı açılan dava için beraat kararı verilmesini talep etmiştir. Dava yayınlanan söyleşi nedeniyle TCK'nun 159 uncu maddesinin uygulanması isteğidir. Savcının mütalaası aynen şöyle olmuştur:

“Her ne kadar sanıklar Hasan Çakkalkurt, Neşe Düzel ve Doğu Ergil haklarında Radikal gazetesinin 19.06.2000 tarihli nüshasının 1 ve 6 ıncı sayfalarında yayınlanan ve sanıklardan Neşe Düzel’in kaleme aldığı diğer sanık Doğu Ergil’in görüşlerini içeren “Sıkıyönetim eroin getirdi” adlı başlıklı yazıda emniyet kuvvetlerini neşren tahkir ve tezyif etmek suçunu işlediklerinden bahisle cezalandırılmaları istemi ile mahkememizde kamu davası açılmışsada, suç konusu olduğu iddia edilen yazı bütünüyle incelendiğinde gerek yazar Neşe Düzelin gerekse diğer sanık Doğu Ergil’in kişisel görüşlerini içerdiği ve eleştiri niteliğinde bulunduğu bu nedenle sanıkların üzerine auli

suçun yasal unsurlarının oluşmadığı cihetle her üç sanığın üzerine atılı suçtan dolayı ayrı ayrı beraatlerine karar verilmesi kamu adına talep ve mütalaa olunur”

Böylece Mahkeme 2001 yılında TCK'nun 159 uncu maddesine aykırılıktan açılan bu dava bakımından 2003 yılında sanıkların suç kastının bulunmadığı ve suçun unsurları oluşmadığı için “beraat” kararı vermiştir.

VI. HÜSREV BEYİN YAZILARI İLE DÜRİYE HANIMIN SÖYLEŞİLERİ

6.1- TCK MADDE 159

159 uncu maddenin geçirdiği değişikliklere yukarıda değinmiştik. Ancak yeniden ve sadece bu maddeye özgü durumu saptamakta yarar vardır.

TCK Madde 159 'da **19.02.2002** günlü ve 24676 sayılı Resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4744 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile birinci değişiklik yapılmıştır.

Buna göre; **TCK. nun 159. maddesinde** öngörülen ceza (bir yıldan altı yıla kadar ağır hapis), bir yıldan üç yıla kadar hapis olarak değiştirilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasındaki hapis cezası aynen korunarak, ağır para cezası ise kaldırılmıştır.

09.08.2002 GÜNLÜ VE 24841 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile ikinci değişiklik yapılmıştır.

TCK.nun 159 uncu maddesine son fıkra eklenmektedir. Maddeyle birinci fıkrada belirtilen organları ve kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın sadece yazılı, sözlü veya görüntülü olarak eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezayı gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Değişiklikten önce de eleştirinin suç sayılamayacağı, bu nedenle maddeye böyle bir fıkra eklenmesinin yersiz ve gereksiz olduğu söylenebilir. Ancak, uygulamada TCK.nun 159. maddesinin ifade özgürlüğünü ihlal edici yorumunun egemen olması karşısında, uygulamaya yön vermek açısından bu değişikliğin yapıldığı söylenmiştir.

07.08.2003 günlü ve 25192 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4963 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile üçüncü değişiklik yapılmıştır.

TCK. nun 159. maddesinde öngörülen cezanın (bir yıldan üç yıla kadar hapis) alt sınırı altı ay olarak değiştirilmiştir. Bundan önce bir yıldan altı yıla kadar ağır hapis olan ceza, **birinci uyum yasası ile bir yıldan üç yıla kadar hapis** cezasına indirilmiştir. **Bu defa** yapılan değişiklikle, cezanın alt sınırı **bir yıldan altı aya indirilmiştir**.

Aynı maddenin son fıkrası da (bu fıkroda birinci uyum yasası ile eklenmişti) değiştirilerek, sadece yazılı, sözlü ve görüntülü olarak yapılan eleştirinin cezayı gerektirmeyeceği yönündeki düzenleme; **eleştiri maksadıyla yapılan her türlü düşünce açıklamasının cezayı gerektirmeyeceği şekline dönüştürülmüştür**.

İfade özgürlüğüne ilişkin olarak Şubat 2002 de kabul edilen 1. uyum yasası ve Ağustos 2002 de kabul edilen 3. uyum yasası ile en son Ağustos 2003'de 7 inci uyum yasası ile TCK 159. maddesi üç kez değişikliğe uğramıştır.

Birinci değişiklikle ilk fıkradaki hapis cezasının üst sınırı altı yıldan 3 yıla indirilmiştir.

Maddenin 3. fıkrasındaki Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövme suçu için verilen cezalardan ağır para cezası kaldırılmış, 15 günden 6 aya kadar hapis cezası korunmuştur. İlk reform paketinde 159. maddeye ilişkin olarak çok önemli bir değişikliğin yapıldığını söylemek zordur.

159. maddedeki 2. yasal değişiklik 3. uyum yasası ile getirilmiştir. Buna göre, "Birinci fıkroda sayılan organları veya kurumları "tahkir" ve "tezyif" kasdı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez" maddeye eklenmiştir.

Son değişiklik ise 7 inci uyum yasası ile yapılmıştır. Bir yıldan üç yıla kadar hapis olan cezanın alt sınırı **bir yıldan altı aya indirilmiştir**.

Aynı maddenin son fıkrası bu değişiklikle **eleştiri maksadıyla yapılan her türlü düşünce açıklamasının cezayı gerektirmeyeceği şekline dönüştürülmüştür**.

6.2. AÇILAN DAVALARLA İLGİLİ ÖRNEKLER VE HÜSREV BEY YAZILARI

Aktüel isimli derginin 22-28 Temmuz 2000 günlü nüshasında yayınlanan "**Sarıkamış'tan Akdeniz'e**" başlıklı yazının yazarı Ahmet (HÜSREV) Altan ile sorumlu müdürü hakkında Askeri kuvvetleri tahkir ve tezyif suçlamasıyla dava açılmıştır. (Dosya No: 2001/ 284)

Aynı derginin 22.02.2001 günlü nüshasında yayınlanan "**Oralarda Geceler**" başlıklı yazıdan dolayı da aynı suçlama ile dava açılmış (Dosya No: 2001/ 286) ve yine dergi sorumlu müdürü ve yazarı Altan hakkında TCK'nun 159. maddesine göre cezalandırma talep edilmiştir.

Yine **Aktüel** isimli Derginin 14-20 aralık 2000 tarihli ve 491. sayısında yayınlanan "**Türkiye'nin Bütün Generalleri Kışlarınıza Dönün**" başlıklı yazıda TCK'nun 159. maddesine aykırılık bulunduğu iddiasıyla yazar Ahmet Altan ve dergi sorumlu müdürü hakkında dava açılmıştır. (Dosya No: 2001/258 Esas)

Yine aynı derginin 9-15 Kasım 2000 günlü nüshasında yayınlanan "**Bu Generalleri Yargılayın, Bu Yazarları Açıklayın**" başlıklı yazı nedeniyle de aynı suçlamada bulunularak Askeri kuvvetleri tahkir ve tezyif suçlamasıyla dava açılmıştır. (Dosya No: 2001/259 Esas)

Bu davanın yargılaması sırasında sanık ve vekili tarafından basında anılan "**andıç**" belgesinin istenilmesi talep edilmiştir.

İstanbul 2.Ağır ceza Mahkemesi 12.10.2001 günlü oturumunda "*Basında Andıç belgesi olarak nitelendirilen bir yazı ile ilgili olarak Genel Kurmay Başkanlığının yazılı açıklama yapıp yapmadığı, yapmış ise böyle bir belge olup olmadığının*" ve varsa belgenin gönderilmesinin istenmesine karar verilmiştir.

Mahkemece istenilen "Andıç" belgesinin ne olduğu hakkında 19 Aralık 2002 tarihinde yanıtta basında sözü edilen belgenin uygulamaya sokulmayan taslak çalışma formatundan ibaret olup istenilen belgenin mevcut olmadığına tespit edildiği bildirilmiştir.

258 ve 259 Esas sayılı her iki dava dosyasıyla ilgili olan bu yanıtta sonra Savcılık ikinci uyum yasası ile yapılan değişiklikle (4771 sayılı yasa) TCK'nun 159 uncu maddesine son fıkra eklendiği ve yazarın tahkir ve tezyif kastı da bulunmadığı görüşüyle Esas hakkındaki mütalaasında beraat kararı verilmesini istemiştir.

İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi basında “andiç” olarak anılan belge hakkında yazılan bu iki yazı içinde 27.12.2002 günlü oturumda verdiği beraat kararının gerekçesinde: “ Sanıklar....haklarında askeri kuvvetleri tahkir ve tezyif etmek suçundan kamu davası açılmış ise de, yapılan yargılamaya ve toplanan delillerle göre ve ayrıca yazı içeriğine göre 26. maddede belirtilen düşünce ve görüş açıklama ayrıca yayma özgürlüğü sınırları içinde kaldığı ve eleştiri mahiyetinde olduğu anlaşıldığından TCK'nun 159 uncu maddesine 4771 sayılı yasa ile eklenen fıkrada nazara alınarak unsurları oluşmayan suçtan sanıkların ayrı ayrı beraatlerine “ karar verilmiştir.

İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinde bu davalar devam ederken 03.08.2002 kabul tarihli 4771 sayılı yasa ile (Dosya No: 2001/284 ve 286) TCK'nun 159. maddesindeki değişikliklerden sonra mahkeme beraat kararlarında meydana gelen yasa değişikliklerini gerekçesine aktarmıştır.

Mahkeme kısa kararında her iki dava bakımından “... kamu davası açılmış ise de davaya konu yazı bir bütün olarak ele alındığında yazının Anayasanın 26. maddesinde belirlenen düşünce ve görüş açıklama ve yayma özgürlüğü sınırları içinde kaldığı ayrıca TCK 159. maddesinde 4771 sayılı yasa ile eklenen fıkrada nazara alınarak yazının eleştiri mahiyetinde olduğu eleştiri hudutlarının da aşılmadığı anlaşıldığından sanıkların atılı suçlarından ayrı ayrı beraatlerine...” karar verilmiştir.

Dikkati ceken bir başka kararda aynı niteliktedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise 2002/9-172-360 sayılı ve 15.10.2002 günlü kararında

“Ancak Yerel Mahkemece direnmeye ilişkin hüküm kurulmasından sonra 03.08.2002 tarihinde kabul edilip, 09.08.2002 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı Yasanın 2 inci maddesinin (A) bendi ile TCY.nın 159 uncu maddesine, “Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” şeklinde bir fıkra eklenmiştir.

Özel daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluğun niteliği ve sanığın somut olaydaki konumu nazara alındığında hukuki durumunun TCY.nın 2 inci maddesi

gereğince bu yeni düzenleme çerçevesinde Yerel Mahkemece yeniden ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir.”

görüşüyle bozma kararı vermiştir.

Bu kararlar göstermektedir ki uyum yasaları çerçevesinde yapılan yasal değişiklikler yürürlüğe girdikten sonra yerel mahkemeler ile Yargıtay tarafından uygulamaya alınmış ve uygulamada yasa değişikliklerine uygun kararlar verilmeye başlanmıştır.

6.3. TCK 312 VE DAVA ÖRNEKLERİNDE DÜRİYE HANIM SÖYLEŞİLERİ

4744 sayılı Birinci Uyum Yasası ile TCK 312. inci maddesinde aşağıdaki şekilde değişiklik yapılmıştır:

“Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerde işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında arttırılır”.

Bu değişiklikle 312. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ağırlaştırıcı unsur kısmen değiştirilerek asıl suça aktarılacak suretiyle maddenin uygulama alanı daralulmuştur. Kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde tahrik ibaresinin suçun bir unsuru olarak maddeye ilave edilmesi olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir.

8.01.2001 günlü Radikal gazetesinin 6. sayfasında (Düriye) Neşe Düzel tarafından Murtaza Demir ile yapılan bir söyleşi yayınlanmıştır. “Alevi Gençler Teröre İtiliyor” başlıklı bu söyleşi nedeniyle İstanbul DGM Savcılığı tarafından “Türkiye’de Alevi ve Sünni vatandaşlar arasında ayırım yaratarak halkın kin ve düşmanlığa açıkca tahrik

edildiği” gerekçesiyle TCK’nun 321/2. maddesine aykırılıktan dava açılmıştır. Beraat kararı “iyi örneklerden” birisidir.

İstanbul 6 Nolu DGM tarafından 11.04.2003 tarihli gerekçeli kararlarla (2001/28 Esas, 2003/61 Karar)

“Davaya konu yazı bir bütün olarak incelenip değerlendirildiğinde terör olaylarının urmanışa geçmesinin ve bu olayların içindeki Alevi gençlerin sayısının hızla artmasının sebeplerinin araştırılmasına yönelik bir yazı olduğu bu yazıda bu konu irdelenirken Aleviler bu toplumun itilen, horlanan, hakları verilmeyen kimliği tanınmayan, inançları üzerine baskı yapılan bir kesimi oluşturuyor niyetleri yokken de terörist olmaya zorlanıyor, devlette alevi kimliği ile emniyet müdürü olan birini bulamazsınız. Kaymakam ya da üst düzey bir bürokrat bulamazsınız; aleviler bu kimlikleri sebebi ile devlet dairelerinde alınmıyor gibi gerçeklere hiçte uymayan abartılı cümleler kullanmış ise de bu cümleler heyetimizce doğru kabul edilmemekle birlikte halkı kışkırtmaya yönelecek yani yasanın anladığı manada suç teşkil eden cümleler olmadığı sarf edilen bu cümleler doğru ve muteber olmasa bile demokratik bir ülkede doğru yanlış bütün fikirlerin fikir olduğu sürece yani eyleme dönüşmedikçe açıklanmasının tabii olacağı bu durumda değerlendirme yapıldığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasamızda gösterilen manada basın özgürlüğü çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmiş bir yazı olarak nitelendirildiği, 4744 sayılı Yasa ile değişik TCK.nun 312 maddesindeki suç unsurları itibariyle bu yazıda suçun oluşmadığı, yazının belirttiği üzere özgürlükçü manada değerlendirildiğinde yukarıda gösterilen yalan cümlelere rağmen eyleme dönüşmedikçe düşünce özgürlüğünün basın yoluyla tezahürü olarak değerlendirilmesi gerektiğinden sanıklar hakkında beraat kararı vermek gerekmiş...”

SONUÇ

Amaç iyi yasalarla kötü uygulamalar yaratmak değildir. Aksine uyum yasalarının üretilmesi ve yaşama geçirilmesiyle oluşturulacak "demokratik toplum düzeni" için zihniyet değişikliğinin gerçekleştirilmesidir. Artık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukukumuzda yasa hükmünde olduğu gerçeğinden yola çıkarak; ifade özgürlüğünün tüm temel hak ve özgürlüklerin omurgası olduğunu kabul etmeliyiz. Demokratik toplum düzeninin olmazsa olmaz koşulu, ifade özgürlüğüdür.

ALTINCI OTURUM TARTIŞMALARI

OTURUM BAŞKANI: Av. Talay ŞENOL (Türk Hukuk Kurumu Başkanı)

....." öğrencilerime bir soru sordum. Sorunun konusu 10. Maddeyle ilgili ve Münir Ceylan kararını sormuştum. Münir Ceylan bir sendikacı ve gazetede ya da dergide iki sütuna bir yazısı çıkmış. Anladığım kadarıyla yazıda Kürt kökenli seçmenleri eleştiriyor. İşte "Onurlu, kişilikli olmayan, özgür bir halk olamaz" gibi bir ifade kullanılmış. Hakkında, İstanbul'da Devlet Güvenlik Mahkemesine dava açılmış, Devlet Güvenlik Mahkemesi de 312'den, "kin ve düşmanlığa tahrik suçu" diye mahkûmiyet kararı vermiş. Önce Yargıtaya gelmiş, Yargıtay bu kararı onamış ve daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gittiğinde, Türkiye'nin 10. Maddeyi ihlal ettiği yönünde karar vermiş.

Ben de olay kısmını, DGM kararının gerekçesini verdim ve "Siz bunu, Sözleşmenin 10. Maddesine göre değerlendirin" dedim. 1 185 kâğıt okudum, 1 180'i Yargıtayımızla aynı görüşteydi.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Ben teşekkür ederim efendim.

Buyurun.

Orhan UZGÖREN - Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Fikret İlkiz, konuşmamın bir kısım dinleyenlerin kızgınlıkla dinleyeceğini söyledi. Ben, o kızgınlar arasında değilim, sizi de zevkle dinledim. Onun ötesinde, mahkûmiyet kararlarınızdan dolayı üzüntü duyduğumu ifade edeyim; ancak ifade özgürlüğü ve bu hakkın ihlalden bahisle serzenişte bulunuyorsunuz; yani "o mahkûmiyet kararları, benim ifade özgürlüğüm çerçevesine mütalâa edilmedi" dersiniz; fakat anladığım kadarıyla mahkûmiyet kararlarınız, yine çocuk haklarının korunmasıyla ilgili bir yasal düzenleme sonucu ve ona dayalı bir

mahkûmiyet hükmü. Şimdi burada çatışan, iki tane hak. Birisi sizin 10. Maddeyle savunmak istediğiniz ifade özgürlüğünüz, öbür taraftan da çocukların, 8. Madde kapsamındaki kişilik haklarına dair hakları. Siz, kendi hakkınızı, diğer haktan ne denli üstün görüp, bu eleştiriye getirdiniz? Sorularımdan birisi bu.

Diğeri de şu: Günlerdin burada tartışıyoruz. İnsan haklarının korunmasında odak noktasında hâkimin bulunduğunu ifade ediyoruz, ifade edildi, herkes bunda müttefik. Ayrıca, bu hâkimin, ne tür bir hâkim olduğu da dile getirildi. Her türlü etkiden uzak, her türlü etkilemelerden korunmuş bir hâkim olması gerektiği de söylendi. Şimdi verdiği karar kesinleşmemiş bir hâkimin o kararını, böyle bir sempozyum konusu yapmakla, söylediğimiz anlamdaki hâkimi rencide etmediniz mi, baskı altına alma eğiliminde değil misiniz?

Teşekkür ediyorum.

FİKRET İLKİZ- Bir defa böyle bir soru sorduğunuz için çok teşekkür ederim. Yarım kaldı. Eğer yarım kalmasaydı, sözlerimin başlangıcından sonraki sonuna bu yanıtları verecektim.

Bir; Çocuk Hakları Sözleşmesi Türkiye'de tam anlamıyla uygulanmalıdır. Eksiktir. Bizler, Çocuk Hakları Sözleşmesinin uygulanmasında hiçbir eksik bırakmadan gerçekleştürmemiz gereklidir. Dolayısıyla çocuk mahkemeleriyle ilgili o Yargılama Usul Yasasındaki çocuklarla ilgili olan davaların haber olmaması yasağı da doğrudur, bu yasağa da uyulması gerekir.

30. Maddenin, Çocuk Hakları Sözleşmesiyle bir alâkası yoktur. 33. Maddenin de çocuk haklarıyla ilgili herhangi bir bağlantısı yoktur. Hiçbir serzenişte bulunmadım, asla böyle bir yorum da yapmadım. Sadece bu anlamda verilen para cezalarının orantısız olduğunu gündeme getirmeye çalıştım. Bakın, orantısızdır. Neden orantısızdır; çünkü Basın Yasasında yapılmış olan değişikliklerle gelen para cezaları bugün 150 milyar liraya kadar çıkmaktadır. Önümüzdeki günlerde Basın Yasasının 24. Maddesine muhalefetten dolayı matbaacıların bu para cezalarını ödeyemediklerinden dolayı cezaevine gireceklerine tanık olacaksınız. Buradaki önemli olan olgu, para cezalarının haklı, makul, ödenebilir bir seviyeye çekilmesidir.

Eğer siz, o konuyla ilgili olmak üzere "serzeniş" dersiniz, ben size serzenişle ilgili ve 30'la ilgili ve benim haklarımı neden daha fazla üstün görmediğimi de yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararıyla

açıklarımı. 30. Madde ile ilgili bir tartışmayı açmak zorundayız. 30. Madde, Türkiye'nin en önemli sorunlarından birisidir. 30. Madde, en son Yargıtay Ceza Genel Kurulunda tartışılmıştır ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2002/7-277 esas sayılı bu kararında muhalefet şerhleri de vardır. Ben, muhalefet şerhinde bulunan adamlardan birisiyim. Ben, haber verilmesinden yana olan birisiyim.

Bu muhalefet şerhinin verildiği, Ceza Genel Kurul kararı hakkında şöyle bir haber vardır; "İnanılmaz ceza" Bu, bir manşettir. Altında; "2 tişört ve 400 bin lira için 77 yıl hapis verildi" ibaresi vardır; 2 tane tişört resmi konulmuştur, 4 adet madeni 100 bin lira konulmuştur, "eşittir 77 yıl" yapılmıştır, altına da "üstelik şikâyetçi yok" diye, haber yayınlanmıştır.

Şimdi bu Ceza Genel Kurul kararının muhalefet şerhinde yer alan görüş, şöyle bir görüştür: Genel Kurulumuzun önüne sıkça gelen gasp suçu, hepimiz tarafından bilinmektedir. Bu suçta gasp edilen para ve eşyaların değeri çoğu kez önemsiz olmasına rağmen, öngörülen cezaların çok fazla olduğu da bir gerçektir. Bu oransızlığın düzeltilmesi gerektiği de bilinen bir gerçektir. Şüphesiz bunu düzeltmek, yasa koyucunun görevidir; ancak konuyu yasa koyucunun dikkatine getirmek gerekmektedir. Bunun da ülkemizde en etkin yolu, yazılı ve görsel basındır.

Bu kararı burada okurken daire veya herhangi bir şekilde bir mahkeme kararından söz etmedim; sadece uygulamayla ilgili olmak üzere söyledim ve bunu da söylerken, 1835 yılında İngiltere'de verilmiş olan bir karara dayalı olarak söyledim. Yargı, el sürülmez, dokunulmaz, eleştirilmez bir kuvvet değildir. Sadece otoriteyi, Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafında yazılı olduğu biçimde zedelemeyeceksiniz. Onun dışında bu konuşmaları yapabilirsiniz; ama istiyorsanız, bu konuşmalar çerçevesinde 30. Maddeyi de buraya koyalım. Yeter ki sözlerinizde bir hakaret bulunmasın, yeter ki tahkir edici olmayın, yeter ki otoriteyi sarsmayın. Bu, kesinlikle hiçbir hukukçunun ve benim kabul etmediğim bir gerçektir. O nedenle izin verirseniz burada konuşmayacaksam ve siz bu konuşmayı, bu anlamda bir eleştiri olarak değerlendiriyorsanız, bundan böyle konuşmam; yazayım.

Hepinize saygılar sunarım.

OTURUM BAŞKANI- Samıyorum Orhan Bey de böyle bir şeyi kastetmedi.

.....- Ben, görüşümü söyledim.

OTURUM BAŞKANI- O da görüşünü söyledi. Mesele yok. Zannediyorum ortak bir paydada buluşuldu.

Buyurun.

ZEYNEP YILMAZ (Anayasa Mahkemesi Raportörü)- Ben de dernek kurma özgürlüğünün sınırlarıyla ilgili bir soru yöneltmek istiyorum. Sorum, öncelikle Sayın **Emmanuel Décaux**'ya; ancak diğer konuşmacılarımız da, bu konuda herhangi bir düşünceye sahipse, yanıt verebilirlerse sevinirim.

Soru şöyle: Demokratik batı ülkelerinde kamu yararı amacıyla kurulan dernek organlarına, yasama organı tarafından müdahale edilebiliyor mu? Başka bir anlatımla, yasama organınca çıkarılan bir kuralla kamu yararı amaçlı derneklerin organlarının görevine son verilebiliyor mu, acaba örnekleri var mı?

Teşekkür ediyorum.

EMMANUEL DECAUX - Klasik bir rejim var, herhalükarda, geçenlerde yüzüncü yılını kutladığımız, 1901'den bu yana Fransa'daki sistem bu: beyan sistemi. Derneklerin ön izin alma zorunlulukları yok, sadece kurulduklarını beyan ederler ve bu beyanla tescil edilirler. Sosyal amaçlı bir dernek oluşturmak isteyen bir grup şahsın, derneklerini valiliğe tescil ettirmeleriyle, dernek var olmaya başlar. Fransız Anayasa Mahkemesi'nin, 1971'de anayasa uyumsuzluğunun çıkış noktası olan bir içtihadı vardır, Mahkeme bu kararında, bilhassa bu beyan formalitesini dernek kurma özgürlüğünün temel ilkesi olarak tanımlamıştır. Ama eğer dernek daha sonra, örneğin şiddet çağrısında bulunursa, kapatılabilir, ama ilke olan özgürlüktür, devletin, genellikle yargı yoluyla bu derneği kapatmak üzere müdahalesi, istisnadır. Belki prosedüre dair ekleyeceğim ufak bir nüans ilginç olabilir: dernekler, tanınmamalarına veya kapatılmalarına itiraz etmek de dahil olmak üzere, savunma amacıyla yargıya başvurabilirler. Dernek kurma özgürlüğü sadece bireyleri değil, aynı zamanda bireylerin oluşturduğu grupları ve bizzat derneklerin kendilerini de koruma altına alır. Kapatılan dernekler ya da tanınmayan gruplar için, iç hukukta yargıya başvuru hakkı - ardından da Strazburg Mahkemesine -, son derece yararlı olmaktadır.

İZZETTİN DOĞAN- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Zatı alinizin de ifade ettikleri gibi İnsan Hakları Antlaşmasınının 9-10 ve 11. Maddeleri, Türkiye'nin hem siyasal yaşamı için, hem hukuksal, hem de inançsal yaşamı için fevkalâde hayati öneme haiz olan maddelerdir ve bu maddeler kapsamında da, müsaade ederseniz Türkiye'de yıllardan beri yaşanmakta olan ve son zamanlarda da çok aktüel bir konuyu hem uluslararası hukuk açısından ve antlaşmanın konusu açısından Prof. Dr. Décaux'nun değerlendirmesini rica edeceğim, hem de kendilerine, müteallik olduğu ölçüde de Sayın Hamdi Aktan'ın ve Fikret İlkiz Beyin takdirlerini rica ediyorum.

Bundan çok kısa bir süre önce, bugün siyasi iktidarı hukuken temsil imkânına kavuşmuş olan Sayın Başbakanımız, Berlin'de basına yapmış olduğu, onların önünde yapmış olduğu bir açıklamada "Alevi İslâm inancı" diye bir inancın, kendisine göre bir kültürü ifade ettiğini; ama bir dinsel niteliği bulunmadığını, bilahare bunların ibadet yerleri bilinen ya da iddia edilen Cem Evlerinin de ibadethane sayılamayacağını ve İslâmın bir tek ibadethanesi olduğunu, onun da cami olduğunu söylediler. Tabii "Bundan ne çıkar?" denebilir; ama hukuki bakımdan fevkalâde önemli sonuçlar çıkıyor.

Birinci sorum şu: Bir siyasi iktidarın icra mevkiinde olan bir kişi, biraz önce Sayın Décaux'nun konuştukları gibi bu her üç maddenin de **dénominateur commun**'i; yani ortak paydası, demokratik bir toplumda başbakan olmasıdır. Böylesine demokratik bir toplumda acaba siyasi iktidarı kullanma durumunda olan Sayın Başbakan, kişilerin, yurttaşlarının dinlerini tasnif etme, inançlarını tasnif etme imkânına hukuken sahip midir? Bunu söyleyebilir mi, söylediği takdirde 9. Madde kapsamı içerisinde hukuka aykırı bir davranış içerisinde girmiş olur mu?

İkincisi: Yine demokratik bir toplumdan söz ediyoruz. Tüm yurttaşlardan alınan vergilerle devletin yürüdüğü bilinir. Türkiye de bunun istisnasını oluşturmuyor. Toplanan vergilerden oluşan genel bütçeden, bizim Anayasamıza göre din hizmetleri için belirli bir pay ayrılır ve bu pay, bu yıl ki bütçede 900 küsur trilyon liradır ve bu payın tümü, İslâmın bir tek anlayışına sarf edilir.

Olayı çok daha net koyabilmek için, bu ülkede Müslüman olmayan yurttaşlarımız da var; Hıristiyanlar, Museviler -çok belirgin olsun diye söylüyorum- gibi. Peki, bunun sadece bir tek İslâm anlayışına sarf edilmesi ve bu sarfiyatı yapmak üzere de 100 küsur bin kişilik bir kadronun oluşturulması, acaba demokratik toplumlarda ne kadar

demokratiktir ve 9. Madde kapsamında nasıl mütalâa edilmek gerekir.

Keza ders kitaplarına din dersleri mecburiyeti konulduğundan bu yana, din anlayışının bir tek biçimi yansıtılmaktadır. Türkiye'deki uygulama budur. Bu uygulamanın yanında bir küsur yıldır Anadolu'da Mevlana ile, Yunus Emre ile, Hacıbektaş-ı Veli gibi tüm dünyanın tanıdığı ve hakkında dünyada en çok kitap yazılan Mevla'na gibi birisinin İslâm anlayışı, Sayın Başbakanın yaklaşımına göre İslâm sayılmayacaktır ve bunlar kitaplarda yer almaz. Oysa 9. Maddeyle bağlantılı olarak Ek Protokolün 2. Maddesinde ebeveynin, çocuklarının eğitimlerini kendi felsefi inanç ve kanaatlerine göre yapmalarını istemeleri, temel haklardan sayılmış. Öyle olunca, Alevi yurttaşların ya da diğer yurttaşların; yani İslâmın bugün okullarda okutulan biçiminden başka türlüşünü yorumlayan yurttaşların, çocuklarına kendi inançlarını yerme olanaklarını bulamamaktadırlar. Böylesine bir fiili durumda 9. Madde kapsamında ve özellikle de Ek Protokolün 2. Maddesi kapsamında nasıl mütalâa edilmek gerekiyor.

Devletin sahip olduğu her şey, halkın sahip olduğu şeylerdir. Halkın, siyaseten teşkilatlanmasına, siyaset biliminde "devlet" diyoruz. Devletin sahip olduğu televizyon kanallarında ve radyolarda, yine devletin sadece organlarının benimsemiş olduğunu gördüğümüz bir tek İslâm anlayışına yer verilir. Diğer yurttaşların hiçbirisi, hangi mezhep, hangi din, hangi inanca sahip olursa olsun, orada kendisini ifade etme imkânına sahip değildir. Bu açıdan da baktığımızda eğer Sayın Aktan Beyefendi, Sayın Fikret İlkiz Beyefendi anayasa ve iç hukukumuz açısından; ama Prof. Dr. Décaux özellikle insan hakları açısından fikirlerini söylerlerse memnun olurum.

Çok teşekkür ederim.

EMMANUEL DECAUX - Bu soruyu sorduğunuz için teşekkür ederim sevgili meslektaşım, gayet tabii konunun Türkiye ile ilgili veçhelerine cevap veremeyeceğim, bununla beraber, 9. maddenin yorumuyla ilgili üç önemli kilometre taşına değineceğim. Önce, bu maddenin içtihadının çok yeni oluşmaya başladığının altını çizelim. Bundan 10 yıl önce, Baro Başkanı Louis-Edmond Pettiti ile birlikte, Avrupa Sözleşmesinin, madde madde yapılan bir tefsirinin koordinasyonunu üstlenmiştik. 9. madde ile ilgili söyleyecek pek bir şey yoktu ve Profesör Frowein analizini yapacağı çok az içtihad bulmuştu. O tarihten bu yana işler çok gelişti tabii.

Birinci kilometre taşı, konunun kurumsal veçhesiyle ilgili. Bizim ilgimizi çekecek 2001 tarihli bir dava var : **Besarabya Metropolitan Kilisesi davası**. Bir taraftan Moskova'nın diğer taraftan Bükreş'in, siyasi olduğu kadar, rekabet halindeki patrikliklerle dini emellerinin de nesnesi, ilhaklar silsilesi olan karmaşık tarihiyle Moldavya'daki durumu hepimiz biliyorsunuz. Bükreş Patrikliğine bağlı olan « resmî » Moldavya Kilisesinin yanı sıra, bölgenin tarihi ismi olan Besarabya'ya atfen, Besarabya Kilisesi adı altında yeni bir Ortodoks Kilisesi kuruldu. Tabii, bütün ibadet yerlerinin, tek tüzel kişiliğe sahip olan Moldavya Ulusal Kilisesi'ne ait olması büyük gerginliklere neden oldu. Moldavya başbakanı, davayı savunmak üzere bizzat Starzburg'a gelerek, durumun patlama noktasında olduğunu beyan etti. Mahkeme, tabii ayrıntılı olarak okunması gereken kararında, çoğulculuk ve hoşgörünün Ortodoksluğun kendi içinde de geçerli olmasının gereği üzerinde ısrarla durdu. Başka bir karar da, Fransadaki Yahudi cemaatinin iç örgütlenmesi ve Fransız Yahudi Cemaati Başkanlığının tekelindeki kaşer ürünlerle ilgili, yine cemaat hayatındaki kurumsal ve ekonomik etkileri bariz olan son derece karmaşık bir dava da alındı. Söz konusu karar, 27 Haziran 200 tarihli Cha'are Shalom kararıdır. Bu sefer, Mahkeme Cemaat Başkanlığının tekeline hükmetti.

İkinci kilometre taşı, din vergisi konusu.. Darby/Suède davasında, İsveç'te ufak bir adada yaşayan bir Finlandiya vatandaşı, tanrıtanımaz olduğunu, dolayısıyla verdiği paranın kendisi için israf olduğunu öne sürerek, kilise vergisini ödemeyi reddediyordu. O dönemde, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, başvuruyu, 9. madde ile, sonuçta pek bahsini etmediğimiz ayrımcılık yasağına dair 14. maddeyi birleşik halde değerlendirerek kabul etti. Mahkeme, davanın dini açıdan değil de, münhasıran mali açıdan kabul edilebilirliğini ilan ederek, 1. protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. Mülkiyet hakkından yola çıkarak, vergiden sosyal katılıma geniş bir alanı kapsayan bu maddenin son derece mümbit bir madde olduğunu da söylemek isterim. Her ne kadar Mahkeme, Komisyon'dan daha temkinli davranarak, münhasıran dini alana girmekten kaçınmış, olsa da, tabii, Bay Darby için önemli olan lehine bir kararın çıkmasıydı.

Yine çok kısaca üçüncü kilometre taşı, bu sefer konu eğitim ve 1. protokolün 2. maddesi. Burada da, son derece zengin ve 2. madde hükümlerini uzun uzadıya irdeleyen klasik bir içtihat mevcut. 1976 yılındaki Danimarka davasından bahsedeceğim. Handyside kararında, Mahkeme, Sözleşmenin öngördüğü şekilde bir demokratik top-

lumun muhafaza edilebilmesi için eğitimde çoğulculuk imkanının sunulmasının temel olduğuna atıfta bulunuyor. Teşekkür ederim Sayın Başkan.

FİKRET İLKİZ - Sayın Profesör Dr. Doğan'a teşekkür ediyorum. Ben, sanıyorum konuşma içinde özet olarak da olsa söyledim; bir devletin, bir inanca, bir dine üstünlük tanımaması gerektiğini ifade ettim. Bizim Anayasamızda ve Ceza Yasamızda da bu söz konusu değildir; eşittir.

Yine konuşmamda bir cümleyle ifade etmiştim. İtalya'da 1930 yılında Ceza Kanunu hazırlanırken devlet dini benimsenmiş, Katolik dinsel inancı üstün tutulmuş, diğer dinlere ise hoşgörülle bakılmıştır. Bu hoşgörülle bakma bizde söz konusu değildir; ancak ne yazık ki faşizmin çöküşünden sonra İtalyan Anayasası din özgürlüğü ve dinsel eşitliği getirmesine karşın, Katolik inancını üstün tutan Ceza Kanununun 4002. Maddesi varlığını sürdürebilmiş ve İtalyan Anayasa Mahkemesi de anayasaya aykırılığı kabul etmemiştir. Bu, oradaki bir uygulama.

Ülkemiz uygulamasında böyle bir şey söz konusu değildir. Devletin bir dine ve onun değişik inanç biçimlerine -mezheplerine- taraf olması, birini üstün tutması mümkün olmamalıdır. Diyanet İşleri Başkanlığının yapılanmasını, bu bağlamda Sayın Doğan'ın öteden beri eleştirdiğini biliyorum, ben de katılıyorum. Aynı eleştirileri söyleyebilirim, tek bir inanca dönük yapılanmanın yanlış olduğunu vurgulamak isterim.

Diğer taraftan yurtdışında söylendiği ifade edilen Sayın Başbakanın sözleri sadece bundan ibaret de değildir. Yine sanıyorum evlenmeyle ilgili de sözleri yansımıştır. Benim, bu konuda hukuki olarak değerlendirme yapmamın doğru olmayacağını düşünüyorum; ancak "Bu konuda ne söylenebilir ki?" diye bitirmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun.

İOANNA KUÇURADİ- Özellikle Prof. Dr. Décaux'ya; ama diğer konuşmacılara da bir sorum var; çok temel bir soru.

Din özgürlüğü denilen hak, -Sadece din özgürlüğü. Diğer düşünce özgürlüğünü bir yana bırakıyorum- acaba hangi temel hak ölçütüne göre bir temel haktır.

Teşekkür ederim.

EMMANUEL DECAUX - Evet, zor bir soru. Önce pozitif hukuka bakarsak, 9. maddenin adı « düşünce, vicdan ve din özgürlüğü », bu da, din veya inanç değiştirme hakkını ya da dinsiz olma hakkını da içermektedir. İçtihat, bilinemezci (agnostikler) ile tanrıtanımazların (ateist) meşruiyetlerini vurgular. Burada bütün metinleri zikretmem çok zamanımızı alırdı, ama içtihatla çok sağlam bir denge var ve Mahkeme, 9. maddenin tanrıtanımazlar ve bilinemezci için de önemli olduğunu beyan etmiştir.

Felsefi açıdan baktığımızda, ki sanırım sorunuzdan kastiniz bu, öncelikli hakkın, hangi hak olduğu sorusu sorulabilir, Mahkeme'de bu sorgulamayı yaparak, yaşam hakkının hakların en önemlisi olduğunu, Kreiss/Allemagne davası vesilesiyle söyledi. Niçin böyle dediğini pek anlayamadım, eğer nedeni yaşamayan bir insanın, diğer haklarının da olamayacağı ise, bu biraz şıradan olur. Kimileri, vicdan özgürlüğünün bütün diğer hakların temeli olduğunu, çünkü bu özgürlüğün insanlık haysiyetimizin ifadesi olduğunu iddia ediyorlar. Bu özellikle Katolik Kilisesinin tutumudur. Ama tabii burada, pozitif hukuktan çıkıp, bambaşka bir alana, metafizik alanına giriyoruz. İzininizle, size yakınlarda Brüksel Özgür Üniversitesi'nin düzenlediği ve bu konuların işlendiği « İnsan Haklarının Sınıflandırılması » kolokyumunu tavsiye etmek istiyorum.

OTURUM BAŞKANI- yöneticilere birtakım görev ve sorumluluklar yükleniyor ve buna göre de birtakım da yetkiler veriliyor; ama biraz önce Sayın Décaux'nun da dediği gibi asıl olan demokratik toplum. Eğer demokratik toplum bu işin uzamasını istiyorsa, bana da ancak boyun eğmek düşer.

Buyurun efendim.

.....- Sayın Kuçuradi Hocam çok güç bir soru sordular. Kendilerinin çok yetkin bir felsefeci olduğunu biliyoruz. Yanıtımızın da yetkin bir felsefecinin sorusuna uygun düşmemesi halinde hoşgörüle karşılaşmasını diliyorum.

Ben, inanç ve din özgürlüğüne, biraz felsefi açıdan yanıtlamak istiyorum. Buna da her insanın varoluşundan kaynaklanan bir gereksinim olarak bakıyorum; ancak hukuksal olarak baktığımızda, benden önceki konuşmacının yanıtladıkları gibi inanç özgürlüğünün

inanmayı, bilindiği üzere aynı zamanda inanmama özgürlüğünü de içerdiğini söylemek istiyorum.

Teşekkür ederim.

.....- Bana göre de en önemli temel hak, onların başında gelen haklardan birisi. Kişiye doğrudan doğruya bağlı olan ve kısaca hiçbir kamu makamının müdahalesi olmaksızın kullanılması gerekli olan bir hak olarak değerlendiriyorum.

OTURUM BAŞKANI- Buyurun efendim.

BİLAL KARTAL- Sayın Başkan, teşekkür ederim.

Ben istiyorum ki, bu din olayına devletin adı hiç karışmasın. Benden önce söz alan Fikret Bey bunu söyledi. Gerçekten devletin buraya girmemesi gerektiğini düşünüyorum; çünkü bütün bu tartışmalardan da bu çıkıyor; konu son derece kaygan.

Orayı geçiyorum. Sayın Hamdi Yaver Aktan, bizim dairemizin bir kararından söz etti ki, yine o da dinle bağlantılı. Bir üniversite öğrencisinin, başı kapalı olduğu için, türbanlı olduğu için sınava alınmamasıyla ilgili. Şimdi bu öğrenci sınava alınmamıştı. Karar, 4-5 yıl önceye ait bir karar, eski bir karar, zannediyorum uzun da bir karar. Bu kişi, sınava alınmamasından dolayı idari yargıda dava açmıştı. Bu istemi reddedilmiş, Danıştay da bunu onamıştı. Yine Anayasa Mahkemesinin bu konuda bir kararı vardı. Bütün bu kararları göz önünde tutmak suretiyle, o kararları da temel almak suretiyle kişilik haklarına bir saldırı olmadığını, daire kararının, o kararlarla çelişmemesi düşüncesiyle böyle bir sonuca vardık; ama bizim kararımızın, tüm o kararları aşmak suretiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ne kadar uygun olup, olmadığını her an tartışabiliriz.

Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Ben teşekkür ederim Sayın Kartal.

Buyurun efendim; son söz.

.....- Ben önce, tebliği sahiplerine, güzel tebliğlerinden dolayı teşekkür ediyorum. Önce Sayın İlkiz'e bir ön soru sormak istiyorum. Konuşmanın başlangıcında kendisi hakkında verilen mahkûmiyet kararlarından söz etti. Bu kararlar acaba kesinleşti mi?

FİKRET İLKİZ- Kesinleşmedi.

..... (Devamla)- Şimdi bu cevap üzerine benim, Prof. Dr. Décaux'ya bir sorum olacak. O soruyu sormadan evvel bir de tespit yapacağım. Sayın Profesörden, cevabını daha sonra almak istiyorum.

Tespitim şu: Bu sempozyumun amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ana ilkelerinin incelenmesi, yorumlanması ve özellikle Türkiye başvuruları yönünden Avrupa İnsan Hakları Mahkemelerinin uygulanması. Sayın İlkiz, ilginç bir açıklama yaptı; ancak tebliğinin konusu, söz konusu tebliğ ile ilgili maddeler bakımından Türkiye'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurularıydı; ama bu tebliğ açıklamasında, bu konuda bir aydınlatıcı bilgi bulamadım. Önce bu tespiti yapmak istiyorum ve bu yönden ufak bir eleştiride bulunmak istiyorum.

Prof. Dr. Décaux'ya sormak istediğim konu şu: Biz, hukuk davalarıyla ilgili sempozyumlarda, kesinleşmiş yargı kararlarını konu alıyoruz. Hukukun gelişmesini, o kesinleşmiş kararlar üzerinden sağlamaya çalışıyoruz. Kesinleşmemiş yargı kararları konusunda Yüksek Mahkeme üyelerinin de katıldığı bir toplantıda, onların da, biraz önce olduğu gibi silahların eşitliği ilkesine aykırı açıklamalarla etkilanmesini istemiyoruz. Acaba Fransa'daki teamül; yani sempozyumlarda, henüz kesinleşmemiş kararların yargı organları önünde tartışılması teamülden midir, değil midir?

Teşekkür ediyorum.

EMMANUEL DECAUX - Hayır, herhalükarda sanırım yargıçların, bağımsızlık ve tarafsızlık saikiyle devam etmekte olan davalarla ilgili belli bir çekinceleri var. Ama, belki avukatların, meslek sırrı dışında, böyle bir zorunlulukları yoktur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir avukatın adalete hakaret edilen bir gösteriye katılmasına dair bir Fransa davasında, bu konudaki liberal tutumunu göstermiştir. Daha genel olarak, asıl yararlı olan, hukukçular arasında samimi bir tartışmanın yapılabilmesi, önemli olan bu. Ama tabii herkesin yekdiğerinin rolüne saygı göstermesi kaydıyla.

OTURUM BAŞKANI- Teşekkürler.

Süremizi epey aştık; ama konumuz, çok önemli bir konuydu, kapsamlı bir konuydu. Sizlere, sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum; ama son olarak sizlerin de müsaadelerinizle hem kendi adına, hem de sizlerin adına konuşmacılara teşekkür ediyorum ve oturumu kapatıyorum. (Alkışlar)

FİKRET İLKİZ- İzninizle bir şey söylemek istiyorum. Tespitiniz konusunda keşke ben, söylediğinizi gerçekleştirebilseydim. Benim için çok daha kolay olurdu, çok daha iyi olurdu, çok daha verimli olurdu, çok daha iyi anlatabilirdim.

Şimdi bakıyorum, toplantıyı düzenleyenler; Yargıtay, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Eğitimi On Yıl Ulusal Komitesi, Türkiye Barolar Birliği, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi. Bana, tebliğ konumu gönderdiler. Böyle bir faksla geldi. Bu, bana gelmedi ve geldiği zaman, özellikle benim konumun, Türk mahkemelerindeki davalarda 9, 10 ve 11. Maddelerle ilgili sorunlardı. Bu, bana böyle geldiği için, ben böyle hazırlandım. Keşke siz, beni uyarsaydınız, ben dün bunu hazırlardım.

YEDİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI

JEAN PIERRE MARGUÉNAUD

(Limoges Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü)

AIHS'ne Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi

İbrahim ŞAHBAZ^(*)

ANLATIM DÜZENİ:

I- GİRİŞ

II- AIHM KARARI VE İÇ HUKUKTA UYGULANMASI

A-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

AIHM kararları:

Kararın Kesinleşmesi:

AIHM kararları için yargılamanın yenilenmesi:

Kararın yorumu:

Hataların düzeltilmesi:

İç hukukta

İnfaz:

B-AIHM Kararının İç Hukuktaki Etkisi

C-Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

1-İçtihat Değişikliği

2-AIHM Kararı ve Yargılamanın Yenilenmesi

AIHS'ne Taraf Devletlerde Yargılamanın Yenilenmesi Örnekleri

Örnek Kararlar:

Örnek Ülke:Fransa'daki Uygulama

Sistemin Fransa'daki işleyişi şu şekildedir:

Uygulama örnekleri

III-TÜRKİYE

A- Anayasamızda Sözleşmelerin Hukuki Değeri

B-Anayasa Karşısında Yargılamanın Yenilenmesi

Yargı Yetkisi Bakımından Anayasadaki Düzenlemeler:

C-Ceza Yargılama Yasamızda Yargılamanın Yenilenmesi

1-Yeni Yasalarla Getirilen Düzenlemeler:

4793 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme:

^(*)Doç.Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

2-CMUK'nun 327 nci maddesinin ilk 5 bendi ile 6 ncı bendindeki düzenlemelerin karşılaştırması:

3-Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından

a-Yüce Divan Kararları:

b-Siyasi Parti Kapatma Kararları:

c-Ancak Anayasa Mahkemesinin diğer kararları bakımından

d-Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin dokunulmazlığın kaldırılması ve TBMM üyeliği sıfatının düşmesi hallerine ilişkin iptal istemlerini incelemesi(Anayasa, m.85)

IV-İÇ HUKUKUMUZDA YARGILAMANIN YENİLENMESİNİN SAĞLANMASINDA GÜÇLÜKLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A-AİHM Kararlarından İç Hukukumuzla Yakın İlgili Olabilecek Durumlar

Müdafii ile görüşme hakkı(m.6/3-c):

Yasayla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme:

-Mahkemenin Bağımsızlığı:

Bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda AİHM çeşitli ölçütler kullanmaktadır:

-Tarafsız Mahkeme

-Sainte-Maire/Fransa davasında

Çifte Rollü Mahkemeler:

-Bozma kararından sonra yeniden aynı mahkemenin karar vermesi:

Hakkın ihlalinin önlenmesi için olasılıklar:

Feragat

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından:

B-AİHM Kararı Karşısında Kimi Durumlar

I- GİRİŞ

Yargılamanın amacı gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu nedenle hükmün hatasız verilmesi gerekir. Verilen hükmün hatasız olabilmesi için;

a) öncelikle, maddi sorun olan "yaşanmış olayın" mahkeme önünde gerçeğe uygun biçimde ortaya konması(sergilenmesi),

b) ikincisi ise, hukuki sorun çözümlenirken hata yapılmaması gerekir.

Günümüzde AİHS'ne taraf olan ülkelerde, iç hukukta bulunmayan yeni bir yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiştir. Çünkü Söz-

leşmenin imzalanması taraf ülkelere buna uyma yükümlülüğü getirmiş ve Sözleşmede açık düzenleme olmamasına karşın, milli mahkeme tarafından verilen bir kararın AİHM kararı ile Sözleşme veya eki protokollere aykırılığın tespiti halinde, bu tespit kararının iç hukukta yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesini gerektirmiştir. Kimi ülkeler bu tespit kararını maddi hukuk sorunu kimi ülkeler de hukuki aykırılık olarak kabul etmiştir. Ancak AİHM'nin ihlal kararı üzerine yapılan yargılamanın yenilenmesi veya dava dosyasının yeniden ele alınması olağan değil, olağanüstü bir yargı yoludur.

Yargılamanın yenilenmesi, yargılama sırasında hata yapılması veya hüküm verildikten sonra varlığı anlaşılan yahut ortaya çıkan nedenlere dayalı olarak, hükmün artık gerçeği yansıtmayan bir karar haline gelmesi mümkün görüldüğünden, bu aykırılığın düzeltilmesi amacıyla benimsenmiştir¹.

Yani yargılamanın yenilenmesine başvurabilmek için, kesin hükümde hukuki yanlışlar olduğunun sonradan anlaşılması gerekir. Karardaki hukuki hataların karar kesinleşmeden anlaşılması halinde olağan yargı yolu ile giderilmesi mümkündür. Kesin hükümden sonra anlaşılan hukuki hatalar ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla giderilebilir. Bu tür hataların(yanlışlıkların) sonradan anlaşılması, yargılama sırasında elde olmayan delil ve olguların ortaya çıkmasıyla mümkündür. Yargılamanın yenilenmesi yolu, kesin hükmün ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir çare olarak düşünülmüştür. Kabile göre yenileme aynı mahkemede olduğu gibi bir başka mahkemede de olabilir. Kesin hükmün infazı gerçekleşmiş olsa da yargılamanın yenilenmesi mümkündür.

II- AİHM KARARI VE İÇ HUKUKTA UYGULANMASI

A-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

AİHM bir temyiz mahkemesi olmadığı gibi, gerek taraf devlet yasasının o ülke Anayasasına uygunluğu ve gerekse yasanın Sözleşmeye veya eki protokollere uygunluğunu denetleyip iptal kararı veren bir Anayasa Mahkemesi de değildir. Bu mahkeme sadece iç hukukta yapılan işlem veya eylemin Sözleşme veya eki protokollere uygun olup olmadığını tespit eder. Bu tespitten sonra eski halin iade-

¹ Yenisey, Feridun:Duruşma ve Kanunyolları, 2.Baskı., İstanbul 1990, s.233.

sinde yöntem seçme yetkisi sadece o ülkeye aittir. Mahkeme verdiği kararla ihlale sebebiyet veren devleti tazminata mahkum edebileceği gibi, iç hukukun Sözleşmeye aykırılığına da hükmedebilir. Ancak bu karar, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının etkisi gibi bir sonuç doğurup, taraf ülke yasasının kendiliğinden yürürlükten kalkmasını, değişmesini sağlamaz. Yeni yasa yapma veya yasayı yürürlükten kaldırma yetkisi, Sözleşmeye uygun olmak koşuluyla, yine taraf ülkenin yasama organına aittir.

Diğer yandan, AİHM'nin yetkisi, olayların tespiti veya hukuk kurallarının uygulanmasında ulusal mahkemelerin kararlarındaki hataları denetlemek değil²; sadece Sözleşme veya eki protokollere aykırı olup olmadıklarının tespitinden ibarettir. AİHM'nin ulusal mevzuatın yorum veya uygulanması bakımından bir yetkisi de bulunmamaktadır; bu tamamen ulusal makamlara (bilhassa mahkemelere) ait bir yetkidir³.

AİHM kararları:

AİHS' nin 19 ncu maddesine göre⁴, Sözleşmeye taraf olan ülkelerin "bu Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak için" AİHM kurulmuştur. Sözleşmenin Mahkemenin yargı yetkisini belirleyen 32 nci maddesine göre, yargı yetkisi, "devlet başvuruları" (m.33), "kişisel başvurular" (m.34) ve "görüş bildirme" (m.47) yollarından birisiyle önüne gelen işlerde, Sözleşme veya Sözleşme eki protokollerin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili olan her türlü sorunu kapsar. Mahkeme, bir davaya bakmaya yetkili olup olmadığı ile ilgili bir sorun hakkında kendisi karar verir.

² AİHM'nin 12.7.1988 tarihli İsviçre'ye karşı Schenk kararı; Tezcan, Durmuş -Erdem, M.R-Sancakdar, O.:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002, s.120.

³ AİHM'nin 25.3.1998 tarihli İsviçre'ye karşı Koop kararı; Tezcan -Erdem-Sancakdar, 2002, s.120; Yıldırım, Kamil: "Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.316'da AİHM'nin kararlarının direkt uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Ancak yazar Divan'ın aykırılık tespitinden sonra iç hukuk organlarının bunu nasıl yerine getirecekleri konusunda tamamen özgür olduklarını belirttikten sonra, "Divan yargısının direkt etkisi bu aşamaya kadardır. Bu aşamadan sonra verilecek karar, iç hukuk organının yetkisi içerisindedir. Divan'ın kalkıp tespitten başka ihlalin nasıl giderileceği konusunda karar vermesi ve bu kararın direkt ülkede uygulanması, devletlere tanınması gereken takdir ve hareket serbestisi ile çelişkiye düşerdi" demektedir.

⁴ 11 nolu protokole göre değişik madde numarası.

Sözleşmeye göre, sözleşmeci taraflar, kendilerinin taraf oldukları davalarda, mahkemenin nihai(kesin) kararlarına uymayı taahhüt ederler (m.46/1). Sözleşmede mahkemenin nihai kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir şeklinde bir hüküm yer almaktadır (m.46/2).

AİHM' nin kararı, Büyük Daire kararı ise kesindir (m.44/1); bir Daire kararı ise üç halde kesinleşir. Birincisi, dava taraflarının dairenin baktığı davayı Büyük Daireye göndermek istemediklerini beyan etmeleri(m.44/2-a); ikincisi, Dairenin verdiği kararın üç ay içerisinde Büyük Daireye gönderilmesinin istenmemesi; ve nihayet, Kurul' un, Sözleşmenin 43 ncü maddesi gereğince Büyük Daireye gönderilmesi istemini reddetmesi halleridir.

Kararın Kesinleşmesi: AİHM' nin Büyük Daire kararı kesin olduğundan hemen; Daire kararları ise kesinleşme üzerine, yayımlanır (m.44/son).

AİHM kararları için yargılamanın yenilenmesi: AİHM'nin kesinleşmiş kararlarına karşı bir başvuru yolu yoktur⁵. Ancak, bu Mahkeme kararları için de aynı mahkeme nezdinde yargılamanın yenilenmesine başvurulması mümkündür. Mahkeme İçtüzüğü'nün⁶ 80 nci maddesine göre, taraflardan biri, niteliği bakımından daha önce hükme bağlanmış bir davanın sonucu üzerinde belirleyici bir etkiye sahip ve son kararın verildiği tarihte Mahkeme tarafından bilinmeyen ve kendisi tarafından da bilinmesi mümkün olmayan bir olayın varlığını öğrendiği takdirde, bu olayı öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde Mahkemeden bu kararın, bir yargılama ile yeniden gözden geçirilerek düzeltilmesini isteyebilir⁷.

Kararın yorumu: Ayrıca, iç hukukta olduğu gibi, "kararın yorumlanması" gerekiyorsa, kararın verildiği tarihten itibaren bir yıl içinde, taraflardan biri son kararın yorumlanmasını isteyebilir (İç tüzük, m.79).

Hataların düzeltilmesi: Diğer yandan, mahkeme bizzat veya taraflardan birinin, karar veya son kararın açıklanmasından itibaren bir

⁵ Batum, Süheyl: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul 1990, s.50.

⁶ AİHM İçtüzüğü 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmiştir; Metin için bkz.Gölcüklü, Feyyaz-Gözübüyük, A.Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2003, s.475-507.

⁷ Gölcüklü-Gözübüyük, 2003, s.122.

ay içinde, yazım ve hesap hataları ile açık yanlışları giderebilir (İç tüzük, m.81).

İç hukukta AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak uygulama yapılması sırasında, kesinleşmesi ile 79, 80 ve 81 nci maddelerinin göz önünde bulundurulması gerekir.

İnfaz: Öğretide kabul gören, AİHM kararlarının iç hukukta doğrudan uygulanması hususunda, Sözleşmede açık bir düzenleme söz konusu değildir. AİHM kararlarının nasıl infaz edileceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Tek hüküm, mahkeme kararlarının Bakanlar Komitesine gönderilmesi ve Bakanlar Komitesinin bu kararların uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmesidir. Taraf devletin, mahkeme kararının infazı ile ilgili olarak Bakanlar Komitesini bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Sözleşmeye taraf olma ülkelerin rızalarıyla gerçekleştiğinden, mahkeme kararının uygulanıp uygulanmaması da üye ülkelerin kendi rızalarına bağlıdır. Ancak böyle bir yaklaşım, Sözleşmeye atılan imzanın boşa atıldığı, taraf ülke için hiçbir sorumluluk yüklemeyeceği anlamına da gelmez. Bir ülkenin hem sözleşmeyi imzalayıp yükümlenmesi, hem de Sözleşme hükümleri ve organlarının kararlarına uymaması düşünülemez.

AİHM'nin kesinleşmiş kararlarının iç hukuk yargı kararları üzerindeki etkisi iki karar arasında çatışma çıkarabilir. Bunu önlemek için, aşağıda açıklayacağım gibi, taraf devletlerin çoğu farklı düzenleme veya kabullerle konuya çözüm bulmuşlardır. Zira taraf devletler, ihlal kararı karşısında iç hukuklarında mağdurun hakkını ya tazminat şeklinde giderecekler ya da ihlalin önlenmesi için bir başka önlem alacaklardır. Eğer iç hukukta tazminat mevcut ve AİHM kararına kadar bu tazminatın gereği yapılmamış ise, Mahkeme başvurana "git ülkende tazminat hakkın var orada bunu al" demeyip, önündeki davayla ilgili olarak tazminata hükmedecektir. Ancak bu tür çözümlerin yetersizliği nedeniyledir ki, taraf ülkeler için eski hale getirme bakımından başka önlemler alınması zorunluluğu doğmuştur.

AİHM kararları, taraf ülkeler bakımından yabancı bir devlet mahkemesince verilen kararlardan olmadıklarından, tenfiz edilmeleri gerekmez⁸. Ancak, AİHM kararı, Sözleşme veya eki protokollere ay-

⁸ Bkz. Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 34.maddesi(2675 sayılı Yasa, RG:22.5.1982, sayı:17701); Yıldırım, Kadir: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Dev-

kırılık olup olmadığının tespitinden ibaret olduğu için, iç hukukta bu karar doğrultusunda bir işlem (idarî, yasama ve yargısal) yapılmadan, doğrudan uygulanması da mümkün değildir. Bu nedenle, aşağıda açıklayacağım gibi, birçok ülkede ve bizde yargılamanın yenilenmesi konusunda yasal düzenleme yapılmıştır⁹.

B-AİHM Kararının İç Hukuktaki Etkisi

AİHM, iç hukukta mahkeme kararının Sözleşme veya ek protokollere aykırılığını tespit ederse, **davalı devletin iç hukukunun bu ihlali tam olarak telafi edememesi halinde, gerektiğinde, hakkaniyete uygun olarak zarar göreni tatmin eder.** Hakkaniyete uygun tatmin, ihlalin doğurduğu maddi veya/ve manevi tazminat şeklinde ya da eski hale iade ile davacının ödediği yargılama giderlerini (avukatlık ücreti, seyahat giderleri gibi) içermektedir. Ancak maddi tazminat için, ihlal ile zarar arasında sıkı nedensellik bağının bulunması gerekir¹⁰. Fakat AİHM kimi halde de ihlalin saptanmasının uygun tatmin sayılacağına karar vermiştir¹¹. Hakkaniyete uygun tatmin, Sözleşmenin 41 nci maddesi gereğince, gerektiğinde, hükmedilecek ek tazminat, son kararda yer alır¹². Aksi takdirde, AİHS'nin 41 nci maddesi esas hakkındaki son karardan ayrılıp, ayrı bir soruşturma konusu yapılmak suretiyle, ayrıca karara bağlanır¹³.

Çoğu kez davalının zararının tazminatla giderilmesi mümkün olmaktadır. Bu nedenle bilhassa Fransa, ihlalin tazminatla giderilmesinin mümkün olmaması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmektedir.

letlerde Uygulanması, Kazancı Yayını, İstanbul 1997, s.43'deki dipnotta yer alan eserler.

⁹ Mevzuatımızda AİHM'nin Sözleşme ve eki protokollere aykırılık tespiti üzerine yargılamanın yenilenmesinin benimsenmesi gerektiği önerilmekteydi. Ünal, Şeref: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.68 vd; Memiş, Emin: İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s.163 vd; Doğru, Osman: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.200 vd.; Arslan, Zühtü: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.289 vd.

¹⁰ Luberti/İtalya, 23.2.1994.

¹¹ Jabari/Türkiye, 11.7.2000; Gölcüklü-Gözübüyük, 2003, s.117.

¹² AİHM İçtüzüğü, m.46/c, 60 ve 70.

¹³ Akdivar/Türkiye, 1.4.1998; Lozidou/Türkiye, 29.7.1998; Gölcüklü-Gözübüyük, 2003, s.117.

AİHM'nin hakkaniyete uygun tatmine karar verebilmesi için, Sözleşmenin çiğnenmiş olması, ihlalden doğan sonuçların iç hukukta tam olarak giderilmesinin mümkün olmaması, tatmin konusunda talepte bulunulması ve bunun belgelenmesi ile içtihatla geliştirdiği adil tatmin için iç hukuk yollarının tüketilmesinin şart olmadığını tespit etmesi gerekir¹⁴.

Daire veya gerekiyorsa Daire Başkanı, bir tarafın veya ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya doğrudan kendisi, tarafların menfaatinin gerektirmesi veya bakmakta olduğu davanın gereği gibi görülebilmesi için alınmasını düşündüğü geçici önlemleri taraflara bildirebilir. Mahkeme böyle bir önleme ilişkin kararını bakanlar Komitesine de bildirir ve önerdiği geçici önlemin uygulanmasına ilişkin olarak taraflardan bilgi de isteyebilir¹⁵.

C-Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Taraf ülkeler, AİHM kararı ile ortaya çıkan uyumsuzluğu gidermek için, mevzuatlarını Sözleşmeyle uyumlu hale getirme; buna rağmen uygulamada farklılıklar ortaya çıkıyorsa, AİHM'nin anlayış ve yorumuna uygun hale getirme; ve eğer yasa AİHM kararında benimsenen yoruma elverişli değilse, yasanın bu yoruma elverişliliğinin sağlanması için değiştirilmesi yoluna gitmek zorundadırlar. Bu konuda örnekler oldukça fazladır¹⁶.

Türk Anayasa Mahkemesinin de AİHM kararları karşısında içtihat değişikliği yoluyla ihlal tekrarını önlemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷. Türk Anayasa Mahkemesine göre, insan, içinde yaşadığı toplum kadar, insanlığın da üyesidir. Öyleyse insan hak ve özgürlükleri de ulusal sorun olmaktan çıkıp evrensellik kazanmıştır. O nedenle Anayasamızın Başlangıç ve 2 nci maddesindeki kurallar gereği olarak, AİHS hükümlerinin, itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutulmasına olanak yoktur¹⁸.

¹⁴ Gölcüklü-Gözübüyük, 2003, s.117-118.

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, m.39.

¹⁶ Avusturya, Belçika, Almanya, Hollanda, İsviçre, Fransa, İtalya ve İngiltere'den örnekler için bkz. Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.116 vd.

¹⁷ Arslan, Zühtü: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öncüler", Anayasa Yargısı: 17, Ankara 2000, s.292

¹⁸ Ay.M.K.1992/39, AMKD, S.2, s.430 vd; R.G.6.10.1992; Çağlar, Bakır: Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: "Yargıçlar Zamanı", Anayasa Yargısı, 15, s.60-61.

Kimi ülkelerin Sözleşmeyi Anayasalarında yasa düzeyinde kabul etmeleri ve yasama organlarının Sözleşme hükümlerini ihlal edici yasa çıkarmayacaklarını benimsemeleri nedeniyle, bu ülkelerin yargı organlarının, yasaların sözleşmeye uygun yorumunu benimsedikleri görülür¹⁹.

AİHS' ne taraf ülkelerin, Sözleşme hükümleri bakımından, AİHM kararları ile "saptanmış ihlale son vermek", "ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak" ve "doğması muhtemel ihlalleri önlemek" görevleri vardır²⁰.

Taraf ülkelerin bu görevlerinden, "doğmuş olan ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması"nda, tazminat, özel af, mahkumiyetin adli sicilden silinmesi, içtihatla değişiklik, yasa yararına bozma²¹, karar düzeltme²², iç hukukta yeni bir dava açma hakkı(yargılamanın yenilenmesi dışında)²³ ve yargılamanın yenilenmesi²⁴ gibi önlemler yanında; bilgilendirme²⁵, mevzuat değişikliği²⁶ (maddi hukuk ve usul hukuku) gibi "genel tedbirler" üzerinde durulmaktadır²⁷.

¹⁹ Bkz. Almanya, Belçika, Yunanistan, Fransa, İspanya, Portekiz; geniş bilgi için Memiş, s.144-152

²⁰ Memiş, s.166 vd; Doğru, Osman: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.196.

²¹ Yasa yararına bozma ve sonuçta beraat kararı ile ilgili olarak bkz. Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C.1, İstanbul 2002, s.906 (Unterperünger/Avusturya).

²² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ihlalin karar düzeltilmesi yoluyla giderilmesi yönünde görüşü; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.128.

²³ Yıldırım, 1997, s.23.

²⁴ Yargılamanın yenilenmesi ile ilgili kararlar hakkında bkz. Doğru, 2002, s.948-949(Windisch/Avusturya), s.956-957(Barbéra/İspanya), s.963 (Schuler-Zneggges / İsviçre); AİHM' nin kararının iç hukuka aktarılmasında ya yukarıda helirttiğimiz kaptan kaba aktarma formülü ya da yargılamanın yenilenmesi formülü üzerinde durulabilir; Çağlar, B.: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında Türkiye, Türkiye Bilimler Akademisi Yayını, Ankara 2002, s.32.

²⁵ Bilgilendirme ile ilgili örnek karar için bkz. Doğru, 2002, s.948-949(Avusturya).

²⁶ Mevzuat değişikliği sağlayan kararlara örnekler için bkz. Doğru, 2002, s.305 (Marckx/Belçika), s.931(Vermeire/Belçika), s.942-943(Olsson/İsviç), s.956-957 (Barbera / İspanya);Yıldırım, Kadir:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması, Kazancı Yayını, İstanbul 1997, s.17.

²⁷ Bkz. Doğru, 2000, s.178-224; Gündüz, Aslan: "İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumıza Etkileri", İnsan Hakları ve Yargı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998, s.96-107.

Ancak ben burada içtihat değişikliğinin önemi nedeniyle üzerinde kısaca durduktan sonra, asıl ele aldığım yargılamanın yenilenmesi konusuyla devam edeceğim.

1-İçtihat Değişikliği

Kimi üye ülkelerin ulusal mahkemelerinin, iç hukuk hükümlerini uyguladıkları sırada, AİHM' nin Sözleşmeye aykırılık tespitini dikkate alarak, sonraki kararlarında içtihat değişikliğine gittikleri görülmektedir²⁸. Örneğin: Avusturya'da, Ceza Yasasının 114 ncü maddesinde yer alan hakaret suçuna ilişkin düzenlemeye göre ulusal mahkemece verilen kararın, AİHM' nce siyasal kişilere hakaret suçuyla ilgili olarak "demokratik toplumda gerekli" olmayan bir müdahale olarak görülmesinden sonra, Avusturya Yüksek Mahkemesi içtihadını AİHM kararı yönünde değiştirmiştir. Benzeri içtihat değişikliklerine İspanya ve Fransa uygulamalarında da rastlanmaktadır²⁹. İspanya Yüksek Mahkemesi, AİHM kararlarını ulusal yasanın üzerinde kabul etmiştir³⁰. Bu yolla yeni bir düzenlemeye gerek kalmaksızın, iç hukukta AİHM kararları doğrultusunda yargı kararları verilmesi suretiyle, Sözleşmeye aykırı olmayan uygulamalar gerçekleştirilmektedir. Ancak idari işlemlere karşı iç yargı yoluna başvurulmaksızın işlemin kesinleşmesi üzerine AİHM' ne başvurulmasında, AİHM kararı başvuru yönünde olursa, idarenin benzeri işlemleri tekrarlamamakla yükümlü olduğu kabul edilerek buna göre hareket edilmektedir.

Ancak kimi ülkelerde ise henüz AİHM tarafından aykırılık kararı verilmeden önce içtihat değişikliği ile sorunun çözüme kavuşturulduğu görülmektedir

2-AİHM Kararı ve Yargılamanın Yenilenmesi

AİHM' nin kararlarına uygun davranılmasını sağlamayı amaçlayan bir yöntem de iç hukukta yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmesidir.

Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin üye ülke mahkeme kararlarının Sözleşme veya ek protokollere aykırılığının tespiti halinde, üye ülkelerin bunu bir yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul etmelerini, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 19 Ocak 2000 tarih ve R(2000) 2

²⁸ Ancak içtihat değişikliği yolunun, yasama ve yürütme işlemleri kadar kolay kullanılmadığı savunulmaktadır. Bkz.Doğru, 2000, s.219 vd.

²⁹ Doğru, 2000, s.220 vd.

³⁰ Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.127.

sayılı kararıyla üye ülkelere tavsiye etmişti. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine göre, mağdurun, ulusal mahkeme kararı nedeniyle mağduriyetinin devam etmesi ve bu mağduriyetin tazminatla giderilemeyecek biçimde olması halinde, yargılamanın yenilenmesi veya karar düzeltilmesi yoluyla giderilmesi üzerinde durulmalıdır³¹. Ancak bu tavsiyeden önce kimi ülkelerde zaten AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul edilmişti. Avrupa Konseyine üye ülkelerden yaklaşık 30 civarında ülke sadece ceza bakımından, 8-9 ülke ise sadece hukuk için AİHM kararlarını yargılamanın yenilenmesi olarak kabul etmiştir³².

Bu nedenle kimi ülkelerde AİHM'nin kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edildiği görülmektedir³³. Örneğin İsviçre'de kesinleşmiş bir mahkeme kararının yeniden dava konusu olarak kabul edilmesi, AİHM tarafından bu konuda bir karar verilmesi halinde gündeme gelebilmektedir. Konuyla ilgili olarak İsviçre Yargılama Yasasında yapılan değişiklik örnek teşkil etmektedir(m.139/a, 4 Ekim 1991)³⁴. Bunlardan örneğin Fransa sadece ceza bakımından AİHM kararlarını yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul ederken, Norveç ve Türk hukukları ceza, hukuk ve idari; Belçika ise hukuk ve ceza davaları bakımından kabul etmekte.

AİHS'ne Taraf Devletlerde Yargılamanın Yenilenmesi Örnekleri

-Ülkelerin bir kısmı AİHM kararının kesinleşmesinden itibaren belli bir süre içerisinde başvurulması halinde yargılamanın yenilenmesini kabul ederken(örneğin: **Fransa ve Estonya 1 yıl; İsviçre 90 gün içerisinde**); kimi ülkeler süre sınırlaması getirmiyor (örneğin: **Yunanistan; Norveç**).

-Başvuru bakımından kimi ülkelerde sadece hükümlü talep edebilir, devlet yetkililerinin katılımları söz konusu değildir (**İsviçre**); kimilerinde hükümlünün ölümü halinde yasal temsilcisi ile yakınlarının başvurusu sözkonusudur (**Hırvatistan**); kimi ülkelerde davanın

³¹ Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.127-128.

³² Aslan, Gündüz: İnsan Hakları ile ilgili Uluslar arası Sözleşmelerin Kurduğu Dencüm Organları Kararlarının Hukukumuza Etkileri, İnsan Hakları ve Yargı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 1998, s.98 vd.; Tezcan-Erdem-Sancakdar, 2002, s.127.

³³ Almanya, AİHM kararlarını, hükümün dayanağını oluşturan maddi tespitler bakımından, hukuka aykırılıkları, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmektedir.

³⁴ Çavuşoğlu, Naz: Anayasa Nouları, İstanbul 1997, s.156; Yıldırım, 1997, s.127 vd.

taraflarının (**Hırvatistan, Slovenya**); kimi ülkeler başvuruya gerek kalmaksızın ilgili mahkemenin re'sen dosyayı ele alması (**Estonya** uygulamada re'sen, ancak yasa çalışmaları sürüyor); kimi ülkelerde sadece Başsavcı yetkiliyken (**Romanya, Letonya, Çek Cumhuriyeti, Bulgaristan, İspanya**); kimi ülkelerde ise karma bir uygulama mevcuttur. Karma uygulamayı benimseyen ülkelerin bazılarında hükümlü ile Başsavcı (**İsveç, Avusturya, Portekiz, Estonya, Macaristan, Slovakya, Finlandiya, İngiltere, Slovenya**); kimisinde hükümlü, hükümlü ölü ise mirasçıları, Adalet Bakanı ve Yargıtay Başsavcısı (**Fransa**); kimisinde tüm Başsavcılar (**Polonya**); kimisinde savcılık makamı ve hükümlü (**Almanya**); kimisinde ilgili mahkeme savcıları ile hükümlü ve yakınları (**Yunanistan**); kimisinde Adalet Bakanının talimatı üzerine Başsavcı (**Belçika**); **Estonya**'da ise, hükümlü ve Adalet Bakanının talimatı üzerine Başsavcı; kimisinde Adalet Bakanı'nın filtresinden geçtikten sonra Savcı ile hükümlü, hakkını kullanamayacak durumda yasal temsilcisi, hükümlünün ölümü durumunda veya kayıp ise, eşi ve yakınları (**Lüksemburg**) tarafından yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

-Hangi mahkemenin yetkili olduğu hususunda da farklı uygulamalar vardır:

Kimi ülkelerde AIHM kararı ile aykırılığı tespit edilen kararı veren mahkeme(**Yunanistan ve Türkiye**), kimisinde bu işle görevli özel mahkeme (**Danimarka**), kimisinde temyiz veya yüksek mahkeme (**Fransa, Lüksemburg, İsveç, Belçika, İngiltere, İrlanda, Çek Cumhuriyeti, Litvanya ve Romanya**), kimisinde Anayasa Mahkemesi (**İspanya, Macaristan, Malta**) yetkilidir.

-**İtalya**'da bu konuda yasa çalışması devam etmekte; **Hollanda**'da AIHM kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi söz konusu değil, ancak böyle bir ihlal tespiti karşısında söz konusu yasa değiştirilmekte; **İrlanda**'da ise, yargılamanın yenilenmesi kurumu hukukta yer almadığı halde, sadece AIHM'nin ihlal tespiti için kabul edilmiştir.

-**Çek Cumhuriyeti**nde Başsavcının yetkili olmasına karşın, ceza makamlarına böyle bir karardan haberdar olmaları halinde durumu Başsavcıya bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

-Kimi ülkelerde yargılamanın yenilenmesi doğrudan kabul edilmemiştir.Örneğin **Fransa**, AIHM kararı ile tespit edilen aykırılığın tazminatla giderilememesi halinde iadeyi kabul etmektedir.

-İspanya’da bu konuda açık düzenleme olmamakla beraber, AİHS’ni ihlal eden mahkeme kararının İspanyanın Anayasal düzenine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu değerlendirmeyi yapma yetkisi Anayasa Mahkemesine ait olup, koşulların oluşması halinde mahkeme kararının iptaline karar verebilir.

-AİHM kararıyla aykırılık tespiti üzerine **İsviçre’de** iki yol mevcuttur. Birisi yeni bir dava açılması;diğeri, ilk hükmün bozulması.

-Kimi ülkelerde sadece hükümlü lehine (**Norveç, Polonya, Yunanistan, Türkiye**) bu yola başvurulabilmektedir.

-**İsviçre’de** sadece AİHM ‘nin ihlal kararı için değil, Bakanlar Komitesinin ihlal kararları için de yargılamanın yenilenmesi benimsenmiştir.

-AİHM kararının içeriğine göre ayrı uygulamalar yapıldığı görülmektedir.

Buna göre:

Kimi ülkelerde AİHM kararı üzerine “ihtiyaç doğarsa” yargılamanın yenilenmesine gidileceği(**Polonya**); kimi ülkelerde AİHM kararı ile yapılan aykırılık tespitinin sadece hazırlık soruşturmasında esas alınan ve mahkeme kararını etkileyen nedenlerle yargılamanın yenilenmesi kabul edilmekte(**Danimarka**); kimi ülkelerde AİHM’nin aykırılık tespiti kararı “yasanın yanlış uygulanması” sayıldığından(**Finlandiya Yüksek Mahkemesi kararı**); kimi ülkelerde ise bu tespit kararı yeni delil ve olgu kabul edilmektedir.

AİHM kararları ile yeni delil ve olgu konusundaki değerlendirmelerin farklı olduğu ülkelere göz atacak olursak:

Kimi ülkeler AİHM kararının, iç hukuktaki yargılamanın yenilenmesi nedenlerinden birindeki özelliklere sahip olmasını ararken(**Letonya’da bu konuda açık bir düzenleme olmamakla beraber, uygulamada yargılamanın yenilenmesiyle ilgili koşulları taşıyıp taşımadığına bakılıyor**); kimi ülkeler “yeni bir delil teşkil etmesi” koşulunu arıyor(**Slovakya’ya göre AİHM kararı “yeni bir delil teşkil ederse”**; **Portekiz’e göre, AİHM kararı “yeni olayların ortaya çıkması olarak değerlendirilirse”**); kimi ülkelerde Yargıtay olayı incelenirken bilinmeyen sebebin mevcut olması şartı olarak kabul ederse (**Estonya**); bazı ülkelerde AİHM kararının davanın yeniden açılması nedeni olarak kabul edilirse (**Çek Cumhuriyeti**); bazı ülkelerde, AİHM kararı ile hükümlüye fazla ceza tayin edilmiş veya adalet ger-

çekleşmemiş denirse (**İrlanda**); bazı ülkelerde AİHM kararının “yeni bir durum yarattığı veya karar verme koşullarında değişikliğe sebebiyet verdiği” kanaati hasıl olmuşsa (**İsveç**); kimi ülkeler ise, AİHM kararlarının tümü için değil, yargılamanın yenilenmesini gerekli kılan “yeni delil ve olguların ortaya çıktığı durumlarda” (**Slovakya**); kimi ülkeler bakımından, AİHM kararı “cezaî soruşturmalar açısından esasa ilişkin büyük öneme sahipse” (**Bulgaristan**) yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmektedir.

-Kimi ülkeler sadece cezaya ilişkin(**Fransa**); kimi ülkeler hem hukuk hem ceza (**Belçika**); kimi ülkeler ise, hukuk, ceza ve idari davalar (**Norveç**) bakımından yargılamanın yenilenmesini kabul etmekte-ler

Örnek Kararlar:

-**Unterpertinger/Avusturya** (24.11.1986, Résolution DH(89)2): Milli mahkemede başvuranın aleyhine ifade veren üç tanığın beyanlarından haberdar edilmemesi nedeniyle, AİHM bu durumu savunma hakkı kısıtlanmış gerekçesiyle Sözleşmenin 6 ncı maddesine aykırı bulur. AİHM'nin Sözleşmeye aykırılık tespitinden sonra, Başsavcı CMUK'nun 33 ncü maddesi gereğince kanun yararına bozma talebinde bulunur. Açılan yargılamanın yenilenmesi davası sonucu milli mahkeme toplanan delillere göre başvuranın beraatine karar verir.

-**Piersac/Belçika** (1.10.1982, Résolution DH(85)12): Cinayete suçlanan başvuru, hazırlık soruşturması sırasında soruşturmayı yürüten Savcının amiri olan Savcı, görev değişimi sonucu yargıç olur ve başvuranın yargılandığı 12 jüri mahkeme heyetinin başkanı olur. Başkanların jüri heyetine kimi teknik hukuk konularında bilgi aktarması söz konusu olduğu için, karara katılmanın yanısıra hukuku bilmeyen halktan jüriye de bu şekilde bilgi aktarması söz konusu olduğu için verilecek karar üzerinde etkisi büyük olmaktadır. Yargılama sonucu başvuru atılı suçtan mahkum olur; Başkanın tarafsızlığı konusu da temyize götürülür; ancak temyiz mahkemesi başvuruyu reddeder.

Konuyu inceleyen AİHK(Komisyon), önceden hazırlık soruşturmasını yürüten Savcının amiri olup, sonra aynı dosyanın duruşmasında heyet başkanı olan yargıcın durumunu AİHS'nin 6/1 ncı maddesinde yer alan “tarafsızlık” ilkesi ile çelişme halinde bulur. Konuyu inceleyen AİHM de Komisyon gibi değerlendirmede bulunur

ve olayda Sözleşmenin 6/1 nci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varır.

Belçika iç hukukuna göre tekrar duruşma açılır ve yapılan yargılamaya önceki karara katılan ve mahkeme başkanı olan yargıç katılmaz; başka yargıçla duruşmalar tamamlanır ve yargılama sonucu başvuran yeniden mahkum olur³⁵.

-Jersild/Danimarka: Bir radio yapımcısı ırkçı görüşlere sahip yeşil ceketliler adlı gençlerle yaptığı röportajı yayımlar ve 1.000 kron para cezasına çarptırılır.

AİHM bu kararın Sözleşmenin 10 ncu maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne aykırılığına karar verir. İç hukukta yapılan yeniden yargılama sonucu, AİHM kararı doğrultusunda, başvuranın beraatine karar verilir³⁶.

-Barbera-Messgue-Jabardo/İspanya: Katalan bir işadınının üzerine bomba bağlayarak ölümüne sebebiyet vermek suçundan yargılanan başvurucuların, duruşmaya uzak mesafeden geç nakledilmiş olmaları, beklenmedik bir biçimde mahkeme üyelerinin değişmiş olması, duruşmanın kısıtlılığı, yasadaki özel hükümler nedeniyle soruşturma dosyasındaki delillerin önemli bir kısmının sanıkların önüne duruşmada sunulup tartışılmaması; bir tanığın duruşmada sanıkları teşhis edememesi nedenleriyle, Mahkumiyetle sonuçlanan davayı inceleyen AİHM, tüm bu durumların 6/1 nci maddedeki "adil yargılanma hakkının ihlal" edildiğine karar verir(Ancak m.6/2'deki masumluk karinesinin ihlal edilmediğine de karar verilir).

Yukarıda da belirttiğim gibi, İspanya Anayasa Mahkemesi, AİHS'ne aykırı olarak verilen mahkeme kararlarını İspanyanın Anayasal düzenine aykırı saymaktadır. Bu karardan sonra iç hukukta mevzuat değişikliğine gidildikten sonra, yapılan yargılamanın yenilenmesi duruşması sonunda sanıkların beraatlerine karar verilmiştir³⁷.

-Welch/İngiltere(9.2.1995 ve 26.2.1996): (Sonradan çıkan ve cezayı ağırlaştıran bir yasa hükmünün geriye yürütülmesi). Uyuşturucu suçundan mahkum olan kişiye suç tarihinden sonra yürürlüğe giren

³⁵ Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadları, 1, İstanbul, 2002, no:56 ve 92.

³⁶ Doğru, 2002, s.959.

³⁷ Doğru, 2002, no:179, 467.

yasa hükmüne göre, sanık aksini kanıtlamadıkça malvarlığını suç işleyerek oluşturduğu yasal karinesine dayanılarak, birikiminin 7.000 sterlinlik bölümünün müsadere edilmesine; sanığın bu parayı ödemesi halinde para yerine hapis cezası çekeceğine karar verilir.

AİHM, İngiliz mahkemesinin kararının Sözleşmenin 7/1 nci maddesindeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini ihlal ettiğine ve başvuranın tazminat haklarının saklı tutulmasına karar verir.

AİHM kararından sonra, İngiliz hükümeti Bakanlar Komitesine, müsadere konusundaki ordonansları uygulamama konusunda güvence verir³⁸.

-Z/Finlandiya(AİHM:25.2.1997): Karı-koca bir çift AIDS hastalığına yakalanmışlar. Mevzuata göre, bu tür bilgilerin saklanması ve kimseye verilmemesi, duyurulmaması, söylenmemesi gerekiyor. Çünkü özel yaşama ilişkin bilgilerin gizli kalması esastır.

Eşi hakkında açılan bir ceza davasında, AIDS'li olan başvurucu ve eşinin doktorlarından tanıklık yapmalarının istenmesi, başvuranın rızası olmaksızın sağlık raporlarına el konulup soruşturma dosyası arasına alınması ve sağlık belgeleri üzerindeki gizliliğin on yıl sonra sona ermesine karar verilmesini AİHM, milli mahkeme kararında belgeler üzerindeki gizliliğin on yıl sonra kaldırılmasının yer almasını, Sözleşmenin 8 nci maddesinde yer alan özel yaşama saygı hakkının ihlali olarak nitelemiştir³⁹.

Finlandiya'da, AİHM'nin Sözleşme veya eki protoköllere aykırılık tespiti kararı üzerine, milli mahkemenin kararının “yanlış uygulanma” sayılması yetkisi Yüksek Mahkemeye ait olduğundan, Finlandiya Yüksek Mahkemesi, AİHM kararından sonraki başvuruyu kabulleyerek, “gizlilik periyoduna” uyma kararı vermiş ve milli mahkeme kararını AİHM kararı doğrultusunda iptal etmiştir.

Finlandiya Yüksek Mahkemesinin hem hukuk hem de ceza davalarında, yasanın doğru uygulanmaması halinde mahkeme kararlarını iptal etme yetkisi bulunmakta ve bu tür karar verebileceği hususların başında da AİHS hükümleri ve AİHM kararları gelmektedir.

-Mehemi/Fransa(29.9.1997, Sınırdışı etme olayı): Fransa'da doğmuş, bütün öğrenimini burada tamamlamış ve otuz üç yaşına kadar bu ülkede yaşamış, anne babası ile dört erkek kardeşi, üç kız

³⁸ Doğru, 2002, s.963.

³⁹ Doğru, 2002, s.983.

kardeşi ve evli bulunduğu karısından olma üç küçük çocuğu da Fransa'da yaşayan, Cezayir vatandaşı olan başvurunun, uyuşturucu kaçaklığı nedeniyle altı yıl hapis cezasına mahkum olmasından sonra, bu cezası yüzünden bir daha Fransa'ya alınmamak üzere sınırıldı edilmesine karar verilmesini AİHM, Sözleşmenin 8 nci maddesinde yer alan özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak nitelemiştir⁴⁰.

AİHM kararından sonra davayı ele alan İstinaf Mahkemesi, AİHM kararını göz önünde bulundurarak, kararın ihlal kararında belirtilen yönü itibariyle AİHM kararı doğrultusunda sonuçlandırmıştır.

-Open Door ve Dublin Well Woman /İrlanda(29.10.1992, Kürtaj hakkında bilgilendirme ve bilgilenenin engellenmesi): AİHM, 19.12.1995 tarihinde Hıgt Mahkemesi tarafından verilen bir injonction(ayırma) kararının, 10 ncu maddede yer alan bilgilendirme hakkı ve bilgilendirme görevi bakımından sözleşmeye aykırı bulur, konuyu tekrar ele alan milli mahkeme AİHM kararı doğrultusunda karar verir, daha sonra bu konuyla ilgili mevzuat değişikliğine gidilir⁴¹.

-Maria Samakova/Slovak Cumhuriyeti: 15.1.1997 tarihli Komisyon kararı üzerine, Slovakya otoriteleri, Komisyon kararını örnek göstererek, bu kararı yargılamanın yenilenmesi bakımından "yeni bir olay" kabul etmişlerdir.

-Schuler - Zraggen / İsviçre (24.6.1993 - 14518/89): Kendisine malüllük aylığı bağlanan bayan başvurunun, çocuk doğurduktan ve yeniden muayene edildikten sonra, kendisine ve çocuklarına %60-70 oranında bakabileceğinin anlaşılması üzerine, malüllük aylığının kesilmesine karar verilir. Başvurucu bu karara karşı itirazda bulunur ve üst mahkeme başvurunun isteğini yerinde bulmaz. Bu karara karşı başvuru üzerine AİHM, üst mahkemenin, çocuk doğuran kadınların işlerini bıraktıkları şeklindeki bir ön kabulünü reddettiği gerekçesiyle sözleşmenin 6 ve 14 ncü maddeleri gereğince, bu ön kabul nedeniyle adil yargılanma hakkı konusunda cinsiyete dayanan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verir. AİHM kararı dikkate alınarak iç hukukta yeniden yargılama yapılır⁴².

⁴⁰ Doğru, 2002, s.992.

⁴¹ Doğru, 2002, s.941-942.

⁴² Doğru, 2002, s.948, 963.

-Oberschlick/Avusturya(23.5.1991-11662/85): Basın yoluyla hakaret davası sonucunda verilen hükmün temyizi üzerine temyiz mahkemesi kararı onar. Ancak, temyiz mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını onaması nedeniyle kararın gerekçesinin de onandığını ve gerekçe konusunda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini kabul eden AİHM, yazının içeriğini dikkate alarak 10 ncu maddedeki ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verir.⁴³

İç hukukta içtihat değişikliğine gidilir ve bu hususta bilgilendirilmede bulunulur.

-De Cubber/Belçika(26.10.1984): Brüksel'de yaşayan ve satış temsilciliği görevinde bulunan başvuran hakkında hırsızlık suçundan soruşturma başlatılır ve hükümet tarafından atanıp soruşturma yargı-cı sıfatıyla başvuran hakkındaki adli soruşturmanın hazırlık kısmını yürüten yargıç Pilate, başvuran hakkında başka davalara da bakmış ve birçok karar vermiştir. Ancak aynı yargıç, başvuran hakkında açılan ve üç yargıçtan oluşan mahkeme heyetinde yer alır ve bu hırsızlık olayının davasına da katılıp, karara imza atar.

Bu yargıç'ın katıldığı kararın temyizinde başvuran, değişik temyiz gerekçelerinin yanında, yargıç Pilate'ın aynı olayın hazırlık soruşturmasına bakmış olması nedeniyle hem yargıç hem de taraf olduğuna vurgu yapmıştır. Ancak temyiz mahkemesi, özetle bu istemi reddetmiştir.

Avrupa İnsan hakları Komisyonu tarafından yapılan incelemede, kararı veren ceza mahkemesinin sözleşmenin 6/1 nci maddesindeki tarafsız mahkeme sayılmayacağına karar vermiştir. AİHM de komisyon gibi karar vermiştir⁴⁴.

Bu karar üzerine iç hukukta içtihat değişikliğine gidilmiştir.

Kerojarvi/Finlandiya(19.7.1995): Malüllük oranının %10'dan düşük olması nedeniyle gazilik tazminat talebinin reddedilmesi üzerine AİHM, devlet kuruluşlarından alınan rapor ve görüşlerin başvurucuya bildirilmemesi nedeniyle 6/1'in ihlal edildiğine ve tazminat(m.50) ödenmesine karar verir. İç hukukta, HUMK'nun 31/1 nci maddesi gereğince "yasanın açıkca yanlış uygulanması halinde" davanın yeniden görüşülmesine izin verilmekte olduğundan, madde bu tür durumlarda işletilmektedir.

⁴³ Doğru, 2002, s.927, 988.

⁴⁴ Doğru, 2002, s.783-793.

Scozzari-Giunta/İtalya(13.7.2000): AİHM, kamu gözetimine alınan iki çocuk ile annesi arasındaki görüşmenin yasaklanması, kısıtlanması ve geciktirilmesi ile, çocukların cinsel taciz suçundan mahkum olmuş yöneticilerin idaresindeki “İl Forteto” kurumuna yerleştirilmeleri ve burada kesintisiz kalmalarına karar verilmesini 8 nci maddedeki aile yaşamına saygı hakkının ihlali saydı. Mahkeme bu kararında tazminatın yanısıra, çocuklarla ilgili önceki tedbirlere dönüşün zorunlu olduğuna da karar verdi.

Örnek Ülke:Fransa’daki Uygulama

Fransa’da da, ulusal mahkemelerce verilen mahkumiyet hükümlerinin AİHM’since Sözleşmeye aykırı bulunması üzerine yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiştir. Fransız Ceza Yargılaması Yasasının konuyu düzenleyen 626-1 nci maddesine göre⁴⁵, “Kesinleşmiş bir ceza hükmünün, işlediği suçtan dolayı sorumluluğu saptanmış kişi lehine olarak yeniden incelenmesi, mahkumiyetin AİHM’nce AİHS’ne veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin saptanması durumunda, ihlalin ağırlığı ve niteliğinin mahkum için sebep olduğu zararlı sonuçların Sözleşmenin 41 nci maddesine göre verilmiş tazminat ile giderilemeyeceğinin anlaşılması halinde istenebilir”. Aynı yasanın 626-2 nci maddesinde bu yeniden incelemeyi isteyebilecek olanlar belirtilmektedir. Buna göre, Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, mahkum veya ehliyetsizliği durumunda yasal temsilcisi, mahkumun ölümü halinde ise mirasçıları tarafından yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

Sistemin Fransa’daki işleyişi şu şekildedir:

Davaya ilişkin yeniden inceleme başvurusu, Yargıtay Genel Kurulunca üyeleri arasından seçeceği yedi yargıtay üyesinin oluşturduğu bir komisyona havale edilir; bu komisyonda her Daire bir üye tarafından temsil olunur, ancak ceza Dairesi iki üyeyle temsil olunur ve bu iki üyeden biri Komisyona Başkanlık eder. Savcılık makamını Yargıtay Başsavcısı temsil eder(m.626-3/1). Bizde olduğu gibi burada da AİHM kararından itibaren bir yıllık süre içerisinde talepte bulunulması gerekir(m.626-3/2). Başvuru üzerine bu komisyon açık duruşma ile başvuruda bulunan veya savunmanı ve Savcının sözlü veya

⁴⁵ Metin ve açıklamalar için bkz.Code de Procédure Pénale, Dalloz, Edition 2001, s.627 vd.; Pradel, Jean:Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü (İSISC Kollokyumlarının Sintez Raporu), Çeviren:Sulhi Dönmezer, Beta Yayını, İstanbul 2000, s.266 vd.

yazılı beyanlarını aldıktan sonra kararını verir; bu kararlar aleyhine yasa yollarına başvurulamaz(m.626-3/3).

Komisyon tarafından istek yerinde bulunursa iki şekilde karar verilir. Birisi, eğer sözleşme hükümlerine uygun koşullarla AİHM tarafından saptanan tazminat ihlali giderebiliyorsa, bu durumda Komisyon istemi Yargıtay Genel Kuruluna gönderecektir. Buna karşılık, saptanan tazminat ihlali gideremiyorsa, Komisyon, aynı yasanın 625 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarındaki hükümler saklı kalmak üzere, anlaşmazlık konusu iş ile ilgili olarak karar vermek üzere işi ilk kararı vermiş bulunan mahkeme derecesinde bulunan diğer bir mahkemeye gönderir(m.626-4). Ancak Komisyon, davanın yeniden incelenmesi yönteminin yürütülmesi sırasında, lüzum görürse, mahkumiyetin infazının durdurulmasına her zaman karar verebilir(m.626-5). AİHM tarafından Sözleşmeye aykırı olarak verildiği tespit olunan kararların yeniden incelenmesi sırasında, talepte bulunan hükümlü, baroya kayıtlı bir avukat tarafından temsil edilebilir(m.626-6)⁴⁶.

Sonuçta mahkum suçsuz bulunursa, hakkında Ceza Yargılama Yasasının 626 ncı maddesi uygulanır(m.626-7)⁴⁷. Yani 626 ncı madde gereğince hükümlünün bu mahkumiyeti nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararlar giderilir. Ayrıca sabıka kaydındaki bilgiler çıkarılır. AİHM dışında kalan sözleşme organlarının kararları için yargılamanın yenilenmesi kabul edilmemiştir.

Uygulama örnekleri⁴⁸ : 1-Kaçakçılık suçundan hüküm giyenin başvurusunu AİHK Sözleşmenin 6/1. maddesi yönünden kabul edilemez bulur(15.7.1997). Aynı konuyu inceleyen Bakanlar Komitesi 8 nci madde yönünden ihlal var der(8.10.1999). Yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine inceleme yapan Fransız Yargıtayı, Usul yasasının konuyu düzenleyen 626-1 nci maddesi gereğince, yenileme isteminin AİHM'nin ihlal kararı üzerine mümkün olduğunu, Bakanlar komitesi kararının bu tür karar olmadığı gerekçesiyle yenileme istemini geri çevirir.

⁴⁶ Fransa'da Yargıtay'daki davalar için her Avukat temsil yetkisine sahip değildir. Ancak yasa koyucu AİHM kararlarının yeniden incelenmesi sırasında, Yargıtay'da temsil yetkisine sahip olan Avukat dışında kalan Avukatların Baroya kayıtlı olmak koşuluyla Yargıtay'da temsilci olabileceklerini öngörmektedir; Pradel, 2000, s.268.

⁴⁷ Fransız Ceza Yargılama Yasasındaki bu düzenlemeler 15 Haziran 2000 tarihinde (yasa no:2000-516) gerçekleştirilmiştir.

⁴⁸ http://lexinter.net/JPTXT/commission_de_reexamen.htm

2-Kaçırmaya teşebbüs suçundan 3 yıl hapis cezasına hüküm giyen bir kişi Ağır Ceza Mahkemesinin kararına karşı sırasıyla İstinaf ve temyize başvurur, istemleri reddedilir. Bu karara karşı yapılan başvuruyu inceleyen AİHK başvuruyu kabul edilebilir bulur. Konu AİHM'ne götürülmediğinden, iç hukukta yenileme talebinde bulunulur. Ancak usul yasası sadece AİHM'nin ihlal kararları bakımından yenilemeyi öngördüğünden, talep reddedilir.

III-TÜRKİYE

AİHM kararlarının hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi hususu uzun süredir tartışılmaktaydı. Bu hususta 4771 sayılı yasa çıkarılmış, ancak bu yasa henüz uygulanmadan 4793 ve 4928 sayılı yasalar çıkarılmıştır. Bu son iki yasanın çıkarılmasıyla, kimi ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de adli ve idari yargı kararlarının AİHM tarafından Sözleşme ve eki protokollere aykırılığının tespiti halinde yargılamanın yenilenmesi nedeni olması benimsenmiştir. Konuya önce Anayasamızdaki düzenlemeler üzerinde durarak başlamakta yarar görüyorum; zira Sözleşmelerin hukukumuzdaki değerinin belirlenmesi büyük öneme sahiptir.

A- Anayasamızda Sözleşmelerin Hukuki Değeri⁴⁹

Anayasamız, usulüne göre yürürlüğe konmuş antlaşmaların yasa gücünde olduklarını ve Anayasaya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini düzenlemektedir(Anayasa, m.90).

Anayasanın 90 ıncı maddesindeki düzenleme ile ilgili olarak şu sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir⁵⁰:

-Sözleşme iç hukukun bir parçası olup, ayrıcalıklı bir yere sahiptir.

-Sözleşmenin 1 nci maddesinde yer alan "tanırlar" şeklindeki emredici ifade karşısında, Sözleşmenin iç hukukta yeni bir işleme gerek kalmadan doğrudan uygulanması gerekir.

⁴⁹ Bu sempozyumdan sonra Anayasanın 90 ncı maddesine "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" (7.5.2004 - 5170 / 7. md.) cümlesi eklenmiştir.

⁵⁰ Gölcüklü-Gözübüyük, 2003, s.21.

-Sözleşmenin Anayasaya aykırılığının iddia edilememesi karşısında, Anayasaya aykırı olsa bile uygulanması gerekir.

-Sözleşmenin Anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi ve yasaların Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülebilmesi karşısında, yasayla çeliştiğinden bahisle uygulanmaması söz konusu edilemez. Aksine bir düşünce Anayasanın getirdiği sisteme ters düşer. Hatta Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren Anayasanın Sözleşmeyi değiştirmesi de söz konusu değildir; tam tersine Sözleşmenin Anayasa üzerinde büyük etkileri olmuştur⁵¹.

-Sözleşmeye yasa değeri vermek, o'nun yasa olduğu anlamına gelmez. Çünkü Sözleşmeyi yasa veya Anayasa ile değiştirmek mümkün değildir. Sözleşmenin uluslararası etkisi vardır. Eğer Sözleşme hükümlerine uyulmak istenmiyorsa, taraf olmaktan çıkmak gerekir⁵²; bunu engelleyen bir husus yoktur.

Ancak, Anayasada açıkça bir değişiklik yapılmadığı halde, AİHM'sinin mahkeme kararını Sözleşme veya eki protokollere aykırılığının tespitine ilişkin kararının yasayla iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında yer almıştır.

B-Anayasa Karşısında Yargılamanın Yenilenmesi

Anayasa, insan hakları ile yargı yetkisi bakımından farklı düzenlemeler getirmiştir. Yargılamanın yenilenmesine ilişkin düzenlemenin insan hakları ile yakın bağlantısı nedeniyle, Anayasanın insan hakları ve yargı yetkisi konusundaki düzenlemelerinin irdelenmesi gerekiyor.

Yargı Yetkisi Bakımından Anayasadaki Düzenlemeler:

Anayasa, egemenliğin kayıtsız-şartsız millete ait olduğunu ve Türk Milleti'nin egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağını; hiçbir kimse veya organın kay-

⁵¹ AİHS Türkiye tarafından kabul edildikten sonra yürürlüğe giren 1961 ve 1982 Anayasaları, değil Sözleşmeyi yürürlükten kaldırma, bu Anayasaların hazırlanması sırasında Sözleşmeye hakim olan ruh dikkate alınmış ve 4709 sayılı Anayasayı değiştiren yasa ile getirilen düzenlemelerin büyük bir kısmı Sözleşme maddelerinin aynen Anayasaya aktarılması şeklinde gerçekleştirilmiştir.

⁵² AİHS'nin "feshi ibbar" başlıklı 58 nci maddesine göre, Sözleşmeye taraf devlet, taraf olduğu tarihten itibaren beş yıllık süre sonunda(Türkiye için bu süre dolmuştur), Avrupa Konseyi Genel Sekreterine altı ay önceden bir ihbarla Sözleşmeyi feshedebilir.

nağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını düzenlemektedir (m.6).Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını (m.9); yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini düzenleyen Anayasamız (m.138/1); hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremeyip, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını (m.138/2) emretmektedir.

Anayasa "hukuka" uygun karar vermeden söz ederken, bunun yalnız iç hukuk olarak anlaşılmasını, dolayısıyla AİHS'ni de buna dahil ediyor.

Anayasa, herkesin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu belirttikten sonra, bu kararların hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini ve yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceğini de belirtmektedir (m.138/son).

Anayasanın Başlangıcında, Millet iradesinin mutlak üstünlüğünden söz edilirken, egemenliğin hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmadan Türk Milletine ait olduğu ve bu yetkiyi Millet adına kullanacak olan organın (kişi ve kuruluşun) Anayasada belirlenen hukuk düzeni dışına çıkamayacağı dile getirilmektedir. Dolayısıyla Anayasada, yargı yetkisine ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak getirilecek yasal düzenlemelerin Anayasaya uygun ve Anayasayla yetkili kılınmış organ tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Görülüyor ki Anayasa, yargı yetkisi bakımından dışta egemenlik devri öngörmediği gibi, içte de mahkemelere etkide bulunulamayacağını ve kararlarının etkisiz kılınamayacağını öngörmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının ulusal mahkeme kararlarını kendiliğinden etkisiz kılması söz konusu değildir. Zira, Anayasamız, klasik çözümden hareketle, sadece ulusal yargı öngörmüştür. Bunun tersine Anayasamız, yargısal konuda açıkça egemenlik devri öngörmemiştir.

Ancak ülkemizde Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 tarihli (Karar sayısı 1977/4) kararına atıfla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinin Anayasanın 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan yargı yolunu kapa-

tan düzenlemeyi “zımnen iptal” ettiğini ve Türk yargıcının Sözleşme hükümlerini doğrudan uygulaması gerektiğine karar vermiştir⁵³.

Buna karşılık Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 24.11.1998 tarih E.963, K:1021 sayılı kararında, Yüksek Askeri Şura kararlarının yargısal denetime alınması talebini reddederken, Anayasanın 125 nci maddesinin ikinci fıkrasını göz önünde tutmak suretiyle, AİHS' nin 6 ncı ve 13. ncü maddeleri gereğince Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimine tabi olmasının mümkün olmadığını, zira Anayasanın bu hükmünün ihmal edilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁴.

Bu tür çelişkilerin yaşanmaması için Anayasa ile gerek insan haklarına öncelik tanınan maddeler (Başlangıç, 2, 15, 16, 42) ve gerekse diğer maddelerde yer alan hükümlerin (örneğin, m.90/son), Sözleşmeler karşısındaki durumlarının açıkça düzenlenmesinde yarar var; zaten AİHM' nin yargı yetkisinin benimsenmiş olması, sonuçta bizi, buraya götürmektedir. Çünkü Anayasanın kimi maddeleri ile; Mahkemelerin, diğer normlar yanında “hukuka uygun” olarak da karar vermeleri zorunluluğu (m.138/1), bizi “insan hakları” bakımından taraf olduğumuz Sözleşme hükümlerine götürmekle beraber, Sözleşmelerle ilgili olarak Anayasanın 90/son maddesinin tartışma yaratan düzenlemesinden daha açık düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde farklı uygulama ve algılama ile zaman ve emek kaybı devam edecektir⁵⁵.

⁵³ Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 1996/702 sayılı kararı; Çavuşoğlu, Naz: Anayasa Notları, Beta yayını, İstanbul 1997, s.122-123

⁵⁴ Güran, Sait: “Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır”, Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.56-57.

⁵⁵ Türk hukuk öğretisinde sözleşmeleri yasa düzeyinde görenler olduğu gibi, yasa ve Anayasanın üzerinde görenler de var. Yargı organları arasında sözleşmelerin “yasa üstü”, “iç hukukun parçası”, kararların sözleşme “üzerine kurulması”, “sözleşmelerin referans” oldukları benimsendiği gibi (YİBK, 22.2.1997, 1/1; Danıştay İBK, 7.12.1989, 6/4; Danıştay 12.D; 24.4.1978, 1349/955; 24.4.1978, 4442/4832; Danıştay 5.D, 22.5.1991, 1723/933); YCGK, 12.3.1996, 2/33 (CMUK'nun 138.maddesinin 1992 tarihli değişikliğinin AİHS'den sonra yürürlüğe girdiğini ve yasa düzeyinde olduğunu); Yargıtay 4.CD, 17.12.1997, 10310/11272, 1.2.1999, 12725/427 kararında sözleşmeye önem verilirken; AİHS'nin Anayasa üstü olmadığına da karar verilmektedir (Bkz.Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 24.11.1998, 964/1020 sayılı kararında Yüksek Askeri Şura kararına karşı yargı yolunun kapalı oluşunu düzenleyen Anayasa'nın 125/2.maddesi ile AİHS'nin 6/1, Ay.m.36.ve 40.maddelerine aykırı olup olmadığını incelemiştir.); bkz.geniş ve derli toplu bilgi için Fendoğlu, H.Tahsin: “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ sorunu”, Anayasa Yargısı, 17, An-

Ancak her şeye rağmen, AİHS ile insan hakları bakımından insanın, sadece ulusal hukukun değil uluslararası hukukun da öznelere arasına girmesiyle birlikte⁵⁶, eğer Sözleşme iç hukuka üstün yoruma elverişliyse, Sözleşmenin iç hukuka üstün yorumundan söz edilebilir.⁵⁷ Çünkü yasa-sözleşme çatışmasında, Sözleşmenin gerisindeki genişletici iradenin, sınırlayıcı düzenleme getiren yasa karşısında üstünlüğünü kabul ederek, Anayasaya dinamizm kazandırılması⁵⁸ yoluyla özgürlüklerden yana yorum ilkesi uygulamaya geçirilebilir.⁵⁹

C-Ceza Yargılama Yasamızda Yargılamanın Yenilenmesi

I-Yeni Yasalarla Getirilen Düzenlemeler:

4793 sayılı yasayla getirilen düzenleme sadece hükümlünün lehine olduğundan, CMUK'nun lehe olan hükümlerine göz atacak olursak: "Kat'ileşen bir hükümlü neticelenmiş olan bir dava aşağıda yazılı hallerde mahkûmun lehine olarak muhakemenin iadesi yoluyla tekrar görülür:

1 - Duruşmada ihtıcaç olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliği tebeyyün ederse.

2 - Yemin verilerek dinlenmiş olan bir şahid veya ehlihibrenin hükme müessir olacak surette mahkûm aleyhine kasd veya ihmal ile hakikat hilafında şahitlikte bulunduğu veya rey verdiği anlaşılırsa.

3 - Bizzat mahkum tarafından sebebiyet verilmiş olan kusur müstesna olmak üzere hükme iştirak etmiş olan hakimlerden biri aleyhi-

kara 2000, s.372-378, Memiş, Emin: "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.130-172

⁵⁶ Bkz.Memiş, s.132-133'de "Anayasanın 15, 16, 42 ve 90.maddelerinden kalkarak Sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir değer taşıdığı, hatta onların anayasalara yeni bir anlam ve yorum getirebileceği söylenebilir. Bu yaklaşım, yasaların insan haklarını sınırladığı zamanlarda önem taşıyabilir" demektedir

⁵⁷ Gölcüklü-Gözübüyük, 2003, s.21-22, "Türkiye'de İnsan haklarına saygının sağlanabilmesi, ancak iç hukuk yollarının etkin bir biçimde işlemesi, yargı yerlerinin Sözleşmeyi uygulamaları ile mümkündür. Bu nedenle, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin Türkiye'de yargısal yolla korunmasında asıl yük yargı yerlerine ve yargının vazgeçilmez ögesi olan avukatlara düşmektedir.(...) Sözleşmeyi iç hukukta uygularken, Sözleşme kurallarını yorumlarken, daima Komisyon ve Divan içtihatlarını göz önünde bulundurmak gerekecektir."

⁵⁸ Soysal, Mümtaz: "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, 2, Ankara 1986, s.17

⁵⁹ Memiş, s.137

ne ceza tatbikaunu ve kanuni bir ceza ile mahkumiyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifelerini ifada kusur etmişse.

4 - Ceza hükmü, hukuk mahkemesinin bir hükmüne müstenid olup da bu hüküm kat'ileşmiş olan diğer bir hüküm ile bozulmuş ise.

5 - Yeni vakıalar veya yeni deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde maznunun beraetini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkum olmasını istilzam edebilecek mahiyette olursa. Şu kadar ki kabahat hükümleri hakkında ancak evvelce mahkum tarafından öğrenilmemiş olan veya kendi kusur ile olmayarak evvelce irad edilmemiş bulunan vakıalar veya deliller dermeyan olunabilir”(m.327).

Ülkemizde, Anayasamızda yer almadığı halde, iki ayrı yasayla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için de yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiştir. Ancak yasayla getirilen düzenlemelerden ilki henüz uygulanamadan yürürlükten kaldırılmış(4771 sayılı yasa) ve ikincisi (4793 sayılı yasa) çıkarılmış, daha sonra idari yargı ile ilgili 4928 sayılı yasa çıkarılmıştır.

4793 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme:

Yasanın üçüncü maddesi ile, 1412 sayılı CMUK' nun 327 nci maddesine 6 ncı bent olarak eklenen düzenleme şöyledir: "Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir".

Yasa özetle, öncelikle Türk Mahkemelerince verilen bir mahkumiyet kararının AIHS ve buna ek protokollere aykırılık oluşturduğunun AIHM'nce bir kararla tespit edilmesi; sonra, AIHM'nin kararlarının yargılamanın yenilenmesinde dikkate alınabilmesi için, kural olarak, bu kararların kesinleşmelerinden itibaren bir yıllık süre(4793, m.1 ve 3) öngörmekle beraber, bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce verilip kesinleşmiş kararlar için bir yıllık süre dolmuş olsa bile, yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıllık süre öngörmektedir. Yani yeni yasa, yasanın yürürlük tarihinden yıllar önce verilip kesinleşmiş AIHM kararları için, bu karardan yararlanacaklar bakı-

mından, yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıllık süre içerisinde başvuruyu yargılamanın yenilenmesi için yeterli görmektedir.

Yasa koyucu böylelikle, geçmişte verilip kesinleşmiş ve yeni yasanın öngördüğü bir yıllık sürenin çoktan geçtiği AİHM kararları için de yargılamanın yenilenmesini benimsemiştir.

Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılan davalar için, kuşkusuz yasanın birinci ve üçüncü maddelerinde öngörülen bir yıllık süre işleyecektir.

Kısacası, geçmişte verilen ve yasanın yürürlük tarihinde kesinleşmiş olan AİHM' si kararları için bir yıllık süre, kararın verilmiş tarihi ne olursa olsun, bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten(4.2.2003) itibaren başlayacaktır.

Buna karşılık, yasa halen AİHM' nin önünde bulunup yargılması devam eden davalar için bir düzenleme getirmemektedir. Yasama organının bu konuda suskun oluşunun objektif ölçütünü bulmak mümkün değildir. 4793 sayılı yasa, kimi düzenlemelerinde eski yasadaki farklı olarak, bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak başvurular üzerine verilecek kararlarla ilgili olarak yargılamanın yenilenmesini benimsediği gibi, bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihte AİHM'nin kesinleşmiş kararları bakımından da yargılamanın yenilenmesini kabul etmektedir(geçici madde 1). Oysa bu yeni yasa, yasanın yürürlüğe girdiği tarihte AİHM'nce verilip kesinleşmemiş kararlar ile bu mahkeme önünde bulunan derdest davalar için yargılamanın yenilenmesini düzenlememektedir.⁶⁰

Yasa koyucunun bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihte henüz kesinleşmemiş AİHM kararları ile derdest davalar için yargılamanın yenilenmesini benimsememesi veya düzenlememesini anlamak güç. Zira yasa koyucu, yargılamanın iadesi için suçlar arasında bir ayırım yapmamasına rağmen, ağırlık farkı yaratıcı bir düzenleme getirmediği/veya getirdiğini açıkça düzenlemediği halde, hangi ölçüye göre

⁶⁰ 4793 sayılı yasanın geçici 1 nci maddesi şöyledir: "Bu Kanunun 1 ve 3 üncü maddeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır".

böyle bir fark yarattığını belirginleştirmemektedir. Yasanın, yargılamanın yenilenmesini benimsediği hususlardan bir kısmının, AİHM'nce henüz karara bağlanmış ve yasanın yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş olanlar ile derdest bulunan davalardaki konulardan hangilerinin toplum için daha ağır sonuçlar doğurup doğurmayacakları gözetilmeden olaylar arasında fark yaratılmıştır. Bu durum ise hukuk devleti ve eşitlik yönlerinden Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

AİHM'nce karara bağlanmış olup da yasanın yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş olan kararlar için, bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre dikkate alınacaktır. Yasayla getirilen düzenlemenin adli yargı alanında yargılamanın yenilenmesiyle ilgili olduğu kuşkusuz.

4928 sayılı yasa ise aynı düzenlemeyi idari yargı alanında getirmektedir.

2-CMUK'nun 327 nci maddesinin ilk 5 bendi ile 6 ncı bendindeki düzenlemelerin karşılaştırması:

-AİHM bir temyiz mahkemesi değil, dolayısıyla iç hukukumuz bakımından AİHM kararı üzerine yargılamanın yenilenmesine başvurulması da iç hukukumuzdaki diğer

-AİHM kararı üzerine de diğer nedenlerde olduğu gibi, hükmü vermiş olan mahkemeye başvurulmaktadır(CMUK.; m.335).

-Yargılamanın yenilenmesi davasını açabilenler(m.289-291), AİHM kararı üzerine de bu davayı açabilirler(m.329, 333).

-Dava açma koşulları bakımından hükümlünün hem lehine(m.327) hem de aleyhine(m.330) mümkün olduğu halde; AİHM kararı üzerine sadece sanık/hükümlü lehine başvuru mümkündür(m.327/6).

-İç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri ortaya çıktıktan sonra, yasanın aynı maddesi içinde cezanın değiştirilmesi amacıyla yargılamanın yenilenmesini istemeyi yasa engellemektedir(m.331). Yani aynı maddenin ihlalinde, fiilin daha ağır veya daha hafif ceza verme amaçlı yargılamanın yenilenmesi istenememektedir. Örneğin: TCY'nın 456 ve 193 ncü maddelerinin değişik fıkralarının uygulanması amaçlı yargılamanın yenilenmesi istenemeyecektir. Fa-

kat Yargıtay, bir kararında TCK'nun 456/4.maddesi göre verilen ve kesinleşen karardan sonra davacının almış olduğu 20 günlük iş ve gücüne engel olur biçimindeki rapora dayanılarak aynı yasanın 456/2 nci maddesiyle hüküm kurulması CMUK'nun 331 nci maddesine aykırı görürken⁶¹; bir diğer kararında; aksine, sonradan değişen rapora göre yeni delil kabulü daha hafif cezayı gerektiren vasıflandırmada, usulün 327 nci maddesinin 5 nci bendi gereğince yargılamanın yenilenmesini uygun görmüştür⁶².

AİHM kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi bakımından bunun mümkün olup olmadığı hususunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak 331 nci madde müşterek madde olduğundan, AİHM kararı için de uygulanmaması için bir sebep yoktur. Ancak AİHM kararının tespitinde, sözleşmeye uygunluk göz önünde bulundurulacağından, iç hukuktaki vasıf değişikliğine gidilemeyeceğinden, iç hukuktaki tartışmanın burada yaşanmayacağı söylenebilir. Çünkü, sözleşmeye uygun veya aykırı deneceği ve falan maddeden (vasıftan) cezalandırılması gerekir denemeyeceği için, 331 nci maddedeki tartışmanın burada yapılmayacağı düşünülebilir.

-Yargılamanın yenilenmesi bir süreyle sınırlı değildir. Oysa AİHM kararları bakımından 4793 sayılı yasayla getirilen düzenlemede(m.3), bu hususta bir yıllık süre öngörülmektedir. AİHM kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık süre içerisinde dava açılmazsa, bir daha açılmaz. Bu bir hak düşürücü süredir. Bir kısım ülkede olduğu gibi süre sınırlamasının getirilmemesi yerinde olurdu.

Ancak yasa, geçiş dönemi bakımından farklı bir düzenleme getirmektedir (4793, geçici madde 1). Buna göre, yasanın 1nci (HUMK'nun 445 nci maddesinin 1 nci fıkrasına eklenen 11 nci bent) ve 3 ncü (CMUK'nun 327 nci maddesine eklenen 6 ncü bent) maddelerinin, bu yasanın yürürlüğe girdiği (4.2.2003) tarihte AİHM'nin kesinleşmiş kararı ile bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra AİHM'ne yapılan başvuru üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacak. Bu yasanın yürürlüğe girdiği (4.2.2003) tarihte kesinleşmiş olan AİHM kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten (4.2.2003) itibaren bir yıl içinde (4.2.2003-4.2.2004 tarihleri arasında) geçerlidir.

⁶¹Yargıtay 2.CD, 23.5.1939, 1561/6883; Yaşar, C.2, s.1969-70; benzeri karar Askeri Yargıtay 2 D, 11.3.1971, 111/110.

⁶²Yargıtay 4.CD, 25.7.1958, 8525/7658; Yaşar, C.2, s.1969-70.

Öyleyse, yeni düzenlemeye göre, bu yasanın yürürlüğe girdiği (4.2.2003 tarihinde) kesinleşmiş kararlar ile, yürürlük tarihinden sonra AİHM'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesine başvurulamayacağından, yasanın yürürlüğe girdiği tarihte, henüz AİHM'nin önünde bulunan veya AİHM'nce karar verildiği halde kesinleşmemiş olanlar için yine yargılamanın yenilenmesine başvurma hakkı bulunmamaktadır. Bu hususun Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi mümkündür.

Burada **süresizliğin kabul edilmesi daha önemli bir güvence olmakla beraber**, bir yıllık süre öngörülmesi de yerindedir. Çünkü, iç hukuk bakımından kabul edilen başvurunun süresizliği (m.329'un düzenlemesi süresizliği belirtiyor), yenileme nedenine ilişkin hususun ne zaman ortaya çıkacağına hem biniememesi hem de iddia olunan nedenin yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılabilecek delil gücüne sahip olup olmadığının tartışma yaratabilecek olmasındandır. Oysa AİHM kararı çok net biçimde iç mahkeme kararının sözleşme veya protokollere aykırılığını belirleyip, yargılamanın yenilenmesi nedenlerini ortaya koyabiliyor.

-Yasa, yargılamanın yenilenmesinin istenmesini bazı biçimsel koşullara bağlamıştır. Bu koşullar, AİHM kararları bakımından yargılamanın yenilenmesinin istenmesi bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Yani isteğin bir dilekçeyle, kararı vermiş olan mahkemeye(m.335), yenileme isteminin nedenleri ve bilhassa dayanağını oluşturan AİHM kararının kesinleşmiş örneğinin eklenmesi gerekir. Burada kesinleşmenin doğru olup olmadığı hususunun delillerin toplanması aşamasında mahkemesince araştırılması gerekir.

Bu yola mahkum veya ölmüş ise yakınlarının(m.329) dilekçe olmadan da, tutanağa geçirilen bir beyanla, dava başvuruları da kabul edilmektedir(m.334).

-Kimi ülkelerde sadece hükümlünün lehine kabul edilen yargılamanın yenilenmesi, bizim sistemimizde hem lehine(m.327) hem aleyhine(m.330) kabul edilmekle beraber, 4793 sayılı yasayla getirilen düzenleme sadece lehe yargılamanın yenilenmesini benimsemiştir. Böylelikle yasa, haksız mahkumiyete uğramanın toplumu ve adaleti yakından ilgilendirmesi nedeniyle, kişilerin adalet ve yargılamaya

olan güvenin artmasını amaçlamıştır⁶³.

-AİHM kararına dayalı yargılamanın yenilenmesi ile diğer nedenlere dayalı yargılamanın yenilenmesi bir mahkemede aynı anda gerçekleşebilir. Bu durumda, her iki neden bir arada değerlendirilerek, yeniden hüküm kurulacaktır. Ancak AİHM kararı lehe, iç hukuktaki nedenlere dayalı yenileme nedenleri aleyhe(m.330) olursa ne yapılacak? Burada yasanın 327 nci maddesi ile 330 ncu maddesindeki nedenlere dayalı olarak yapılan başvurular için ne yapılacaktır, 330 ncu madde ile 327/6 ncı maddenin bir arada olması halinde de aynı şey yapılmalıdır. Fakat bu ihtimalleri şimdiden öngörmek mümkün değildir.

-Yargılamanın yenilenmesine başvurulabilmesi için kendi mahkememizin kararının kesin olması kuralına karşın, AİHM'nin verdiği kimi kararlarda olduğu gibi, AİHM'nin iç hukuk yolları tüketilmeden de karar verdiği olmaktadır⁶⁴. Bu nedenle AİHM'nin iç hukukumuz bakımından kesinleşmemiş mahkeme kararları bakımından da aykırılık tespitiinde bulunma olasılığı fazladır. Dolayısıyla, hukukumuzdaki yargılamanın yenilenmesi bakımından kesinleşmiş mahkumiyet esas alındığı halde yeni düzenlemeyle, bilhassa AİHM kararlarında iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek görülmeyen durumlarda, kesinleşmiş karar şartı aranmayabilecektir. Böyle bir durumda, hukukumuz bakımından kesinleşmişlik koşulu aranmadan yargılamanın yenilenmesi kurumunun işletilmesi gibi bir çelişki yaşanabilir. Her ne kadar, 327 nci madde kesinleşmiş mahkumiyetlerle ilgili olarak AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olacağını amir ise de, iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek görülmeyen hallerde, AİHM karar vermiş olursa, bu kararın 327/6 ncı maddesinin aradığı koşulları taşımadığından bahisle, bu kararlar için yargılamanın yenilenmesini kabul etmeyecek miyiz? Ya da iç hukuk yolları tüketilmek-

⁶³ Bkz.4771, 4793 ve 4928 sayılı yasaların gerekçelerinde, "Avrupa Birliği ile uyum", "demokratikleşme ile temel hak ve özgürlüklerin Avrupa Birliği ülkelerinin mevzuatına paralellik sağlanması" gibi hususlara yer verilmiştir. Yeni CMUK tasarısı (m.346-358) ve gerekçeleri ile yeni tasarının hükümlü lehine düzenlemeye ağırlık vermesi. Tasarının 346 ncı maddesi lehe, 349 ncu maddesi aleyhe başvuruyu kabul ediyor.

⁶⁴ AİHM'nin iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek görmeden verdiği kararlardan çıkan sonuca göre, a)İç hukuk yolunun etkisiz olması, b)Açık bir ulusal yasa hükmünün bulunması, c)Yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunması, d)Sözleşmeye aykırı yerleşmiş idari uygulamalar, e)Davanın sürüncemede kalması, f)İç hukuk yolunun tüketilmesinin engellenmesi;Gölcüklü-Gözübüyük, 2003, s.70-72.

sizin yapılan ve kabul edilen bir başvuru üzerine bu başvurunun hem kabulüne hem de başvuru konusunun sözleşme veya eki protokollere aykırılığı tespit edilir ve bu karar kesinleştikten sonra, mahkememize geldiğinde, mahkememiz dava konusunu bitirip kesin hükümle sonuçlandırmış ve bu karara karşı yargılamanın yenilenmesine başvurulmuş olunursa, mahkememiz nasıl hareket edecektir? Yasamız, AİHM'nin iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek görülmezsizin verilen kararlar bakımından bir istisnai düzenleme getirmemiştir;bu husus ileride ilginç tartışma ve uygulamalara sebebiyet verebilecektir.

Örneğin:mahkememiz söz konusu olayla ilgili beraat verdiği halde AİHM aykırılık tespiti yapmış olabilecektir. Aykırılık tespitünün içeriğine göre, ilk kararı veren mahkemenin nasıl davranması gerektiği konusunda değişik fikirler ve uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

-Yargılamanın yenilenmesi prensip olarak maddi hatalar için kabul edildiği halde⁶⁵, AİHM kararı bakımından prensipte hukuki nedene dayalı olarak yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiş⁶⁶ olması ve kimi durumlarda⁶⁷ da maddi nedene dayalı olabilmesi önemli bir farklılık oluşturmaktadır.

-Kimi ülkelerde kabul edildiği gibi⁶⁸ AİHM kararının ülkemiz bakımından da açıkça düzenleme olmamakla beraber, şimdiden öngörülemeyen hallerde yeni maddi olay/durum/delil olarak kabul edilmesinin mümkün olması da düşünülebilir. Çünkü, sözleşme ve eki protokollerle neredeyse aynı düzenlemeyi içeren yasa maddelerinin iç hukukumuzda farklı yorumlanması, ancak AİHM'nin farklı yorum gitmesi halinde, mahkemelerimizin, yasada değişiklik yapılmasına gerek kalmaksızın, benzer düzenlemeyi içeren sözleşme hükmünün yorumlanış biçimine katılmaları gerekebilir. Böylece, AİHM'nin tespiti yeni bir olay olarak kabul edilmiş olabilir.

-Yalnız hükümlünün lehine yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden bir veya birkaçı bakımından AİHM aykırılık tespiti yaparsa, bu da kimi sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Örneğin: sanığın

⁶⁵ Hukuki nedenlerle de kabul edilmesi savunulmuştur. Bkz. Özgen, Eralp: Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Doçentlik Tezi, Ankara 1968, s.17 vd.

⁶⁶ Sözleşme veya eki protokollere aykırılık tespiti kararı.

⁶⁷ Kunter, N-Yenisey, F.:Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000, s.1178 vd.Kimi durumlarda 11 nolu protokolle AİHM'ne somut delil toplama yetkisi verilmesinin istendiği hk.;AİHM İktüzüğü'nün 63 vd.maddelerinde tanık, uzman ve diğer kimselerin duruşmada dinlenmeleri yer almaktadır.

⁶⁸Bakınız yukarıda karşılaştırmalı hukukta yargılamanın yenilenmesi kısmı.

atılı suçu işlediğine ilişkin ilk karardakinden daha güçlü deliller ortaya çıkar ve bunlar sanığın daha hafif ceza alması yönünde olursa, AİHM kararında öngörülme ve dosyadaki yeni delillerle uyumluluk arz etmeyen gerekçenin yargılamanın yenilenmesinde nasıl değerlendirme konusu olacağı hususu da dikkate değer.

-Diğer yandan, AİHM kararı hükümlünün lehine olduğu halde, 330 ncu maddedeki nedenlerden birisiyle çok kuvvetli delillerle ve sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesini gerektiren durum ortaya çıkar ve bu yeni durum AİHM kararındaki tespitin yerinde olmadığı sonucunu doğurursa, bu aleyhe uygulama üzerine konuyu yeniden ele alacak olan AİHM nasıl değerlendirmede bulunabilecek? Ben kararımı verdim, gereğini yapın mı diyecek; yoksa (yerinde ve doğru olarak), ben dosyayı incelerken bu yeni deliller yoktu, şimdi önümdeki dosyaya göre inceleme yapıyorum diyerek önceki kararından farklı bir sonuca mı ulaşacaktır? Böyle ise, 327 nci maddeye eklenen 6ncı bentle bu ihtimallerin de öngörülmesi gerekmez miydi?

-AİHM kararı ile ilgili olarak getirilen yeni düzenleme⁶⁹ cürüm-kabahat ayırımı yapmaksızın yargılamanın yenilenmesini kabul etmektedir. Oysa, AİHM kararı dışındaki yargılamanın yenilenmesinde kabahatler için özel düzenleme mevcuttur. Bu özel düzenlemeye göre, "şu kadar ki kabahat hükümleri hakkında ancak evvelce mahkum tarafından öğrenilmemiş olan veya kendi kusuru ile olmayarak evvelce irad edilmemiş bulunan vakıalar veya deliller dermeyan olunabilir"(m.327, 5 nci bent son cümle).

Böyle bir çelişki biz, aynı yasa maddesinin iki farklı düzenlemesinden hangisini dikkate alacağız? Sözleşme ile iç hukuk kuralları arasında hiyerarşiden mi hareket edeceğiz? Yoksa sözleşme yasa düzeyindedir(Anayasa m.90), ancak aralarında öncelik sonralık var diyip mi yoruma gideceğiz? Yani böyle bir yorum yollarından birisinden hareketle, 327 nci maddenin 5 ve 6 ncı bentleri arasında kabahatle ilgili olan 6 ncı bentteki düzenlemeyi öne mi alacağız? Eğer AİHM kararı ile yapılan tespiti 5 nci bendin son cümlesindeki düzenlemeye üstün tutacaksak, 6 ncı bendi getirirken farklılık yaratabilecek hususu neden gidermedik?

Bir başka deyişle, AİHM kararı cürüm ve kabahatle ilgili olabi-

⁶⁹ Yeni düzenleme diyorum, çünkü 4793 sayılı yasadan önce bu konuda 4771 sayılı yasayla farklı bir düzenleme getirilmişti.

lir, ancak 5 nci bentteki kabahatle ilgili farklılık devam edecek, çünkü yasa koyucu AIHM'ne kabahat için de yetki vermiştir diyebileceğimiz miyiz?

3-Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından

Anayasa Mahkemesi Kararları için yargılamanın yenilenmesinin benimsendiğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi Kararları bakımından her kararın niteliğinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir:

a-Yüce Divan Kararları⁷⁰:

Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi, "Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar (m.148/3); Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar (m.148/4); Yüce Divan kararları kesindir (m.148/son)".

Anayasaya göre "Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde(n) inceler. Ancak gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir" (m.149/son). 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 30 ncu maddesine göre "Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde(n) inceler; gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri çağırır"; 35 nci maddesinin birinci fıkrasına göre de, "Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir".

Anayasa Mahkemesinin Yüce divan sıfatıyla baktığı davalar ceza davaları olduğundan, uygulanacak yargılama yöntemi ceza yargılama

⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin özel statüsü dışına çıkarak diğer yargı organları gibi hareketle Yüce Divan sıfatıyla kullandığı yetkinin "erkler ayrılığı" kuramının yansımaları olduğu hk. bkz. Durmuş, Arzu: Siyasi Partülerin Kapaulması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları), İstanbul 2001, s.15; Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmesinden doğan sorunlar ve çözüm önerileri hk.bkz. Arslan, Çeün: Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi, Ankara 1999, s.120 vd.

yöntemidir. Dolayısıyla burada yargılanacak olanlar da sanık sıfatını alacaklarından, tüm sanıklar gibi bunların da hakları vardır. Anayasa da belirttiği gibi, “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” (m.36/1; bkz. AİHS, m.6/1; İHEB, m.10). Dolayısıyla tüm sanıkların asgari sanık haklarından yararlanmaları gerekir⁷¹. Tüm haklar gibi sanık hakları da mahkeme önünde ileri sürülebilme özelliğine sahiptir. Hak sahibi olunmadan özgürlüğü sağlamak güçtür. Bireyin özgürlüğü hak sayesinde güvencelebileceğinden⁷², sanık hakları büyük öneme sahiptir. Bu nedenle herkes gerek yurttaşlık hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerek ceza alanında kendisine karşı yapılan bir suçlama konusunda karar verecek olan yasal, bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkına sahiptir(AİHS, m.6/1).

Anayasa Mahkemesinin **Yüce Divan** sıfatıyla baktığı davalarda dosya üzerinden inceleme söz konusu olmayıp, adli yargı ceza mahkemelerinde uygulanan yargılama yöntemi uygulandığı gibi (Anayasa, m.149/son; 2949, m.30 ve 35), verilen kararın nihai kararlardan olması da gözetilerek, AİHM kararı üzerine yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla AİHM'nin kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi yöntemi, Anayasa Mahkemesinin bu kararları için de geçerlidir.

b-Siyasi Parti Kapatma Kararları:

Siyasi Partilerin Kapatılması davaları bakımından da AİHM'si kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilir tartışma yaratabilir. Çünkü, 4793 sayılı yasanın 2 nci maddesiyle getirilen düzenlemeyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 447 nci maddesine eklenen üçüncü fıkraya göre, “**445 inci maddenin 11 inci**

⁷¹ Sanığın kendisine yönelilen suçlamalarla ilgili olarak anladığı dilde bilgilendirilme (CMUK:132, 135/2, 135/4); savunma yapabilmek için gerekli ve yeterli zamana, kolaylıklara sahip olma (CMUK:135/a, 143, 144, 254/2); ücretsiz savunmanın yardımıyla yararlanma (CMUK:128, 135/3, 136, 138, 143, 144); ve iddia makamı ile eşit sıklara sahip olma hakları vardır (CMUK:135/5, 135/a, 143, 144, 254, 291 vd.); AİHS, m.6/3; Durmuş, s.17.

⁷² “Özgür olmak, başkasına karşı öne sürülebilene haklara sahip olmaktır. ‘Hak’ biçimi sağlar; bununla özgürlük ifade edilir, dışa vurulur; onun varlığı anlaşılır. Hak daha çok özgürlüğün, usuli güvencesi ve gerçekleşme aracı olarak nitelenebilir”; Kaboğlu, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1999, s.12.

bendinde yazılı sebepten dolayı iadei muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır". Yine aynı yasanın 3 üncü maddesiyle getirilen düzenlemeyle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327 nci maddesine eklenen 6 ncı bende göre, "**Ceza hükmünün**, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir".

Görüldüğü gibi yeni yasanın her iki düzenlemesinin Yüce Divan kararları dışında kalan kararlarla doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak yeni yasanın 3 ncü maddesiyle getirilen ve CMUK ile ilgili düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin Siyasi Parti kapatma kararları ile bağlantısı bulunmaktadır. Zira, Siyasi Partilerin Kapatılması davalarında CMUK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemenin mevcut oluşu (2949, m.33), bu davalar bakımından da yargılamanın yenilenmesini mümkün kılmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 33 ncü maddesine göre, Siyasi Partilerin kapatılmalarına ilişkin davalarda, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerinin uygulanmasının yanı sıra, duruşmalı değil, dosya üzerinde inceleme yapıp karar verilmesine rağmen, AIHM kararlarına dayalı yargılamanın yenilenmesinin Anayasa Mahkemesinin bu kararları bakımından da geçerli olduğunun kabulü gerekir. Zira 4793 sayılı yasanın 3 ncü maddesiyle getirilen düzenlemede "ceza hükmünün" kavramının yer alması, kuşkusuz, ilkin ceza hukukuyla ilgili anlaşılmakta ise de, siyasi partilerin kapatılmasının da, tüzel kişiliğin son bulması bakımından ceza olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesine göre, parti kapatmaları sonuçları itibariyle cezadır⁷³.

Anayasa Mahkemesi, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasının 98 ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasanın 33 ncü maddesinde yer alan düzenlemeleri de göz önünde bulundurarak verdiği kararında⁷⁴, 2820 sayılı yasanın

⁷³ 3 Kasım 1983, 1983/4-4 sayılı karar; R.G:21.10.1984, sayı:18552.; Anayasa Mahkemesi bu kararında, parti kapatılması ile ilgili olarak, "bir ceza niteliğinde olan kapatma müeyyidesinin uygulanmasına olanak görülmemiştir" demiştir; AMKD, Sayı: 20, s.417.

⁷⁴ AMK, 1984/1-1, 28.9.1984 ; AMKD, Sayı: 20, s.504 vd.

101 nci maddesinde öngörülen siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin yaptırımın TCK'nun 11 nci maddesinde belirlenen klasik cezalar arasında yer almamasını, failin tüzel kişi olmasına bağlamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, 2820 sayılı yasanın 117 nci maddesinde, içinde 96 ncı ve 97 nci maddelerin de bulunduğu dördüncü kısımda yazılı yasak eylemleri işleyenlerin hapis cezası ile cezalandırılacaklarının yer alması ve bu cezaların partinin kapatılması sonucunu da doğurabilmesi nedeniyle, kapatma kararı cezai niteliktedir. Bu kurallardan hareket eden Anayasa Mahkemesine göre, "uygulanması istenen maddelerin ceza kuralı niteliğinde oluşları ve davanın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre yürütülmesi, davalı parti için güvence teşkil eden bir takım sonuçlar doğurur. Gerçekten, kişi özgürlüklerini korumak kaygısıyla, tarih boyunca bir dizi güvence kurumlaşıp, ceza ve ceza usul hukuku alanında yerini almıştır. Bunlar arasında, üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumlu olmamak, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve bunun sonucu olarak cezada genişletici yorum ve kıyasa yer verilmemesi kuralı, eldeki dava nedeniyle pratik sonuçlar doğuracak niteliktedir. Aynı biçimde, ceza usulünün, gerçeği araması ve biçimsel gerçekle yetinmemesi, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı tutulmaması, delil serbestisi esası, şüphe halinde sanık lehine hareket etmek gereği gibi ilkeler, görülmekte olan bu davada da göz önünde bulundurulacak ilkelere dendir".

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, önceki kararlarından farklı yorum yapmıştır. Bu karara göre⁷⁵, parti kapatma davalarında ceza yargılama yasası hükümleri uygulanmakla beraber, bu davalar tamamiyle ceza davası içerisinde değerlendirilemeyen kendine özgü davalardır. Çünkü, kapatma yaptırımı, ceza hukukundaki suç ve cezalardan farklıdır.

Ancak Türkiye Birleşik Komünist Partisinin Anayasa Mahkemesince kapatılması kararına karşı⁷⁶ yapılan başvuru üzerine, kapatma kararının AİHM'since Sözleşmenin 11 nci maddesine aykırı bulunmasından sonra⁷⁷, konuyla ilgili olarak yapılan yargılamanın yenilenmesi başvurusunu Anayasa Mahkemesi, "istemde bulunanlarca, konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı dışında yeni bir olay veya kanıt ileri sürülmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mah-

⁷⁵ AMK, 1999/2, 2001/2, 22.6.2001 günlü kararı.

⁷⁶ AMK, E:1990/1, K:1991/1, 16.7.1991.

⁷⁷ AİHM'nin 30 Ocak 1998 gün ve 133/1996/752/951 sayılı kararı.

kemesi Kararı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327.maddesi kapsamına giren yeni bir vakıa veya delil niteliğinde olmadığından istemin reddi gerekir"⁷⁸ şeklinde karara bağlamıştır . Anayasa Mahkemesi bu kararı verdiği sırada henüz AIHM kararlarının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni değildi. Yüksek Mahkeme bu kararıyla, eğer CMUK'nun 327 nci maddesinde AIHM kararları yargılamanın yenilenmesi nedeni olsaydı ben talep doğrutusunda karar verecektim diyor. Anayasa Mahkemesinin bu kararı henüz değişmiş değil. 4793 sayılı yasayla getirilen düzenlemeden sonra Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir karar vermiş de değil.

Diğer yandan bir kolektif özgürlük olan derneklerle ilgili olarak hukuk mahkemesi tarafından verilecek karara karşı başvuru üzerine AIHM'nin ihlal kararı vermesi halinde, bu karar yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilecektir. Dolayısıyla Siyasi Partilerin kapatılmalarına ilişkin kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmemesinin objektif kriterlerini bulmak güçtür.

c- Ancak Anayasa Mahkemesinin diğer kararları bakımından konuyu ele alacak olursak, farklı yaklaşımlarla karşılaşmak mümkündür. Örneğin Anayasa Mahkemesinin iptal davası ve itiraz (defi) yoluyla baktığı işler bakımından yargılamanın yenilenmesi mümkün değildir. Zira, konuyu düzenleyen 4793 sayılı yasa, HUMK ve CMUK hükümlerinin devreye girdiği durumlar için yargılamanın yenilenmesini öngördüğünden, bu yasalara ilişkin kuralların yer almadığı, tam tersine Anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı davalar için bu yasanın getirdiği düzenlemenin uygulanamaması gerekir.

Ancak her şeye rağmen ilk derece mahkemesinde anayasaya aykırılık iddiasında bulunan ve bu iddiası gerek ilk derece mahkemesinin kararının temyiz edilmeksizin kesinleşmesi ve gerekse temyiz üzerine ilk derece mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasının reddinin yerinde olduğuna ilişkin temyiz mahkemesi kararının kesinleşmesi ve gerekse anayasaya aykırılık iddiasının davaya bakan mahkeme tarafından ciddi bulunması suretiyle Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi ve bu Mahkeme tarafından yasanın anayasaya uygun bulunması yoluyla kesinlik kazanması ve iç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine, konunun AIHM'ne götürülmesi ve bu mahkemece, istisnaen karar verilmekle beraber, yasanın sözleşmeye aykırı bulunması durumlarında ne olacak?

⁷⁸ AMK, E:1998/4(Değişik İşler), K:1999/2, 16.2.1999.

Böyle bir iddiayla ilgili Anayasa Mahkemesi kararının AİHM tarafından Sözleşmeye aykırı bulunması halinde, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecek mi? Bu konuda Anayasada hüküm olmadığı gibi, yasada da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yine yukarıda belirttiğim gibi, yasama organı (anayasa koyucu dahil) konuyu tartışmaya yer bırakmayacak şekilde açık düzenlememiştir. Yasama organı kimi kararlar için AİHM kararlarını yargılamanın yenilenmesi sebebi kabul ederken, kimi hallerde de, benimsediği görüş doğrultusunda hareket etmek yerine, suskunluğu tercih ederek, hukukçuları yeni bir tartışmaya çekmektedir. Çünkü, Anayasaya aykırılık ve bazen de hem anayasaya aykırılık hem de Sözleşmeye aykırılık iddiası üzerine verilen red kararlarının, asıl kesinleşmiş kararlarla birlikte AİHM önüne götürülmesi durumunda, kararın dayanağını oluşturan yasal düzenlemenin Sözleşmeye aykırılığının tespiti yapılabilir. Bu durumda, o yasa Anayasaya uygun bulan Anayasa Mahkemesinin kararının da Sözleşmeye aykırılığı doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilmiş olur. Bu şekilde karşımıza çıkması kuvvetle muhtemel kararlara karşı neler yapılabileceği hususu üzerinde tartışılması gerekir.

d- Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin dokunulmazlığın kaldırılması ve TBMM üyeliği sıfatının düşmesi hallerine ilişkin iptal istemlerini incelemesi (Anayasa, m.85) dosya üzerinden gerçekleşmektedir (Anayasa, m.149/son; 2949, m.30/1). Yüksek Mahkeme bu incelemesini, yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya milletvekilliğinin düşmesine ilişkin kararı (Anayasanın 84/5 nci maddesindeki milletvekilliğinin sona ermesi hariç) Anayasaya, yasaya veya meclis içtüzüğüne aykırılık olup olmadığı yönlerinden inceler ve iptal istemini onbeş gün içinde karara bağlar⁷⁹. 2949 sayılı yasanın 34 ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, yasanın 30 ncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan dosya üzerinden inceleme kuralı burada da geçerlidir. Bu durumda yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesine ilişkin meclis kararlarının Anayasa Mahkemesince incelenmesi bir dava olarak değil, Yüce Divan sıfatıyla bakılan davalar dışında kalan tüm başvurularda oldu-

⁷⁹ Anayasanın 85 nci maddesi “kesin olarak karara bağlamadan” bahsettiği halde, yasa (2949, m.34/1) “kesin” sözcüğünü kullanmaksızın “karara bağlar” demekte ise de, gerek Anayasanın 85 nci maddesindeki açık düzenleme ve gerekse Anayasanın 153/1 nci maddesindeki düzenleme karşısında, Anayasanın doğrudan uygulanmasıyla, yasadaki bu eksik düzenlemenin öneminin olmadığını söyleyebiliriz.

ğu gibi, "işler"⁸⁰ olarak nitelenmektedir. Acaba Yüce Divan sıfatıyla bakılan davalar dışında kalan işleri birer dava olarak kabul etmemek, bunlarla ilgili hususlarda yargılamanın yenilenmesinin mümkün olmadığı anlamına mı gelir? Veya Anayasayla Yüksek Mahkeme olarak nitelendirilmesine rağmen, bu mahkeme kararları için de, idari yargı kararları için söylediğimiz gibi, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılması mümkün değildir mi diyeceğiz?

5-Şu hususa bilhassa dikkat çekmek gerekir ki, iç hukukumuzdaki düzenlemelerle ilgili olarak usul yasasında belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde yargılamanın yenilenmesi mümkün olduğu halde, AİHM kararları bakımından sadece Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin ihlallerinin tespiti halinde yargılamanın yenilenmesi söz konusu olabilecektir. Zaten Sözleşmede yer almayan bir hak için AİHM'ne başvuru durumunda mahkeme başvuruyu kabul etmeyecektir/etmemelidir. AİHS'nde yer alan haklar klasik haklar olduğundan, vatandaşlarımızın ulusal mahkemelerimizce verilen her kararı AİHM'nin önüne götürmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla, AİHM'nin kararları Sözleşmeyle sınırlı olacağından, diğer koşulların varlığı halinde, iç hukukumuzda AİHM kararlarına dayalı yargılamanın yenilenmesi de sınırlı sayıda konuyla ilgili olabilecektir.

IV- İÇ HUKUKUMUZDA YARGILAMANIN YENİLENMESİNİN SAĞLANMASINDA GÜÇLÜKLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A-AİHM Kararlarından İç Hukukumuzla Yakın İlgili Olabilecek Durumlar

-İdari ve disiplin yargılamaları dahil, ilk derece ile istinaf ve temyiz yargılamaları için de adil yargılanma hakkı vardır. Aykırılık olmakla beraber, bu aykırılık sonradan giderilmiş veya giderilmesi mümkün değilse Sözleşmeye aykırılık olmayabilir⁸¹.

-AİHM milli mahkeme kararını bir temyiz mahkemesi gibi inceleyemediği için, iç mahkemenin kararının yanlış verildiği veya hatalı karar verilmiş olduğu şeklinde karar veremez; sadece hakkaniyet

⁸⁰ 2949 sayılı yasanın 30 ncu maddesinin birinci fıkrası, Yüksek Mahkemenin Yüce Divan dışında baktığı davalar için "dava" kavramını değil, "işler" kavramını kullanmaktadır.

⁸¹ İncocoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayını, İstanbul 2002, s.7, dipnot 27'deki kararlar.

ilkesi çerçevesinde karar verebilir. Sözleşme açısından sorgulanan husus kararın verdiği sonuçtan çok, yargılama sürecidir. Bir başka deyişle, AİHS'nin 6 ncı maddesi yönünden önemli olan husus, iç mahkemenin adil bir karar verip vermediği değil, adil karar verilebilmesi için yargılama koşullarının bulunup bulunmadığıdır. Bu da savunmanın gereği gibi yapılabilmesi için etkin savunma araçlarının verilip verilmediği ile ilgili bir husustur⁸².

- AİHM verilen cezanın niteliği ile ağırlığı üzerinde durmaktadır. Cezanın amacı ne niteliği açısından, cezanın verilisinde güdülen gayeler ön plana çıkmaktadır. Örneğin verilen cezanın caydırıcılığı var mıdır⁸³.

Müdafii ile görüşme hakkı(m.6/3-c):

-Adli yardım(m.6/3-c): Ceza davalarında müdafiden yararlanma hakkı olduğu halde, hukuk davasında ücretsiz Avukat yardımından yararlanma hakkı mevcut değildir. Pahalı yargı ile bu hususu bir arada değerlendirdiğimizde, gelir düzeyi düşük insanlar için büyük bir sıkıntı yaratacak boyutlara ulaşmaktadır. Bu nedenle devletin pozitif yükümlülüğü söz konusudur. Bu ise mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyebileceğinden, 6/1 nci maddeye aykırılık oluşturur. Hele dava çetrefilli ve usule ilişkin büyük sorunlar varsa, hak arama da kolaylıktan söz edilemez. Ceza davalarında sanıklar için tanınan bu hakkın, dar gelirli için de özel hukukta uygulanması gerekir. Zira, "adaletin selameti için gerekli" ise özel hukukta da uygulanması gereken bir husustur.

Airey kararına göre, davanın hukuki ve maddi açıdan ve davada uygulanan usul açısından karmaşıklığı nedeniyle kişinin bu davayı kendi başına savunamaması veya iç hukukun avukat ile temsili zorunlu kılması gibi durum söz konusu ise ve başvuru avukat masrafını ödeyemeyecek kadar kötü mali şartlar altında ise, mahkemeye ulaşma hakkı açısından gereklidir⁸⁴. Sözleşme bu konuda özel hukukta zorunlu avukat yardımından yararlanmayı sağlayacak bir pozitif yükümlülük altında olmamakla beraber, insan haklarını korumayı amaçlayan bir sözleşme çerçevesinde bakıldığında, hak aramayı engelleyen olumsuzlukların olması halinde, üye ülkelerin iç hukuklarında bu yönde düzenlemede bulunmaları hak arama özgürlüğü ve

⁸² İnceoğlu, s.7-8.

⁸³ İnceoğlu, s.94 vd.

⁸⁴ İnceoğlu, s.124.

adalet ilkesinin gereğidir. Ancak, hukuk davalarında mutlaka avukat yardımından yararlandırmak yerine, hak aramayı kolaylaştıracak yöntem bulunması da aynı amaca hizmet eder.

-Slovenya Anayasa Mahkemesinin eski üyesi ve AİHM yargıcı Zupancic bir makalesinde, olayın arka planını araştırırken, önceden Yüksek Mahkemenin Hukuk Dairesinin benzer başvurularla ilgili olarak, tersi kararlar verdiğini, ancak daha sonra verdiği bir karar öncesi Romanya Başkanının bir konuşmasının ertesinde Yüksek Mahkemenin beş oyla(25'e karşı 20 oyla) görüş değiştirerek önceki kararından farklı bir karar vermiş ve yargıç bunu mahkeme üzerinde bir siyasi baskı var diye değerlendirmiştir⁸⁵.

-AİHM hak arama ve başvuru için açık düzenleme gerektiği görüşündedir. Örneğin Fransa'da bir dava ile ilgili olarak başvuru yolunun pratik ve etkili olmaması AİHM tarafından 6/1 nci maddeye aykırı bulunmuştur.

-Örneğin: TCK'nun 119.maddesinde yer alan davanın ön ödeme ile düşmesi kurumu, C.Savcısı tarafından belirlenen miktarda parayı sanığın ön ödeme önerisine rağmen belirtilen on günlük süre içerisinde ödemeyenlerin haklarında kamu davası açılacağı ve haksız çıkılması halinde cezanın yarı nispetinde artırılarak hükmolunacağına ilişkin düzenleme, sanığı baskı altına alacak nitelikte olduğu için, yargılanmaksızın cezanın kabul edilmesi sonucunu doğurabilir⁸⁶.

Yasayla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme:

-AİHS'nin 6/1.maddesine göre, "Her şahıs(...)kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının(...)dinlenmesini istemek hakkını haizdir". Böyle bir mahkeme kuralı adil yargılanma ve savunma hakkının temelidir. Mahkeme, yasayla kurulmuş, tüm kurum, kuruluş ve kişilere karşı bağımsız, davanın taraflarına karşı nesnel, yargılama usulü güvencesine sahip bir yargıyı ifade eder⁸⁷.

-Mahkemenin yasayla kurulması ve kararlarının kesin olması gerekir.

-**Mahkemenin Bağımsızlığı:** Mahkemenin her hangi bir kişi, kurum veya organdan emir almaması gerekir. Mahkemenin yasama,

⁸⁵ Inceoğlu, s.139-140.

⁸⁶ Inceoğlu, s.151.

⁸⁷ AİHS, m.6/1; Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, m.14/1; Amerikan Sözleşmesi, m.8/1; Afrika Şartı, m.26; 1982 Anayasası, m.37, 138, 139, 140, 142.

yürütme, her hangi bir ekonomik gruptan etkilenmemesi, baskı altına alınmaması gerekir. Bunların sağlanması demek mahkemenin özgür olması demektir. Nitekim **Findlay/İngiltere(25.2.1997) davasında**, toplayıcı subay'ın Askeri Mahkeme üyelerini ve savcısını ataması ve suç isnadına son şeklini vermesi, yargılamanın devam ettiği sırada mahkemeyi kapatabilmesinin AİHM'since Sözleşmenin 6/1 nci maddesinde yer alan bağımsız ve tarafsız yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlali olarak nitelenmiştir⁸⁸.

-Tarafsızlık ise, yargıcın yargılama yaparken taraf tutmaması, taraflara karşı nesnel olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi demektir. 1982 Anayasası mahkemelerin bağımsızlığını 138 nci maddesinde, bunun güvencesini 139 ve 140 ncı maddelerinde düzenlemiştir. Tarafsızlık ilkesi Anayasanın bu maddelerinde açıkça düzenlenmemekle beraber, Anayasa Koyucunun tarafsızlık ile bağımsızlığı bu maddelerde birlikte düzenlediği gerekçeden anlaşılıyor. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kararında, bağımsızlık ile tarafsızlığın birbirinden ayıramayacak kadar iç içe olduklarını belirtmiştir⁸⁹. Ancak bağımsızlığın tarafsızlıkla yakınlığına karşın, tarafsızlık daha çok davanın taraflarından bağımsız değildir.

Bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda AİHM çeşitli ölçütler kullanmaktadır:

Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür: mahkeme üyelerinin nitelikleri, atanma ve görevden alınma şekilleri, görev süreleri, üyeler emir vermeye yetkili bir makamın bulunup bulunmadığı, dışarıdan gelebilecek müdahalelere karşı sahip oldukları güvenceler, bağımsız bir görüntü verip vermedikleri hususunda halka ve özellikle ceza yargılaması açısından sanığa yargılama sürecinde güven verip vermemesidir⁹⁰.

-Türkiye ile ilgili kararlarında AİHM, DGM'lerinde askeri üyelerin bulunmasını, bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesine aykırı bulmuştu⁹¹. Nitekim bu kararları dikkate alan parlamento Anayasanın 143 ncü maddesinde değişiklik gerçekleştirmiştir.

⁸⁸ Doğru, 2002, s.983.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 tarih, 1988/32 E, 1989/10 K; 27.4.1993 tarih, 1992/37 E., 1993/18 K sayılı kararları.

⁹⁰ Aktaran İnceoğlu, s.163.

⁹¹ Çıraklar/Türkiye; Genger/Türkiye; Mehdi Zana/Türkiye kararları.

-**Tarafsız Mahkeme:** AİHS'nin 6/1 nci maddesi anlamında tarafsızlık, yargıcın davanın çözümünü etkileyecek bir önyargıya sahip olmaması, taraflarla menfaat ilişkisinin olmaması, tarafların lehine veya aleyhine bir duygu ve çıkara sahip olmamasıdır. 1982 Anayasasının 138 nci maddesinin 1 nci fıkrasındaki düzenleme de bu anlamdadır. Örneğin davaya bakan yargıcın, son soruşturma öncesi dava ile ilgili farklı rollere sahip olmuş ve bu rolü davanın esasına ilişkin bir hususun ön kararı niteliğinde ise, 6/1 nci maddenin ihlali ortaya çıkabilir. Buna karşılık yargıcın yaptığı iş, son soruşturma öncesi esasa etkili değil, rutin bir iş ise ihlalden söz edilemeyecektir. AİHM, bir kararında, son soruşturma kararına katılan yargıcın, o olayın hazırlık soruşturmasında Savcılık görevini yapmış olmasını, sözleşmeye aykırı bulmuştur⁹².

-Yargıcın tarafsızlığı ile ilgili düzenlemelerin tek başına yetmediği, önemli olanın davada yargılananın gözünde kuşkuya yer veremeyecek şekilde tarafsız olabilmesidir. Bunun tespitinin objektif bir biçimde yapılması gerekir. Örneğin AİHM bir kararında, Danimarka Ceza Usul Yasasının 762/2 nci maddesinde yer alan sanığın suçu işlediğine ilişkin "özel olarak teyit edilmiş bir kuşku" bulunması aranmaktadır. Uygulamada, bu ifade, yargıcın "suçluluk" konusunda çok yüksek derecede açıklık bulunduğu kanaat getirmesi şeklinde anlaşılmalı ve bu durum yargıcın vereceği esas hakkındaki karar ile tutukluluk sorunu arasındaki farkı, yüzeysel hale getirmektedir. Bu durum da sanık yönünden, mahkemenin tarafsızlığı bakımından kuşku yaratmaktadır. Mahkeme böyle bir tutukluluğun devamında tutuklunun endişelenmesini haklı bulmaktadır. Olayda, son soruşturma öncesi sanığı tutuklayan ve tutukluğunun devamına karar veren yargıcın son soruşturmada üç kişilik mahkeme heyetinin başkanlığını yaptığı, yargılama boyunca çok sayıda tutukluluğun devamına ilişkin kararlara katılmasını yerinde bulmamıştır⁹³.

-**Sainte-Maire/Fransa davasında** (Bask bölgesinde iki polis karakolunun ayrılıkçı teröristler tarafından saldırıya uğraması), tutuklama kararına ilişkin itirazı reddeden yargıçların, duruşma yargıcı olarak mahkemede yer almaları değerlendirilmiş ve AİHM tarafsızlık bulunmadığı yönündeki iddiayı reddetmiştir. Mahkemenin kararına

⁹² İnceoğlu, s.185-187

⁹³ İnceoğlu, s.188-190.

göre, başvuruların tarafsızlıkla ilgili iddialarını nesnel bulmamıştır⁹⁴. Bu nedenle tarafsızlıkla ilgili iddiaların iddiacılar tarafından nesnelleştirilmesi gerekmektedir.

-AİHM, sorgu ve son soruşturma öncesi aşamada yargıcın sorgu yargıcı rollerini üslenmesini, tarafsızlığa aykırılıkta tek başına ölçüt olamayacağı, her olayın somut koşullarına göre hareket edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

-AİHM kimi kararlarında, yargıcın tarafsız olamadığına / olmadığına ilişkin iddiaları, sadece sanığın bakış açısına göre değil, bu bakış açısını /iddiayı doğrulayacak delillere bakarak değerlendirmiştir. Örneğin: bir yargıcın, aynı zamanda son soruşturmasına baktığı işle ilgili olarak, son soruşturma öncesi kimi kararlar almasının, o'nun tarafsızlığı konusunda endişelenilmesi için tek başına ölçüt olmadığını kararlaştırmıştır⁹⁵.

-Ceza davaları dışında da yargıcın tarafsızlığına ilişkin kuşku uyanabilir. Örneğin: AİHM'since, McConnel/İngiltere davasında, Kraliyet Mahkemesi yargıcının, daha önce yasama faaliyetine katılmak suretiyle dava konusu olan planlamaya ilişkin düzenlemenin çıkarılmasına katılması ile tarafsızlık ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Yine, Werner/Polonya davasında, başvuru hakkında karar veren üç yargıçtan biri olarak görev yapan yargıcın, başvuran hakkındaki davanın açılmasını talep etmiş olması, tarafsızlığın bozulması olarak kabul edilmiştir⁹⁶.

Çifte Rollü Mahkemeler:

-Danıştay'ın hem bir konuda görüş bildirmesi, tavsiyede bulunması, inceleme yapması ve hem de yargılama organı olarak görev yapması halinde ortaya sorun çıkabilir. Özellikle birden çok işleme katılan yargıçların yargılamaya da katılmaları durumunda tarafsızlıkla ilgili ilkenin ihlali ortaya çıkabilir. Örneğin: Procola/Lüksemburg (28.9.1995) davasında, süt kotasıyla ilgili uyuşmazlıkta, Danıştay'ın dört üyesinin Mahkemenin danışma kurulunda görev yaptıkları ve başvuru ile ilgili düzenlemede yürütmeye lehte görüş bildirdikleri ve sonra aynı konuda hukuka uygunluk tespiti yaparak yargılamaya katıldıkları gerekçesiyle, AİHM, yargıçların tarafsızlıkları konusunda

⁹⁴ İnceoğlu, s.190-191.

⁹⁵ İnceoğlu, s.192-193.

⁹⁶ İnceoğlu, s.195.

şüphe uyandırdıkları sonucuna varmış ve bu şüphenin ispatı zor ise de, bu şüphe tarafsızlığın bozulması için yeterlidir demiştir⁹⁷.

-Tarafsızlıkla ilgili bir husus da, yargıcın baktığı davada kişisel menfaatinin olmamasının gerekmesidir. Eğer tarafsızlıkla ilgili iç hukukta açık bir düzenleme yok veya mevcut düzenleme bu konuda şüphe uyandırıyor, bu durum Sözleşme açısından ihlale sebep olabilir.

-**Bozma kararından sonra yeniden aynı mahkemenin karar vermesi:** AIHM'ne göre bu durumda, bozma kararı üzerine davaya başka bir mahkemenin bakması gerektiğine ilişkin Sözleşmenin 6/1 nci maddesinde bir düzenleme mevcut değildir⁹⁸.

Hakkın ihlalinin önlenmesi için olasılıklar: **Bu konuda feragat ve yasa yolları ile düzeltme üzerinde durabiliriz.**

Feragat

Davanın taraflarının duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçmeleri mümkündür. AIHK tarafsız mahkeme hakkından feragatın mümkün olduğuna karar vermiştir⁹⁹. AIHM kararına göre, sanığın savunma hakkından açık veya zımnen feragat etmediği sürece bu hakkından feragat ettiğinden söz edilemez; çünkü feragatın şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir¹⁰⁰.

AIHM iç hukukta temyiz mahkemesinde duruşmalı inceleme hakkı olduğu halde, iç hukukta bu hakkını kullanmayan başvuranın, duruşmalı yargılama hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁰¹.

İlk derece mahkemelerindeki tarafsızlığa ilişkin ilke dikkate alındığında, ilk derecedeki tarafsızlığı ihlal eden durumların üst de-
netimdeki tarafsızlık sayesinde giderilmiş sayılıp sayılmayacağı konu-
su da net değil.

⁹⁷Doğru, 2002, s.968; İnceoğlu, s.195; ancak Türkiye'de Danıştay'ın idari dairelerle dava dairelerinin ayrı olması nedeniyle benzeri bir durumun yaşanmayacağı hakkında Tezcan, Durmuş: "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", Mayıs 2001, Danıştay Toplanısına sunulan tebliğ, s.28.

⁹⁸ İnceoğlu, s.201-203.

⁹⁹ Appl.no:11489/85, D.v.Ireland, 3.12.1986, 51 DR 117

¹⁰⁰ İnceoğlu, s.258.

¹⁰¹Schuler-Zgraggen/İsviçre(24.6.1993-14518/89) kararı, Doğru, 2002, s.948.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından:

-Burada özellik arz eden husus, silahların eşitliği ve gelişmeli yargılama ilkeleri; duruşmada hazır bulunma, susma ve kendini suçlamama hakkı; delillere ilişkin temel kurallar; gerekçeli karar hakkı; avukat ile temsil hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının diğer yönleridir¹⁰².

Bunların AİHM kararları üzerine yargılamanın yenilenmesinde iç hukukumuzda gündeme gelmesi mümkündür. Örneğin: yargılandığı suçtan tutuklu olan sanığın, bir başka mahkumiyeti nedeniyle yargılandığı yer dışında bulunan bir cezaevinde bulunması halinde, o suçla ilgili duruşmada hazır bulunması yerine talimatla ifadesinin alınması ve bu ifade ile yetinilmesi halinde sıkıntı yaşanabilir¹⁰³.

-AİHM ilk derece mahkemesinde duruşmada hazır bulunmaya önem verirken, üst denetim mahkemelerinde hukukilik denetimi yapılıyorsa bu kadar önem vermiyor; zira ilk derecede deliller ve savunma ön planda iken, denetimde hukuki inceleme ön plandadır. Ancak üst mahkemede hukukilik denetimi yanında maddi denetim de varsa her iki aşamada da duruşmada hazır bulunmaya önem veriyor¹⁰⁴.

-Yine 466 sayılı yasa gereğince haksız yakalanma ve tutuklanmada tazminat talebi ile ilgili davada, Ağır Ceza Mahkemesinin naip yargıç eliyle yürüttüğü soruşturma sonunda C.Savcısının mütalaasından, kararın dosya üzerinden verilmesi/açık duruşma olmaması nedeniyle davacının haberdar olamaması ve mütalaanın tebliğ de edilmemesi nedeniyle, savunma hakkının kısıtlanması söz konusu olabilir¹⁰⁵. AİHM'ne göre, savunmanın haberi olmadan mahkemeye sunuş

¹⁰² İnceoğlu, s.212-323.

¹⁰³ Yargıyay CGK, 1.2.1988, 1/517-12 sayılı kararında CMUK'nun 226/4 ncü maddesi gereğince, yargılandığı suçtan tutuklu olan, ancak başka bir suçtan hükümlü olup cezası başka yerde infaz edilmekte olan sanık hakkında talimatta ifade alınabileceği karara bağlanmıştır. CMUK'nun 226/4 ncü maddesi ile içtihat örtüşüyor.

¹⁰⁴ Kremzow/Avusturya; Kamasinski/Avusturya kararları.

¹⁰⁵ 466 sayılı yasanın 3 ncü maddesine göre, "2 ncü maddede yazılı yetkili mahkeme, zarar istemine dair dilekçe üzerine, üyelerinden birisini işin incelenmesiyle görevlendirir. Görevlendirilen üye, ilk önce, istemin kanuni süre içerisinde yapılmış olup olmadığını inceler.

İstem süresi içinde yapılmışsa, görevli üye, hüküm ve karar dosyasını alırtmak, her türlü incelemeleri yapmak ve gerekiyorsa, tazminat isteminde bulunan kimseyi de dinlemek suretiyle delilleri topladıktan sonra, yazılı düşüncesini bildirmesi için evrakı Cumhuriyet Savcılığına gönderir.

yapılması hakkaniyete uygun değildir. Türkiye bu düzenleme nedeniyle ihlal kararı ile karşı karşıya kalabilir.

- Mahkemede sonuç çıkarma aşamasında sanığın susma hakkını kullanmasının sanık aleyhine yorumlanmaması gerekir.

-Mahkeme kararlarının gerekçeli olması şarttır. Gerekçenin savunmada dile getirilen hususların tamamını cevaplandırması şart değil, ancak "davanın sonucu ile doğrudan ilgili ve sonucu belirleyici" iddiaları cevaplandırması gerekir¹⁰⁶.

Gerekçenin açık olması, gerekçenin hem anlaşılabilir olması hem de yetersiz olmaması gerekir.

Tarafların gerekçeyi öğrenebilmeleri gerekir. Tarafların gerekçeyi okumalarının amacı, yasa yollarına başvuru sırasında, başvurunun etkili olmasını sağlayabilmektir.

Gerekçenin aynı zamanda iç hukukta davaya uygulanacak olan yasaya dayanması da gerekir. Çünkü davada uygulanan yasanın dışında bir yasaya dayanılmak suretiyle gerekçelendirmek hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurur.

-Hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını sağlayacak diğer hususlara gelince, bunlar arasında ilk sırada yargıcın etki altına alınmasını sağlayan olumsuzluklardan uzak tutulması gelir. Örneğin: medya ve devlet yöneticileri ile diğer müdahalelerin olmaması için gerekli önlemlerin alınması şarttır.

-Yargıcın kişisel tutumunun da hakkaniyete uygun olmayan yargılamaya sebebiyet verdiği görülmektedir. Örneğin: duruşma sırasında sanığın söylediklerinin duruşma tutanağına eksik aktarılması.

-Duruşmanın aleniyeti ve makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili sorunlarla da karşılaşılması mümkündür.

B-AİHM Kararı Karşısında Kimi Durumlar

-Her olayla ilgili olarak kararın değiştirilmesi gerekir mi? Kanaatim, her ihlal kararı için yargılamanın yenilenmesiyle ilgili son soruşturma evresi açılacak ve ihlal kararı doğrultusunda bir karar giderile-

Mahkeme, Cumhuriyet Savcısının yazılı görüşü üzerine, duruşma yapmaksızın kararını verir.

Bu karar aleyhine tebliğ tarihinden başlayarak bir hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir".

¹⁰⁶ İnceoğlu, s.312 vd.'da örnek kararlar ve açıklamalar.

cek. Ancak giderilecek ihlalle ilgili husus dosyanın tümüyle ilgili değişikliği gerektiriyorsa, o zaman bu değişiklik de gerçekleştirilecek biçimde yeni bir karar verilecek. Çünkü amaç ihlalin önlenmesidir. İhlalin önlenmesi yeni ve öngörülmeleyen bir durum ortaya çıkarıyor ve bu davanın esasını etkiliyorsa, esasla ilgili yeni bir karar verilecektir.

-Kimi usul sorunları için bunların giderilmeleri yeterli mi? Eğer, ihlal tespiti usulle ilgili olup, bunun gereğinin yapılması dosyanın esasını etkilemiyor ise, usulle ilgili eksikliğin giderilmesinden sonra eski ve yeni deliller birlikte değerlendirilerek yeni bir karar verilecektir.

-AİHM kararının kesinleşmiş olup olmadığının araştırılmasında dikkat edilecek hususlar? AİHM kararının yeniden yorumlanması veya AİHM'nin kendi kararının yargılamasını yenilemesi halinde ne yapılacak? Şayet mahkemelerinizde böyle bir dosya var ve mahkeme bundan haberdar olmuşsa, AİHM'nin yeni kararının içeriğinin değişme ihtimalini göz önünde bulundurup bu kararın kesinleşmiş olduğunu isteyecektir.

-İhlal edildiği iddia olunan kararın infazı sürmekteyse ve AİHM bu konuda tedbir kararı vermemişse ne yapılacak? Bu durumda, AİHM kararının ihlal tespitinin içeriğine bakılarak değerlendirmede bulunulacak ve yasamızdaki müşterek madde göz önüne alınacaktır.

-AİHM kararı eylemin suç olmaktan çıkarılması gerektiği kanaatinde ve iç yasama organı bu konuda yeni bir yasal düzenleme getirmemişse, yasanın uygulanması devam edeceğinden, iç hukuktaki yargılamanın yenilenmesinin ne anlamı olacak? Bu durumda, yukarıda açıkladığım gibi konunun Anayasa Mahkemesine götürülmesinde yarar olduğu kanaatindeyim.

-AİHM kararı ile Sözleşmeye aykırılığı tespit edilen yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılığı nasıl incelenecek? Anayasa Mahkemesi Sözleşmeyi göz önünde tutup, Anayasaya aykırılık iddiasını AİHM kararı doğrultusunda mı sonuçlandırarak? Eğer böyle sonuçlandırır, Anayasanın ilgili maddelerinde değişikliğe gidilecek mi? Yoksa tam tersine Anayasa Mahkemesi AİHM kararını göz önünde bulundurmayıp, söz konusu yasanın Anayasaya uygunluğuna karar verirse, AİHM kararı ile çelişmiş olmayacak mı? Anayasa Mahkemesinin AİHM ile çelişik karar vermesi hukuken nasıl izah edilebilir? Bu hususlarda düzenleme getirilmesi gerekmez mi?

-AİHM kararının yargılamanın yenilenmesi nedeni kabul edilmesine göre, elindeki davaya uygulanacak yasanın Sözleşmeye aykırılığı dikkate alınıp, Anayasada izdüşümü olan düzenleme göz önünde bulundurulup, bu yasanın Anayasaya aykırılığı yoluyla Sözleşmeye aykırılığından iptali yoluna gidilmeyecek mi?

-Ara kararlarının (tutuklama gibi) ihlaline karar verilmişse yine yargılamanın yenilenmesine gidilecek mi, gidilemeyecek zira 327 vd daki düzenlemeler kesin hükümlerle ilgilidir. Bu durumda kesin hükümler dışında kalan kararların ihlal ettiği iddiası ile ilgili kararın iç hukuka aktarılması nasıl gerçekleştirilecek? Çünkü iç yargı organlarımıza verilen yetki yargılamanın yenilenmesi koşullarının olması (kesin karar) halinde AİHM kararının dikkate alınmasıdır. Bu şekilde kesin olmayan, ara kararı niteliğinde olup AİHS'nin ihlal edildiği belirtilen kararlar için ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç yok mudur? Bence, AİHM kimi hallerde iç hukuk yollarının tüketilmesi beklenilmeksizin yapılan başvuruları yeterli gördüğünden, bazı ara kararlarının Sözleşmeyi ihlal ettiği yönündeki tespitinin yargılamanın yenilenmesi konusu yapılması gerekir.

-Tazminatla giderildiği anlaşılan kararlarla ilgili yine de yargılamanın yenilenmesine gidilecek mi ve yargılamanın yenilenmesiyle ilgili üç aşamanın son soruşturma (duruşma) evresine geçilmeden talep reddedilebilecek mi? Bu konuda yasada açık bir düzenleme yoktur. 4771 sayılı yasa Fransız sistemi gibi bir düzenlemeyle, tazminatla giderilemeyecek ihlaller için yargılamanın yenilenmesini düzenliyordu; yeni yasalar (4793 ve 4928) ise hiçbir kayıt ve şart koymaksızın yargılamanın yenilenmesini öngörüyor. Kuşkusuz mevcut düzenlemeye rağmen mahkemelerin ihlalden önceki duruma dönülüp dönülmediğini inceleyecektir. Ancak yasa çok geniş düzenlenmiş ve bir çerçeve çizmemiştir. Bu nedenle yargıya geniş takdir alanı bırakmış olduğundan, Yargıtay'ın içtihatları bu konuda belirleyici olacaktır. Ancak kanaatim, tazminatla giderilebilecek olan ihlallerin, AİHM tarafından tazminata hükmedilmesi halinde, bunun tespitiyle yenileme isteminin reddine karar vermek gerekir.

-AİHM kararını yeni maddi olay sayabilecek miyiz? Eğer bu kararları hukuki ihlal sayarsak, iç hukukumuzda yer alan kimi hususları da hukuki ihlal nedeniyle yargılamanın yenilenmesi kapsamında değerlendirmemiz gerekmeyecek mi? Kanaatim, yasa koyucu bu hususu yeni bir maddi olay saymamıştır. Eğer yasa koyucu böyle kabul

etseydi, yasada ayrı bir bent halinde düzenlemek yerine, mevcut düzenlemedeki konuyla ilgili bende ekleme yapardı. Yeni düzenlemeyi AİHS ve AİHM kararına uygun karar verilmesini sağlamayı amaçlayan, kendine özgü bir düzenleme saymak gerekir.

-Askeri yargı için neler söylenebilir?

-Anayasa Mahkemesi kararları bakımından da açık düzenlemeye gidilmesi gerekmez mi? Örneğin, Anayasaya aykırılık iddiası ile birlikte Sözleşmeye aykırılık iddiası da var ve bu iddialar reddedilmişse, ilgililerin bu kararların herkesi bağlayıcı olması nedeniyle, davayı çözecek olan mahkemeyi de bağlaması göz önüne alınıp, esas kararı veren mahkeme beklenmeksizin(etkili iç hukuk yolu kalmadığından, çünkü Anayasa Mahkemesi kararı aykırılık iddiasını ciddi bulan mahkemeyi de bağladığından, farklı bir karar vermesi mümkün değildir gerekçesiyle) AİHM'ne gidilebilecek mi? Gidilemeyecekse neden?

-AİHM kararından sonra yasada değişiklik yapılmış olmakla beraber, yeni yasa yine açık değilse, yargıç, böyle bir yasaya rağmen yasayı Sözleşmeye uygun yorumlamakla yetinebilecek mi? Gerçi Anayasanın 138 nci maddesi yargıcın hukuka uygun karar vereceğinden söz etmekle böyle bir yetkinin kullanılmasına elverişlidir. Ancak, yasa mevcut iken, yasaya rağmen, yargıç Sözleşmeyi uygulayabilecek mi? Evetse Anayasada açık düzenlemeye gidilmesi suretiyle olası çelişki-den kurtulmak gerekmez mi?

-Yargıcın Sözleşmeyi doğrudan ve yasaya rağmen uygulayabileceğini kabul edersek, Anayasa Mahkemesinin işlevi değişecek mi? Çünkü, doğal olanı yasanın yürürlüğüne son verilebilmesi yasama işlemi veya Anayasa Mahkemesi kararına bağlıdır. Bu yollar işletilmeden yargıcın yasa yerine Sözleşmeyi uygulaması mümkünse, Anayasaya aykırı yasaların ayıklanmasına gerek olmayacak. Eğer Sözleşmeye aykırı yasaları Anayasa Mahkemesine ayıklattırıcaksak, o zaman Anayasa Mahkemesine Sözleşmeye aykırı yasaları ayıklama yetkisinin açıkça verilmesi ya da Sözleşmenin Anayasaya üstünlüğünün açıkça düzenlenmesi gerekmez mi?

KAYNAKÇA:

- AİHM İçtüzüğü, m.46/e, 60 ve 70.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.
- Arslan, Zühtü: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.274-293.
- Arslan, Çetin: Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi, Ankara 1999.
- Batum, Süheyl: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul 1990.
- http://lexinter.net/JPTXT/commission_de_reexamen.htm
- Çağlar, Bakır: Çağlar, Bakır:Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: "Yargıçlar Zamanı", Anayasa Yargısı, 15, s.51-69.
- Çağlar, B.: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hakkında Türkiye, Türkiye Bilimler Akademisi Yayını, Ankara 2002.
- Çavuşoğlu, Naz: Anayasa Notları, Beta yayını, İstanbul 1997.
- Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, I, İstanbul, 2002.
- Doğru, Osman: "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.194-225.
- Durmuş, Arzu: Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yenideu Tartışmak(Anayasa Mahkemesi kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları), İstanbul 2001.
- ([http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h\(99\)10fre.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/h(99)10fre.pdf)): Exemples de demandes de réouverture de procédures afin de donner effet aux arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme et des décisions du Comité des Ministres Direction des droits de l'homme, 1er décembre 1998, Conseil de l'Europe.
- Fendoğlu, H. Tahsin: "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' sorunu", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.363-384.
- Fransız Ceza Yargılama Yasası (Code de Procédure Pénale, Dalloz, Edition 2001).
- Fransız Ceza Yargılama Yasasındaki 15 Haziran 2000 tarihli düzenleme (Yasa no: 2000-516).

-Gölcüklü, Feyyaz-Gözübüyük, A.Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2003.

-Gündüz, Aslan: "İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumuzda Etkileri", İnsan Hakları ve Yargı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 1998, s.96-107.

-Güran, Sait: "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.43-61.

-İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayını, İstanbul 2002.

-Kaboglu, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1999.

-Kunter, N-Yenisey, F.: Mubakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000.

-Memiş, Emin: "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.130-172.

-Özgen, Eralp: Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Doçentlik Tezi, Ankara 1968.

-Pradel, Jean: Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü (İSİSC Kollokyumlarının Sentez Raporu), Çeviren: Sulhi Dönmezer, Beta Yayını, İstanbul 2000.

-Soysal, Mümtaz: "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, 2, Ankara 1986, s.5-18.

-Tezcan, Durmuş: "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", Mayıs 2001, Danıştay Toplantısına sunulan tebliğ.

-Tezcan, Durmuş -Erdem, M.R-Sancakdar, O.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002.

- Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(2675, RG:22.5.1982, sayı:17701).

- Ünal, Şeref: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s.63-85.

-Yaşar, Osman: Açıklamalı-İçühatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Yetkin Yayınlar, Ankara 1998.

-Yenisey, Feridun: Duruşma ve Kanunyolları, 2.Baskı., İstanbul 1990.

-Yıldırım, Kadir: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması, Kazancı Yayını, İstanbul 1997.

Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi

Mehmet Handan SURLU*

PLAN

I- GİRİŞ VE KRONOLOJİK SÜREÇ

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI, BU
KARARLARIN NİTELİĞİ VE İÇ HUKUKA ETKİLERİ

III- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKA
ETKİLERİNİN ÇÖZÜM YOLLARI

A-Ulular arası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yerine İlişkin Görüşler

B-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Yansıtılması Konu-
sundaki Düşünce ve Öneriler

IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK İÇ
HUKUKUNDA YARGILANMANIN YENİLENMESİ YOLUYLA
DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Genel Açıklama

B- Adli Yargıdaki Düzenlemeler

1-4771 Sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile Ya-
pılan Değişiklikler

a) HUMK'nda Yapılan Değişiklik

b) CMUK'nda Yapılan Değişiklik

c) Yürürlükle İlgili Kurallar

d) Karşı Oylar

e) Bu Değişikliğin Değerlendirilmesi

2- 4793 Sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile Ya-
pılan değişiklikler

a-HUMK'nda Yapılan Değişiklikler

b-CUMK'nda Yapılan Değişiklikler

c-Kanunun TBMM Genel Kurulu'nda Görüşülmesi Sırasında İadei Muhakeme
İle İlgili Maddelerin Adalet Komisyonunda Değiştirilmesine İlişkin Olarak Yapılan
Açıklamalar

d-Yürürlükten Kaldırılan Maddeler

e- Yürürlükle İlgili Kural

f- Karşı Oylar

* Yargıtay 1. Başkan Vekili, (Toplanı döneminde Yargıtay 14. Hukuk Dairesi Başkan-
ıydı.)

- g- Bu Değişikliğin Değerlendirilmesi
- 3- TBMM’inde Bulunan Tasarılarıdaki Durum
 - a-HUMK. Tasarısında Durum
 - b-CUMK Tasarısında Durum
- C- 4928 Sayılı Kanunla İdari Yargıda Yapılan Düzenleme
 - 1- Genel Açıklama
 - 2-4928 Sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” İle Yapılan Düzenleme
 - a-Yapılan Değişiklik
 - b-Yürürlüğe İlgili Kural
- V-BİR USUL KURUMU OLARAK YARGILAMANIN YENİLENMESİ
- A- Genel Açıklama
 - B- HUMK.nda İadei Muhakeme
 - 1-İadei Muhakeme Nedenleri
 - 2-İadei Muhakeme İsteyebilecekler
 - 3-İadei Muhakeme İsteme Süresi
 - 4-İadei Muhakeme İsteminin İnceleme Usulü ve Sonuçlandırılması
- C- CUMK.nda İadei Muhakeme
 - 1-İadei Muhakeme Nedenleri
 - 2-İadei Muhakeme İsteyebilecekler
 - 3-İadei Muhakeme İsteme Süresi
 - 4-İadei Muhakeme İsteminin İncelenmesi Usulü ve Sonuçlandırılması
- VI-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ ADLI YARGIDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUYLA İNCELENMESİ
- A-Genel Açıklama
 - B-İstem Tahi Olduğu İnceleme Usulü, Koşulları ve Sonuçlandırılması
 - 1-İnceleme Usulü
 - 2-Başvuruda Bulunacaklar
 - 3-Başvuru Mercii, Süresi ve Şekli
 - 4-Koşulları
 - 5-Olasılıklar
 - a-Adil Yargılama Hakkına İlişkin olarak
 - b-İfade Özgürlüğü Hakkına İlişkin olarak
 - c-Mülkiyet Hakkına İlişkin olarak
 - 6-Sonuçlandırılması ve Verilecek Karar
 - 7-HUMK ile CMUK’nda Yargılamanın Yenilenmesinin Kabulünden Sonra Yargı Önüne Getirilen İki Somut İstem
 - a-DEP Davacı Sanıklarının Yargılamanın Yenilenmesi İstemleri
 - b-Fikret Başkaya ve Mehmet Selim Okçuoğlu'nun Yargılamanın Yenilenmesi İstemleri
- VII-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İDARİ YARGIDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUYLA İNCELENMESİ
- VIII-SONUÇ

I- GİRİŞ VE KRONOLOJİK SÜREC

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarının iç hukuka etkisini Ülkemiz bakımından somutlaştıran “**Avrupa İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Kurumu**”nun tam anlaşılabilirliğini sağlayabilmek için çok kısa olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan hakları Mahkemesi (AİHM) hakkında ana hatları ile bilgi vermekte yarar vardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; Avrupa Konseyince hazırlanmış ve 1950 yılında Roma’da imzaya açılmıştır. 1953 yılında yürürlüğe giren sözleşmeyi Türkiye 1954 yılında onaylamıştır.¹

“Sözleşmeyi hazırlayanların amacı, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ifade edilen hakların pratiği geçirilmesinin ilk adımını atmaktır.”²

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde zaman zaman kararlarında, Sözleşmenin temel amacının, taraf devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle olan ilişkilerinde, uymaları gereken uluslararası standartların belirlenmesi olduğunu açıklamaktadır.”³

Sözleşmenin öngördüğü hakların, sözleşen ülkelere yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi de gerektiğinden, bu konuda 31 Ekim 1998’e kadar;

- 1- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (1954),
 - 2- Avrupa İnsan Hakları Divanı (1959),
 - 3- Avrupa İnsan Hakları Bakanlar Komitesi,
- Olmak üzere üç organ oluşturulmuştur.

Türkiye 1987’de İnsan Hakları Divanına kişisel başvuruyu, 1989’da da Divanın yargı yetkisini kabul etmiştir.⁴

¹ 19 Mart 1954 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

² Yrd.Doç.Dr.Vahit Bıçak, Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişmesine Katkısı, Anayasa Yargısı 17, Sh.87

³ Doç.Dr.Hasan Tunç, Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı 17, Sh.184

⁴ RG. 21 Nisan 1987-RG: 26 Aralık 1989

Zaman içinde gelen dava sayısındaki artışlar ve Divanın çalışma sisteminin yarattığı zorluklar karşısında ve özellikle de daha fazla etkinlik sağlayabilmek için 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 numaralı Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Divanı yerine sürekli görev yapabilecek nitelikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuş ve Bakanlar Komitesinin yargısal fonksiyonu ortadan kaldırılmıştır.⁵

Böylece son derece etkinleşen ve 800 milyon kişilik yargı alanına sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ülkemizin gündemine neredeyse birincil derecede girmiştir.

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARAR- LARI, BU KARARLARIN NİTELİĞİ VE İÇ HUKUKA ETKİLERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 46. maddesi uyarınca sözleşen devletler, taraf oldukları davada Mahkemenin nihai kararına uymayı taahhüt etmişlerdir. Bunun doğal sonucu olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlayıcıdır.

Ancak, bu kararlar bir “tesbit kararı” niteliğindedir. Başka bir deyimle beyan edicidir, belirleyicidir, kurucu bir karar değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararı ile sadece bir ihlalin varlığını tesbit eder. İhlaller de genel olarak (Ulusal mevzuttan) veya (Ulusal Yargı yerlerinin verdikleri kararlardan) kaynaklanabilir.⁶ Bunun içindir ki, “Mahkemece, Sözleşmenin çiğnendiği kararının alınması, herhangi bir işlem yapılmadan kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Mahkeme kararı, Sözleşmeye aykırılığı saptanan işlemi ne iptal eder, ne değiştirir, ne de bozar. Mahkeme böyle bir yetkiye doğrudan ve dolaysız sahip değildir; yalnız dava konusu işlemin, ya da eylemin sözleşmeye aykırı olduğunu, sözleşmenin çiğnendiğini beyanla yetinir. Buna mukabil, sözleşen devletler davada taraf oldukları (bu kararlara uymakla, bunları yerine getirmekle yükümlüdür... Sözleşen devletçe mahkeme kararının yerine getirilmesinde dikkat edilecek

⁵ Bıçak 88 vd. Dr. Şeref Ünal Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, No:89 Sh.379.

⁶ Yrd.Doç.Dr.Osman Doğru “İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri, Anayasa Yargısı, sh.196

husus hüküm fıkrasıdır. Hüküm fıkrasında yer almış olan ihlalin, amaca uygun biçimde giderilmesi gerekir.”⁷

Bu yerine getirmeyi, nasıl yapacağı hususu taraf devlete ait bir görevdir ki, bu görevler de;

1-Saptanan bir ihlale son vermek,

2-İhlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak,

3-Benzer durum doğurabilecek ihlalleri önleyebilecek önlemleri almak”tır. ⁸

Bir başka anlatımla, “Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerin korunmasında ana görev Milli Makamlara ve Yargı organlarına düşmektedir. Ancak ulusal süreçte bu soruna tatmin edici bir çözüm bulunamadığı takdirde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devreye girmektedir.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konumu, bizzat Mahkeme Başkanı tarafından aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır. ⁹

“Uluslararası bir mahkeme ve özellikle 800 milyon nüfusu barındıran coğrafi bir bölgede yetkisi bulunan bir mahkemenin temyiz mahkemesi gibi işleyip hareket edemeyeceği açıktır. Uluslararası mahkemelerde ulusal mahkemelerdekine benzer bir biçimde bir duruşma yapılamaz; deliller ve hukuki sorunlar ulusal mahkemelerin incelediği gibi ayrıntılı bir biçimde incelenemez. Bunun nedeni sadece böyle yapıldığında büyük bir iş yükünün altında kalınacak olması değildir. Şurası açıktır ki, ulusal otoriteler yerel bilgi ve deneyime ve her türlü müdahalede görelî bir süratle sahip olmaları nedeni ile, delilleri ve hukuki değerlendirmede daha iyi bir konumda bulunmaktadırlar ve bu nedenle de daha iyi ve etkin bir güvence sistemini gerçekleştirebilmektedirler. Bu (dördüncü derece) bir mahkeme değildir; ulusal mahkemelerin iddia edilen hukuksal hatalarını düzeltmek veya ulusal mahkemelerin kararları yerine kendi değerlendirmelerini ve kararlarını geçirmek gibi bir görevi ve yetkisi yoktur.” ¹⁰

⁷ Prof.Dr.Feyyaz Gölcüklü-Prof.Dr.A.Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3.Bası Ankara-2002, sh.124

⁸ Doç Dr.Emin Memiş, İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri, Anayasa Yargısı 17, sh.166

⁹ Dr.İur.Şeref Ünal, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89 sh:407

¹⁰Ünal, 407

Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için, bir anlamda sözleşen devlet fertlerinin bir ek veya ikincil güvencesidir, güvenlik mekanizmasıdır demek yanlış olmaz.¹¹ Bu da, sözleşen devletlerin gerçek anlamda demokratik ve etkin bir yargısal sisteme sahip oldukları varsayımına dayanmaktadır.¹²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlar bir ihlalin varlığını saptadığında sözleşen devlet, sözleşmedeki yükümlülüğü nedeniyle, bu ihlali gidermeyi sağlamalıdır. Bunun da ilk ve en olumlu yolu (eski halin iadesi) dir. Ancak bu çözüm şekli her zaman için uygulanabilirlik olanağına elverişli olamayabilir. Böyle durumlarda tazmin yolu tek çözümdür. Ancak bazı ahvalde eski halin iadesi için başka olanakların düşünülüp ortaya konulduğu da olmuştur.

İşte bundan sonraki bölümde kısaca bu konuyu açıklamaya çalışacak ve ardından da bizde somut çözüm olarak kabul edilen “Yargılamanın Yenilenmesi”ni inceleyeceğiz.

III- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKA ETKİLEŞİMİNİN CÖZÜM YOLLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının iç hukuka etkisi denildiğinde öne çıkan ilk sorun; Ulusal hukuk-Uluslararası hukuk çatışmasıdır. Bu sorun tartışmalara neden olmuştur ve hala da olmaktadır.

Bu nedenle uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri konusuna da kısaca değinmekte yarar vardır.

A-Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yerine İlişkin Görüşler;

Bu konuda; Tekçi veya Birici (Monist) ve İkici (Dualist) görüş olmak üzere iki görüş vardır.

Birici görüşe göre “Dünyada var olan hukuk düzeni tek bir düzendir. Milletlerarası Hukuk ve iç hukuk düzenleri bir bütünün parçalarıdır. Bir iç hukuk kuralı ile bir milletlerarası hukuk kuralının

¹¹ (AIHM Başkanı Luzius Wildhaber'ın 25.4.2000 günü Ankara'da Anayasa Mahkemesindeki konuşması, Anayasa Yargısı 17, Sh.26

¹² (...L.Wildhaber, 28)

çatışması halinde, milletlerarası hukuk kuralı kendi ile çatışan iç hukuk kuralını ipso facto tedil eder veya ortadan kaldırır.”¹³

İkinci görüşe göre ise, “Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk bir konuda farklı ve bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir...Milletlerarası hukuk kuralı ile iç hukuk kuralları arasında gerçek anlamda bir çatışma olamaz. Bir hukuk düzenine ait kural hiçbir zaman kendiliğinden diğer düzende geçerli hale gelemez. Geçerli olması isteniyorsa, uygulanacak hukuk düzeninin kural koymaya yetkili organlarınca benimsenmesi ve o hukuk düzeninin hüküm haline getirilmesi gerekir. Bir Milletlerarası Hukuk Kuralının iç hukuk düzeninde uygulanması halinde de durum bu şekildedir. Milli mahkemeler iç hukuku uygular. Milletlerarası hukuk kurallarını uygulayabilmesi için bu kuralların iç hukuk kuralı haline dönüştürülmüş olması gerekir.”¹⁴

Bizim mevzuatımızın bu konudaki kuralı, Anayasamızın 90.maddesinin “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” diyen son fıkrasıdır.

Bu kuralın yorumu, dolayısıyla milletlerarası sözleşmelerin Türk Hukukundaki hiyerarşisi konusunda Türk Hukukçuları arasında görüş farklılıkları vardır.¹⁵ Ancak tebliğimizin konusu açısından bunun sadece böylece belirtmekle yetiniyoruz.

Fakat şu husus bir gerçektir ki, usulünce yürürlüğe konulan bir milletlerarası anlaşma, artık milli hukukun bir parçasıdır.

B-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Yansıtılması Konusundaki Düşünce ve Öneriler:

Kesin hüküm niteliğini almış yargı kararlarının Sözleşmeye aykırılığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile saptanması halinde, bu kararın iç hukukta yerine getirilmesi konusu sözleşen devletlerin karşısına önemli bir sorun olarak çıkmış ve bu nedenle de çeşitli düşünceler ortaya atılmıştır.

¹³ Tunç, 175)

¹⁴ Tunç, 174)

¹⁵ (Bu konuda geniş bilgi için Bak:Tunç, 175 vd; Ömer İzgi-Prof.Dr. Zafer Gören Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Yorumu-Ankara 2002 C:2 sh. 847 vd; Prof.Dr. Sait Güran Egemenlik Ulusundur. Üstünlük Anayasadadır, Anayasa Yargısı, sh.43 vd.

Bunlar "Yargılamanın Yenilenmesi", "Af", "Şartlı Salıverme", "Yazılı Emirle Bozma", "Tazminat Verme", "Karar Düzeltme" gibi önerilerdir. Yasada değişiklik yapılması da bir başka çözüm şeklidir.

Nitekim sözleşmecî devletlerden bir kısmı usul yasalarında değişiklikler yapmak suretiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen bir karara milli hukuk açısından geçerlilik ve yerine getirilebilirlik sağlama amacıyla, bu durumu, aykırılığı ortaya koyan kararın varlığını yargılamanın yenilenmesi nedeni kabul ederek, kesinleşen yargı kararının yeniden ele alınıp değerlendirilmesine imkan tanımışlardır.

Bizde de, bu sorunun, aşağıda genişçe inceleyeceğimiz yasal düzenleme getirilinceye kadar, genel ve üzerinde görüş birliği sağlanmış bir düşünce olarak, yargılamanın yenilenmesi yoluyla aşılabileceği önerilmiştir. Şöyle ki;

Dr.İur.Şeref Ünal, " Bazı durumlarda, eski halin iadesi, mahkemelerce yargılamanın yenilenmesi yolu ile sağlanabilir."¹⁶,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Yargıcı Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukuku üzerinde olabilecek etkisi, ceza davaları bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararının muhakemenin iadesi ya da karar düzelme nedeni olarak kabul edilmesidir."¹⁷, Doç.Dr.Emin Memiş, "Bir seçenek olarak, iade-i muhakeme düşünebilir; son mahkeme önünde bu yol tahrik edilebilir... Yargılamanın yenilenmesi için...usul kanunlarında bazı ülkelerin yaptığı gibi değişimler sağlanmalı ve Avrupa başvurusu sonucu karar farklı çıkarsa (iade-i muhakeme) yolu sebebi sayılarak yol açılmalı"¹⁸,

Prof.Feyyaz Gölcüklü ile A.Şeref Gözübüyük ise, "Hukukumuz bakımından, ulusal yargı kararı ile mahkemenin verdiği ihlal kararı arasında bir uyumsuzluk bulunması durumunda, mahkeme kararının uygulanmasını, (yasada değişiklik yapılarak) kararın düzeltilmesi ya da yargılamanın yenilenmesi nedeni (Olağanüstü kanun yolu) saymak olası yollardan biridir."¹⁹,

Yrd.Doç.Dr.Osman Doğru "Mahkemenin mali konulardaki hüküm fıkralarının yerine getirilmesi başvurucuyu her zaman tatmin

¹⁶ (Ünal, Sh.408)

¹⁷ (Anayasa Yargısı, sh.38)

¹⁸ (Anayasa Yargısı, 169, 170, 171)

¹⁹ (age, sh.126)

etmeyebilir. Bir ulusal mahkemenin kesin hükmü nedeniyle mağdur olan bir başvuru için tatmin edici tedbir, yargılamanın yenilenmesi (reopening of judicial proceedings) olabilir. Yargılamanın yenilenmesi, iç hukuk gerçeği ortaya çıkarma yeteneğine sahip bir adil yargılama yapılması veya sözleşmeye aykırı bulunmuş bir ulusal mahkeme hükmünün kaldırılması için yapılabilir.²⁰

Prof Dr.Aslan Gündüz, "Bazı kararların yerine getirilmesi için ya af kanunu çıkarılmalı, ya da milli düzeyde kararı veren mahkeme yeniden yargılama yoluna gitmelidir."²¹,

Prof Dr.Feridun Yenisey "Diğer bir teklif Avrupa Mahkemesinin verdiği karardan sonra muhakemenin iadesinin yolunun açılmasıdır. Bu teklif kısmen kabul edilebilir."²²,

Diyerek bu çözümü ortaya koymuşlardır.

IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK İÇ HUKUKUNDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

A-Genel Açıklama

Türkiye'mizin Avrupa Birliğine tam üye olmasının amaçlandığı hepimizin malumudur. Bu konudaki çalışmaların neler olduğu da yine bilinen bir gerçektir ve tüm ayrıntılarıyla Türkiye Ulusal Programı ile saptanmıştır.

Tam üyeliğe kabulümüzü hızlandıracak koşulların başında İnsan hakları ihlallerinin en aza indirilmesi geldiği gibi, ihlal kararlarının, bir başka deyimle insan hakları kararlarının icrası da ayrı ve başlı başına değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Konunun çözümü için de icra organı, kişisel yorumumuza göre yukarıda açıkladığımız sözleşen diğer ülkelerdeki uygulamalar ile

²⁰ Yrd.Doç.Dr.Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi, Anayasa-Yargısı 17, sh.200

²¹ Prof.Dr.Aslan Gündüz, İnsan Hakları ile ilgili uluslar arası sözleşmelerin kurduğu dencüm organları kararlarının hukukumuza etkileri, İnsan Hakları ve Yargı (sorunlar ve çözümler) TC.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Haziran 1998 sh.98

²² Kunter-Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Kitap 12.bası, İstanbul, 2002 sh.1211

Ülkemizdeki ğreti görüşlerinden esinlenerek “ Yargılamanın Yenilenmesi” ni öngörmüş ve bu nedenle bir dizi yasal düzenlemeye girmiştiir.

Bu yasal düzenlemeler uyum paketleri denilen tasarılarla TBMM'ne sunulmuştur.

Konumuz açısından düzenlemelere yer veren kanunlar 4771 ve 4793 sayılı “eşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”lardır. Doğrudan ilgili gibi görülme de, İdari Yargı açısından, Adli Yargıdaki düzenlemeye paralel hüküm getiren 4928 sayılı Kanuna da tebliğimizde yer vereceğiz.²³ Bu değişikliklerin nedeni olarak; anılan kanunların genel gerekçelerinde Anayasada bu konularda yapılan değişikliklere uyum sağlanması ve Avrupa Birliği Müktesebatının stlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı çerçevesinde yapılması gereken tedbirlerin alınması gerekliliğini vurgulayan genel bir ifadeye yer verilmiştir.

B-Adli Yargıdaki Düzenlemeler

1-4771 Sayılı eşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Yapılan Değişiklikler

a)HUMK.nda Yapılan Değişiklik

aa)Bu yasanın 6.maddesi ile HUMK.na 445.maddesinden sonra gelmek üzere 445/A maddesi eklenmiş; 448.maddesine de bir son fıkra ilave edilmiştir.

Kanunla getirilen 445/A maddesi ile 448 maddesine eklenen son fıkra aynen şöyledir:

MADDE 445/A. Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğruduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başısavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başıvuruda bulunan veya yasal tem-

²³ 4771 sayılı Kanun Resmi Gazete 9 Ağustos 2002- 24841 de; 4793 sayılı Kanun Resmi Gazete 4 Şubat 2003 – 25014 de; 4928 sayılı Kanun Resmi Gazete 19 Temmuz 2003 – 25173 de yayımlanmıştır.

silcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine, aksi halde, dosyanın davaya hakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.

**B) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 448 inci maddesi-
son fıkra olarak aşağıdaki hüküm eklenmiştir.**

445/A maddesi hükümleri saklıdır.

Madde; Adalet Komisyonunda, teklifteki şekliyle aynen kabul edilmiştir.

bb) Teklifte bu maddenin gerekçesi şöyle açıklanmıştır:

“Maddenin (A) fıkrasıyla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 445 inci maddesinden sonra gelmek üzere 445/A maddesi eklenerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, ulusal mahkemelerimiz tarafından kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan bir kararın İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin saptanması ve ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun anlaşılması hali, muhakemenin iadesi sebepleri arasına alınmıştır.

Öte yandan, maddede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararı üzerine mahkemenin iadesi talebinde bulunabilecekler ile bu talebin inceleme usulü de düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen ihlal kararları üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına yapılacak muhakemenin iadesi talebinin incelenmesi, işin önemi gözetilerek Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna bırakılmış ve başvuru da bulunma süresi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren hak düşürücü süre niteliğindeki bir yıla sınırlandırılmıştır. Bu süre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 44. maddesi anlamında kararın kesin nitelik kazandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya talep süresi içinde yapılmamış ise muhakemenin iadesi talebinin reddedileceği, Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmediği takdirde ise, dosyanın kararını veren mahkemeye gönderileceği belirtilmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun muhakemenin iadesi talebi konusundaki kararlarını duruşma yapmaksızın kesin olarak vereceği hükmü bağlanmıştır.

Maddenin (B) fıkrasıyla, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa eklenen 445/A maddesine uyum sağlamak amacıyla aynı Kanununu 448. madde-sine fıkra" eklenerek, söz konusu madde hükmü saklı tutulmuştur."

b)CMUK'nda Yapılan Değişiklikler

aa)Yasanın 7. maddesi ile CMUK'na 327. maddesinde sonra gelmek üzere 327/a maddesi eklenmiş, 325. maddesine de bir son fıkra getirilmiştir.

Madde aynen şöyledir:

MADDE 327/a-Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41 inci maddesine göre bükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan ve yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine aksi halde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine, duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.

B-Ceza Muhakeleri Usulü Kanunu'nun 335. maddesine son fıkra olarak aşağıdaki hüküm eklenmiştir.

327/a maddesi hükümleri saklıdır.

Madde; Adalet Komisyonunda teklifteki şekliyle aynen kabul edilmiştir.

bb)Teklifte bu maddenin gerekçesi şöyle açıklanmıştır.

"Maddenin (A) fıkrasıyla, hesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin saptanması ve ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından sözleşmenin 41 nci maddesine göre hükmedilmiş tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun anlaşılması hali, hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak hükmü bağlanmaktadır.

Öte yandan maddede, Avrupa Hakları Mahkemesinin ihlal kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilecekler ile bu istemin inceleme usulü de düzenlenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen karar üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına yapılacak yargılamanın yenilenmesi isteminin incelenmesi, işin önemi gözetilerek Yargıtay Ceza Genel Kuruluna bırakılmakta ve başvuruda bulunma süresi, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi kararının verilmesi tarihinden itibaren hak düşürücü süre niteliğindeki bir yıla sınırlandırılmaktadır. Bu süre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 44 üncü maddesi anlamında kararın kesin nitelik kazandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçlarının tazminatla giderilmiş olduğu veya istemin süresi içinde yapılmadığı tesbit edilirse yargılamanın yenilenmesi istemi reddedilecek; aksi halde, dosya hükmü veren mahkemeye gönderilecektir. Maddede ayrıca; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yargılamanın yenilenmesi istemi konusundaki bu kararlarının duruşma yapılmaksızın vereceği ve bu kararların kesin olacağı hükmüne yer verilmektedir.

Maddenin (B) fıkrası ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa eklenen 327/a maddesine uyum sağlamak amacıyla aynı Kanunun 325. maddesine fıkra eklenerek, söz konusu madde hükmü saklı tutulmuştur."

c)Yürürlükte İlgili Kurallar:

Kanunun Geçici 2.maddesi ile "Bu Kanunun 6 ve 7. maddeleri, bu maddelerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır." hükmü getirilmişti.

Kanunun yürürlükte ilgili 13. maddesinde ise "Bu Kanunun 6 ve 7. maddeleri, bu Kanunun yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer hükümlere yayımı tarihinde yürürlüğe girer." denilerek HUMK ile CMUK'na ekle-

nen 445/a ve 327/a maddeleri ile getirilen, muhakemenin iadesi istemlerinin uygulanması bir yıl sonraya bırakılmıştı.

Maddeler; Adalet Komisyonunca teklifteki şekli ile kabul edilmiştir.

d) Karşı Oylar

HUMK'nun 445/a ve CMUK'nun 327/a maddeleri ile ilgili olarak Anayasa Komisyonu raporuna: Milletvekilleri Mehmet Nacar, Şaban Kardeş, Mustafa Verkaya, Cahit Tekelioğlu, İsmail Çelik ve Mehmet Kundakçı müştereken;

Milletvekili Prof.Dr. Mustafa Kamalak ise müstailen;

Karşı oy yazmışlardır.

e) Bu Değişikliğin Değerlendirilmesi

Gerek HUMK'nun 445/A da gerekse CMUK 327/a da yapılan bu değişiklikler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş bir kararı ile saptanan ihlal nedeniyle:

İhlalin nitelik ve ağırlığı sözleşmenin 41.maddesine göre hükmedilen tazminatla giderilemeyecek mahiyette sonuçlar doğurduğunun anlaşılması halinde;

Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisinin,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl için Yargıtay Birinci Başkanlığından,

Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilecekleri,

Hükme bağlanmış;

Bu istemin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının hukuk veya ceza konusundaki bir ulusal mahkeme kararındaki ihlali tespit etmesine göre:

Yargıtay Hukuk veya Ceza Genel Kurullarınca incelenerek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin:

-Sonuçlarının tazminatla giderilmiş olması kanısına varılması veya,

-İstemin süresi içerisinde yapılmadığının belirlenmesi,

Hallerinde reddine karar verileceği;

Başvurunun süresinde olduğu ve ihlalin hükmedilmiş tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu kanısına varılması halinde ise, dosyanın davaya yani yargılamanın yenilenmesine ilişkin talebe bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine, duruşma yapmaksızın evrak üzerinde karar verileceği,

Öngörülmüştü.

Görüldüğü üzere, değişiklikle iade-i muhakeme isteminin koşulları, başvuru mercii ve inceleme usulü özel bir prosedüre bağlanmıştır.

2-4793 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun İle Yapılan Değişiklikler

a) HUMK.nda yapılan değişiklikler

aa) Bu yasanın 1. maddesi ile HUMK.nun 445 maddesinin 1.fikrasına 11 bent olarak:

“11-Hükümün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.”

Hükmü,

2.maddesi ile de yine HUMK.nun 447.maddesine üçüncü fıkra olarak;

“445. maddenin birinci fıkrasının 11 inci bendinde yazılı sebepten dolayı iade-i muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır.”

Hükmü eklenmiştir.

bb)Maddenin Adalet Komisyonu Raporundaki gerekçesi şöyledir:

“Tasarının çerçeve 1.maddesi, HUMK.nun 445/A maddesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen ihlal kararlarının iade-i muhakeme sebebi sayılması amacıyla değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Usul bakımından diğer iade-i muhakeme sebepleriyle farklılık oluşturmamak amacıyla Komisyonumuz bu değişikliğin 445/A maddesinde değil, 445 inci maddenin birinci fıkrasına bir bent ilavesi ile yapılmasını uygun görmüş ve Tasarının çerçeve 1 inci maddesini metinden çıkararak yerine 445 inci maddenin birinci

fıkrasına, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olmasını, iade-i muhakeme sebepleri arasına sokmak amacıyla 445 inci maddeye 11 numaralı bent ekleyen yeni bir maddeyi çerçeve 1 inci madde olarak kabul etmiştir.

Tasarının çerçeve 1 inci maddesi yeniden düzenlenerek, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445 inci maddesine 11 numaralı bent eklendiğinden bu değişikliğin sonucu olarak, bu iade-i muhakeme sebebi için başvuru süresini düzenlemek gerektiğinden süreye ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 447 nci maddesine bir fıkra eklemek amacıyla Komisyonumuz Tasarıya çerçeve 2 nci madde ilave etmiştir.”

cc) Çünkü Madde Hükümet Tasarısında şu şekilde öngörülmüştü:

MADDE 1. -18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445/A maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 445/A. –Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, istem süresi içinde yapılmamış ise reddine, aksi halde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.”

dd) Maddenin Hükümet gerekçesi ise şu şekildeydi:

“Mevcut düzenlemede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında muhakemenin iadesine gidebilmek için “başvurunun tazminatla giderilmeyecek sonuçlar doğurduğundan anlaşılması” şartı bulunmaktadır. Bu düzenleme muhakemenin iadesi yolunun fiilen uygulanamamasına sebep olabilecek niteliktedir. Maddeyle, kanunun amaca ilişkin yorumuyla, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi kararları bakımından muhakemenin iadesi yoluna gidilmesinin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır.

Ancak maddede Adalet Komisyonunda, yukarıda aynen alınan gerekçe nedeniyle yukarıda (aa) bölümünde yazılı şekle dönüştürülmüş, Genel Kurulda da bu komisyon metni aynen kabul edilmiştir.

b) CMUK'nda Yapılan Değişiklikler

aa) Bu Yasanın 3. maddesi ile CMUK'nun 327. maddesine 6. bent olarak:

“6-Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.”

Hükmü eklenmiştir.

bb) Maddenin Adalet Komisyonu Raporundaki gerekçesi şöyledir:

“Tasarının çerçeve 2.maddesiyle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327/a maddesinin değiştirilmesi öngörülmekte ve bu değişiklikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bakımından muhakemenin iadesi yoluna gidilmesinin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır. Tasarıya eklenen çerçeve 1 ve 2. maddelerde yapılan düzenlemelere paralel bir düzenleme yapmak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen ihlal kararlarının muhakemenin iadesi sebebi sayılması amacıyla yapılması düşünülen değişiklikle usul bakımından muhakemenin iadesi ile ilgili diğer sebeplerle farklılık oluşturmamak amacıyla Komisyonumuz, Tasarının çerçeve 2. maddesini metinden çıkararak yerine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327. maddesinin birinci fıkrasına 6 numaralı bent ekleyen yeni bir çerçeve madde düzenlenmiş ve çerçeve 3. madde olarak kabul edilmiştir”

cc) Çünkü Madde Hükümet Tasarısında şu şekilde öngörülmüştür:

MADDE 2-4/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327/a maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Madde 327/a – Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığı, Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi halde, dosyanın davaya bakması için karar veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapılmaksızın kesin olarak karar verir."

dd)Maddenin Hükümet gerekçesi ise şu şekildeydi:

MADDE 2- Mevcut düzenlemede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında muhakemenin iadesine gidebilmek için "başvurunun tazminatla giderilmeyecek sonuçlar doğurduğundan anlaşılması" şartı bulunmaktadır. Bu düzenleme muhakemenin iadesi yolunun fiilen uygulanamamasına sebep olabilecek niteliktedir. Maddeyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445/A maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, amaca ilişkin yorumla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bakımından muhakemenin iadesi yoluna gidilmesinin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır.

Ancak, maddede Adalet Komisyonunda yukarıya aynen alınan gerekçe ile yukarıda (aa) bölümünde yazılı şekle dönüştürülmüş Genel Kurulda da bu komisyon metni aynen kabul edilmiştir.

c)Kanunun TBMM Genel Kurulu'nda Görüşülmesi Sırasında İade-i Muhakeme ile İlgili Maddelerin Adalet Komisyonunda Değiştirilmesine İlişkin Olarak Yapılan Açıklamalar.

Genel Kurul'daki görüşmeler sırasında da Komisyondaki değişiklik nedenleri Milletvekillerce şöyle açıklanmıştır:

CHP Grubu adına konuşan Adana Milletvekili Mehmet Ziya Yergök;

Hükümet tasarındaki düzenlemede Avrupa insan Hakları Mahkemesindeki kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunulacağı ve bu istemin, hukuk davaları yönünden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'unca, Ceza Davaları yönünden ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca inceleneceği, istem, süresi içinde yapılmamış ise reddine, aksi halde dosyanın, davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verileceği biçimindeydi.

Adalet Komisyonumuzun kabul ettiği metin çok daha isabetlidir; zira, Yargıtay'ımızın bilinen iş yoğunluğu karşısında üstelikte salt süre yönünden yapılacak bir inceleme için Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nu ve Yargıtay

Ceza Kurulu'nu meşgul etmenin doğru ve mantıklı tarafı bulunmamaktaydı. Şimdiki düzenleme, yani Adalet Komisyonunun kabul ettiği metin çok daha yerinde olmuştur"

.....

Yapılan düzenlemenin Anayasa aykırı bir yönü de bulunmamaktadır; Bu nedenle Adalet Komisyonunca kabul edilen şekli ile yapılan düzenlemeyi desteklediğimizi belirtir"im.

AK Parti Grubu adına konuşan Kastamonu Milletvekili Hakkı Köylü;

Değerli Milletvekilleri, tasarı, komisyonunuza geldiğinde, iade-i muhakeme sürecini başlatmak için, kararın, önce Yargıtay Birinci Başkanlığına gitmesi gerekiyordu, ardından Hukuk Genel Kuruluna ve ilgisine göre de Ceza Genel Kuruluna gönderilecek ve burada süreye bakılacak, şayet süre geçirilmişse, doğrudan mahkemesine gönderilecekti. Biz, komisyonda, Yargıtay Başkanlığının ve Ceza Genel Kurulu ile Hukuk Genel Kurulu'nun bu konularla meşgul edilmemesini düşünerek doğrudan ilgili mahkemesine gelmesini görüştük ve komisyonumuzda bu şekilde kabul etti."

CHP grubu adına konuşan Malatya Milletvekili Muharrem Kılıç;

Maddenin bu şekilde düzenlenmiş olması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki muhakemenin iadesi uygulamasının dışında yeni bir uygulama getirdiğinden ve ayrıca, Yargıtay Birinci Başkanlığı ile istisnai durumlarda toplanan ve içtihat oluşturan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunu fuzulen, sadece süre yönünden inceleme yapmak üzere meşgul edeceğinden, bu düzenleme Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmemiştir. Bunun yerine, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. maddesine 11. bent eklenerek yeni bir düzenleme yapılmıştır. Gerek şahsın ve gerekse Cumhuriyet Halk Partisi grubu olarak tasarının Adalet Komisyonundan geçen hali ile düzenlenmesini kabul ediyoruz ve düzenlemeye olumlu kullanacağız."

Demişlerdir.

d)Yürürlükten Kaldırılan Maddeler:

Kanunun 5.maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Usulü Muhakemeleri Kanununda yapılan bu son değişiklik karşısında 4771 Sayılı Kanunla getirilmiş ve hiç uygulanma olanağı bulunmamış olan HUMK'nun 445/A ve 448. maddesinin son fıkrası ile CMUK'nun 327/a ve 335. maddesinin son fıkrası, 4771 sayılı Kanunun Geçici 2.maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

e)Yürürlükle İlgili Kural:

- Kanuna eklenen "Geçici Madde 1" ile

"Bu Kanunun 1 ve 3 üncü maddeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır."

Hükmü getirilmiş,

- 6. madde ile de, Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hükmü bağlanmış. Kanun 4 Şubat 2003 tarih ve 25014 sayılı Resmî Gazetede yayınlamış olduğundan yürürlük tarihi 4.2.2003 olmuştur.

Görüldüğü üzere geçici madde 1 ile, yürürlük yönünden ikili bir uygulama öngörülmüştür.

Birinci hal, bu Kanunun, yani 4793 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra AİHM'nin kesinleşmiş kararları için muhakemenin iadesi istenilebileceğinde bir tereddüt olamaz.

İkinci hal ise; bu Kanununun yürürlüğe girmesinden önce verilip kesinleşmiş olan AİHM kararları için muhakemenin yenilenmesi istemleri 4.2.2003'ten itibaren bir yıl içinde yapılabilecektir. Hüküm, bir geçiş kuralı olarak düşünülüp yasaya konulmuştur.

f) Karşı Oylar:

4793 Sayılı Kanunla HUMK. ve CMUK.nda yapılan bu değişiklik ile ilgili olarak Anayasa Komisyonu Raporuna Kahramanmaraş Milletvekili Mehmet Yılmazcan; ve Niğde Milletvekili Orhan Eraslan,

Karşı oy yazmışlardır.

g-Bu Değişikliğin Değerlendirilmesi

Hükümet Tasarısında, 4771 Sayılı Kanunla HUMK'nun 445/A ve CMUK'un 327/a maddelerindeki;

“İhlalin niteliği ve ağırlığı bakımından sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun anlaşılması”

Koşulu kaldırılıyor ve başvuruyu kimlerin yapacağı, nereye yapılacağı ve inceleme usulü eskisi gibi bırakılıyordu.

Ancak, madde Adalet Komisyonunda tamamen değiştirilerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile ihlalin tesbiti keyfiyeti Hukuk ve Ceza Usullerinin muhakemenin iadesi bölümlerine birer yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak eklenmesi şekline dönüştürülerek, her yönden ilgili kanunların iadei muhakeme koşullarına tabi kılınmıştır.

Değişikliklerin bu hali ile son şekillerinin ayrıntılı incelemesi konumuzu teşkil ettiğinden ileride ayrı bir bölüm halinde yazılacaktır.

3-TBMM’nde Bulunan Tasarılarda Durum

a)HUMK.Tasarısında Durum

29.1.2003 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan ve istinaf yolunun öngörülmesi nedeniyle gerek duyulan, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısında, yargılamanın iadesine ilişkin maddede herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir.

b)CMUK.Tasarısında Durum

7.3.2003 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı”nda “Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri”karar başlıklı 346.maddenin 6.bendi olarak; şu anda yürürlükteki 327.maddeye tam uygun şekilde:

“Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.”

Hükmüne yer verilmiştir.

C-4928 Sayılı Kanunla İdari Yargıda Yapılan Düzenleme

1- Genel Açıklama

Her ne kadar sempozyumun konusu “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı” olmasına, tebliğimizin de Adli Yargıya yönelik bulunmasına karşın bu konudaki tüm mevzuatın bilinmesi açısından 4928 sayılı Kanunla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda bu konuda yapılan yasal düzenlemeye de kısaca değinmekte yarar görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararlarına karşı ihlalin giderilmesi için Adli Yargı bakımından gerekli düzeltme ve yasal düzenlemeler yapılırken İdari Yargı ihlalleri için bir çözüm düşünülmemiştir.

47293 sayılı Kanunla HUMK.nun CMUK.nda yargılamanın yenilenmesi konusunda düzenleme yapılırken, yasanın TBMM Genel kurulunda görüşülmesi sırasında;

Konya Milletvekili Atilla Kart söz alarak:

Siz, yargılama usulünün üç temel ayağından birisini teşkil eden İdari Yargılama Usulü Yasasını, bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve sözleşmeleri süreci dışına çıkardığınız zaman, orada hukuk devleti yapılanmasında ciddi bir eksiklik var demektir. Bu sebeple, hukuk bütünlüğüne ve tutarlılığına bu yönleriyle aykırı olan bu düzenlemeden duyduğum endişeyi ve kaygıyı önemle belirtmek istiyorum. Ümit ve temenni ederim ki Hükümet, bu konudaki eksikliği en kısa zamanda giderir ve gerekli olan yasal düzenlemeyi yapar.

Tasarıya bu ihtirazı kayıtlı kabul oyu vereceğimi beyan ediyorum”

Diyerek sorunu İdari yargılama açısından gündeme getirmiş olmasına karşın konu üzerinde durulmamıştır.

2- 4928 Sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun İle Yapılan Düzenleme”

a) Yapılan Değişiklik

aa) Bu yasanın 6. maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasına (ı) bendi olarak:

“Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin,

Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması”

Hükmü eklenmiş;

(3) numaralı fıkrasının 1. cümlesi de;

“Yargılamanın Yenilenmesi süresi, (1) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için 10 yıl, (1) numaralı fıkranın (i) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl ve diğer sebepler için 60 gündür.”

Şeklinde değiştirilmiştir.

Madde tasarısındaki şekli ile kanunlaşmıştır.

bb) Tasarının madde gerekçesi şöyledir:

“23.1.2003 Tarihli ve 4793 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Ceza Muhakemeleri Kanununun da ve Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununda değişiklikler yapılmak suretiyle İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin eki ve protokollerin ihlali, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir.

Madde ile, 4793 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemelere paralel olarak, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair sözleşmenin ve eki protokollerin ihlali, idari yargı alanında bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir.”

b) Yürürlükle İlgili Kural:

Kanunun 7. maddesi ile 2577 sayılı Kanuna;

“GEÇİCİ MADDE 5.- 53. maddenin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş Kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.”

Hükmü eklenerek yürürlük konusu kurala bağlanmıştır.

-22. madde ile de Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. Kanun, 19 Temmuz 2003 tarihli ve 25173 sayılı

Resmi gazetede yayımlandığından yürürlük tarihi 19.7.2003 olmuştur.

Burada da Geçici Madde 5 ile HUMK ile CMUK.ndaki iade-i muhakeme hükümlerinin uygulanabilmesi için öngörüldüğü üzere ikili bir uygulamaya yer verilmiştir.

Birinci hal; Bu Kanunun 4928 sayılı yürürlüğe girmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları için muhakemenin iadesi istenebileceğinde bir tereddüt olamaz.

İkinci hal ise; bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce verilen ve kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için muhakemenin yenilenmesi istemleri 19.7.2003 ten itibaren bir yıl içinde yapılabilecektir. Hüküm bir geçiş kuralı olarak düşünülüp yasaya konulmuştur.

V- BİR USUL KURUMU OLARAK YARGILAMANIN YENİLENMESİ

A-Genel Açıklama

Yargılamanın iadesi bir usul hukuku kurumudur.

Hukuk yargılaması bakımından HUMK. 445 ila 454 maddelerinde "İade-i Muhakeme" başlığı altında bu kurumu düzenlemiştir.

Ceza yargılaması yönünden ise, CMUK.un 327 ila 343 maddelerinde "Muhakemenin İadesi ve Yazılı Emir" başlığı altında hükme bağlanmıştır. 343. madde "Yazılı Emir İle Bozma"yı öngördüğünden konumuz dışında tutulacaktır.

Bu kurum öğretide kesin hükümlere karşı başvuru olan bir yol olarak ifade edilmektedir.

Kesin hüküm en basit tanımı ile bir yargı kararının "Yerine Getirilebilir" hali almasıdır. Böyle bir davaya artık yeniden bakılamaz. Kural bu olmakla birlikte:

"Yargılamanın iadesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan fevkalade (Olağanüstü) bir kanun yoludur."²⁴

²⁴ Prof.Dr.Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulu, 6.baskı, Cilt 1, sh.5165

“Ortaya çıkan yeni olgu ve delillerle daha önce ulaşıldığı sanılan adaletin temellerin sarsıldığı durumlarda, bu kesin hükmün ortadan kaldırılması ve yargılamayı yeniden yapma girişiminde bulunulması, yargılamanın yenilenmesi adli bir yasa yolunun doğmasını sağlamıştır.”²⁵

Gerekçeleri ile hem hukuk, hem de ceza yargılamasında bu kurumun öngörüldüğü açık ve tartışmasız bir gerçektir.

B- HUMK.nda İdaei Muhakeme

1-İade-i Muhakeme Nedenleri:

HUMK. 445. maddesi ile 4793 Sayılı Kanunla yapılan son değişikliğe kadar on bent halinde iade-i muhakeme nedenleri saptamıştır. Anılan yasayla maddeye 11. bent olarak konumuza ilişkin;

“Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya iki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması”

İade-i Muhakeme sebebi olarak eklenmiştir. Bu sebeplerin tahdidi olduğu kabul edilir.²⁶

2-İade-i Muhakeme İsteyebilecekler:

Muhakemenin iadesini “Ancak davanın (kesin hükmün) tarafları (ve halefleri) başvurabilir. Tarafların dışındaki kişiler kural olarak hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulamaz.”²⁷

Ancak HUMK.nun 446.maddesi ile tarafların alacakları ile haleflerini de iade-i muhakeme isteme hakkı tanınmıştır. Bunun koşulu da “Hüküm aleyhine olan tarafın haleflerin ve alacaklılarına zarar vermek için, hükmün (davanın) taraflarının anlaşarak hile ile o taraf aleyhine hüküm verilmesini sağlamış olmalarıdır.”²⁸

3-İade-i Muhakeme İsteme Süresi:

Usul Kanunu her nedeni için çeşitli isteme sırası saptamış bulunmaktadır. (HUMK.nun m.445/2, 447)

Konumuzu teşkil eden 11 bent için öngörülen süre Avrupa İn-

²⁵ Prof.Dr.Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2.Bası, 3.Cilt. Sh.314

²⁶ Prof.Dr.Baki Kuru, a.g.e, sh.571

²⁷ Prof.Dr.Baki Kuru, a.g.e, sh.5237

²⁸ Prof.Dr.Baki Kuru, a.g.e, sh.5239

san Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır. (HUMK.nun 447/3 m.)

Bu sürelerin niteliği, hak düşürücü süre oluşlarıdır.²⁹

4-İade-i Muhakeme İstemini İnceleme Usulü ve Sonuçlandırılması:

Usul Kanunumuzun 449.maddesine göre, istem bir davadır; 448.maddesi uyarınca bu dava iade-i muhakemeye konu edilen hüküm veren mahkemeye açılır ve bu mahkemece incelenip sonuçlandırılır.

Mahkeme incelemesini duruşma yaparak yerine getirir.

Mahkemenin ilk inceleyeceği husus, isteme ilişkin davanın **dinlenebilirlik koşuludur**. (HUMK 450 m.) Bu koşulu mahkeme resen inceleyecektir. Eğer dinlenebilirliği kabul ederse esasa girerek dayanan nedenin doğru olup olmadığını araştıracaktır.

Sonuçta, 450. madde uyarınca bu nedenin doğru olduğu kanısına ulaşırsa, iade-i muhakeme istemini kabul edecek ve asıl dava hakkında yeni bir hüküm kuracaktır.

Ancak, burada 450. maddenin 2.fıkrası üzerinde durmak gerekir. Şöyle ki;

“Yargılamanın iadesi talebinin HUMK’nun 445. maddesinin 1-7. bentlerinde yazılı sebeplerden birine dayanılması halinde yargılamanın iadesi talebini kabul eden mahkeme, (başkaca tahkikat yapmadan) hükmün iptali ile yetinemez. Mahkemenin doğru olduğunu kabul ettiği yargılamanın iadesi sebebi gereğince, yeniden tahkikat (yargılama) yaparak, belirlenecek hale göre bir karar vermesi gerekir.”³⁰

“Yargılamanın iadesi talebinin HUMK’nun 445. maddesinin 8, 9 ve 10. bentlerinden birine dayanılması halinde, yargılamanın iadesi talebini (ikinci aşamada) kabul eden mahkeme, başkaca tahkikat yapmadan, hakkında yargılamanın iadesi istenen hükmün iptaline karar verir.”³¹

²⁹ Prof.Dr.Baki Kuru, a.g.c, sh.5243

³⁰ Prof.Dr.Baki Kuru, a.g.c. sh.5257

³¹ Prof.Dr.Baki Kuru, a.g.c. sh.5260

C-CUMK'nda İade-i Muhakeme

1-İade-i Muhakeme Nedenleri:

CMUK; 327. maddesi ile, 4793 sayılı Kanunla yapılan son deği-
şikliğe kadar "Mahkemenin lehine muhakemenin iadesi sebepleri"ni
5 bent halinde saptamıştı. Anılan yasa ile maddeye 6. bent olarak
konumuza ilişkin:

"Ceza hükmünün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma-
ya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği-
nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile tespit
edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde iste-
nebilir."

Hükme eklenmiş ve bu durum bir iade-i muhakeme sebebi ola-
rak kabul edilmiştir.

CMUK.un 30.maddesi "Mahkemenin aleyhine muhakemenin
iadesi sebepleri"ni saptamış ise de, bu husus konumuz dışında kaldı-
ğından değinilmekle yetinilmesi uygun görülmüştür.

2-İade-i Muhakeme İsteyebilecekler:

"Muhakemenin yenilenmesi isteminde kimlerin bulunabileceğini
CMUK. Topluca göstermiş değildir. Olağan denetim mahkemesine
başvurabilenler, yani Savcı, Sanık (m.289 CMUK.) müdafii (m.290
CMUK.) kanuni temsilci veya eşlerden birisi (m.291 CMUK.), şahsi
davacı (m.330.CMUK.) ve müdahil ile şayet mahkum olmuş ise, ola-
nın karısı veya kocası, usulü furuu veya erkek veya kızkardeşleri mu-
hakemenin yenilenmesi isteminde bulunabileceklerdir. (m.329
CMUK.)³²

3-İade-i Muhakeme İsteme Süresi:

Muhakemenin yenilenmesi istemi genel kural olarak bir süreye
bağlı değildir.³³ "Esasen bir müddet koymak makul değildir. Zira
hatanın ne zaman anlaşılacağını evelden tahmin imkansızdır."³⁴

³² Prof.Dr.Babri Öztürk, Yrd.Doç.Dr.Mustafa R.Erdem, Yrd.Doç.Dr.Veli Özer Özbek;
Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.bası, Ankara 2000, sb.798 de 987 para-
graf

³³ Prof.Dr.Bahri Öztürk, a.g.c, sb.782

Ancak konumuz bakımından; diğer yargılamanın iadesi nedenlerinden farklı bir özellik arz etmesi dikkate alınmış olacak ki, kanun koyucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nedeni ile muhakemenin iadesini, kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebileceği hükmünü getirmiştir.

4-İfade-i Muhakeme İstemini İnceleme Usulü ve Sonuçlandırılması:

Muhakemenin iadesi istemi, hükmüne itiraz olunan mahkemeye yapılır. (CMUK.335.m)

İstemde bulunurken, istemin "Kanuni Sebeplerini" göstermek ve "Sübut Delillerini" de eklemek gerekir. (CMUK.334.m)

İstemde bulunulması hükmün icrasını tehir etmez. (CMUK.338.m)

Yukarıda da değindiğimiz üzere "Yargılamanın yenilenmesini istemek için yasada açıklanmış bulunan (m.327, 330) nedenlerden birinin gerçekleşmiş olması şarttır. Ancak, böyle bir neden ortaya çıkmış olmasına rağmen yasanın aynı maddesi içinde cezanın değiştirilmesi amacı ile yargılamanın yenilenmesi istemeyi yasa engellemiştir. (m.331) Buna göre sanığa yükletilmiş olan eylem ve bunun niteliği, aynı kaldıkça yalnızca daha önce verilmiş olan cezayı indirme ya da artırma amacına yönelik yargılamanın yenilenmesini istemek mümkün değildir."³⁵

Muhakemenin yenilenmesi istemiyle dava açılınca, mahkeme öncelikle bu istemin kabule şayan olup olmadığını inceleyip, bu konuda duruşma yapmaksızın bir karar verecektir. (CMUK.335)

Bu incelemeyi yaparken mahkeme; iade-i muhakeme davasını CMUK.unda öngörülen şekilde açılıp açılmadığı kanuni nedenlerin ve delillerin gösterilip gösterilmediği hususları üzerinde duracak ve ona göre sonuca gidecek ve bunlar yapılmamışsa yargılamanın iadesi istemini "Kabule şayan olmadığından" reddedecektir. Bu hususların yerine getirildiğini saptarsa istemi "Kabule şayan olduğuna" karar vererek, bu kabul kararını karşı tarafa duyuracaktır. (CMUK.336.)

³⁴ Prof.Dr.Faruk Eren, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1968, sh.622 de 396 paragraf

³⁵ Yurtcan a.g.e, sh.329

Kabul kararı veren mahkeme "icabında delillerin toplanmasını ve bir naibe veya istinabe hakimine havale" edecektir. Delillerin toplanması bittikten sonra Cumhuriyet Savcısı ve sanık tayin edilecek mehil içinde mütalaa ve mülahazalarını beyana davet edilecektir. (CMUK.337.)

Yargılamanın yenilenmesi isteminde gösterilen iddialar yeteri derecede teeyyüt etmez veya sahte belgenin, tanığın yalan beyanının veya bilirkişinin yalan mütalaaasının son kararı etkilememiş olduğunun anlaşılması durumunda; muhakemenin iadesi talebi esassız olması noktasından duruşma yapılmaksızın reddedilir.

Aksi halde ise mahkeme muhakemenin iadesine ve yeniden duruşma cezasına karar verir. (CMUK. 338.)

Mahkum vefat etmişse mahkeme yeniden duruşma yapmaksızın ve fakat icabında gereken delilleri topladıktan sonra ya mahkumun beraatine veya muhakemenin iadesinin reddine karar verir. (CMUK 339 m.)

Son hallerde de mahkeme bu hususta kafi delil varsa yine duruşma yapmaksızın mahkumun derhal beraatine karar verir. Ancak takibat kamu davasının açılması suretiyle vukuu bulmuşsa beraat kararı ancak Cumhuriyet Savcısının uygun mütalaaı ile verilebilir. (CMUK. 339 m.)

"Muhakemenin yenilenmesi, muhakemesinde duruşma yapılmış ise, bunun sonunda mahkeme, CMUK'un ifadesi ile ya evvelki hüküm tasdik eder (muhakemenin yenilenmesi isteminin esastan reddi kararı) veya iptal ile dava hakkında yeni baştan hüküm verir. (son kararın yenilenmesi) (m.341 CMUK)³⁶

"Muhakemenin yenilenmesi duruşma neticesinde verilen son kararlar temyiz edilebilir"³⁷

"İstemin kabule şayan olup olmadığı konusundaki değerlendirilmede ikame olunan vakıa ve delillerin önceden ileri sürülmemiş ve tamamen yeni nitelikte olması aranmakta; muhakemenin değişik aşamalarında ileri sürülmüş, fakat samimiyetsiz bulunarak reddedilmiş iddiaların "muhakemenin iadesi"ne konu yapılamayacağı ve bu

³⁶ Prof.Dr.Bahri Öztürk, a.g.e. sh.799'da 993. paragraf

³⁷ Prof.Dr.Bahri Öztürk, a.g.e. sh.800'da 996. paragraf

nedenle de duruşma açılmayacağı, Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.³⁸

VI. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ ADLİ YARGIDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUYLA İNCELENMESİ

Bu bölümde bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı nedeniyle yapılacak yargılamanın iadesi talebinin koşullarını irdeleme ve saptamaya çalışacağız.

A-Genel Açıklama

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul eden 4771 sayılı Kanun ile gerek HUMK.nuna gerekse CMUK.na getirilen ek maddelerde (HUMK. 445/A, CMUK.327/a) iadei muhakeme isteyebilmek için; hukukta ve cezada:

“Bir kararın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşenin ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa”

Muhakemenin iadesi isteminde bulunabileceği öngörülmüştü. Bu nedenle 4771 sayılı yasa anlamında yargılamanın yenilenmesi için bu iki koşulun varlığını aramak zorunlu idi. İsteyebilecekler teker teker sayılmış ve inceleme usulü de Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarına bırakılmıştı.

Ancak bu hükümler yukarıda etraflıca açıklandığı üzere uygulama olanağı bulmadan 4793 sayılı Kanunla kaldırılmış ve bu kez Hükümet Tasarısında 445/A, 327/a maddeleri olarak Hukukta ve Cezada daha önceki yasada öngörülen “ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa.” Cümlesi kaldırılmak suretiyle yargılamanın iadesi istenebileceği hükmüne yer verilmişti.

³⁸ Prof.Dr.Bahri Öztürk, a.g.c. sh.7969'da dipnot 119'dan naklen Yargıtay 1.Ceza Dairesi 10.10.1994 Tarih, 3258/3185, YKD Ocak 1995, s.105 vd

Başvurabilecekler yine birer birer sayılmış ve inceleme usulü de yine Yargıtay hukuk ve Ceza Genel Kurullarına bırakılmıştı.“

Başvurunun tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun anlaşılması” şartının kaldırılış nedeni ve Hükümet Gerekçesinde:

“Bu düzenleme muhakemenin iadesi yolunun fiilen uygulanamamasına sebep olabilecek niteliktedir. Madde ile, kanunun amaca ilişkin yorumu ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bakımından muhakemenin iadesi yoluna gidilmesinin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır. “

Şeklinde açıklanmıştı.

Böylece Hükümet Tasarısında yargılamanın yenilenmesi için bir özel şarta yer verilmemiş oluyordu. Ama isteyebilecekler ve inceleme usulü için özel kuralları yer vermeye devam ediliyordu.

Fakat Adalet Komisyonu:

“Usul bakımından diğer iadei muhakeme sebepleriyle farklılık oluşturmamak amacıyla” bu değişikliğin HUMK’nun 445. maddesi ile CMUK’nun 327. maddesine birer bent eklemek suretiyle düzenlenmesini öngörerek Hükümet Tasarısından ayrılmış, maddeler TBMM Genel Kurulu’nda Komisyondaki şekliyle kabul edilmiştir.

Bu durumda, gerek hukukta gerek cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için yargılamanın yenilenmesi istemleri, HUMK ile CMUK’nun genel anlamda yargılamanın iadesi için öngördüğü usul ve esaslara tabi kılınmıştır.

Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının inceleme yetkisinin kaldırılışı da konuşmacılarınca Yargıtay’ın yoğunluğu gerekçesine dayandırılmıştır.

B-İstem Tabi Olduğu İnceleme Usulü, Koşulları ve Sonuçlandırılması:

1-İnceleme Usulü

Az önce de belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nedeni ile yargılamanın yenilenmesi istemleri, kararın mahiyetine göre hukuk veya ceza usul kanunlarının, muhakemenin iadesi için öngördükleri düzenlemelere tabi kılınmıştır. Onun içindir ki, böyle bir istem HUMK veya CMUK’un iadei muhakemeye ilişkin olarak koydukları kurallara göre incelenip sonuçlandırılacaktır. (HUMK: 445-454. maddeleri; CMUK: 327-342 maddeleri)

Bu düzenlemeler "bir usul kurumu olarak yargılamanın yenilenmesi" bölümünde ana hatları ile açıklandığından, burada, o bölüme göndermede bulunmakla yetinmekle birlikte, inceleme konumuz açısından özellik arz eden hususlara aşağıda tekrar değinme gereği duyuyoruz.

2-Başvuruda Bulunacaklar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı nedeniyle yargılamanın yenilenmesini isteme hakkı hukukta ve cezada genel kural olarak bu kararın davacısına aittir.

Burada HUMK'nun 445/11'e göre istemde bulunulması durumunda aynı Kanununun 446. maddesinde sayılan kişilerin böyle bir istemde bulunmaları isteminin mahiyeti icabı düşünülemez.

CMUK.nun 327/6'ya dayalı istemde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının davacısının yanı sıra, müdafii ve duruma göre kanuni temsilci veya eşlerden birisinin de istemde bulunması mümkündür.³⁹

3-Başvuru Mercii Süresi ve Şekli

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı nedeniyle yargılamanın yenilenmesi istemi hukuk ve cezada iadei muhakemeye konu edilen kararı veren mahkemeye yapılacaktır ve bu mahkemece görülüp sonuçlandırılacaktır.⁴⁰

HUMK.nun 445/11 maddesi ile CMUK.327/6 maddesi yargılamanın yenilenmesi isteminin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılmasını öngörmektedir.

Daha öncede açıkladığımız üzere⁴¹ 4793 sayılı Kanunla yapılan bu değişikliklerden sonra kesinleşecek kararlar için, yargılamanın yenilenmesi bu kesinleşmeyi izleyen bir yıl içinde yapılacaktır.

Bu değişikliklerin yapılmasından önce verilip kesinleşmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için ise, yasa bir geçiş hükmü koyarak, yürürlük tarihi olan 4.2.2003 ten itibaren bir yıl içinde is-

³⁹ Bak. V-C-2

⁴⁰ Bak:V-B-4; V-C-4

⁴¹ Bak:IV-B-2-e

temde bulunulabileceğini öngörmüştür. Yani eskiden verilmiş kararlar yönünden 4.3.2004'e kadar yargılamanın yenilenmesi istenmelidir.

Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kesinleşmesi nasıl olacaktır sorusuna cevap vermek gerekir.

Yargılamanın yenilenmesine konu karar bir Daire kararı ise Sözleşmenin 44. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca:

“a) Tarafların davanın büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan etmelerini veya

b) Karardan sonra üç ay içerisinde davanın büyük Daireye gönderilmesi istenilmezse veya

c) Kurulun, 43. maddede öngörülen istemi reddetmesi durumunda kesinleşir ve kesin karar yayınlanır.

Sözleşmenin 44/1 maddesine göre ise büyük Daire kararları kesindir ve yayınlanır.

“Kesinleşmiş kararlara karşı üst başvuru yeri (Olağanüstü kanun yolu) yoktur.”⁴²

Burada şunu belirtmekte yarar vardır: “Kesinleşmiş mahkeme kararlarının bağlayıcılığı nisbidir; yalnız dava konusu ve davanın tarafları ile sınırlıdır. Aynı durumda olan başkaları mahkemenin kesin hüküm niteliğini kazanmış olan bu karardan hukuken sonuç doğurur şekilde, yani somut surette yararlanamazlar.”⁴³

Yargılamanın yenilenmesini isteyen, bu talebini bir dilekçe ile yapacaktır ve dilekçesinde özellikle yargılamanın yenilenmesi istemini gerektiren nedeni gösterecektir. Ayrıca dilekçesine yargılamanın yenilenmesine konu ettiği karar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararını eklemesi yararlı olacaktır.

Yargılamanın yenilenmesinin hukuk konulu bir karara dayanması halinde, istem sahibinin HUMK.nun 453.maddesinde öngörülen teminatı, HUMK'nun 445/11. arz ettiği özellik itibariyle göstermek zorunda olmadığını düşünüyoruz.

Yine hukuk konulu bir karara karşı yargılamanın yenilenmesini isteyen vekilin vekaletnamesinde yargılamanın iadesi davası aç-

⁴² Feyyaz Gölcüklü, Şerif Ünal a.g.e. sh.123/362

⁴³ Feyyaz Gölcüklü, Şerif Ünal a.g.e. sh.123/362

bilmesi için açık yetki bulunmalıdır.⁴⁴ Bunun nedeni olarak, kanunda açık hüküm olmamakla birlikte, yargılamanın iadesinin bir olağanüstü kanun yolu oluşu ve yargılamanın iadesi talebinin reddi halinde, vekil tarafından adına yargılamanın iadesi istenen müvekkilin para cezasına mahkum edileceği (HUMK m.454) gösterilmektedir ve Hukuk Usulcülere bu konuda hemfikirdir. Tasarıda da bu konuda açık hüküm konulduğu belirtilmektedir.⁴⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de bir kararında “Öneminden dolayı özel yetkiyi gerektiren hallere benzerliği dolayısıyla vekilin müvekkili adına yargılamanın iadesini isteyebilmesi için özel yetki gerektiği”ne değinmiştir.⁴⁶

Bize göre, CMUK 342 maddesi de, yargılamanın iadesi isteminde haksız çıkması halinde hükümlüden para cezası alınmasını öngörmüş bulunması ve istemin olağanüstü bu kanun yolu olması nedenleriyle Ceza konulu yargılamanın yenilenmesi istemleri için de vekilin vekaletinde bu konuda açık yetki bulunmasını aramak gereklidir.

4-Koşullar

Hukukta veya cezada İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş her hüküm için, yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulabileceğinin bir genel kural olarak kabulü HUMK'nun 445/11 ve CMUK'nun 327/6 maddeleri hükmü uyarınca zorunludur.

Ancak her yargılamanın yenilenmesi isteminin hukuk konulu bir karar için HUMK'nun 450., Ceza konulu bir karar için de CMUK'nun 335. maddelerine göre dinlenebilirlik koşulu süzgeçinden geçirilip geçirilemeyeceği hususu üzerinde durmak gerekir.

Bize göre, hem hukuk, hem de ceza usulünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları diğer iadei muhakeme nedenleri arasında onlar gibi yargılamanın yenilenmesi nedeni sayıldığına göre, yukarıda da belirttiğimiz üzere, HUMK'nun ve CMUK'un bu müesseseye ile ilgili hükümlerine tabi kılındığından, mahkemenin önüne gelen istemde öncelikle dinlenebilirlik HUMK'nun 450. maddesinin

⁴⁴ Borçlar Kanununun Hukuk Muhakemeleri Usulü , Altıncı Basıf C:11 sh:1300, C:V sh.5249

⁴⁵ Baki Kuru, a.g.e. C:2 Sh:1300)

⁴⁶ YKD 1992/10-1571—1574; B.Kuru a.g.e. C:2 Sh.1297-1299.

ifadesiyle talebin muvafıkı kanun olup olmadığını, CMUK'un 335. maddesinin ifadesi ile de talebin kabule şayan olup olmadığını inceleyecektir.

Örneğin: adil yargılama hakkı ihlalinin tespitine ilişkin bir karara dayanılarak istenilen yargılamanın iadesi isteminde, ihlal keyfiyeti sadece uzun sürme olgusuna göre saptanmışsa, bu da tazminle giderilmesi mümkün bulunduğundan, buna da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince hükmedildiğinden, mahkemece yargılamanın yenilenmesi isteminin başlangıçta dinlenebilir olmaması açısından reddine karar verilmelidir. Cezanın infaz edilmiş olması bazı ahvalde olayın mahiyetine göre yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyebilir. Burada da yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule şayan olmadığından reddi düşünülebilir.⁴⁷

Mahkeme dinlenebilirlik koşulunun varlığını kabul ettiği takdirde yargılamanın yenilenmesi isteminin ikinci evresi gereği inceleme ve araştırmaya geçecektir.

Bunu yaparken de mahkemeler ilgili kararın gerekçesinden yararlanmalıdır. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin hangi hükmünün ve nasıl ihlal edildiğini gerekçesinde göstermektedir.

Yargılamanın yenilenmesi istemi değerlendirilirken, tesbit konusu ihlalin Kanunun son metninde yer verilmemiş olsa da, Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilen tazminatla telafisinin mümkün olup olmadığı hususu üzerinde özellikle ve özenli durulmalıdır. Çünkü "mahkemenin mali konulardaki hüküm fıkrasının yerine getirilmesi başvuru için tatmin etmeyebilir. Bir ulusal mahkemenin kesin hükmü nedeniyle mağdur olan bir başvuru için tatmin edici tedbir, yargılamanın yenilenmesi (reopening of judicial proceedings) olabilir. Yargılamanın yenilenmesi, iç hukukta gerçeği ortaya çıkarma ve yeteneğine sahip bir adil yargılama yapılması veya sözleşmeye aykırı bulunmuş bir ulusal mahkeme hükmünün kaldırılması için yapılabilir."⁴⁸ Kanımızca bu kriter dikkate alınmak suretiyle sonuca gitmek mahkemelerin kararları arasında tutarlılık sağlayacağı gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları yönünden iadei muhakemenin kabul edilmiş amacına da en uygun bir çözüm yoludur. Örneğin adil yargılama hakkının davaların makul sürede

⁴⁷ Bak.O.Doğru, Anayasa Yargısı 17, Sh.203

⁴⁸ O.Doğru, a.g.c.sh.200

bitirilmesini öngören kuralının “sadece uzun sürmesi nedeniyle ihlalinin tesbitine” ilişkin bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının tazminat dışında yargılamanın yenilenmesi yoluyla telafisi düşünülemez. Çünkü dava bitmiş, olay kapanmış, ihlal keyfiyeti (böylece) ortaya çıkmıştır.

Ancak adil yargılama hakkını düzenleyen 6. maddenin diğer hükümlerinin ihlalinin tesbiti halinde, ihlalin niteliğine göre yargılamanın iadesi gerekebilir.⁴⁹

“İç hukukta cezanın infaz edilmiş olması, yeniden yargılamayı gereksiz kılabilir.”⁵⁰

Cezada “Muhakemenin iadesi gerek Türk hukukunda ve diğer Avrupa hukuklarında mahkumiyet veya beraat kararının dayanağını oluşturan fiili olgularda hata yapılmış olduğunun daha sonra ortaya çıktığı hallerde mağduriyetin giderilmesi için bir kabul edilmiş olağanüstü kanun yoludur. Değinildiği gibi muhakemenin iadesi yolunun açılabilmesi için hükmün dayanağı olan fiili olgularda bir hata yapılmış olmalıdır. İşte eğer Avrupa Mahkemesinin verdiği karar Türkiye’de verilmiş olan kararın fiili olgularına ilişkin bir etki ortaya koyorsa, bu gibi hallerde muhakemenin iadesi kabul edilir.”⁵¹

Bir başka anlatımla, ceza yargılaması bakımından “ihlalin Türk mahkemesinin verdiği kararı ve ortaya çıkan kesin hükmü temelden sarsacak nitelikte” olması gereklidir. “Bu durumda, yargılama yenilecek ve maddi gerçek tekrar aranacaktır.”⁵²

O halde, yargılamanın yenilenmesi istemini inceleyen mahkeme

a) Sözleşmenin hangi hükmünün ihlalinin tespitine karar verildiğini araştırmak ve bu konuda yoğunlaşarak,

b) İhlal edildiği saptanan sözleşme maddesine ve

c) Bunu değerlendiren gerekçeye bakarak iadei muhakemenin yapılmasına gerek olup olmadığına karar verilmelidir.

Bunun için de bize göre mahkemenin öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden yargılamanın yenilenmesine ilişkin dosyayı getirtmesi düşünülebilir. Bakanlıktan ilgili Avrupa İnsan Hakları

⁴⁹ Bak, S. Ünal, a.g.e. Sh.408

⁵⁰ O. Doğru, a.g.e. sh.203

⁵¹ Kunter-Yenisey, a.g.e. sh.1211

⁵² Prof.Dr. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku 9.Bası, sh.848

Mahkemesi kararının resmen istenmesi şarttır. Bununla yetinilmesi de bir diğer çözüm şekli olarak kabul edilebilir.

Mahkeme dinlenebilirlik koşulunun varlığını kabul ederse, yani yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule şayan olduğu sonucuna varırsa kararın hukuk ve cezaya ilişkin oluşuna göre, HUMK'nun veya CMUK'nun öngördüğü kurallar çerçevesinde yargılama yaparak bir sonuca gidecektir.

Yargılamanın yenilenmesine konu hüküm değerlendirilirken, Türkiye'nin insan hakları ve özgürlüklerini gözetken bir ülke olarak bu adımları attığı gözden uzak tutulmamalıdır.

5-Olasılıklar

Yargılamanın yenilenmesi olasılıkları açısından sonuçlandırılmış kararlara eğinildiğinde:

a) Adil Yargılama Hakkına İlişkin olarak:

Davalının makul sürede sonuçlandırılması bakımından, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sadece uzun sürme olgusunun varlığı halinde yargılamanın yenilenmesinde bir yarar olmayacaktır.

Savunmanın gerektiği şekilde yapılmasına olanak verilmediği olgusunun saptanmasına ilişkin olarak verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi düşünülmelidir.

b) İfade Özgürlüğü hakkına İlişkin olarak:

Bu tür kararlarda ilgili maddenin yorumundan kaynaklanan ihlallerin varlığı saptanmıştır.

Bunlarda yargılamanın yenilenmesi yasal değişikliklere dayalı olarak istenebilir.

c) Mülkiyet Hakkına İlişkin olarak:

Kamulaştırma paraları ile ilgili olarak verilen ihlal tespitlerinin niteliğine göre yargılamanın yenilenmesi istemi olanağı düşünülebilir.

6-Sonuçlandırılması ve Verilecek Karar

Yargılamanın yenilenmesi isteminin incelenip değerlendirilmesinden sonra mahkemenin varacağı sonuç ne olacaktır, sorusu üzerinde de durmak gereklidir.

Savunma hakkının tanınmamasına dayalı ihlal tespitinde mahkeme bu olanağı tam olarak tanıdıktan ve savunma kanıtlarını değerlendirdikten sonra ulaşacağı vicdani kaniya göre yine mahkumiyet kararı verebileceği gibi, beraate de hükmedilebilir.⁵³

Sonuç olarak mahkeme yargılamanın yenilenmesi isteminin incelenmesi neticesinde istemin niteliğine ve ihlalin mahiyetine ve olayın özelliğine göre bir karar verecektir. Bu karar Yargıtay denetimine açıktır.

Bu karar; hukuk konulu bir istemde, dayanılan nedenin varlığını kabul ettiğinde, iadei muhakeme isteminin kabulü ile asıl dava hakkında yeni bir hüküm kurma şeklinde olacaktır.

Ceza konulu bir istemde ise bu karar, ulaşılan sonuca göre CMUK'nunda öngörülen muhakemenin yenilenmesi davasının reddine veya önceki kararın hukuka aykırı ve hatalı bulunması durumunda, buna göre yeni bir hüküm kurulması şeklinde olacaktır.

7- HUMK ile CMUK'nda Yargılamanın Yenilenmesinin Kabulünden Sonra Yargı Önüne Getirilen İki Somut İstem

Yazılı ve görsel basından öğrendiğimiz ve izleyebildiğimiz kadarıyla CMUK.da yargılamanın yenilenmesinin kabulünden sonra DEP hükümlüleri ile bir kitabından dolayı yargılanıp hükümlendirilen bir yazar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları nedeniyle yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuşlardır. İzleyebildiğimiz kadarıyla bu istemlerin ilgili mahkemelerde yargılamaları sürmektedir.

VII- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İDARİ YARGIDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUYLA İNCELENMESİ

Bu bizim konumuz olmadığından, 2577 sayılı Kanuna 4928 sayılı Kanunla ekleme yapılarak, bir hükmün:

Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması,

⁵³ Bak. Windisch (Esas Hk)-Avusturya Kararı, O.Doğru, a.g.m. sh.202

Hali İdari Yargı açısından da yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiş olduğunu belirtmekle yetiniyor;

Bu hükmün nasıl işleyeceği hususunun incelenmesini bu yargının ilgililere bırakıyoruz.

VIII- SONUC

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukta icrası amacıyla getirilen yargılamanın yenilenmesi kurumu, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeyi imzalayan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruyu kabul eden bir Devlet olarak son derece önemli bir konudur.

Burada Türk yargısına önemli görevler düşmektedir. Yerel mahkeme kararları ile, Yargıtay'ımız ise bu kararlar üzerine oluşturacağı, içtihatlarla bu kurumun yerleşip, oturmasını sağlayacaklardır.

Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, tüm yargı mensuplarınca üzerinde durulup, değerlendirilmesinin yapılması kısa süre kavramının temelini teşkil edecektir.

Yerel mahkemeler ve Yargıtay'ımız; kısaca özetlediğimiz bu konudaki yasal değişikliklerin geçirdiği evrelerden, yasa gerekçeleri ve TBMM'deki görüşmelerden yararlanacağı gibi, öğretinin görüşlerine de sık sık eğilecek ve bunlardan yararlanacaktır.

Özellikle Anayasa'nın 90. maddesi; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile İç hukuk yargı kararlarının çatışması ve bunların çözümü konusundaki bilimsel görüşler özenle izlenip değerlendirilmelidir. Bu yapıldığında sıkıntı büyük ölçüde aşılabacaktır.

Çok yeni ve uygulaması hiç olmayan bir konuda yaptığımız bu inceleme ile uygulamacılara yardımcı olmayı amaçladığımızı, düşünebildiğimiz sorun ve çözüm yollarını tartışmaya açmayı öngördüğümüzü özellikle vurgulamak isterim.

Türk yargı mensuplarının bu konuyu güzel kararlar oluşturmak suretiyle açacakları inancıyla sizlere saygılar sunuyorum.

EKLER

Ek-1.Sayfa

HUMK 445.MADDESİNİN SON ŞEKLİ:

Madde 445- Katiyen verilen veya katiyet iktisap etmiş olan kararlar hakkında aşağıdaki sebeplere binaen iade-i muhakeme talep olunabilir.

1- Muhakeme esnasında esbabı mücbiriye veya lehine hükmolunan tarafın fiilen binaen elde edilemeyen bir senet veya vesikanın hükmün itasından sonra ele geçirilmiş olması,

2- Hükme esas itihaz olunan senedin sahteliğine karar verilmiş veyahut senedin sahte olduğu mahkeme veya bir mevkii resmide ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki karar hükümden evvel itihaz olup iade-i muhakeme talebinde bulunan kimsenin, hüküm zamanında bundan haberi bulunmamış olması,

3- Hükme esas itihaz olunan bir ilam hükmü fesih ve nakzolunarak kaziyei muhakeme teşkil etmek suretiyle külliye mürtefi olması,

4- Şahadeti hükme esas itihaz olunan şahidin hükümden sonra yalan şahadetle mahkum olması,

5- Ehlihibrenin kasten hilafı hakikat ihbaratta bulunduğuunun hükmen tahakkuk etmesi,

6- Mahkûmunlehin yalan yere yemin ettiği ikrarı veya beyyineî tahririye ile sabit olmuş olması,

7- Mahkûmunlehin tarafından hükme müessir diğer bir hile ve hud'anın kullanılmış olması,

8- Vekil ve mümessil olmayan kimseler huzuriye davanın rüyet ve hükmedilmiş olması,

9- Davayı rüyetten istinkaf etmeğe kanunen mecbur olan hakim huzuriye muhakemenin rüyet ve hükmedilmiş olması,

10- İki taraf ve sebebi müddehit bir dava hakkında sadır olan bir ilama mugayir yeni bir ilam suduruna sebep olabilecek bir madde yokken yine o mahkeme veya diğer bir mahkeme tarafından evvelki ilamın hüküm ve karar verilmiş olup da her iki ilamın kasiyet kasbetmesi,

11- (Ek:23/12003-4793/1 md.) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verdiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması,

(Ek: 16/7/1981-2494/33 md.) Birinci fıkranın 4, 5 ve 6 ncı bentlerindeki hallerde yargılamanın iadesinin istenebilmesi, bu sebeplerin kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyet kararı ile birleşmiş olması şartına bağlıdır. Delil yokluğundan başka bir sebeple ceza kovuşturmasına başlanamamış veya karar verilememiş ise, ceza mahkemesi kararı aranmaz. Bu takdirde yargılamanın iadesi sebeplerinin varlığının, yargılamanın iadesi davasından öncelikle ispat edilmesi gerekir.

Ek-2.Sayfa

HMUK. 447 MADDESİNİN SON ŞEKLİ:

Madde 447- İade-i muhakeme müddeti, yeni vesikanın elde edildiği veya hilenin keşif olduğu ve yalan yere şahadet veya yemin veya ehlihibre ihbarları veya sahtelik hakkında verilen hükümlerin katiyet iktisabettiği ve hükme esas itihaz olunan ilam hükmünün fesih ve nakzolunarak kaziyei muhkeme suretiyle külliye mürtefi olmasından haberdar olduğu ve 445 inci maddenin 8 ve 9 uncu hallerinde hüküm mahkûmunaleyhe veya hakiki vekil veya mümessile tebliğ tarihinden itibaren üç ay ve alacaklı veya mahkûmunaleyh makamına kaim olanların hükümden usulen haberdar oldukları günden itibaren bir aydır.

Dört yüz kırk beşinci maddenin 10 uncu numarasında yazılan sebepten dolayı iade-i muhakeme talebi müruruzaman haddine balığı müddet geçinceye kadar muteberdir.

(Ek: 23/1/2003-4793/2 md) 445 inci maddenin birinci fıkrasının 11 inci bendinde yazılı sebepten dolayı iade-i muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır.

CMUK 327. MADDESİNİN SON ŞEKLİ:

Mahkum lehine muhakemenin iadesi sebepleri:

Madde 327- (Değişik: 8/6/1936-3006/1 md.)

Kat'ileşen bir hükümlerle neticelenmiş olan bir dava aşağıda yazılı hallerde mahkumun lehine olarak muhakemenin iadesi yolu ile tekrar görülür:

1- Duruşmada ihticaç olunan ve hükme tesir eden bir vesikanın sahteliği tebeyyün ederse.

2- Yemin verilerek dinlenmiş olan bir şahid veya ehlihıbrenin hükme müessir olacak surette mahkum aleyhine kasd veya ihmali ile hakikat hilafında şahitlikte bulunduğu veya rey verdiği anlaşılırsa.

3- Bizzat mahkum tarafından sebebiyet verilmiş olan kusur müstesna olmak üzere hükme iştirak etmiş olan hakimlerden biri aleyhine ceza tatbikatını ve kanuni bir ceza ile mahkümüyeti istilzam edecek mahiyette olarak vazifelerini ifade kusur etmişse.

4- Ceza hükmü, hukuk mahkemesinin bir hükmüne müstenid olup da bu hüküm kat'ileşmiş olan diğer bir hüküm ile bozulmuş ise.

5- Yeni vakıalar veya yeni deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde maznunun beraatini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahküm olmasını istilzam edebilecek mahiyette olursa. Şu kadar ki kabahat hükümleri hakkında ancak evvelce mahküm tarafından öğrenilmemiş olan veya kendi kusur ile olmayarak evvelce irad edilmemiş bulunan vakıalar veya deliller dermeyan olunabilir.

6- (Ek: 23/1/2003-4793 md.) Ceza hükmünün, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tesbit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

2577 SAYILI KANUNUN 53. MADDESİNİN SON ŞEKLİ:

Yargılamanın yenilenmesi:

MADDE 53-1.(Değişik birinci cümle:5.4.1990-3622/22 md.)

Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

a)Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,

b)Karara esas olarak alınan belgenin sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,

c)Karara esas alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,

d)Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi,

e)Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,

f)Vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması,

g)Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması,

h)(Değişik.10.6.1994-4001/23 md.) Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması,

ı) (15.7.2003-4928/6 madde ile eklenmiştir. Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

2-Yargılamanın Yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.

3-(Değişik:10.6.1994-4001/23 md.) (Değişik birinci cümle; 15.7.2003-4928/6 md) Yargılamanın yenilenmesi süresi, (1) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için 10 yıl, (1) numaralı fıkranın (ı) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl ve diğer sebepler için altmış gündür. Bu süreler dayanılan sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlayarak hesaplanır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- 1- Dr.İur. Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri-TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89
- 2- Anayasa Yargısı 17- Anayasa Mahkemesinin 38 Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda sunulan Bildiriler Ankara- 2000
- 3- Anayasa Yargısı 14- Anayasa Mahkemesinin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler-Ankara 1997
- 4- Prof.Dr.A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ- Prof.Dr.A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi. 3.Bası-Turhan Kitabevi Ankara 2002
- 5- İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler)-T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı-Haziran 1998
- 6- Doç.Dr.Süheyl BATUM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye-Kavram Yayınları-Birinci Basım-Ağustos 1996
- 7- İnsan Hakları, YKY-1.Baskı Aralık 2000
- 8- Prof.Dr.Erdener YURTCAN, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Muvzuat 2.Bası, 3.Cilt
- 9- Prof.Dr.Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuk, 9.Baskı Ekim 2002
- 10- Prof.Dr. Nurullah KUNTER- Prof.Dr.Feridun YENİSEY, Hukuk Hukuku Dah Olarak Ceza muhakemesi Hukuku-İkinci Kitap Onikinci Bası Beta-İstanbul 2003
- 11- Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK-Yrd.Doç.Dr.Mustafa Ruhan ERDEM- Yrd.Doç.Dr.Veli Özer ÖZBEK-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku 5.Baskı Seçkin Yayınları-Ankara 2000
- 12- Prof.Dr.Faruk ERDEM, Ceza Usulü Hukuku 2.Baskı. Ankara 1968
- 13- Prof.Dr.Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü-Altıncı Baskı-İstanbul 2001 Cilt II, V-Demir demir Yayınları
- 14- Ömer İZGİ-Prof.Dr.Zafer GÖREN, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Yorumu-Ankara 2002 C:2

Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi

- 15- Uluslararası Temel İnsan Hakları Belgeleri-TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu 10 Aralık 2001
- 16- TBMM Tutanak Dergisi 21.Dönem 4.Yasama Yılı 101 ve 102 Ciltleri; 22.Dönem 1.Yasama Yılı Cilt:3, Cilt 18
- 17- Adalet Bakanlığı'nca Hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Tasarısı ve Gerekçesi (7.3.2003-1020 Sayılı)
- 18- Adalet Bakanlığı'nca Hazırlanan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarı ve Gerekçesi (29.1.2003-499 Sayılı)
- 19- Avrupa Birliği Müktesabatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı 24 Mart 2001-24352 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete
- 20- Aydan Ömür SURLU- İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları Kamu Hukuku Doktora Ödevi-Ankara-2002 (Yayınlanmamıştır)
- 21- Prof.Dr.İbrahim Ö.KABOĞLU- Özgürlükler Hukuku- İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı-Afa Yayınları 4.Baskı, İstanbul 1998
- 22- 1998 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve TBMM İçtüzüğü-Ocak-2003-Ankara
- 23- 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- 24- 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

YEDİNCİ OTURUM TARTIŞMALARI

OTURUM BAŞKANI – Jean Pierre MARGUÉNAUD

Av. Yusuf ALATAŞ - Sayın Başkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, yargılanmasın yenilenmesi sebebi sayılmasından sonraki Türkiye'de ilk başvuruyu yapan bir kişi olarak iki önemli soruna dikkat çekmek istiyorum ve Sayın Surlu'dan, bu konularda düşüncesini açıklamasını rica ediyorum.

Birincisi; yargılamanın yenilenmesinden sonra özellikle Ceza Hukukunda sanığın ya da hükümlünün -ki, genellikle o tarihte artık hüküm kurulmuştur ve hükümlüdür- statüsünün ne olacağıdır. Birincisi bu. Bu, çok önemli bir şey; hükümlülük. Bu konuda benim yaptığım araştırmalara göre bizdeki belli başlı hukukçular, hükümlülüğün devam ettiği görüşündeler ve yargılamanın yenilenmesiyle birlikte hükümlülük kendiliğinden ortadan kalkmaz; ancak 428. Maddeye göre infazın durdurulmasına karar verilebilir.

Sayın Handan Surlu'nun da belirttiği gibi yeniden yargılama 3 aşamalı. Birincisi; yasal koşul var mı, yok mu, onu incelediler. İkincisi; yasal koşulla uysa dahi eski hükmü etkileyecek nitelikte mi; yani yargılamanın yenilenmesine gerek var mı, yok mu? Esastan inceleme. Bunu da yaptılar ve duruşma açılmasına karar verildi. Duruşma açılmasına karar verilmesi demek, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin, bir önceki hükmü etkileyeceğini kabul etmek demek. Bu, benim düşüncem değil ya da herhangi bir hukukçusun düşüncesi değil, yasal bir sonuç. Peki, bu durumda bir önceki hüküm, kesin hüküm niteliğini korur mu, gerçekten tartışılmayacak olan, mutlaka uyulması gereken bir hüküm niteliğinde midir ve kişinin infazı sürüyorsa, bu infaz devam edecek midir? Bu sorunun cevabı çok önemli; çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle ilgili 5. Maddesini de yakından ilgilendiriyor.

İkinci önemli husus, ikinci önemli sorun: Bizde genellikle yasada belirtilen sebepler, spesifik sebeplerdi; yani yargılamayı gerektiren nedenler somut, belirli nedenlerdi; ama Avrupa İnsan Hakları Mah-

kemesi kararları söz konusu olduğunda, yargılamanın bütünüyle yenilenmesi söz konusu olabilecek; çünkü öğleden önceki oturumda da belirtildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uygulamasında mahkeme, belli başlı birkaç tane ihlal tespit eder, “diğer hususları artık inceleme gereği yoktur” diye belirler. Bu demektir ki; “verilen hüküm adil değildir, dolayısıyla yargılama tümüyle yenilenecek” demektir; ama bu, bu şekilde mi anlaşılacak? Önemli olan bu. Artı, bu bütünüyle yenilemenin kapsamı ne olacak? örneğin 10 yıl sonra, 10 yıl önceki tanık tekrar getirildiğinde, -yalan tanıklık suç- 10 yıl sonra “Ben, yalan söyledim” mi diyecek? Derse, yasal yaptırımla karşılaşmayacak mı? Peki, doğruyu söylemeyecekse, 10 yıl sonra tanığı tekrar dinlemenin yargılama açısından anlamı nedir?

Bu soruları çok uzatmak mümkün; ama vaktimiz tabii ki sınırlı. Bu nedenle, bu iki önemli konuda Sayın Surlu'nun düşüncelerini öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Mehmet Handan SURLU - Sözlerime başlarken bir şey söyledim. Arkadaşım, çok geniş şekilde anlattı. Bütün sözleşen devletler sıklıkta; çünkü bir iç hukuk kesinleşmiş kararıyla, bir uluslararası mahkemenin bireysel başvuru üzerine verdiği bir karar var. bu kararlarda bir uyum sağlama, çözüm bulma çabası var. bir kısmı, dediğim gibi buna “iadeyi muhakeme” demiş, bir kısmı “yargılamanın yenilenmesi” demiş, bir kısmı “tashihi karar” demiş, bir kısmı “af” demiş. Ben, bildirimi 6. bölümünden okumaya başladım. Daha başlarında, konunun gereği bu tür şeylerle karşılaşabileceğim için ve incelerken de, bir başvurulduğunda yardımcı olmak düşüncesiyle geniş bir şekilde aldım.

Şimdi, bir şey söyledim. Her ulus, kendine özgü bir çözüm yolu bulmuş; ama kesin olarak şudur, budur diyerek bir şey bulamamış. Biz, başlangıçta iadeyi muhakemeyi getirdik ve koşullarını sağladık, gösterdik; ama tabii yasamanın iradesini eleştirmek hakkımız değil. Orada, diğer muhakemenin iadesi nedenlerinden bir farklılık yaratmamak gerekir. Komisyon, gerekçede şöyle diyor; “Eğer bunu yaparsak, bu koşulları getirirsek, o zaman diğerlerinden farklı bir sonuca varmış oluruz, hatta bu iadeyi muhakeme istemi fiilen incelenemez durumda kalır” diyor. O zaman bu çareyi getirdi.

Ben, bunu saptadıktan sonra ne dedim? “Tam bir iç hukuk kurumu haline geldi” dedim. Bugün bizim açımızdan Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesinin, yargılamanın yenilenmesinde, diğer 445'deki 10 maddeden, 327'deki 5 maddeden, idari yargıdaki bilmem kaç maddeden farklı bir durum yok. Şunu söyledim: "Siz, artık bundan sonra bu yargılamanın iadesi istemini, bizim iç hukuk kuralları çerçevesinde inceleyeceksiniz; çünkü yasama böyle istedi. Biz, uygulamacıyız. Biz, ona göre bakarız.

Şimdi sizin sorunuza bu açıdan geldiğim zaman, bütün Ceza Muhakemesi Usul Yasası kitaplarında -siz de çok iyi biliyorsunuz- yargılamanın iadesi, hükümlü tarafından başvuru ve yeni bir karar verilinceye kadar eski statünün korunduğu bir sistemdir. O bakımdan birinci sorunuzun cevabı; benim formel hukuk açısından cevabım budur. Eski bir cezacı olarak, formel hukuk açısından bunu çok rahat söylüyorum. Siz, bunun diğer nedenlerini yaşamada falan söylersiniz.

İkincisi: Siz, "Yargılamanın yenilenmesi nedeni geldikten sonra kabul edilebilir şartı vardır" diyorsunuz; ama bir şey daha söyledim. Bu yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin kabulü ve ileri sürülen sebepler açısından yapılan yargılamayı değerlendirmek, o mahkemeye ait ve burada, özellikle şunu da size vurguladım: yeni içtihatla oluşturacağız. Burada, bu noktayı, böyle diyerek sonuçlandırıyorum; çünkü görülmekte olan bir dava konusunda başka türlü bir kanaat açıklamam. Bu konudaki hassasiyetimi biliyorsunuz. Bu konuyu açıklamak için de sizden özel izin aldım. O bakımdan bu şekilde cevaplandırıyorum.

Teşekkür ederim.

İbrahim ŞAHBAZ (Yargıtay Savcısı)- Benim kanaatim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının ihlalle ilgili kısmı usule ilişkin ise, mahkeme buna uyup, usulün gereğini yaptıktan sonra, önceki kararı ile, yeni usule göre yaptığı yargılama sonucu elde ettiği delilleri birlikte değerlendirip karar verecek. Yargılama devam ettiği için onun dışında bir şey söyleyemiyorum.

Teşekkür ederim.

Ali Rıza AYDIN (Anayasa Mahkemesi Raportörü)- Sayın Surlu'nun tebliğinde var mı, yok mu, okumadığım için bilmiyorum; ama dinleyiciler açısından bir ek katkı yapmak istiyorum. 4771 Sayılı Yasayla getirilen ilk iki düzenleme, biliyorsunuz Anayasa yargısına da konu oldu ve Anayasa Mahkemesi bunu Anayasaya aykırı bulmadı. Dava dilekçesinde, biraz önce tartışılan konu da gündeme getirilmişti.

“Bu, mahkemenin ve yargıcın bağımsızlığı ilkesine aykırıdır” denmişti; ancak Anayasa Mahkemesi bu aykırılık iddiasını reddetti. Bilgi olarak aktarmak istedim.

Teşekkür ediyorum.

Mehmet Handan SURLU - Benim tebliğimde bunlara ayrıca imkân olmadı. Tabii zaman yönünden tartışıyoruz. Bu konu, ilk defa Türk mevzuatında. Değerli arkadaşım bana geldiler. Türkiye’de ilk defa yargılamanın yenilenmesi istemi, kapatılan Türkiye Birleşik Komünist Partisi davası nedeniyle Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir ve Anayasa Mahkemesi, bu konuda 1016/2-99’da 84/4 değişik işler ve 99/2 kararla 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 327. Maddesi uyarınca yerinde görülmeyen yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar verdi.

Şimdi yine öğrenebildiğim kadarıyla yeni bir başvurunun Anayasa Mahkemesine olduğunu öğrendik. Tabii bunlar Anayasa yargısı; ama sizin eklemenize ek olarak bunları işlediğimi; fakat demokratik olduğu söylenen; ama antidemokratik uygulamalarla 20 dakikadan fazla konuşturulmadığından tebliğimizi kısa kesmek zorunda kaldık.

Teşekkür ediyorum.

İbrahim ŞAHBAZ - Şimdi Anayasa Mahkemesinin kararıyla ilgili alıntım var; ama iç hukuk, adli yargı Sayın Surlu’da olduğu için, ben o konuya girmedim. Orada, görüşlerimi de uzun uzun yazdım. Yalnız Anayasa Mahkemesinin 99/2 karar sayılı ret kararı, henüz bu yargılamanın yenilenmesiyle ilgili yasa yürürlüğe girmeden önceki bir ret; fakat o ret kararı bana, sanki Anayasa Mahkemesini bağladı gibi geliyor; çünkü “Ceza Usul Kanunu 327. Maddede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının, bu maddede yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almıyor, bu nedenle reddediyorum” dedi. Şimdi, 6. Bent olarak yer alıyor. Dolayısıyla takdir, Anayasa Mahkemesinin. İçihat mı değiştirir, onunla sürdürür mü, bilemeyeceğim.

Yalnız o konuda şöyle bir düşüncem var: Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ilgili açık bir düzenleme olmamakla beraber, Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davaları, Sayın Kunter’in de söylediği gibi cezaya ilişkin. Sonuçları itibariyle de Anayasa Mahkemesinin kendi kararı var; farklı olmakla beraber cezaidir. İki farklı karar var; birinde “hayır”, birinde “evet” Öbüründe de “sonuçları itibariyle” diyor. İki farklı karar var.

Şimdi ben, şöyle bir görüşe sahibim: Bu konuda açık bir düzenleme olmamakla beraber Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkında Yasanın, yanılmıyorsam 32. Maddesindeki düzenlemeye göre “parti kapatma davaları dosya üzerinden; ama Ceza Usul hükümleri uygulanarak sonuçlandırılır” diye bir düzenleme var. Dolayısıyla buradan yola çıkarak ben, bundan böyle uygulanabileceği kanaatindeyim.

Teşekkür ederim.

Eray KARINCA (Ankara 15. Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimi)- Belki nüans; ama bir şey dikkatimi çekti. Sayın İbrahim Şahbaz’ın bildirisinde “yargılanmanın iadesi” diye geçiyor, Handan Surlu’nun bildirisindeyse “yargılamanın iadesi” diye geçiyor. “Yanlış anlaşılma olmasın” diye söylüyorum. Acaba ikisi farklı kavramlar mı, yoksa bir daktilo hatası mı var. Aydınlatırlarsa sevinirim.

Mehmet Handan SURLU - Aslında “iadeyi muhakeme” kavramını çevirirsek, “yargılamanın yenilenmesi” dememiz lazım; ama bazı usul kitaplarında “yargılanmanın yenilenmesi” denildiğine de rastlanılmaktadır. İkisi, eşit kavram olarak Türk öğretisinde yer alıyor. O bakımdan fazla bir tereddüde yer yok; ama ben şahsen “yargılamanın yenilenmesi” terimini kullanmayı yeğledim, arkadaşım da onu kullanmıştır. Büyük bir fark olduğunu zannetmiyorum. Her halde aydınlatmış olduk.

Bir şey eklemek istiyorum. Sayın Kaboğlu burada yok; ama onun söylediği bir şey vardı. Bu panellerin birincisi adli yargı açısından buradaydı. İkincisi; idari yargı açısından Danıştayda yapılacak. Üçüncüsü de; anayasa açısından yapılacak. Demin gündeme gelen soru; yani anayasa yargısına göre siyasi parti kapatma davaları, Yüce Divan Kararları ve diğer itiraz yolu, inceleme kararları niteliğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları açısından iadeyi muhakeme gündeme gelir mi, gelmez mi konusu, o gün aramıza katılacak ve zevkle dinleyeceğimize inandığımız o panelde görüşülüp, sonuçlandırılacaktır. Onu, oraya bırakıyoruz. Tekrar teşekkür ediyorum.

İbrahim ŞAHBAZ - Ben, “yargılamanın yenilenmesi” kavramını kullandım. Sebebi; bu konuda doçentlik tezleri var. “Bu kavramda bir oйдаşma var” düşüncesiyle kullandım. Gerçekte de Fransa’da “réexamen, réouvrir” kavramları kullanılıyor. Hep davayla ilgili, davanın açılmasıyla ilgili. Onlara da uygun gördüğüm için bunu tercih ettim. Teşekkür ederim.

Jean Pierre MARGUÉNAUD - Beyefendi, Fransız hukukuyla ilgili ufak bir terminolojik açıklama getirebilirim. Bu tip prosedürler Fransız hukukunda 2000 yılında ve sadece ceza hukukunda tesis edildi. Kanun koyucu, burada, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin verdiği mahkumiyetin ardından alınan kararın “yeniden incelenmesi” terimini tercih etti, zira Fransız hukukunda “revizyon” terimi yeni bir olgu unsurunu gerektirmekte, halbuki, bazı yazarlar burada söz konusu olan şeyin, yeni bir olgu unsuru değil, yeni bir hukuk olgusu olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bir kararı olduğunu ileri sürdüler. Yani Fransa’da ne yeniden yargılanmadan bahsedilir, ne de revizyondan, kullanılan terim yeniden incelemedir. İşte ek katkı bundan ibaret olacak. Son bir soru alalım, çünkü değerlendirme oturumuna da zaman bırakmamız gerekecek, buyurun efendim.... herkes bunun son soru olması konusunda hemfikir mi?

Osman DOĞRU- Efendim, bu panelin başlığının doğru yazımı herhalde “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası” olmalıydı. Bu, çok geniş bir konu; fakat iki tane tebliğ var, ikisi de sadece yargılamanın yenilenmesiyle ilgili. Oysa mahkeme kararlarının icrası konusu genel tedbirleri almayı da gerektiren, örneğin yasa değişikliği, içtihat değişikliği, başvurularla ilgili yargılamanın yenilenmesi dışında bazı özel tedbirleri de gerektiren bir alan.

Benim sormak istediğim nokta şu: Anladığım kadarıyla yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilebilirliği için, dinlenebilirliği için maddi gerçeklik ile hukuki gerçeklik arasında bir ayrım yapmak durumundayız. Eğer Sözleşmenin 6. Maddesine göre İnsan Hakları Mahkemesi, adil olmayan bir yargılama yapıldığı sonucuna varırsa, -nitekim bu Sadak ve diğerleri davası örneğinde olduğu gibi- yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilecek; fakat sonuç şu ya da bu şekilde olabilir, kabul edilebilir.

“Hukuki gerçeklik” dediğim de şu: Örneğin 312. Maddeye göre bir mahkûmiyet kararı verilmiş ve daha sonra İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda Sözleşmenin 10. Maddesine aykırılık bulmuş. Bu durumda ne olacak? Başvurucuya, tazminata da hükmedilmiş. Şimdi başvuru gelip, burada yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilecek mi, yoksa mahkeme; “tazminatınızı aldınız, bir daha yargılamaya gerek yok” mu diyecek? Eğer yeniden yargılama açılacaksa, delil toplamaya gerek yok; sadece İnsan Hakları Mahkemesinin kararına uygun bir karar; yani eski kararın iptali gibi bir sonuç çıkması

gerekir. Acaba burada durum ne olacak? Yani 6. Madde dışındaki ihlaller bakımından yargılamanın yenilenmesi söz konusu olabileceği mi, yoksa başvuru doğrudan mahkemeye başvurup, kararının iptalini mi isteyecek, Adli Sicilden kaydının silinmesini mi isteyecek? Burada süreç daha mı farklı çalışacak? Zannediyorum uygulama ve içtihatlar bize ileride bunu gösterecek.

Bir nokta daha var. henüz daha askeri yargı ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesiyle ilgili bir değişiklik yapılmadı. İleride, o konularla ilgili sorunlar çıkabilir tabii.

Mehmet Handan SURLU - Şimdi buradaki tebliğ konularının tespiti konusunda herhangi bir tasarruf hakkımız olmadığı için, o eleştirinizi kaydı ihtiyatla şöyle bir kenara koyuyoruz. Hakikaten bunlar gündeme gelebilir; ama şunu söylemek istiyorum: Bu, çok geniş boyutlu. Gönül isterdi ki, bu panel iki türlü olabilsin. Birincisi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin şu söylediğiniz maddeleri ihlalleri konusunda bilgilenebiliriz, ikinci; geniş bir zaman sürecinde bu ihlallerin tespitine ilişkin kararların, yargılamanın iadesi yoluyla değerlendirilmesini ayrı.

Ben size, sözlü olarak da yakınlıkla anlatım; yani bu işe, reklamlar faslına girmemekle beraber söyleyelim, epey emek verdik; ama onu dahi söyleme imkânımız olmadı. Şimdi buna da uzun bir cevap vermek gerekiyor da, Sayın Birinci Başkanım bu oturuma girerken dedi ki; "Saati epey geçtik. Bizim de değerlendirme toplantımız var. Onu da dikkate al Sayın Başkan" diye söyledi. Ben şimdi her şey rağmen, yargı bağımsızlığına inanmakla beraber, Sayın Başkanımın bu sözlerini de bir tarafa atamam. O, bizim Birinci Başkanımız. O bakımdan sizin 10. Maddeyle ilgili sorunuza başka bir zaman ve özel olarak cevaplamak istiyorum, onun için burada kısa kesiyorum.

Tekrar teşekkür ediyorum.

Jean Pierre MARGUÉNAUD - Evet, biraz önce de söylendiği gibi son derece büyük bir şantiye bu. Aynı zamanda da yeni bir şantiye, çünkü uzun süreden beri Sözleşmeyi uygulayan ve Stazburg Mahkemesinin kararlarına tabi olan ülkelerde bile bu yeniden inceleme, yeniden yargılama konuları yeni yeni sorgulanıyor. Dolayısıyla bu yeni meseleler tartışılmalı. Belki de, Sayın İbrahim Kaboğlu'nun Ankara'da veya herhangi başka bir yerde düzenleyeceği yeni bir sempozyumun teması da bu olabilir.

DEĞERLENDİRME OTURUMU

OTURUM BAŞKANI
ERASLAN ÖZKAYA
(Yargıtay Başkanı)

OTURUM BAŞKANI Eraslan ÖZKAYA - Bir hayli yorulduñuz; fakat ara verdiğimiz takdirde birçok arkadaşımız evlerine geç kalacak. Bu sebeple devam edeceğiz.

Değerli arkadaşlarım, değerli meslektaşlarım, bu güzel, yararlı sempozyumun sonuna doğru yaklaşıyoruz. Görüyorum ki hepñiz yorulduñuz. İki gündür yoğun bir programla bu sempozyumu sizlerle birlikte başarıyla yürütüyoruz. Hakikaten böyle sempozyumlarda, daima zaman sıkıntısı çekilir; ama bu sempozyumda, bu sıkıntı daha fazla görüldü. Bu sempozyumun konusu, gerçekten çok kapsamlı bir konu. Bunu, iki güne sıkıştırmak zorunda kaldık; çünkü bu sempozyuma iŐtirik eden, tebliğ sunan değerli konuşmacıların her biri bir yerden geldi; üniversitelerden, yabancı ülkelerden, barolardan, Yargıtaydan. Bunları, kısa bir süre sonra tekrar bir araya getirmemiz çok zor olur. Bu, düşünüldü. Bana gelen öneriler de böyleydi. Bu sebeple konular birbirine de bağlı olduğu için, bunu iki güne sıkıştırdık.

Şimdi bu oturumda tebliğ sunma yok, tartışma yok, sadece değerlendirme var. Ben, oturumun sonunda kısa bir değerlendirme yapıp, sizlere teşekkür edeceğim. Şimdi değerli konuşmacı arkadaşlarıma sırasıyla söz vereceğim. Bunlar, zamanın sınırlamasını da, darlığını da göz önünde tutarak değerlendirmelerini yapacaklar.

Şimdi ilk sözü Sayın Ali Em'e veriyorum.

Buyurun Ali Em.

Yüksek Yargının Sayın Başkanları
Sayın Cumhuriyet Başsavcısı
Barolar Birliğinin Sayın Başkanı
Saygı Değer Meslektaşlarım,
Değerli Konuklar...

Hepinizi saygıyla selâmlayarak sözlerime başlıyorum. Sempozyumun konusu olan "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı"nın özellik ve önemi, yapılan konuşmalar ve tartışmalarla ortaya konulmuştur. Bu konuşma ve tartışmalardan çokta yararlandık ve eksikliğini duyduğumuz bilgileri edindik. Ben konuları tekrar etmeden ortaya konulan düşünce, öneri ve eleştirilerin bir değerlendirmesini yaparak çıkan sonuçları belirtmeye çalışacağım. Öncelikle Sayın Prof.Dr.İbrahim Kaboğlu'nun,

-Yargıç, hukuku uygulayan mı? Yoksa, hukuk yaratan mıdır?

-Yasama organı hukukun yaratılmasında sınırsız bir yetkiye sahip midir?

Sual ve cevaplandırmaları ile,

-Kanunlar hazırlanırken yargı organlarından görüş alınması ve yargı kararlarının esas alınmasına ilişkin,

Açıklamalarına katıldığımı ifade ederek bu konudaki düşüncelerimi sırasıyla belirtmek istiyorum.

Yargıç, uygulamak durumunda bulunduğu kanunun amaç ve kapsamına uygun olarak hukuk kurallarını yorumlar ve uygular. Kanunda boşluk varsa yorum yoluyla bu boşluğu doldurmaya çalışır (Özel hukuk alanında). Hukuk devletinde, hukukun üstünlüğünün sağlanmasında yargı sisteminin rolü büyüktür. Yargı sisteminin asli

* 18.Hukuk Dairesi Üyesi, Yargıtay

unsuru olan yargıç, uyuşmazlık konusunu çözmek için malzemelerini iyi kullanmak durumundadır. Yargıcın malzemeleri Anayasa, kanun, milletlerarası antlaşmalar ve yüksek mahkeme içtihatlarıdır. Yargıç, önüne gelen özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlıkta yürürlükteki kanunda hüküm olmadığından bahisle davaya bakmaktan kaçınmaz (Anayasa 36/11). Böyle bir kanundaki hukuki boşluğun belli usulü kurallara uyularak çözülmesi, kanun koyma yetkisinin devri anlamına gelmeyecektir. Yapılan, uyuşmazlığa çözüm üretmektir. Bu anlamda yargıç hukuka kural koymak suretiyle bir katkıda bulunmaktadır. Ancak yargıç kanundaki bu boşluğu doldururken TMK 1.maddesindeki esaslara uymak durumundadır.

Ceza ve vergi hukuku alanında Anayasanın 38. ve 73 üncü maddelerindeki kanunilik ilkesi gereği yargıcın yorum yoluyla hukuki boşluğu doldurması olanaklı değildir.

Yüksek yargının içtihatları birleştirme kararları da kanuna eşdeğer olduğundan, yaşayan hukukun oluşturulmasında bu kararların etkisi büyüktür.

Yasama organı da kanun yaparken sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Yetkinin sınırı Anayasa, milletlerarası anlaşmalar, yüksek mahkeme karar ve içtihatları ile çizilmiştir. Örnek olarak Anayasanın 38 inci maddesinin birinci fıkrası gösterilebilir. Ayrıca kanunların genelliği, sürekliliği, geleceği düzenlenmesi ve kamu yarar ilkesi bu yetki sınırını belirlemektedir. Diğer yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile düzenlenen hakların kullanılması ve sınırlanmasındaki ölçütlerde bu alanda yapılacak hukuki düzenlemelerde dikkate alınması gerekmektedir.

Kanunlar yapılırken, yargı organlarından görüş alınmasına ilişkin Anayasanın 155/2. maddesi ile bazı özel kanunlar dışında, özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak alınmasını da engelleyen özel bir düzenleme yoktur. Yargı organlarının uygulamadan doğan ihüyaçları en iyi bilen durumunda bulunmaları nedeniyle görüş ve önerilerinin alınması ve bunun yaygınlaştırılması gerekmektedir. Böylelikle, Sayın Kaboğlu'nun da belirttiği gibi Hukuk devletin gereği olan hukukun egemenliği, hukukun üstünlüğü ve hukukun gelişmesi sağlanacaktır.

Konuşmalardan ve tartışmalardan edinilen düşüncelerin, önerilerin ve eleştirilerin değerlendirilmesinden üç ana başlık altında topalayabileceğimiz sonuçlara ulaşabiliriz.

Birincisi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özellikleri ortaya konulmuştur. Bu özellikleri şöyle özetleyebiliriz.

- Her üye devlet diğer üye devletlerin sözleşmeye saygılı olup olmadığını denetlemekle yükümlü kılınmıştır.

- Sözleşmenin öngördüğü düzende, insan haklarının iç hukukça korunması asıl kabul edilmiştir. Bireyin uluslar arası korumadan yararlanabilmesi için iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmektedir. Sözleşme organları üst hukuk yolu organları değildir. Bu organlar Sözleşme hükümlerinin çiğnenip çiğnenmediğini inceler.

- Sözleşme hükümleri karşılılık ilkesine dayanmaz. Sözleşme, kişilere sağlanan temel hak ve özgürlüklerin, üye devletlerce çiğnenip çiğnenmediğini karşılık ve vatandaşlık koşulları aranmaksızın incelenmesidir.

- Sözleşme hükümleri üye devletin yalnız vatandaşına değil, herkese karşı uygulanabilir olmasıdır.

- Sözleşme hükümleri, üye devletin ulusal hukukunu da etkilemektedir. Nitekim sözleşmeyi imzalayan devletler ulusal hukuklarını sözleşmede belirlenen kurallara uydurmaya çalışmaları gerekmektedir.

- Sözleşme hükümleri temel haklarla ilgili iç hukuk da düzenleme yapılırken bu haklara getirilecek kısıtlamaların hangi hallerde mümkün olacağını ölçütlerini belirtmiştir.

İkincisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen sözleşmenin ihlali ile ilgili davalarda.

- Uygulanan yorum metodları, medeni ve ceza alanındaki Sözleşme hükümlerinin ihlaline ilişkin uyuşmazlıklara doğrudan, anayasa yargısı, idari, vergi ve disiplin yargısının görev alanına giren uyuşmazlıklara koşulların varlığı ve insan hakları sözleşmesini ilgilendirdiği ölçüde baktığı, egemenliğin kullanılmasından doğan uyuşmazlıklara bakmadığı, konuşma ve tartışmalardan anlaşmıştır.

Üçüncüsü: Konuşma ve tartışmalarda iç hukuk açısından değerlendirmeler yapılmış olup, çıkan sonuçlar iki şekilde değerlendirilebilir.

1-Uygulama bakımından: Uygulamacıların sözleşme hükümlerini uygularken ve yorumlarken dikkatten uzak tutmamaları gereken esaslı noktalar belirlenmiştir. Örneğin; adil yargılanma hakkını dü-

zenleyen 6 ncı madde hükümleri yorumlanırken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat ve kararlarında belirttiği esaslı hususların dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Sözleşmenin iç hukuk kuralı gibi uygulanması gerektiği noktasında da bu konuşmalar ve tartışmalar sonucu bir duraksama kalmamıştır. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanması konusunda çıkan sorunların aşılması için, bu mahkeme kararlarının belli koşulları taşınması durumunda iç hukukta sözkonusu olan yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasına alınması 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ve bu Kanunu değiştiren 23.1.2003 tarihli ve 4793 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. Bu kanunların kabulünden sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması konusunda bir duraksama yaşamak olanaklı değildir. Aksi takdirde İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının ihlali ile ilgili başvuru halinde ihlalin varlığını her zaman belirleyebilecektir. Bu nedenle sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanması gerekmektedir.

2-Mevzuat düzenlenmesi açısından; sözleşmenin tanıdığı hakların ve alınması gereken önlemlerin sağlanması bakımından, öncelikle Anayasa başta olmak üzere, kanunlarda yapılması gereken değişikliklerin veya yeni düzenlemelerin neler olabileceği bu konuşmalar ve tartışmalar sonucu ortaya konulmuştur.

Bu açıklamalar karşısında, iç hukuk düzenlemelerine bakıldığında insan hakları ve özgürlükleri konusunda büyük ilerlemelerin kaydedildiği görülür. Başta Türk Medeni Kanununun kabulü olmak üzere, istinaf mahkemelerinin (Yeni adıyla Bölge adliye mahkemelerinin) Kuruluş Kanun Tasarısı ve buna bağlı olarak CMUK, HUMK, İş Mahkemelerinin Kuruluşu Kanun Tasarısı ile İcra İflas Kanununda yapılan değişiklik Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanunu Tasarısı önem arz etmektedir. Diğer yandan, uyum yasaları adı altında hazırlanan ve birçoğu kanunlaşan paket kanunların Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin düzenlediği hakların ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından önemleri çok büyüktür. Bu alandaki çalışmaların, çağın değişimi, teknolojinin ilerlemesi, yeni toplumsal ihtiyaçların ortaya çıkması halleri de gözönünde bulundurularak devam ettirilmesinin değişen demokratik toplum yapısının bir ihtiyacı olarak görülmektedir.

Bu sempozyumda ortaya konulan düşüncelerin, eleştirileri ve önerilerin çağdaş ve demokratik toplum yapısına uygun bir hukuk düze-

ninin oluşturulmasına katkı sağlamasını diler, bu vesileyle değerli katılımcıları selâmlar, saygılar sunarım.

KAYNAKÇA

- 1- Prof.Dr.Feyyaz Gölcüklü – Prof.Dr.A.Şeref Gözübüyük Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması 1994 - ANKARA.
- 2- Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 - 1.Cilt ANKARA.
- 3- Yargılamanın yenilenmesi kanun değişikliği ile ilgili Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü hazırlık dökümanları.
- 4- Prof.Dr.Nurullah Kunter- Ceza Muhakemesi Hukuku 1974 – İSTANBUL.
- 5- Ali Em – Yargıtay 18.Hukuk Dairesi Üyesi Kanunların ve İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği 2003 – ANKARA.
- 6- Konuyla ilgili uluslararası sözleşmeler ve dökümanlar.
- 7- Sempozyumda yapılan konuşmalar, tartışmalar ve değerlendirme notları.

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Sayın Ali Em'e, bu kısa ve çok içerikli değerlendirmeleri için çok teşekkür ediyoruz.

Sözü hemen Sayın İsmail Malkoç'a veriyorum.

Buyurun.

İSMAİL MALKOÇ- Teşekkür ediyorum.

Sayın Başkan, değerli izleyenler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi konusunda bu tür toplantıların sık sık yapılması sevindirici. Yargıtay Birinci Başkanımız, 5. toplantının gelecek ay yakınlarda yapılacağını bildirmekle bu sevincimizi artırdı. Böylece, uygulamada gözetilmesi gereken sözleşmenin içeriğini daha iyi öğrenmiş, kavramış olacağız.

Bir konuşmacının belirttiği gibi sözleşme hükümlerinin sadece uygulayıcılar, hukukçular ya da yönetimde görev alanlar tarafından bilinmesi yeterli değil. Bunun, toplum tarafından, toplumdaki tüm bireyler tarafından öğrenilip, benimsenmesi, bu konudaki ihlallerin önlenmesinde, azaltulmasında, ortadan kaldırılmasında başlıca etken olacaktır.

İzlediğiniz ve gördüğünüz üzere sempozyumun konusu çok zengin. Kısa sürede konuşulması, tebliğlerin açıklanması düşünüldüğü halde, tebliğlerin çok az bir bölümü açıklanabildi ve ne yazık ki tartışma bölümüne çok az zaman verilebildi. Halbuki beklenirdi ki, zamanımız daha bol olsun ve tartışma bölümleri -ki bunlar konunun sentezini, sonucunu daha iyi belirleyeceklerdi- daha geniş bir zaman bulabilsin. Bu durum, tabii ki Değerlendirme Kurulu olarak bizleri de sıkıştırdı; ama bir anlamda hem konuşmaları kısa kesmeye karar verdik, hem de biraz farklı şeyler söylemeye çalıştık. Bunu bizzat birbirimizi izleyerek, daha önce söyleneni tekrar etmemek şeklinde gerçekleştireceğiz; ama şunu söylemeliyim ki; bu sempozyumun içerdiği konuşma ve tartışmalar kitap haline getirileceği zaman, değerlendirme raporumuz herhalde istenen ölçüde ve içerikte olacak.

Geçen yüzyılın ikinci yarısından sonra insan hakları konusunda ki benimseme ve ortak anlayış ve bundan kaynaklanan ortak alan

gittikçe genişliyor. Bu alana birçok ülke gibi Türkiye'miz de dahil oldu. Artık Türkiye'nin hukuk alanında gözetmesi gereken en tepedeki normlardan bir tanesi de bu Avrupa Sözleşmesi olacak.

Şimdi bu benimsemeyle birlikte iç hukuktaki düzenlemelerle, sözleşmedeki hükümlerin çatışması ile karşı karşıya gelindi; fakat bu konuda ortak kanaat şu şekilde belirdi: Eğer bir çatışma varsa, sözleşme hükümlerinin önceliği vardır ve bu hükümler tercih edilmelidir. İç hukukun sözleşmeye uygun hale getirilmesi, eğer iç hukukta açık bir hüküm çatışması söz konusu değilse, içtihadın, sözleşme hükümlerini yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına uygun hale getirilmesi anlayışına varıldı.

Bu, bizim Anayasamızın 90. Maddesindeki hükümden de güç alıyor; çünkü bu hükme göre sözleşme, Anayasamız hükmünde, Anayasamız derecesinde bir bağlayıcılığa sahip olduğu bir yana, bunun Anayasaya aykırılığı kabul edilemiyor, ileri sürülemiyor.

Bu çatışma halinde veya çatışma olmadan bir ihlalin tespiti vaki olduğunda, son yapılan düzenlemelere göre eğer tazminatla bu giderilemiyorsa, hem Ceza Usul Kanunumuzda, hem Hukuk Usulü Kanunumuzda yapılan değişikliğe göre yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul edildi. Bu konuda, az önceki oturumda ayrıntılı açıklamalar verildi. Özellikle **Doç. Şahbaz**, Avrupa'daki değişik uygulamalardan örnekler verdi. Sayın **Surlu** da Türk hukukundaki problemleri, çözümlerini irdelemeye çalıştı.

Bu arada bir soru, şu şekilde geldi: "Bu nedenle muhakemenin iadesi başvurusu üzerine, başvuru yapılan mahkeme bunu kabul edilebilir bulunduğu anda mahkûmiyet söz konusu olur mu, hükümlülük devam etmekte olur mu?" Benim görüşüme göre, bizim sistemimiz bakımından ve birçok sistemlerde yargılamanın yenilenmesi olağanüstü bir kanun yoludur. O kanun yolunda mevcut hüküm bozulmadıkça, ortadan kaldırılmadıkça, o hüküm varlığını korur ve geçerliliği devam eder. Mesela bilinmektedir ki, böyle bir başvuruyu alan mahkeme, zaman aşımının varlığını ya da yokluğunu inceleyemez; çünkü dava bitmiştir.

Sözleşmenin yorumu konusunda Prof. Dr. **Marguénaud** yöntemleri açıkladı ve tebliğinde ayrıntılı örnekler verdi.

Türk hukukunda tartışmalı olan ya da başka bir ifadeyle sözleşme hükümleriyle çatışmalı olan hususların hızla düzeltilmesine çalışı-

lıyor ve bu konuda oldukça mesafe alındığı da görülüyor. Örneğin DGM'deki askeri hâkimlerin varlığı sona erdirildi. Hatta Öcalan davasında, bilindiği üzere askeri hâkimin kısmen dahil olduğu duruşmalar bile tartışmaya konu oldu.

Bu arada Doç. Şahbaz'a Arkadaşımın belirlediği bir husus var. Diyor ki; "Danıştay bakımından şöyle bir sorunla karşı karşıyayız. Bilindiği üzere Danıştay, yasaların ve bazı düzenlemelerin hazırlanmasında yürütme organına görüş verebiliyor. -Bu, bildiğim kadarıyla örneğin Fransa'da da var- Acaba bu görüşü veren hâkimlerin, daha sonra kendilerine gelen konuda hâkimlik yapmaları normal midir?" Bence de normal değildir. Burada bir engel olduğunu ben de düşünüyorum. Adeta, usul hükümlerinde yer alan, daha önce belli bir konuda bilirkişilik yapmış olanın daha sonra o konu ile ilgili davanın yargılanmasında bulunamaması gibi bir durum söz konusudur.

"Türkiye açısından sözleşmenin uygulanması hususundaki en büyük görev yargıya düşüyor" dendi. Bunu, Sayın Yargıtay Birinci Başkanımız da vurguladı. Gerçekten bu böyle; ama en başta yargıya ayrılan bütçenin azlığı, yargının bu görevi yerine getirmesi, kurallara uygun olarak yerine getirmesine engel oluyor. Bu, sadece yargı personeli ya da yargıda doğrudan görev alanlar için söz konusu değil. Örneğin yargıya yardımcı olan Adli Tıp Kurumundan, bir raporun 10 ay, 1 sene içinde gelmesini beklemek, makul sürenin aşılmasına yol açan nedenlerden biri oluyor.

İşkence konusunda Ceza Yasamızdaki hükümlerde değişiklik yapıldı. Bunların süratle kovuşturulması için memur yargılamasına bağlı olmadıkları belirlendi, düzenlemeye konu edildi ve ayrıca işkenceyi yapan görevliden tazminatın rücuun geri alınmasına dair hüküm getirildi. Yine sözleşmede yer alan sanık hakları açısından usulümüzde yeterli düzenlemelerin, değişikliklerin yapıldığını söyleyebiliriz.

Konuşmalar sırasında avukat ve savcı karşılaştırması üzerinde duruldu. Gerçekten bizim, belki de maddi olanaksızlıklardan kaynaklanan bir mahkeme yapılanmamız var. hâkimlerin hemen hizasında, bitişğinde savcı oturur. Bunun, çok önemli bir husus olduğunu düşünmüyorum. Zamanla ve kısa sürede herhalde giderilecektir; ama bir soruda ileri sürüldüğü gibi savcıyla hâkimlerin aynı kapıdan, koridordan geçip gitmeleri de o kadar önemli bir husus değil; ama tabii ki avukatlar açısından eşitlik, silahlardaki eşitlik, bu iki görev sahibinin eşitliği haklı olarak ileri sürülüyor. Mesela bir soruda; "savcı ge-

reken soruşturmayı yapıyor; fakat bizim elimizde hiçbir imkân yok” dendi. Bu, biraz da şundan kaynaklanıyor: Bizim usul sistemimize göre savcı, sadece iddia eden, sadece itham eden durumda değildir ve aynı zamanda sanığın lehine olan bütün delilleri de toplamakla yükümlüdür. Ancak avukatlarımıza davanın her sürecinde daha geniş yetki ve sorumluluklar verilmesi gerektiğine inanıyoruz. Bunun için gerekli düzenlemelerin yapılması lüzumu da gözden uzak tutulmalı.

Bir başka husus olarak hem güncel olan, hem de tartışmalara ve yasa değişikliklerine konu edilen “tebliğname tebliği” var. Tebliğname konusunda bizim yasalarımızın yetersizliğinden söz edilemez. Bana göre değişiklik yapılmasa da tebliğnamenin tebliğine engel bir husus yoktu. 316. Maddede ilk mahkemeye verilen temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğini emreden hüküm, doğaldır ki daha sonraki aşamada, temyiz aşamasında da bu iddiaların karşılıklı olarak taraflara bildirilmesine elverişliydi; ama yine de bir yasa değişikliğiyle bu sorun tartışma konusu olmaktan çıkarıldı.

Bir başka husus olarak ben, özellikle uygulamadaki somut konulara değinerek bitirmek istiyorum. Müdahilin, özellikle ceza davalarında duruşma isteyememesi, duruşmada yer alamaması, bence de o silahların eşitliğine, tarafların gerektiği şekilde haklarını korumaları gerektiğine dair ilkeye aykırı. Yargıtayda sanık, hükmün kendi lehine bozulması için elinden gelen bütün gayreti gösteriyor, bütün delilleri, savunmaları yapıyor; fakat müdahilin bunlardan haberi yok, bunları karşılaması mümkün değil. Son değişiklikle müdahile sadece tebliğnamedeki görüşlere cevap verme hakkı, olanağı tanınıyor. Bu, herhalde zamanla düzeltilebilecek konulardan bir tanesi.

Bir soru da dikkatimi çeken “kamu tanığı-savunma tanığı” ayrımları. Bu, herhalde bir yanlış terminoloji olacak. Biz, Yargıtay olarak “o tanık, bu tanık” şeklinde yapmamaya çalışıyoruz. Eğer gözden kaçan bir durum varsa da, bunun ortak bir kabule, benimsemeye dayandığını söyleyemeyiz. Yoksa gerektiğinde “savunma tanığı” diye adlandırılanın -ki ben buna yanlış ifade, yanlış terminoloji de demek istiyorum- beyanı da hükme esas alınır, olayın bütünlüğü içerisinde onun doğru söylediği, isabetli konuştuğu kabul edilebilir.

Bir başka hususu, Yargıtayımızla ilgili olduğu için belirtiyorum. Bizde tetkik hâkimi var, Fransız meslektaşlarımız için söylüyorum; “juge rapporteur” deniyor. Bir soru üzerine, yanlış anlamadıysam

cevap olarak; Fransa'da da var; “**Conseiller rapporteur**” dendi; ama oradaki farklı. Conseiller rapporteur tartışmaya katılıyor ve oy veriyor. Bizdeki sadece olayı özetliyor ya da gerekli görülen hususları aktarıyor. Tartışmaya kaulma yetkisi yok ve oy vermesi söz konusu değil. Burada ileri sürülen itiraz, bana göre şöyle: Teorik olsa da, yine de bir ihtimal var. Acaba bu tetkik hâkimi, dosyayı gerektiği gibi aktarabiliyor mu, yoksa eksiklikleri söz konusu mu?

Bir başka husus, “Tetkik hâkimi vasıtasıyla heyet, o dosyayı değerlendiriyor. O zaman Ceza Usulündeki doğrudanlık ilkesini ihlal söz konusu oluyor mu? Teorik olarak ve çok az derecede de olsa haklı olan bu itirazı kolayca reddetmek mümkün değil.

Bir başka husus olarak özel hayatın sınırlarını netleştirmekle ilgili açıklamalar yapıldı. Bunun, sadece evle sınırlı olmadığı, daha geniş alanları kapsadığı, kişisel kimlik hakkıyla ilgili olduğu belirtildi.

Bir başka husus da Sayın Aktan tarafından, bizim 4422 Sayılı Yasamız açısından ileri sürüldü ve “Bu yasaya göre koşullar oluştuğunda evin içinin bile gözetlenmesi mümkün” dendi; ama burada bana göre 254. Maddemizin 2. Fıkrasındaki hukuka aykırı delillerin gündeme gelmesi mümkün ve bu şekilde elde edilen delilleri kullanmak, herhalde kolay olmasa gerek.

Yine düşünce ve vicdan özgürlüğü alanındaki düzenlemelerle ilgili olarak türbandan söz edildi. Türban konusunda Avrupa'da da bir tereddüt var. Bunu, bizim anlamamız mümkün. Avrupalı, bunu bir kıyafet değişikliği, -tabii hepsini kastetmiyorum- değişik bir giyinme olarak anlayabilir; ama bizim için anlamı farklı. Bilindiği üzere din özgürlüğü, vicdan özgürlüğü, inananlar kadar inanmayanları da korur. Türk Ceza Kanununun ilgili değişiklikleri de bu açıdan sözleşmeye yakınlaştırıcı nitelikte. Türban konusunda şöylece sonuca gidiyorum: “Bana göre bu tarz giyimle giyinen kişi, dinsel kimliğini çok açık ve çok öne çıkararak bir duruma girmiş oluyor. Eğer bu kamu görevlisiyse, kamu alanında bu kimlikle, bu görünüşle görev yapmakta olması, tabii tarafsızlığını şüpheye düşürebilir” diye düşünüyorum ve sözlerimi burada bitiriyorum.

Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

OTURUM BAŞKANI- Efendim, Sayın İsmail Malkoç'a, bu güzel değerlendirmeleri ve yararlı açıklamaları için çok teşekkür ediyoruz.

Sözü, hemen Sayın Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü'ye veriyorum.

Buyurun efendim.

FEYYAZ GÖLCÜKLÜ-

1. İnsan haklarının "tanınıp kabulü" ve nihayet "sağlanıp korunması" sorunu, her ulvi dava gibi önce felsefi zeminde doğdu ve gelişti. Bu sempozyumda olduğu gibi. Fakat bir o kadar da önemli olan husus, sorunun "fikir" aşamasını tamamlayıp, bir anlamda "maddi gerçek" düzeyine ulaşması; başka bir deyişle bir "hukuk gerçeği" haline gelmesi idi. Bu gelişim 20. yüzyılın ikinci yarısında hayat buldu. Özellikle Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi ile (Roma, 4.II.1950). Kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AHİS) adıyla anılan bu uluslararası belge bugün Avrupa Konseyi üyesi kırkbeş devlet ülkesinde fiilen uygulanmakta. Ve bu "uygulama" sözleşme organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından, müeyyideye bağlanmış şekilde, denetlenmektedir. İki günlük sempozyum süresinde seçkin hukukçuların sunduğu bilgi, deneyim ve yorum yüklü tebliğler aracılığı ile "sözleşme uygulaması" derinliğine ve genişliğine inceleme ve tartışma konusu oldu. Önemli gördüğüm bir hususu belirterek konuya girmek istiyorum: "ayrınırlar" sorunun "öz"ünü gizleyip unutturmamalı. Yani "orman" içinde ormana bakarken "ağaç"ı gözden kaçırmamak gerek.

2. Konuşmalar boyunca saptanan ilk gerçek insan haklarının korunması davasının evrenselliği ve demokratik yönetimin olmazsa olmaz temel unsurlarından biri olduğudur. Avrupa Sözleşmesinin 1. maddesi ile "herkes" insan haklarının aktif süjesi (isteyicisi); devlet de "sağlayıcısı"dır. Geçerken belirtelim ki üstlendiği yüküm sadece negatif, yani bir imtina (müdahale etme) yükümü değil; aynı zamanda pozitif, yani hak ve özgürlükleri fiilen kullanılmasını sağlayacak tedbirleri alma yükümüdür. AİHM'nin yerleşik içtihadından çıkan bu mükellefiyetin yerine getirilmemesi Sözleşme hükmünün ihlalini teşkil eder.

3. Demokratik devlet ve insan hakları bağlantısı uzun açıklamalara gerek bırakmayacak kadar açıktır. Sözleşme'nin Dibacesi'nde bu bağlantı ısrarla belirtiliyor. Bu husus, keza, değerli meslektaşım Profesör Kaboğlu tarafından sunulan tebliğin özünü oluşturdu. AİHM'ne göre Sözleşme Dibacesi, Sözleşme uygulamasına, yani hükümlerinin yorumuna ışık tutan bir metindir. Burada belirtmek gerekir ki demokrasi "çıtasının" belli bir "yükseklığı" vardır. Çıtayı aşağı çektiğiniz

zaman "rejim"de niteliğini kaybeder. Handyside/İngiltere kararında belirtildiği gibi.

4. Uluslararası sözleşmeler konusunda sıkça tartışılan konulardan biri, usulüne uygun olarak onaylanmış uluslararası belgelerin ulusal hukuk normlar hiyerarşisindeki yeridir. Konuyu dağıtmadan ve AİHS açısından ele almak kaydıyla belirtelim ki AİHS hukuk sistemimizde en üst kademedeyi almaktadır. Şöyleki: dahil bulunduğumuz "monist sistem" uyarınca uluslararası andlaşmalar onaylandıkları anda "ulusal mevzuat niteliğini kazanırlar; yani, uygulamaları için ikinci bir yasama işlemine (düalist sistemde olduğu gibi) gerek yoktur.

İkinci olarak, AİHS "doğrudan uygulama"ya müsait şekilde bir yasa biçiminde - hükümler içeren maddeler halinde kaleme alınmış bir "yasa andlaşma"dır "law making treaty", ya da fransızca "traité normatif". Yani ulusal makam ve yetkililerce doğrudan uygulanacaktır. Elbette AİHM'nin içtihadı ışığında. Zira her yasa hükmü, Sözleşme hükümleri de yoruma muhtaçtır; yargısal yorum mercii de AİHM'dir. Mahkeme'nin yorum metoduna biraz sonra değineceğim.

Nihayet, Sözleşme'ye Taraf devletler AİHM'nin kararlarını yerine getirecekleri taahhüdü altındadırlar (Mad. 46). Şimdi, şikayet (dava) konusu olayda Mahkeme'nin verdiği "ihlal" kararının kaynağı "uygulama" ise, davalı devlet söz konusu "uygulamaya" son verecektir. Eğer "ihlal" bir yasa hükmünün sonucu ise Taraf devlet bu yasayı (verilen "karar"a uygun surette) değiştirecektir (veya uygulamadan kaldıracaktır). İhlale neden (kaynak) olan hüküm anayasa hükmü olsa bile.

5. Her türlü yanlış anlamayı önlemek için belirtelim ki AİHM'nin üstlenip yürüttüğü görev bir "denetim" görevidir; yani AİHM, ulusal mercilerin ulusal mevzuatı doğru uygulayıp uygulayamadığını inceleyemez. Başka bir deyişle ulusal temyiz mahkemeleri üstünde nihai bir temyiz mercii değildir. Görevi, ulusal işlemlerin - taahhüt edildiği veçhiyle: mad. 1) Sözleşme'ye aykırı olup olmadığını denetlemektir.

6. AİHM biraz önce sözü edilen denetim görevini somut bir ihlal iddiasının Mahkeme'ye iletilmesi; yani somut bir ihlal "mağdurunun" varlığı koşuluyla yerine getirir (Mad. 34). Yani "soyut" yasa yahut uygulama incelemesi bireysel başvuruya konu teşkil edemez. Fakat hemen belirtelim ki Mahkeme'nin Klass/Almanya ve Dodgeon/İngiltere kararlarında benimsediği "potansiyel mağdur" kavramı uygulamaya, sakıncalı olabilecek, bir genişlik kazandırmıştır.

7. Sözleşme'de yer alan kavramlar (aile, özel hayat, mahkeme vb. gibi) özerk (muhtar) kavramlardır. Yani içerikleri ulusal hukuktaki anlamından bağımsızdır. AİHM bu kavramları anlamlandırırken; yani içeriklerini belirlerken elbette ulusal hukuklardan esinlenmektedir. Bu noktada ise, sözleşme hükümlerinin "yorumu" karışmaktadır.

8. AİHM'nin yorum metodu geliştirici (évolutif) ve ileri götürücü (progressive) yorumdur. Mahkeme'ye göre AİHS "donmuş" (yazıldığı gündeki anlamı taşıyan) bir metin değil; uygulandığı günün koşul ve ihtiyaçlarına göre yorumlanacak "dinamik" bir metindir. Bu yorum metodunun, abartılı ve aşırılıkla uygulanması halinde, "Sözleşme'ye yeni hüküm ilavesi" (yasama tasarrufu) gibi tehlikeli ve hukuken caiz olmayan bir pratiğe yol açabileceğini belirtmek isteriz.

9. Tartışma ve konuşmalar boyunca demokrasilerde "yargı organının" üstün ve önemli görevinden sıklıkla söz edildi. Demokratik sistemin ikinci olmazsa olmaz koşulunun gereği "hukuk devletinin", hukukun üstünlüğü kavramının gereği olduğu kuşkusuz. Fakat aşırılığa kaçıldığı takdirde bu uygulamanın "yargıçlar devleti" tehlikesiyle sonuçlanacağını unutmamak gerek.

10. Sözleşme dikey uygulanmaktadır. Yani haklar ve özgürlükler devlete karşı koruma altına alınmıştır. Yani "davalı" (hasım) devlettir. Kişiden kişiye "ihlâl" sözleşme uygulaması dışındadır. Meğerki kişinin yaptığı ihlale ulusal mevzuat veya uygulama neden olmuş ola (Young James ve Webster / İngiltere kararı).

11. Sözleşme uygulamasında önemli olan ve sempozyumun önemli konularından birini oluşturan diğer bir sorun da AİHM kararlarının yerine getirilme meselesidir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Sözleşme'ye Taraf devletler Mahkeme kararlarını yerine getirme taahhüdü altındadırlar. Amaç, şayet Mahkeme bir "ihlâl" saptamışsa, söz konusu ihlâlin ve bu ihlâlden doğan sonuçların ortadan kaldırılması; yani "eski halin iadesi"dir. Tabii ki eğer "fizik alemde" buna olanak varsa. Uç örnek yaşam hakkı ihlâl edilmiş bireyin (mad. 2) hayata döndürülmesinin imkânsızlığıdır.

12. AİHM gerekçeli kararında "ihlâli" saptamakla görevini tamamlamış olur. Yani Mahkeme "ihlâlden" doğan maddî ya da manevî tazminat hariç (mad. 41), eski halin iadesinin nasıl yapılacağını (ta-

mir) Taraf devletlere emretme yetkisine sahip değildir. Yani Mahkeme "ihlâli" gerekçe göstererek saptamakla yetinecektir. Davaya taraf devlet bu gerekçeyi değerlendirerek "eski halin iadesi için" ne yapması gerektiğini kendisi saptayacaktır.

13. Mahkeme kararının yerine getirilip getirilmediği hususunun denetimi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine aittir. Hükmün, gerektiği şekilde yerine getirildiği - ilgili devletin verdiği bilgiler ışığında - saptayan Bakanlar Komitesi bir "Karar" (résolution) ile "icranın yapıldığı ve dosyanın işlemde kaldırılmasını" karar altına alır.

14. Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde önemli olan husus sadece karara konu olan somut ihlâlin tamir ve tazmini değil; devletin aynı tür ihlâle bir daha yer vermemesidir. Yani sözleşme'nin amacı Mahkeme kararlarından çıkan içtihadın ışığında sözleşme hükümlerinin ülkede kemaliyle hükümlerini sağlamaktır.

15. Mahkeme kararının yerine getirilmesi konusunda özellikle Sözleşme'nin 6. maddesi (âdil yargılama) büyük önem kazanmaktadır. AİHM, 6. maddeye ilişkin bir şikayet başvurusu halinde 6. madde hükmünün ulusal mercilerce çiğnendiğine karar vermiş ise yargılama yenilenecektir. Ceza Muhakemesi Usulü Kanunumuzda yapılan bir değişiklikle bu imkân hukukumuzda da bir "olağanüstü kanun yolu" olarak girmiş bulunuyor. "Yenilemenin" konusu her somut olayda farklılık gösterebilir. Muhakemenin tümü ya da eksik işlemin tamamlanması gibi.

16. AİHM'ne ilişkin şikayet başvurusunda bulunma imkânının iç (ulusal) başvuru yollarının tüketilmesi koşuluna bağlanmış bulunması hükmünden de (mad. 35) kolayca anlaşılacağı gibi Mahkeme "ikincil" (yedek) yetkiye sahip ulusalüstü bir yargısal denetim mercii-dir.

Sözleşme ile koruma altına alınmış bulunan hak ve özgürlüklerin Sözleşme'ye uygun surette sağlanıp korunması aslo olarak ve ilk aşamada ulusal mercilere aittir; ve Taraf devlet sözleşme hükümlerine tüm organlarıyla (yasama, yargılama ve yürütme erkleri) riayet taahhüdü altındadır.

ERASLAN ÖZKAYA - Yargıtay Başkanı

Sevgili meslektaşlarım,

Değerli bilim adamları,

Sayın konuklar,

Seçkin bilim adamlarını, uygulamada büyük birikim ve deneyim sahibi Yargıtay daire başkanları ve üyelerini, yargıç ve cumhuriyet savcılarını, avukatları, başka ülkelerden gelen hukukçuları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görev alan yargıçları buluşturan, her anı dopdolu ve çok yararlı geçen iki günlük sempozyumu tamamlamış bulunuyoruz.

Bu sempozyumda söz alan ve bildiri sunan her konuşmacının konuşmasını ayrı ayrı değerlendirmeye zamanımız elvermediği için ben bu sempozyumun ve tüm konuşulup tartışılanların topluca ve kısa olarak değerlendirmelerini yapmak istiyorum.

Bu sempozyumda, açılış konuşmalarını yapan değerli konuşmacılar ile Sayın Prof. Dr. İoanna Kuçuradi, Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı, dış ülkelerden gelen konuklar ayrı bir önem ve içerik kazandırmışlardır. Tebliğ sunan değerli iştirakçiler büyük bir emek ve birikim mahsulü tebliğlerini, kapsamları çok geniş olmasına karşın kendilerine ayrılan kısa zaman dilimi içerisine sıkıştırıp sunma ve çok yararlı açıklamalarda bulunma yönünde üstün beceri göstermişlerdir. Bu hususta sayın oturma başkanlarının değerli katkılarını ve dirayetlerini de önemle belirtmek gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde daha önce görev alan Sayın Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü ve halen bu görevi yapmakta olan Dr. Rıza Türmen birikimlerini bizlere aktararak büyük katkı sağlamışlardır. Tartışmalara katılan ve soru yöneltten değerli dinleyenler sayesinde zihinlere takılan istifamlar ve tereddütler nispeten aydınlanmıştır. Sayın dinleyenler ve 'basınımızın' değerli temsilcileri bizlere şevk ve güç vermiştir. Hepsine, özellikle bu sempozyumun hazırlanmasına büyük emek veren ve değerli tebliği ile büyük katkı sağlayan Sayın Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu'na şahsım ve tüm ilgililer adına teşekkürlerimi sunuyorum.

Sempozyum çok önemli ve güncel bir konu seçmiştir. Bilindiği üzere sempozyumun konusu olan insan hakları ve özgürlükleri daima gelişme özelliği gösteren, dinamik haklardır. İnsan hakları ve

özgürlükleri yönünde her şeyin yapıldığı ve hayata geçirildiği hiçbir zaman iddia edilemez. İnsan hak ve özgürlükleri yönündeki gelişme sürecinin gerek kural bazında, gerekse yaşama geçirilmesi aşamasında iyi takip edilebilmesi için bu gibi ilmi toplantıların elverdiği ölçüler içerisinde tekrarlanması büyük fayda vardır.

Bu sempozyumda yargıç, demokrasi ve egemenlik kavramları ve ilişkileri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve ulusal adli yargı organları arasındaki etkileşim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorum yöntemleri, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yaşam hakkına ilişkin 2. maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi, özgürlük ve güvenlik hakkına ait 5. maddesi, adil yargılanma hakkı ve silahlıların eşitliği ilkesine yönelik 6. maddesi, özel hayatın ve aile hayatının korunmasını hükme bağlayan 8. maddesi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne ilişkin 9, 10 ve 11. maddelerinin açıklamaları, yorumları, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek ulusal mahkemeler yönünden uygulamalar ve uygulamada karşılaşılan sorunlar, derinliğine incelenmiş, bu hususlarda çok değerli görüş ve öneriler ileri sürülmüş, bunların yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletlerde yargılanmanın yenilenmesi ile Türkiye'de adli yargı açısından yargılanmanın yenilenmesi gibi çok önemli konular, yasal ve uygulama boyutlarında incelenmiş, çok değerli açıklamalar ve değerlendirmeler yapılmıştır.

Öyle tahmin ediyorum ki, insan hak ve özgürlüklerini en geniş boyutuyla düzenleyen, zaman içerisinde değişip gelişen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Anlaşma Şartı ve Protokollerle, insan hak ve özgürlüklerini koruyup güvence altına alma yönünde en sürekli ve etkin görev yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve onun içtihatları hakkındaki bilgilerimiz bu sempozyum ile yenilenmiş, daha farklı bir boyut kazanmıştır.

Bu sempozyumda dile getirilen aksaklık ve eksiklikleri kısaca belirtmek gerekirse; insan hak ve özgürlüklerinin korunması yönünde getirdiği ilke ve standartlar tüm taraf ülkelerin yasalarına ve uygulamalarına öncülük etmekte, gerçekten üstün bir hukuk yaratmaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tüm kararlarının uyum içerisinde olduğunu söylemek olanağı yoktur. Hatta çifte standartlar uygulanıyor kuşkusunu uyandıracak derecede kimi kararları arasında çelişkiler mevcuttur. Ayrıca taraf ülkelerin ulusal mahkemelerinde görülen davaların aşırı uzamasını, adil yargılanma hakkının ihlali

olarak kabul edip ilgili ülkeyi mahkum ettiği halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki davalar çok uzamaktadır. Bu yönde taraf ülkelerin mahkemelerince ileri sürülen iş fazlalığı mazeretine kendisi sığınarak çelişkiye düşmektedir. Çelişkili hüküm vermenin ve davaların uzaması nedenlerinin ortadan kaldırılması için gerekli önlemler süratle alınmalıdır. Bunun yanında demokratik hukuk devleti olan bazı ülkelerinin yargı bağımsızlığına ve dokunulmazlığına kendi ülkelerinde çok büyük önem vermelerine karşın, başka ülkelerdeki mahkemelerin bağımsızlığına bu derece önem vermedikleri, münferit de olsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini etki altına alabilecek bazı davranış içerisine girdikleri olaylara rastlanılmaktadır. Bu hususta da gerekli özenin gösterilmesi gerekmektedir.

İç hukukumuza gelince; insan haklarını düzenleyen başta Anayasa hükümleri olmak üzere, tüm yasalarımızda çok süratli ve büyük boyutta iyileştirmeler yapılmıştır. Uygulamada da bu değişikliklere paralel olarak büyük ilerlemeler olmuştur. Ne var ki, Anayasamızda ve yasalarımızda halen değiştirilmesi ve yenilenmesi gereken hükümler bulunmaktadır. Örneğin, Anayasamızda yargı bağımsızlığı ve yargı güvencesi ile ilgili hükümlerin yanında, yargı bağımsızlığı ve yargı güvencesini ortadan kaldıran hükümlere de yer verilmiştir. Keza, diğer kimi yasalarımız adil yargılanma hakkına uymayan hükümler içermektedir. Avrupa standartlarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uymayan bu hükümlerin süratle değiştirilmesi gerekmektedir. Uygulamada ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile evrensel ilkeler daha özenli bir şekilde göz önünde tutulmalı ve verilen kararlarda bu sözleşme hükümlerine ve mahkeme kararlarına daha çok atf yapılmalı, gerek idari gerek adli mercilerin ve zabitanın Avrupa standartlarına uymayan uygulama ve işlemleri düzeltilmelidir.

Sonuç olarak;

Başta yargı olmak üzere, tüm bireyler, sivil toplum örgütleri, kamu kurum ve kuruluşları ve basın, insan hak ve özgürlüklerini benimseyip özümstedikleri oranda insan hak ve özgürlükleri daha gelişip, çok daha sağlam güvenceye kavuşmuş olacaktır.