

**Sorularla Avrupa İnsan Hakları  
Sözleşmesi**

**Güney Dinç**

## Güney Dinç

1936 yılında İzmir'de doğdu. Karşıyaka Lisesi'nden sonra 1958'de İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdi.

1964-1970 yılları arasında Türkiye İşçi Partisi'nin Karşıyaka İlçe Başkanlığı, İzmir İl Başkanlığı ve Genel Yönetim Kurulu Üyeliği görevlerinde bulundu. 1967 seçimlerinde TIP adayı olarak İzmir İl Genel Meclisi Üyesi seçildi.

1981'de İzmir Barosu Başkanlığı'na seçildi. 1984-1989 yılları arasında da Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyeliği'nde bulundu.

Türkiye Barolar Birliği'nin 2002 yılında kurduğu "*İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi*"nin Bilim ve Danışma Kurulu ile Yürütme Kurulu üyeliklerinde görevlendirilen Dinç halen bu görevlerini sürdürmektedir. TBB'nin ve çeşitli baroların düzenlediği hukuk kurultayları ve sempozyumlara bildirileriyle katılan ve 1961 yılından beri İzmir'de serbest avukat olarak çalışan Güney Dinç'in yayınlanan kitapları:

*Yök Çıkmazı*, Ankara, 1986; *İnsan Haklarına Uzanmak*, İstanbul, 1986; *Güvensizlik Üçgeni (1402'likler, Güvenlik Soruşturması, Fişleme)*, İstanbul, 1987; *Pençeli Adalet*, İstanbul, 1988; *Yedi Domuzlu Altın*, Ankara, 1990; *AİHS'ne Göre İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri*, İzmir Barosu, İzmir, 2005; *AİHS'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir Barosu, 2006.

Sorularla **Hukuk Dizisi 4**

**SORULARLA  
AVRUPA İNSAN HAKLARI  
SÖZLEŞMESİ**

GÜNEY DİNÇ



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 102  
Sorularla Hukuk Dizisi: 4

*Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*  
Güney Dinç

ISBN: 975-6037-31-8  
© Türkiye Barolar Birliği  
Birinci Baskı: Mayıs 2006

*Sayfa Tasarımı, Düzelti ve Ofset Hazırlık*  
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)  
(Sabri Akkerman)

*Baskı*  
Şen Matbaa  
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)  
Özveren Sokağı, 25/B  
Demirtepe - ANKARA  
www.senmatbaa.com

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



## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ

XIII

### GİRİŞ

Barış Coşkusu .....	3
Barış İçin Birleşmiş Milletler Örgütlenmesi .....	6
Avrupa Konseyi'nin Kuruluşu .....	8
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokoller .....	12
Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve Ek Protokolleri Onaylaması .....	15

### SORULAR

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden Kimler Yararlanır? .....	19
2. Sözleşme, Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerin Sınırasını Etkinliklerinde de Uygulanır mı? .....	22
3. AİHS'nin Uluslararası Hukuka Getirdiği En Önemli Yenilik Nedir? .....	29
4. Bireysel Başvurular Hangi Organlara Karşı ve Kimler tarafından Yapılır? .....	31
5. Öncelikle İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Neden Gereklidir? .....	33
6. İç Hukuk Yolları Nasıl Tüketilir? .....	37
7. İç Hukuk Yolları Tüketilmeden de Bireysel Başvuru Yapılabilir mi? .....	41

8. Devlet Başvurusu Ne Demektir? .....	43
9. Hangi Konularda Bireysel Başvuru Yapılabilir? .....	45
10. AİHM Bireysel Başvuruların İçerik Denetimini Nasıl Yapıyor? .....	47
11. Yaşama Hakkının Kapsamı Nedir? .....	49
12. AİHM, Devletlerin Öldürmeme Yükümlülüklerini Hangi Ölçütlere Göre Değerlendiriyor? .....	52
13. Kamu Görevlilerinin Eylemleri Nedeniyle Devletler Hangi Koşullarda Olumsuz (Öldürmeme) Yükümlülüklerini Yerine Getirmemiş Sayılıyorlar? .....	55
14. Devletler Yaşama Hakkını Korumak Amacıyla Önem Almadıkları İçin Sorumlu Tutulabilirler mi? .....	58
15. Yaşama Hakkının Çiğnendiği Olaylardaki Soruşturmalar Nasıl Yürütülmelidir? .....	64
16. Yargısız İnfazlar ve Kaçırma Olayları Karşısında Devletlerin Sorumluluk Durumu Nedir? .....	68
17. AİHS'nin İşkence Yasağı, Hangi Davranışları Kapsıyor? .....	72
18. AİHM İşkence Konusundaki Başvuruları Nasıl Değerlendiriyor? .....	81
19. Mahkeme'nin Tedavi Kurumlarındaki, Gözaltına Alma, Tutuklama, Cezaevi Aşamalarındaki Kötü Davranışlarla İlgili Değerlendirmeleri Nelerdir? .....	92
20. Kamu Görevlilerince Alınıp Götürülen Yakınlarından Bilgi Alamayanların Durumu, Olayların Genelikle Bağlantılı Olarak 3. Madde İçinde Değerlendirilebilir mi? ...	100
21. İşkence Uygulanan Kişilerin Anlatımları, Sanık Olarak Yargılandıkları Dava Açısından Karıt Oluşturur mu? .....	106
22. Kaçakların, Sığınmacıların, Sınırdışı Edilmeleri, Suçluların Geri Verilmeleri, 3. Madde Kapsamında Değerlendirilebilir mi? .....	108
23. Sözleşme'nin 4. Maddesindeki Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı ne Anlama Geliyor? .....	115
24. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Nasıl Tanımlanıyor? .....	118

25. Kişi Özgürlüğü Hangi Neden ve Yöntemlerle Kısıtlanabiliyor?.....	123
26. Güvenlik Görevlilerince Gözaltına Alınan Kişi, Kaç Gün İçinde ve Hangi Koşullarda Yargıç Önüne Çıkarılmalıdır? .....	130
27. Sözleşme, Ceza Mahkemeleri'nde Yargılanan Sanıkların Tutukluluk Sürelerini Sınırlandırıyor mu? .....	138
28. Haksız Tutuklama Tazminatı Hangi Koşullarda Gündeme Gelmektedir? .....	148
29. AİHS'nin Gözaltına Alma ve Tutuklama Konularındaki Düzenlemeleri Askeri Mahkemeler ve Asker Kişiler Hakkında da Uygulanabilir mi? .....	152
30. Adil Yargılanma Hakkı ne Anlama Geliyor ve Hangi Konuları Kapsıyor? .....	156
31. Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı AİHS'yle Korunuyor mu? .....	165
32. Sözleşme, Adil Yargılamayı Gerçekleştirecek Yargı Yerlerinde Hangi Nitelikleri Arıyor? .....	177
33. Yargı Yerine Erişim Hakkı Ne Anlama Geliyor? .....	199
34. Adil Yargılanma Hakkı İçin Çok Yönlü Güvenceler. Saptanan Sözleşme'de, Neden Etkili Başvuru Hakkı Adında Farklı Bir Tanıma Gerek Görülmüştür? .....	217
35. Devletlerin Bireysel Başvuru Süreci Karşısındaki Tutumları Sözleşme Denetimi Altında mıdır?.....	229
36. AİHS'ye Göre Makul (Uygun) Sürede Yargılanma Hakkı Ne Anlama Geliyor? .....	233
37. AİHM'nin Özellikle Çabuk Sonlandırılmasını Öngördüğü Davalar Oluyor mu? .....	245
38. "Silahların Eşitliği" Deyiminin Yargılama Sürecindeki Anlamı Nedir?.....	251
39. Hukuk Davalarında da Silahların Eşitliği Gözetiliyor mu?.....	266
40. Aleni Yargılanma Hangi Koşullardan Oluşuyor?.....	271
41. AİHM Kararlarında Suçsuzluk Güvencesi (Karinesi) Nasıl Değerlendiriliyor?.....	281

42. Adil Yargılanmanın Gereği Olarak Sözleşme, Sanıklar Açısından Ne Tür Güvenceleri Öngörüyor? .....	291
43. Sözleşme'ye Göre, Saruğın Kendisini Doğrudan Savunması Seçimlik Bir Hak mıdır? .....	300
44. Saruğın Avukat Eliyle Savunulması Nasıl Sağlanmaktadır?.....	306
45. Avukat Görevini Yapmazsa, Bundan Sanık Bir Zarar Görürmü? .....	319
46. Sözleşme, Savunmanın Yetki ve Güvencelerini de Koruyor mu?.....	331
47. Avukatla Tutuklu Saruğın Yazışmaları, Görevlilerce Açılıp Okunabilir mi? .....	334
48. Avukatla Cezaevindeki Saruğın Yüzyüze Görüşmeleri Görevlilerce Dinlenebilir mi? .....	344
49. Avukat Büroları Mahkeme Kararı ile Aranabilir mi?.....	356
50. Yargıçlar, Duruşma Sırasında Tartıştıkları Avukatı Yargılayıp Hapis Cezasına Mahkum Edebilirler mi?.....	361
51. Tanıklar, Yanlarca Hangi Koşullarda Dinlenip Sorgulanıyorlar?.....	364
52. Duruşmada Kullanılan Dili Bilmeyen Sanıklar, Sorunlarını Nasıl Anlatacaklar? .....	371
53. Sözleşme, Suçların ve Cezaların Yasallığı İlkesini Koruyor mu?.....	375
54. Sözleşme'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" Başlıklı 8. Maddesi, Hangi Güvenceleri İçeriyor ve Nasıl Bir Koruma Yöntemi Öngörüyor? .....	381
55. Bir Kadının Kendi İsteği Olmaksızın Polislerin Zoru ile Jinekolojik Muayeneden Geçirilmesi, Özel Yaşam Güvenliği İle Bağdaşır mı?.....	393
56. Basın, Ünlü Kişilerin Özel Yaşamlarını Özgürce Sergileyebilir mi?.....	396
57. AİHM'ye Göre Aile Nedir ve Nasıl Korunur?.....	400
58. Konutuna Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı'nın Boyutları Nelerdir? .....	409

59. Devletlerin Haber Alma Görevlileri, Telefonları Dinlemekte,  
Mektupları ve Benzeri İletileri Açıp Okumakta  
Özgür müdürler?..... 418
60. Telekulak Özgürce Fişlemeye de Başlarsa,  
Kişilerin Özel ve Kamusal Yaşamlarının Güvenliği  
Korunabilir mi?..... 431
61. AİHS'nin Din, Vicdan ve İnanç Özgürlüklerine  
Bir Sınırlama Getirmediği Söylemleri Doğru mudur? ..... 435
62. AİHM'nin, Din ve İnanç Özgürlüğünü Sınırlandıran  
Kararları Hangi Gereklere Dayanıyor? ..... 441
63. Mahkeme, Devletlerin Dinsel Örgütleri Yönetme Girişimlerini  
Nasıl Değerlendiriyor? ..... 447
64. AİHM, 9. Madde Bağlamında Türkiye'den Gönderilen  
Başvurularda Olayları Nasıl Değerlendirdi? ..... 452
65. AİHM'nin Kararlarında, Katolik, Ortodoks İnançlarına ve  
İslamla Yönelik Değerlendirmelerinde  
Ayrımcılık Yapıldığı Söylenbilir mi?..... 467
66. Sözleşme'nin 10. Maddesindeki Düşünceyi Açıklama  
Özgürlüğü, Basına ne Tür Güvenceler Sağlıyor? ..... 473
67. Basın, Yayınladığı Haber ve Yorumları Karutlamak,  
Kaynak Göstermek Zorunda mıdır? ..... 479
68. Basının, Politikacılara, Kamu Yöneticilerine,  
Güvenlik Görevlilerine Yönelik Eleştirileri  
Sözleşme Karşısında Nasıl Değerlendiriliyor? ..... 481
69. AİHM, Basına Yönelik Gizlilik ve Yasakları  
Nasıl Değerlendiriyor? ..... 494
70. AİHM Ticari ve Ekonomik Konulardaki  
Yayımlar Karşısında da Aynı Özgürlükçü Yaklaşımı  
Sürdürüyor mu? ..... 497
71. Ahlaki ve Onursal Değerlerin Korunması,  
İletişim Özgürlüğünün Kısıtlanmasını Gerektirir mi? ..... 502
72. Başkalarının Kişilikleri ve Onurları Basın Özgürlüğünün  
Kısıtlanmasını Gerektirir mi? ..... 507
73. Basın, Mahkemeleri ve Yargıçları Eleştirebilir mi? ..... 511

74. AİHM,Türkiye'den Gelen İlk Başvurularda, TCK'nın 312. Maddesine Dayandırılan Mahkumiyet Kararlarını Hangi Ölçütlere Göre Değerlendirmiştir?.....	515
75. Etnik Ayrımcılığın Tartışıldığı Davaları AİHM Nasıl Değerlendiriyor?.....	522
76. Laikliğin Korunması Amacıyla Anlatım Özgürlüğü Hangi Ölçülerde Sınırlandırılabilir?.....	532
77. AİHM ile Türk Mahkemeleri'nin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Konusundaki Yorum Farklılıkları Hangi Nedenlerden Kaynaklanıyor?.....	538
78. AİHS'nin "Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü" Başlıklı 11. Maddesi Hangi Hakları Kapsamaktadır?.....	544
79. Sözleşme, Sendikaların Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Yapma Yetkilerini Korumakta mıdır?.....	548
80. Dernek Kurmanın ve Dernek Üyelikinin Diğer Tüzelkişiliklerden Farklı Yanları Var mıdır?.....	554
81. AİHM, Türkiye'nin Dernekler Yasası'nı Nasıl Değerlendirdi?.....	558
82. Sözleşme, Ulusal ve Etnik Farklılıklar Temelindeki Derneklerin Kuruluşuna Olanak Tanıyor mu?.....	564
83. Sözleşme'nin 11. Maddesi'ndeki Dernek Kurma Hakkı, Siyasal Partileri de Kapsıyor mu?.....	573
84. AİHM, TBKP'nin Kapatılmasıyla İlgili Olarak Ne Tür Değerlendirmeler Yaptı?.....	577
85. AİHM, Refah Partisi'nin Kapatılmasını Hangi Nedenlerle Sözleşme'yle Uyumlu Buldu?.....	584
86. AİHM, Siyasal Etkinlikleri Nedeniyle Kapatılan Partileri, 11. Madde Karşısında Nasıl Değerlendirdi?.....	589
87. Sözleşme'nin Evlenme Hakkını Tanıması Kimleri Koruyor?.....	593
88. Ayrımcılık Yasağı Ne Anlama Geliyor, Nasıl Uygulanıyor?.....	596
89. Devletler Sözleşme'nin Uygulanmasını Askıya Alabilirler mi?.....	605

90. Sözleşme, Özgürlükleri Yok Etme Özgürlüğünü de İçeriyor mu? .....	608
91. AİHS Mülkiyet Hakkını Koruyor mu? .....	611
92. 1 Numaralı Protokol'ün 1. Maddesi Mülkiyet Hakkını Nasıl Koruyor?.....	618
93. Sovyetler Birliği'nin Dağılmasından Sonra Avrupa'da Ülkelerinin Sınırlarındaki Değişimler, Mülkiyet Hakkı Uygulamalarını Etkiledi mi? .....	628
94. Türkiye'den Mülkiyet Hakkı ile Bağlantılı Olarak AİHM'ye Gönderilen Başvurularda Hangi Konular Yer almaktadır?.....	634
95. Eğitim Hakkı Neleri İçermekte ve Nasıl Korunmaktadır? .....	640
96. AİHS'ye Göre Serbest Seçim Güvencesi Hangi Koşullardan Oluşuyor? .....	645
97. Borcunu Ödeyemeyenlere Hapis Cezası Verilebilir mi?.....	656
98. AİHM Kararları Nasıl Kesinleşiyor? .....	658
99. AİHM'nin Kesinleşmiş Kararları Karşısında Devletlerin Ne Tür Yükümlülükleri Bulunmaktadır? .....	662
100. AİHM Kararlarının Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Benimsenmesi Uygun Bir Çözüm müdür? .....	667
101. Sözleşme Ulusal Bir Yasa Olduğuna Göre, Mahkemelerce Doğrudan Uygulanabilir mi? .....	671
102. AİHM Kararlarının Ulusal Yasa ve Uygulamaları Değerlendirirken Üzerinde Durduğu Ölçütler Zaman İçersinde Nasıl Bir Gelişim İzledi? .....	678
103. AİHM'ye Bireysel Başvuru Dilekçeleri Hangi Dilde ve Nasıl Yazılır, Nereye Gönderilir, Avukatla Temsil İçin Gereken Belgeler Nelerdir, Dilekçelere Hangi Kanıtlar Eklenmelidir, Bu Konularda Mahkemece Öngörülen Örnekler Var mıdır?.....	685

## EKLER

1. AİHM'ye Başvurmak İsteyenler İçin Açıklama.....	689
2. Sözleşme'nin 34. Maddesine Göre Başvuru Formunu Dolduracak Kişiler İçin Açıklama .....	696
3. Türkçe Açıklamalı Bireysel Başvuru (Formu) Dilekçesi .....	703
4. Türkçe Açıklamalı Yetki Belgesi Örneği.....	714
Yararlanılan Kaynaklar .....	717
Kavramlara Göre Dizin .....	723



## ÖNSÖZ

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca benimsenen ve TBB 27. Genel Kurulu'na sunulan yayın programı çerçevesinde TBB Yayın Kurulu'nun planladığı doğrultuda hukuk kitapları yayınlamaya devam ediyoruz.

Bu dizinin dördüncüsü olan "*Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*" kitabını hukukçuların yararlanmasına sunmaktayız. Kitap bu alanda yazılmış en yetkin kitaplardan biri olma özelliğini taşıdığı gibi yalnızca avukat adayları için değil tüm hukukçu meslektaşlarımız için de bir başucu kitabı olacağına inanıyoruz.

Bilindiği gibi 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesine, "... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." şeklinde bir hüküm eklenmek suretiyle gerçekleştirilen değişiklikle, daha önce de bu antlaşmaların iç hukukun parçası olduğu belirtilmesine karşın iç hukuktaki yeri konusundaki tereddütler ortadan kaldırılmıştır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin diğer uluslararası antlaşmalarla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşme eki protokoller de tereddütsüz iç hukukun parçası

ve uyumsuzluk halinde de ulusal kanunlarımızdan öncelikli bir normlar bütünü niteliği kazanmıştır. AİHS'yi yorumlayan ve ülke olarak bizim de başvuru ve yargı yetkisini kabul ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumları da bu anlamda bağlayıcı hukuk metinleridir. Bu çerçevede sözleşme ve sözleşme yorumcusu Mahkeme'nin kararlarını bilmek, tartışmak, değerlendirmek ve uygulamak artık tüm hukukçularımızın asli görevlerinden biri haline gelmiştir.

Kitabın yazarı sevgili Güney Dinç, "*İnsan haklarının bireysel ve toplumsal ölçekteki amacı, adaletin egemen olduğu bir dünyada herkesin insanca ve özgürce yaşamasıdır. Sorgulanması gereken konu, AİHS ve Ek Protokoller çevresinde oluşan hukuk kurallarının, AİHM kararları ile insan haklarının gerçekleşmesine hangi boyutlarda katkıda bulunduğu*", diyerek konuya hukuksal bakışı en özlü bir biçimde ifade etmektedir.

Ülkemizde insan hakları konusunu ilk gündeme getirenlerden birisi olan değerli meslektaşımız Av. Güney Dinç'in hazırladığı bu kitap için daha fazla bir şey söylemeye gerek yok, çünkü kitabı incelediğinizde bugüne değin bu alanda yazılmış, teorik bilgileri de içermekle birlikte uygulamacılar için çok değerli bir rehber kitap olduğunu, neredeyse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin şerhi niteliğinde bulunduğunu göreceksiniz.

Bu değerli kitabı hazırlayan Av. Güney Dinç'e ve kitabın yayın hayatına kazandırılmasında emeği geçen başta Av. Özcan Çine olmak üzere tüm emek verenlere teşekkür ediyor, "*Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*" adlı kitabı takdirlerinize sunuyorum.

Av. Özdemir Özok  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

# **GİRİŞ**

## BARIŞ COŞKUSU

Bu kitaba, belleğimde çok canlı kalan ve hiç unutmadığım bir çocukluk anımı sorgulayarak başlamak istiyorum. İkinci Dünya Savaşı'nın sona erdiği sırada dokuz yaşında idim. Doğum yerim olan İzmir'in Karşıyaka Bucağı'ndaki Cumhuriyet İlkokulu'nda okuyordum. Yağmurlu bir günün okul çıkışında aynı mahallede oturan birkaç arkadaş, kaldırım boşluklarındaki su birikintilerine bata çıka evlerimize dönüyorduk. Gerilerde kalan bir başka arkadaşımızın, bağıra çağıra, ellerini kollarını sallayarak bizlere doğru koştuğunu görünce, durup bekledik. Soluk soluğa gelen arkadaşımız, terleyip yüzüne kan basmış bir durumda, "savaş bitti... savaş bitti ..." diye bağırıyordu. Bizler de onun coşkusuna katıldık. Alışık olmadığımız davranışlar içine girdik. Atladık, sıçradık, anlaşılmaz sesler çıkararak bağırдық, Ben okul çantamı havaya fırlattım. Kilidi açılan çantanın içindekiler ıslak kaldırımlara, boş çanta da duvarın üzerindeki parmaklıkları aşarak yol kenarındaki bir evin bahçesine düşmüştü. Barış coşkusu, alışmadığımız böylesine sorunlara da neden olmuştu.

Şimdi düşünüyorum da, savaşın bittiğini duyunca "bizi böylesine sevindiren ne idi?" diye, yanıt bulmakta gerçekten

zorlanıyorum. O yıllarda ekmek, gaz, bez hatta çivi, karne ile alınıp satılırdı. Boş şişeleri ısıtıp keserek su bardağı üretmesini öğrenmiştik. Soğuk havalarda, sobada yakılacak odun ve kömür kalmamışsa, sabahları babamın askerlik arkadaşının, evimizin yakınındaki fırınuna gidip, nar taneleri gibi kızarmış pirina ateşini, mangal içinde eve getirmek bana düşüyordu. Yani, Prometheus'u oynuyormuşum o günlerde. Arada sırada geceleri "karartma" yapılırca, kapıyı bacayı örter, ışıkları söndürür erkenden yataydık. Ertesi sabah, eski bir çorap içine bez kırpıntılarını doldurup ağzını dikerek kendi ürettiğimiz topu tekmeleme tekmeleme okul yoluna düşerdik. Çocuklar için yaşam güzeldi ve yakınmamızı gerektiren nedenler yoktu.

Savaşın çirkin yüzünü hiç görmemiştik. Sinemaların cumartesi günleri gittiğimiz öğrenci seanslarında, asıl filmden önce, savaşan ülkelerin propaganda gösterileri sergilenirdi. Saçları taranmış, güzel giysili askerler, pırıl pırıl tanklar, ateş püsküren toplar ve eşek arıları gibi vızıldayan uçaklar, sanki ulaşamadığımız varsılığın oyuncakları gibiydiler. Askeri bandonun marşlar, valsler çaldığı bu filmlerde evler hiç yıkılmaz, insanlar ölmez, kan dökülmezdi.

Asıl haber kaynağımız ise, evin en seçkin köşesine yerleştirilen "Ultramara" marka emektar radyomuzdu. Savaşan karşıt güçlerin kanalları bozma eylemlerine bizim gönüllü alıcının cızırtıları da eklenince, söylenenleri anlamak daha bir güçleşiyordu. Arada bir sarsıp yumruklamak, kendisine gelip daha anlaşılır sesler çıkarmasını sağlıyordu.

Neden, insan hakları konusundaki bir çalışmaya, böylesine özel ve kişisel bir anıyla başlıyorum?

Hep savaş içinde olmuştuk ama Türkiye, Avrupa'nın en güvenli ülkesiydi. Bizim yaştakiler, savaşı yaşamadıkları

gibi, barışın ne anlama geldiğini de bilmiyorlardı. Benim ve yaşlılarım için başka türlü bir yaşamı imgelemek olanaksızdı. Nasıl bir duyguya kapılmıştık da, savaşın bittiğini duyunca böylesine tanımlanması güç bir coşkuyu yaşamıştık. Sonraki yıllarda çok sık yinelendiğine tanık olduğum bir varsayım var. Saldırganlığın insanın doğasından gelen bir dürtü olduğu söyleniyor. Ben buna inanmak istemiyorum. Bilimsellik görünümü altında, insanlara haksızlık yapıldığını düşünüyorum. Benim ve arkadaşlarımla çocuksu coşkusu, o günlerde ne olduğunun bile ayırdığına varamadığımız barış içinde yaşama içgüdülerinden kaynaklanan insancıl bir tepkiydi. Gerçekten de, insanlık adına yürütülen en saygın çabalar, her çağda ve her koşulda, silahların yok edici gücüne karşı barış inancının egemenliği için verilen uğraşlar olmuştur. Umutsuzluğa düşmenin gereği yok. Belki bir gün sözde değil, özde de barışa uzanabileceğiz...

## BARIŞ İÇİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTLENMESİ

60 milyon insanın ölümü, birçok ülkenin yıkılıp yıkılmasıyla sonuçlanan İkinci Dünya Savaşı'nın ardından 26 Haziran 1945'te San Fransisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Anasözleşmesi'nin 1. maddesinde, "... insan haklarına ve herkes için temel özgürlüklere saygıyı sağlamak ve teşvik etmek bakımından uluslararası işbirliğini gerçekleştirmek ..." yeni örgütlenmenin temel amaçları arasında sayılıyordu. 10 Aralık 1948'de kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin "Başlangıç" bölümünde, "insan haklarının tanınmaması ve hoşgörüsüzlüğün, insanlık vicdanında derin yaralar açan barbarlıklara neden olduğu, korkudan ve yoksulluktan kurtulmuş insanların konuşma ve inanç özgürlüklerine sahip olacakları bir dünyanın kurulmasının, insanlığın en yüksek amacı olduğu ..." duyuruluyordu. Böylece "uluslararası insan hakları hukuku" diye anılacak yeni bir bilim dalı doğuyordu. Evrensel bildirge, tüm insanlığı "ulusal ve uluslararası alanlarda gitgide çoğalan önlemlerle" insan haklarının özümsemişi için yoğun çaba göstermeye çağırıyordu. Ulusal ve ekonomik çelişkilerin en yüksek boyutlarda yaşandığı bir dönemde, ezenin de, sömürülenin de imza koyduğu Bildirge, tüm insanlık için zorunlu temel güvencelerin alt basamağını belirlemekle yetiniyordu. Örgütlenmenin, üzerinde görüş bir-

liğine varılan amacı, kalıcı barışı gerçekleştirmektir. Ne var ki, emperyalizmin doyumsuz saldırganlıklarından, paylaşılacak ekonomik kaynakların yetersizliklerinden ileri gelen çeşitli iç ve dış etkenler nedeniyle uygarlığın tadına varamayan ulusların çoğunlukta olduğu günümüzde de, BM İnsan Hakları Bildirgesi'nin yeterince uygulanma alanı bulamadığı kolaylıkla gözlenmektedir. Özellikle 21. yüzyılda birbirini tetikleyen, "silahlanma, terör ve teröre karşı savaş" sarmalı karşısında büyük çoğunluğu yağmadan pay kapmaya çalışan, ya da ulusal ve bölgesel çıkarlarını gözeterek etkisiz kalmayı yeğleyen gelişmiş ülkelerin olumsuz yaklaşımları nedeniyle, BM örgütlenmesinde, ileride kapatılması olanaksız yaralar açılmaktadır.



## AVRUPA KONSEYİ'NİN KURULUŞU

5 Mayıs 1949'da Roma'da imzalanan Avrupa Konseyi Sözleşmesi, düşünsel temeli 17. yüzyıla kadar inen Avrupa'nın bütünleşmesi yolundaki önemli bir adımdır. Savaşın yarattığı yıkıntılar, gelecekte de aynı olayların yaşanmaması için, bu bölgenin insanlarını, uluslararası ilişkilerde daha barışçı yöntemler üretmeye yönlendirmiştir. Avrupa ülkelerinin savaşta yitirdikleri siyasal ve ekonomik üstünlüklerini yeniden yakalayabilmeleri, yıkılan kentlerin ve üretim birimlerinin onarımı, yeni örgütlenmenin temel nedenleri arasındadır. Kuşkusuz bu girişimde, yakın gelecekte ABD'ye ve Sovyetler Birliği'ne karşı yürütülecek denetim alanlarının paylaşımı yarışında yalnız ve etkisiz kalmama dürtüsünün de payı bulunmaktadır.

Geleceğe hazırlanan Avrupa'nın üzerinde durması gereken bir başka konu da, savaş öncesinde çok kısa sürede tüm kıtayı ezip geçen nazizmin ve faşizmin ileride yeniden canlanmaması için ortak politikalar saptama ve uygulama gereksinimiydi. Kişilikleri ezen baskıcı yöntemlerle ya da insanın üretim ve tüketim süreci dışındaki varlığı ile ilgilenmeyen sosyal politikalarla bu çok yönlü amaçlara ulaşılamazdı. İşsizlik, yoksulluk, umutsuzluk içinde kıvranan savaş yorgunu

insanlara, nesnel ve düşünsel gelişme yolları açılmadıkça, güvenli bir toplum yaşamına ulaşamazdı. Savaş sonrası değer yargılarının doğru saptanması gerekiyordu. "İnsan" varlığının öne çıktığı bir dönemde, geleneksel devlet anlayışı ile birlikte, özgürlük ve demokrasi kavramlarının yeni bir biçim edinmesi zorunluymuştu. Bütün bu gereksinmelerin birlikte karşılanması amacıyla ve yakın geçmişte izlenen siyasal, ekonomik politikaların sürdürülmesinin olanaksızlığı karşısında "Sosyal Devlet" olgusu, aşamalı bir biçimde Avrupa ülkelerinin ortak değerleri arasında yer aldı.

Belçika, İngiltere, Danimarka, Fransa, Hollanda, Kuzey İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg ve Norveç hükümetleri temsilcilerinin imzaladıkları kuruluş bildirgesinde yeni örgütlenmenin amacı şöyle açıklanıyordu:

*"Adalet ve uluslararası işbirliği üzerine kurulu barışı güçlendirmenin, insan topluluğunun ve uygarlığın korunması için yaşamsal önemi olduğuna inanarak,*

*Halkların ortak malı olan ve her gerçek demokrasinin dayandığı kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin kaynağı bulunan düşünsel ve törel değerlere sarsılmaz surette bağlı olarak,*

*Bu ülkünün korunması ve aşamalı olarak gerçekleştirilmesi, toplumsal ve ekonomik ilerlemenin sağlanması için, aynı duyguları benimseyen Avrupa ülkeleri arasında daha sıkı bir birlik kurulması ..."* zorunlu görülmüştür.

Avrupa'nın bütünleşmesinde hukuk birliğine öncelik veren girişimin, daha başlangıçta, hukuka yabancı düşen etkenlerin tuzağına takılmaması için, Kuruluş Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "Ulusal savunma ile ilgili konular, Avrupa Kon-

*seyi'nin yetkileri içersine girmemektedir."* denildi. Üniformasız bir kuruluş olarak doğan Konsey üyeliğine katılmanın ve bu bağlantıyı sürdürmenin temel koşulu, Sözleşme'nin üçüncü maddesinde tek bir tümce ile özetlendi:

*"Avrupa Konseyi'nin her bir üyesi, hukukun üstünlüğü ilkesini ve egemenliği altında bulunan her kişinin insan haklarından ve ana özgürlüklerden yararlanma ilkesini kabul eder."*

Üyeliğin getirdiği yükümlülükler, dışa dönük bağlantılar görünümü taşısa bile, özünde, devletlerin güncel yaşamda gerçekleştirmeyi üstlendikleri içsel görevlerdir. Bunların, bireylerce bilinip tartışılması, onların en doğal haklarıdır. Halklarının bilinçli katılımı olmadan, çoğulcu ve özgürlükçü yaşam düzeyine varılamayacağı gibi, Avrupa Konseyi üyeliğinin öngördüğü yükümlülükler de yerine getirilemezdi. Ancak Kuruluş Sözleşmesi'nin de ortaya koyduğu gibi, Avrupa Konseyi, bölgesel çıkar bağlarına dayalı kapitalist bir örgütlenmedir. Konsey'in Avrupa'nın birleştirilmesi sürecine katkıları, özellikle kişi ve devlet ilişkilerinin ele alındığı kamu hukuku alanında belirginleşmektedir. Avrupa'nın ekonomik ve siyasal bütünleşmesi ise, Avrupa Birliği'nin görev alanına girmektedir. Savaş sanayinin ana maddeleri olan ve hakçasına bölüşülmediği için yakın geçmişte Avrupa ulusları arasında çıkan savaşların temel nedenleri arasında bulunan kömür ve çeliğin uluslararası bir organın sorumluluğuna verilmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ilk çekirdeğini oluşturmuştur. 25 Mart 1957'de Roma'da imzalanan AET Anlaşması'nın amacı, siyasal bütünleşmeyi sağlamak için, serbest yarışmayı özendiren bir ortak pazarın kurulması ve üye devletlerin ekonomik politikalarının birbirine yakınlaştırılmasıdır. AK ve daha sonra Avrupa Birliği adını alan AET bağımsız örgütler olmalarına karşın, birincisi hukuksal üstyapıyı oluşturmak, ikincisi siyasal

ve ekonomik bütünleşmeyi sağlamak için, birbirine koşut olarak çalışan kuruluşlardır. Günümüzde, Avrupa'nın özgürlük ve demokrasi kavramları, hukuksal ve ekonomik yönleriyle, bu iki kuruluşun yönlendirmeleri doğrultusunda gelişmektedir.

İzleyen yıllarda Almanya (1950), Avusturya (1956), Kıbrıs (1961), İsviçre (1963), Malta (1965), Portekiz (1976), İspanya (1977), Lihtenştayn (1978), San Marino (1988), Finlandiya (1988), Macaristan (1990), Polonya (1991), Bulgaristan (1992), Estonya, Litvanya, Slovenya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Romanya (1993), Andora (1994), Letonya, Arnavutluk, Moldova, Ukrayna, Makedonya (1995), Rusya, Hırvatistan (1996), Gürcistan (1999), Azerbaycan, Ermenistan (2001), Bosna Hersek (2002), Sırbistan Karadağ (2003)'ün katılımları ile, AK'ye üye olan devletlerin sayısı 45'e ulaşmıştır.

Amerika Birleşik Devletleri, Japonya, Kanada, Vatikan ve Meksika, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi karşısında "gözlemci" konumunda bulunuyorlar. İsrail, Meksika ve Kanada da, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin "gözlemci" ülkeleridir.

AK üyesi ülkelerin, Avrupa dışındaki siyasal, ekonomik ve toplumsal yönlerden dünya gündemini belirleme gücündeki diğer devletlerle "gözlemci" adı altında etkileşim ve işbirliği olanaklarını açık bırakması, "... adalet ve uluslararası işbirliği üzerine kurulu barışı güçlendirme ..." yolunda sağlayabileceği katkılar kadar, küreselleşmenin yeryüzü egemenliğini ele geçirmesi açısından kuşkuyla izlenmesi gereken gelişmelerdir.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE EK PROTOKOLLER

BM İnsan Hakları Bildirgesi, insan haklarının çiğnenmesi durumunda uluslararası korumanın nasıl gerçekleşeceğini saptamamış, bireysel başvuru yöntemini kurumlaştırınamıştı. Avrupa Konseyi'nin girişimleri sonucunda 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953'te 10. Onay Belgesi'nin sunulmasından sonra yürürlüğe giren "*İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya İlişkin Sözleşme*" uygulamada daha başarılı sonuçlar verdi. Avrupa uluslarının siyasal ve ekonomik düzeyleri, büyük ayrımlar göstermeyen gelişmiş insan dokusu, saptanan kurallara göreceli bir canlılık kazandırdı. Evrensel Bildirge'ye koşut olarak temel hakların gerçekleştirilmesini amaçlayan sözleşme, daha ileri bir adım atarak, uluslararası, denetim organlarını da birlikte getirdi.

AK'ye üye ülkeler, anayasalarından başlayarak, iç hukuksal düzenlemelerini bu kurallar doğrultusunda yenilediler. Avrupa hukukunun evrimi, topluluğun anayasası konumundaki İnsan Hakları Sözleşmesi ile dondurulmadı. Üye ülkelerin imzasına açılan ek protokol ve sözleşmelerle, topluluk hukuku güncel gereksinimler doğrultusunda yenilenen canlı bir yapıya kavuşturuldu. 1 numaralı Ek Protokol ile, öğrenim ve mülkiyet

hakki, serbest seçim ilkesi güvence altına alındı. 2 numaralı Ek Protokol ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne hukuksal konularda Bakanlar Komitesi'nin istemi üzerine Anasözleşme'yi ve Ek Protokolleri yorumlama yetkisi verildi. 3 ve 5 numaralı Ek Protokollerle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Mahkeme'nin çalışma yöntemlerinde değişiklikler yapıldı. Anasözleşme kadar önemli olan 4 numaralı Protokol ile, serbest dolaşım ve yerleşme hakkı, yurttaşlık ve göçmen hakları yeni ilkelere bağlandı. Yurttaşların ve yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaklandı. AİHS'nin 2. maddesi, ulusal yasalarda ölüm cezasına yer verilmesine olanak tanımaktaydı. 28 Nisan 1983'te imzaya açılan 6 numaralı Ek Protokol ile, barış koşullarında ölüm cezasının kaldırılması kararlaştırıldı.

22 Kasım 1984'te imzaya sunulan 7 numaralı Ek Protokol ile, bir yabancı ülkede yasal olarak oturanların yetkili organlarca savunmaları alınmadan sınır dışına çıkartılmayacakları; ceza mahkemesinde yargılanan sanıkların temyiz güvencesinin kaldırılmayacağı; suçlu olmadıkları halde cezalandırıldıkları anlaşılanlara devletin giderim ödemekle yükümlü bulunduğu; küçük çocukların korunmaları amacıyla, aileleriyle birlikte devletlerin de gerekli önlemleri almaya yetkili oldukları kararlaştırıldı. 8 ve 9 numaralı Ek Protokollerle AİHK'nun ve AİHM'nin daha hızlı çalışmalarını anaçlayan düzenlemeler yapılmıştı, Ancak 11 numaralı Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra bu değişikinin bir anlamı kalmadı. 10 numaralı Ek Protokol, yeterli sayıda onay sağlanmadığı için yürürlüğe girmede. 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 numaralı Ek Protokol'le, Strasbourg yargısının yapılanmasında ve işleyişinde köklü değişimler gerçekleştirildi. Başvuruların çözümünün hızlandırılması amacıyla AİHK kaldırılarak, tam gün görev alan yargıçlardan oluşan ve sürekli çalışan bir mahkeme oluşturuldu.

12 numaralı Ek Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tüm maddelerinin uygulanışında gözetilmek üzere, "genel ayrımcılık yasağı" ilkesi benimsendi. Haklardan yararlanmada ve kamu organlarının işlemlerinde "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık ..." yapılmaması kararlaştırıldı.

2 Mayıs 2002'de imzaya açılıp on devletin onayı sağlandıktan sonra 1 Temmuz 2003'te yürürlüğe giren 13 numaralı Ek Protokol ile "ölüm cezasının her koşulda kaldırılması" benimsendi. Böylece Sözleşme'nin yaşama hakkını koruyan 2. maddesi, daha güvenceli bir konuma geldi.

AK'ye üye ülkelerin sayısındaki hızlı artışlara koşut olarak başvuru dosyalarındaki yığılımları gidermek amacıyla 14 numaralı Ek Protokol imzaya açıldı. Sözleşme'yi değiştirmeyi öngören protokollerin yürürlüğe girebilmesi için bütün üye ülkelerce imzalanıp onaylanması gerekiyor. Başvuruları azaltıp davaların çabuk bitirilmesini sağlamak için 14 numaralı Protokol'le getirilmesi öngörülen değişimler, bireysel başvuru hakkıyla birlikte AİHM'nin etkinliğini büyük ölçüde daraltmaktadır.

**TÜRKİYE'NİN AVRUPA İNSAN HAKLARI  
SÖZLEŞMESİ'Nİ VE EK PROTOKOLLERİ  
ONAYLAMASI**

Sözleşme ve Ek Protokollerin üye ülkeler açısından AK organları önünde geçerlilik kazanabilmesi için, birbirini bütünleyen üç işlemin gerçekleşmesi gerekmektedir. Birinci aşamada, Sözleşme ve protokoller, üye ülkelerce imzalanmaktadır. İkinci aşama, imzalanan belgelerin, o ülkelerin ulusal yöntemlerine göre bir yasa ile onaylanmasıdır. Sözleşme'nin 59. maddesine göre onaylama belgelerinin AK Genel Sekreteri'ne verilmesiyle işlem tamamlanmaktadır.

Türkiye 10 Mart 1954 günü kabul edilen 6366 sayılı Yasa ile AİHS'yi ve ilk Ek Protokol'ü onaylamıştır. Onay belgesinin 18 Mayıs 1954'te verilmesi ile Sözleşme Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir.

6366 sayılı Yasa ile 1 numaralı Protokol onaylanırken, eğitim hakkına ilişkin 2. maddenin 3 Mart 1924 günlü ve 430 sayılı "*... Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerini ihlal etmediği ...*" yolunda çekince konulmuştur.

Türkiye 4 numaralı Protokol'ü, imzaya açılışından 29 yıl sonra 19 Ekim 1992 günlü, 3975 sayılı Yasa ile onaylamasına karşın, bu güne kadar onay belgesini vermemiştir. 4 numaralı Protokol, ulusal hukuk açısından geçerli bir yasadır.



6 numaralı Protokol 15 Ocak 2003'te imzalanmış, 26 Haziran 2003 günlü, 4913 sayılı Yasa ile onanmış ve onay belgesi 12 Kasım 2003'te AK Genel Sekreteri'ne verilmiştir. 9 Ocak 2004'te imzalanan 13 numaralı Protokol, 6 Ekim 2005 günlü ve 5409 sayılı Yasa ile onaylandıktan sonra, onay belgesi 20 Şubat 2006'da AK Genel Sekreterliği'ne verilmiştir.

Türkiye 1 Ağustos 2005'te imzaladığı 7 numaralı Protokol'ü, 18 Nisan 2001'de imzaladığı 12 numaralı Protokol'ü, 6 Ekim 2004'te imzaladığı 14 numaralı Protokol'ü henüz onaylamamıştır. Sözleşme'ye yönetsel değişiklikler getirdiği için oybirliği gerektiren diğer protokollerin Türkiye tarafından onaylanması konusunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır.

# **SORULAR**

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDEN KİMLER YARARLANIR?

AIHS'nin 1. maddesine göre:

*"Yüksek akit taraflar kendi kaza haklarına tabi (kendi yetki alanları içinde bulunan) her ferde işbu Sözleşme'nin birinci faslında tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar."*

Sözleşme'den kimlerin yaralanacağı sorusu, "kişi" ve "yer" konusunun birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir. Sözleşme'yi onaylayan Avrupa Konseyi üyesi devletler, öncelikle kendi ülke sınırları içindeki bireylere, 1. Bölüm'de tanımlanan temel hak ve özgürlükleri uygulamakla yükümlü bulunuyorlar. "Fert" sözcüğünün gerçek kişi anlamına gelmesine karşın Mahkeme, örgütlenme özgürlüğünü ele alan 11. maddeyi çok geniş yorumlayarak, kendilerine uyarlanabilen haklar açısından tüzelkişilerin de bu korumadan yararlandırılmalarını öngören kararlar vermektedir.

Sözleşme'de, "her kişi" denilmiş olması nedeniyle, yurttaş, yabancı, uyruğu bilinmeyen veya vatansız ayrımı gözeltilmeksizin, devletler, egemenlikleri altındaki tüm bireyleri bu haklardan yararlandıracaktır. Şu kadar ki, Sözleşme ve Ek Protokollerde özel olarak yabancılara kapalı tutulan haklar, 1.

**1** maddenin dışında kalmaktadır. Bir devletin yargı yetkisi içindeki işlemlerden yakınların, yurttaş ya da yabancı, mutlaka o ülke sınırları içinde olmaları gerekmektedir. Örneğin hiç gitmedikleri Avrupa Konseyi üyesi bir devletin mahkemelelerinde yokluklarında yargılanıp mahkum edilen kişiler, yurtdışındaki etkinlikleri nedeniyle kendi ülkelerinde yargılananlar, ilgili devletlerin egemenlik yetkilerinden kaynaklanan bu tür uygulamalar nedeniyle, Sözleşme’de tanımlanan hakların korunması altındadırlar.

Sözleşme’den kimlerin yararlanacağı sorusu, hangi siyasi gücün Sözleşme’yi, kimlere uygulamakla yükümlü olduğu konusuyla doğrudan bağlantılıdır. Sözleşme’nin bireyler yönünden “hak ve özgürlük” olarak nitelediği konular, devletlerin kamusal yükümlülüklerini oluşturmaktadır.

AİHM, “her kişi” deyimini, üstlendikleri görevlerin özelliklerini gözeterek, asker kişiler ve askerlere özgü çalışma alanları açısından da değerlendiren kararlar verdi. “Mahkeme’ye göre, askeri disiplin düzeni, doğası gereği sivillerin, hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamaların, silahlı kuvvetler görevlilerine konulmasına olanak tanımaktadır... Bununla birlikte askeri disiplin, Sözleşme’nin 5/1 maddesinin kapsamı dışındadır.” (Engels ve Diğerleri/Hollanda, 1976)

AİHM, bir başka kararında da şöyle dedi:

Sözleşme’nin “10. maddesinin uygulanması kışının kapısında durmaz. Bu madde, Sözleşmeciler devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi, asker kişilere de uygulanır.” (Grigoriades/Yunanistan, 1997)

Mahkeme’nin aynı doğrultuda yinelenen daha başka kararlarıyla da, askerlik görevinin özellik ve gereksinimleri

gözetilmek koşuluyla, üye devletlerin 1. maddenin gereği olarak Sözleşme'yi askerlere ve askerlikle ilgili sorunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulama yükümlü buldukları açıklık kazandı.

Tek tümceden oluşan 1. madde, denilebilir ki, Sözleşme'deki en sorunlu düzenlemedir. Sözleşme'nin yer bakımından kapsama alanı, dar anlamda "kaza haklarına tabi" deyiimi içinde kalan ve ülke sınırlarından taşmayan uyumsuzluklarda kolaylıkla çözülebilmektedir. "Sözleşme organlarının uygulama alanına ilişkin saptamaları, devletin yargı yetkisininin, egemenlik kullanılan her yerde söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Bu çerçevede diplomatik nitelik taşıyan yerler, ulusal sınırlar dışında devletin veya vatandaşlarının çıkarına bireylerin suç işlemesi durumunu, devlet bayrağını taşıyan uçaklarda ve gemilerde meydana gelen ihlaller ve uluslararası ciddi suçların işlendiği yerler, yargı yetkisi kullanılan alanlara örnek oluşturmaktadır." (Assanidze/Gürcistan, 2004)

Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında "Yetki alanı uygulaması, bir sözleşmecî devletin Sözleşme'de belirlenen hak ve özgürlüklerin çiğnendiği savlarına neden olan, kendisine yüklenebilecek nitelikteki eylemi ve ihmallerden sorumlu tutulabilmesi için gerekli bir koşuldur." (Ilascu ve Diğerleri/Moldovya ve Rusya, 2004)

Siyasal yapılanmaları bakımından federasyon biçiminde örgütlenen devletlerde de aşlamayacak hukuksal güçlüklerle karşılaşmamaktadır. AK üyesi devletlerin önemli bir bölümü

federasyonlardan oluşmaktadır. Sözleşme’de, federasyonlar konusunda ayrıksı düzenlemeler yer almamaktadır, Bu ülkelerde başka devletlerin egemenliği de bulunmadığına göre, federe devletlerdeki uygulamaların sorumluluğu, üst örgen konumundaki federal devletlere ait bulunmaktadır. Sovyetler Birliği’nin dağılmasından sonra, gerek Rusya’da, gerekse bu birlikten ayrılıp AK’ye katılan birçok ülkede, Nahçıvan, Acaristan gibi özerk cumhuriyetler, Abhazya, Tataristan, Çeçenistan gibi özel yönetimler altındaki tam bağımsızlığa dönüşmemiş yapılanmalar yer almaktadır. Mahkeme, AK’nın bu koşullardaki yeni üyeleri açısından Sözleşme’yi uygulama yükümlülüğünün egemenliği elinde bulunduran devletlere ait olduğunu belirten kararlar almaktadır. Örneğin, Acaristan Özerk Yönetimi eliyle gerçekleşen insan hakları ihlallerinden Gürcistan ve Çeçenistan’daki ihlallerden Rusya Cumhuriyeti sorumlu tutulmaktadır.

Asıl sorunlar, devletlerin kendi ulusal sınırları dışındaki etkinliklerinin 1. madde karşısında nasıl değerlendirileceği konusundaki belirsizliklerden kaynaklanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 1. maddeyi yorumlarken, zaman zaman çok çelişkili kararlar vermiştir. Bu kararlar kanımızca, Mahkeme’nin uzun yıllar süren özenli çalışmaları ile kazandığı önemi ve güveni sarsacak boyutlarda sakıncalar içermektedir. “Etki alanı” deyimini, daha Sözleşme’nin hazırlanması sırasında çok tartışılmıştır. Mahkeme, yargı yetkisinin temel olarak ulusal sınırlar içinde geçerli olduğunu benimsemekle birlikte, çeşitli davalarda, farklı genişliklerde yorumlanmıştır. Yugoslavya’daki savaş sırasında 23 Nisan 1999 günü Belgrat’daki RTS’e ait radyo televizyon binalarından birisi NATO uçaklarından atılan füzenin çarpması sonucunda yıkılmış, olayda birçok kurumu çalışanı ölmüş ve yaralanmıştır.

## 2

Ölenlerin yakınları ve yaralananlar, aralarında Türkiye'nin bulunduğu AK ve NATO üyesi yirmi ülke hakkında başvuruda bulundular. Bu davada, söz konusu yirmi ülkenin kendi ulusal sınırları dışında geçen hava saldırısı nedeniyle Sözleşme'nin 1. maddesi bağlamındaki sorumlulukları tartışıldı. Mahkeme'nin üzerinde durduğu gerekçeler, tam anlamıyla bir özeleştirici niteliğindedir.

*"Mahkeme, Sözleşme'nin onaylanmasından bu yana devlet pratiğini konu alan başvurularda, Sözleşme'ye taraf devletlerin sınır dışı eylemlerinden ileri gelen sorumluluklarını değerlendiren bu ve benzer davalarda, kavrayış eksikliği olduğunu bulgulamaktadır. Sözleşme'nin onaylanmasından bu yana sözleşmeciler devletlerin uyguladıkları çok sayıda sınır dışı operasyon olmasına karşın (Körfez Savaşı'nda, Bosna Hersek'te, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nde) hiçbir devlet, toprakları dışındaki eylemleri nedeniyle, bu bölgelerdeki yargılama yetkisini 1. madde dışında bırakmaya yönelik Sözleşme'nin 15. maddesi doğrultusunda uygulamayı kısmen yürürlükten kaldırma yoluna gittiğine ilişkin herhangi bir bildirimde bulunmamıştır."* (Vlastimir ve Diğerleri/20 NATO Üyesi, 2001, kabul edilmezlik kararı).

Avrupa Konseyi üyelerinin sınır ötesi etkinlikleri yalnızca yukarıda değinilen üç olayla sınırlı bulunmuyor. Son 50 yıl içinde, BM Örgütü'nün, AK'nin ya da kendi ulusal organlarının kararlarıyla Afrika'dan Asya'ya, hatta Güney Amerika'ya, Faulkland adalarına kadar birçok askeri operasyon gerçekleştirildi. Gerçek anlamda "savaş" sözcüğü içerisinde değerlendirilecek bu eylemleri nedeniyle, anılan devletlerin Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamındaki sorumlulukları, kapsamlı bir incelemeden geçirilmedi. AİHM, yukarıda anılan kararında bu olguyu şöyle değerlendiriyor:



*"Sözleşme, o zaman taraf olan devletlerin azınlığı tarafından benimsendiği zamanki biçimiyle gündemdeki sorunları oluşturan sınırlamalara 25 ve 46. maddelerin olanak tanıdığı biçimde değerlendirilse bile, bugün anılan maddelere dayanılarak Sözleşme, onu yazarların kırk yıl önceki beklentileri doğrultusunda yorumlanamaz... Mahkeme, yargılama yetkisinin ulusal sınırlar içinde geçerli olduğu yolundaki görüşünü korumakla birlikte, Sözleşmeciler devletlerin kendi toprakları dışında uyguladıkları sonuç getiren eylemlerini değerlendirebilecektir."*

Mahkeme, bu kararında, geçmişe dönük değerlendirmeleri nedeniyle, geleceğe yönelik yorum ve içtihat değişikliğinin işaretlerini veren bir görünüm sergilemektedir. Ancak, böyle bir değişim olmamıştır. AK üyesi devletlerin kendi toprakları dışında sonuç getiren pek çok eyleme katılmalarına, sıcak savaşlar içersinde yer almalarına karşın, Türkiye dışında hiç bir devletin sorumluluğuna gidilmemiştir. Yorum değişikliği, yalnız Türkiye için gerçekleştirilmiştir.

*"Mahkeme, Sözleşme'nin amacı ile konusu arasındaki ilişkiyi göz önüne alarak, taraf devletin hukuka aykırı bir askeri operasyon uyguladığını, bunun sonucunda ulusal toprakları dışındaki bir bölgenin etkili denetimini ele geçirdiğini değerlendirerek, devlet sorumluluğuna gidileceği görüşündedir. Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlükleri böyle bir bölgede sağlama yükümlülüğünün, bölgedeki denetimin doğrudan sorunlu devletin silahlı kuvvetleri eliyle mi, yoksa ikincil yerel yönetimler eliyle mi yapıldığı sorusu üzerine Mahkeme, başvuruçunun yakındığı eylemlerin, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Türkiye'nin yargılama yetkisi içinde olduğunu kararlaştırmıştır." (Loizidiou/Türkiye, Ön itirazlar, 1995)*

Mahkeme, bu karardan bir yıl sonra uyuşmazlığın özünü değerlendirirken, aşağıdaki gerekçelere dayanıyordu:

## 2

*“Türkiye’nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yönetiminin eylemleri ve politikaları üzerinde gerçekten ayrıntılı bir denetim kurup kurmadığı konusunun araştırılması gereksizdir. Geniş çaplı askeri birliklerin Kıbrıs’ta üslendikleri etkin görevlerden açıkça şu sonuç çıkmaktadır. Türk ordusu Ada’nın o kısmı üzerinde etkili, genel kapsamlı bir denetim uygulamaktadır... Sahip olduğu etkili kontrol nedeniyle Türkiye’nin sorumluluğu, bu destek sonucunda ayakta kalabilen yerel yönetimin eylemlerini de kapsamaktadır.”* (Loizidiou/Türkiye, 1996 esas karar)

AİHM için bu davanın gerçekten güç yanı, AK üyesi iki devletin egemenlik haklarının ve sınırlarının tartışıldığı bir karar vermek durumunda kalmasıydı. Ancak mahkeme, kararında çok sayıda uluslararası hukuk belgesini gerekçesine dayanak gösterirken, Kıbrıs devletinin kuruluşuna temel olan sözleşmeleri, 1974 yılı öncesindeki Kıbrıs hukukunu incelemeye bile gerek görmemiştir. Mahkeme’nin asıl yanlıgısı ise, çok yönlü politik bir konuyu, yanlardan birini baskı altına alarak mülkiyet hakkı bağlamında çözmeye kalkışmasıdır.

Mahkeme’nin, Loizidiou kararından sonra yeni yorumlar görünümü altında geliştirmeye çalıştığı gerekçeler, aslında bu karardan kurtulma çabalarıdır. AİHM, Türkiye’yi rahatlatmak için değil, ancak Avrupa’nın saldırgan ve sömürgeci ülkelerinin önünü açmak için araya ufak tefek farklılıklar koyarak yeni bir içtihat oluşturmaya çalışmaktadır. Nitekim yukarıda değindiğimiz NATO uçaklarının Belgrat RTS binalarını bombalaması sonucunda ölen beş kişinin yakınlarının ve yaralananların yaptıkları başvurunun, “... yakınılan sınır dışı eylemlerden zarar gören kişiler ile sorumlu devletler arasında herhangi bir (yargı yeri) bağının bulunmaması nedeniyle” kabul edilmezliğine karar verildi.

Sınır ötesi devlet etkinliklerinin hukuksallığını “yargı yetkisini ele geçirme” ölçütüne göre değerlendiren anlayış, gelişmiş ülkelerin en öldürücü silahlarla uygulamaya koyacakları vur kaç eylemlerinin, Sözleşme açısından saldırgan devletlerin sorumluluğunu gerektirmeyeceği gibi hukuksallıkla bağdaşması olanaksız bir sonuca varmaktadır. Ancak bu yorum dahi, başka ülkelerin topraklarına ve halklarına karşı uygulanan silahlı saldırılar karşısında şimdiden tutarlılığını tümüyle yitirmiş bulunuyor. Örneğin, Irak’ın Basra bölgesinin işgal edilmesi sırasında Birleşik Krallık (İngiliz) ordularının gerçekleştirdikleri insan hakları ihlalleri ve bu yörede yargı yetkisi dahil tüm egemenlik yetkilerinin aynı siyasal ve askeri gücün eline geçmesi karşısında, AİHM’nin Loizidiou kararıyla çelişmeyecek bir gerekçe oluşturması olanaksız gibi görünüyor. Bu konuda daha başka örnekler de var. Her ikisi de AK üyesi olan Azerbaycan topraklarının bir bölümünün Ermenistan işgali altında bulunması nedeniyle mülkiyet hakkı açısından süreklilik kazanan Sözleşme ihlalini AİHM’nin nasıl değerlendireceğini görmek, gerçekten ilgi çekici olacaktır.

Sömürgecilik, AK’nin kurucu ve öncüsü olan ülkelerin ortak geleneğidir. Onların, AİHS’yi onaylamakla, siyasal ve ekonomik üstünlüklerinin kaynağı olan bu olanaklardan kendiliklerinden vazgeçmeleri beklenemezdi. AK’nin politikalarını da bu temele oturtular. Sözleşme’nin 56. maddesi, sömürgeciliğin, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra da yeni örgütlenmeler üzerinde etkili olduğunun belgesidir. 56. maddede, AK üyelerine “... uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu bütün ülkelere veya bunlardan herhangi birine ...” Sözleşme’yi uygulamak veya uygulamamak konusunda yetki veriliyor. Bir devletin, başka bir ülkenin “... uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunması ...” deyiminiyle, görüntüde örtülü, özde ise çok açık biçimde sömürgecilik anlatılıyor. Böylece, sömürge halklarının

## 2

1. madde bağlamında Sözleşme'den yararlanmaları, egemen devletin onayına bırakılmış oluyor.

Örneğin, Birleşik Krallık (İngiltere)'nin, AİHK'nın bireysel başvuruları inceleme yetkisini tanıdığı ve Sözleşme'nin (eski) 25. maddesi uyarınca AK Genel Sekreterliği'ne verdiği 14 Ocak 1966 günlü yazıda, "Kuzey İrlanda ve Birleşik Krallık dışındaki toprakları ve uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu diğer ülkeleri ve toprakları ayrı tuttuğunu" bildirmişti. Türkiye de, AİHK'nın yetkisini benimsediği 28 Ocak 1987 günlü bildiriminde "başvuru hakkının tanınmasını yalnız TC Anayasası'nın uygulandığı sınırlar içindeki topraklarla ..." sınırlamıştı. AİHM ve Komisyon, Loizidiou davasında iki çekinceyi karşılaştırırken, "Birleşik Krallık'ın bu sınırlamayı Sözleşme'nin 63/4. maddesi ışığında, ana ülkesi dışından yapılacak başvuruları Komisyon'un inceleme yetkisini önlemek amacıyla getirdiğini" kabul ederek Sözleşme'yle uyumlu bulmuştu. Türkiye'nin koşullar içeren bildirimini ise, Sözleşme'nin eski 63, yeni 56. maddesi kapsamında sömürgeci bir ülke olmaması nedeniyle, yorumlanmaya bile gerek görülmemişti. Sözleşme'nin içeriğinden ve üye ülkelerin tarihsel konumlarından kaynaklanan bu tür ayrıcalıklı düzenlemeler, yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi, Mahkeme'nin kararlarına da yansımaktadır.

## **AIHS'NİN ULUSLARARASI HUKUKA GETİRDİĞİ EN ÖNEMLİ YENİLİK NEDİR?**

**3**

Geleneksel olarak, uluslararası hukukun kuralları büyük ölçüde, devletlerarası ilişkilerle ilgilidir. Belli bir kişinin haklarının korunması söz konusu olunca, uluslararası yöntemler, ilgili devletlerin girişimleriyle işlemeye başlamaktadır. Uluslararası hukukun çerçevesi içinde, tek hukuksal kişilik, devlettir. Gerçek kişilerin veya özel kuruluşların yasal haklarının çiğnendiği durumda, bu zararı uluslararası düzeyde onarmanın yolu, diplomatik korumadır. Bireysel istemler, kişinin, uyruğu olduğu devletin soruna sahip çıkması ve konuyu uluslararası düzeyde tartışmasıyla gündeme getirilmektedir. Davacı olarak kişinin yerini devletin alması, bireysel hakların korunması yönünden, önemli sakıncalar ve güçlükler içermektedir. Bir yurttaş, devletinden böyle bir koruma istediği zaman, o devlet, bunu yapmakta ancak siyasal yarar görürse istemi kabul eder. Kişinin, her istediğinde, diplomatik korumadan yararlanma güvencesi yoktur. Devletler, yapılan ilkesel yanlışların düzeltilmesiyle yetinip, ödence ve giderim gibi kişisel istemlerin karşılanmasıyla ilgilenmeyebilirler. Asıl önemli sakıncası ise, diplomatik yöntemlerin, kişileri kendi devletlerinin yaptıkları haksızlıklara karşı korumada bir yararının olmamasıdır.

### 3

AİHS, bireysel başvuru yolunu açmakla, kişileri uluslararası hukukun öznesi konumuna getirmiştir. Bireyler, tek bir dilekçe yazarak uluslararası koruma yöntemlerini kendiliğinden devinime geçirebilmektedirler. Sözleşme'nin getirdiği en önemli yenilik budur.

Bireysel başvuru yolunun bir hak olarak benimsenmesi, iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, yöntemlerin doğru uygulanması koşuluyla, sonuç verici olmasıdır. Yani insanlar, yaşadıkları topraklara egemen olan siyasal güçleri, örneğin kendi devletlerini bir mahkeme önünde karşılına alıp sorgulamak, yanlışlarını tartışmak, kusurları varsa yitiklerini gidermeye yönelik sonuçlara ulaşmak olanağına kavuşmuşlardır. Yani etkili, sonuç alıcı yeni bir hukuk yolu edinmişlerdir.

İkinci ve asıl büyük kazanım ise, tek insanın öneminin anlaşılıp, uluslararası düzlemde kabul edilmesidir. Böylece insana dönük yapılanmaların önü açılmıştır. Dünya genelinde değerlendirildiği zaman, ekonomik ve kültürel yönden yeryüzü ortalamasının çok üzerinde kalan ve oldukça dar bir bölgede yaşayan insanlar bu olanaklara ulaşabilmişlerdir. Ancak insanlık tarihinin de gösterdiği gibi hukuk kuralları çok hızlı değişmemektedir. Doğru kuralların saptanıp uygulamaya konulması, başka ülkelerin insanlarına da yol gösteren olumlu örnekler oluşturacaktır.

**BİREYSEL BAŞVURULAR  
HANGİ ORGANLARA KARŞI VE  
KİMLER TARAFINDAN YAPILIR?**

4

AİHS'nin 34. maddesi, "*İşbu Sözleşme ve Protokollerde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan bir gerçek kişi veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilirler.*" demektedir.

Bu tanıma göre, başvuru konusu yapılacak zarar verici eylemin sorumlusu, her koşulda ilgili devlettir. Ancak bireysel başvuru sürecinde devletler, hükümetleri eliyle temsil edilmektedirler. Devletlerin sorumluluğu çok yönlüdür. Devletler, öncelikle bilinçli olarak gerçekleştirdikleri kendi işlem ve eylemlerinden sorumludurlar. Örneğin, ulusal hukukun belirlediği yöntemlere göre oluşturulan hukuk kuralları, kişisel haklara zarar vermişse, başvuru konusu yapılabilecektir. Bunlar, bakanlık genelgeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının çıkardıkları yönetmelikler, kararnameler, tüzükler ve yasalar olabileceği gibi, anayasalar, anayasa değişiklikleri de olabilir. Geçerli ve uygulanabilir olmaları koşuluyla, AİHM'ye göre, anayasa ile bir belde belediyesinin çıkardığı yönetmelik arasında çok fazla fark yoktur.

Devletler, ulusal hukuka göre oluşan işlemlerinden de sorumludurlar. Bir işyerinin kapatılması, yöntemine uygun

## 4

olarak kazanılmış öğrenimin geçersiz sayılması, taşınmazların kamulaştırılması, bankalardaki paralara el konulması gibi, devletle bireyleri doğrudan karşı karşıya getiren uygulamaların sorumluları, devletlerdir.

Devletler, düzenleme yetkileri kapsamındaki ulusal organların işleyişlerinden sorumludurlar. Mahkemelerin davaları çabuk sonuçlandırmamaları, belediyelerin haksız aldıkları vergileri geri ödememeleri, parlamento seçimlerinde yolsuzluk yapılması, kişiler arasında her türlü kamusal ilişkide ayrımcılığın yaygınlaşması, devletlerin sorumluluğunu gerektiren uygulamalardır. Bu sorumluluğun nedeni, devletlerin, egemenlik haklarının gereği olarak kamusal yapılanmayı doğru oluşturup, hukuka uygun kurallar içinde çalışmalarını sağlayamamış olmalarıdır.

Devletler, dolaylı yoldan da olsa, kişiler arasındaki ilişkilerden de sorumludurlar. Bu ilişkileri çözecek organların kurulması, çalışmalarının denetlenmesi devletlerin görevidir. Örneğin, özel bir sağlık kuruluşunda Hiv virüsü bulaştırılan kişi hakkını alamamışsa, mahkemeler bireysel uyuşmazlıklarla ilgili yanlış kararlar vermişlerse, yargı kararları uygulanmamışsa, devletler görevlerini yapmadıkları için sorumlu tutulabileceklerdir.

Devletler, yerine göre bir teröristin eyleminden ileri gelen zararlardan da sorumlu tutulabilirler. Ancak sorumluluğun boyutlarının her olayın koşullarına, alınan ve alınmayan önlemlerin türlerine göre ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerekir.

Yukarıda 1 numaralı soruya verilen yanıt göz önünde bulundurulmak koşuluyla, bireyler, dernekler, sendikalar, ticaret şirketleri, siyasal partiler, hükümet dışı kuruluşlar, hatta bir tüzel kişiliği bulunmayan insan toplulukları etkilendikleri ortak sorunlar nedeniyle iç hukuk yollarını tükettikten sonra bireysel başvuruda bulunabileceklerdir.



## ÖNCELİKLE İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ NEDEN GEREKLİDİR?

5

AİHS, ikincil aşamada bir güvence oluşturmaktadır. Genel ilke, hakların ulusal organlar eliyle korunmasıdır. Doğru olanı da budur. AİHM'nin, ulusal organların kararlarını yok saymaya, değiştirmeye, onların yerine geçip farklı kararlar almaya yetkisi bulunmamaktadır. AİHM ulusal yargı üzerinde bir temyiz organı konumunda da değildir. Mahkeme, önüne getirilen uyuşmazlıklar nedeniyle, Sözleşme'ye aykırılıklar saptamışsa, kararında bunu vurgulayacaktır. Sonuçta, ulusal düzeyde oluşan Sözleşme'ye aykırılıklar, yine ulusal organların yetkisi içinde ve onların kararlarıyla hukuka uyarlanacaktır.

Bu nedenlerle, hak arama sürecinin öncelikle ulusal organlar önünde sürdürülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. Böylece uyuşmazlığın doğduğu ülkelerin yargı yerlerine, sorunları çözme olanağı sağlanacaktır. Yargılamanın çeşitli aşamalardan geçmesi ve son karar verilmeye kadar bir önceki aşamada oluşan hukuka aykırılığın giderilme olasılığı bulunması nedeniyle, bütün iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir.

İç hukuk yollarının tüketilmesinin bireysel başvuru yapılma açısından biçimsel bir eksikliğin giderilmesi anlamında

## 5

yaklaşılmalı, sorunun ulusal organlar eliyle gerçekten çözülebilmesi için çaba gösterilmelidir. Yargı yerlerindeki uyuşmazlıklar son karara ulaşıncaya kadar, birçok alt aşamanın da tartışılıp çözümünü gerektirmektedir. Örneğin, yargıcın öznel yansızlığını yitirdiğinden yakımanlar, öncelikle ulusal yasalara göre yargıcın çekilmesini ya da reddini istemeli ve bu konudaki direngenliklerini sonuna kadar sürdürmelidirler. Bu aşamalarda ulusal mahkemeler önünde ileri sürülmesi gereken sav ve savunmaların eksik bırakılması ve bunların ilk kez AİHM'ye taşınması durumunda, başarı sağlama olasılığı azalmaktadır.

Anayasa'nın 90. maddesinin "... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz." biçimindeki ikinci tümcesinin sonuna, 7 Mayıs 2005 günlü ve 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile eklenen;

*"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."* kuralı, iç hukuk yollarının önemini daha da arttırmıştır.

Bu çok önemli değişim, yıllardan beri süregelen içeriksiz tartışmaları ve yanlış değerlendirmeleri sonlandırmıştır. AİHS'nin ulusal hukuka nasıl uyarlanacağı konusu, Avrupa ülkelerinde de çok tartışılmıştır Ancak Anayasa'nın 90. maddesine eklenen tümce ile, Türkiye'nin onayladığı temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşmeler, ulusal hukuka üstün bir konuma getirilmiştir Ulusal yasaları uluslararası sözleşmelere uyarlamak elbette gereklidir. Bu konulardaki olası gecikmeler, sözleşmelerin doğrudan uygulanması yoluyla giderilecektir. Yargı organının bu tür sözleşmeleri doğrudan

uygulanması için, artık, ulusal yasaların sözleşmelere uyarlanmasına gerek kalmıyor.

Anayasa'nın 90. maddesindeki bu beklenmedik değişim, yeni yeni tartışmalara neden olmuştur. Hangi sözleşmelerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili sayılacağı, onaydan sonra yürürlüğe giren daha yeni yasalarla nasıl uyum sağlanacağı, Anayasa ile sözleşmelerin bağdaşmadığı durumlarda hangisinin uygulanacağı gibi, durgun kafaların algılama güçlüklerinden kaynaklanan tutucu yorumlarla karşılaşmıştır.

Yasama organının amacı kanımca çok açık biçimde ortaya konmuştur. Bu değişiklik, *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları ..."* üst hukuk normları düzeyine çıkarmıştır. TBMM'ce onaylanan sözleşmeler, belirleyici olmaktadır. Aynı konulara değinen başka yasalarda *"uyuşmazlık"* olarak nitelenebilecek farklı düzenlemelerin gözlenmesi durumunda, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın uluslararası hukuk kuralları uygulanacaktır.

Yasa yapıcının amacı doğru algılanmalı ve kolayca aşılacak konular, gereksiz tartışmalarla içinden çıkılmayacak boyutlarda karmaşık duruma getirilmemelidir. Yasa yapıcı, ulusal mahkemelerin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası hukuku doğrudan uygulamasını öngörmüştür. Bir başka deyişle, ulusal yargı yerlerinin AİHM gibi çalışmasını amaçlamaktadır. Bu durumda, soyut eleştiriler biçiminde yürütülen tartışmalar, yasaları ve sözleşmeleri yorumlamakla görevli olan ulusal mahkemelerin kararlarıyla çözülecektir. Amaç, temel insan hakları kavramlarının gelişimi ve genellemesidir.

Değişen biçimiyle Anayasa'nın 90. maddesini, yine Anayasa'nın 11. maddesi karşısında sorguladığımız zaman, bu kuralın, hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak biçimde, "...

## 5

*yaşama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağladığını ..." görmekteyiz.*

Bu değişim, kapsadığı sözleşmeleri üst hukuk normları düzeyine çıkarmakla yetinmiyor, onların güncel işlem ve ilişkilerin her aşamasında yaşama egemen olmasını amaçlıyor. Tapu memurundan kolluk görevlisine, Bakanlar Kurulu'ndan Belediye Meclisi'ne kadar tüm yürütme birimleri uluslar üstü hukuk kurallarına uygun davranma yükümlülüğü altına giriyorlar. Anayasa'nın 90. maddesinin son biçimine göre, bireysel başvuru sürecine girilmeden önce, iç hukuk yollarının tüketilmesi için, ulusal yargı yerlerinden yalnız ulusal yasaların değil, konuyla ilgili uluslararası hukukun ve özellikle AİHS'nin uygulanması istenmelidir.

Sözleşme'nin 34. maddesinde belirtildiği gibi, ulusal düzeyde haklarını alamadıklarını ileri sürenler, bireysel başvuru yoluna gidebileceklerdir. 35. maddeye göre ise. "... ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir."

Görülüyor ki, bu konu, bireysel başvuru yapabilmek için ön koşul olan iki sorunun birlikte yanıtlanmasını gerektirmektedir. İç hukuk yolları, uyuşmazlıkların türlerine göre ulusal yasaların öngördüğü yöntemlerden geçilerek kesin karara ulaşmakla, iç hukuk yolları tüketilmiş olmaktadır. AİHM'nin bu konudaki değerlendirmelerinde iki ölçüt gözetmektedir:

Birinci ölçüt, davanın yanlarının, temyiz, karar düzeltme gibi yasa yollarına yönelik başvurularının, bir başka kurum veya görevlinin süzgecinden geçirilmesine gerek olmaksızın doğrudan yetkili yargı yerlerine ulaşma olanağı var mıdır? İkinci ölçüt ise, davanın koşullarına göre yönetsel sürecin son aşamaya kadar sürdürülmesi, başvuruçunun beklentileri açısından bir yarar sağlayabilir mi?

6

Yukarıdaki ölçütlere göre Türkiye'deki hukuk davaları, temyiz ve karar düzeltme aşamalarından sonra kesinleşmektedir. İdari yargıda görülen davalarda da benzer süreçler işlemektedir. Karar düzeltme istemlerinin Yargıtay'ın ve Danıştay'ın daha önce aynı konuda görüşünü belirleyen Dairelerince incelenmesinin bir yarar getirmeyeceği ileri sürülebilir. Karar düzeltme aşaması atlanarak yapılan ve olumlu sonuçlar alınan başvurular da bulunmaktadır. Ancak karar düzeltme olanağı, Türkiye açısından sonuç alma olanağı bulunan bir yasa yoludur. Zorunlu olmadıkça veya Mahkeme'ce benimsenebilecek çok haklı gerekçelere dayandırılmadıkça, iç hukuk yollarının tüketilmesi için karar düzeltme olanağı kullanılmalıdır. Aksi durumda Hükümet'in sunabileceği pek çok örnek Yargıtay ve Danıştay kararları gözetilerek, yönetsel açıdan koşulları oluşmayan başvurular reddedilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bireysel başvuru yolu açıldıktan sonra Türkiye'den gelen ilk davada, Hükümet'in savunmalarında iç hukuk yollarının tüketilmediği ileri sürüldüğü için, ceza hukuku açısından her olasılığa göre bu konuyu kapsamlı biçimde araştırmıştır. Şöyle ki:

Hazırlık soruşturması sonucunda savcılıkça verilen takip-sizlik kararına karşı yapılan itiraz üzerine Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı'nun itirazı reddetmesi ile birlikte karar kesinleşmekte ve iç hukuk yolları tüketilmektedir.

Haksız gözaltı ve tutuklama kararlarına karşı CMUK'ÇA 3842 sayılı Yasa ile gerçekleştirilen değişime kadar bir itiraz yolu bulunmuyordu. Bu nedenle, ilk kararlar birlikte iç hukuk yolları da tükenmiş oluyordu. 3842 sayılı Yasa'dan sonraki düzenlemelerde ise, yöntem yasalarının öngördüğü itirazların yapılması gerekir.

AİHK, Türkiye'den gelen bu uyuşmazlık nedeniyle içti-hadını geliştirerek, daha sonraki değerlendirmelerinde de çok sık kullandığı "*etkili başvuru yolu*" kavramını benimsedi. Örneğin, Türkiye'nin ceza yargılama yöntemleri arasında yer alan temyiz edilemeyen kesin kararlara karşı Adalet Bakanı'ndan yasa yararına temyiz yetkisini kullanmasının istenmesi (yazılı emirle bozma), Yargıtay'ca onanan ceza mahkemesi kararlarına karşı, Yargıtay Başsavcısı'na karar düzeltme isteme yetkisini kullanması için dilekçe verilmesi, ilgililere doğrudan üst yargı yerine ulaşma olanağı tanımadığı için etkili başvuru yolları olarak kabul edilmedi. Böylece ceza davalarında karar, Yargıtay'ın onamasıyla birlikte kesinleşmekte, iç hukuk yolları tükenmektedir (Sargın ve Yağcı/Türkiye, AİHK Raporu, 88/14116-88/14117).

Yargılamanın yenilenmesi ise, yeni bir uyuşmazlık olarak görülmediği için başvurulması gereken bir yasa yolu kabul edilmemektedir.

Dava konusu uyuşmazlığı ilgilendiren çok sayıda iç hukuk yolunun varlığı durumunda, bireysel başvuru yapabilmek için bu yolların tümünün tüketilmesi gerekmiyor. Örneğin, hem ceza hem de hukuk davaları açma zorunluluğu bulunmuyor. Kişinin kendisi açısından en uygun yolu seçmesi ve sonuna kadar izlemesi yeterli görülüyor.

Sözleşme'nin 35. maddesinde yer alan ikinci koşula göre, AİHM'ye son kararın kesinleşmesini izleyen altı ay içinde başvurulması gerekiyor. Hukuk ve idare mahkemelerinde onama kararının yazılı bildirimle öğrenilmesi, altı aylık sürenin başlangıcını oluşturuyor. Ceza davalarında, Yargıtay'ın onama kararları ilgililere tebliğ olunmadığından, altı aylık başvuru süresinin geçirilmemesi için dava dosyasının yerel mahkemeye geri dönüşünün izlenmesi önem taşıyor. Dosyanın dönüşünün

## 6

üzerinden altı aydan çok daha fazla zaman geçtikten sonra bir dilekçe ile saptanacak günde karardan örnek alınması, büyük olasılıkla yitirilen süreyi geri getirmeyecektir.

Ulusal düzeydeki davanın, yetkisizlik, görevsizlik, zama-naşımı ve hak düşürücü sürelerle uyulmaması gibi, davacının yargı yerlerinde ve dava açma koşullarında yanlışlar yapması nedenleriyle reddedilmesi durumunda, AİHM'ye yönelteceği başvurunun da başarı olasılığı düşük kalacaktır.

Ceza mahkemesi kararı Yargıtay'da onanarak kesinleştiği halde, karar düzeltme isteminde bulunması için Başsavcı'ya yöneltilecek dilekçeler etkili yasa yolu sayılmadığından, bu işlemler için geçecek zaman, altı aylık başvuru süresinin yitirilmesine neden olabilecektir.



## İÇ HUKUK YOLLARI TÜKETİLMEYEN DE BİREYSEL BAŞVURU YAPILABİLİR Mİ?

7

Ulusal düzeyde uyuşmazlığı çözecek iç hukuk yolunun bulunmadığı durumlarda, böyle bir koşul öne sürülemezdir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 135 ve 136. maddelerine göre kamu personeline verilen uyarı ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalıdır. Kamu gücünü kullanan devlet memurlarının disiplin uygulamaları Sözleşme'nin kapsamı dışında görülmekle birlikte, AİHM, özel işverenin yanında çalışan elektrik mühendisi ile devlet memuru olan elektrik mühendisinin aynı tür teknik işleri yaptıklarından yola çıkarak, ilgili yasa dava açma olanağı tanımadığı için, iç hukuk yoluna gidilmeden yapılan bireysel başvuruyu kabul etmiştir (Hasan Balıkcı/Türkiye, Kabul edilirlilik kararı, 2002).

Türkiye'de İcra ve İflas Yasası'nın 82. maddesinin 1. bendine göre devlet malı haczedilemiyor. Kesinleşen yargı kararı ile icra dairesine başvuran kişinin kamulaştırma alacağının ödenmemesi nedeniyle devlet mallarının haczi için uğraşması, davalar açması istenemez. (Atatürk/Türkiye AİHK raporu, 1999)

İç hukuk yolunun yapılan başvuruya karşın çalışmaması ve sonuca ulaşmanın olanaksızlığı karşısında boş bir beklen-

# 7

tiyi sürdürmek anlamsız olmaktadır. AİHM bu koşullardan yakınan başvuruları da inceleyip sonuçlandırmaktadır (Erol Güngör/Türkiye, 2005), (Sunal/Türkiye, 2005).

Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan işkence, öldürme, köy yakma gibi ölümcül insan hakları ihlallerinin yetkililerce yeterince araştırılmaması nedeniyle Komisyon ve Mahkeme, 1997 yılına kadar bu bölgeden gelen başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu aramamıştır.

(Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, 1996), (Aksoy/Türkiye, 1996) Bu konuda ileride değineceğimiz çok sayıda örnekler bulunmaktadır.

İleride de değinileceği gibi davaların ve tutukluluk durumunun çok uzaması nedeniyle uygun sürelerin aşıldığı gerekçesiyle yapılacak başvurularda, asıl davaların sonuçlanıp kararların kesinleşmesinin beklenilmesi, Sözleşme ile getirilen güvenceleri yararsız duruma düşüreceğinden, bu tür başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu aranmamaktadır.

İç hukuk yollarının tüketilme koşulunun aranmadığı bir başka olasılık ta, Sözleşme ihlallerinin doğrudan devlet politikası durumuna geldiği uygulamalardır. "... Bir devletin üst düzey yöneticilerinin birbirine benzeyen ve sürekli yinelenen insan hakları ihlallerini bilmedikleri düşünülemez. Denetimleri altındaki kamu görevlilerinin eylemleri, yöneticileri de bağlar." Bu tür uygulamaların süreklilik kazandığı koşullar, sorumlu devletler açısından idari pratik oluşturmakta ve bireysel başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunlu görülmemektedir (İrlanda/İngiltere, Komisyon raporu, 1978).

Sözleşme'nin 33. maddesine göre her üye devlet, "... Sözleşme ve protokolleri hükümlerine vaki ve kendisinin diğer yüksek sözleşmeci tarafa isnat edilebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlalden dolayı Mahkeme'ye başvurabilir."

Devlet başvuruları, bireysel başvuru yetkisini tanımayan devletlere karşı da yapılabildiği gibi, iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Böyle bir yöntemin Sözleşme'de yer almasının nedeni, AK üyesi devletlerin insan hakları alanında karşılıklı olarak birbirlerini denetlemeleri ve Sözleşme ihlallerinin saptanması durumunda, başvuruda bulunma olanağının sağlanmasıdır. Avrupa Konseyi'nin kuruluşundan günümüze kadar on üç devlet başvurusu yapılmıştır. Bunların altısı Türkiye'ye karşıdır. Dört başvuru Kıbrıs sorunuyla ilgilidir.

Devlet başvuruları genellikle siyasal içerikli olmakta ve genel nitelikteki eleştirileri kapsamaktadır. Danimarka vatan-daşı olan Kemal Koç'un 1976 yılında kardeşinin cenazesi için Türkiye'ye gelişinde gözaltına alındığı ve işkence gördüğü savlarıyla Danimarka Hükümeti, Türkiye'ye karşı Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali temelinde devlet başvurusunda

## 8

bulunmuştur. Başvurunun kabul edilirliğine karar verildikten sonra, yanlar arasında Kemal Koç'un zararlarının giderilmesini amaçlayan dostça çözüm anlaşması gerçekleştirilmiştir. Bu olay, devlet başvurularının belli bir kişinin korunup yitiklerinin giderilmesi amacıyla yapılabileceğinin ilk örneği olmuştur. (Danimarka/Türkiye, 2000)

Sayıların da ortaya koyduğu gibi devlet başvurusu, çok sık kullanılan bir yöntem değildir.

## HANGİ KONULARDA BİREYSEL BAŞVURU YAPILABİLİR?

9

AİHS'nin 35. maddesinin 3. bendinde, "*Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu işbu sözleşme ve protokolleri hükümleri dışında kalmış, açıkça dayanaktan yoksun veya başvuru hakkının suiistimali mahiyetinde telakki ettiği takdirde, kabul edilmez bulur.*" deniliyor.

Bu tümcenin de ortaya koyduğu gibi, başvuruların kabul edilebilmeleri için en önemli koşul, yakınılan konuların "*Sözleşme ve protokoller*"in kapsamı içinde bulunmaları gereğidir. Sözleşme ve ek protokoller, AİHM'nin bireysel başvuruların içeriğini ve özünü değerlendireceği hukuksal temeli oluşturmaktadır. Bu kitabın amacı da başvuruların içerik denetiminde önem taşıyan hukuksal dayanakların saptanmasına yardımcı olmaktır. İlerideki bölümlerde. Sözleşme'nin güvencesi altındaki temel insan haklarının açılımına yönelik sorular yanıtlanacaktır.

Başvuruların Sözleşme'yle bağdaşır nitelikte olmakla birlikte, dilekçede anlatılan işlem ve olayların, belli bir tutarlılığa ulaşması gerekir. Doğru olanı, izlenecek savunma yöntemi açısından sakıncalı görülüyorsa, bütün kanıtların ilk dilekçenin ekinde sunulmasıdır. Eğer böyle bir yol izlen-

9

meyecekse, ileri sürülen savları doğrulamak açısından kanıt başlangıcı sayılabilecek bazı belgelerin dilekçeye eklenmesi gerekir. Böylece başvurunun “açıkça dayanaktan yoksun” bulunması önlenebilir.

“Başvuru hakkının kötüye kullanılması” genellikle, hukuksal konuların siyasal propaganda malzemesi yapılmaması amacıyla yöneliktir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun gizlilik içinde çalıştığı dönemde bu kural daha bir önemliydi. Ancak Sözleşme’yle uyumlu olan başvuruların siyasal gösteriler biçiminde değerlendirildiği olaylarda da, Komisyon, hakkın özünü korumuş, salt bu tür nedenlerle başvuruları kabul edilmez bulmamıştı. AİHK’nun görevine son verilmesinden sonra, bu tümcenin çok fazla uygulanma alanı kalmadı.

## AIHM BİREYSEL BAŞVURULARIN İÇERİK DENETİMİNİ NASIL YAPIYOR?

0

AIHM bireysel başvuruları değerlendirirken, genellikle bütün olaylarda, hakların içeriğine uygun düşmesi koşuluyla aynı yöntemi izlemektedir. İçerik denetimi, aşağıda belirtilen sıralama içinde yapılmaktadır.

- Yakınlık olayın, öncelikle, Sözleşme ve ek protokollerin tanımlayıp koruma altına aldığı hakların kapsamında olup olmadığı araştırılıyor.

- Olay Sözleşme kapsamında ise, sorumlu devletin bireysel haklara saygı temelinde yerine getirmesi gereken olumlu (objektif) edim yükümlülüğü bulunup bulunmadığı sorgulanıyor. Eğer böyle bir yükümlülük varsa, yerine getirilip getirilmediğine bakılıyor.

- İzleyen aşamada, Sözleşme'nin koruması altındaki hakka, kamu adına yapılmış bir el atma (müdahale) olgusunun varlığı araştırılıyor.

- Bir müdahale söz konusu ise, yasal temeli var mıdır, yoksa hukuk dışı (keyfi) bir el atma mıdır? sorusuna yanıt aranıyor.

# 10

• Biçimsel açıdan yasaya uygun olan müdahalenin, başvurucunun yoksun bırakıldığı hakları ile, işlem sonucunda oluşan genel çıkarlar ve kamu yararı arasında orantısız (hakkaniyete uygun, adil) dengelerin kurulup kurulmadığı değerlendiriliyor.

• Ayrıca başvurucunun haklarına yöneltilen sınırlamanın demokratik bir toplumun gereklerine uygun olup olmadığı, izlenen amacının dışına taşımaya taşınmadığı sorusu da göz önünde bulunduruluyor.

Mahkeme, belirtilen aşamalarından herhangi birinde Sözleşme'ye aykırılık saptayınca, sonraki aşamaya geçmesine gerek kalmamaktadır.

Yukarıdaki ölçütler, Sözleşme'nin koruduğu bütün haklarla tam olarak örtüşmeyebilir. Bazıları için daha kestirme bir hukuksallık denetimi yeterli gelebilir. Örneğin, işkenceyi yasaklayan 3. madde konusunda devletlerin hiçbir takdir hakları yoktur. Ancak genelde izlenen yöntem budur ve böylesi bir açıklamanın daha sonraki değerlendirmelerde, tekrarları önlemek açısından yararlı olabileceği düşünülmüştür.



Yaşama hakkının korunması, devletlere, negatif (olumsuz) ve pozitif (olumlu) olmak üzere iki tür yükümlülük getirmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. bendi, ilk düzenleniş biçimine göre yasal yöntem ve süreçlere uygun olmak koşuluyla kesinleşen ölüm cezalarının uygulanmasına olanak tanıyordu. 6 numaralı Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile ölüm cezalarının yasallığı, "... savaş zamanı ve çok yakın savaş tehlikesi" ile sınırlandırıldı. Böylece barış dönemlerinde ölüm cezaları kaldırılmış oluyordu. 1 Temmuz 2003'te yürürlüğe giren 13 numaralı Protokol ise, her koşulda ölüm cezalarının uygulanmasını yasaklıyor.

Yasalardan ölüm cezalarının çıkarılması, daha önce verilen kesinleşmiş kararların uygulanmaması, devletlerin negatif (olumsuz) yükümlülüklerini oluşturmaktadır. Böylece devletler, "öldürmeme" yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır. Bir ceza olarak idamların kaldırılması mutlaktır. Bu konuda devletlerin takdir hakkı yoktur.

Ancak devletler, ölüm cezalarını kaldırmakla, olumsuz yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmiş olmuyorlar. Devlet adına görev yapan kamu personelinin de, hizmetlerin

# 11

yürütülmesi sırasında insanları öldürmemeleri gerekiyor. Özellikle, asker, polis, jandarma gibi suç kovuşturmasında görev yapan kamu personelinin istemli eylemleri sonucunda ölüme neden olmaları, devletlerin olumsuz yükümlülüklerinin çiğnenmesi anlamına gelebiliyor.

Sözleşme, ölüm cezası dışında kalan bazı uygulamalarda, zorunlu olarak açık kapılar bırakmıştır. 2. maddenin 2. bendinde, bireylerin yasa dışı şiddet olaylarına karşı korunması, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, ayaklanma ve kalkışma durumlarının önlenmesi sırasında meydana gelebilecek ölümlerin Sözleşme ihlali sayılmayacağı belirtilmiştir.

Ancak bu konu da mutlak değildir. Kamu görevlilerinin ölümle sonuçlanan olaylardaki davranışlarının, koşulların gerektirdiği ölçülerden daha sert olmaması, karşıt güç ve davranışlara göre orantılı olması, keyfiliğe kaçmaması ve yaşama hakkını çiğnemeyi amaçlamaması gerekir. Bu tür düzenlemeler, ulusal yasalarda da yer almaktadır.

Asker, jandarma, polis gibi kamu görevlilerinin suç kovuşturması sırasında veya böyle bir görüntü altında insanları öldürmeleri, her koşulda devletlerin olumsuz yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmeyebilir. Bir kamu görevlisinin, kendisine böyle bir emir verilmediği halde ölçüsüz davranışlarla can alması, her şeyden önce kendi sorumluluğunu gerektiren kişisel bir suçtur. Ancak savcılar, bu tür olaylarda kimlikleri saptanan sorumluların kendiliğinden üzerine gidip gereken davaları açmazlarsa, mahkemeler sanıklara hoşgörü ile yaklaşıp yargılama görevlerini yerine getirmezlerse, ya da mahkemelerin yargılayıp cezalandırılmalarına karar verdikleri suçlular korunup cezaları uygulanmazsa, böylesi tutumların alışkanlık

ve yaygınlık kazandığı ortamlarda, ilgili devletin olumsuz yükümlülüklerini çiğnediğine karar verilebilecektir.

Devletler, işlemlerini yasaların yetkili kıldıkları kişiler ve organlar eliyle yürüttüklerine göre, onların yaşama hakkını çiğnemeleri, sonuçta devletlerin yaşama hakkına saygı göstermedikleri anlamına gelecektir.

28 Nisan 1993'te, İstanbul'da Ümraniye Çöp Toplama alanında meydana gelen patlamalar ve toprak kaymaları sonucunda bazı kişilerin ölmeleri, devletin olumlu yükümlülükleriyle birlikte, yaşam hakkının çevre sorunlarıyla bağlantılı olarak tartışılmasını gerektirmiştir. Devletler, yaşam hakkına yönelik gerçekçi olmayan tehdit varsayımlarına karşı önlem almakla yükümlü tutulamıyorlar. Ancak insanların yaşamlarını sonlandırabilecek ciddi bir takım sorunların varlığı kamu organlarıncı biliniyorsa, ya da bilinmesi gerekiyorsa, bunlara karşı korunma önlemlerinin alınması da, devletlerin görevi olmaktadır. Aksine davranışlar, devletlerin sorumluluğunu gerektirebilmektedir. (Öneryıldız/Türkiye, 2004)

Sözleşme'nin 2. maddesinin yaşama hakkını koruması, aynı zamanda "ölme hakkı"nı koruduğu anlamında yorumlanmamıştır. İyileşmesi olanaksız bir hastalığa yakalanan kişinin başkalarından da yardım alarak yaşamını sonlandırması, Mahkeme'ce 2 veya 3. maddelerin koruduğu haklarla ilişkilendirilememiştir. Ulusal yasada "ötenazi" hakkının tanınmaması, Sözleşme'ye aykırılık olarak kabul edilmemiştir. (Pretty/İngiltere, 2002)

*AİHM, DEVLETLERİN  
ÖLDÜRMEME YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ  
HANGİ ÖLÇÜTLERE GÖRE DEĞERLENDİRİYOR?*

AİHM'nin yaklaşımına göre, yaşama hakkını güvence altına alan ve öldürmenin hangi zorunlu koşullarda hukuka uygun bulunabileceğini belirleyen 2. madde, Sözleşme'nin, ayrıcalıklı uygulamalara olanak tanımayan en temel kurallarından birisidir. İşkenceyi yasaklayan 3. madde ile birlikte, Avrupa Konseyi üyesi demokratik toplumların temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Bu nedenle öldürmenin hukuken kabul edilebilir görülebileceği koşullar açıklıkla belirlenmelidir. İnsanları korumaya yönelik bir araç olarak AİHS'nin amacı, 2. maddenin getirdiği güvencelerin gerçek yaşamda sonuç getirici etkinlikte yorumlanıp uygulanmasını gerektirmektedir.

Bu koşullara uygun davranılmaması durumunda, devletler bir kaç açıdan sorumlu tutulabilmektedirler. Kamu görevlilerinin istemli ve bilinçli olarak insanları öldürmeleri, ilgili devletlerin yaşama hakkını doğrudan çiğnedikleri anlamına gelmektedir. Bireylerin, devletin mutlak koruması altında bulundurulmaları gereken yerlerde öldürülmeleri, koruma görevinin yerine getirilmemesi açısından Sözleşme'nin 2. maddesinin çiğnenmesi olmaktadır. Yukarıda anılan her iki durumda bireylerin öldürülmeleri üzerine devletlerin etkili

soruşturmalar başlatmamaları, sanıkları saptayıp yargılanmalarını sağlamamaları, ayrıca bu yönlerden de yaşama hakkının ihlali anlamında yorumlanmaktadır.

AİHS'nin 2. maddesi uyarınca yaşamı koruma yükümlülüğü, 1. maddedeki Devlet'in "*kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'de açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma*"ya yönelik genel görevi ile birlikte düşünüldüğünde, bireylerin güç kullanımı sonucunda öldürüldüğü her durumda etkin resmi soruşturma yapılmasının zorunluluk taşıdığı anlamında yorumlanmaktadır.

2. madde yalnız bilinçli öldürmeleri değil, öldürücü silahların kullanıldığı koşullarda rastlantılar sonucunda yaşam hakkının sonlandırmasına yol açabilen olayları da kapsamaktadır. Öldürücü gücün kasıtlı kullanımı, 2. bendin (a) ve (c) alt paragraflarında belirtilen bir ya da daha fazla amacın elde edilmesi için "*kesinlikle zorunlu*" olmalıdır. Bu koşul, "*Devlet*" eylemlerinin AİHS'nin 8'den 11'e kadar olan maddelerinin 2. paragraflarına göre "*demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı*" belirlenirken, genelde uygulanan gereklilik sorgulamasından çok daha katı ve ödünsüz bir denetimin yapılması gerektiğini göstermektedir. Kullanılan güç, belirtilen amaçların elde edilmesiyle tam anlamıyla orantılı olmalıdır. (Mc Cann ve Diğerleri/ İngiltere, 1995)

Sözleşme'nin 2. maddesi, kamu görevlilerinin suç sayılan etkinliklerini de kapsamaktadır. AİHM, öldürme ile sonuçlanan olayların davalarında, başvuruculara karşı bilinçli olarak ölümcül kuvvetin kullanıldığı durumlarda, yalnızca kuvveti kullanan devlet görevlilerinin eylemlerini değil, demokratik toplumlarda yaşama hakkının taşıdığı öneme uygun olarak olayı çevreleyen tüm koşulları birlikte incelemektedir. (Makaratzis/ Yunanistan, 2004)

# 12

AIHM'nin 1994 yılına kadar Sözleşme'nin 2. maddesinin doğrudan uygulanışına ilişkin bir kararı bulunmuyordu. İspanya'da 21 yaşındaki bir gencin hırsızlık suçlaması ile polislerce evinden alınmasından sonra götürüldüğü karakolda bir polisin tabancasından çıkan mermi ile öldürülmesi, Mahkeme'ye ulaşan ilk yakınmaydı. Komisyon, 2 ve 3. maddeler konusunda önce kabul edilirlilik kararı verdiği halde, sonuç raporunda ihlal saptanmadığını belirtmişti. Sorumlu polisin iki yıl dört ay hapis cezasına çarptırıldığı bu uyuşmazlık, Mahkeme'nin gündeminde bulunduğu bir sırada yanlar arasında gerçekleşen dostça çözüm anlaşmasıyla sonlanmıştır. (Diaz Ruano/İspanya, 1994)

**KAMU GÖREVLİLERİNİN EYLEMLERİ NEDENİYLE  
DEVLETLER HANGİ KOŞULLARDA  
OLUMSUZ (ÖLDÜRME) YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ  
YERİNE GETİRMEMİŞ SAYILIYORLAR?**

Üzülerek belirtmek gerekiyor ki, AIHM'nin yaşama hakkı konusundaki pratiği, Türkiye'den gönderilen başvurular nedeniyle 1998 yılından itibaren verdiği, halen de devam etmekte olan kararlarla çeşitlenmektedir. Kamu görevlilerinin görevlerini yaparken silah kullanmaları sonucunda insanların öldürülmesi, 2. maddenin 2. bendinin (a) ve (c) alt ayrımları altında değerlendirilmektedir. Kamu görevlilerinin insanlara daha az zarar verecek yöntemlerle sorunları çözme olanağı varken aşırılığa kaçmaları, ölçsüz silah kullanarak ölümlere neden olmaları, Sözleşme'nin ağır ihlali anlamına gelmektedir.

Bu konudaki ilk ayrıntılı örnek, Şırnak'ın İdil İlçesi'ndendir. Yasa dışı bir gösteri sırasında kamu yapılarına saldıranlara karşı güvenlik görevlileri ateş açmışlardır. Başvurucunun oğlu ölmüş, birçok kişi yaralanmıştır. Mahkeme, göstericilere karşı güç kullanılmasının 2. maddenin 2/c bendine göre "*ayaklanma veya isyanı bastırmayı*" amaçlaması bakımından haklı görülebileceğini, ancak amaç ile araç arasında bir denge olması gerektiğini belirttikten sonra, "*Janarmalar cop, kalkan, tazyikli su, plastik mermi veya göz yaşartıcı bomba yerine çok güçlü*

# 13

*silahlar kullanmışlardır. Şırnak ili olağanüstü hal bölgesinde olduğu ve söz konusu dönemde düzensizlik beklendiği için diğer araçların bulunmaması anlaşılabilir ve kabul edilemez durumdur. Hükümet, göstericiler arasında teröristlerin var olduğu savlarını doğrulayacak bir kanıt getirememiştir. Ahmet Güleç'in ölümüne neden olan göstericilerin dağıtılması için kullanılan güç, Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında mutlak zorunluluk taşımadığından, yaşama hakkının ihlaline ..." karar verilmiştir. (Güleç/Türkiye, 1993-1998)*

Bu karar, kamu görevlilerinin eylemleri sonucunda gerçekleşen ölüm olayı nedeniyle, devletin olumsuz (negatif) yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına geliyor. Bir başka deyişle, devlet, Güleç'in öldürülmesinden doğrudan sorumlu bulunuyor.

Aynı bölgede yaşanan olaylar nedeniyle AİHM'ye gönderilen ve Sözleşme'nin 2. maddesine dayandırılan başvurularda;

*"Sivil kişiler, güvenlik güçleri ile PKK'nın çatışması sırasında çapraz ateş arasında korunmasız kalmışlardır. Pusu operasyonunun planlanması ve yürütülmesi hakkında Hükümet, doğrudan kanıt gösterememiştir. Bu nedenle yeterli önlem alınmamış olduğu sonucu çıkarılabilir. Operasyonun planlanması ve yürütümü sırasındaki kusurları nedeniyle ..." (Ergi/Türkiye, 1998)*

*"Başvurucunun oğlunun ölümüne yol açan kurşunun güvenlik güçleri tarafından atıldığı konusunda bir tartışma yoktur... Malikeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesi kasten öldürme yetkisi vermeyip, yalnızca güç kullanma yetkisi tanımaktadır. Kullanılan gücün de, olayda zorunluluk taşıması gerekir... Sonuç olarak, orantısız güç kullanma nedeniyle ..." (Oğur/Türkiye, 1999)*

Yaşama hakkının ihlaline karar verilmiştir.



Özel tim görevlileri, Mehmet Gül'ün eşi ve üç çocuğu ile birlikte oturdukları Şanlıurfa'nın Bozova ilçesindeki konutuna arama yapmak üzere gelmişlerdir. Mehmet Gül kapının sürgüsünü çekmeye çalışırken üç görevli ateşe başlamışlardır. Gül babası tarafından hastaneye götürülürken yolda ölmüştür. Eylemleriyle Gül'ü ölümüne neden olan polisler, yargılandıkları davada aklanmışlardır.

AİHM bu olayı şöyle değerlendirmiştir:

*"Mehmet Gül'ün kapının arkasında bulunduğu bir sırada polis memurlarının açtıkları ateş sonucunda aldığı kurşun yaraları nedeniyle öldüğü konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır... Polis memurlarının kendilerine Mehmet Gül tarafından tabanca ile bir el ateş edildiği savları kanıtlanamamıştır. Olaydan sonra evde iki silah ve bir boş kovan bulunduğuna ilişkin doğru dürüst bir tutanak düzenlenmemesi, polislerin bu konudaki anlatımlarının inandırıcılığını zayıflatmıştır. Bu koşullar altında kapıya 50 - 55 el ateş edilmesi, polislerin evdeki kişilerden gelecek bir tehlike karşısında oldukları yolundaki açıklamalarını zayıflatmıştır. Polislerin davranışlarının, eve girişlerinde güvenliği sağlamak için gerekli olduğu düşüncesi de haklı görülemez. Kadın ve çocuklar gibi suçsuz kişilerin oturdukları bir apartmanda görülmeyen bir hedefe otomatik silahlarla ateş edilmesi, Komisyon'un da saptadığı gibi, çok büyük bir orantısızlıktır. Polisler tarafından kullanılan güç, yaşamlarını korumak için zorunlu bir davranış olarak görülemeyeceğinden, yaşama hakkının ihlal edilmesine ..." karar verilmiştir. (Gül/Türkiye, 2000)*

AİHM, 2005 yılında sonuçlanan davalarda da, Türkiye'nin kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan ölümlerden sorumlu olduğuna ve böylece "öldürmeme" yükümlülüğüne aykırı davrandığına ilişkin kararlar vermiştir.

## DEVLETLER YAŞAMA HAKKINI KORUMAK AMACIYLA ÖNLEM ALMADIKLARI İÇİN SORUMLU TUTULABİLİRLER Mİ?

Yaşama hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınması, devletlerin olumlu (objektif) yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Devletlerin, toplumsal korumanın zorunlu kıldığı, kişilerin ve konumlarının gerektirdiği önlemleri almaları, devlet olmanın doğal sonucudur. Bu önlemlerin alınması, yaşama hakkına yönelik bütün saldırıların püskürtüleceği anlamına gelmez. Devletin, kişileri korumak için olası her türlü güvenlik önlemini almasına karşın, suç işlenmesinin büsbütün önlenemediği bilinen bir gerçektir. Bu koşullarda devletlerin olumlu yükümlülüklerini yerine getirmediği ileri sürülemez

Bazı özel koşullar, devletlerin çok daha sıkı önlemlerle yaşama hakkını korumalarını gerektirebilmektedir. Bu gibi durumlar, bireylerin, devlet organlarının kararlarıyla, ya da kamu gücünü kullanan kişilerin işlem veya eylemleriyle, olağan yaşam ortamlarından alınarak farklı yerlere götürülmeleridir. Çocukların, kendilerine gerekli ilgiyi göstermeyen anne ve babalarından alınarak koruyucu aileye veya bakımevine verilmeleri, düşünsel sorunları olanların, alkoliklerin, uyuşturucu kullananların, bulaşıcı hastalıkları bulunanların kendilerine veya çevrelerine zarar vermemeleri, koşullar elverdiğinde

sağaltılıp eğitilmeleri için bu amaçlar doğrultusunda oluşturulan kurumlara götürülmeleri, adli soruşturmalar nedeniyle gözaltına alınan, tutuklanan, cezaları kesinleşen sanıkların ve hükümlülerin karakollarda, cezaevlerinde tutulmaları, devletlerin daha özenli koruma önlemleri almaları gereken yerlerdir. Bu örnekler daha da çoğaltılabilir. Ülke sınırlarını yasa dışı yollardan aşarak gelen sığınmacıların, kaçak göçmenlerin, kimliği belirsizlerin hukuksal konumlarının aydınlatılması için veya sınır dışı edilmek üzere belli yerlerde bekletilmeleri, ergin olmayan gençlerin barındıkları öğrenci veya işçi yurtları, bu yerlerde kalanların konum ve koşullarına göre, ek koruma önlemlerini gerektirebilmektedir. Koruma gereksiniminin temeli, derece derece, kişilerin seçeneksizliklerine ve kendilerini korumaktan yoksun bırakılmalarına dayanmaktadır. Suç sanıkları ve hükümlüler için, bu nedenlere, ilgilendirildikleri suçların toplum ve bireyler üzerinde bırakacağı olumsuz izlenimlerin neden olabilecekleri tepkiler de eklenmelidir.

Mahkeme'nin değerlendirmesine göre, "Başvurucunun oğlu Mehmet Ertak'ın gözaltına alınıp ağır ve kötü muameleden sonra gözaltında ölmüş olduğuna dair hiçbir makul kuşkuyla yer bırakmayacak kadar yeterli kanıt bulunmaktadır. Yetkililer, kendilerinin sorumlulukları altındaki kişilerin ne durumda olduklarını açıklamakla yükümlüdürler. Ancak başvurucunun oğlunun gözaltına alındıktan sonra ne durumda olduğuna ilişkin bir açıklama getirilmemiştir. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun oğlunun ölümünden Hükümet'in sorumlu olduğu ve buna devlet görevlilerinin neden olduğu ..." kararına varmıştır. (İsmail Ertak/Türkiye, 2000)

Mahkeme, bir kararında güvenlik görevlilerince gözaltına alındığı kesinlik taşıyan ve daha sonra kendisinden hiç bilgi alınamayan kişinin uzun yıllar süren yokluğunu değerlendirmiştir. Gözaltındaki kişinin yeterince korunmadığı savlarına

karşı kamu görevlilerinin inandırıcı açıklamalar getiremedikleri koşullarda cesedinin bulunmaması, o kişinin yaşamakta olduğu anlamında yorumlanmamıştır. “Kişinin gözaltına alınmasından sonra geçen süre tek başına yeterli olmasa da, değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Gözaltında tutulan kişiden haber alınmayan süre uzadıkça, ölmüş olma olasılığı artmaktadır. Böyle bir olasılık durumunda, ikincil düzeydeki kanıtlara dayanılarak karar verilebilir. Abdülvahap’ın gözaltına alındığı tarihin üzerinden altı buçuk yıl geçmiştir. Bütün öteki koşullar birlikte değerlendirildiğinde, gözaltına alındıktan sonra kaybedilmiş olmasının, olayın koşulları içinde ölmüş bulunduğu sonucu çıkarılabilecektir. Gözaltında bulunduğu sırada kendisine ne olduğu konusunda Hükümet’çe inandırıcı bir açıklama getirilenmemiştir. Hükümet Abdülvahap’ın ölümünden sorumludur. Bu nedenlerle yaşama hakkının ihlal edildiğine...” karar verilmiştir (Timurtaş/Türkiye, 2000)

Kararın bir takım varsayımlara dayandırılması, ceza hukukunun ölçütleri bakımından tartışmalı bulunabilir. Ancak AİHM bir ceza mahkemesi olarak çalışmadığı gibi, suç sanıklarının saptamakla da yükümlü değildir. Uluslararası yargılaşmanın temel amacı, kamusal organların işleyişlerindeki yanlışları ortaya koymaktır. Böylece devletlere, kendilerini olağan yöntemlerle sınamalarına ek olarak, yargısal içerikli bir dış bakışla nasıl değerlendirildiklerini görme olanağı sağlanmaktadır. Gözaltına alınan kişinin daha sonra ne olduğu konusunda aydınlatıcı bir açıklama getirilemediğine göre, ulaşılan sonuç, kamusal sorumluluğu ortaya koyması bakımından doğru bir değerlendirmedir.

Gözaltındaki kişinin ölmesi durumunda, bu işlemi uygulayan kamu biriminin kapsamlı bir açıklama getirmesi zorunluluğu doğmaktadır. Kişinin gözaltına alındıktan sonra bir daha olağan yaşamına hiç dönmemesi, kendisinden haber

alınmaması, bu yükümlülüğün önemini daha da pekiştirmektedir. Gözaltı süresinin uzaması, yaşamsal sorumluluk doğuran kuşkuların artmasına neden olabilmektedir. Güvenlik birimlerince dizinden yaralanarak yakalanan sanık, ilk tedavisi Şırnak'ta yapıldıktan sonra askeri birliğin revirine yatırılmıştır. 14 Kasım 1993'te gözaltına alınan sanıktan, daha sonra hiçbir bilgi alınmamıştır. Nereye götürüldüğü, ne olduğu konusunda herhangi bir belge ve tutanak bulunmamaktadır. PKK sığınaklarını göstermesi için götürüldüğü Gabar dağında kaçtığına ilişkin tutanak inandırıcı bulunmamıştır. AİHM, Hükümetçe inandırıcı bir açıklama getirilmeyen bu olayda, gözaltı süresinin uzamasını da değerlendirerek, Muhsin Taş'ın gözaltına alındıktan sonra öldüğü inancıyla, ölümünden devletin sorumlu olduğu yargısına varmıştır. (Taş/Türkiye, 2000)

AİHM, gözaltına alındıktan sonra ölen kişinin koşullarını da değerlendirmiştir. *"Sağlıklı olarak gözaltına alınan bir kişinin gözaltından çıkarken bedeninde yaralar bulunması durumunda, bu yaraların nasıl oluştuğu konusunda davalı devlet inandırıcı açıklamalar getirmekle yükümlüdür. Kişinin gözaltında bulunduğu sırada ölmesi halinde, bu yükümlülük daha da ağırlaşır. Agit Salman'ın gözaltına alınmadan önce herhangi bir sağlık sorunu yoktu. Ayrıca ölümünün kalp krizinden ileri gelmiş olabileceğine ilişkin Dr. B. K. imzalı Adli Tıp Kurumu raporu, Prof. Pouden ve Prof. Corder'in raporlarıyla çürütülmüştür. Üstelik Adli Tıp Kurumu raporu, Komisyon'a yapılan başvurudan sonra verildiğinden, objektif ve bağımsız bir belge olarak nitelenemez ..."* Bu gerekçelerle Agit Salman'ın "gözaltında öldürülmesi" nedeniyle yaşama hakkının ihlal edildiği kararlaştırıldı. Bu kararın en çarpıcı yanı, devletin koruma görevini yerine getirmemenin ötesinde, "kasten" öldürmekten sorumlu tutulmasıdır. (Salman/Türkiye, 2000)

AİHM, benzer konulardaki çeşitli kararlarında, sağlıklarından Devlet'in sorumlu olduğu gözetimdeki kişilerin koşulları ile Devlet organlarının denetiminde bulunan bölgelerde yaralı veya ölü bulunan kişilerin durumları arasında koşutluk kurmanın hukuka uygun olduğu kanısındadır. "Bu tür bir koşutluk, her iki durumun da tamamen veya büyük ölçüde kamusal organların bilgisi içinde olduğu gerçeğine dayandırılmıştır. Dolayısıyla, bu tür davalarda olduğu gibi başka davalarda da, Hükümet'in elinde bulunan kritik belgeleri sunmadığı –ki bunun da AİHM'nin olayları kesin olarak belirlemesini engellediği koşullarda– bu belgelerin neden başvuruların savlarını doğrulamakta yararı olmadığına veya söz konusu olayların nasıl meydana geldiğine ilişkin güven verici ve inandırıcı bir açıklama getirmek görevi Hükümet'e düşmektedir, Aksi durumlarda AİHS'nin 2 ve/veya 3. maddeleri bağlamında bir takım sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Hükümet, kendisi tarafından tutulan belgelerin, başvuruların savlarına ilişkin bir bilgi içermediği sonucunun çıkarılabileceği herhangi bir görüş sunamamıştır. AİHM, Hükümet'in, başvuruların iki akrabasının öldürülmesi ve Mehmet Akkum'un vücudundaki izleri açıklama yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini bu koşullar altında inceleyecektir. Bunu yaparken ise, Mahkeme'ce görevlendirilen temsilciler önünde verilen sözlü anlatımları değerlendirecek ve yerel düzeyde yürütülen soruşturmaya özellikle ağırlık verecektir. Böyle bir yöntem izlenmesinin amacı, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın, sorumluların saptanıp cezalandırılmaları için yeterli olup olmadığını kesinliğe kavuşturmasıdır." (Akkum ve Diğerleri/Türkiye, 2005)

Mahkeme'ye göre "bu tür soruşturmaların asıl amacı, yaşam hakkını güvence altına alan yerel yasaların etkin biçimde uygulanmalarını sağlamak, devlet ajanları ve kurumlarını da kapsayacak biçimde kendi sorumlulukları altında meydana gelen ölümlerden

sorumlu olduklarını benimsetmektir. Söz konusu amaçların hangi tür soruşturmalara yerine getireceği konusu ise koşullara göre değişebilmektedir.” (Kaya/Türkiye, 1998), (İpek/Türkiye, 2004)

AİHM, Türkiye’de “Lojman Cinayeti” adıyla da bilinen İzmir Milletvekili Erol Güngör’ün oğlu Mustafa Güngör’ün öldürülmesiyle ilgili başvuru nedeniyle, olayın geçtiği Ankara-Oran’daki milletvekili lojmanlarında alınan özel koruma önlemlerini değerlendirdi. TBMM Başkanlığı’nın yönetimi altındaki siteye girenlerin kimlikleri saptanmakta, burada yaşayan kişiler açısından göreceli koruma önlemleri uygulanmaktaydı. Mahkeme, bu konudaki görüşünü aşağıdaki tümcelerle açıkladı:

“Mustafa Güngör’ün yaşamı açısından gerçek ve ivedi bir tehdidin varlığı, ne dosyada yer alan belgelerden, ne de yanların gözlemlerinden anlaşılabilir. Mustafa Güngör’ün, özel bir tehdide maruz kalma olasılığının Ankara’da oturan olağan bir vatandaşta göre daha fazla olduğu sonucu çıkmamaktadır... Bu nedenle, devletin yaşamın korunması yönünden olumlu yükümlülüğünü araştırmaya gerek görülmemiştir.” Ancak bu olayda, sunuşumuzun sonraki bölümlerinde daha ayrıntılı açıklanacağı gibi, ölüm olayı üzerine etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle Sözleşme’nin 2 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği kararlaştırılmıştır. (Erol Güngör/Türkiye, 2005)

Devlet ajanları tarafından yasa dışı uygulamalarla öldürme olaylarına ilişkin soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmayı yürüten ve soruşturmada sorumlu olan görevlilerin, bu olaylara katılan kişilerden bağımsız olmaları gerekir. (Güleç/Türkiye, 1998), (Oğur/Türkiye, 1999) Soruşturmalar bu tür olaylarda kullanılan güvenlik güçlerinin, söz konusu koşullarda haklı olup olmadığına ilişkin karara varılmasını ve sorumluların kanıtlarıyla birlikte saptanıp cezalandırılmasını sağlama anlamında da etkili ve sonuç verici olmalıdır. (Kaya/Türkiye, 1998) Mahkeme'nin bu gözlemleri sonuca ilişkin olmayıp, yöntemle ilgili bir sorumluluktur. Yetkili organlar, görgü tanıkları, adli tıp belgeleri, gereken durumlarda kapsamlı hasar raporu ve klinik bulgulara göre ölüm nedenini de içeren ve objektif çözümlere dayanan otopsi raporu da aralarında olmak üzere olayla ilgili tüm kanıtları güvence altına alacak biçimde işlevlerini yerine getirmelidirler. (Tanrıku/Türkiye 1999), (Gül/Türkiye)

Ayrıca bu tür soruşturmalar, sonuç alınması açısından kesin kararlılıkla ve ivedilik içinde yürütülmelidir. (Mahmut Kaya/Türkiye, 2000)



Böylesi soruşturmalarda, ilerlemeyi önleyen engeller veya zorluklar olduğu bilinmektedir. Ancak, öldürücü güç kullanımının soruşturulmasında yetkili organlar tarafından verilen ivedi bir yanıt, hukukun üstünlüğünün korunmasında, yasaya aykırı eylemlere göz yumarak gerçeğin aydınlanmasını önlemeye yönelik hilelerin engellenmesinde kamu güvenini sağlamak için gerekli bulunmaktadır. AİHM, son yıllardaki kararlarında, bu tür olayların daha önce de, Türkiye’de yaşandığını, kamusal organların, tamamının veya büyük bir kısmının kendi bilgileri içinde olduğu halde -bu birimlerin denetiminde gözaltında tutulan insanların durumlarında olduğu gibi- gözaltı sırasında meydana gelen yaralanmalar ve ölümler nedeniyle devletin sorumluluğunu gerektiren güçlü karineler oluşturduğunu belirtmektedir. (Akkum ve Diğerleri/Türkiye, 2005)

Gözaltına alındıkları sırada sağlıklı bulunan kişilerin serbest bırakıldıklarında yaralanmış oldukları durumlarda, devlet, bu yaralanmaların nasıl oluştuğuna inandırıcı açıklamalar getirmekle yükümlüdür, Böylesi durumlarda, kanıt-lama yükümlülüğü kamu birimlerine düşer. (Tomasi/Fransa, 1992), (Ribitsch/Avusturya, 1995 ), (Selmouni/Fransa 1999), (Salman/Türkiye 2000)

AİHM, bu tür olayların önlenmesi açısından sorumlu kişilerin yargılandıkları davaların olağan yöntemlerle bağımsız ve yansız yargıçların katıldığı çekişmeli yargı yerlerinde gerçekleşecek duruşmalı ceza yargılaması ile sonuca bağlandığı ve suçlu bulunanlara ceza sorumluluğunun yüklenmesini sağlayan etkin uygulamaları, en güçlü ve caydırıcı güvenceler olduğunun göz önünde tutulması gerektiğini arımsatmaktadır. (McKerr/İngiltere, 2001)

15

Yakınılan olaylarla ilgili kanıtların Sorumlu Hükümet'in elinde bulunduğu durumlarda AİHM, başvurucuların savlarını destekleyecek yeterli kanıt sunamadıkları sonucuna varmanın uygun olmayacağı görüşündedir. Başvurucu tarafından öne sürülen savları doğrulayacak veya yadsıyacak bilgiye ulaşma olanağının yalnızca sorumlu hükümette olması durumunda, -tatminkar bir açıklama yapılmaksızın- hükümet'in bu tür bilgileri vermemekte direnmesi, başvurucunun yakınmalarının doğru olabileceği anlamında yorumlanabilecektir. (Akkum/ Türkiye, 2005)

AİHM, ölümle sonuçlanmayan bir olayda 2. maddenin uygulanabilme olasılığını tartışmıştır. Söz konusu davada, başvurucuların, güvenlik görevlilerinin silah kullandıkları ve daha başka kişilerin öldürüldükleri bir olay sırasında yaralandıkları saptanmıştır. Olayda, başvuruculara karşı öldürücü güç kullanılmadığı anlaşılmaktadır. AİHM, devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen ancak ölümle sonuçlanmayan fiziksel etki ve kötü davranışlara ilişkin yakınmaları genellikle 3. madde kapsamında değerlendirmektedir. Ancak başvuruculara karşı kullanılan gücün derecesi, türü ve güç kullanımının ardında yatan amaç, diğer etkenlerle birlikte değerlendirildiğinde, somut olayda devlet ajanlarının eylemlerinin ölümle sonuçlanan yaralanmalara neden olmasa bile, olay, Sözleşme'nin 2. maddesinin kapsamı ve amacı göz önünde tutularak, yaşama hakkı için öngörülen güvenceler açısından tartışılmıştır.

*"AİHM'nin söz konusu davada vermesi gereken karar, başvuruculara karşı kullanılmış olan gücün, potansiyel olarak öldürücü olup olmadığı ve fiziksel bütünlükleri ile yaşamı hakkının korunmasının amaçlandığı hak üzerinde ne tür etkileri olduğudur.*

*Her iki başvurucunun üzerlerine açılan ve diğer köylülerden sekizinin ölümü ile sonuçlanan ölümcül ateş altında yaralandıkları*

*saptanmıştır. Bu koşullar altında, kullanılan gücün derecesi ve türü göz önüne alındığında, Mahkeme, hayatta kalmış olsalar bile başvurucuların, yaşamlarını riske sokan bir saldırının mağduru oldukları sonucuna varmıştır. Sonuç olarak AİHS'nin 2. maddesi, başvurucular İbrahim Akan ve Reşit Acar'a da uygulanabilir.” (Acar/Türkiye, 2005)*

Bu kararın gerekçesi, ceza hukuku açısından tam teşebbüs koşullarıyla uyusmaktadır. Sekiz kişinin öldüğü yoğun ateş yağmurundan başvurucunun sağ olarak kurtulması bir rastlantıdır. Bu açılarından 2. maddenin ihlal edildiği yargısı, gerçek duruma uygun düşmektedir.

## YARGISIZ İNFAZLAR VE KAÇIRMA OLAYLARI KARŞISINDA DEVLETLERİN SORUMLULUK DURUMU NEDİR?

Bu tür suçların, koşullar gerektiriyorsa, öncelikle kamu görevlilerince işlenip işlenmediği konusunun aydınlatılması gerekmektedir. Bazı belirtiler ya da yakınmacıların savları nedeniyle kuşkular, kimlikleri bilinen veya bilinmeyen kamu görevlileri üzerinde yoğunlaşmışsa, toplumsal güvenin sarsılmaması için devlet sorumluluğu, bu doğrultuda bir soruşturma yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Böyle bir soruşturmanın yapılmaması, yukarıdaki örneklerle de ortaya konulduğu gibi, diğer kanıtlarla birlikte değerlendirilerek, devletin olumsuz (öldürmeme) yükümlülüğüne aykırı davrandığı yargısına neden olabilecektir. Böyle bir olasılığın söz konusu edilmediği koşullarda da, devletin görevi, sanıkları ve olayın kanıtlarını saptamak açısından etkili bir soruşturma yürütmektir.

*"Yaşama hakkının korunmadığı savları, öldürme olayına devlet görevlilerinin karıştığı konusunda hiç bir makul kuşkuya yer bırakmayacak açıklıkta ortaya konmalıdır... O dönemde PKK'yı desteklediğinden kuşkulanılan kişilerin hedef alınmasına kontrgerillanın karıştığı yolunda yaygın bir kamu bulunmaktadır. Bu söylentilerle ilişkilendirilebilecek birçok öldürme olayının da olduğu bilinmektedir. Bu nedenle Mahkeme, PKK'ya yardım ettiğiinden kuşkulanılan Dr.*

*Hasan Kaya'nın özel ve çok yakın yaşamsal bir risk altında bulunduğu inancına varmıştır. Yetkililerin de ayırtına vardıkları bu tehlikenin güvenlik güçlerinin bilgisi ve koruması altındaki ve onlarla birlikte hareket eden kişi ve gruplardan kaynakladığı güçlü bir olasılıktır. Yaşama hakkını korumaya yönelik ulusal yasaların var olmasına karşın, bunlar, güneydoğu bölgesinde yeterince uygulanmamaktadır. Bu durum, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacak biçimde güvenlik güçlerinin sorumsuzluğuna neden olmaktadır... Olayın özel koşulları içinde yetkililer gerçek ve yakın tehlikenin önlenmesine yönelik tedbirleri almadıkları için, yaşama hakkının ihlaline karar verilmiştir." Mahkeme bu olayda, aynı bölgeden kaynaklanan birçok başvuruyu sonuçlandırırken yaptığı gibi, ölümden sonra da etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin bir kez daha çiğnendiğini karara bağlamıştır. (Mahmut Kaya/Türkiye, 2000)*

Başvurucu, Diyarbakır'da Silvan Devlet Hastanesi'nde hekim olan eşinin kent merkezindeki bir yolda sıralanmış durumdaki en az 8 güvenlik görevlisinin arasından geçerken öldürülmesinin "... güvenlik güçleri tarafından veya onların göz yumdukları kişilerce ..." gerçekleştirildiğini ileri sürmüştür. AİHM, olayda, "... başvurusunun eşinin güvenlik görevlilerince öldürüldüğü konusunda inandırıcı ve kesin kanıtların bulunmaması nedeniyle, devletin olumsuz yükümlülüğü açısından yaşama hakkının çiğnendiğini kararlaştırmıştır. Buna karşılık, olay yerinde fotoğraf çekilmemesi, atılan 11 merminin boş kovanlarının aranıp bulunmaması, ceset üzerinde bir uzman hekimin katılımı sağlanmadan yapılan incelemede elde edilen bilgilerin çok sınırlı kalması, tam bir otopsi yapılmaması ve başvurusunun ifadesinin bile, olayın üzerinden bir yıldan fazla bir zaman geçtikten sonra ve Komisyon'a yaptığı başvuru üzerine alınması gibi nedenlerle, sanıkları ortaya çıkarılmayı amaçlayan, istemli ve etkili bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle, yaşama hakkının çiğnendiği kararlaştırıldı. (Tanrıkulu/Türkiye, 1999).

Güneydoğu bölgesiyle ilgili başka bir olayda; oğlunun gözaltına alındıktan sonra kaybolduğunu ileri süren yakınmasının savlarına karşı Hükümet'çe çelişkili yanıtlar verilmiştir. Önceleri başvurucunun oğlunun ileri sürülen günlerde gözaltına alınmadığı savunulmuştur. Bu savunmanın kanıtlanması amacıyla Kulp Merkez Jandarma Karakolu'nun gözaltı defteri Mahkeme'ye sunulmuştur.

*"Gözaltı defterini inceleyen AİHM, defterin son dört sayfasına göre, Hükümet tarafından tutuklulukları inkar edilen beş kişinin gerçekte 5 Mart 1994 ile 8 Mart 1994 tarihleri arasında orada alıkonulduklarını belirlenmiştir. Bu dört sayfa, 22 Nisan 1999'da Hükümet tarafından Komisyon'a sunulmuştur.*

*Ayrıca, Kulp Merkez Jandarına Karakolu'nun gözaltı defterinin kopyalarına göre, 28 Şubat 1994 ve 5 Mart 1994 tarihleri arasında beş kişi orada alıkonulmuştur. Aynı şekilde, Hükümet'in 1994 Şubat'ında Karaorman köyünde hiçbir operasyonun gerçekleşmediği yönündeki savunması, 28 Şubat 1994'te Kulp jandarmaları tarafından hazırlanan ve Halit Akdeniz, M. Şirin Allahverdi, Ziya Çiçek, Faik Akdeniz ve İrfan Akdeniz'in jandarma tarafından gerçekleştirilen bir operasyonda tutuklandıklarını gösteren tutuklama kaydı ile çürütülmüştür. Bu kişilerden bazıları daha sonra yargılanmış ve beraat etmişlerdir.*

*Son olarak, AİHM, 28 Şubat 1994'te bir operasyon olduğunu açık şekilde belirten tutuklama raporuna rağmen, hem Kulp Jandarma Komutanlığı komutanının, hem de Diyarbakır Jandarma Komutanlığı komutan yardımcısının böyle bir operasyonun gerçekleştiğini inkar ettiklerini belirtmiştir.*

*AİHM, davalı Hükümet'in vermiş olduğu savların yanında, Devlet ajanlarının dava konusu olaylara ilişkin çelişkili bilgi ve belgeler sunduğu bir durumla karşı karşıya gelmiştir. İnanırcı bir*

*açıklama getirilemediği bir yana, bu çelişkili durum konusunda hiç bir açıklama yapılmamıştır. Mahkeme, böylesine ciddi bir çelişkinin Hükümet'in sunduğu biçimiyle olayların inanılabilirliğini doğrudan etkilediğini ve ayrıca, başvuru sahiplerinin savlarının yerinde olduğuna ilişkin çıkarımları haklı gösterdiğini belirtmektedir.” (Timurtaş/ Türkiye, 2000)*

Kararın gerekçesinin izleyen bölümlerinde Mahkeme, benzer davalar nedeniyle edindiği bilgileri de öne çıkararak, Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde soruşturma ve yargılama etkinliklerinin durduğu anlamına gelen aşağıdaki değerlendirmeleri yaptı:

*“AİHM, başvuranın oğlunun kaybolmasına ilişkin yürütülen soruşturmanın, söz konusu dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda yürütülen ve bazı davalarda AİHM tarafından incelenen diğer soruşturmalara benzediği görüşüne varmıştır. Bu davaların ortak bir özelliği, Cumhuriyet Savcısı'nın, güvenlik kuvvetlerinin suçlanan mensupları ile görüşmeyerek ya da bu kişilerin ifadelerini almayarak, güvenlik kuvvetleri tarafından sunulan olay raporlarını olduğu gibi kabul ederek, güvenlik kuvvetlerinin yasa dışı olaylara karıştığına yönelik şikayetleri takip etmemesidir. Ancak AİHM, Kulp Cumhuriyet Savcısı'nın söz konusu davada yürüttüğü soruşturmanın istisnai olduğu, zira güvenlik kuvvetlerinin başvuranın oğlunun kaybolmasında parmağı olduğunu gösteren kanıtların bolluğuna rağmen, onları sorguya çekmek için harekete geçilmediği kanaatindedir.*

*Yukarıda özetlenen nedenlerle, AİHM başvuru sahibinin oğlunun kaybolmasına ilişkin soruşturmanın ciddi biçimde yetersiz ve kusurlu olduğu yargısına varmıştır. Dolayısıyla, Mehdi Akdeniz'e ilişkin olarak AİHS'nin 2. maddesi bu açıdan ihlal edilmiştir.” (Akdeniz/ Türkiye, 2005).*

Sözleşme'nin 3. maddesi tek bir tüncceden oluşuyor:

*"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve işlemlere tabi tutulamaz".*

Sözleşme'nin böylesine yalın bir tanımla yetinmesi, hiçbir koşulda işkence olanağını gündeme getirebilecek ayrık uygulamalara açık kapı bırakılmaması içindir. Sözleşme'nin içerdiği diğer haklarda ve genellikle maddelerin ikinci paragraflarında yer alan hangi kamusal nedenlerle hak ve özgürlüklerin daraltılıp kısıtlanabileceğine ilişkin özel düzenlemelere, 3. maddede yer verilmemiştir. Devletler, toplumları temellerinden sarsan en ağır suçların kanıt ve sanıklarını saptamak, çok kullanılan deyimle *"vatani kırtarmak"* amaçlarıyla da olsa, işkence yapamazlar, yaptırılmazlar. İşkence yasağı mutlaklır.

3. madde, işkenceye en sık başvuru alanlardan birisi olduğu için, ceza uygulamalarını doğrudan kapsayan bir yasak getirmiştir. *"İşlemler"* deyimini ise, yine çok kullanıldığı bir alan olan suç kovuşturmasıyla birlikte, her türlü kamusal uygulamaları içermektedir. Devlete getirilen bu yasaklar, hiç kuşku yok ki, kişisel saldırganlıkları da kapsamaktadır. Ancak



Sözleşme organları önünde böylesi yakınmaların sorumluları da, Sözleşme'nin 6 ve 13. maddeleri bağlamında, yine üye devletler ve onların hükümetleri olacaklardır.

3. madde kapsamında yasaklanan davranışlar üç başlık altında ele alınmaktadır. "Onur kırıcı" tanımı, en alt düzeyi belirtmektedir. "İnsanlık dışı davranış" daha ileri bir boyutu vermektedir. İnsanlık suçu olarak tanımlanan "işkenice" ise, yasaklanan davranışların en ağıridir.

Bu saptamalar yapılırken, yakının kişinin yaşına, cinsiyetine, toplumsal konumuna, kişilik özelliklerine göre, kaba ve kötü davranışlara farklı yorumlar getirilebilmektedir.

Yunanistan'da bir askeri darbe ile yönetimi ele geçiren Generaller Cuntası'nın kendi yurttaşlarına karşı uygulamaya koyduğu kötü davranışlar nedeniyle, Danimarka, İsveç, Hollanda ve Norveç'in Yunanistan'a yönelttikleri devlet başvurusunun 1969 yılındaki Komisyon raporunda göreceli değerlendirmelerin nedenleri aşağıdaki tümcelerle açıklanıyordu:

*"Bazı tanıkların verdikleri ifadelerden, hem polis, hem de askeri yetkililer tarafından alıkonulan kişilere uygulanan muamelede belli bir sertlik olmasının alıkonulan kişilerce çoğunlukla tahammül hatta kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, mahkumlar ve kamuoyu tarafından fiziksel şiddetin hangi noktaya kadar acımasız veya aşırı olarak algılanmayacağıının, farklı toplumlar ve hatta aynı toplumun farklı katmanlarına göre değişebileceği gerçeğini vurgulamaktadır."*

AİHM de, yakınma konusu olayları, uygulamanın ağırlığına göre bu ölçütler içinde değerlendirmektedir. Böylece, üç davranış biçiminin tanımları ve koşulları, Mahkeme'nin kararlarıyla belirginleşmektedir. 3. madde üzerinde odakla-

nan ilk kapsamlı araştırma, İrlanda'nın İngiltere'ye karşı yönelttiği devlet başvurusunda yaşanmıştır. İngiltere'de terörist oldukları gerekçesi ile tutuklananlara sorgulanmaları sırasında "beş teknik" adı verilen bir yöntem uygulanmaktaydı. Terörist olarak nitelenen kendi vatandaşlarını da yaygın biçimde kapsayan bu işlemler nedeniyle İrlanda Hükümeti'nin başvurusunu inceleyen AİHK, beş teknik yöntemini şöyle özetledi:

*"Beş teknik, derin sorgulama için kullanılan bir yöntemdir. Beş ayrı tekniğin tek tek veya birlikte uygulanmasından oluşmaktadır. Bu yöntemlere 'zihin bulandırma' veya 'duyum yoksullaştırması' da denilmektedir. Beş teknik şunlardan oluşmaktadır:*

a. *Duvar dibine dikme: Birkaç saat süreyle, elleri havaya kaldırılmış, ayakları açılmış, kollar ve ayaklar gergin, ayak parmakları üzerine kalkılmış, dolayısıyla bedeninin ağırlığı ayak parmakları üzerine yüklenecek biçimde gergin pozisyonda durmaya zorlama,*

b. *Başlık Geçirme: Başa siyah veya koyu renkli bir torba geçirme ve bunu sorgulamaya dışında sürekli başta bulundurma,*

c. *Gürültü verme: Sorgulamayı bekleyenleri bir odaya alıp, sürekli yüksek tonda ıslık ve yuhalama sesleri verme,*

d. *Uyutmanca: Sorgulamayı bekleyenleri uykusuz bırakma,*

e. *Yiyecek ve içecek vermeme".*

AİHK, sonuç raporunda, beş teknik uygulamasını işkence ve insanlık dışı davranış olarak niteledi. AİHM ise, "Beş teknik, ıkrar ve bilgi edinmek amacıyla sistemli olarak kullanılsa bile, birlikte uygulanıldığı zaman, hiç kuşkusuz insanlık dışı ve onur kırıcı davranış oluşturur. Ancak 'ışkence' deyimini ile anlaşılan özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acıyı meydana getirmez." değerlendirmesini yaptı. Mahkeme ayrıca, "polisin ve askerinin yaptığı bu uygulamanın

yaşışksız ve beğenilmeyecek bir işlem olduğunu, ancak 3. maddeyi ihlal etmediğini" kararlaştırdı. (İrlanda/İngiltere, 1978)

İngiltere'ye karşı aynı yıl içinde sonuçlanan bir başka davada, Man Adası'nda yaşayan ve okul arkadaşına karşı etkili eylem uygulamaktan suçlu bulunan on beş yaşındaki başvuru- rucuya hakim gözetiminde üç kez sopa vurulması kararlaştırılmıştır. AİHM bu uygulamayı da şöyle değerlendirmiştir:

"Bir yaptırımın insanlık dışı ceza sayılabilmesi için, çekilen acının belli bir düzeyde olması gerekir. Mahkeme bu olayda çekilen acının 'insanlık dışı ceza' düzeyine ulaşmadığı görüşündedir... Yargı organı tarafından verilen cezaların hepsinde kaçınılmaz olarak bir aşağılama ögesi bulunduğu için, genel olarak yaptırımların Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı düştüğü görüşüne varmak anlamsız olur... Mahkeme- meye göre bir cezanın onur kırıcı olabilmesi için, cezadaki aşağılama ve küçük düşürmenin belli bir düzeye ulaşması ve bir cezada bulunan aşağılamadan daha farklı olması gerekir... Mahkeme'ye göre Man adası halkından bedensel cezanın yanında olanların bu cezayı etkili görme nedenlerinden biri de, onur kırıcı niteliğidir. Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı cezaların caydırıcılık etkisi ne olursa olsun, bu tür cezalar uygulanamaz... Bir yaptırımın, bir diğer yaptırma göre daha az olumsuz sonuçları bulunduğu veya daha hafif olduğu için tercih edilmesi, bu yaptırımın 3. madde bağlamında 'onur kırıcı' bir yaptırım olmadığı anlamına gelmez. Bütün bu koşulları göz önünde tutan Mahkeme, başvurucuya, 'onur kırıcı ceza' kavramında içkin bulunan aşağılama ögesinin bulunduğu bir yaptırım uygulandığını saptamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucuya uygulanan bedensel yaptırımın, Sözleşme'nin 3. maddesindeki onur kırıcı ceza oluşturduğu sonucuna varmıştır." (Tyrer/İngiltere, 1978)

Açık söylemek gerekirse, bu iki karar da çok yumuşatılmış gerekçelere dayanmaktadır. Ancak 1978 yılında henüz "onur kırıcı ceza" tanımından ileriye gidemeyen Mahkeme'nin anla-

yış biçiminde zaman içinde oluşan gelişimi ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

İskoç hukuk sisteminde common law tarafından, devlet okullarında ve diğer okullarda öğretmenlere, öğretmenlik görevleri gereğince, disiplin önlemi olarak ceza uygulama yetkisi tanınmıştır. Bir öğretmenin aşırı keyfi veya zalimce olmamak, gereksiz bir nedene dayanmamak koşuluyla bedensel ceza uygulaması olağan karşılanmaktadır. Öğretmenin döverek cezalandırma yetkisinin, anne-baba gibi, gözetimi altındaki çocuklarla ilişkisinden kaynaklandığı ileri sürülmektedir.

Katolik ilkokulunun öğrencisi olan yedi yaşlarındaki iki çocuktan birinin ailesinin, çocuklarına bedensel ceza uygulanmayacağı güvencesinin verilme istemi, okul yönetimince kabul edilmemiştir. Diğer çocuğa ise, okula giderken yasak olduğu halde mezarlığın içinden geçmesi nedeniyle, bedensel ceza uygulanması kararlaştırılmıştır. Ailesi bu yaptırıma karşı çıkınca, öğrencinin, ceza uygulanuncaya kadar süresiz olarak okuldan uzaklaştırılması kararlaştırılmıştır. Uygulamaya konulmayan bedensel yaptırımı AİHM aşağıdaki tümcelerle değerlendirdi:

*"Bu cezanın uygulandığı İskoçya'daki ilkokul öğrencilerinin böyle bir yaptırımı olasılığı nedeniyle, kendilerini başkalarının veya yakınlarının gözünde aşağılanmış veya küçülmüş olarak duyumsadıklarına ilişkin bir kanıt yoktur: Mahkemeye göre aşırı duyarsız bir kimseye yöneltilen tehdit, onun üzerinde bir etki yaratmasa bile itiraz edilmeyecek bir şekilde onur kırıcı olabilir. Olayda başvuruçuların çocuklarının ruhsal durumlarının olumsuz etkilendiğini gösteren bir sağlık raporu veya başka bir kanıt bulunmamaktadır. İkinci başvuruçunun oğlu kayışla dövülme cezasına yakınlaştığından endişe yaşanış olabilir. Ancak bu tür duygular Sözleşme'nin 3. maddesi anılanında onur kırıcı yaptırımı oluşturmak açısından yeterli görülmemiştir."* (Campbell ve Cosans/İngiltere, 1982)

AİHM, henüz işkence olgusunu benimsemediği dönemde, kararlarını "insanlık dışı davranış" tanımına dayandırılıyordu. Korsikalı ayrılıkçı bir partinin üyesi olan ve askeri kampa açtığı ateş sonucunda iki nöbetçinin yaralanmasına neden olmakla suçlanan yakınmacı, polisçe gözaltında bulundurulduğu iki gün boyunca aç ve uykusuz olarak bırakıldığını, dövüldüğünü ileri sürmüş, ilk kez yargıç önüne çıkarıldığında, gözündeki, kulağındaki, kolundaki ve göğsündeki yara izlerini göstermişti. Çok ayrıntılı hekim raporları ile de kanıtlanmasına karşın altı yıl süren yargılamadan sonra işkence sanıkları aklanmışlardı. Başvurucu da beş yıl yedi ay tutuklu kaldıktan sonra sanık olarak yargılandığı davadan aklanmıştı. AİHM işkence yakınmalarını şöyle değerlendirdi:

*"Kötü muamele yapılmış olması, suçun terör suçu olması nedeniyle hafifletilemez. Kötü muamele izlerinin poliste uğradığı şiddet sonucu olmadığı savunması da geçerli değildir. Zira tahliyeden sonra sanığı muayene eden dört doktor, şiddet izlerinin yapıldığı tarihin polis gözetimi tarihi ile çakıştığını saptamıştır. Fransız tenyis malikemesine göre olayda kötü muamelelerin polis gözetimini sırasında yapıldığı kanıtlanamamıştır. Genel olarak iddia sahibi bunu kanıtlamakla yükümlü olmakla birlikte kötü muameleden yakınan tutuklu aslında güçsüz ya da bağlı durumda olup buna karşın polis dilediğini yapabilecek konumdadır. Bu nedenle, gözaltında veya tutukluluk/süükümlülük sırasında kötü muamele iddiası varsa, bunun yapıldığını kanıtlamak gerekmez, aksine yapılmadığını kanıtlamak gerekir. Bu yük polise/İlgili yönetime düşmektedir. Yine de işkence veya kötü muamele mağdurunun bir 'kanıt başlangıcı' göstermesi gerekir. Soyut olarak işkence veya kötü muamele yapıldığı iddiasında bulunulmuş fakat buna ilişki bir iz veya ipucu gösterilememişse, şikayetin 'ciddi' bulunması mümkün değildir." gerekçesi ile insanlık dışı davranış yasağının çiğnendiği kararlaştırıldı. (AİHM, Tomasi/Fransa, 1992)*

AİHM'ye uzun yıllar, Tomasi olayındaki gibi doğrudan ağır işkence savlarını içeren başvurular gelmemiştir. Bunun nedeni, kendilerinin "işkenceci devlet" olarak sergilenmelerini istemeyen Avrupa Konseyi üyeleri, böylesi uygulamaları en aza indirmekle birlikte, oluşan sorunları ulusal yargı etkinlikleri içinde çözüme kavuşturma yöntemlerini geliştirmeleridir.

Bazı özel koşullarda hiçbir dış etken ya da etkili eylem olmaksızın ulusal yasalar ve bu yasalara dayanan yargı kararlarının uygulanması da, 3. madde anlamında küçük düşürücü davranış olarak nitelenebilmektedir. Kendisini "vicdani retçi" olarak tanımlayan Osman Murat Ülke'nin başvurusu nedeniyle AİHM'nin 2006 yılı başında açıkladığı karar, Türkiye açısından alışılmadık yenilikler içermektedir. 1970 doğumlu olan Ülke, öğreniminin bir bölümünü Almanya'da tamamladıktan sonra Türkiye'ye dönmüştür. Üniversite öğrenimini de Türkiye'de sürdürmüştür. 1993 yılında, Savaş Karşıtları Derneği'ne üye olmuştur Kısa sürede derneğin aktif bir üyesi olan başvuru, çeşitli ülkelerde düzenlenen çok sayıda toplantıya SKD'nin temsilcisi olarak katılmıştır. SKD'nin 1993 yılında feshedilmesinden, sonra İzmir Savaş Karşıtları Derneği kurulmuş ve başvuru 1994-1998 yılları arasında bu derneğin başkanlığını yürütmüştür.

1995 yılında askere çağrılan Ülke, savaş karşıtı görüşleri nedeniyle askerlik yapmama kararı almış ve bu kararını düzenlediği basın toplantısında çağrı belgelerini yakarak duyurmuştur. Genel Kurmay Askeri Mahkemesi'nde yargılanan başvurucuya 1997 yılında hapis ve para cezaları verilmiştir. Ayrıca, asker kaçağı durumunda bulunduğundan bir askeri birliğe gönderilmiştir. Görevlendirildiği birliklerde askeri giysi giymemekte direnen başvuru, 1997-1998 yılları arasında emirlere karşı çıkmaktan 8 kez yargılanmış ve çeşitli

cezalara çarptırılmıştır. Ayrıca yasal süre içerisinde görev yerine gitmemesi nedeniyle de iki kez asker kaçağı olarak mahkum edilmiştir.

Ülke, bu davalar nedeniyle 701 gün cezaevinde kalmıştır. Şu sıralarda da, bütün toplumsal etkinliklerden kendisini soyutlayarak, yakalanmamak için kaçak konumunda yaşamaktadır. Belli bir adresi ve konutu bulunmadığı gibi, ortak yaşamlarından bir oğulları olduğu ve nişanlısının ailesince de desteklendiği halde, ortaya çıkmaktan çekindiği için evlenememektedirler.

AİHM, başvurunun başından geçenleri özetledikten sonra, zorunlu askerlik yapmayı reddetmesi nedeniyle yaşamının geri kalan bölümünü de cezaevinde geçirmek baskısı altında bulunduğunu vurgulamıştır.

Türk yasalarında asker giysilerini vicdani veya dini sebeplerle giymeyi reddedenler açısından herhangi bir özel düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, bu tür davranışların Askeri Ceza Yasası açısından "emirlere karşı gelmek" suçuyla cezalandırıldığını belirten Mahkeme, uygun çözümler bulunmaması nedeniyle, başvurunun ardı arkası gelmeyen kovuşturma ve yargulamalardan kaçtığını ve bu olumsuz koşulların daha uzun yıllar sürüp gideceğini belirtmiştir. Başvurunun sorunlarının ağırlığı ve sürekliliği nedeniyle, askerlik yapmasının, sağlayacağı getirilerle orantılı bulunmadığını saptayan AİHM'nin kararında, ayrıca şu görüşler açıklandı:

*"Söz konusu işlemler başvurunun entelektüel kişiliğini ezen, onu aşağılayan, alçaltan, korku ve tedirginlik duygularının doğmasına neden olan etkileriyle, karşı çıkmadaki kararlılığını kırmayı amaçlamıştır. Başvurunun hemen hemen 'sivil ölümü' olarak tanımlanabilecek gizli bir yaşamı sürmeye zorlanması ve bunu kabul*

# 17

*etmek zorunda kalmış olması demokratik bir toplumdaki cezalandırma rejimine aykırıdır.*

*Sonuç olarak Mahkeme, olayları bir bütün olarak ele alarak ve söz konusu işlemlerin sürekliliğini ve önemini gözeterek, başvuru-cunun maruz kaldığı uygulamaların bir ceza mahkumiyetinde veya tutuklulukta bulunan normal alçaltma unsurunun ötesine giden yoğun bir ıstırap ve acıya neden olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, söz konusu işlemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında küçük düşürücü davranış olduğu görüşüne varmıştır."*

Mahkeme, başvuru-cunun yakındığı olayların kararın 3. maddesinde değerlendirilen olaylarla aynı nitelikte olması nedeniyle, ayrıca Sözleşme'nin 5, 8 ve 9. maddeleri açısından ayrı bir karar vermeye gerek görmemiştir. (Ülke/Türkiye, 2006)

Bu karar, benzer olaylarda daha katı yaptırımlarla karşılaşmaması için, dini ve vicdani inançları nedeniyle silah kullanamayacaklarına, insan öldüremeyeceklerine ve bu niteliklerinden yola çıkarak askerlik yapamayacaklarına inanan kişiler açısından Türkiye'nin demokratik ilkelerle çelişmeyen yeni yöntem ve kurallar belirlemesini gerektirmektedir. Avrupa ülkelerinde bu koşullardaki kişiler için, eşit davranma ilkesiyle çelişmemek koşuluyla, silah taşımayı ve kullanmayı gerektirmeyen seçenek yükümlülükler uygulanmaktadır.



## AIHM İŞKENCE KONUSUNDAKI BAŞVURULARI NASIL DEĞERLENDİRİYOR?

18

AIHM, önüne getirilen ilk davayı 1960 yılında sonuçlandırmıştı. Avrupa Konseyi üyelerinin 40'ı aştığı bir dönemde, Mahkeme, 36. çalışma yılında, Türkiye'den gelen bir başvuruyu nedeniyle, 1996 yılında verdiği 708. kararında ilk kez işken-  
cenin varlığını benimseyen ve koşullarını tanımlayan ayrıntılı bir değerlendirmeye ulaşmıştı.

AIHM kararındaki anlatıma göre, "Mardin'in Kızıltepe ilçesinde 24 Kasım 1992'de gözaltına alınan Zeki Aksoy, en az 14 gün yakınlarına bilgi verilmeden, avukat ve hekimle görüşme olanağı sağlanmadan iletişimsiz koşullarda gözaltında tutulmuştu. Gözaltı uygulamasından sonra Aksoy, kolları tutmaz bir durumda yerel savcının önüne çıkarılmıştı. Savcının kendisini serbest bırakmasından beş gün sonra duyduğu bedensel acı ve sıkıntılar nedeniyle Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi'ne giden Aksoy, koltuk altlarındaki sinirlerin tahrip olduğu tanısı ile hastaneye yatırılmıştı. On beş gün burada sağaltım gören Aksoy, daha sonra AIHK'ya başvurarak, mutlak iletişimsizlik koşullarında gözaltında tutulduğu sırada kendisine işkence yapıldığını, Filistin askısına alındığını bunlarla birlikte uzun gözaltı nedeniyle kişisel özgürlüğünden ve hak arama olanaklarından yoksun bırakıldığını ileri sürdü.

AİHM'nin Aksoy'un başvurusunu sonlandıran kararına göre, yakınmacıya yönelik 'belli bir hazırlık ve çaba gerektiren' uygulamanın ancak 'kasten yapılabileceği' belirtilmiştir. Mahkeme'nin saptamalarına göre mağdur, 'Filistin askısına' alınmıştır. Diğer bir deyişle, çırılçıplak soyulmuş, kolları sırtında arkadan bağlanmış olarak kollarından havada asılı tutulmuştur. Bu uygulama sonucunda mağdurun her iki kolu da felç olmuş ve felç hali bir süre devam etmiştir. Uygulamanın ciddiyeti ve acımasızlığı, AİHM'yi bu eylemin işkence olarak tanımlamasını gerektirmişti. Başvurucunun uğradığı ileri sürdüğü kötü davranışlarla ilgili olarak Türkiye mahkemelerinde ne bir ceza davası ne de bir hukuk davası açılmıştır." (Aksoy/Türkiye, 1993)

Bu kararı izleyen Aydın, Sur, Erdagöz, Kurt, Tekin, Yaşa, Çakıcı, Veznedaroğlu, Ertak, Salman, İlhan, Dikme, Satık, Akkoç, Karataş, Boğa, Gündüz, Demiray, Büyükdağ davaları sonucunda Türkiye'ye karşı verilen kararlar, AİHM'nin işkenceyi çeşitli yönleriyle yorumlamasına olanak sağladı. Bulanık bir dönemden de gelse bu kararların ardı arkası kesilmiyor, her ay öncekilere yenileri ekleniyor. Bir bölümü gözaltında buldukları sırada yaşamlarını yitiren işkence kurbanlarıyla ilgi ortak gözlemler, ulaşabildikleri kamu organlarına işkence gördüklerini sözlü veya yazılı olarak iletmelerine karşılık, hiçbir işlem yapılmamasıdır. Eğer bu kişiler ve yakınları, AİHK'ya, sonraki süreçte AİHM'ye başvurmamış olsalardı, etkisi altında bırakıldıkları korkunç uygulamaları belgeleme olanağını bile bulamayacaklardı.

1992 yılında Aksoy'un yakındığı Filistin askısı, yalnız Güneydoğu'ya özgü bir uygulama değildi. 1995 yılında İstanbul'da gözaltına alınan Cafer Cangöz de, Terörle Mücadele Şubesi'nde tutulduğu on üç gün boyunca, kötü muameleye, hatta işkencelere maruz kaldığını ileri sürmüştür. Özellikle Filistin askısı,

elektroşok uygulamalarından, tekmelenmek biçimindeki kötü davranışlardan ve hakarete uğramaktan yakınmaktadır.

*“AİHM, bir kişinin tümüyle polis memurlarının denetimini altında gözetiminde bulunduğu sırada yaralandığı durumlarda, bu süreçte meydana gelen her türlü yaralanmanın, işkence yakınmalarına ilişkin güçlü karinelere oluşturduğunu anımsatır. (Bkz., Salman/Türkiye 2000). Dolayısıyla bu yaraların kaynağı hakkında inandırıcı bir açıklama getirmek ve mağdurun iddialarını –Özellikle de bu iddialar tıbbi belgelerle desteklenmişse– şüpheye düşürebilecek savunmaları doğrulayan kanıtlar sunmak Hükümet’in sorumluluğundadır”.* (Bkz., Selmouni/Fransa, 1999), (Berktaş/Türkiye, 2001)

AİHM, bu durumda Hükümet’in on üç gün boyunca gözaltında tutulan ve avukatla görüşmesi yasaklanan başvuranın vücudunda saptanan izlerin nedenleri konusunda hiçbir açıklama yapmadığını gözlenmektedir. Bu izlerin, ilgili kişinin Savcı önünde dile getirdiği kötü davranışlar sonucunda meydana gelebilecek izlere tam olarak benzemediği de bir gerçektir. Bununla birlikte, bu izler başvurunun 20 Haziran 1995 tarihinde, iki polis memuru denetiminde gözaltında tutulduğu ilk günlerde maruz kaldığı ve avukatına anlattığı olaylarla bağdaşabilir nitelikte bulunmaktadır.

Diğer yandan, her ne kadar bazı polis memurları İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi’nde başvurunu zor kullanarak tutukladıklarını ve vücudunda görülen izlerin tutuklama sonucunda meydana gelmiş olabileceğini söylemişlerse de, AİHM gözaltı başlangıcında gerçekleştirilen sağlık muayenesinin bulunmasını göz önüne alarak, söz konusu izlerin tutuklamaya bağlı olarak meydana gelmediğini düşünmektedir.

Başvurunun yakınmalarına Hükümet’in makul bir açıklama getirilmediği gerçeği göz önüne alındığında, AİHM, Adli

Tıp Kurumu'nun sağlık raporunda belirtilen izlerin Hükümet'in sorumluluğunu taşıdığı insanlık dışı davranışlardan ileri geldiği yargısına varmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği kararlaştırılmıştır. (Cafer Cangöz/ Türkiye, 2005)

AİHM, Cafer Cangöz kararında olduğu gibi, benzer olaylarda gözaltına alma sürecini, tarihleriyle, her gün gerçekleştirilen kişiye yönelik soruşturma işlemleriyle, kimlerin görüşmeye geldiğini, ne gibi sorunları olduğunu açıklayan belgeleriyle birlikte devletlerin kanıtlamalarını istemektedir. Doğru olan da budur. Devletlerin belirsizlik taşıyan açıklamalarını, Mahkeme, başvuruçuların savlarını doğrulayan bir kanıt gibi değerlendirebilmektedir. Bu işleyişi bir başka örnekle pekiştirmekte yarar bulunuyor:

*"Başvurucu, gözaltına alındıktan sonra jandarmalar tarafından dövüldüğünü, götürüldüğü Varto ve Muş Jandarma Komutanlıklarında da kötü davranışlarla karşılaştığını ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuruçunun 19 Haziran 1992 tarihinde Varto'da gözaltına alındığını ve daha sonra belirtilmeyen bir tarihte Muş İl Jandarma Komutanlığı'na soruşturma için götürüldüğünü saptamıştır. 4 Temmuz 1992 tarihinde başvuruçunun tutuklanmasına karar verilmiştir. 19 Haziran 1992 tarihli doktor raporunda belirtilen yara izlerinin Hükümet'e göre, başvuruçunun kendi yaptığı provokasyonlar sonucu oluştuğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, gözaltı sırasında ve bunu izleyen dönemlerde düzenlenen tutanaklarda başvuruçuda meydana gelen yara izlerinin, kendisinin jandarmalara karşı koymasından dolayı gözaltına alınması sırasında meydana geldiğini belirten bir açıklamanın bulunmadığının altını çizer. Ayrıca olaydan altı yıl sonra dinlenen tanıkların birbirlerine uymayan şekillerde açıklamalar yaptığını belirtir. Soruşturmayı yürüten organların, yapılan şiddet uygulamalarını, olayın içinde bulunduğu koşullarla orantılı*

olup olmadığını ve gözaltına alabilmek için zorunlu olup olmadığını araştırması gerekirdi". (Bkz., 22 Mayıs 2001 tarihli Altay/Türkiye Kararı, No: 22279/93)

Bu konuyla ilgili soruşturmanın başvurunun Hükümet'e bildirilmesinden sonra başlatılmasını eleştiren Mahkeme, "... yetkili organların daha geniş araştırma yapması, özellikle, Muş İl Jandarma Komutanlığı'nda yapılan soruşturmanın koşullarını incelemesi gerekirdi. Başvurucunun gözaltına alınması sırasında görevli olan M. G. ve S. T.'nin sözlerini örnek olarak gösterebiliriz. Bu açıklamalara göre, Güneş'in soruşturması Muş İl Jandarma Komutanlığı'nda görev yapan özel bir ekip tarafından yürütülmüştür. Güneş'in söz konusu jandarma komutanlığında kötü muamele gördüğünü açıklamasını tepkiyle karşılanmışlardır. Güneş, özellikle sırt bölgesine darbeler yediğini belirtmiştir. Ankara Numune Hastanesi kayıtları bu beyanla uyusmaktadır. Ancak, soruşturmayı yürütmekle görevli makamlar, başvurucunun hastanede kalması sırasında teşhis edilen doku zedelenmelerinin kaynağını araştırmakta sessiz kalmışlardır. Soruşturmayı yürütenlerin, Güneş'in soruşturmasını yapan görevlilerin kimliğini tespit edememiş olması da şaşırtıcıdır. Varto İlçe İdare Kurulu'nun olayın gerçekleşmediğine ilişkin kararı, uyumsuzluk konusu soruşturmanın koşullarını aydınlatacak hiçbir kanıt ortaya konulmaksızın işlen yapıldığını ortaya koymuştur.

Başvurucunun, özellikle sırtında saptanan izlerin kaynağını gösteren nitelikte yeterli açıklama bulunmadığından ve bu konuyla ilgili olarak yürütülen soruşturmanın derinlemesine inilmemesinden dolayı, Mahkeme, Güneş'in gözaltında bulunduğu sırada tüm yardımlardan yoksun tutulduğunu; 3, 4 ve 7 Temmuz 1992 tarihli raporlarda omurilik ve bel bölgesinde yara izlerinin saptandığını ve bu raporların 14 Kasım 1994 tarihli Ankara Numune Hastanesi teşhis kayıtlarıyla da doğrulandığını belirtir...

*Mahkeme, ileri sürülen olayların, Güneş'in fiziki ve psikolojik açıdan acı çekmesine neden olacak derecede önemli olduğunu göz önüne alır. Ayrıca, başvurucunun gözaltında bulunduğu süre olan 15 gün boyunca izole edilmesinin kendisinde korku, acı ve aşağılık duyguları yarattığını ve hatta fiziki ve psikolojik direncini yitirdiğini hesaba katar. Tüm bunlar Mahkeme'yi, başvurucunun maruz kaldığı davranışların insanlık dışı ve küçük düşürücü bir nitelik taşıdığı yargısına götürmüştür. Açıklanan nedenlerle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali edilmiştir." (Hulki Güneş/Türkiye, 2003)*

1995 yılında Adana'da gözaltına alınan Abdülsamat Yaman da işkenceden yakınmıştır. "Gözlerinin bağlandığını, çırılçıplak soyulduğunu ve soğuk suya sokulduğunu belirtmiştir. Kollarından tavan borularına asıldığını, sandalyede ayakta bekletildiğini ve özellikle cinsel organlarına olmak üzere, elektrik kablolarının vücuduna bağlandığını söylemiştir. Ayrıca, daha sonra üzerinde durduğu sandalyenin çekildiğini ve asılı halde vücuduna elektrik verildiğini iddia etmiştir. Polis memurlarının zaman zaman elektrik verip hayalarını sıktığını anlatmıştır. Başvurucu, 11 Temmuz 1995 ve 12 Temmuz 1995 tarihli sağlık raporlarına yollamada bulunmuştur. Son olarak, kendisine uygulanan kötü davranışlar nedeniyle ulusal yetkililere iletmediği yakınmalarının etkili bir biçimde araştırmadığını ileri sürmüştür.

Hükümet başvuranın savlarının asılsız olduğunu, destekleyici kanıt sunmadığını ileri sürmüştür. İddiaların yanıltıcı olduğunu ve terörizmle mücadelede zarar vermek amacıyla terör örgütü tarafından hazırlanan bir senaryonun parçası olarak kullanıldığını ifade etmiştir. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğini savunmuştur."

AİHM, süreklilik kazanan olayları ve kanıtları sorgulama yöntemini bu davada da uygulamıştır. "Bir bireyin sağlıklı olarak gözaltına alındığı ancak serbest bırakıldığında sağlığının bozulmuş olduğu durumlarda, Devlet, bu soruna ilişkin makul bir

*açıklama getirmek ve durum özellikle sağlık raporu ile belgeleniyorsa, yakınmanın savlarının doğruluğuna ilişkin kuşku oluşturacak karşı kanıtları sunmakla yükümlüdür. Bunun sağlanamaması ise 3. maddenin gündeme getirilmesine neden olabilir.”* (Çolak ve Filizer/Türkiye, 2004); (Selmouni/Fransa, 1999); (Aksoy/Türkiye, 1996); (Ribitsch/Avusturya, 1995)

Kanıtların değerlendirilmesinde, AİHM genel olarak, “kuşkuya yer bırakmayacak biçimde”ki güvenilir kanıtlara dayanma ilkesini uygulamıştır. (Avşar/Türkiye, 2001) Ancak böylesine kesinlik taşıyan bir kanıt, yeterince güçlü, açık ve birbiriyle bağlantılı çıkarımların veya kanıtlara ilişkin çürütülmemiş karinelerin bulunması durumunda elde edilebilir (İrlanda/İngiltere, 18 Ocak 1978 tarihli karar, Seri no: 25, ss. 64-65, §, 161). Dava olaylarının tamamının ya da bir kısmının, gözaltında bulundurulmuş kişilere ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere, yetkili makamların olaylara ilişkin bilgileri ellerinde tutup Mahkeme’nin incelemesine sunmadıkları durumlarda, gözaltı sürecinde meydana gelen mağduriyete ilişkin maddi karineler öncelik kazanacaktır. (Salman/Türkiye, 2000)

Bu davada, Mahkeme, başvurucunun alıkonulma süresinin başlangıcında sağlık muayenesinden geçirilmediğine ve poliste gözaltında bulunduğu sürede kendi iradesi ile bir avukat veya doktor seçemediğine işaret etmektedir. Gözaltından alınıp cezaevine götürülmesinin hemen ardından iki kez sağlık muayenesinden geçirilmiş, sağlık raporu alınmış, ayrıca bir tıbbi not, cezaevi hasta muayene defterine işlenmiştir. Gerek rapor, gerekse tıbbi not, başvuranın vücudundaki yara, bere ve eziklere değinmiştir. 1997, 2000 ve 2001 yıllarında bağımsız tıbbi uzmanlar tarafından hazırlanan tıbbi raporlardaki söz konusu bulgular, başvurucunun kötü muamele iddiaları ile uyumludur. Bu bağlamda, AİHM, Hükümet’in başvuranın

vücudunda tespit edilen izler ve hasar karşısında makul bir açıklama getirmediğini gözlemlemiştir.

Bir bütün olarak ele alındığında, davanın olayları ve Hükümet'in makul bir açıklama sunamaması göz önünde bulundurulduğunda, sağlık raporuna ve cezaevi hasta defterine işlenen nottaki söz konusu yaraların Hükümet'in sorumlu olduğu kötü muamelenin bir sonucu olduğu kanısına varılmaktadır.

*Kötü davranışların içeriği ve derecesi ile bu uygulamanın, PKK ile bağlantısı olduğu ileri sürülen Abdülsamet Yaman'dan bilgi almak amacıyla yapılmış olduğu kanısından yola çıkarak Mahkeme, bu kötü muamelenin ancak işkence olarak tanımlanabilecek derecede ciddi ve acımasız bir davranış olduğu yargısına ulaşmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır."* (Abdülsamet Yaman/Türkiye, 2004)

AİHM 1990'lı yıllarda verdiği kararlarında bile "işkence" sözcüğünü kullanmamaya olabildiğince özen gösteriyor, kötü davranışların 3. madde kapsamına girebilmesi için de, belli bir şiddet düzeyini aşması gerektiği üzerinde duruyordu. Bu şiddet düzeyinin ne olması gerektiği de açıklıkla ortaya konulamıyordu. Alışlagelen tümcelerle, "Ancak, sert ve kaba davranış ile 3. maddenin ihlal edilmesi arasındaki sınırı saptamanın zaman zaman zor olabileceği de kabul edilmektedir." deniliyordu. (Cruz Varas ve Diğerleri/1991)

Mahkeme'yi işkence savları konusunda devinime geçiren en önemli etken, yakınmacıların vücutlarındaki kalıntı ve izler oldu. Kaba kuvvete başvurulduğunun en somut göstergeleri, fiziki yara izleri ile psikolojik baskıların kalıntılarıdır. Bu izler, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma süresi ile de ilgilidir. Gözaltı süresi uzadıkça, kişinin daha fazla zorlanma olasılığı da artmaktadır. Böylesi durumlarda işkenceyi saptayabilmek



için kanıtlama yükümlülüğünün yer değiştirmesi zorunlu olmaktadır. Gözaltından çıkıktan sonra işkence yapıldığını ileri süren kişinin, vücudundaki yara bere izlerinin nasıl oluştuğu konusunda, ondan kanıt getirmesi istenmemelidir. Kişinin bu konudaki açıklaması yeterlidir. Buna karşılık izlerin nasıl oluştuğu, kişinin gözaltına alınmasından ya da salıverilmesinden sonra mı olduğu, gözaltındayken kendi eyleminden mi doğduğu konularındaki açıklamalar, gözaltı işlemini uygulayan kamu organı tarafından getirilmelidir. Bu olayları kanıtlama yükümlülüğü de ilgili devletlere aittir. Yakınmacının üzerindeki izlere yönelik kamu organlarının açıklamaları 3. madde bağlamında inandırıcı olmalıdır. (Toması/Fransa 1992)

AİHM, Türkiye'den gelen başvurular üzerine verdiği kararların da etkisiyle, olaylara yaklaşımını önemli ölçüde değiştirmiş, 3. madde kapsamında dayandığı gerekçelerle uyumlu, olaylara daha somut ölçülerle yaklaşan kararlar vermeye başlamıştır. Bu süreç içinde önemli bir yeri bulunan Selmonui/Fransa davasında Mahkeme, "... işkence kavranının insan hakları alanındaki gereksinimler ve güncel gelişmeler nedeniyle daha ileri boyutlarda yorumlanması, daha önceleri 'kötü davranış ve insanlık dışı uygulama' olarak nitelenen eylemlerin, artık 'işkence' olarak benimsenmesi gerektiğini ..." vurgulamıştır.

Hollanda ve Fas uyruklu olan Selmonui Fransa'da tutuklu bulunduğu sırada yoğun bir şiddet uygulaması altında bırakılmıştır. Kendisini çelmelemek üzere iki sıralı koridor oluşturan polislerin arasında koşmaya zorlanmış, yerlerde sürüklenmiş, tekmelenmiş, saçları çekilmiş, bütün vücudu yara bere içinde bırakılmıştır. Genç bir kadının önünde yere diz çökmeye zorlanmış, bu sırada bir başkası üzerine işemiştir. Sürekli hakaret görmüş, horlanmış, küçük düşürülmüştür. AİHM, bu olayda, saldırıların poliste sorgulandığı birkaç gün boyunca yinelen-

ğini, bu nedenle süreklilik kazanan kötü davranışların etkisinin daha da arttığını belirtmiştir. Mahkeme, "saptanan bulgulara göre başvuruçunun kişiliğine karşı bir bütün olarak uygulanan fiziksel ve ruhsal şiddet, ağır acı ve eziyet verdiğiinden, özel bir saldırı ve acımasızlık örneğidir. Bu tür uygulamalar, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında işkence olarak kabul edilmelidir." (Selmouni/Fransa, 1998)

Bir başka olayda mahkeme, sanığın yüzünde ve vücudunda bulunan yaraların güvenlik görevlilerinden kaçarken yakalanması sırasında oluştuğu, daha önce de babasından dayak yemiş olduğu yolundaki savunmayı yerinde bulmadı. Mahkeme, "Başvuruçuyu muayene eden doktorun saptadığı çürüklerin, yaralama ister polis, ister babası tarafından yapılmış olsun, 3. maddenin kapsamına giren kötü davranışla örtüşecek ağırlıkta olduğunu gözlemiştir. Mahkeme, bu olayda da yakınmacının üzerindeki yaraların nasıl oluştuğu ve kimin sorumluluğu altında bulunduğu konularının tam olarak saptanamamasına karşı, yakalama sırasında meydana gelmiş olabileceği görüşündedir. Yakalama sırasında kişiye uygulanan güç, gerekli olan etkinliğin boyutlarını aştığı durumlarda, sorumluluk bu süreç içinde bulunan kamu görevlilerine yüklenebilir. Mahkeme, yakınmacıyı, ' muayene eden doktorun saptadığı çürüklerin, yaralama ister polis, ister babası tarafından yapılmış olsun, 3. madde kapsamına giren kötü davranışlarla örtüşecek ağırlıkta olduğu' görüşüne varmıştır. Mahkeme bu saptamalardan yola çıkarak şu sonuca ulaşmıştır: 'Bir kişinin sözleşme'nin 3. maddesinin ve ulusal hukukun çiğnenerek polis veya diğer kamu görevlileri tarafından ciddi bir biçimde kötü davranışlara uğratıldığı savlarını ileri sürmesi durumunda, Sözleşme'nin üçüncü maddesi, 1. madde ile saptanan genel güvence kapsamında değerlendirilmelidir. Bu da yakınılan olayların sorumlularının suç kanıtlarıyla birlikte belirlenerek cezalandırılmalarına yol açacak düzeyde etkin bir soruşturma olmalıdır. Bu yola gidilmediği takdirde işkence, insanlık dışı, aşağı-

*layıcı uygulama veya cezaların hukukten yasaklanmış olmaları çok önemli güvenceler içermesine karşın, uygulamada etkisiz kalacak ve kini durumlarda kanu görevlilerinin soruşturulmama bağışlıklarından yararlanarak görev gereği denetimleri altındaki kişilerin haklarının çiğnenmesine göz yumulmuş olabilecektir.” (Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan, 1998)*

Bu karar AK üyesi devletlerin Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca, 2. maddede olduğu gibi, iki yönlü yükümlülükleri bulunduğu anlamında yorumlanmalıdır. Birinci yükümlülük “işkence yapmamak”tır. Buna “negatif=olumsuz” yükümlülük de diyebiliriz. Ancak herhangi bir koşulda işkence yapılmış olması durumunda, devletler için “objektif=olumlu” yükümlülük gündeme gelecektir. Yani etkin ve sonuç alıcı bir soruşturma zorunluluğu oluşacaktır. Kanımızca, soruşturma gereğini Sözleşme'nin 6 veya 13. maddeleri kapsamında değil, ikinci maddede olduğu gibi, 3. madde içinde değerlendirmek gerekmektedir. Bir başka deyişle işkenceye karşı yürütülecek kamusal savaşı, işkenceyi yasaklayan 3. madde bağlamında gerçekleştirilmelidir. Bunun anlamı şu olmaktadır; işkence görenlerin veya yakınlarının başvuruları olmaksızın ve aranmaksızın devletler soruşturma yükümlülüklerini kendiliklerinden uygulamaya koyabilmelidirler.

**MAHKEME'NİN TEDAVİ KURUMLARINDAKİ,  
GÖZALTINA ALMA, TUTUKLAMA,  
CEZAEVİ AŞAMALARINDAKİ KÖTÜ DAVRANIŞLARLA  
İLGİLİ DEĞERLENDİRMELERİ NELERDİR?**

Gözaltına alınan, tutuklanan, cezaevlerinde cezalarını çekmekte olan kişiler daha önce de belirtildiği gibi, devletin koruması altındadırlar. Onların bedensel ve düşünsel bütünlüklerine zarar verilmemesi için gereken her türlü önlemi almak, devletlerin görevidir. Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin hukuksal konumları da, kendilerine uygulanacak işlemlerin türleri açısından önem taşımaktadır. Örneğin gözaltındaki kişilerin bir yargıç önüne çıkarılmalarına bile gerek kalmadan kolluk görevlilerince sahverilme olasılıkları yüksektir. Onlara, gözaltı koşullarının zorunlu kıldığı geçici özgürlük kısıtlamalarından daha ağır önlemler uygulanmamalıdır.

Cezaevlerindeki hükümlüler ise, özgürlüklerinin kısıtlanması açısından buldukları yapıların olanaklarına ve ceza sürelerine göre uç noktalarda yer almaktadırlar. AİHM, cezalandırmanın niteliğinin, hatta amacının bir yönüyle de suçluları "küçük düşürmek" olduğunu birçok kararında belirtmiştir. Bir başka deyişle, tüm cezaların zorunlu olarak "küçük düşürme" ögesini de içerdiğine değinmiştir. Mahkeme, bu görüşlerinden keskin bir dönüş yapmamakla birlikte, son yıllarda daha korumacı bir tutum izlemeye yönelmiştir. Cezaevi koşulları-

nu değerlendirirken, kişinin tutuklu veya hükümlü oluşunu, yaşını, cinsiyetini, sağlık durumunu, çevresine karşı tehlike olasılığını değerlendiren kararlar vermektedir. Mahkeme'yi böyle bir değişime yönlendiren etkenler arasında, 1987 yılında benimsenen Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Uygulama ve Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi'nin önemli bir yeri bulunmaktadır. Avrupa Konseyi'nin bir ürünü olan bu Sözleşme'nin uygulanmasını denetlemek amacıyla oluşturulan Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin dönemsel veya özel denetimler sonucunda verdiği raporlarındaki üye ülkelerle ilgili saptamaları, Mahkeme'yi işkence konusunda daha araştırmacı davranmaya yönlendirmiştir.

Sağlık sorunları nedeniyle özgürlüklerinden yoksun bırakılanlar ise, özel ilgi ve koruma altında bulundurulmaları gereken kişiler olmaktadır. Bu konu ilk kez Hollanda'da geçen bir olay nedeniyle Mahkeme'ce değerlendirilmiştir. Akıl hastalığı nedeniyle özel bir bakımevinde bulundurulmuş on altı yaşındaki Bayan Y.'nin ırzına geçilince, annesi şikayetçi olmuştur. Sağığın eylemini tekrarlamaması nedeniyle savcılık, takipsizlik kararı vermiştir. Yakıncı konumundaki annenin bu karara itirazı ise, ulusal hukuka göre şikayetin tecavüze uğrayan Y. tarafından yapılmaması nedeniyle reddedilmiştir. Olay, Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine aykırılık savları ile AİHM'ye gönderilmiştir. Mahkeme, ulusal yasanın Y.'yi etkili ve sonuç alıcı biçimde koruyamadığı için 8. maddenin çiğnendiğine karar vermiştir. Özel yaşamın korunması yönünden 8. maddenin ihlaline karar vermiş olmasını yeterli görmüş ve olayı 3. madde bağlamında değerlendirmemiştir. Böylece olayın asıl önemli yanını yanıtsız bırakmıştır. (X ve Y/Hollanda, 1985)

Böyle bir saldırı karşısında, bedensel açıdan olduğu kadar, hukuk açısından da kendisini savunmakta yoksun bulunan on

altı yaşındaki Y. adına annesinin yaptığı başvuruyu "ehliyetsiz" sayan Hollanda yasası, anlaşıyor ki, son derece ilkel ve çağdışı bir düzenleme imiş. Nitekim bu karardan sonra 1985 yılında gerçekleştirilen yasa değişimi ile sakınca giderilmiş ve akıl yetersizliği nedeniyle şikayet edemeyecek durumda bulunanlar için bu yetki, yasal temsilcisine tanınmıştır. Ancak AİHM'nin özel bakım altındaki kendisini koruyamayan kişinin ırzına geçilmesi olayını inceleme dışı bırakması kanımızca önemli bir boşluk oluşturmuştur.

Cezaevinde açlık grevi yapan bir hükümlünün zayıf düşmesi nedeniyle cezaevi yönetimince zorla beslenerek tedavi edilmesi, kendisine zarar vermemesi için ellerine kelepçe takılıp güvenlik yatağına bağlanması, 3. madde kapsamında Mahkeme'nin incelemesine sunulmuştur. Mahkeme bu gibi koşullarda özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yönelik uygulamalarda daha özenli bir denetim gerektiğini belirtmekle birlikte, kararında, tıp biliminin gereklerine ve yerleşik kurallarına öncelik vermiştir. "*Kendileri hakkında karar vermekten yoksun olan hastaların bedensel ve ruhsal sağlığının korunması için tıp biliminin kurallarına göre zorla uygulanması gereken önlemlerin, bu gereklilik sınırları içinde kalmaları koşuluyla uygulanmalarının, 3. madde bağlamında insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlar sayılmayacağı*" kararlaştırmıştır. (Herczegfalvy / Avusturya, 1992)

AİHM'nin cezaevlerindeki işlemlerin "*küçük düşürücü davranış*" sayılıp sayılmayacağı konusundaki en belirgin ölçütü, bu işlemlerle izlenen amaçlar olmaktadır. Mahkeme, 2000 yılından sonraki kararlarında, cezaevlerindeki uygulamalara ilişkin denetimini sıkılaştırmıştır. Daha önceleri Komisyon'un hücre hapsini olağan sayan yaklaşımlarına karşın, iki ay boyunca günün çok büyük bölümünü penceresiz ve havalandırmaz bir yerde, aşırı sıcak altında geçiren, aynı açık tuvaleti kullanan

iki kişinin birbirlerinin gözleri önünde ihtiyaçlarını gidermek zorunda bırakılmaları, küçük düşürücü davranış olarak nitelmiştir. (Peers/Yunanistan, 2001)

Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı uygulamalar, genellikle gözaltı koşullarındaki işkence ve insanlık dışı davranışlardan ileri gelmektedir. Bunlar suç kanıtlarına ulaşabilmek beklentisiyle kişiye acı ve zarar vermek için yapılan bilinçli saldırılardır. Bazı durumlarda özel bir amacı olmadan da devletin gözetimi altındaki kişilerin nesnel ve duygusal varlıklarına önemli zararlar verilebilmektedir. Özellikle elverişsiz cezaevi koşullarındaki insanlar, özgürlüklerinden yoksun bırakılmanın yarattığı ezikliğe ek olarak, içinde buldukları yapıların kötülüğünden, iletişimsizlikten, beslenme yetersizliğinden büyük sıkıntılar çekebilmektedir. Çarpıtıldıkları yaptırımlar nedeniyle cezaevlerinde kalmak zorundaki insanların mutsuzluğu, işledikleri suçlarla bağlantı kurularak bir oranda olağan karşılanabilir. Ancak, bu olgunun ötesindeki elverişsiz cezaevi koşullarının ağırlığı, devletlerin sorumluluğuna neden olabilecektir.

Bu nedenle Mahkeme, tutukluluk koşullarının kişinin üzerinde yaratması beklenen ve katlanmak zorunda bulunduğu sıkıntıların ötesinde, daha büyük eziyete dönüşmemesi için ilgili devletlerin önlem almak durumunda bulunduğunu belirtmektedir. Devletler ayrıca, kişilerin sağlığının korunması, beslenmelerinin sağlanması, ilaç gibi gereksinmelerinin karşılanması için gerekenleri yapmakla yükümlü sayılmaktadırlar.

Mahkeme cezaevlerindeki kişilere kasden kötü davranışlarda bulunulmasını, onların bedensel açıdan yaralanmalarını, onursal yönden kendilerini küçük düşürülmüş, hakarete uğramış hissetmelerine neden olacak davranışları, devletlerin

sorumluluğu altında değerlendirmektedir. Bu tür davranışların özel bir amacı olmasa bile, sonuçlarına bakılarak, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı düştüğü görüşüne varılabilecektir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan önlemlerin ve tutukluluk koşullarının, insan onuruyla bağdaşır nitelikte olmasını, önlemin uygulanış biçiminin, içeriğinde zaten var olan onur kırıcı sonuçlarının ötesinde yeni acı ve sıkıntılara neden olmaması için devletler gereken önlemleri almakla yükümlü bulunmaktadırlar. (Kudla/Polonya, 2000)

Mahkeme, bir başka olayda da, aşırı kalabalık, uyuma yeri bulunmayan bir yerde hükümlünün uzunca süre tutulmasını, küçük düşürücü davranış kabul etmiştir. Mahkumlara uygulanan kelepçeye takma, açık havaya çıkarılmama, veya görüş haklarından yoksun bırakılma gibi her tür kısıtlamalar veya diğer disiplin önlemleri sürekli olarak izlenmelidir. Bunların uygulanış biçimlerinin, küçük düşürücü davranışlara dönüşmemesi sağlanmalıdır. (Dougoz/Yunanistan, 2001)

Soyularak üst aranması, hükümlülerin çok sık yineledikleri yakınmalar arasındadır. AİHM'nin yaklaşımına göre, *"soyularak üst aranması cezaevi güvenliğinin sağlanması veya düzen bozukluğunu veya suç işlenmesini önlemek için zaman zaman gerekli olabilir. Ancak uygulama doğru biçimde yapılmalıdır. Bir erkek mahkumu bir kadının önünde çıplak soyunmaya zorlamak, daha sonra cinsel organını ellemek, bu kişiye karşı yapılmış saygısızlıktır ve gerçekten onur kırıcıdır. Bu uygulama mağdurda acı ve aşagılık duyguları uyandırdığı, küçük düşürerek alçalttığı için böyle bir üst arama yöntemi, AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında küçük düşürücü davranış"tır.* (Valasinas/Litvanya, 2001)

Aralarında cinayetin de bulunduğu birden çok suçun sanığı olarak tutuklu yargılanan başvurucunun cezaevinden



kaçma hazırlığı içinde olduğuna ilişkin duyunlar alınmıştır. Kaçma olasılığını ortadan kaldırmak amacıyla sanık, yüksek güvenli ve özel olarak korunan bir kuruma gönderilmiştir. Burada, daha önce kaldığı cezaevi koşullarından ağır ve sıkı bir disiplin altında yaşamak zorunda bırakılmıştır. Telefonla ve yüz yüze konuşma, yakınlarıyla İletişim olanakları ve havalandırma süreleri aşırı kısıtlanırken, soyularak üst aramaları sıklaştırılmıştır. Bu arada yargılandığı dava sonuçlanan başvuru, on beş yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.

AİHM başvurucağının yakınmalarını tartışırken, kaçacağından kuşkulanan tutuklunun yüksek güvenli bir cezaevine gönderilmesinin 3. madde bağlamında tek başına bir sorun oluşturmadığı görüşünde olmuştur. Mahkeme, yetkililerin "tehlike" konusundaki savunmalarını, suçların ağırlığı açısından yerinde bulmuştur. Bununla birlikte, başvurucağının yakınmalarının cezaevi koşullarından değil, görevlilerin kendisine karşı olumsuz tutum ve uygulamalarından ileri geldiğini saptamıştır. Mahkeme, İşkenceyi Önleme Komitesi'nin, tutukluların özel güvenli kurumdaki koşullara uzun süre dayanabilmelerinin sakıncalarına değinen görüşlerini, değerlendirmelerine temel almıştır. "Başvurucağının çok sık soyularak aranması, cezaevi uygulamalarının dayanılması güç örneklerinden birisidir. Mahkeme, önceki kararlarında soyarak aramaların cezaevi güvenliğini sağlaması veya suçun önlenmesi amacıyla gerçekleştirileceği sonucuna varmıştı. Ancak bu davada başvurucağının haftada bir soyularak aranması, var olan diğer tüm katı önlemlere getirilmiş bir ektir. Bu ağır koşullarda ve bu düzeyde güvenlik gereksiniminin inandırıcı nedenleri bulunmadığı halde, başvurucağının yaklaşık üç buçuk yıl, haftada bir soyularak aranmasına ilişkin uygulama insanlık onurunu zedelemiş, üzüntü ve aşağılanma duygusunu arttırmış, kişiliğini değersizleştirmiş ve küçük düşürmüştür. Böylece diğer sıkı güvenlik önlemleriyle bütünleşen ve olağan bir işleyiş edinen soyarak

*aramalar, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlara dönüşmüştür.”*  
(Van Der Ven/Hollanda, 2003)

Bu olayda da AİHM, İşkenceyi Önleme Örgütü'nün araştırma ve raporlarına dayanarak yargısal denetimini derinleştirmiş, üye devletlerin *“tutukluluğun doğasından kaynaklanan kaçınılmaz acıyı daha da çekilmez duruma getirmemek için”* zorunlu bulunan insancıl koşulları sağlamakla yükümlü bulduklarını vurgulamıştır.

Gözetiminde gerçekleşen insanlık dışı uygulamaların en korkunç örneklerinden birisi, üzümlerle belirtiriz ki, yine Türkiye'den gelmiştir. Derik ilçesi Taşıt köyünde yaşayan on yedi yaşındaki Şükran Aydın, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurarak gözetiminde kendisine tecavüz edildiğini ileri sürerek işkence yasağının çiğnendiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, babası ve yengesi ile birlikte 29 Haziran 1993 günü köye gelen jandarmalar tarafından gözetim altına alındığını, ilçe jandarma merkezine götürülerek üç gün gözetiminde tutulduklarını, burada kendisine diğer kötü muamelelerinin yanında tecavüz edildiğini söylemiştir. Birkaç gün sonra savcıya olayla ilgili şikayette bulduklarını, ancak savcının kendisini tecavüz muayenesi için değil, kızlık muayenesi için doktora sevk ettiğini, yapılan muayenelerde kızlık zarının ne zaman yırtıldığının saptanmadığını belirtmiştir. Hükümet ise başvurucunun gözetim altına alınmadığını ve kendisine tecavüz edilmediğini savunmuştur. Komisyon, yaptığı duruşmada dinlediği tanık anlatımlarına ve topladığı diğer kanıtlara dayanarak başvurucunun gözetim altına alındığı ve kendisine tecavüz edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme de, Komisyon'un olaylarla ilgili saptamalarına katılmış, gözetiminde tecavüz ve kötü davranışlar nedeniyle işkence yasağının çiğnendiğine karar vermiştir. Ayrıca işkence ve kötü davranışların sorumlularının ortaya çıkarılıp

cezalandırılmalarını sağlayacak bir soruşturma yapılmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 13. maddesindeki etkili hukuk yoluna başvurma hakkının çiğnendiğini kararlaştırmıştır. (Şükran Aydın/Türkiye, 1999)

Gözaltındaki kişilere tecavüz, özünde suç olan bir eylemin ağırlaştırılmış biçimidir. Böyle bir olay karşısında ulusal organların sessiz kalması, tek bir sözcükle, hukukun durduğu anlamına gelmektedir.

**KAMU GÖREVLİLERİNCE ALINIP GÖTÜRÜLEN  
YAKINLARINDAN BİLGİ ALAMAYANLARIN  
DURUMU, OLAYLARIN GENELİYLE  
BAĞLANTILI OLARAK 3. MADDE İÇİNDE  
DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?**

Gözetiminde veya kamusal etkinlikler sonucunda olmakla birlikte ayrıntılarına inilemeyen koşullarda insanların yitirilmeleri, varlıklarından, yaşayıp yaşamadıklarından bilgi edinilememesi durumlarında, yaşama hakkı çevresinde odaklanan pek çok sorun doğmaktadır. Bunları, olayın doğrudan mağduru ve kurbanı yönünden olduğu gibi, yakınları açısından da ayrı ayrı değerlendirmek uygun olur. İlk aşamada kişi gözetim altına alınmışsa, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında değerlendirilecek bir işlem söz konusudur. Gözetim ve tutuklama koşulları ile bu evredeki uygulamalar nedeniyle, 5. madde ile birlikte veya bağımsız olarak 3. madde de gündeme gelebilecektir. Kişinin gözetim altında öldürülmesi veya edinilen kanıtlara göre öldürülmüş olabileceğine kesinlik içinde bakıldığı durumlarda 2. maddenin çiğnendiğine karar verilmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu olaylar nedeniyle kamu organlarının devinime geçmemesi, etkili bir soruşturma yapmaması, devletin olumlu, hatta olumsuz yükümlülüklerini çiğnediği anlamına gelebileceği gibi, ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesinin de ihlal edildiği biçiminde yorumlanacaktır. Bunlar, öncelikle hukuk dışı eylemlerin doğrudan etkilediği kişilerle ilgili Sözleşme ihlalleridir. Ancak mağdur veya kurbanın yokluğu

durumunda, eğer devlet kendiliğinden devinime geçmemişse, tüm hukuk dışı eylemleri kapsayacak genişlikte 13. maddenin uygulanmasını isteme olanağı, yitik kişilerin yakınları eliyle kullanılabilir. AİHM, Türkiye uygulamalarından kaynaklanan birçok başvuruda, yukarıdaki olasılıkların tümünün gerçekleştiği yargısıyla, anılan Sözleşme maddelerinin hepsinin ihlal edildiğini, bazı durumlarda 2. maddenin birden fazla çiğnendiğini saptayan kararlar vermiştir.

Mahkeme'nin, yaşamını yitiren ya da bulunamayan kişilerin yakınları açısından da Sözleşme'nin 3. maddesinin çiğnendiğini belirten kararları bulunmaktadır. Bu kararlar, asıl suç kurbanları ile bağlantılı olmakla birlikte, genellikle yakınmacı konumundaki anne ve babalarının işlemler sürecinde karşılaştıkları olayların, kamu organlarının kaba, ilgisiz ve baştan savma tutumlarının değerlendirilmesine dayanmaktadır.

Örneğin, oğlunun askerler ve köy korucularınca alınıp götürüldüğüne ve bir daha bulunamadığına kesin kanıtlara dayanarak inanan annenin ulusal düzeydeki yakınmaları, kamu organlarınca duyarsızlıkla karşılanmıştır. Oğlunun kendi gözünün önünde alınıp götürüldüğünü, bir daha geri dönmediğini bildirip olayın araştırılmasını isteyen yakınmacının başvurusuyla, savcı ilgilenmemiştir. İzleyen günlerde de, bu konuda kendisine hiçbir bilgi verilmemiştir. Mahkeme pek çok konuda Sözleşme ihlalini saptadığı bu olayda, başvuru anne yönünden *"bulunamayan Üzeyir Kurt'un annesi olan başvuruçunun yakınmalarına tutarlı bir yanıt verilmemesi, duyduğu ağır acı ve üzüntüler karşısında kamu birimlerinin duyarsız kalmaları nedeniyle, Sözleşme'nin 3. maddesindeki insanlık dışı davranış yasağının çiğnendiğini"* kararlaştırdı. (Kurt/Türkiye, 1998)

Mahkeme, yitik kişilerin aile bireylerinin 3. madde bağlamında mağdur sayılacaklarına ilişkin genellemeye açık bir

içtihat oluşturmamak için, Kurt davası kararındaki değerlendirmelerinin bu olayla sınırlı olduğunu belirtmekle birlikte, Türkiye'nin güneydoğu bölgesinden gelen benzer koşullardaki birçok başvuru nedeniyle aynı değerlendirmelerini sürdürmüştür.

Mahkeme, "Başvurucunun sürekli çabalarına karşın kamu görevlilerinin vurdumduymazlık boyutlarına ulaşan ilgisizliğini, başvurucunun yaşadığı belirsizliklerden kaynaklanan derin acılarını göz önünde bulundurarak, 3. maddenin çiğnendiği" görüşüne vardı. (Taş/Türkiye, 2000)

Mahkeme, işkence suçlamasını yitik kişi açısından değerlendirdiği olayda, "Ahmet Çakıcı'nın gözaltında tutulduğu sırada çok kötü fiziksel durumda bulunduğu, bir kaburga kemiğinin kırıldığı ve başı yarıldığı için, kendisine işkence uygulanarak öldüğü görüşüne varmıştır." Öldürülen yönünden 3. maddenin çiğnendiği belirtilen kararda, "... güvenlik görevlilerinin elinde iken kaybolan kişinin yakınlarının insanlık dışı davranışlar nedeniyle mağdur olup olmadıkları, aile ilişkilerinin yakınlığına ve olayla ilgilerine bağlıdır. Olayda Ahmet Çakıcı'nın kaybolmasıyla başvuru olan kardeşinden daha çok babası ilgilendiği için, başvuru konumundaki kardeşi açısından insanlık dışı davranış yasağının çiğnenmediği ..." kararlaştırıldı. (Çakıcı/Türkiye, 1999)

Mahkeme, kayıp yakınlarının başvuruları üzerine kamu organlarının tepkilerini de göz önünde bulundurmaktadır. Başvurulardan sonra ilgisizliğin artıp soruşturmaların duraksaması, insanlık dışı davranış yasağı açısından değerlendirilen konular arasında bulunmaktadır. (Timurtaş/Türkiye, 2000)

Aşağıdaki alıntı, Akkum kararından aynen aktarılmaktadır:

"AİHM, 'ortadan kaybolan kişinin' ailesinden birinin 3. maddeye aykırı bir işlemin mağduru olup olmadığı sorusunun, başvuranın acısına ciddi bir insan hakları ihlali mağdurunun yakınlarının kaçınılmaz olarak duygusal baskı altında olmasından ayrı bir boyut ve karakter veren özel etkenlerin varlığına bağlı olacağına karar vermiştir (bkz., Çakıcı/Türkiye [GC], no. 23657/94, § 98, AİHM 1999-IV). İlgili öğeler, aile bağının yakınlığını -bu bağlamda ebeveyn-çocuk bağına belli bir ağırlık verilecektir- ilişkisinin özel koşullarını, aile bireyinin söz konusu olaya ne kadar tanık olduğunu, ailenin, ortadan kaybolan kişi hakkında bilgi elde etmek için gösterdiği çabayı ve yetkililerin bu soruşturmalara nasıl karşılık verdiğini kapsamaktadır. Çakıcı davasında AİHM, böyle bir ihlalin özünün aile üyesinin 'ortadan kaybolması' gerçeğinde yatmadığını, yetkililerin bu durum dikkatlerine sunulduğunda, başvurucu karşısındaki tepkileri ve davranışlarıyla ilgili olduğunu vurgulamıştır. Özellikle değinilen bu ikinci durumda, ortadan kaybolan kişinin bir yakını yetkililerin davranışının mağduru olduğunu iddia ileri sürebilir (ayrıca bkz., Timurtaş)

Aynı şekilde, AİHM oğlunun parçalanmış cesediyle karşılaşan bir baba olarak Zülfü Akkum'un, AİHS'nin 34. maddesi uyarınca yasal bir biçimde mağdur olduğunu iddia edebileceğini düşünmektedir. Ayrıca, oğlunun cesedinin parçalanması sonucu Zülfü Akkum'un çektiği acının, AİHM'nin 3. maddesine aykırı olan onur kırıcı işleme eşdeğer olduğu konusunda AİHM'nin kuşkusuz yoktur. Birinci başvuran Zülfü Akkum'la ilgili olarak, AİHM'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır." (Akkum/Türkiye, 20005)

Bir başka olayda askerlerce alınıp götürülen iki oğlunu bir daha hiç görmeyen, aralıksız arayışlarına yanıt alamayan babanın başvurusu sonucunda Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar verilirken, olay bir kez de 3. madde kapsamında tartışıldı. Yakıncı, iki oğlunun kaybolmasının

kendisini insanlık dışı muamele ile karşı karşıya bıraktığını ileri sürüyordu. Oğullarının başına gelenleri öğrenemediği gibi yetkililerin, soruları karşısındaki olumsuz davranışları nedeniyle sıkıntı ve üzüntü yaşadığını ileri sürmüştü.

Mahkeme, bu konuyu iki boyutuyla tartıştı. Olağan koşullardaki yitikler de elbette üzüntü vericiydi. *“Ancak aile bireylerinden birinin yitirilmesinin insan hakları ihlalinin ileri geldiği durumlarda, çekilen üzüntü, olağan durumlardan farklı olarak daha başka bir boyut ve nitelik kazanmaktadır. Söz konusu ögeler, aile bağlarının yakınlığı, -bu bağlamda ebeveyn, çocuk ilişkisinin taşıdığı ağırlık-, kayıp kişi hakkında bilgi toplama çabalarına katılım ve bu çabalar karşısında yetkililerin tavır ve davranışları, göz önünde bulundurulması gereken ölçütler olarak”* belirtildi. Mahkeme, ayrıca söz konusu ihlal bulgusunun *“kayıp olayından değil, daha çok yetkililerin olay karşısında takındıkları tavır ve davranışlardan kaynaklandığını”* vurguladı. Bu nedenle bir akrabanın, yetkililerin eylemleri sonucunda mağdur olduğunu ileri sürebileceği görüşüne vardı.

Sonuç olarak Mahkeme'nin yitirilen İpek kardeşlerin babası olduğunu vurguladığı başvuru, yakınma konusu *“olaylara ve oğullarının dokuz yıl önce askerlerce götürülmesine tanık olmuş ve o tarihten sonra oğullarını bir daha görmemiştir. Başvuran tarafından sunulan belgelerden de bellidir ki çocuklarının akıbetini öğrenmek için sonuçsuz da kalsa, birçok girişimde bulunmuştur. Çocuklarının askerlerce götürülmesinden sonra akıbetleri hakkında bilgi almak için çok çaba göstermesine karşılık, yetkililerden hiç bir açıklama veya bilgi alamamıştır. Aksine, yetkililer başvuranın ciddi endişeleri karşısında, İpek kardeşlerin güvenlik güçlerince gözaltına alındığını reddetmişlerdir. Başvurucuya soruşturma sonucu hakkında bilgi de verilmemiştir. Ayrıca, Mahkeme, başvuranın çocuklarının akıbeti hakkında duyduğu endişenin, aile yaşamının bozulmasıyla daha da arttığını düşünmektedir.*



*Yukarıdaki bilgilerin ışığında Mahkeme, başvuranın çocuklarının kaybolması ve bilgi edinememesi sonucunda endişe ve üzüntü duyduğunu saptamıştır. Başvuranın şikayetleri karşısında yetkililerin tutumu 3. maddeye aykırı, insanlık dışı bir davranış oluşturmuştur.” (İpek/Türkiye, 2004)*

## İŞKENCE UYGULANAN KİŞİLERİN ANLATIMLARI, SANIK OLARAK YARGILANDIKLARI DAVA AÇISINDAN KANIT OLUŞTURUR MU?

Bu soru, ileride ayrıntılı biçimde değerlendirilecek olan yüz yüze yargılama, sanıkları ve tanıkları doğrudan sorgulama gibi adil yargılanma koşullarıyla bağlantılıdır. Ancak kanıt toplama açısından işkencenin yararsızlığı ve işkence ile alınan anlatımların geçersizliği yönlerinden AİHM'nin görüşlerinin bu aşamada vurgulanmasında yarar bulunuyor. Sağlık kurulları raporları ile ve gözaltı dönemine ilişkin olarak vücudunda pek çok yara izleri saptanan, gözaltı aşamasında atılı suçu kabul etmesi için "... Filistin askısı ve elektroşok uygulanmasından, vücudunun değişik yerlerine ve özellikle sırtına vurulmasından ..." yakınan başvuruçunun koşullarını değerlendiren Mahkeme, Hükümet'in savunmalarının tüm olguları açıklamakta yetersiz kaldığını belirtti. Başvuruçunun "... fiziki ve psikolojik açıdan acı çekmesine neden olacak derecede ... 15 gün boyunca izole edilmesinin kendisinde korku, acı ve aşağılık duyguları yarattığını, hatta fiziki ve psikolojik direncini kırdığını ..." gözeterek başvuruçuya yönelik uygulamaların insanlık dışı ve küçük düşürücü davranış olduğunu açıkladı. Bu saptamalarından yola çıkarak, başvuruçunun konusunu oluşturan ve TCK 125. maddeye dayandırılan mahkumiyet kararını bir temyiz mahkemesi yaklaşımı içinde aşağıdaki gerekçelerle değerlendirdi:

*"Mahkeme, başvuruçunun gözetilmediği içinde bulunduğu koşulların Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline neden olduğunu anımsatarak, Türk yasama organının soruşturma sırasında elde edilen ve daha sonra yargıç önünde reddedilen itirafları birbirine bağlamadığını, bunun savunma açısından belirleyici sonuç doğurmadığını gözlemler. Mahkeme, ceza hukuku açısından kanıtların kabul edilebilirlik sorununun soyut olarak incelenmesinin DGM'den beklenemeyeceğini kabul etmekle birlikte, anılan mahkemenin olayın özüne geçmeden önce bu konuyu değerlendirmemesini bir eksiklik olarak görür. Hazırlık soruşturması sırasında bu konuda yapılacak bir araştırma, yerel yargı birimlerinin kanıt elde etmek amacıyla yasal olmayan yollara başvurduklarını kolaylıkla saptamış olacaktı ..."* Karar gerekçesinin devamında davanın bütün kanıtları tartışıldıktan sonra, sanığın mahkum edilmesinin Sözleşme'nin 6/1 ve 6/3-d maddesine aykırı olduğu belirtildi. (Hulki Güneş/Türkiye, 2003)

**KAÇAKLARIN, SIĞINMACILARIN  
SINIR DIŞI EDİLMELERİ  
SUÇLULARIN GERİ VERİLMELERİ  
3. MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?**

İlkesel olarak devletler, kendi yurttaşları olmayan kişilerin ülkelerinin topraklarına girmesine, geçici ve kalıcı olarak yerleşmelerine izin verip vermemekte serbesttirler. Sözleşme de bu konuda üye devletlere yükümlülükler getirmemektedir. Ancak Mahkeme, her olayı kendi koşulları içinde değerlendirmektedir. İşlediği suçun sonuçlarından kurtulmak amacıyla bir başka ülkeye sığınan kişinin geri verilmesi, yargılanacağı ülkenin yasalarına, soruşturma ve yargılama yöntemlerine, uyguladığı yaptırımlara göre değerlendirilen bir konudur. Suçluların ve sanıkların geri verilmelerinin önündeki en belirleyici engel, gönderilecekleri ülkede işkence görmeleri veya öldürülmeleri olasılığının bulunmasıdır. Öldürme, bilinçli bir kamusal ilgisizlikten kaynaklanabileceği gibi, doğrudan ölüm cezasının uygulanması biçiminde de gerçekleşebilir.

Alman vatandaşı olan ve Kanada vatandaşı olan kız arkadaşı ile birlikte sahte çek suçundan İngiltere’de tutuklanan Soering adındaki kişinin sorgulanması sırasında, bir yıl kadar önce öğrenci olarak bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri’nin Virginia eyaletinde kız arkadaşının anne ve babasını bıçakla öldürdüğü öğrenilmiştir. Olayın ortaya çıkması üzerine ABD,

sanıkların yargılanmaları için kendilerine geri verilmelerini istemiştir. Geri gönderilen kız arkadaşı, anne ve babasının öldürülmelerine yataklık etmekten yargılanmış ve toplam 95 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucunun da ABD'ye gönderilmesi durumunda ölüm cezası verilmesi çok büyük olasılık olduğundan, yargılama sonucunda böyle bir karar çıktığında, uygulanmayacağı konusunda güvence istenmiştir. ABD, bağlayıcılığı olmayan ve yetersiz kalan gevşek bir güvence vermiştir. Bu yanıt üzerine İngiltere başvurucunun geri verilmesini kâarlaştırınıştır.

Soering, güvencenin yetersizliği nedeniyle ABD'ye gönderildiğinde ölüm cezası uygulanmasının kaçınılmaz olduğunu, ayrıca, ölüm cezasına mahkum edilenlerin karar kesinleşip uygulama gerçekleşinceye kadar geçen 6 veya 8 yıllık sürede "ölüm koridoru" olarak adlandırılan korkunç bir süreci yaşamasının başlı başına işkence olduğunu ileri sürerek, geri verilmemesi istemiyle AİHK'ya başvurmuştur. Komisyon Başkanı'nun istemi üzerine İngiltere, başvuru sonuçlanuncaya değin, geri vermeyi ertelemiştir. Bu olay, Strasbourg yargısında ilk ihtiyati tedbir işleminin uygulamaya konulması olmuştur. İzleyen süreçte AİHM, suçu işlediği sırada 18 yaşın altında bulunan başvurucunun, o yıllardaki ruhsal durumunu, geri verildiğinde uzun bir süre katlanmak zorunda kalacağı "ölümün gölgesinde yaşamamanın getireceği ruhsal eziyeti", insanlık dışı ve küçültücü uygulama olarak nitelemiştir. Başvurucunun geri verilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesinin çiğnenmesi anlamına geleceğini kararlaştırmıştır. Ölüm cezasının uygulanmasını önlemeyi amaçladığı için, olası beklentilerin önüne geçen karar, varsayımları değerlendiren yorumlarıyla, geleceğe dönük içeriğiyle, alışlagelen kararlardan oldukça farklıdır. Ancak ölüm cezası karşısında en doğru yol izlenmiş ve Sözleşme'ye uygun bir sonuca ulaşılmıştır. (Soering/ İngiltere, 1989)

Bu karardan sonra çeşitli nedenlerle başka ülkelerden gelip Avrupa'ya yerleşmeye çalışan sığınmacılar, sınır dışı edilmelerini geciktirmek veya sürekli kalabilmek için yaşamsal sakıncalar üretmeyi bir tür kurtuluş yolu bellediler. Böylesi girişimler, Mahkeme'yi 3. maddenin çiğneneceği varsayımı üzerine kurgulanan başvurularda, tutarlı kanıtlar aramaya yönlendirdi. Mahkeme, ölüm cezası ve işkence beklentisi olmadığı yargısına vardığı başka bir olayda, başvurucunun ülkesi Şili'ye geri gönderilmesi durumunda kötü davranışlarla karşılaşma olasılığının yeterince kanıtlanamadığı görüşüyle, sınır dışı edilmesinin Sözleşme'nin 3 ve 8. maddeleriyle çelişmediğini kararlaştırdı. Komisyon, bu olayda da içtüzüğün 36. maddesine göre bekletilme kararı aldığı halde, İsveç Hükümeti bu karara uymamış başvurucuları ülkelere geri göndermişti. Mahkeme de, Komisyon'un içtüzüğünün üye devletleri bağlayan bir belge olmadığını kararında belirtti. (Cruz Varas ve Diğerleri/İsveç, 1991)

Sözleşme, "sığınma hakkı" anlamına gelebilecek bir hakkı korumamaktadır. Ancak, 7 numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesinde, yerleşik yabancılar hakkında olduğu gibi, sığınmacılar bakımından da, göreceli bazı güvenceler saptanmıştır. Çeşitli hukuk dışı yollarla başka ülke topraklarına geçen sığınmacıların sorunları, AİHM'nin birçok kararının konusu olmuştur. İran İslam Cumhuriyeti'nde yaşanan siyasal gelişmeler nedeniyle rejim karşıtı olarak tanınan başvurucular, Türkiye'ye kaçmışlardı. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün de ilgilendiği bu kişiler, İran'a gönderilmeleri halinde zulümle karşılaşacakları varsayımı ile Türkiye organlarca alınan kararlara karşı çıkmışlar ve ülkelere verilmemeleri için AİHM'ye başvurmuşlardı. Aşağıda, karardan aktarılan alıntılar da ortaya koyduğu gibi, bu olayda Türkiye uygulamaları Sözleşme'nin koruduğu haklarla çelişmemiştir:

İran'a gönderilmeyen "... başvuruçuların artık Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşamakta olmaları ve İran'a gönderilme korkularının ortadan kalkmış olması nedeniyle mağdur olduklarını iddia edemeyecekleri göz önünde tutulduğunda, başvurularının Sözleşme'nin 2, 3 ve 8. maddeleri bakımından incelemesine gerek bulunmadığına" karar verilmiştir. Uyuşmazlığın içeriği konusunda ise Mahkeme, aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

"Sığınma ile ilgili iç hukuktaki düzenlemeleri soyut olarak incelemek Mahkeme'nin görevi değildir. Sözleşmeciler Devletler uluslararası hukuka ve Sözleşme'ye göre yabancıların ülkeye girişlerini, ikametlerini ve sınır dışı edilmelerini düzenleme yetkisine sahiptirler. Ayrıca siyasi sığınma hakkı Sözleşme'de yer almamaktadır. Ne var ki sınır dışı etme, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'nin 3. maddesine göre üstlendikleri yükümlülükleriyle ilgili bir sorun yaratabilir. Sığınmacının geri gönderilmesi durumunda, 3. maddeye aykırı bir uygulama ile karşılaşma riski bulunduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiası olması durumunda, Sözleşmeciler Devletin geri gönderme konusundaki iç hukukunun, bu maddedeki hakkın özünü güvence altına alacak hukuk yolunun varlığını sağlaması zorunludur. Sözleşme'nin 13. maddesinden kaynaklanan bu yükümlülük, ulusal makamların Sözleşme'den doğan şikayetin hem özünü ele alabilmesine, hem de uygun bir çözüm sağlanmasına yol açabilecek nitelikte kurallar içermesini gerektirir. Dışişleri Bakanlığı'nın 21 Eylül 1998'de başvuruçuların geri gönderilmesiyle ilgili kararı onaylama işlemine kadar, başvuruçuların Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir yakınmada bulunmadığı için bu aşamada savunulabilir bir istemi yoktur. UNHCR de üç kez sığınma başvurusunu reddettikten sonra başvuruçuların İran'da 1998 yılında yazarların öldürülmesiyle ilgili ayrıntı vermesi üzerine Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) ve Dışişleri Bakanlığı görüş değiştirmişlerdir. Dışişleri Bakanlığı'nın başvuruçuların üçüncü bir ülkeye yerleştirilmelerine kadar ülkede kalabileceklerine dair kararından sonra İran'a gönderilmelerine ilişkin

*bir risk kalmamıştır. Bu karar ile başvurucuların Türkiye'den ayrılma tarihleri arasında kalan süre bakımından Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından bir sorun doğmamıştır. Bu nedenlerle 2, 3 ve 8. maddeler bakımından varılan sonuç dikkate alındığında 13. maddenin de ihlal edilmediğine" karar verildi (G. H. H. ve/Türkiye, 2000).*

Evli bir erkekle ilişkisi olduğu için hakkında soruşturma başlatılan 22 yaşındaki İranlı Jabari, yasa dışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmıştır. Sahte pasaportla Kanada'ya gitmek isterken Fransa'da yakalanmış, İstanbul'a geri gönderilmiştir. Türkiye'ye sığınma istemi de reddedilmiştir. UNHCR bu olayda da koruması altına aldığı Jabari'ye, ekonomik ve hukuksal açılardan yardımcı olmuştur. Başvurucu, UNHCR görevlilerince saptanan anlatımlarında, İran'a geri gönderilmesi durumunda taşlanarak öldürülme (recm) veya kırbaçlanma gibi insanlık dışı yaptırımlar uygulanabileceği gerekçesiyle "sığınmacı" kabul edilmiştir. Jabari'nin sınır dışı edilme kararına karşı Türkiye'de açtığı dava ise, sığınma isteminin Sığınmacılar Yönetmeliği'ne göre beş gün içerisinde yapılmaması nedeniyle, davanın özü incelenmeksizin süre yönünden reddedilmiştir.

Başvuruyu değerlendiren AİHM'ye göre, "... kişinin gönderileceği ülkede insanlık dışı uygulamalarla karşılaşma olasılığının bulunduğu koşullarda, Sözleşmecî devletin gönderme yükümlülüğü vardır. Davalı devlet, başvurucunun istemlerinin tutarlılığı konusunda herhangi bir değerlendirme yapmamıştır ... Ankara İdare Mahkemesi'nin denetimini, başvurucunun kaygılarının özünü incelemekten çok, sığınma başvurusunun süresi ve biçimsel koşullarıyla sınırlı kalmıştır. Mahkeme, başvurucunun istemlerini içerik yönünden inceleyen UNHCR'nin ulaştığı sonuca ağırlık tanımak durumundadır. Mahkeme, İran'da zina suçuna İslam hukukuna göre ceza verilmemesi yönünde bir gelişme olmadığı kanısına varmıştır. Mahkeme, başvurucunun İran'a gönderilmesi durumunda



*Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı uygulamalarla karşılaşacağı görüşündedir."*

AİHM yukarıda özetlenen gerekçelerle, başvurucunun İran'a gönderilmesi durumunda, insanlık dışı davranış yasağının çiğnenmiş olacağını kararlaştırdı. Ayrıca Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir işlemde korkulduğu koşullarda, bu konudaki istemi bağımsız bir yaklaşımla ve özenle incelemesi gereken Ankara İdare Mahkemesi'nin bu güvenceyi sağlayamaması nedeniyle, 13. madde bağlamında, etkili bir hukuk yoluna ulaşma hakkının çiğnendiğine karar verdi. (Jabari/Türkiye, 2000)

Kimi yargıçların en yaşamsal konularda bile yakın gerçeği algılamaksızın, yasallık görünümü altında biçimsel kuralların kıskacından kurtulamamaları, Türkiye'yi böylesine savunulması olanaksız sorunluluklar karşısında bırakmaktadır.

Türkiye'de yakalanan Özbek uyruklu iki kişinin, ülkelerinde Cumhurbaşkanı'nı öldürme girişiminde bulunmaları nedeniyle, yargılanmak üzere geri verilmeleri istenmiştir. Yakınmacılar, Özbekistan Cumhuriyeti'nde devlet görevlilerinin karşıt görüştekilere karşı baskıcı tutumlarını sürdürdükleri ve geri verilmeleri durumunda cezaevinde işkence görecekları savları ile ve avukatlarının girişimiyle AİHM'ye başvurmuşlardır. Mahkeme'nin, olayın özü hakkında kararını verinceye kadar, İçtüzüğü'nün 39. maddesi uyarınca ülkelere gönderilmemek üzere önlem kararı alınmasını istemişlerdir. Mahkeme'nin önlem kararının Türkiye'ye iletilmesinden bir gün sonra, Özbek sanıklar ülkelerinin yetkililerine teslim edilmişlerdir. Başvurucular Özbekistan'da yargılanmış ve suçlu bulunarak hapis cezasına çarptırılmışlardır.

## 22

AİHM, başvurucuların ülkelerinde karşıt görüşteki kişilere baskı yapıldığı yolundaki savlarının Özbekistan Cumhuriyeti'ndeki genel durumu ortaya koymasına karşın, kendilerine yönelik baskı ve işkence olasılığı konusunda herhangi bir açıklama getiremedikleri üzerinde durdu. Türkiye'nin Özbek yetkililerden işkence yapılmayacağı konusunda güvence aldıktan sonra geri vermenin gerçekleşmesi ve işkence savlarının hiçbir biçimde kanıtlanmaması nedeniyle, olayda 3 ve 6. maddelerin çiğnenmediği kararlaştırıldı. Buna karşılık 1991 yılında Cruz Varas/İsveç davasında Komisyon'un içtüzüğü'nün üye ülkeler açısından uyulması zorunlu bir belge olmadığını kararlaştıran Mahkeme, bağlayıcılığı aynı düzeyde olması gereken kendi içtüzüğü'nün 39. maddesine dayanarak aldığı geri gönderme kararını yerine getirmediği için, Türkiye'nin Sözleşme'nin 34. maddesine aykırılık nedeniyle, yakınmacıların başvuru haklarını etkin biçimde kullanmalarını engellemekten sorumlu bulundu. (Mamatkulov ve Abdurasulovic/Türkiye, 2003)

**SÖZLEŞME'NİN 4. MADDESİNDEKİ  
KÖLELİK VE ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI  
NE ANLAMA GELİYOR?**

**23**

AİHS' de ekonomik içerikli konulara çok az yer verilmiştir. "Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı" başlıklı 4. madde de bunlardan birisidir. Böyle bir düzenlemeye gereksinim duyulmasının BM İnsan Hakları Bildirgesi'nin köle ticaretini yasaklayan 4. maddesinden geri kalmama dürtüsünden kaynaklandığı düşünülebilir. Özünde kölelerin, tutsakların çalıştırılmasına karşı çıkan bir yaşam ve üretim biçimi olan kapitalizm, üretimde özgür emek temeline dayanmaktadır. Yeniden toparlanıp örgütlenme sürecindeki Avrupa kapitalizminin de başka bir seçim yapma olanağı bulunmuyordu. Buna karşılık "yeni sömürgecilik" olarak nitelen ekonomik ve siyasal bağlantılar Sözleşme ile de güvence altına alındığından, kölelik yasağından söz edilmesi, tarihsel bir sürecin yinelenmesinden fazla bir önem taşımıyordu.

Sözleşme'nin 4. maddesiyle ilgili çok az sayıdaki başvuru Komisyon'un denetim süzgecinden geçerek Mahkeme'ye ulaşabilmiştir. Örneğin Komisyon, 1979 yılında "kulluk" kavramını "başkası için karşılıksız hizmet etme zorunluluğuna ek olarak, başkasının mülkü üzerinde yaşamak ve bu durumunu değiştirme olanağından yoksun bulunmak" biçiminde tanımlamıştır. Bu

## 23

tanım, Avrupa Aydınlanması öncesindeki toprak köleleriyle, serflerle örtüşmektedir. Uluslararası korumanın üst sınırını ortaçağ kölelik düzenine kadar gerilere çeken bir anlayışın, 20. yüzyıl insanına bir şeyler kazandıracığını düşünmek olanaksızdır. Uygulama da bu doğrultuda gelişmiştir. Komisyon'un kabul edilirlilik kararı üzerine Mahkeme, "özgürlüğün çok ağır bir biçimde ihlal edilmesi durumunda ..." kulluktan söz edilebileceğini belirtmiştir. (Van Droogenbroeck/Hollanda, 1982)

Komisyon, 25 yaşından önce bırakılmamak koşuluyla, 15 yaşında buldukları sırada anne ve babalarının onayı ile ordu hizmetine girenlerin durumunu, yaptıkları işin olağan askerlik hizmeti olması nedeniyle kulluk kapsamında değerlendirmemiştir. (WXY/İngiltere, 1968)

"Serseri" tanımıyla gözaltına alınıp çok düşük ücretlerle çalıştırıldıklarını ileri süren başvurucuların yakındıkları konuların, "... yüklenen çalışma ödevinin 4. maddenin 3/a bendi anlamında olağan çalışma sınırını aşmadığı, çalıştırılmalarının rehabilitasyon amaçlı olduğu, yasal dayanağı bulunan bu tür uygulamaların diğer AK üyesi ülkelerde de varlığını sürdürmesi nedeniyle Sözleşme'yle çelişmediği belirtildi". (De Vilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 1971)

AİHM'nin 4. maddeyi yorumlayan kararları, genellikle, avukat stajyerinin, yanında eğitim aldığı avukatın öğrenmek amacıyla ufak tefek işlerini yapması nedeniyle ücret almaya hak kazanmayacağı, cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlülerin iş öğrenmeleri, toplumsal iletişime alıştırmaları amacıyla düşük bir ücret karşılığında çalıştırılmaları, rehabilitasyon birimlerinde iş öğrenmek, meslek edinme için benzer koşullarda çalışmalar yürütülmesi, Sözleşme'nin 4. maddesine aykırı bulunmadı. Bu tür içerikleri sınırlı uyumsuzluklarda daha başka kararlar verilmesi düşünülemezdi. (Van Der Mussele/Belçika, 1983), (Van Droogenbroeck/Belçika, 1982)

Önemli olan, Mahkeme'ye daha gelişmiş ve anlamlı başvuruların ulaşamaması veya gönderilmemiş olmasıdır. Diğer konularda olduğu kadar, iş hukuku alanında da yararına inanılan bir kurum görünümü veremediği için, etkili bir çalışma süreci oluşturulamamıştır. Kanımızca, önce Komisyon'un, ardından Mahkeme'nin çalışma yaşamını ilgilendiren konulardaki istemsiz ve yaratıcılıktan yoksun tutumu, bu alandaki başvuruların azalmasına neden olmuştur. Başlangıçtan beri, görünen bir yarar sağlamamış olmakla birlikte, önemli bir ilkeyi vurgulaması açısından, 4. maddenin yine de, Sözleşme'deki yerini koruması gerekmektedir.

Özgürlük ve güvenlik sözcükleri, uyumlu ve çekici görünümüne karşın, özünde birbirleriyle çelişen anlamlar içermektedir. Özgürlük kavramı, sınır tanımama eğilimindedir. Oysa bireylerin ve toplumların güven arayışları, özgürlüklerin kısıtlanmasını zorunlu kılıyor. Hangi gerekçe ile olursa olsun, süngülerle, dikenli tellerle ya da çok renkli çiçeklerle oluşturulan engeller, özgürlüklerin bittiği sınırları gösterir. İşin içine kısıtlama girince, toplumsal yaşamın barış içinde sürdürülebilmesi için, bu çelişkiler yumağını çözecek olan geleneksel anahtar, adalet beklentisinde odaklanıyor.

Özgürlük, yaşamın kendisi kadar önemlidir. Bu nedenle ki, suç işleyen kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları, toplumsal dinginliğin sürdürülmesi için uygulanan en etkili yöntemdir. Ölüm cezasının kaldırılmasından sonra yaptırımların ağırlığı, artık özgürlük kısıtlamalarının süresi ve koşullarıyla ölçülüyor.

Özgürce yaşama istemi ile bireysel ve toplumsal güvenlik beklentilerini dengeleme çabası içindeki AİHM'nin 5. maddesinin 1. bendinin ilk tümcesi, "*Herkesin kişi özgürlüğüne ve*

*güvenliğine hakkı vardır.*" diyor. Burada sözü edilen "özgürlük", kişinin nesnel varlığına, davranış ve devinim olanaklarına el atılmaması anlamına geliyor.

Kişi özgürlüğünün korunması, başlıca iki nedenle, diğer haklara göre öncelik taşıyor. Yaşamsal etkinlikler, ancak özgürlük içinde uygulamaya konulabiliyor. Sözleşme'nin koruduğu haklara ulaşabilmesi için de kişinin özgür kalması gerekiyor. Örneğin anlatım ve örgütlenme özgürlüğü, özel yaşamın korunması, mülkiyet, eğitim, seçme ve seçilme hakları, iletişim ve dolaşım olanakları, özgürlük koşullarında gelişip çeşitlenebilmektedir.

İkinci neden, kişiyi özgürlüksüz bırakmanın içerdiği tehlikelerdir. İnsanlık, uygarlaşma doğrultusunda ne kadar yol alırsa alsın, en ileri ve sağlıklı koşullarda da olsa, kişinin dört duvar arasına kapatılması "zindan" ve "zindancılık" anlayışını da birlikte getirmektedir. Tutuklu ya da hükümlü, duygusal ve düşünsel varlığıyla dışlanmışlığın neden olduğu bir çöküş ortamına yuvarlanmaktadır. Kendi dışındaki etkenler daha da korku vericidir. Cezaevleri, tutuklu ve hükümlüler açısından her zaman güvenli ortamlar değildir. Öldürme, işkence, zorla çalıştırma gibi Sözleşme'nin yasakladığı saldırı ve uygulamalar karşısında korunmasız kalabilmektedirler. Bu nedenlerle her kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı, 5. maddeyle Sözleşme'nin güvencesi altına alınmıştır.

Kişi özgürlüğü, bireyler açısından koşulsuz bir haktır. Buna "özgürlük karinesi" de denilebilmektedir. Daha yalın bir anlamıyla, özgür kalabilmek için, insan olmak yeterlidir. Özgürlük, temel ilke olunca, kısıtlamalar istisna düzeyinde kalmaktadır. Ayrıkçı düzenlemelerin zorunlu kıldığı toplumsal nedenleri, kısıtlamaların yasal dayanaklarını, uygulamanın hukuka uygunluğunu izleyip kanıtlamak, devletlerin görevidir.

Sözleşme, özgürlük kavramını ayrıntılandırmamaktadır. Kişinin nesnel dokunulmazlığının sağlanması, bir yerlere kapatılmayarak dilediğince devinim olanaklarının korunması, genel olarak özgür kalması için yeterli bulunmaktadır. 5. maddede tanımı yapılmayan özgürlüğün içeriği, 1. bentte sıralanan yasal kısıtlamalarla belirlenmektedir. Güvenlik hakkı ise mutlaktır. Kamu yararı gibi toplumsal nedenlerle de olsa, kişi güvenliği daraltılıp kısıtlanamaz. *"Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. bendi, kişi özgürlüğünden söz ederken, kişinin nesnel özgürlüğünü vurgulamıştır. Bu kuralın amacı, hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamaktır ... Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığını belirlerken kalkış noktası, o kişinin içinde bulunduğu somut durumu olup, tartışma konusu önlemin türü, süresi, etkileri ve uygulanma biçimi gibi bütün etkenler göz önünde bulundurulmalıdır."* (Engel ve Diğerleri/Hollanda, 1976)

*"Mahkeme'ye göre, özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki ayrım, yalnızca bir derece ve yoğunluk farkı olup, nitelikte veya özde başkalaşma değildir... Özgürlükten yoksun bırakma, çeşitli biçimlerde görülebilir. Hukuksal uygulamalardaki gelişmeler nedeniyle çeşitlilikleri daha da artmıştır. Sözleşme, demokratik devletlerde benimsenen güncel kavramlar doğrultusunda yorumlanmalıdır."* (Guzzardi/İtalya, 1980)

Devletlerin, kişi özgürlüğü konusundaki ulusal ve uluslararası düzeydeki yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için, öncelikle yetki alanlarında olup bitenleri yakından izleyip doğru bilgilere ulaşmalarını sağlayacak kamusal yapıyı oluşturmaları gerekir. Böyle bir örgütlenme, hukuka aykırı gelişmelerden hemen bilgi edinip kısa süre önlem alabilme olanağını sağlayacağı gibi, soruşturmaların sağlıklı biçimde yürütülmesi için, olay kanıtlarının yitirilmesini de önler. Mahkeme'ye



göre "Bir kişi gözaltında tutulduğu halde bunun yetkililer tarafından kabul edilmemesi, Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerin tümüyle inkar edilmesi anlamına gelir. Bir kişi üzerinde yetkililerin kontrolünün bulunduğu ön kabulü, bu kişinin nerede olduğunun yetkililer tarafından açıklanmasını gerektirir. Sözleşme'nin 5. maddesi, gözaltına alınan bir kişinin kayıp edilme olasılığına karşı Devletçe korumasını ve gözaltına alındıktan sonra bir daha görülmediğine ilişkin bir sav karşısında hemen etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Mahkeme, bir ceza mahkumiyeti nedeniyle kişinin cezaevine kapatıldığı durumlarda, uygulamada bir sorun oluşmaması koşuluyla, ulusal yargı yerlerince kararlaştırılan yaptırımın haklılığını, 5. madde bağlamında araştırmamaktadır. Başvurucunun oğlu güvenlik güçleri tarafından köyde gözaltına alınmış, ancak gözaltına alındığına ve tutulduğuna ilişkin bir kayıt tutulmamıştır. Dahası, başvurucunun oğlunun nerede olduğuna ilişkin bilgi istemleri hakkında yeterli bir soruşturma yürütmemişlerdir. Yetkililer başvurucunun ifadesini almamışlardır. Bu koşullarda taraf devletin başvurucunun oğlunun nerede olduğunu açıklama sorumluluğunu yerine getirmediği kabul edilmelidir. Başvurucunun oğlunun Sözleşme'nin 5. maddesinin öngördüğü güvencelerden yararlandırılmadan gözaltında tutulduğu sonucuna varılabilir. Bu durumda kişi özgürlüğünün ağır surette ihlal edildiğine ..." karar verilmiştir. (Kurt/Türkiye, 1998)

Devletlerin, özgürlükten yoksun bırakma işlemlerini hukuksal temellere bağlamadıkları koşullarda, iç denetim tümüyle ortadan kalkmaktadır. Mahkeme'nin aynı kararında vurgulandığı gibi, "... Sözleşme'yi yazanlar, özgürlükten yoksun bırakma kararının bağımsız yargı denetiminde tutulmasını ve bu kararı veren organların sorumlu kılınması yoluyla keyfiliği en alt düzeye indirilmesini amaçlamışlardır ..."

Mahkeme'ye göre, suç işlediği konusunda geçerli kuşkular bulunan kişinin özgürlüğünün yargılama öncesinde kısıtlan-

## 24

ması için, hakkındaki kanıtların gücü önemli olmakla birlikte, alıkoyma durumunun sürdürülmesi açısından tek başına yeterli değildir. Ayrıca, kuşkulunun kaçma olasılığı, yargısal süreci etkileyebilme koşulları, suçu önleme gereksinimi ve kamu düzenini koruma amacı da göz önünde bulundurulur. (İ. A./Fransa, 1998).

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. bendinde özgürlükten yoksun bırakma yöntem ve nedenleri şöyle sıralanmaktadır:

*"a. Yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi;*

*b. Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;*

*c. Suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine 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 alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serse-  
rinin usulüne uygun olarak tutulması;*

*f. Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alınması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmemekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması."*

Bunlar, hukuka uygun olan özgürlükten yoksun bırakma nedenleridir. Ancak özgürlük kısıtlamasına ilişkin bütün uygulamalar, hem ulusal yasalara, hem de Sözleşme'ye uygunluk ölçütleri yönünden AİHM'nin denetimi altındadır. Mahkeme öncelikle, 1. bentte yer alan tüm olasılıkların ulusal yasalara dayandırılması ve yetkili organlarca karara bağlanması zorunluluğu nedeniyle, özgürlükten yoksun bırakma işlemlerini ulusal yasalar açısından değerlendirmektedir. İşlemlerde ulusal yasalara aykırılıklar saptandığı durumlarda, Sözleşme'nin de çiğnendiği yargısına varabilmektedir. Buna karşılık, ulusal yasalara uygunluk, her koşulda Sözleşme'ye de uygunluk anlamına gelmemektedir. Sözleşme hukukunun başlangıç yıllarında veya yeni katılımlarda ulusal yasalarda saptanan aykırılıklar, AİHM'nin kararları doğrultusunda olabildiğince yenilenecek ortak güvenceler düzeyine getirilmiştir. Uygulamalarda ise aynı ölçütlere ulaşamamıştır.

Mahkeme'nin kesinleşmiş yargı kararı uyarınca özgürlükten yoksun bırakma işlemlerini 5. madde içinde değerlendirmemesine karşın, soruşturma sürecinde gözaltına alma ve tutuklamalarda, haklı nedenlerin varlığı zorunlu görülmektedir. Mahkeme, bir ceza mahkumiyeti nedeniyle kişinin cezaevine kapatıldığı durumlarda, uygulamada bir sorun oluşmaması koşuluyla, ulusal yargı yerlerince kararlaştırılan yaptırımın haklılığını 5. madde bağlamında araştırmamaktadır. Bu konudaki yakınmalar, adil yargılanma neden ve yöntemlerini belirleyen 6. madde içinde tartışılacaktır. Ancak Sözleşme'ye taraf olmayan bir ülkenin yargı kararının uygulanması amacıyla-

la kendi ülke topraklarında bulunan bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması gerektiğinde, alikoymanın hukuka uygunluğunun saptanması açısından hukuksal sürecin bütün yönleriyle değerlendirilmesi zorunlu olmaktadır. Bu koşul, başka ülke yargı yerinin verdiği mahkumiyet kararının, ulusal ölçekte yetkili mahkeme tarafından verilip verilmediği, yargılama konusu eylemin olay tarihinde yasalara göre suç olup olmadığı, hapis cezasını gerektirip gerektirmediği konularının da yakalanmayı uygulayacak ülke organlarınınca araştırılmasını zorunlu kılmaktadır. (Perez/Fransa, 1995)

Gözaltı uygulamasının hukuka uygun bir süreç içinde gerçekleştirilmesi için, 5. maddenin 2. bendi uyarınca *"yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir."* Bu yükümlülük, öncelikle kişinin ne tür sorunlarla karşı karşıya bulunduğunu öğrenmesi, yakınlarıyla ve yardım alabileceği kişilerle iletişim kurması, savunma olanaklarına başvurması, itiraz yollarını araştırması gibi konuların ilk basamağını oluşturuyor. Benzer içerikte bir kuralın 6. maddede de yer alması, Sözleşme'nin, aralarında koşutluk oluşturduğu kişi güvenliğine ve adil yargılamaya verdiği önemi gösteriyor. Bildirimde, kişinin ilgilendirildiği suçun adının ve yasal tanımının yer alması, geçerli bir bildirim yapıldığı anlamında yorumlanmayabilir. Bildirimden amaç, kişinin aydınlatılmasıdır. Bu nedenle, maddede, *"anladığı bir dille"* denilmiştir. Bu sözcükler yalnız yabancılara değil, yurttaşlara yönelik bilgilendirmenin de yöntemini belirlemektedir. Kişiye iletilecek bilgiler, soruşturmanın güvenliğini ortadan kaldırmamakla birlikte, Sözleşme'nin öngördüğü gereksinimi karşılamaya yönelik olmalıdır.

Örneğin hırsızlıkla suçlanan kişiye, eylemin konusu, zamanı, yeri, bu kuşkuyu doğuran etkenler, özgürlük kısıtlamasının

## 25

yasal dayanakları ile birlikte açıklanmalıdır. Bu tür ayrıntılara yer vermeksizin yasa maddelerinin art arda sıralanmasıyla yetinen bildirimler, Sözleşme açısından yeterli bulunmamıştır. (Cf Raiselis/Litvanya, 1999)

Mahkeme, bildirim zamanı konusunda ise çok fazla aceleci görünmemekle birlikte, yakalanmanın üzerinden 24 saat geçtikten sonraki bildirimleri Sözleşme'yle uyumlu bulmamaktadır.

Güvenlik görevlilerinin kişiyi gözaltına almaları, her koşulda yargı denetimindeki geçici bir işlemdir. 5. maddenin (1)-c bendindeki *"kanunen yetkili makam önüne çıkarılmak için"* deyişi, bu bentte sözü edilen tüm gözaltına alma, yakalama uygulamalarını kapsar. Yakalanan kişinin *"... suç işlediğinden kuşku duyulması nedeniyle mi, suç işlemesini önlemek için mi, ya da suç işledikten sonra kaçmasını engellemek için mi yakalandığına bakılmaz. Doğru yorum, aynı maddenin 3. bendi ile birlikte yapılmalıdır. Amaç, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin derhal bir yargıç önüne çıkarılmasıdır."* (Lawles/İrlanda, 1961)

Aynı kararda maddenin doğru yorumlanmaması durumunda *"suç işleyeceğinden kuşkulanılan kişinin, yönetsel bir kararla sınırsız olarak özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği, Sözleşme'ye aykırı düşecek böylesi tutumların, siyasal iktidarların keyfi davranışlarına neden olabileceği ..."* özellikle belirtilmiştir.

Henüz bir yargı kararının bulunmadığı soruşturma evresinde Mahkeme, ilk yıllardaki kararlarında, gözaltı uygulamasının tutuklamayı gerektirecek ağırlıktaki kuşkuya dayanıp dayanmadığına bakılmayabileceği görüşündeydi. Bu yaklaşımın gerekçesi, *"gözaltına alma uygulamasının, 5 (1) c bendine göre kişiyi yalnızca yasa ile yetkilendirilen bir organ önüne çıkarılması amacıyla sınırlandırılmasıyla"* açıklanıyordu. (İrlanda/İngiltere, 1978)

Mahkeme, terör eylemleri nedeniyle gözaltına almalarda, "makul kuşku" yerine, daha gevşek nedenlere dayandırılan "dii-rüst kuşku" ölçeğini benimseye açık olduğunu kararlarında belirtmiştir. Güvenlik görevlilerince anlaşılabilir bir neden açıklanmaksızın gözaltına alınıp birkaç gün içinde sorgulandıktan sonra salıverilen kişilerin başvurusunda, bu konu tartışılmıştır "Sözleşme'nin 5 /1, c bendi, devletlerin polis birimlerinin örgütlü terörle savaşımında etkili önlemler almasını aşırı ölçüde güçleştirecek boyutlarda uygulanmamalıdır. Ancak Mahkeme, her olayda Sözleşme koşullarının yerine getirilip getirilmediğini denetlemek durumundadır. Hükümet, gözaltına alınan kişinin suç işleniş olabildiğinden kuşkulandığı konusunda en azından Mahkeme'yi inandıracak bilgi ve olayları gösterebilmelidir. Tüm başvurucuların yakalanmalarından sonra farklı terör eylemleri nedeniyle sorgulanmaları, gözaltına alan görevlilerin sanımi bir kuşku içinde bulduklarını doğrulamakla birlikte, yansız bir gözlemci açısından başvurucuların bu eylemleri işlemiş olup olmadıkları konusunda tutarlı bir kuşku yaratamaz. Değinen öğeler, benimsenebilir bir kuşkunun bulunduğu kanısını oluşturmak için yeterli değildir. Hükümet'in açıklama ve gerekçeleri, kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları için yeterli görülmemiştir." (Fox, Campbell ve Hartley/İngiltere, 1990)

5. maddenin 1. bendinin (c) fıkrasında, suç kovuşturması nedeniyle kişinin geçici olarak özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi için, birbirini bütünleyen bazı koşulların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Mahkeme, bu konulardaki kararlarına göre öncelikle, bir suçun varlığı gerekmektedir. Eğer ortada ulusal yasalara göre suç olarak tanımlanabilecek bir olay yoksa kişinin gözaltına alınması için bir neden de yok demektir. Örneğin, kamu fonlarının bir bölümünü geliştirmek olan ülkelere aktarmakla suçlanıp bu nedenle tutuklanan Bulgaristan Başbakanı'nın davasında, AİHM, "tartışmalı" olarak nitelemekle birlikte, ulusal yasalara göre böyle bir suç

## 25

olmaması nedeniyle, işlemin hukuksal temeli bulunmadığını saptamıştır. İkinci koşul, sanığın ilgilendirildiği suçu işlemiş olabileceği konusunda geçerli kuşkuların varlığıdır. Aynı olayda, başbakanın kendisine çıkar sağlamak gibi bir amacının olmaması nedeniyle, böyle bir olasılığın tartışılmasına bile gerek kalmamıştır. Bu bentte gözetilen önlem nedenlerinden birisi de, sanığın kaçma olasılığıdır. Başvuru konusu olayda, yukarıda değinilen koşulların gerçekleşmediği saptanmıştır (Lukanov/Bulgaristan, 1997)

Gözümlenene alma işleminin hukuka uygun bir süreçte gerçekleşmesi için, kişiye, kendisine yönelik uygulamaya karşı yetkili bir organa itiraz hakkının tanınması gerekir. Bu organ, yasal koşulları değerlendirerek, uygun gördüğünde tutukluluğu sonlandırmaya yetkili bulunmalıdır.

*"Başvuranlar, Cumhuriyet Savcısı'nın kendilerinin gözümlenene alınmalarına ilişkin kararı hakkında başvurulacak bir merci olmadığından yakınınışırlardır. Komisyon bu görüşleri kabul etmiştir. Hükmümler, Sözleşme'nin 5/4. maddesinin gerektirdiği yeniden gözden geçirmenin, yargılama aşamalarında başvuranların tutuklanmasına karar veren yargıç tarafından yapıldığını ileri sürmüştür.*

*Mahkeme'ye sunulan dosyada, tutuklanan kişinin serbest bırakılması ya da tutukluluğunun hukuka aykırılığına hükmetmesi için yargıca başvurduğunda, Anayasa'nın 19/8 maddesinden veya Sözleşme'nin 5/4. maddesinden uygun bir biçimde yararlandığını gösteren herhangi bir örnek yoktur. Mahkeme Türk hukukundaki bu sorunu sorgulamaya gerek duymamıştır. Fakat örneklerin yokluğu böylesine bir iç hukuk yolunun uygulamasının belirsizliğini göstermektedir. Başvuranlar, iç hukuktaki 5. madde ihlalleri için Türk hukukunda 5/5. madde bağlamında tazminat talep etmenin mümkün olmadığını ileri sürmüştür.*



*Sözleşme'nin 5/5. maddesi ile garanti altına alınan hakkın etkin kullanımı yeterli derecedeki kesinlikle güvence altına alınmamıştır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 5/4 ve 5/5 maddeleri ihlal edilmiştir.”*  
(Sakık ve Diğerleri/Türkiye, 1997)

**GÜVENLİK GÖREVLİLERİNCE  
GÖZALTINA ALINAN KİŞİ,  
KAÇ GÜN İÇİNDE VE HANGİ KOŞULLARDA  
YARGIÇ ÖNÜNE ÇIKARILMALIDIR?**

Bu soruyu yanıtlamak için, Sözleşme'nin 5. maddesinin yukarıda değinilen 1/c bendini, aynı maddenin aşağıya aktardığımız 3. bendi ile birlikte değerlendirmek uygun olacaktır:

*"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."*

5. maddenin 1. c bendi suç koşullarında ivedi gereksinimler bakımından gözaltına alma nedenlerini belirlerken, 3. bentte yakalanan kişiyle ilgili hukuksal süreç anlatılmaktadır. Bu anlatımın da açıkça vurguladığı gibi, kişi *"hemen bir yargıç veya yasa ile adli görev yapmaya yetkili kılınmış"* bir kurul önüne çıkarılmalıdır. Uygulamada büyük fırtınalar koparan tartışma, *"hemen"* sözcüğünün anlamından ve uygulanış biçiminden kaynaklanmaktadır. Düzenlemenin insan haklarına dönük amacı, kişiyi uzunca bir süre güvenlik görevlilerinin elinde bırakmamak ve olabildiğince hızlı bir biçimde yargıç önüne çıkarmaktır. Karşı görüştekilerin yaklaşımı ise, 12 Eylül

döneminde 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nda olduğu gibi üç aya ulaşan bir gözaltı süresini veya aynı dönemin ürünü olan 1982 Anayasası'nın 19. maddesindeki "yolda geçen süre hariç" 15 günlük gözaltı süresini yumuşatarak korumaktır. Böylesine bir dışlanma süreci, işkenceye ve her türlü baskıya açıktır. Kişi güvenliği açısından son derece sakıncalıdır. AİHM, "hemen" sözcüğünü yorumlarken, yargıç denetimi olmaksızın dört gün altı saat süren polis gözetiminde alıkoymanın, AİHM'nin 5/3. maddesinde öngörülen süreye ilişkin kesin kısıtlamayı aştığını kararlaştırmıştı. Mahkeme, Brogan ve Diğerleri davasında hakimden denetlemesi olmaksızın kişiyi dört gün altı saat süren polis gözetiminde alıkoymanın, toplumu bütün olarak terörizme karşı koruma amacını taşısa bile, AİHM'nin 5/3. maddesinde öngörülen süreye ilişkin kesin kısıtlamanın dışında kaldığı belirtilmişti. Mahkeme bu olayda "terör suçlarını işleme ve yasa dışı örgüte üye olma" kuşkuları nedeniyle sanıkların gözaltına alınmalarını 5. maddenin 1/c bendine aykırı bulmamakla birlikte, yargıç önüne çıkarılmamalarını Sözleşme'ye aykırı buldu. "Derhal sözcüğü her uyuşmazlığın özel niteliklerine ve olayı etkileyen bütün koşullara göre değerlendirilirken, devletin kişiyi derhal salıverme, veya yargısal bir organ önüne çıkarma yükümlülüğü ile çelişmeyecek ve hakkın özünü zedelemeyecek biçimde yorumlanması gerektiği ..." üzerinde durdu. "Gözaltında tutulan kişiye diğer güvencelerin sağlanmasına karşın, yargıç önüne çıkarılmadan 4 gün 6 saat özgürlüğünden yoksun bırakılması, 'derhal' sözcüğüne aykırı" bir uygulama olarak nitelendi. (Brogan ve Diğerleri/İngiltere, 1988)

AİHM daha başka kararlarında da, terör suçlarının soruşturmalarının, yetkili makamları özel bir takım sorunlarla karşı karşıya bıraktığını benimsemiştir. Ancak bu yaklaşım, soruşturma organlarının bir terör suçu işlendiği kuşkusuna düştükleri her olayda, ulusal mahkemelerin ve AİHS organla-

rının etkin denetimi olmaksızın kuşku duyulan kişileri yakalamak ve polis gözetiminde alıkoymak için 5. madde uyarınca koşulsuz ve denetimsiz bir yetkiye sahip oldukları anlamında yorumlanmamaktadır. (Murray/İngiltere, 1994)

AİHM, çeşitli ülkelerden gelen başvuruların değerlendirilmesi sonucunda ulaşılan Avrupa içtihadını, Türkiye kaynaklı başvurulara da uygulamaktadır. "Mahkeme, terörist güçlerle mücadele etmenin yetkililere özel sorunlar getireceğini birçok olayda zaten kabul etmiştir. Ancak bu, sınırsız yetkiye sahip soruşturma organlarının 5. maddeye göre sanıkları sorgulamak için ulusal mahkemelerin ve Sözleşme organlarının (konunun terörizm içerdiğini değerlendirse de) etkin denetiminden uzak olmaları anlamına gelmez.

*Mahkeme, başvuranlardan Sakık, Türk, Alınak ve Zana'nın gözaltı süresinin 12 gün, Dicle ve Doğan'ın ise 14 gün olduğunu tespit etmiştir.*

*Mahkeme Brogan davasında adli kontrol olmaksızın 4 gün 6 saat süren gözaltı süresini, toplumu bir bütün olarak terörizmden korumak amacıyla taşısa bile, Sözleşme'nin 5/3 maddesindeki kesin sınırların dışında kaldığına karar verdiğini anımsatmaktadır.*

*Başvuranların suçlandıkları eylemlerin terörizm tehlikesiyle bağlantılı olduğu savunulsa bile, Mahkeme, yine de onların adli kontrol olmaksızın 12 veya 14 gün gözaltında tutulmalarının gerekli olduğunu düşünmemektedir. Bu nedenle, 5/3. madde ihlal edilmiştir." (Sakık ve Diğerleri/Türkiye, 1997)*

Bu kararların da ortaya koyduğu gibi, diğer koşulların gerçekleştiği durumlarda gözaltına alınan kişilerin yargıç önüne çıkarılma sürelerinin 4 gün 6 saati geçmemesi, Avrupa ölçeğinde hukuksal bir zorunluluk oluşturmaktadır. Böyle

bir ilkenin benimsenmiş olması, soruşturma organlarının her olayda bu süreleri tam olarak tüketme yetkisine sahip oldukları anlamını taşımamaktadır. İşlemler ölçeğindeki değerlendirmeler, olayların özelliklerine göre yapılacaktır. Daha da önemlisi, ulusal yasalarda yakalanan kişilerin yargıç önüne çıkarılmaları konusunda daha kısa süreler belirlenmişse, "derhal" sözcüğü ulusal yasaların gereklerine göre yorumlanacaktır. Sözleşme'nin amacı, bireyleri ulusal yasaların sağladığı güvencelerden yoksun bırakmak değildir.

2001 yılında İstanbul'da C. Savcısı'nın izni ile AİHM'nin 5/3. maddesi uyarınca, bir yargıç veya yargılama yetkisini kullanmak için yasa ile yetkilendirilmiş bir diğer görevli önüne çıkarılmaksızın altı gün boyunca polis tarafından gözaltında tutulan sanık, bu uygulama nedeniyle AİHM'ye başvurmuştur. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurunu, söz konusu suçu işlediği yargısıyla suçlu bulmuş ve iki yıl altı ay hapse mahkum etmiştir. Karar daha sonra, 2004 yılında Yargıtay'ca da onanmıştır

Başvuranın eylemlerine katıldığı için suçlandığı örgüt (PKK), teröre ilişkin bir tehdit oluştursa bile AİHM, sanığın yargıç önüne çıkarılmaksızın altı gün boyunca gözaltında tutulmasını kişi özgürlüğüne aykırı bulduğu için, Sözleşme'nin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucunun, yerel hukukta polis gözetiminde alıkonulmasının yasaya aykırılığına itiraz etmesi için hiçbir iç hukuk yolu olmadığına ilişkin savları ise, CMUK'un 128. maddesi karşısında temelsiz bulunmuştur.

AİHM, sanığın tutuklandıktan sonra "özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu konusunda kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görmesi durumunda serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkı konusunda, söz konusu davaya ilişkin

26

benzer sorunların ortaya çıktığı birçok davada Hükümet'in bu yön-deki iddialarını reddetmiş olduğunu ve 5/4. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna vardığını ..." yinelemiştir. AİHM'ye göre, "... söz konusu davada yukarıda değinilen sonuçlardan farklı bir sonuca varmasına neden olacak özel bir durum bulunmamaktadır." (Fatma Tunç/Türkiye, 2005)

AİHM Türkiye'ye yönelik bir başka davada, teröre karşı toplumun geneline uyarınak amacını gütsse bile, yargıç karşısına çıkarılmaksızın dört gün altı saatlik bir gözaltı süresinin 5/3. maddede belirtilen asgari zaman sınırını aştığı yolundaki Brogan davasındaki görüşünü yineledikten sonra, başvurucunun 15 Haziran 1995 günü başlayan ve İstanbul DGM yargıcı tarafından dinlendiği 28 Haziran 1995'te sona eren gözaltı süresinin on üç gün sürdüğünü saptamıştır. Başvurucunun yaptığı ileri sürülen eylemler, her ne kadar bir terör tehdidi niteliği taşısa da, Mahkeme, yargıç karşısına çıkarılmaksızın 13 gün boyunca gözaltında tutulmasının gerekli olduğu düşüncesini kabul etmemektedir. (Cafer Cangöz/Türkiye, 2005)

Mahkeme, 1. bentteki "kanunen yetkili makam" deyimini ile, 3. bentteki 'yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli' deyimlerini eşanlamlı sözcükler olarak yorumlamıştır. Ancak bu yoruma karşın, sözcüklerden kaynaklanan kavram karmaşası nedeniyle, zaman zaman çelişkili kararlar da verilmiştir.

Mahkeme'ye göre her iki kurumun da yürütmeye ve uyuşmazlığın yanlarına karşı mutlak bağımsızlığının sağlanması zorunlu koşuldur. "Yargılama yetkisi", "yargıç" tanımına göre, daha göreceli bir tanım vermektedir. Örneğin, uyuşmazlığı kesin sonuca götürecek bir çözüm görevini içermeyen yargısal etkinlikleri kapsamaktadır. "Görevli" sözcüğünün içeriği, yargıcın yetkilerine yakın olmalıdır. Karşısına getirilen kişiyi dinleyecek, yararına ve zararına olan kanutlarla birlikte yan-

sızlık içinde olayı değerlendirecek ve gerekli gördüğünde salıverecektir. Bu ölçütler doğrultusunda İsviçre savcısının konumunu tartıştığı kararında Mahkeme, aşağıdaki saptamalarda bulunmuştur:

- Olayda savcı, “*soruşturma organı*” olarak görev yapmıştır. Kamu adına “*suçlayan*” konumunda değildir. Yansızlığını korumuştur.
- Bağımsızdır. Yürütme organının veya daha başkalarının güdümü, yönlendirmesi altında değildir.
- Yargılama yetkisine sahip olan savcı, kararını vermeden önce sanığı dinlemiş ve savunmalarını değerlendirmiştir.

Mahkeme bu saptamalardan yola çıkarak İsviçre savcısının, 5. madde anlamında “*yargılama yetkisine sahip bir görevli*” olduğunu kararlaştırmıştır. (Schiesser/İsviçre, 1979)

Yukarıya özet gerekçeleriyle aktardığımız değerlendirme-nin, çok uygun bir çözüm olmadığı kolaylıkla görülebilmektedir. Mahkeme'nin konuya yaklaşımı, savcılığın ceza yargılama sürecindeki konumuyla örtüşmüyordu. İster soruşturma yap-sın, isterse suçlamada bulunsun, ne denli bağımsız davranırsa davranırsın, savcılık, yargısal örgütlenmenin, öncelikle kamu yararını korumakla yükümlü bir kurumdur. Bu olay, Polonya'dan gelen bir başvuru nedeniyle, daha gerçekçi değerlendirmelerin konusu oldu. Polonya'da yasalar uyarınca bazı yargısal görevler savcılar eliyle yürütülüyordu. Hem soruşturma, hem de yargılama yetkileri bulunan savcılar, oluşturulan kişiler hakkında yakalama kararı verebildikleri gibi, aynı davanın sonraki aşamalarında yargıçlık bile yapabiliyorlardı. AİHM, aynı zamanda Adalet Bakanı da olan Başsavcı'ya bağlılıkları nedeniyle, sürekli yürütme organının denetiminde bulunan

## 26

savcıların kararıyla kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları durumlarda, yargıçların incelemesine sunulacak itirazların, ilk aşamada oluşabilecek Sözleşme'ye aykırılıkları gidermeye yeterli gelmeyeceğini belirtti. Yargısal denetim ancak mahkemeye başvurma aşamasında gerçekleşebildiği için, Polonya'daki uygulama, Sözleşme'yle bağdaşmaz bulundu. (Niedbala/Polonya, 2000)

5. maddenin kapsadığı güvenceler, gıyabi tutuklama olayları açısından da geçerlidir. Sanığın tutuklanmasına ilişkin kararın eskiliği, örneğin iki yıldan uzun bir süre önce ve yokluğunda verilmiş olması, geçerliği açısından bir sorun oluşturmamaktadır. Daha sonra yakalanan sanığın cezaevine gönderilmesinin üzerinden 15 gün geçtikten sonra yargıç önüne çıkarılması ise, "derhal" koşuluna uygun bulunmamıştır. (Mc Goff/İsveç, 1984)

Gözaltındaki sanığın sabah saat 9. 15'te yapılan duruşmada salıverilmesinin kararlaştırılmasına karşın, işlemin geciktirilmesi ve ancak ertesi gün bırakılması, doğal olarak 5. maddeye uygun düşmemektedir. Gecikmenin mahkeme kalemi, cezaevi veya polis arasındaki kopukluktan ileri gelmesi, devletin sorumluluğunun saptanması açısından önem taşımamaktadır. Başvurucunun gözaltına alınmasından sonra 4 Haziran 1998 günü saat 09.15'de yapılan duruşmada, mahkeme, sorgulanan sanığa para cezası vermiş ve serbest bırakılmasını kararlaştırmıştır. Sanık para cezasını aynı gün ödemiştir. Mahkeme de, kararını cezaevine iletmiş ve polisi bilgilendirmiştir. Ancak hemen salınmayan başvuru, ilerleyen günlerde ve belirsiz bir tarihte serbest bırakılmıştır.

*"... Dosyadaki kanıtlar mahkemenin serbest bırakmaya ilişkin kararının ilgili yerlere ne zaman iletildiğini ve başvuru tarafından ödenen para cezasının ne zaman yerine getirildiğini göstermenek-*



tedir. Bununla birlikte, işlemleri, mahkeme katibinin, mahkemenin açık olduğu saatler içinde ve aynı gün yazıp, uygulamanın da aynı gün yapılmak üzere gönderdiği görülmektedir. Hükümet bu yazının -faksla mı, iç ya da dış postayla mı-, nasıl iletildiğini belirtememiştir. Mahkeme, yapılan işlemlerin ayrıntılarının saat saat işlendiği bir listenin olmayışı ve atılan adımları göz önünde tutarak, başvuruçunun salıverilmesinin geciktirilmediği yönündeki Hükümet'in savunmasının kabul edilemeyeceğini belirtir. Özel olarak, Mahkeme, akşam ve 4 Haziran'ı 5'e bağlayan gece boyunca ilgili otoriteler tarafından gereken adımların atıldığını gösteren bir iz olmadığını saptamıştır. Postanın mahkemeden cezaevine gitmesi ya da cezaevi yetkililerinden bir kısmının çalışıyor olmamasından dolayı zamanın geçmesi, başvuruçunun gözaltı süresinin, serbest bırakılmasına kadar sürdüğünü göstermiştir. Bu durum, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1(c) alt paragrafına veya her hangi bir alt paragrafına uygun düşmemektedir. Dolayısıyla bu bağlamda Sözleşme'nin 5/1. maddesi ihlal edilmiştir." (Bojinov/Bulgaristan, 2004).

## SÖZLEŞME, CEZA MAHKEMELERİ'NDE YARGILANAN SANIKLARIN TUTUKLULUK SÜRELERİNİ SINIRLANDIRIYOR MU?

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. bendindeki kişi özgürlüğünü korumayı amaçlayan güvencelerden birisi de "... makul bir süre içinde yargılanma ve serbest bırakılma ..." hakkıdır. "Makul sürede yargılanma", adil yargılanma ölçütlerini belirleyen 6. maddede de yer almaktadır. Sözleşme'nin birbirini izleyen iki maddesinde aynı ilkenin yinelenmesi, tutukluluk ile yargılanma süresi arasındaki zorunlu bağlantıların bir sonucu olmaktadır. Koşulları oluştuğunda kişi nasıl tutuklanabiliyorsa, nedenler ortadan kalktığında veya sanık yararına yeni gerekçeler doğduğunda, kamusal organlar, ona özgürlüğünü geri verebilmelidirler.

Mahkeme'nin, her olaya uygulanabilecek bir süre ölçüğü bulunmuyor. Avrupa denetimi, genellikle ulusal organların tutuklama gerekçeleri üzerinde yoğunlaşıyor. Sanığın, yargılanma sonuçlanıncaya kadar suçsuz sayılacağı varsayımından yola çıkan Mahkeme, tutukluluğu gerekli kılan koşulların ortadan kalktığı anda, sanığın derhal salıverilmesi gerektiği görüşündedir. Mahkeme, uygun süreleri değerlendirirken, ilk tutuklama nedenlerinden başlayarak, salıverilme istemlerini, ulusal yargı yerlerinin bu istemleri reddeden kararlarını, gerekçeleriyle bir-

likte, ayrı ayrı incelemektedir. Bu denetim sırasında, "... sanığa atılı suçun niteliği, kanıtları karartma olasılığı, dosya içeriği, kanıt durumu ..." gibi ne anlama geldiği bile çözölemeyen alışıldık söylemler yerine, olayın koşullarıyla bağlantılı, açık, somut ve inandırıcı gerekçeler aramaktadır.

Tutukluluğun uygun süreleri aşığı gerekçesiyle yapılacak başvurularda, sanığın yargılanmakta olduğu asil davanın sonuçlanıp iç hukuk yollarının tüketilmesi de zorunlu bulunmuyor. Mahkeme, dava sonucunun beklenmesi durumunda aşırı uzayan tutukluluğa karşı 5/3. maddenin getirdiği güvencelerin etkisiz ve anlamsız kalacağı yolundaki yerleşik görüşünü, bu konudaki birçok kararında yinelemektedir.

AİHM'nin ilk yıllarında Avusturya'dan gelen başvurular üzerine verdiği üç karar, tutuklulukta uygun sürelerin, davaların özelliklerine göre belirlenmesine katkıda bulundu. Üç başvurunun da aynı hukuk yapılanmasının ürünü olmaları, olayların ve öngörölen çözümlerin karşılaştırılmalarını kolaylaştırdı. Birinci örnekte, uluslararası bir taşımacılık şirketinin sahibi olan ve haksız vergi iadesi aldığı için sahtekarlık suçundan yargılanan sanığın yaklaşık iki buçuk yıl süren tutukluluğu ve parasal güvence karşılığı salıverilme istemlerinin yerel mahkemece reddedilmesi nedeniyle yaptığı başvuruyu, AİHM, aşığıdaki gerekçelerle değerlendirdi:

*"Mahkeme, başvuruçunun tutukluluğunun devanı için gerekçe olarak gösterilen kaçma tehlikesinin olayda bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre kaçma olasılığı sadece, sanığın mahkumiyet halinde alabileceği cezanın ağırlığına dayanmaz; sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, aile bağları, kovuşturulduğu ülke bağlantıları gibi bu tehlikenin varlığını doğrulayan veya salıverilmesini gerektiren diğer etkenlere dayanır. Tutukluluk uzadıkça kaçma olasılığı azalır.*

*Mahkeme'ye göre başvuru, kendisini kaçma düşüncesinden alıkoyacak nedenleri göstermiştir. Duruşmada dinlenen soruşturma yargıcının başvuruçunun kaçacağına kişisel olarak inanmadığını söylemesi önemlidir. Bu koşullarda başvuruçunun kaçma olasılığı, kefaletle salıverilme talebinin reddedilmesini gerektirecek kadar büyük değildir. Mahkeme'ye göre, önerilen parasal güvence sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için konulmuştur. Duruşmaya gelmemesi halinde ödediği kefaleti kaybedeceğinden, bu miktarın sanığı kaçırmaktan caydıracak kadar olup olmadığını değerlendirmek için sanığın durumuna, malvarlığına ve bunu sağlayacak kişilerle olan ilişkisine bakılmalıdır. Olayda başvuruçunun önerdiği kefalet miktarı kendisinin duruşmaya gelmesini sağlayacak miktarda, iken yargısal organların bunu reddetmeleri yerinde değildir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, tutuklunun uygun sürede salıverilme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.” (Neumeister/ Avusturya, 1968)*

İkinci örnekte, Avusturya'da Maliye'de çalışan ticaret doktoru unvanlı üst düzey bir kamu görevlisi, bu işten ayrılarak serbest çalışma ortamına geçmiştir. Daha önce denetlediği bir kuruluşa danışman olmuştur. İş ortakları ile birlikte, iflas, dolandırıcılık suçlarını işledikleri savı ile soruşturma açılmış, tutuklanmalarına karar verilmiştir. Başvuruçunun çok önemli sağlık sorunları bulunmaktadır. Bir ayağı kalçasından kesilmiştir. Bir kulağı sağırdır. Kalp hastasıdır. Ayrıca % 80 oranında maluldür. Buna rağmen sanığın kaçması nedeniyle tutuklama kararının uygulanması gecikmiştir. 19 kişi hakkında yürütülen soruşturma dosyası 17.000 sayfaya ulaşmıştır.

25 ay 23 gün süren tutukluluğu nedeniyle, başvuruçunun konumunu örgütlü suç koşullarında değerlendiren Mahkeme, sanıkların dış bağlantılarını, ekonomik güçlerini, yeniden suç işleme olasılıklarını, 19 sanıklı soruşturmanın yarattığı sorunları, atılı suça yasa dışı öngörülen cezaları ve kamusal organların

tutumunu göz önünde bulundurduğu kararında şu gerekçelere dayandı:

*"Mahkeme, Avusturya mahkemelerinin tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarının gerekçelerini incelemiştir. Bu kararlarda kaçma tehlikesi ve suçta tekerrür tehlikesi gerekçe olarak gösterilmiştir. Mahkeme'ye göre ulusal mahkemeler, başvurunun gözaltına alınma zamanındaki şartlara, ülke dışına para transfer edilmiş olmasına, başvurunun yurtdışı gezilerine ve yurtdışı bağlantılarına bakarak kaçma tehlikesinin bulunduğunu saptamışlardır. Mahkeme'ye göre bu gerekçe yerindedir. Mahkeme, Avusturya hukukunda bulunan suçta tekerrür tehlikesi gerekçesiyle tutuklamanın, haklı dayanakları olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre ulusal yargıç, bu sebeple tutukluluğun devamına karar verirken, işlenmesi olası suçların ağırlığını gözetebilir. Suç oluşturan eylemlerin uzun süre devam etmiş olmasını, nağdurların büyük miktarda kayıplarının bulunmasını, suçlanan kişinin kurnazlığı gibi etkenleri de dikkate alabilir.*

*Mahkeme tutukluluk süresinin makul olup olmadığını inceleyen, ulusal düzeydeki yargısal organların tutuklu işe özen gösterip göstermediklerine de bakmıştır. Mahkeme'ye göre iki yıl kadar süren hazırlık soruşturmasının uzunluğu soruşturmanın yavaşlığına değil, olayın olağanüstü karmaşıklığına bağlanabilir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, yetkili kurumların bazı isnatları başvurunun davasından ayırmaları ve bir savcıyı yalnızca bu olayı çözmekle görevlendirmeleri, yargılamanın uzamaması için gösterdikleri özeni ortaya koymaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme bu olayda, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır."* (Matznetter/Avusturya, 1969)

Mahkeme, tutukluluğu bir ceza uygulaması biçiminde yorumlamamak konusundaki kararlılığını ilk yıllardan itibaren ortaya koymuştur. Yargılandığı dava sonucunda dört yıl altı

ay ağır hapis cezası alan kişinin, iki yıl yedi ay tutuklu kalması nedeniyle yaptığı başvuru sonucunda Mahkeme, aşağıdaki kararı vermiştir:

*“Mahkeme’ye göre, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin tutuklanmasına veya tutukluluğunun devamına karar verilirken, suçta tekerrür tehlikesi Avusturya hukukunda haklı neden oluşturmakta ve başvuru hakkındaki kararlarda da bu gerekçe öne çıkmaktadır. Ancak başvuru ilkinin ilk tutukluluktan salıverildikten sonra benzer suçları işlediği yolunda ihbarlar bulunmasına karşın, savcılık bunlardan yalnız ikisini kovuşturma konusu yapmıştır. Suçta tekerrür tehlikesiyle tutukluluğun devamına karar verilirken başvuru ilkinin alıştığı yaşam tarzını devam ettirebilmek için yeterli mali imkana sahip olmadığı ve yeniden suç işleyebileceği belirtildiği halde, başvuru ilkinin pilot olabilmek için faizcilik işini bıraktığından suçta tekerrür olasılığı da kalmamıştır. Bu nedenlerle olayda suçta tekerrür tehlikesi bulunduğu söylenemez. Öte yandan başlangıçta başvuru ilkinin ağır ceza alabilecek durumda olması, pilotluk lisansı bulunması ve babasının uçaklara sahip olması kaçma tehlikesinin varlığına kanıt olarak gösterilmişti. Ne var ki Mahkeme’ye göre sanığın kaçma tehlikesi, sınırı geçmesinin mümkün ve kolay olmasıyla açıklanamaz. Tutuklunun kalmaktansa, kaçması durumunda doğacak sonuçların kendisine daha az zarar verebileceğini düşünmek için haklı nedenler bulunmalıdır. Özellikle ağır bir ceza alma riski, sanığın tutukluluğa gösterdiği uyumsuzluk, ülke içinde kurulmuş bağlantılarının bulunmaması gibi bir dizi koşul var olmalıdır. Olayda başvuru ilkinin, ilk salıverilmesinden sonra birçok kez yurtdışına çıkmış ve sonra geri dönmüştür. Başvuru ilkinin kefalet vermeyi de önerdiği ikinci salıverilme isteminin kabul edilmesi gerekirken, reddedilmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, tutuklunun uygun sürede salıverilme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.” (Stögmüller/Avusturya, 1969)*

1969 yılında hasta ve %80 oranında sakat olan Matznetter'in iki buçuk yıllık tutukluluğunun uygun süreleri aşmadığı görüşünde olan Mahkeme, bir gözü çok az görebilen, diğer gözü tümünden kör olan sarhoş bir kişinin, kendisine gönderilen paketlerin açılarak içlerinin boşaltıldığı yakınmaları için gittiği posta merkezinde olay çıkarması üzerine çağrılan polis, saldırıyı ayıltma merkezine kapatmasını, Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında tartışmıştır. Olayın, 5. maddenin 1(e) bendindeki "alkoliklerin ahkonulması" uygulaması içinde düşünülebileceğine de değinen kararda, "... kişinin kendisi ve kanunu için bir tehdit oluşturulması, kör olması, hukuksal temelde belirsizlikler bulunması gibi nedenlerle alkoyma yetkisinin kullanılması" gereksiz ve abartılı bulunmuştur. Madde bağımlısı (alkolik) kişiye suç sanığı gibi yaklaşmak yerine, bir sağlık kuruluşuna veya evine gönderilmesinin daha insancıl ve uygun yöntemler olacağı belirtilmiştir. (Jecius/Litvanya, 2000)

Ulusal mahkemelerin kendi işleyişlerindeki yanlışları benimsedikleri koşullarda, AİHM de, gerekçelerini bu değerlendirmelere dayandırmaktadır. Yargılandığı davada beş yıl yedi ay tutuklu kaldıktan sonra aklanan başvurucunun tutukluluğunun uygun süreleri aştığı savları aşağıdaki tümcelerle değerlendirildi:

"Mahkeme, tutuklu sanığın davasının ivedilikle incelenmesini isteme hakkının, mahkemelerin görevlerini gerekli özenle yerine getirme çabalarını aşırı derecede engellememesi gerektiğini takdir etmektedir. Bununla birlikte deliller, Fransız mahkemelerinin bu davada gerekli çabuklukla hareket etmediklerini göstermektedir. Dahası Temyiz Mahkemesi Başsavcısı'nın Tazminat Dairesi'ne verdiği 5 Haziran 1991 tarihli mütalaasında, bu gecikme kabul edilmiş; özellikle Kasım 1983'ten Ocak 1985'e ve Mayıs 1986'dan Nisan 1988'e kadar olan 'çeşitli ertelemeler olmasaydı' soruşturma 'önemli ölçüde

*kısaltılmış olurdu' denilmiştir. Buna göre itiraz konusu tutukluluk süresi esas olarak davanın karmaşıklığına veya başvuruçunun tutumuna bağlanamaz." (Tomasi/Fransa, 1992).*

Türkiye'nin bireysel başvuru yolunu açmasından sonra AİHM'ye gönderilen ilk davalarda da, uygun süreleri aşan yargılama ve tutukluluk uygulamaları tartışılmıştır. Ulusal mahkemelerin tutukluluğu sürdürme gerekçelerinin AİHM'ce nasıl değerlendirildiğini belgelemek açısından iki örnek vermekle yetiniyoruz.

*"Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası göz önünde tutulduğunda, olayda tutukluluk durumunun başlangıç tarihi, Türkiye'nin 22 Ocak 1990 tarihinde Mahkeme'nin yetkisini kabul ettiği tarihtir. Son erme tarihi ise, başvuru sahiplerinin salıverilme tarihidir. Burada 3 ay ve 13 günlük bir süre söz konusudur. Ancak Mahkeme, sanıkların özgürlüklerinin kısıtlandığı bütün tutukluluk süresini göz önünde tutmuş ve bu sürenin de 2 yıl ve 2 ay olduğunu saptamıştır.*

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, tutuklama ve tutukluluk durumunun devamı hakkında karar verirken, 'delilleri karartma tehlikesi' gerekçesini öne sürmüştür. Mahkeme'ye göre ise, inceleme konusu olan olayda, başvuruçuların Türkiye'ye kendiliklerinden ve Türkiye Birleşik Komünist Partisi'ni kurmak amacıyla döndükleri, ayrıca bu amaçla ülkelerine dönen kişilerin bu davranışlarından dolayı haklarında dava açılacağını bilebilecek durumda oldukları göz önünde tutulmalıdır. Devlet Güvenlik Mahkemesi tutuklamaya veya tutukluluk durumunun devamına karar verirken, delilleri karartma tehlikesinin hangi olaydan kaynaklandığını belirtmemiştir. Kararda kullanılan 'delillerin durumu' kavramı, suçluluk konusundaki kuvvetli kuşkunun devam ettiği olarak anlaşılrsa bile, tek başına tutukluluğun devamı için bir gerekçe sayılmamıştır.



*Mahkeme, haklı gerekçelere dayanmadığı halde tutukluluk süresini uzatmanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir."* (Sargın, Yağcı/Türkiye, 1995).

Aynı suç nedeniyle, aynı günlerde Edirne 1 ve 2. Ağır Ceza Mahkemeleri'nde yargılanan Saidi Mansur'un davasında, iki mahkemenin bu konuda birbirleriyle iletişimleri de bulunmuyordu. Sanığın mahkum olduğu dava nedeniyle, AİHM'ce değerlendirme konusu yapılan tutukluluğu, 5 yıl 3 ay idi. Mahkeme, Mansur'un başvurusunu aşağıdaki tümcelele değerlendirdi:

*"Bir sanığın, yargılama sırasındaki tutukluluk durumunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk aşamada ulusal yargı organlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı makamları, masumiyet karinesine gereği gibi saygı göstererek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan gerçek bir kamu yararı varlığı açısından lehinde ve aleyhinde ileri sürülen bütün olayları incelemek ve salıverilme taleplerine ilişkin kararlarında bu olayları belirtmek zorundadırlar. AİHM'den esas itibarıyla, bu kararlarda açıklanan gerekçelere ve ilgili kişinin taleplerinde dile getirdiği olgulara dayanarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edilmediğine" karar vermesi istenmiştir.*

Tutulan kişinin, bir suç işlemiş olduğuna ilişkin duyulan makul kuşku sürmesi, o kişinin tutukluluğunun devamının geçerliliği açısından olmazsa 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, yetkili ulusal makamların yargılamanın yürütülmesi sırasında gerekli özeni gösterip göstermediklerini saptar.

Mahkeme'nin zaman bakımından yetki alanına giren dönem içinde, Edirne Birinci Ağır Ceza Mahkemesi kendiliğinden başvurusunun tutukluluk halinin devamı sorununu dokuz kez incelemiştir.

Birinci Ağır Ceza Mahkemesi Mansur'un tahliye taleplerini reddederken sanığa isnad edilen "suçun niteliği" ve "delillerin durumuna" dayanmış ve üç kararında da hiç bir gerekçe göstermemiştir.

Hükümet, sanığın çarptırılabilceği cezanın ağırlığı hususuna ve kaçma tehlikesi ile delillerin karartılması ve yok edilmesi tehlikelerine dikkat çekmiştir. Hükümet, Türkiye'de belli bir ikametgahı bulunmayan başvurusunun saliverilmesi halinde, yargısal makamların celplerine sanığın icabet etmeyebileceğini veya henüz süresi belirsiz olan bir cezanın infazından kurtulabileceğini ileri sürmüştür.

Başvurucu, söz konusu kararların yinelenmesinden yakınmış ve sürekli Türkiye'de yaşadığını, İstanbul'da Kapalıçarşı'da ticaret yaptığını belirtmiştir. Dolayısıyla yetkili yargısal makamlar, kendisinin durumuna ilişkin mevcut olayları dikkate almayı ihmal etmişlerdir.

Mahkeme, "kaçma tehlikesinin, sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilemeyeceği" ne işaret eder. Kaçma tehlikesinin bir dizi başka unsurlara dayanılarak değerlendirilmesi gerekir. Bu unsurlar, kaçma tehlikesinin varlığını ya doğrularlar ya da tutukluluğun sürdürülmesini haklı kılacak kadar ağır görülmezler.

Bu olayda Birinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlarında, matbu değilse bile aşağı yukarı hep aynı ifadeler kullanılmış ve üç kez de hiç bir gerekçe gösterilmemiştir.

“Eldaki delillerin durumu” ifadesi, suçluluğa ilişkin ciddi belirtilerin var olduğu ve devam ettiği şeklinde anlaşılabilir. Genel olarak, bu tür belirtilerin varlığı kayda değer unsurlar olarak kabul edilebilirse de, bu davada, şikayete konu olan tutukluluğun devamını haklı göstermeye tek başlarına yeterli değildir.

Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, söz konusu süre içinde başvurunun devam eden tutukluluğunun, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmaktadır. (Mansur/Türkiye, 1995)

Yukarıdaki kararın gerekçesi, AİHM'nin kuruluşundan günümüze kadar bu konu ile ilgili kararlarının bir bileşkesi görünümündedir. Ulusal yargı yerleri, sanıkların salıverilme istemlerini reddederlerken, yalnız kendi anlayışlarına göre değil, AİHM'nin ölçütlerine göre de çok haklı gerekçelere dayanmak durumundadırlar. Özellikle bir yılı aşan tutukluluk durumlarının sürdürülmesi, Mahkeme'nin daha ayrıntılı denetimine neden olabilmektedir.

## HAKSIZ TUTUKLAMA TAZMİNATI HANGİ KOŞULLARDA GÜNDEME GELMEKTEDİR?

Sözleşme'nin 5. maddesinin 5. bendine göre;

*"Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."*

5. Maddenin ilk 4 bendinde sayılan güvencelere aykırı neden ve uygulamalarla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, 5. bende göre tazminat isteme hakları doğmaktadır. Giderim sürecinin nasıl işleyeceğini, üye devletler kendi yargısal yapılanmalarına göre belirlemekte serbesttirler. Ancak seçilen yol, Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma güvenceleri ile örtüşen, 13. maddeye göre etkili başvuru hakkını koruyan ve son kararı mahkemelere bırakan bir işleyiş içinde olabilmelidir. Haksız tutuklama ve gözaltı tazminatı, hukuksal niteliği bakımından 6. maddede tanımlanan medeni haklarla ilgili bir uyumsuzluktur. *"Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, 'medeni haklar ve yükümlülükler' kavramı yalnız davalı devletin iç hukukundaki tanımlara göre belirlenmez. Bu kavram, Sözleşme'nin 6/1 maddesi kapsamında otonom bir biçimde değerlendirilmelidir."* (Mehmet Göç/Türkiye, 2002)

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerle ilgili ulusal sürecin 5. maddeye aykırılığının saptanması, devletleri doğrudan giderim ödemek yükümlülüğü altında bırakmamaktadır. Mahkeme, bu işlemler nedeniyle kişinin maddi ya da manevi zararı olmaması durumunda, tazminatın da gerekmeyeceği görüşündedir. (Wassink/Hollanda)

AİHM, nesnel bir zarara uğratıldığını ileri süren kişilerin, giderim alabilmek için bu zararlarını somut biçimde kanıtlamalarını zorunlu görmektedir. Manevi tazminat için ise, özellikle haksız gözaltı veya haksız tutuklama gibi somut uygulamalardan yakınan kişinin zarara uğradığını bildirmesi yeterli görülmesi, genel ölçütler doğrultusunda yargı yerlerince uygun giderimler kararlaştırılmalıdır.

Mahkeme, iç hukuk yollarını izleyerek tazminat alınma olanağının var olduğu koşullarda, Sözleşme'nin 5. maddesine aykırılık savı ile AİHM'ye gidilemeyeceği yolundaki savunmaları benimsememektedir. *"Başvurucular, tutukluluklarının uygun süreyi aşmış olmasından yakınmaktadırlar. Her ne kadar 466 sayılı Yasa benzer durumlardan doğan zararların giderilmesini anaçlamaktaysa da, söz konusu olayda bu Yasa'nın bir yararı olmamıştır. Çünkü, uygun sürede yargılanma hakkı ile buna aykırılıktan kaynaklanan zararların giderilmesi, ayrı konulardır. 5. maddenin 3. bendi ilk konuyu kapsamaktayken, 5. maddenin 5. bendi ikinci konuyu ele almaktadır. Sonuç olarak bu itiraz yerinde bulunmamıştır."* (Sargın, Yağcı/Türkiye, 1995)

Ulusal hukuka aykırılık ya da kişide yanılma gibi sınırlı koşullarda tazminat ödenmesinin söz konusu olması, olayın, Sözleşme koşulları içinde de değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ulusal yasada, Sözleşme'nin 5/4. maddesinde öngörüldüğü biçimde, gözaltına alınan kişiye, bir mahkemeye itiraz etme ve salıverilme istemleriyle başvurma olanağının

tanınmaması, tazminatı gerektiren bir hukuksal eksiklik olarak nitelenmiştir. (Rehbock/Slovenya, 2000)

AİHM kararlarında, dava sonucunda haklı çıkan başvuru-  
rucuya Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca "hakkaniyete uygun  
biçimde tatmin ..." amacıyla öngörülen tazminatı, 5/5. maddede-  
ki tazminatla karıştırmamak gerekmektedir. Her iki ödemenin  
hukuksal dayanakları ve nitelikleri birbirinden farklıdır. 41.  
madde, Mahkeme'ce Sözleşme ihlaline karar verildiği durum-  
larda gündeme gelebilmektedir. Bir olayda, örneğin haksız tu-  
tuklamada, Sözleşme'nin çiğnendiğine karar verdikten sonra  
AİHM'nin başvurucuyu ulusal yargı yerlerinde dava açmaya  
yönlendirmesi son derece anlamsız bir işlem olurdu. "Sözleş-  
me'nin 41. maddesi, özellikle bir ihlalin sonuçlarının iç hukukta ta-  
nınamamalarıyla ilgili olarak, ancak ihlalin sonuçlarının tümüyle ortadan  
kaldırılması gereken durumlar için öngörülmüştür. Mahkeme'ye adil  
bir giderimi karara bağlama yetkisi veren 41. madde, mağduriyetin  
niteliği gereği eski hale dönüş olanağının ortadan kalktığı durumlarda  
da kapsar. Aslında sağduyu, başvurucuların Belçika mahkemelerinde  
dava açabilecek olmaları nedeniyle, AİHM'nin tazminat istenini  
yersiz bularak reddetmesini gerektirmemektedir." (De Wilde, Ooms  
ve Versyp/Belçika, 1972)

Ulusal hukuk kurallarının, gerek süre, gerekse yöntem  
bakımından Sözleşme'yle bağdaşmayan gözaltı ve tutuklama-  
lara elverişli olduğu durumlarda, bu nedenlerle oluşabilecek  
zararların iç hukuk yolları izlenerek giderilmesi olanaksız  
olmaktadır. Mahkeme, Anayasa'nın 19. maddesinin yargıç  
önüne çıkarılmadan on beş güne kadar gözaltına olanak ta-  
nıdığı 1995 yılında, İstanbul'da on beş gün gözaltında tutulan  
kişinin başvurusunda bu koşulların hukuksal sonuçlarını  
değerlendirdi:

*“Başvurucu, AİHM’nin 5/5. maddesine dayanarak, aynı maddenin ihlal edilmiş olmasından ileri gelen zararlarını ulusal hukuka göre talep etme hakkı olmadığından yakınmıştır.*

*Hükümet, kanuna aykırı olarak gözaltına alma durumlarında, tazminat talebinin, bu konudaki 466 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Asliye Mahkemesi’nin son kararını izleyen üç ay içerisinde istenebileceğini belirtmiştir.*

*AİHM, 466 sayılı Yasa’ya dayandırılan bir tazminat isteminin, yasaya uygun olmayan koşullarda özgürlükten yoksun bırakılmaktan doğan sıkıntılar için geçerli olduğunu belirtmektedir. Başvuranın polis gözetiminde tutulmasının, yerel hukuka uygun olduğu gözlenmektedir. Sonuç olarak, 466 sayılı Yasa hükümleri uyarınca başvuranın tazminat isteme hakkı bulunmamaktadır Bu nedenle AİHM, Sözleşme’nin 5/5. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.”*  
(Cafer Cangöz/Türkiye, 2005)

**AIHM'İN GÖZALTINA ALMA VE TUTUKLAMA  
KONULARINDAKİ DÜZENLEMELERİ  
ASKERİ MAHKEMELER VE ASKER KİŞİLER  
HAKKINDA DA UYGULANABİLİR Mİ?**

Sözleşme'nin öngördüğü güvencelerin, "herkes"e uygulanacağı, 1 ve 14. maddelerde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, askerlik görevinden kaynaklanan çalışma yükümlülüğünün, 4. maddedeki "zorla çalıştırma yasağı"nın kapsamı dışında bırakılması, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddeye, devletlerin asker kişilerle ilgili özel sınırlamalar getirebileceğine ilişkin ayrıkısı kural konulması, bunların dışında kalan Sözleşme'nin koruduğu tüm hakların, askerler için de geçerli olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak Mahkeme, askerlik görevleriyle ilgili uygulamalardan yakınların sorunlarını değerlendirirken, konunun askeri boyutunu da göz önünde bulundurmaktadır:

*Mahkeme'ye göre, "... askeri disiplin düzeni, doğası gereği sivil kişilerin hak ve özgürlüklerine getirilemeyecek sınırlamaların silahlı kuvvetler mensuplarına konulmasına olanak tanır. Askeri disiplin yönteminin varlığı, salt bu nedenle, Sözleşme'ye aykırı düşmez. Bununla birlikte askeri disiplin Sözleşme'nin 5/1. maddesinin kapsamı dışında değildir. Sözleşme'nin 5/1 maddesi, 1 ve 14. maddelerle birlikte değerlendirilmelidir. Sözleşme'nin 5/1. maddesinde özgürlükten yoksun bırakma koşulları sınırlandırılmıştır. 1. bentte*



geçen, 'aşağıdaki haller hariç' deyimi, özgürlükten yoksun bırakma nedenlerinin belli durumlarla sınırlandırıldığını göstermektedir. Bu nedenle bir disiplin yaptırımı ve önemi, sonuç olarak Sözleşme'nin 5/1. maddesine aykırı düşebilir." (Engel ve Diğerleri/Hollanda, 1976)

Asker kişinin Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında özgürlüklerinden yoksun bırakılıp bırakılmadığı konusu, askerlik hizmetlerinin gereklerine göre değerlendirilmektedir. "Her devlet kendi askeri disiplin düzenini saptamakta yetkili olup, bu konularda belirli bir takdir yetkisine de sahiptir. Sözleşme'nin 5. maddesinin aşılmasını istediği sınırlar, askerler ve siviller için aynı değildir. Sivillere uygulandığında özgürlükten yoksun kılma sayılabilecek bir disiplin yaptırımı veya önemi, askerler açısından böyle yorumlanamayabilecektir. Bununla birlikte, bu tür önlem ve yaptırımlar silahlı kuvvetler görevlilerini olağan yaşam koşullarından açıkça koparan kısıtlamalara dönüşünce, Sözleşme'nin 5. maddesinin denetimi gündeme gelebilecektir." (Aynı karar)

AİHM, orduların alt üst ilişkileri ve bu doğrultudaki yapılanmaları nedeniyle asker kişilere eşit olmayan önlemler uygulanmasının, Sözleşme'yle bağdaşmaz olmadığı görüşündedir. Asker kişilerin farklı rütbeleri, bu konularıyla doğrudan bağlantılı olan görevleri nedeniyle, önlem ve yaptırımlarda da askerlik hizmetinin gereklerinden kaynaklanan bazı farklar, olağan karşılanabilecektir.

Gözetim altına alma veya tutuklama durumlarında askeri savcı veya disiplin subayı Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. bendi anlamında "yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli ..." anlamında kabul edilmemektedirler. Ulusal hukuka göre asker sanıkların tutukluluk durumlarını sonlandırma yetkisi olmayan askeri savcılar, yargı yetkisinden söz edilememesi doğaldır. Bu açıdan, tutukluluk durumunun aske-

ri savcı eliyle değerlendirilmesi, bir yargıcın veya mahkemenin incelemesi anlamına gelmemektedir. “Bireyin özgürlüğü üzerinde karar vermeye yetkili bir yargısal organın, demokratik bir toplumda kamuya vermesi zorunlu olan güven düşünülduğünde, bu organın hangisi olduğunun bilinebilmesi için, yasada yer alan biçimsel ve görülebilir nitelikteki koşullar ayrı bir önem taşır. Askeri savcılara ve olayın kendisine verildiği adli subaya, Askerlik Yasası’nı bu yönde yorumlamaları için gönderilmiş resmi bir istem ve görevlendirme bile yokken, hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan ve her zaman geri alınabilecek bir iç uygulama, yasal yargısal yetki anlamında yorumlanamaz.” (De Jong, Balyet ve Van Den Brink/Hollanda, 1984)

“Vicdani retçi oldukları için gözaltına alınan asker kişilerin 11-12 gün gibi uzun bir süre yargıç önüne çıkarılmamaları, daha sonra askeri savcının kararı ile bu sürenin uzatılması, Sözleşme’nin 5/3. maddesine aykırı bulunmuştur.” (Duihof ve Duijt/Hollanda, 1984)

AİHM, tutuklamayı gerektiren yasal nedenler açısından Sözleşme’nin 5. maddesindeki koşullara, askeri yargı yerlerinin de uyması gerektiği görüşündedir. Gözaltına alınan asker kişilerin yargıç önüne çıkarılmalarının 5 gün geciktirilmesinin askeri manevralardan ileri geldiğine ilişkin sorumlu devletin savunması, Mahkeme’ce inandırıcı bulunmamıştır. Belli aralıklarla uygulanan ve çalışma takvimi önceden belirlenen genel eğitim etkinlikleri, beklenmedik bir olay biçiminde ileri sürülemez. Kaldı ki bu gibi ivedilik gerektiren koşullarda, askeri mahkemeler, cumartesi ve Pazar günleri de çalışmalarını sürdürebilirler. Bu gerekçelerle Mahkeme, Sözleşme’nin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. (Koster/Hollanda, 1993)

Kendilerini Yehova Şahidi olarak niteleyen başvuruçular askerlik görevlerine başlamaları için gönderilen çağrıya karşın,

birliklerine katılmayı ve asker giysisi giymeyi reddettikleri için, itaatsizlik gerekçesiyle yargılanmışlardır. Başvurucular, askeri mahkemedeki yargılama boyunca, kendilerinin din adamı olduklarını, askerlik görevi kapsamının dışında bırakıldıklarını savunmuşlardır. Ancak Askeri Mahkeme'ce suçlu bulunan başvurucular, kesinleşen hapis cezalarını çekmek üzere cezaevine gönderilmişlerdir.

Kesinleşen ceza nedeniyle özgürlükten yoksun bırakma olgusunu değerlendiren AİHM, ulusal yargı yerleri arasındaki konuyla ilgili farklı yaklaşımları değerlendirdi. Yüksek İdare Mahkemesi'nin, Yehova şahidi inancındakileri askerlik yükümlülüğünden bağışık tutmasına karşın, Askeri Mahkeme'nin bu içtihadı bilinçli olarak görmezden geldiğini vurguladı. Bu koşullar altında gerçekleştirilen yargılama sonucunda başvurucuların özgürlüklerini yitirmelerine neden olan soruşturma ve mahkumiyet, 5. maddenin 1. bendi kapsamında hukuka aykırı ve keyfi bir işlem olarak nitelendirildi. (Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan, 1997)

AİHM, kışla içinde göz hapsi gibi genel anlamda özgürlük kısıtlaması saymadığı disiplin yaptırımlarını Sözleşme'nin dışında nitelediği gibi, askerlik görevinin özelliklerinden kaynaklanan özel ve ayrıcalıklı uygulamaları anlayışla karşılamaktadır. Buna karşılık özgürlük kısıtlamalarını gerek nedenleri, gerekse yöntemleri açısından asker-sivil ayrımı gözetmeden birlikte değerlendirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan adil yargılanma güvenceleri, Avrupa Konseyi üyesi kırk beş ülkenin yargısal yapılanmalarını ince ipliklerle örülmüş bir ağ gibi sarmaktadır. Her devletin tarihsel gelişiminden kaynaklanan kendine özgü yargı yerleri, doğruluğunu ya da yanlışlığını tartışamayacak kadar alışkanlık içinde uyguladıkları yargılama yöntemleri bulunmaktadır. Avrupa'da, hukuk kurallarını, kurumlarıyla birlikte tümünden yenileyen Türkiye'den başka bir ülke yoktur. Kökeni orta çağa kadar gidebilen kraliyet karar-namelerinin, imparatorluk fermanlarının, yazılı kaynağı bile bulunmayan sözlü yasaların, en ileri güncel düzenlemelerle birlikte uygulandığı bir antikacı dükkanı gibidir Avrupa huku-ku. Bütün hukuksal yapılanmaların birbirinden esinlendikleri ve sonuçta birbirlerine benzedikleri söylenebilir. Ne var ki, tanrı adına Galile'yi ölüme gönderen Padua Mahkemesi'nden Çavuşevski'yi kaldırımın kenarında infaz eden karşı devrimin gönüllü yargıçlarına, Fransa'nın İhtilal Mahkemeleri'nden, Sosyalist Devrim'in Halk Mahkemeleri'ne kadar onca karmaşayı yaşayan Avrupa'da ortak bir söylem geliştirmenin çok kolay olmadığı da açıktır. Sözleşme, yerleşik ulusal kurumları tekdüze bir yapılanmaya çekmek yerine, ortak güvenceleri

belirlemiştir. Ancak bu güvenceler, uyum olanaksızlıkları nedeniyle, kimi ülkeleri kurumsal değişimler yapmak zorunda bırakmıştır. Örneğin, yakın tarihinde İstiklal Mahkemeleri, Yassıada Mahkemeleri deneyimlerini yaşayan Türkiye, AİHM kararları karşısında, Devlet Güvenlik Mahkemesi gibi çarpık bir yapılanmayı sürdürmenin olanaksızlığını görmüştür.

6. madde, Sözleşme'nin en çok uygulanan ilkelerini içermektedir. AİHM'nin kuruluşundan beri verdiği kararların yarısından fazlası adil yargılanma hakkı ile bağlantılıdır. Türkiye'nin 19.3.1954 günlü ve 6366 sayılı Yasa ile onayladığı biçimiyle 6. maddeyi aşağıya aktarıyoruz:

*"1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili uuzalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.*

*Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki, demokratik bir toplulukta amme intizamının veya nulli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdit edilebilir.*

*2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masumi sayılır.*

*3. Her sanık ezcümle:*

*a. Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,*

*b. Müdafasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,*

# 30

c. Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafinin veya eğer bir müdafinin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek.

d. İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak, haklarına sahiptir.”

6. maddede sayılan hukuksal güvenceleri kurumsal yapıda oluşturup yargılama adaletini gerçekleştirmek, devletlerin görevidir. Uygulamada bu sorumluluğu yargıçlar ve mahkemeler üstlenmektedirler. Yasaların adaletsiz düzenlemeler içermesi, Sözleşme organları karşısında yargı yerlerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

6. maddenin 1. bendi, “... medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ile, kendisine ceza hukuku alanında bir suç yöneltilen ...” kişileri kapsıyor. Böylece 1. bentteki güvenceler, Sözleşme kapsamındaki hukuk davalarının, davacı ya da davalı konumunda olduklarına bakılmaksızın, tüm yanları için geçerli oluyor.

Ceza hukuku açısından öngörülen güvenceler ise, yalnızca “... kendisine bir suç yöneltilen ...” kişilere uygulanıyor.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yalnız Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokoller kapsamındaki uyuşmazlıklarda kendisini yetkili gördüğünden, bu iki dava türünü kısaca özetlemekte yarar bulunuyor.

a. Hukuk Davaları: Sözleşme'nin ve Ek Protokol'lerin koruma altına aldığı haklar nedeniyle ulusal düzeyde oluşan hukuk uyuşmazlıklarının kesinleşen yargısal sonuçları, doğrudan doğruya veya koşulları varsa 6. maddenin 1. bendinde anılan "... medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar ..." bağlamında AİHM'nin incelemesine sunulabilmektedir. 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde, özel hukuk kişileri arasındaki parasal içerikli tüm davalar, ticaret ve iş hukuku ilişkileri, sözleşmelerden, aile hukukundan kaynaklanan davalar, tazminatlar, elde edilmiş mülkiyet hakkının kullanımı ve korunmasıyla bağlantılı tüm uyuşmazlıklar, AİHM'nin yetki alanına girmektedir.

Hukuk davalarının konuları çok çeşitli olmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla, kiracılar derneği ödentisi (Langborger/İsveç 1989), içki ruhsatı (Tre Traktörer AB/İsveç 1989) şirket hisse senetleri (Bramelid ve Malmström/İsveç 1979), patent hakları (Smith Kline ve French Laboratories/Hollanda 1990), çarpışan gemilerle bağlantılı hasar tazminatı (Pressos Compania Naveira SA/Belçika 1995), sinemanın müşterileri (Latridis/Yunanistan 1999), mülkiyeti kanıtlanamayan Van Gogh tablosuna zilyetlik (Beyeler/İtalya 2000), avukat stajyerinin ücretsiz çalıştırılması, (Van Der Muselle/Belçika 1983), imar planları ile getirilen geçici veya uzun süreli yapılaşma yasakları (Sporrong ve Lönnroth/İsveç 1982), (Allan Jakobsen/İsveç 1989), doğal sit kapsamına alınan taşınmaza getirilen kullanım sınırlamaları (Derlemaas/Hollanda 1991), benzin istasyonu işletme ruhsatı (Benthem/Hollanda 1985), mahkemece bir kitabın zor alımına karar verilmesi (Handyside/İngiltere 1976), kaçak altın sikkelerin zorunluluğu (Agosi/İngiltere 1986), kilise vergisi (Darby/İsveç 1990), itfaiye hizmetine katılım vergisi (Karlheinz Schmidt/Almanya 1994), taşınmaz kiralarna devletin

# 30

müdahalesi (Mellacher ve diğerleri/Avusturya 1989), uçak ve gemi sanayinin millileştirilmesi (Lithgow ve diğerleri/İngiltere 1986), meslek odalarına üye olma zorunluluğu getirilmesi (Van Marle/Hollanda 1986), kamulaştırma işlemleri (Erkner ve Hofauer/Avusturya 1987) ve (Poiss/Avusturya 1987), özel yasa ile kişisel taşınmazlara kamulaştırma yapılmadan bedelsiz el konulması (Papamichaloupoulas/Yunanistan 1991), 1974 Kıbrıs müdahalesi nedeniyle taşınmazlarından yararlanamayan kişilerin tazminat istemleri (Loizidou/Türkiye 1995, 1996, 1998), (Demades/Türkiye 2003), (Eugenia Michaelidou Developments Ltd and Michael Tymvios/Türkiye 2003) yüksek enflasyona karşın kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi (Akkuş/Türkiye 1997), (Aka/Türkiye 1998), hükümet güçlerinin konutları yakması (Selçuk ve Asker/Türkiye 1998), tescil edilmiş marka (Anheuser-Busch/Portekiz 2003), emekli aylıkları (Müller/Avusturya 1997), haksız tutuklama tazminatı (Göç/Türkiye, 2002), kiralanan konutların kiracılar tarafından satın alınmalarına olanak tanıyan yasa (James ve Diğerleri/İngiltere, 1986), hekimlik yapma izni (Kraska/İsviçre 1993), İkinci Dünya Savaşı'nın ardından toprak reformu için el konulan taşınmazların, iki Almanya'nın birleşmesinden sonra önceki maliklerine verilmesi (Jahn ve Diğerleri/Almanya, 2004) sağlık sigortasından yararlanma (Feldbrugge/Hollanda, 1986) malullük yardımı (Salesi/İtalya, 1993), emeklilik hakkı (Lombarda/İtalya, 1992) malulen emeklilik (Schuler-Zraggen/İsviçre, 1993), işsizlik sigortasından yararlanma (Gaygusuz/Avusturya, 1996), ödevliden haksız olarak alınan vergilerin geri ödenmesi (National ve Provincial Building Society ve Diğerleri/İngiltere, 1997) mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen uygulamalardan bazılarıdır.

Yukarıda değinilen uyuşmazlıklardan kamusal işlemlerle bağlantılı olan bazı davalar, Türkiye'de idari yargı yerlerinde



görülmektedir. AİHM, bu tür ayrımlarla, uyumsuzlukların hangi mahkemelerin görev alanına girdiği konularıyla ve ulusal ölçekteki görev paylaşımıyla ilgilenmemektedir. Mahkeme açısından önemli olan, adil yargılanma koşullarının yerine getirilmesidir.

Aile hukukuna ilişkin uyumsuzlukları örneklemek açısından, çocukların koruma altına alınması (Axen/Almanya, 1983), anne ve babanın çocukları ile kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi (Airey/İrlanda, 1979), (Schaal/Luxemburg, 2000), (Gudrun/Türkiye, 2004), evlat edinme (Keegan/İrlanda, 1994), çocukların bakımının üstlenilmesi (Eriksson/İsveç, 1989), evlenen kadının kızlık soyadını sürdürmek istemesi (Ayten Ünal/Türkiye, 2004), medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili olarak AİHM'ce incelenen konular arasındadır.

**b. Ceza Davaları:** Sözleşme'nin ceza hukuku açısından öngördüğü koruma yöntemleri, "*... bir suç isnadı altında bulunan kişilere ...*" yani sanıklara yöneliktir. "Sanık" sözcüğü, yalnız ceza mahkemelerinde yargılananlarla sınırlı tutulmuyor. Kişiye bir suç yöneltilmesi, sorgulanmaya çağırılması, gözaltına alınması, tutuklanması, savunma olanaklarından yararlanmasını gerektiren nedenler olarak benimseniyor. Kısaca denilebilir ki, Sözleşme, savunmanın suçlama ile birlikte başlatılmasını öngörüyor.

Ceza soruşturma ve davalarında, davacılar ve davaya katılanlar, salt sanıklara özgü güvencelerin dışında bırakılmışlardır. Bu düzenlemeler, zaman zaman eleştirilmekte, insan hakları yöntem ve kurumlarının suç işleyenleri koruyarak toplumsal güvenliği sarstığı ileri sürülebilmektedir. Gerçekten Sözleşme, kamu gücüne karşı bireylerin korunmasını amaçlıyor. İnsanlık tarihinin geçirdiği evrelerin de ortaya koyduğu

gibi kişi güvenliğinin sağlanması, demokratik toplumların başlıca varlık nedenidir. "Sözleşme açısından demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi yükümlülüğünün son derece belirleyici bir yeri bulunmaktadır. Bu önemi nedeniyle, 6. maddenin 1. bendinin kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanması, Sözleşme'nin amaç ve ilkelerine uygun düşmeyecektir." (Delcourt/ Belçika, 1970)

Hukuk devleti ilkelerinin geçerli olduğu ülkelerde kişiler açısından önemli güvenceler oluşturulmaktadır. Ancak bütün bu gelişmeler, kişi varlığının yeterince korunduğu anlamına gelmiyor. Hukuksal yapıdaki yetersizlikler, hiç beklenilmeyen bir zamanda bireyleri, üstesinden gelemeyecekleri suçlamaların odağında bırakabiliyor. Toplumların yönetim erklerinin çok uluslu ekonomik kuruluşların denetimine açıldığı küreselleşme sürecinde, kamu gücünün adalet ölçütlerine uygun kullanımı daha da güçleşiyor. Savunma hakkı, toplumsal konumları, ekonomik düzeyleri ne olursa olsun, herkes için çok büyük önem taşıyor.

Ceza davalarının açılmasına neden olan suç mağdurlarının büsbütün Sözleşme'nin güvencesi dışında bırakıldıkları gibi yanlış yargılara varılmaması gerekiyor. Sözleşme'nin doğrudan koruduğu, yaşama hakkı, işkence yasağı, özel yaşamın korunması gibi temel haklarına yönelen saldırılar sonucunda ceza kovuşturmaları açılmasına neden olan kişilerin davalarında, suçluların saptanıp yargı kararları doğrultusunda cezalandırılmaları, devletlerin sorumluluğu altındadır. Suç mağdurları, ileride değinileceği gibi, Sözleşme'nin 13. maddesindeki etkili başvuru hakkı yoluyla doğrudan korundukları gibi, 14 ve 17. maddelerin de güvencesi altındadırlar. Sözleşme, suçluları korumamakta, suç işledikleri hukuksal süreç sonunda henüz kesinlik taşımayan sanıkların yararlandırılmaları gereken

güvencelerin alt sınırlarını belirlemektedir. Suç mağdurlarının kendilerine zarar verenlere, koşulları oluşmuşsa devlete karşı açacakları tazminat davaları da, yukarıda belirtildiği gibi "medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar" kapsamında AİHM'nin denetim alanına girmektedir. Örneğin, kendisine hakaret eden kişilere karşı açılan ceza davasına katılıp birer kronluk çok düşük manevi tazminat isteyen başvurucunun gerçek amacı, Mahkemece, "hakaret edilmemeyi isteme hakkı" olarak yorumlanmış ve bu istemin kişilik haklarıyla bağlantısı nedeniyle uyuşmazlık 6/1. maddenin kapsamı içinde değerlendirilmiştir (Helmerts/İsveç. 1991).

c. Sözleşme Kapsamına Girmeyen Konular: AİHM, her davaya bakmamaktadır. Bir davanın AİHM'nin incelemesine sunulabilmesi için, konusunun, AİHM'nin ve Ek Protokol'lerin koruduğu haklar arasında bulunması gerekir.

Kamu görevine atanma ve seçilme, vatandaşlığı olmadığı bir devletin ülkesine girme, oturma ve çalışma izni alma, devletin vergi salma ve vergileri belirleme yetkisi, Anayasa Mahkemesi'nin ulusal yasaların iptali ile ilgili kararları, askerlik yükümlülüğü, sendikaların toplu iş sözleşmesi bağtlama ve grev yapma olanakları, özel hukuk davalarında adli yardım verilmesi, tıbbi tedavi giderlerinin devletçe üstlenilmesi istemi, genel afetlerde devletin kendi kararı ile zarar görenlere yardım etmesi, kamu görevlilerinin işlemleri sırasında resmi diller dışında istedikleri dili kullanmaları, mülkiyet dışındaki ekonomik ve sosyal haklar, yargılamanın yenilenmesi istemleri, kamu gücünü kullanma yetkisine sahip kamu personeli ile ilgili idari işlemler, AİHK'nun ve izleyen yıllarda AİHM'nin kararları ile Sözleşme'yle bağdaşmaz bulunmuştur.

## 30

Ancak bu konularda bireysel başvuru yolunun büsbütün kapalı olduğu da düşünülmemelidir. Sözleşme'nin 14. maddesindeki *"eşit davranma yükümlülüğü"*, hakkaniyete uygun yargılamanın gereği olan ceza ve hukuk davalarında *"silahların eşitliği"* kuramı, ulusal uygulamaların niteliğine göre, daha önce kapsam dışı sayılan hakların da AİHM'ce incelenmesine dayanak oluşturabilmektedir.

AİHM zaman zaman, *"hukuktaki gelişmeler"*, *"işlemlerde eşitlik ilkesi uyarınca"*, *"Sözleşme'nin günün koşullarına uygun yorumlanması gereken yaşayan bir belge"* olduğundan söz ederek, daha önce inceleme dışı bıraktığı ya da sözleşme kapsamına girip girmediği tartışmalı sayılabilecek konuları değerlendiren kararlar vermektedir. (Marckx/Belçika, 1979), (Schuler-Zraggen/İsviçre, 1993)

Bireysel başvurularda, Sözleşme'nin kapsadığı hak ve ilkelerle, ulusal düzeyde çözüm getirilemeyen uyuşmazlıklar arasında, güncel ekonomik, hukuksal ve teknik ilerlemeleri de gözетerek kurulacak nedensellik ilişkileri, AİHM'nin yeni açılımlara yönlendirilmesi bakımından yararlı sonuçlar verebilecektir.

## SAĞLIKLI BİR ÇEVREDE YAŞAMA HAKKI AİHS'YLE KORUNUYOR MU?

31

AİHS'de çevre hukukuna ilişkin bir düzenleme bulunmuyor. Bu eksikliğin bilinmekte oluşu, doğrudan çevresel istemleri içeren başvuruların yapılmasını da engellemiştir. AİHM'nin çevre hukuku ile ilgilenmesi, öncelikle ulusal yasalarla ve ulusal yargı yerlerinin değerlendirmeleriyle sınırlı kalmıştır. Mahkeme, Sözleşme öngördüğü için değil, ulusal yasaların bir hak olarak tanıdığı ölçüde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını inceleme olanağı bulabilmiştir. Ancak böylesine sorunlu ve sınırlı bir başlangıç, zaman içerisinde gelişerek Avrupa ölçeğinde çok önemli yargısal kazanımların gerçekleşmesini sağlamıştır.

İsviçre'de yaşamakta oldukları konutlarının yakınındaki bir havaalanının neden olduğu hava kirliliği ve gürültüden yakınanların ulusal yargı yerlerinde açtıkları tazminat davalarının üç buçuk yıl sürmesi, Mahkeme'ce uygun sürede yargılanma hakkının çiğnenmesi olarak nitelenmişti. AİHM'yi böylesine olumlu bir değerlendirmeye götüren etken, ulusal mahkemenin gecikmeli de olsa davayı yerel yasaya uygun bulup sonuçlandırmasıydı. Ulusal yasanın havaalanı yakınlarında oturanlardan, hava kirliliğinden ve gürültüden,

31

yakınanlara yerel mahkemelere başvurarak dava açma olanağını tanıdığı koşullarda, AİHM'nin bu olguyu göremezden gelmesi beklenemezdi. Ancak bu karar, Mahkeme'nin, çevre hukukunu doğrudan Sözleşme'nin denetim alanı kapsamında değerlendirdiği anlamında yorumlanamaz. (Zimmerman ve Steiner/İsviçre, 1983)

İzleyen yıllarda Londra'nın ünlü Heatrow havaalanı yakınındaki evlerine kadar ulaşan çok büyük gürültüden yakınan ve ulusal düzeydeki girişimlerinden sonuç alamayan başvuruların istemleri Komisyon'ca "etkili bir başvuru" olanağının tanınmaması yönünden haklı bulunurken, Sözleşme'nin 8. ve mülkiyet hakkını düzenleyen 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi yönlerinden kabul edilmez olarak nitelenmişti. Mahkeme ise, olayı Komisyon'un yaptığı gibi, öncelikle Sözleşme'nin 27. (yeni 35. ) maddesi bağlamında tartışırken, 6. maddeye göre Sözleşme kapsamında görülmediği için "açıkça temelsiz" bulunan bir başvurunun 13. madde yönünden de incelenemeyeceğini belirtti. Mahkeme, Komisyon'un kararını vermeden önce çok ayrıntılı inceleme yapmasına karşın Sözleşme kapsamında tartışılabilecek nitelikteki bir hakkın varlığının saptanamaması nedeniyle, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının çiğnenmediğine karar verdi. Mahkeme başvurusu, 6 ve 13. maddelerin birlikte ihlal edilip edilmediği yönünden değerlendirenken, iki konu üzerinde yoğunlaştı. Ulusal yasa, uçakların çıkardığı gürültü nedeniyle bireylere dava açma olanağı vermiyordu. Bir başka deyişle, İngiliz hukuku bu anlamda bir "kişisel hak" tanııyordu. 13. madde, iç hukuktaki bir yasaya karşı itiraz hakkını vermediği için, başvurusu 8. maddeyle birlikte bu yönlerden de reddetti. (Powell ve Rayner/1990, İngiltere)

Özetlenen kararın temel gerekçesi, Sözleşme'nin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını koruyan bir kural içermemesi idi.

İngiliz yasaları, davada tartışılan ses kirliliği ölçeğinde bir medeni hakkın varlığını benimsemediğinden, hukuksal temelden yoksun bulunan başvuru reddediliyordu.

Teknoloji ve sanayi alanındaki denetimsiz gelişmeler arttıkça, çevre sorunlarından bunalan kişiler de yargısal çözüm arayışlarını yoğunlaştırdılar. Yaşadığı konutun çok yakınındaki bir tabakhanenin ruhsatsız çalıştırdığı katı ve sıvı atık tesislerinin yaydığı pis kokular ve duman nedeniyle sağlıklı koşullardan yakan başvuruçunun ulusal düzeydeki girişimleri, sorunlarına tam bir çözüm getiremedi. Yargılama sırasında, olumsuz çevresel etkileriyle birlikte yer seçimindeki yanlışların bilirkişi raporuyla saptanmasına karşın, ne tesisin kapatılması sağlanabildi, ne de sağlık açısından taşıdığı sakıncalar giderilebildi. Başvuruçunun sonuç alamamasının temel nedeni, sanayinin gerek ürettikleri, gerekse çalışma yaşamına katkıları nedeniyle taşıdığı toplumsal öneme dayanıyordu.

Mahkeme, uyumsuzluğu, başvuruçunun konutunda sağlıklı ve nitelikli bir yaşam sürdürme istemiyle bağlantısı nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesi içinde değerlendirdi. Devletlerin 8. maddenin 2. bendine göre kamu yararı açısından sahip oldukları takdir hakkını gözetmekle birlikte, olayda karşılıklı çıkarlar arasında adaletli dengeler kurulmaması sonucunda başvuruçunun, çevresiyle birlikte konutunda sağlıklı bir yaşamdan yoksun bırakılması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin çiğnendiğini kararlaştırdı. (Lupez Ostra/İspanya, 1994).

Bu kararı izleyen yıllarda sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile ilgili kamuoyu baskısı daha da yaygınlaşmıştı. Uluslararası bildirge ve sözleşmelerde de çevrenin korunmasına yönelik ilkeler saptanıyordu. Örneğin; 1 Haziran 1992'de Rio De Janeiro'da toplanan Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı, Devletlerin çevreye ilişkin sorumluluklarının ve

haklarının genişletilmesini amaçlayan "Rio Çevre ve Kalkınma Bildirgesi" ni kabul etmişti. Bu Bildirge'nin 10. İlkesine göre:

*"Çevre konuları, duyarlı bireylerin belirli düzeydeki katılımları ile en iyi biçimde ele alınabilir. Ulusal düzeyde, her birey kamu otoritelerindeki çevreyle ilgili bilgilere (tehlikeli maddelere ve faaliyetlere ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere) ulaşabilecek ve karar verme sürecine katılma olanağına sahip olacaktır. Devletler, bilgileri tüm kişilerin ulaşabilecekleri duruma getirerek kamu duyarlılığını ve katılımını kolaylaştıracak ve destekleyeceklerdir. İvedi çözüm ve yeni düzenlemeler dahil olmak üzere adli ve idari uygulamalara etkin bir biçimde geçilmesi sağlanacaktır."*

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi de 27 Haziran 2003'te, 2003/1614 sayılı Çevre ve İnsan Hakları Tavsiye Kararını kabul etmiştir. Söz konusu kararda Parlamenter Meclisi, üye Devletlere aşağıdaki önerilerde bulunuyordu:

*"... çevresel korunma gereksinimini gözeterek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2, 3, 8. ve Ek Protokol'ün 1. maddesine uygun olarak, kişilerin özel mülkiyetinin, fiziksel bütünlüğünün, özel ve aile yaşamının; sağlığının ve hayatının uygun şekilde korunmasını sağlamak;*

*... ulusal yasalarda, özellikle anayasal düzeyde devletlerin çevreyi korumaya yönelik nesnel yükümlülüklerini içeren, benimsenebilir, yaşanabilir, sağlıklı çevre, bir insan hakkı olarak tanınmalıdır;*

*... bilgiye ulaşım için bireysel olarak yargı sürecine erişimi ve Aarhus Sözleşmesinde ortaya konulduğu gibi, çevre konularında halkın yargıya ulaşma ve karar sürecine katılma olanakları korunmalıdır ..."*

Çevrenin korunması alanındaki bu gelişmeler, özellikle AK Parlamenter Meclisi'nin kararları, AIHM'nin yorumlarını



da olumlu yönde etkilemiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56. maddesinde 1982 yılından beri sağlıklı bir çevrede yaşamının anayasal bir hak olarak benimsenmesi, özel nitelikteki bir Çevre Yasası'nın yürürlükte bulunması, İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın 2577 sayılı İdari Yargılama Yöntemleri Yasası'nı katılımcılığa açık bir yorumla değerlendirmeleri, halkın çevreye yönelik duyarlılığını öne çıkaran bir hukukun gelişmesini sağlamıştır. Bu etkenler, Türkiye'den gönderilen başvurular nedeniyle, sağlıklı bir çevrede yaşama konusundaki Avrupa içtihadının oluşumuna katkıda bulunmuştur.

İstanbul'un Ümraniye semtindeki Hekimbaşı Çöp Toplama alanında 28 Nisan 1993 günü metan gazı patlaması sonucunda toprak kayması olmuş ve birçok kişi yaşamlarını yitirmişlerdir. İç hukuk süreci tüketildikten sonra AİHM'ye iletilen bu başvuru nedeniyle Mahkeme, öncelikle devletlerin, yaşama hakkını korumak için Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca yerine getirmeleri gereken olumlu yükümlülükleri üzerinde durmuştur. Mahkeme, yaşama hakkı yönünden tehlike oluşturan koşulların bilinmesi durumunda devletlerin önlem almakla yükümlü olduklarını, görevlilere bu konuda bir bilgi iletilmemiş olsa bile, kamusal organlarca bilinmeleri gereken tehlike olasılıklarına karşı önlem alma yükümlülüğüne uyulmadığı koşullardan da devletlerin sorumlu tutulabileceklerini belirtmiştir. Türkiye'de 18 imar affı yasası çıkarılmasını da eleştiren Mahkeme, kararında:

*"... davalı devletin insanların yaşamlarının gereksiz yere tehlikeye atılmaması ve yitirilmemesi için gerekli tüm önlemleri alma sorumluluğunu yerine getirip getirmediğini incelemiştir.*

*Mahkeme'ye göre ulusal organlar başvuranın çöplüğünün yakınına yerleşmesini özendirmemiş olsalar da, onları buraya yerleşmekten caydırmaya da çalışmamışlardır. Türk mahkemelerindeki dosyalarda*

yer alan bilirkişi raporları, bu makamların ihmalleri ile ölümlere yol açan kaza arasındaki nedensellik bağımlı ortaya koymaktadır.

*Mahkeme buradan hareketle, kamu mekanlarının kamunun bilgilenme hakkına uyup uymadığını araştırmıştır.*

*Mahkeme, (Guerra ve Diğerleri/İtalya, 1998) Kararı'nda, yetkililerin başvurularına, kendileri ve yakınları için fabrikadaki bir kaza anında tehlikeye açık bir belde olan Manfredonia Bölgesi'nde ikamet etmelerinin oluşturduğu riskleri değerlendirmelerine olanak verecek temel bilgileri iletmediğinden Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar verdiğini anımsatır. Mahkeme, her iki davanın koşulları arasında ayırım yapılmasını gerektiren bir neden görmemektedir.*

*Mahkeme, davada, yönetsel organların, Ümraniye'nin bazı mahallerinde yaşayanların, Belediye çöplüğünün yetersizliği nedeniyle, fiziki bütünlükleri kadar, yaşamlarını da gerçek bir biçimde tehdit ettiğini bildikleri ya da bilmeleri gerektiği sonucuna varmıştır. Zira, görevli organlar, bu sorunu çözmemişlerdir. Yine yürürlükteki hukukun kendilerine verdiği yetkiler çerçevesinde, söz konusu risklerin gerçekleşmesini önlemek için doğal olarak kendilerinden bekleneni yaptıkları da söylenemez.*

*Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesinin, devletlere yüklediği yargılama yükümlülüğünün bazı durumlarda, insan ölümünün kaynağındaki olguların değerlendirilmesinde etkili araştırmaların yapılmasına dayanan cezalandırma mekanizmasını da içeren etkili bir adli sistem oluşturmalarını gerektirdiğini anımsatır.*

*Gerçekte, Mahkeme, 28 Nisan 1993 günü oluşan kazanın sorumlularına karşı adli ve idari davalar açıldığını gözlemiştir. İdari dava sorumluların tazminat ödemesi, ceza davası ise, yöneticilerin sorumluluklarının tanınması ile sonuçlanmıştır.*

Ceza davasında İstanbul 5. Asliye Ceza Mahkemesi, sanıkları (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Eski Başkanı, Nurettin Sözen ve Ümraniye Belediyesi Eski Başkanı Şinasi Öktem) TCK'nin 230. maddesinden 610.000 TL. (Yaklaşık 9.70 euro) ve ağır hapis cezasına çarptırarak cezanın ertelenmesine karar vermiştir.

Mahkeme'ye göre, bu davada yürütüldüğü biçimiyle, ceza hukuku alanında izlenen yol, tam ve etkin değildir. Dolayısıyla uygun bir giderimi yöntemi sayılamaz.

Yine, Türk ceza yapılanmasının uygulanmasındaki eksiklik nedeniyle, belediye başkanlarının politik konumları dolayısıyla ne bir ceza davasının sanal sonuçları, ne de başvuruca yapılan bir lojman önerisi, oluşan hukuksal boşlukları doldurmaz.

Başvuranın tazminat istemi, idari yargı tarafından, ilk tazminat talebinin reddinden 4 yıl 11 ay 10 gün sonra karara bağlanmıştır. Mahkeme, hükmedilen tazminatın bugüne kadar ödenmediğini saptamıştır. Davacı, kararlaştırılan tazminatın ödenmesini hiçbir zaman talep etmemiştir. Kendisi de bu duruma itiraz etmemektedir. Ancak Mahkeme taraf olduğu idari davadaki yargılamanın yavaşlığı karşısında, başvuranın ayrıca bir de icra takibi başlatmamakla suçlanamayacağı görüşündedir.

Bu nedenlerle, mahkeme Başvuran Öneriyıldız'ın yakınlarının ölümü ve bu davada işletildiği biçimde Türk yargı mekanizmasının etkisizliği nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir." (AİHM, Maşallah Öneriyıldız/Türkiye, 2002)

Bu konudaki diğer önemli bir örnek, Sefa Taşkın ve dokuz arkadaşının, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 1992 yılında, sodyum siyanür kullanılarak, Bergama, Ovacık'ta altın aranması için verdiği izin sonrasında ortaya çıkan uyuşmazlıktır. İzmir İdare Mahkemesi çevre ve halk sağlığı açısından

# 31

içerdiği sakıncaları gözeterek altın çıkarma ruhsatının iptaline karar vermiş ve bu karar 1998 yılında Danıştay tarafından da onanarak kesinleşmişti.

Ancak 1999 yılında Başbakanlık, İzmir İdare Mahkemesi kararının altın aranmasına kesin bir yasak anlamında algılanmaması ve olayın özel koşullarının gözetilmesi gerektiği görüşüyle Tubitak'a hazırlattığı bir raporu Çevre Bakanlığı'na göndermiş ve altın aranmasının sürdürülmesi için olumlu görüş bildirmiştir. Başvurucular, Tubitak raporunun iptali için de İdare Mahkemesi'nde dava açmışlardır. İdare Mahkemesi, 2001 yılında verdiği kararında Tubitak raporunun daha önce verilen ve kesinleşmiş yargı kararını ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmasının, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağını kararlaştırmıştır. Danıştay, Tubitak raporunun idari bir işlem olmaması nedeniyle iptal davası açılmayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. AİHM 2004 yılında kararını verdiği sırada uyuşmazlığın idari yargı yerlerindeki incelemesi sürerken, madencilik şirketi de kesinleşmiş İdare Mahkemesi kararına rağmen altın çıkarmaya devam etmekteydi.

AİHM'nin kararında öncelikle, siyanürle altın üretilmesinin yarattığı çevre kirliliğinin insan sağlığına olan etkilerinin, başvurucuların özel ve aile yaşamlarına ve konut dokunulmazlığı haklarına bir müdahale oluşturduğu vurgulandı. Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında devletin takdir yetkisinin idare mahkemesi eliyle kullanıldığı ve ruhsatın iptal edilmesine karar verildiği belirtildi. İdare Mahkemesi bu kararı verirken başvuruların sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama hakları olmasına karşın, siyanürle altın arama ruhsatının kamu yararına ve halk sağlığına aykırı düştüğünü gözetmiştir. AİHM, devletin takdir yetkisinin İdare Mahkemelerince kullanılma-

sından sonra artık başka bir ulusal organın aynı konuda karar üretmesinin gereksizliği üzerinde durulmuştur.

Mahkeme, daha sonra ruhsatın verilmesine ilişkin süreci incelemiş ve bu aşamada bilimsel çalışmalar yapıp yapılmadığını, ruhsatın verilmesinden etkilenecek kişilerin karşılaşılabilecekleri tehlike olasılıkları konusunda bilgilendirilip bilgilendirilmediklerini incelemiş ve bunlar yerine getirilmediği için, İdare Mahkemesi'nin ruhsatın iptali yönünde karar verdiğini gözlemlemiştir. Yargı kararının uygulanmamasının veya geciktirilerek uygulanmasının, idari yargı sürecini etkisiz kıldığını ve bunun da hukuk devletinde kabul edilemez olduğunu belirten Mahkeme, sonuç olarak davalı devletin, başvuruçuların Sözleşme'nin 8. maddesi ile korunan haklarını çiğnediğini saptamıştır. (Taşkın/Türkiye, 2004)

AİHM, İzmir Barosu üyesi avukatlar; Ahmet Okyay, Derya Durmaz, Rifat Bozkurt, Noyan Özkan, Uğur Kalelioğlu, Banu Karabulut, Senih Özay, Talat Oğuz, Tamay Arslançeri ve İbrahim Arzuk'un 1996 yılında kendi adlarına yaptıkları bir başka başvuru nedeniyle de çevre sorunlarını bu kez Sözleşme'nin 6/1 maddesindeki "medeni hak" kavramı içinde tartışmıştır.

*"Başvuruçular, Ege Bölgesi'nde yaşadıklarından, Yatağan, Gökova, Yeniköy santrallerinin çevreye verdikleri zararlar nedeniyle yönetsel organlar önündeki girişimlerinden sonuç alamayınca, bölgede sağlık ve yaşam için risk oluşturan bu üç termik santralin koruyucu önlemler alınmadan çalıştırılmaması için Aydın İdare Mahkemesi'nde davalar açmışlardır. Başvuruçular, ekonomik ya da başka herhangi kayıpla karşı karşıya kaldıklarını ileri sürmemişler, ancak, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamaya ilişkin anayasal haklarına dayanmışlardır. Türk hukuku böyle bir hakkı tanımaktadır. Anayasa'nın bu konudaki 56. maddesinde sağlıklı bir çevrede yaşamaya hakkı korunduğu gibi, konuyla ilgili İdare Mahkemesi kararları da*

# 31

*bu olguyu benimsemişlerdir. Mahkeme, termik santrallerin tehlikeli etkilerinin neden olduğu çevre zararına karşı korunmak için başvurucuların Türk hukukuna göre istemde bulunmaya yetkili olduklarını, tartışılabilir bir yararlarının bulunduğunu benimsemiştir."*

*"Bu nedenle Mahkeme, öncelikle, söz konusu hakları bir 'medeni hak' olup olmadığını araştırmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, Aydın İdare Mahkemesi'nce bilirkişi raporları uyarınca, tehlikeli gaz ve kül emisyonu yüzünden Gökova, Yeniköy ve Yatağan Termik Santralleri'nin çevre kirliliğine neden olduklarının ve toplumu sağlığı için tehlike taşıdıklarının saptandığına değinmiştir. Termik santraller tarafından yayılan tehlikeli gazın, 25-30 kilometre çapından daha geniş bir alanı etkileyebileceğini, İdare Mahkemesi'nin bulguları ortaya koymaktadır. Bu mesafe başvurucuların yaşadığı yeri kapsamaktadır. Termik santrallerin yakın çevresinde yaşayanlar kadar özel ve yakın bir riske sokulmasına karşın, fiziksel bütünlüklerini korumak için onlara harekete geçme hakkını vermektedir.*

*Mahkeme, başvurucuların sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bireyler oldukları; çevresel kirliliği önlemenin ve çevreyi korumanın sürdürülmesi gereken bir görev olduğu; idari makamların termik santrallerin çalışmasının devamına ilişkin kararının iptali ve termik santrallerin çevresel tehlike yaratan çalışmalarının durdurulması amacıyla mahkemenin karar vermesini talep etmek için Türk hukukuna göre hak sahibi olduklarını göz önünde bulundurmaktadır. Ayrıca, idare mahkemelerince verilen kararlar başvurucuların istemleri doğrultusunda sonuçlanmıştır. Bu nedenle, olaylar bir bütün olarak ele alındığında, İdare Mahkemeleri önündeki yargılamalardan çıkan sonuç, uyumsuzluk konularının başvurucuların medeni haklarıyla bağlantılı olduğudur.*

*Mahkeme, Sözleşme'nin 6/1. maddede yer alan 'medeni hak' kavramının, Sözleşme'nin 53. maddesi bağlamında iç hukukta uygulanabilir bir hakkın kısıtlanması olarak yorumlanamayacağı*

görüşündedir. Mahkeme, ulusal bir yargı yeri tarafından verilen kararın yerine getirilmesinin, Sözleşme'nin 6/1 maddesinde amaçlanan 'yargılama'nın bütünüleyici parçası olarak dikkate alınması gerektiğini bir kez daha yineler. Eğer Sözleşmeciler Devletin yasal yapılanması, kesin ve bağlayıcı olan bir mahkeme kararının veya yanlardan birinin uğrayabileceği zararı önleyen bir kararın uygulanamaz duruma düşürülmesine izin veriyorsa, bu durumda, 6. maddeyle sağlanan mahkemeye ulaşma hakkı anlamsız kalacaktır. Bu ilke, davacının medeni hakları için kesinlik sağlayan idari işlemler bağlamında bir tartışmanın sonucu ile ilgili olduğu durumlarda daha da önemlidir.

Mahkeme, idari makamların üç termik santralin çalışmalarının durdurulması için, 20 Temmuz 1996 tarihinde Aydın İdare Mahkemesi'nce verilen yürütmeyi durdurma kararını uygulamadıklarına dikkat çekmektedir. İdari organlar, ayrıca Aydın İdare Mahkemesi'nin kararlarını onayan Danıştay'ın kararlarını da yasa tarafından emredilen süre içinde yerine getirmemişlerdir. Bakanlar Kurulu, 3 Eylül 1996 tarihinde idare mahkemelerinin kararlarına karşın, üç termik santralin çalışmalarının sürdürülmesine karar vermiştir. Bu son karar yasal temelden yoksun ve iç hukuka göre açıkça hukuka aykırıdır. Böyle bir işlem, yargı kararlarına karşı hile yapmakla aynı şeydir. Mahkeme, böyle bir uygulamanın yasal kesinlik ilkesi ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş hukuk devleti olgusunu ters yönde etkilediği görüşündedir. Daha önce belirtilenlerin ışığında Mahkeme, ulusal organların, Aydın İdare Mahkemesi'nce verilen 30 Aralık 1996 tarihli kararları ve sonradan verilen Danıştay'ın 3 ve 6 Temmuz 1998 tarihli kararlarını makul süre içinde ve hukuka uygun biçimde yerine getirmedikleri için Sözleşme'nin 6/1 maddesinin etkin kullanımından yoksun kaldığı düşüncesindedir." (Okyay/Türkiye, 2005)

Böylece, doğrudan Sözleşme kapsamında olmamasına karşın, önce uygun sürede yargılanma hakkı, ardından konut

# 31

dokunulmazlığı ile birlikte medeni hak kavramıyla ilişkilendirilen sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, ikinci kuşak bir insan hakkı olarak Sözleşme'nin güvence alanına yerleşmiş oluyordu. İleride değineceğimiz daha başka konuları da içeren bu iki karar, Türkiye'de Anayasa güvencesi altındaki sağlıklı bir çevrede yaşama hakkından yola çıkarak, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki "*kişisel hak*", 8. maddesindeki "*özel yaşam hakkı*" kavramlarının geniş yorumu ile, çevre sorunlarını Sözleşme'nin ve AİHM'nin denetim alanı içine çekmiştir. Önceki bölümlerde Sözleşme'nin 2, 3 ve 5. maddelerini değerlendirirken ölümcül insan hakları ihlallerini yaşayan bir ülkenin bireyi olmanın ezikliğini nasıl duyumsamışsak, çevre hukukunun Avrupa içtihadına dönüşmesine katkıda bulunan bu kararlar karşısında da güvençleniyoruz. Ancak ulusal yasalarında çevre hukukuna hiç yer vermeyen ülkelerden gelecek başvurular nedeniyle her koşulda aynı sonuçlara ulaşılabileceğine kesin gözüyle bakılmayabilecektir.



**SÖZLEŞME, ADİL YARGILAMAYI  
GERÇEKLEŞTİRECEK YARGI YERLERİNDE  
HANGİ NİTELİKLERİ ARIYOR?**

**32**

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendinde, devlet adına yargı erkinin "*yasal, bağımsız ve yansız*" mahkemeler eliyle gerçekleştirileceği belirtiliyor. Birbirini bütünleyen bu üç koldan birisinin eksikliği durumunda, adil yargılanmadan söz edilemeyecektir. Bu konuya, uygulamadan alınacak örneklerle kısaca değinmek, sonraki açıklamaların özümsermesi açısından yararlı olacaktır.

a. **Yasal Mahkeme:** Mahkemelerin yasalar eliyle kurulup yetkilendirilmeleri, demokratik toplumların gereğidir. Yasalar, düzenleyici kurallar oldukları için, mahkemeler, gerek kuruluşları, gerekse çalışmalarını bakımından yasama organının denetimi altına girmeyeceklerdir. Kuruluşlarının yasaya dayandırılması nedeniyle, yürütme organına karşı da kuramsal açıdan bağımsızlıkları korunmuş olmaktadır.

AİHK, çeşitli kararlarında, "*doğal yargıç, doğal mahkeme*" anlayışını öne çıkaran değerlendirmeler yapmıştır. Yargılama konusu olaylar, bu uyuşmazlıklardan önce yetkilendirilmiş mahkemeler eliyle ve yine önceki tarihli yasalara göre çözüme bağlanacaktır.

Sözleşme'ye göre, bir kurumun adının mahkeme olup olmaması çok fazla önem taşımıyor. Yargı yerlerinin hukuksal kimliğini, işlevleri ile birlikte, çalışma biçimi belirliyor. AİHM, mahkeme adını taşımadığı halde, ulusal yasaların yargısal yetkiler tanıdığı birçok örgütü mahkeme saymış, konumunu, işlevlerini ve güvencelerini Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Buna karşılık, ulusal yapılanmaya göre mahkeme adı verilen bazı birimler de, AİHM'ce, yargı organı sayılmamıştır.

Belçika yasalarına göre oluşturulan Tabipler Odası Onur Kurulu, meslek kurallarına aykırı davranan Oda üyelerini yargılayıp disiplin cezası kararlaştırmaya yetkili bulunuyor. Onur Kurulu kararının, kişisel haklarını etkilediğini ileri süren hekimler, Üst Kurul'a itiraz edebilmektedirler.

AİHM'ye göre, "yürütme organından ve davanın yanlarından bağımsız olan, üyelerinin atanma biçimi ve süresi, uyguladığı yargılama yöntemleri açısından güvenceleri bulunan organlara 'yargı yeri' denilebilir. Mahkeme'ye göre, Tabipler Odası Üst Kurulu ve Temyiz Mahkemesi bu ölçütlere uygundur. Üyelerinin yarısı hekimlerden, diğer yarısı yargıçlardan oluşan Üst Kurul ve Temyiz Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen uygulamada, bağımsız ve yansız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı ihlal edilmiş olmamaktadır." (Le Compte, Van Levven ve De Meyere/Belçika, 1981)

Belçika Tabipler Odası Üst Kurulu'ndaki hekim temsilcilerinin, Oda İl Kurulları tarafından seçilmeleri nedeniyle bağımsız ve yansız olamayacakları yolundaki bir başvuru da, anılan kişilerin Oda seçiminden sonra, yargıç kimliği ile atanmalarının, diğer bütün yargıçlar için olduğu gibi, Kraliyet eliyle gerçekleştirilmesi nedeniyle kabul edilmez bulunmuştur. (Derled/Belçika, 1994), (Albert ve Le Compte/Belçika, 1983)

AK üyesi bazı ülkeler yabancılara taşınmaz satışını sıkı denetim altına almış ve bu sürece o bölgede yaşayan bireylerin de katılımını sağlamıştır. Örneğin, Avusturya Tapu Yasası'nın 4/2. maddesine göre, yabancılara satın aldıkları taşınmazların sözleşmesi, ancak, hakkın kazanılması "*siyasal, ekonomik, sosyal veya kültürel çıkarlara aykırı olmaması durumunda*" onaylanabilir. "*Taşınmaz edinen yabancılara sayısı, taşınmazların boyutları değerlendirildiğinde söz konusu yörede yabancı egemenliği kurulma olasılığı varsa*", böyle önlemlere gidilebilecektir. Bu sürecin işletilebilmesi için, tapuda gerçekleştirilecek kesin satıştan önce, geçici nitelikte bir satış vaadi sözleşmesi bağtlandığı anlaşılmaktadır.

Ailesi ile birlikte Münih'te yaşayan, Avusturya vatandaşlığına geçme hazırlığı içinde olduğunu ve bir daha ülkesine dönmeyi düşünmediğini açıklayan ABD uyruklu başvurunun satış vaadi sözleşmesi, Tyrol Valiliği, Bölge Tapu Kurulu'nun 3 Haziran 1977 günü yaptığı, kendisinin de katıldığı bir duruşma sonucunda "*yörede yabancı egemenliği riski oluşacağı, taşınmazın devrinin toplumsal ve siyasal çıkarlara aykırı düşeceği*" gerekçeyle onaylanmamıştır. Başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı itiraz da reddedilmiştir.

Avusturya Bölge Tapu Kurulu, tapu yasasına göre, belediye başkanı, bir yargıç, bir memur, orman işleri müdürü, bir çiftçi ve bir avukattan oluşmaktadır.

AİHM'ye göre Bölge Tapu Kurulu, görevine giren konularda belirlenen yöntem doğrultusunda yargılama yapıp hukuk kurallarına dayanarak karar veren bir organ durumunda olduğundan, Sözleşme'nin 6. maddesi tanımında bir "*yargı yeri*"dir. Kuruluşu da yasaya dayanmaktadır.

32

Kurul'un oluşum biçimine göre, aynı zamanda Kurul'a başkanlık görevini de yürüten belediye başkanının, yargıcın ve avukatın yer almalarında, bağımsızlıkları açısından bir sakınca görülmemiştir.

Başvurucunun yakındığı uygulama Tapu Memuru'nun işleminden ileri gelmiştir. Bölge Tapu Kurulu'nun üç üyesi, Eyalet Hükümeti tarafından atanan devlet memurlarıdır. Bunlardan birisi Kurul'un raportörlüğünü yapmaktadır.

AİHM'ye göre, "Bir yargı yerinin Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında bağımsız olup olmadığına karar verebilmek için, görünüşü de belli bir öneme sahiptir. Bu davada olduğu gibi, bir yargı yerinde, taraflardan birisi açısından üstlenilen hizmetlerin yürütülmesinde alt konumdaki bir kişinin karar verecekler arasında bulunması, bu kişinin bağımsızlığını koruyamayacağı konusunda haklı kuşkular uyandırabilecektir. Böyle bir durum, demokratik bir toplumda mahkemelerin vermeleri gereken güveni ciddi biçimde sarsacağından, Sözleşme'nin 6/1. maddesine aykırıdır". (Sramek/Avusturya, 1984)

AİHM, bir başka olayda Avusturya'da toprak reformu nedeniyle toprakları alınanların itirazlarını incelemekle görevlendirilen Toprak Reformu Yüksek Kurulu'nu, üyeleri arasında ast-üst ilişkisinin bulunmaması, yargısal yetkilerini kullanırlarken kimsenin kendilerine talimat vermesine olanak tanımayan bir yapılanma içinde bulunmaları, üyelerinin beş yıl görevde kalmak üzere atılmaları, bu süre içinde görevlerinden alınamamaları nedeniyle bağımsızlığından ve yansızlığından kuşkuya düşülmesini gerektirecek bir belirti olmadığından, Sözleşme'nin 6. maddesine uygun bir yargılama yeri olarak niteledi. (Etil ve Diğerleri/Avusturya, 1987)

İsviçre’de yasa dışı gösterilere katılanlar Güvenlik Kurulu’nda yargılanıyor ve suçlu buldukları zaman kendilerine para cezaları verilebiliyordu. Vaud Kantonu Emniyet Müdürü tarafından atanan bir hukukçu bu görevi yürütüyordu. Dört yıl için atanan hukukçu, kendi kimliği ile görevini yerine getirirken kimseden emir almaması, süresi dolmadan görevine son verilememesi gibi nedenlerle kurumundan bağımsız bir çalışma düzeni bulunuyordu. Ancak sıradan vatandaşlar, bu kişiyi, üstlerine ve meslektaşlarına bağlı, güvenlik örgütünün bir üyesi olarak görme eğiliminde bulduklarından, konumu bakımından demokratik toplumlarda korunması gereken güveni sarsıcı bir görünüm taşımaktaydı.

Kurul’un kararlarına itiraz edildiği zaman, yargı denetimi yalnızca hukuksal yanlışlarla sınırlandırılmıştı. İçerik denetimi yapılamıyordu. Kararların üst mahkemelerce incelenmesi, ilk derece yargılamada oluşabilen sakıncaları gidermeye yeterli gelmediğinden, mahkeme, başvuru konusu olayda, *“bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde yargılanma hakkının”* ihlal edildiğini kararlaştırdı. (Bellios/İsviçre, 1988)

Bu karardan sonra Vaud Kantonu yasası değiştirildi ve daha başka düzeltmelerle birlikte, Güvenlik Kurulu kararlarının üst mahkemece *“maddi ve hukuki açılardan”* kapsamlı bir denetimden geçirilebileceği benimsendi.

Görüldüğü gibi AIHM’nin kararlarında, özel nitelikteki ulusal yargı yerlerinin, öncelikle ilgilendirildikleri uyumsuzluk türlerinin uygulayıcısı olan yönetsel birimlerden bağımsız olmaları koşulu aranmaktadır. Bu bağımsızlığın özde olduğu kadar görünümde de sağlanması istenmektedir. Ayrıca yargısal işleyişin en az iki aşamalı hukuksal denetimi gerçekleştirecek yapılanma içinde olması öngörülmektedir. Mahkeme, bağımsızlık açısından, karşıt çıkar gruplarının birlikte seçtik-

leri yargıçların bile, yeterince güven verici olmayabileceği görüşündedir. Örneğin İsveç'te kiracılarla taşınmaz sahipleri arasındaki uyuşmazlıklar, Konut ve Kira Mahkemeleri Yasası uyarınca, önce Kira Denetim Kurulu, itiraz durumunda da, Kira Mahkemesi eliyle çözülmektedir. Kira Mahkemesi'nin oluşumuna, mal sahiplerinin ve kiracıların derneklerinin birlikte seçtikleri hukukçu olmayan bir "uzman yardımcısı" da katılmaktadır. AİHM, karşıt konumdaki derneklerin seçtiği uzman yardımcısının, çelişen çıkarların tartışıldığı durumlarda, kendisini bağımsız göremeyeceği ve böyle durumlarda mahkemenin kuruluşunda gözetilen dengeler bozulmuş olacağından, meslekten gelen yargıçların varlığına rağmen giderilemeyen sakıncalar nedeniyle, bağımsız ve yansız bir yargılama yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı. (Langborger/İsveç, 1989)

AİHM İngiltere Cezaevlerinde hükümlülerin erken salıverilme koşullarını da değerlendiren Disiplin Kurulu'nun yargısal etkinliklerini ve yürütme birimlerinden bağımsız yapılanmalarını gözetererek yargı yeri olduklarını kararlaştırmıştır. (Campbell ve Fell/İngiltere, 1984- Silver ve Diğerleri/İngiltere, 1983)

Belçika Baro Kurulu, meslek kurallarını çiğneyen üyelerini yargılayıp onlara disiplin cezaları verebiliyor. İşlediği meslek suçu nedeniyle daha önce baro üyeliğinden çıkartılan eski avukatın on yıl sonra yeniden Baro'ya yazılma istemi reddedilince, konu AİHM'ye gönderildi. Mahkeme, daha başka görevlerinin bulunmasının, Baro Kurulu'nun "yargı yeri" olma niteliğini ortadan kaldırmadığını belirtti. Ancak, bağımsızlıkları ve yansızlıkları tartışma gerektirmeyen kurul üyelerinin adli yardım sağladıkları başvuruçuyu dinledikten sonra verdikleri kararın gerekçelerinin yeterli açıklıkta olma-

ması ve ret kararına karşı etkili bir itiraz yolunun bulunmaması nedenleriyle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kararlaştırıldı. (H./Belçika, 1987)

Türkiye’de birinci dereceye yükseltildiği halde, bu ilerlemenin gereği olan ücret artışlarından yararlandırılma istemi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na reddedilen bir yargıç, bu kararın iptali amacıyla Danıştay’da dava açtı. İç hukuktaki düzenlemelere göre, HSYK kararlarına karşı yargı yoluna gidilemeyeceği görüşü ile dava reddedildi. Başvurucu karar düzeltme sürecinde de başarılı olamadı, AİHM’ye gelen başvurular üzerine ilk değerlendirmeleri yapan ve üç yargıçtan oluşan Komite, “Sözleşme’nin 35. maddesi 1. paragrafı anlamında, ulusal yargı organlarınca verilmiş kesin kararın 1 Mart 1999 tarihli HSYK kararı olduğunu ve başvurunun bu tarihten itibaren işleyen altı aylık sürenin dışında yapıldığını belirlemiştir. Dolayısıyla başvuru süresine uyulmamıştır.” görüşüyle istemi reddetti. (Berber/Türkiye, 2005)

Bu karar, Mahkeme’nin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nu ulusal ölçekte bağımsız ve yansız bir yargı yeri olarak benimsediği anlamına geliyor. Oysa, AİHM’nin yargı yeri olarak benimsediği diğer kurullarda aradığı niteliklerin, HSYK açısından geçerli olmadığı bilinen ve çok eleştirilen bir gerçektir. Kurul kararlarına karşı başvurulacak bir üst yargı yeri bulunmuyor. HSYK’nun kendi yapılanması içinde sonuçlandırılan itirazların etkili bir üst yargı yolu olduğu da söylenemez. HSYK, üyelerinin büyük çoğunluğunun güvenceli ve bağımsız yargıçlardan oluşmasına karşın, Adalet Bakanlığı ile olan yasal ilgi ve işlevsel bağlantıları nedeniyle Kurul, bağımsız ve yansız yargı yeri tanımıyla örtüşmemektedir. Kurul, görünümü açısından da güven verici olmamıştır. Bu koşullarda AİHM’nin değerlendirmelerinin gerçek durumu uygun düştüğünü benimsemek kolay olmayacaktır.

## 32

Buraya kadar genel anlamda mahkeme olmadıkları halde yargısal işlevler üstlenen kurullardan örnekler verdik. Adının "Mahkeme" olmamasına karşın yargısal etkinlikler üstlenen bu kurullar için AİHM, yukarıda özetlenen değerlendirmeleri yaparak onları yargı yeri kabul etmiştir. AİHM, ülkelerinin yargısal yapılanmaları içersinde yer alan adları da mahkeme olan bazı örgütlenmeler konusunda ise, üstlendikleri işlevlerinden yola çıkarak bir mahkemede bulunması gereken zorunlu koşulları içermeyenlerin mahkeme sayılmayacaklarını kararlaştırdı.

Örneğin, Hollanda'da Belediye'den akaryakıt istasyonunu açma ruhsatı alan ve işletmeye başlayan başvuruçunun ruhsatı daha sonra Yüksek İdare Mahkemesi (Danıştay) İdari Uyuşmazlıklar Dairesi'nin kararına dayanılarak merkezi idare tarafından iptal edilmişti.

AİHM'ye göre, "Hollanda da Danıştay'ın İdari Uyuşmazlıklar Dairesi, yalnızca öneri niteliğinde görüş bildirmeye yetkilidir. Kararlarının Kraliyet üzerinde bağlayıcı gücü yoktur. Bu koşullarda Kraliyet, her an öneri düzeyindeki, kararlardan uzaklaşarak farklı uygulamalara gidebilir. Açıklanan nedenlerle, Danıştay İdari Uyuşmazlıklar Dairesi önündeki yargılamada, Sözleşme'nin 6. (1). maddesindeki uyuşmazlığın 'bir yargı yeri tarafından karara bağlanması' koşulu yerine getirilmemiştir." (Benthem/Hollanda, 1985)

Hollanda İdari Yargı yapılanmasında sonraki yıllarda da süregelen, idarenin yargı kararlarını değiştirmeye kadar uzanan geniş yetkileri nedeniyle, Avrupa Birliği'nin sınırlandırdığı süt üretim kotalarından kurtulmak isteyen başvuruçunun davasında AİHM, "Kraliyet'in kendi kararından dönmemesini beklemenin anlamsızlığı karşısında, aynı kuruldan yeniden yargılamaya yapmasının istenmesi etkili bir yol olmadığından, bağımsız ve yansız bir yargı yerinde yargılanma hakkının çiğnediğini" karara bağladı. (Van De Hurk/Hollanda, 1994)



**b. Bağımsız Mahkeme:** Yargılama yerlerinin bağımsızlığı, onlara görev veren, yetki tanıyan ulusal yasalarla doğrudan bağlantılıdır. Bağımsızlık, AİHM kararlarında başka bir organdan, topluluk veya kişiden emir almamak, onların etki alanı içinde kalmamak olarak değerlendirilmektedir. Bu niteliklerin varlığını araştırırken, Mahkeme, yargı yerlerinin yasa ile belirlenen görevlerini, üyelerinin atanma biçimlerini, görev sürelerini, yargıç olarak çalıştıkları sürece başka kişi ve kurumlara karşı bağımsız olup olmadıklarını, görevden alınma yöntemlerini tartışmaktadır. Aşağıda somut örnekte açıklanacağı gibi, mahkemelerin görünüşleri de, bağımsızlıkları açısından önem taşımaktadır. Mahkemelerin bağımsızlığının yasal yapılanmaları ile güvence altına alınmadığı koşullarda, işleyişlerinde de yansızlıkları sağlanamamaktadır.

AİHM "*bağımsızlık*" kavramını, her tür yargı yeri ve bu arada karar verme yetkileri bulunan jüri kurulları açısından da değerlendirmektedir. İsveç'te yayınlanan bir kitap, komünist rejimleri ve İsveç Sosyal Demokratik İşçi Partisi (SAP)'ni izleyen Nazi ve faşist eğilimli guruplarla başvurucunun ilişkisi bulunduğu izlenimini veren bölümler içeriyordu. Bu nedenle, kitabın yazarı ve yayıncısı hakkında hakaret davası açtı. Davalılar, davanın jüri önünde görülmesini istediler. Kitabın yayıncısı ve yazarı, daha önce SAP'in sahip olduğu yayınevinde çalışmışlar, önemli görevlerde bulunmuşlardı. Mahkeme'nin oluşturduğu 9 kişilik jürinin 5'i de SAP üyesi idiler.

Jüri, başvurucunun açtığı davayı reddetti. İsveç'te jüri kararına karşı gidilecek başkaca itiraz ya da temyiz yolu bulunmuyordu.

AİHM meslekten olan veya olmayan yargıçlarla ilgili bağımsızlık ve yansızlık konusundaki değerlendirmelerinin, jüri üyelerine de uygulanacağını belirtti. Olayda, jürinin yasa

ile kurulmuş olmasına karşın başvuruçunun yansızlık konusunda çok haklı kaygıları olduğunu vurguladı. İsveç hukuku, başvuruçuya jürisiz yargılama isteme ya da yayınladığı kitap-taki yazıların suç oluşturup oluşturmadığı konusunu karara bağlamak için özel bir çoğunluk talep etme veya davalıların aklanmaları durumunda bu karara karşı yasa yollarına başvurma olanağı tanımıyordu. Bu koşulları gözeten Mahkeme, jürideki beş üye ile yayınevi sahibi SAP arasındaki yakın ilişkiler nedeniyle, başvuruçunun *"bağımsız ve yansız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edildiğine"* karar verdi. (Holm/İsveç, 1993)

Bu karardan sonra İsveç Hükümeti, ülkelerinde Holm davasına benzer olaylara çok az rastlanabileceğini belirtmekle birlikte, Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'ndaki yargıçların davalardan çekilmelerini öngören yöntemlerin jüri üyelerine de uygulanacağını ve kısa sürede AİHM kararı doğrultusunda yasa değişikliğine gidileceğini Avrupa Konseyi'ne bildirdi.

İzlanda'da aşırı hız yapan ve kırmızı ışıkta durmayan kişiye para cezası salınmıştı. Ceza tutanağını alan polis müdürü, trafik suçu işleyenin ön ödeme yapmasını istemiş, ardından da Ceza Yargılama Yasası'nın tarudığı yetkiden yola çıkarak başvuruçuyu yargıç kimliği ile yargılamış ve mahkum etmişti. Bağımsız ve yansız bir yargı yerinde yargılanmadığını ileri süren başvuruçunun talebi üzerine, İzlanda Hükümeti dostça çözüm yoluna giderek, bu garip uygulamanın alevlenmesini önlemiş, yöntem yasasından kaynaklanan yanlışlığı düzeltmiştir. (Jon Kristinsson/İzlanda, 1990)

Sözleşme'nin yargı yerlerinin bağımsızlığı ve yansızlığı konusundaki düzenlemeleri, askeri mahkemeler açısından da geçerlidir. İngiliz Askeri Yargı düzeninde *"Toplantı Subayı"* olarak adlandırılan görevlinin gerek kovuşturma gerekse yar-

gılama sürecinde önemli yetkilere sahip olduğu gözlenmiştir. Başvuru tarihindeki hukuka göre, sanığa hangi suçlamanın yöneltileceğine, yargılamanın hangi askeri mahkemede yapılacağına Toplantı Subayı karar vermekte idi. Toplantı Subayı, askeri mahkemeyi toplama, mahkeme üyelerini atama, kovuşturma ve savunma subaylarını görevlendirmekle de yetkiliydi.

İngiliz Askeri Mahkemeleri'nin kapsamlı bir eleştirisini içeren AİHM'nin Findlay kararında, bu işleyiş aşağıdaki tümcelerle değerlendirildi:

*"... AİHM, toplantı subayının aynı zamanda 'onama subayı' olarak çalışmasını da önemli bulmaktadır. Nitekim, askeri mahkemenin kararı onun tarafından onaylanana kadar yürürlüğe girmenekte ve aynı kişi verilen cezayı kendi uygun gördüğü bir başka ceza ile değiştirebilmektedir. Bu, 'mahkeme' kavramının doğasında olan ve Sözleşme'nin 6/1. maddesinin gerektirdiği bağımsızlığın gereği olarak benimsenen, yargı organın yapılanmasında yeri bulunmayan bir kurum tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olma ilkesine aykırıdır.*

*AİHM, askeri yargı sistemindeki bu temel yanlışların, kendisi mahkemenin üyesi olmayan ve önerileri aleni olarak açıklanmayan hukuk müşavirinin (Adli müşavir) gizil bir güç olarak yargılama işlevine katılmasını, yönlendirmelerinin kararlar ve uygulama üzerinde doğrudan etkili bulunmasını ve mahkeme heyeti tarafından edilen yeninin yeterli olmamasını Sözleşme'ye aykırı bularak Komisyon'un bu konulardaki görüşlerine katılmıştır.*

*Yukarıda anılan eksiklikler, sonradan inceleme organları tarafından da düzeltilmemiştir. Başvurucunun yargılanması hem iç, hem Sözleşme hukuku bakımından 'cezai' olarak nitelendirilen önemli suçlamaları içerdiğinden, başvurucu, 6/1. maddenin tüm gerekle-*

rini yerine getiren bir ilk derece mahkemesi tarafından yargılanma hakkına sahip bulunuyordu. Ancak bu koşullar gerçekleşmemiştir. Özetlenen gerekçelerden dolayı ve özellikle askeri mahkemenin örgütlenmesinde toplantı subayının oynadığı rol nedeniyle, AİHM, Findlay'ın, davası ile ilgili mahkemenin bağımsızlığına ve yansızlığına ilişkin kuşkularının nesnel olarak doğrulandığını düşünmektedir." (Findlay/İngiltere, 1997)

İngiliz Askeri Mahkemeleri'nin kısa bir süre önce böylesine güvencesiz bir yapılanma içersinde bulunmaları, yazılı olmayan ve geleneksel krallık hukukunun kalıntısı olarak ta açıklansa, son derece şaşırtıcı görünmektedir.

Mahkemenin yapılanmasının, askeri yargıcın katılımı nedeniyle özde ve görüntüde yargı bağımsızlığı ile çeliştiği son örneklerden birisi de Türkiye'deki Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgilidir. HEP İl Yönetim Kurulu'nun yayınladığı bir bildiri nedeniyle yönetim kurulu üyeleri TCK 312. maddeye aykırılık savı ile DGM'de yargılanıp mahkum edildiler. Askerlikle ilgisi olmayan düşüncüyü açıklama suçu nedeniyle sanıkları yargılayan yargıçlar arasında, bir de askeri yargıç bulunuyordu.

AİHM bu olayı şöyle değerlendirdi:

*"Mahkeme, bir yargı yerinin 6. maddenin (1). fıkrası bakımından 'bağımsız' sayılıp sayılmayacağına karar verebilmek için, diğer nedenlerin yanında, üyelerinin atanma biçimini, onların görev süreleri ile dışardan gelecek baskılara karşı güvencelerin varlığını ve mahkemenin bağımsız bir görünümü verip vermediğini değerlendirecektir..."*

*Mahkeme'ye göre DGM'lerinde görev yapan askeri yargıçlar, bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerinden bazılarına sahiptirler.*

Örneğin askeri yargıçlar, sivil meslektaşları ile aynı mesleki eğitimini alırlar. Bu eğitim onlara süreklilik taşıyan askeri yargıçlık konumunu kazandırır. Askeri yargıçlar DGM'de görev yaparlarken, sivil yargıçlarla aynı anayasal güvencelere sahiptirler. Ayrıca, bazı farklar dışında görevden alınamazlar, kendileri istemedikçe erken emekli edilemezler. DGM'nin üyesi olarak, kişisel kimlikleri ile görev yaparlar. Anayasa'ya göre, görevlerinde bağımsızdırlar. Yargıçlık görevini yaparlarken, hiç bir kamusal makamı kendilerine emir ve talimat veremez ve öneride bulunamaz.

Ancak, görev konumlarının diğer yanları, bu yargıçların durumlarını kuşkulu biçime dönüştürmektedir. Birinci sorun, askeri yargıçların DGM üyesi olmalarından sonra da, yürütme organından entir alan orduya bağlı asker kimliklerini sürdürmeleridir. İkinci olarak askeri yargıçlar, askeri disipline bağlılıklarını sürdürmektedirler. Sicil notları askeri organlarca verilmektedir. Göreve atanmalarıyla ilgili kararlar, büyük çoğunluğu ordunun idari yapılanmasında yer alan yetkililerce verilmektedir. Son olarak DGM üyesi olarak görev süreleri, yenilenebilmek koşuluyla dört yıldır. Mahkeme'nin görevi, Sözleşme'ye taraf bir ülkede bu tür mahkemelerin kurulmasının gerekli olup olmadığına soyut olarak karar vermek değildir. Mahkeme'nin görevi, başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini saptamaktır.

Konuya bu açıdan bakıldığında, mahkemenin görünümü bile büyük önem taşıyabilir. Bu bağlamda korunması gereken olgu, demokratik toplumlarda mahkemelerin halka ve yargılama süreci nedeniyle sanığa vermesi gereken güven duygusunun korunmasıdır. Belli bir mahkemenin bağımsızlıktan ve yansızlıktan yoksun bulunduğundan kuşkulandığına haklı nedenlere dayanıp dayanmadığının araştırılmasında, belirleyici olmamakla birlikte, sanığın görüşleri de önem taşır. Önemli olan konu, başvurunun kuşkularının haklılığının nesnel açıdan değerlendirilmesidir."

Mahkemece, inceleme yöntemini yukarıdaki tümcelerle belirledikten sonra, davanın özünü oluşturan siyasi parti bildirisini nedeniyle, "... bir sivilin kısmen de olsa, davayı hiç ilgilendirmeyen silahlı kuvvetler üyesi yargıcın katıldığı bir mahkemede yargılanmasının ..." olumsuzluğu üzerinde durdu.

"Sonuçta Mahkeme, başvuruçunun İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsızlığından ve yansızlığından kuşku duymak için haklı nedenleri bulunduğunu." belirterek, olayda 6/1. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırdı. (İncal/Türkiye, 1998)

Bu kararı izleyen yasal süreç, mahkemelerin bağımsızlığı ve yansızlığı ilkeleriyle bağdaşmayan Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin sonlandırılmaları doğrultusunda olmuştur. Bilindiği gibi Anayasa ve ilgili yasalar bir kaç kez değiştirilerek önce askeri yargıçlar mahkemenin yapılanmasından çıkarıldı, ardından adil yargılanma güvenceleri ve demokratik ilkelere aykırılığı açıkça saptanan DGM'ler büsbütün kaldırıldılar.

**c. Yansız Mahkeme:** Yansızlık, yargı yerlerinin kuruluş koşullarından çok, yargıçların eğilimleri ve görev anlayışlarıyla ilgilidir. Yansızlık, mahkemelerin olağan ve vazgeçilemez niteliklerinden birisidir. AIHM'ye göre yansızlık, "*esas olarak önyargının ve yan tutmanın bulunmamasıdır*". Belirli bir davada yargıcın öznel yaklaşımı, olaylara bakışındaki kişisel tutumları ile değerlendirilir. Öznel açıdan yargıcın yansız olmadığına karar vermek için, somut ve geçerli kanıtların bulunması gerekir. Bu nitelikte inandırıcı kanıtlar bulunmadığı sürece yargıçların "*yansız*" oldukları kabul edilir.

Yargıcın yalnız öznel değerlendirilmesi ile yetinilemez. Ayrıca nesnel açıdan, hakkında kuşku duyulmasını önleyecek yeterli güvencelere sahip olup olmadığı araştırılır. Bu konu-

da mahkemenin görünümünün bile önemi vardır. (Piersack/ Belçika, 1982)

Bu ve benzer gerekçelerle AİHM;

Suç isnadının esası hakkında yetkili bulunan savcılık bürosu başkanının daha sonra aynı davada yargıçlık yapmasını, (Piersack/ Belçika, 1982)

Soruşturma yargıcının, dava açıldıktan sonra sanığın yargılandığı ceza mahkemesinin üyeleri arasında bulunmasını, (De Cubber/ Belçika, 1984)

Hazırlık soruşturması sırasında sanığın tutuklanmasına ve tutukluluğunun sürdürülmesine karar veren yargıcın, son soruşturmada, ikisi meslekten olmayan üç üyeli mahkemenin başkanı olarak sanığı yargılamasını, (Hauschildt/ Danimarka, 1989)

Hazırlık soruşturmasında sanığın gözaltına alınmasını kararlaştıran yargıç ile, bu suçlar nedeniyle soruşturmanın gerektirdiği kararları veren, bu arada sanığın tutuklanmasını kararlaştıran başka bir yargıcın, aynı suçlar nedeniyle sanığın yargılandığı esas davada Mahkeme Başkanı ve üye olarak görev yapmalarını, (Preifer ve Plankl/ Avusturya, 1992)

Ulusal yasaların olanak tanıdığı halde, bir yargıcın önceki yargılama aşamalarında görev almasına karşın, davanın üst mahkemede görülmesi sırasında da mahkeme kurulunda bulunmasını, (Oberschlick/ Avusturya, 1991)

Jüri üyelerinden birisinin "*... ne varmuş, ben ırkçımın işte ...*" dediğinin kendisine iletilmesine karşın, mahkeme dışında geçen bu konuşmayı jürinin yansızlığı açısından ulusal yargıcın inceleyip değerlendirmeye gerek görmemesi, (Remli/ Fransa, 1996)

Sanığın suçlu olduğunu saptayan jürinin, ırkçı tutum ve eğilimler içinde bulunduğuna ilişkin kanıtları, davayı yürüten yargıcın yeterince araştırmayıp etkisiz bir uyarı ile yetinmesi, (Sander/İngiltere, 2000)

Sözleşme'ye aykırı uygulamalar olarak değerlendirdi.

Yukarıda değinilen Remli ve Sander davalarını anımsatan bir olayda, jüri tarafından yargıca, üzerinde "jüride ırk ağır basıyor görüntüsü var. Bir üye azledilecek" yazan bir not gönderilmiştir. Yargıç, bu yazıyı sav ve savunma avukatları ile paylaştıktan sonra, yansız davranmaları gerektiği konusunda jüriyi gerekçeli ve ayrıntılı bir biçimde uyarmıştır. Bu konunun Strasbourg'a iletilmesi üzerine Mahkeme, olayda 6. maddenin çiğnenmediğini kararlaştırmıştır. Mahkeme'yi böyle bir değerlendirmeye iten etken, sanık avukatının, jürinin yansızlığına itiraz edip yeni bir jüri oluşturulmasını isteme olanağı varken, bu hakkını kullanmamış olmasıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesi açısından da zorunlu olan bir istemin ulusal yargı yerinde öne sürülmemesi, bu haktan vazgeçildiği anlamında değerlendirilmiştir. (Gregory/İngiltere, 1997)

Daha önce "Hauschildt" kararında tutukluluk konusunda karar veren yargıcın esas hakkındaki davayı görmesinin nesnel yansızlığa aykırı düştüğünü belirten Mahkeme, asıl davayı sonuçlandıracak yargıcın önlem niteliğindeki kararlarına dayanılarak yansızlığından kuşku duyulmasının haklı nedenlere dayandırılması gerektiği yolunda farklı bir değerlendirme yaptı. Mahkeme, bu görüşlerini başlıca iki nedene dayandırıyordu. Aynı mahkeme içinde görev yapmakla birlikte başvuruçunun salıverilme istemini reddeden yargıçlar kurulu, farklı kişilerden oluşuyordu. Mahkeme'nin sanığı salıvermesi ise, nesnel kanıtlarla da doğrulanan kendi anlatımlarına dayandırılmıştı.



Sanık, suçu işlediği yolundaki anlatımlarını geri almamış veya baskı altında, zorlama sonucunda itirafta bulunduğunu ileri sürmemiştir. Başvurucunun özgür iradesinin ürünü olan kendi sözleri karşısında mahkemenin kaçma olasılığına dayanarak tutukluluğunu sürdürmesi, davanın sonucunu etkileyecek önyargılı bir tutum olarak kabul edilmedi. (Sainte Marie/Fransa, 1992)

Sanık soruşturma yargıcı önünde verdiği ifadesinde, polisteki sorgusuna koşut olarak avukatının ve iki sosyal hizmet uzmanının önünde suçunu kabul etmişti. Yargıç, küçük yaştaki sanığın psikiyatrik gözetim altına alınmasını ve tutuklanmasını kararlaştırmıştı. Aynı yargıç daha sonra çocuk mahkemesi'nde sanığı yargılamış ve suçlu bulmuştu. Sanık avukatının ulusal düzeydeki hakim in reddi istemi kabul edilmemiştir.

AİHM bu olayda da yargıcın ilk soruşturma sırasında önlem niteliğinde kararlar almasının, farklı kriterler aranan son soruşturma evresinde görev yapması açısından yansızlık ilkesine aykırı düşmediğini kararlaştırmıştır. Her olayı kendi koşulları içinde değerlendiren malikeme, sanığın suçunu itiraf etmesi, yargıca yönelik açık bir kuşkunun bulunmaması ve çocuk mahkemesi kararlarının yeniden yargılanacak biçimde üst mahkeme denetiminden geçmesi gibi nedenlerle, olayda yansız mahkeme kavramına aykırılık bulunmadığını karara bağladı. (Nortier/Hollanda, 1993)

AİHM, davayı yürüten asıl yargıcın talimatı ile soruşturma evresinin gerektirdiği kararları alan yargıcın, (Fay/Avusturya, 1993)

Gözaltına alınan sanığı sorgulayıp tutuklanmasını kararlaştıran Sulh Yargıcı'nın, (Podovani/İtalya, 1993)

## 32

Hazırlık soruşturması sırasında önlem niteliğindeki kararlara katılmalarının yansızlıklarından kuşku duyulmasını gerektirecek öznel nedenlerin ileri sürülmemesi durumunda, son soruşturma aşamasında görev yapmalarına engel oluşturmayacağını kararlaştırdı.

AİHM, ulusal organların yerine geçerek, onlar adına kararlar vermemeye özellikle dikkat ediyor. Yerel mahkemelerin kanıtları değerlendirme, yasaları yorumlama yetkilerine çok fazla karışmamaya özen gösteriyor. Ancak Sözleşme'nin koruduğu hakların yerel mahkemelerce uygulanışını araştırırken, zaman zaman bir temyiz mahkemesi gibi kanıtların değerlendirilmesindeki yanlışlara kadar uzanabiliyor.

İtalya'da, görev suçu işledikleri ileri sürülen kişilerin önlem olarak görevlerinden uzaklaştırılmalarına ilişkin kararları veren yargıçların, uyuşmazlığın özünü sonuçlandırırken, ne ölçüde yansızlıklarını koruyabildikleri konusunu AİHM, kararların gerekçelerinin de ele alındığı kapsamlı bir incelemeden geçirdi:

*"İlk derece mahkemesinde yargılamayı yürüten yargıçlar, aynı zamanda koruyucu bir önlem olarak sanığın görevden uzaklaştırılmasına karar vermişlerdi. Sanığın, görevden alınmasına yönelik itirazı Perugia Mahkemesi'nde incelenirken, ilk derece mahkemesi yargıçları bu oturuma da katıldılar. Böyle bir durum, sanığın yargıçların yansızlığından kuşku duymasına neden olabilir. Bu tür kuşkuların, her davanın özellikleri gözetilerek nesnel ölçütler doğrultusunda değerlendirilmeleri gerekir. Ancak, duruşma öncesi kararlara katılan yargıcın, salt bu nedenlerle yansızlığını yitirdiği ileri sürülemez. Mahkeme, koruyucu önlemleri itiraz üzerine yeniden gözden geçiren Perugia Mahkemesi'nin 20 Mayıs 1994 günlü kararında, başvurucuya yönelik suçlamalarla ilgili inandırıcı kanıtların varlığı konusunda hiç bir bulguya rastlanılmadığını saptamıştır. Gerek 20 Mayıs, gerek-*

se 4 Temmuz 1994 günlü kararlarda, görevlendirildiği bölümde geçici personel konumunda bulunan başvurucuya yönelik yasal dayanağı olmayan idari işlemler uygulandığı saptanmıştır. Kuşkusuz, geçici önlemlerin gerekliliğini değerlendiren yargıç, savcılık istemlerini ve dayandığı kanıtları yüzeysel bir incelemeden geçirmiş, ancak bu kanıtlara dayanılarak, sanığın atılı suçu işlediği konusunda kesin bir yargıya varılıp varılamayacağını araştırmıştır. Yine de tartışılan kararlarda kullanılan sözcükler, ulusal mahkemenin, sanığın yargılama sonucunda mahkum edilmesine yetecek kadar kanıt bulunduğu kanısında olduğunu göstermektedir. Nitekim önlem niteliğindeki kararı veren aynı yargıçlar, yargılama sonucunda sanığı mahkum ederlerken, bu kararlara ve önceki gerekçelerine dayanmışlardır. Böyle bir durumda, başvurucunun yargıçların yansız davranmadıkları konusundaki kuşkuları, nesnel koşullara göre haklı bulunmuştur.” (Cianetti/İtalya, 2004)

Bazı durumlarda yargılama sürecindeki istemlere sert tepkiler veren yargıçlar, bu tutumları ile yansızlıklarını yitirebiliyorlar. Yerel ceza mahkemesindeki yargılama sonucunda mahkum edilen sanığın üst mahkemeye yönelttiği itirazında bu tür bir gerilim yaşandı. Sanık, üst mahkeme başkanının kendisini mahkum eden yargıçla yakın ilişkileri olduğunu ileri sürerek, davadan çekilmesini istedi. Üst mahkeme, sanığın davayı uzatmak amacıyla böyle bir yol izlediği gerekçesi ile, yargıcın çekilmesi yolundaki istemi yersiz buldu. Bir ay sonra sanık, üst mahkemede duruşmaları yöneten başkana karşı kişisel haklarının korunmasını ve bu yargıcın reddini mahkemeden talep etti. Mahkeme başkanı, sanığın haksız ve dayanaksız istemlerle mahkemeyi küçük düşürdüğünü, davayı geciktirmek amacıyla kendisine “küstahça” saldırılarda bulunduğunu belirten bir kararla ilk ret istemini reddetti. Bu kararlar para cezasına çarptırılan sanık, aynı tür davranışlarını sürdürmesi durumunda hakkında cezalandırma işlemi uygu-

lanacağı konusunda da uyarıldı. İki hafta sonra aynı yargıcın başkanlığında toplanan mahkeme, davayı uzatmak ve yargılamayı tıkamak amacıyla yargıcın manevi kişiliğine yeni bir saldırı olarak değerlendirdiği ikinci ret talebini de yerinde bulmadı. Sanığın, yargıcın reddi hakkındaki istemleri Yargıtay'da da kabul edilmediği gibi mahkumiyeti ile sonuçlanan ceza mahkemesi kararı da onanarak kesinleşti.

AİHM'ye göre, "üst mahkeme başkanı, hem başvuruçunun yargılanıp suçlu bulunduğu karara karşı yönelttiği itirazı incelemek açısından yargıç kimliği ile görevli, hem de kendisine karşı kişisel haklarının korunmasının talep edildiği hukuksal süreçte davalı konumunda bulunmaktadır. Bu iki kimliğin örtüşmesi yedi aydan fazla sürmüştür. Ceza yargılanması öncesinde başvuruçunun malikeme başkanınca 'karşı taraf' olarak görülmesini gerektirecek bir neden yoktu. Başvuruçunun ret istemleri karşısında mahkeme başkanı, sanığın kuşku ve korkularını gidermeye yönelik herhangi bir resmî açıklama yapmamıştır. Bu koşullarda hakimin reddi talebi üzerine para cezasına çarptırılması, sanığın korkularının daha da artmasına neden olmuştur. Sanığın ret istemi, yargıç tarafından, kişiliğine yönelik bir saldırı ve aşığılama olarak algılanmıştır. Başkan, sanığın ret gerekçelerini, kendi duygu ve düşünceleriyle oluşan kişisel anlayışı ve davranış biçimi içinde değerlendirmiştir. Böylece yargıcın olgulara bakış açısı, kişisel kararı, kendisinin bu dosyada küçük düşürülüp düşürülmediği noktası üzerinde odaklanmıştır. Nitekim sanığa yöntem yasaının öngördüğü en yüksek cezanın uygulanması ve benzer davranışlarını sürdürmesi durumunda hakkında ceza kovuşturması başlatılacağı uyarısı, yargıcın, başvuruçunun istemlerine karşı aşırı tepki gösterdiğini ortaya koymuştur. Sonuç olarak başvuruçunun mahkeme başkanının yansızlığını yitirdiği yolundaki kuşkusunu, hukuksal istemlerine karşı yöntem yasalarının öngördüğü kurallar doğrultusunda hukuksal çözümler üretilmemesi nedeniyle yerinde bulunmuştur." (Chmelir/Çek Cumhuriyeti, 2005)

Bu karar, yargıçların, kişiliklerine yönelik saldırı niteliğindeki istemler karşısında bile duygularına kapılmadan yasaların öngördüğü doğrultuda görevlerini sürdürmeleri gerektiğini belirtiyor. Yargıçların, yargıladıkları kişilerle "taraf" konumuna düşmeleri ise, hangi nedene dayanırsa dayansın, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki yansız mahkeme kavramı ile bağdaşmaz bulunuyor.

Mahkemelerin ve yargıçların yansızlığı kuramı, hukuk davaları açısından da AİHM'nin denetim alanında bulunuyor. Hırvatistan'da taraf olduğu sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmediği için kendisine karşı iki davacının açtığı tazminat davasında yargılanan kişi, dava sonucunda beklentilerine uygun bir karar elde edemedi. Yargıtay'daki temyiz isteminin reddedilmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı şikayetten de olumlu sonuç alamadı. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne yönelttiği itirazı karara bağlayan yargıçlardan birisinin, yakınma konusu asıl davanın başlarında kısa bir süre davacıların avukatlığını yürüttüğünü saptadı. Daha sonra bu kişinin davacı avukatlığından çekilmesi üzerine, yargılamanın izleyen bölümlerini başvuruca karşı yargıcın kızı üstlenerek davayı sonlandırdı.

AİHM olayı, öznel ve nesnel yönlerden ayrı ayrı tartıştı. Yargılamanın başlangıcında başvurunun karşısında yer alan yargıcın davanın sonunda da aynı doğrultuda karar vermiş olması, öznel yansızlık bağlamında önyargılı yaklaşımının göstergesi olarak yorumlandı. Nesnel yansızlık açısından ise, davanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesinden dokuz yıl önce ve çok kısa bir süre için de olsa davacının hukuki temsilini yürütmüş olması nedeniyle, aynı dava içinde farklı görüşler açıklaması ve birbiri ile çelişen iki görev üstlenmesi kuşku uyandırıcı bulundu. Mahkeme, yargıcın ayrılmasından sonra

## 32

davacıların avukatlığını kızına devretmesini de, yanlı yaklaşımının kanıtı olarak değerlendirdi. (Mezraniç/Hırvatistan, 2005)

Yargı yerlerinin güvenilirliği tartışmalarında göz önünde bulundurulması gereken bir konu da, yasal yapılanmadan kaynaklanmayan öznel sorunların, öncelikle ulusal ölçekte çözüm yollarının araştırılması gerektiğidir. Örneğin yargıcın yansızlığından kuşkulanan kişinin, koşulları oluşmuşsa, mahkemenin ya da yargıcın reddi sürecini işletmesi gerekir. Yargılandığı davada böyle bir girişimde bulunmayan kişinin, sorunu doğrudan AIHM'ye göndermesi durumunda, iç hukuk yollarını tüketmediği için başvurusu kabul edilmez bulunabilecektir.

İnsan hakları hukuku alanındaki araştırmalarda, AİHM'nin yorumu, genellikle maddelerin sıralanışına koşut olarak yürütülmektedir. Böyle bir yöntem, kanımızca, her konuya uygun düşmeyebilecektir. Örneğin 6. maddenin açılımı ile kazanılan "yargı yerlerine erişim" hakkı, 13. maddenin bağımsız bir konu olarak ele aldığı "etkili başvuru hakkı", aralarındaki ilişkiler nedeniyle birlikte değerlendirilmeleri gereken düzenlemelerdir.

Egemenlik alanlarındaki gerçek ve tüzelkişilerin yöneltecekleri başvurular için AİHM'nin yargı yetkisini kabul eden devletler, Sözleşme'nin 34. maddesine göre "... bu hakkın etkin bir biçimde kullanılmasına hiçbir nedenle engel olmama ..." yükümlülüğünü üstlenmiş bulunuyorlar. Böylece ulusal hukukun içselleştirdiği bireysel başvuru yolu da hak arama yöntemleri arasına katılmış oluyor. Genel anlamda hak arama özgürlüğünü oluşturan ve birbirlerini bütünleyen bu üç konuyu, yakın bağlantıları nedeniyle bir arada değerlendirmekte yarar bulunuyor.

Sözleşme'nin 6. maddesinde anılan güvencelerin uygulanacakları alanlar arasında, yargı yerlerine erişim hakkı öncelik

taşımaktadır. Ceza davalarında kamu gücü, sanığı yargıç önüne getirmektedir. Hukuk davalarında ise, davacının izlediği amaca uygun düşecek yargı yerini kendisinin seçmesi gerekmektedir. Bu seçim yeterli değildir. Kişi, davacı olabilmenin zorunlu kıldığı yargılama giderleri, hukuksal bilgiler, avukatla iletişim, kanıtların elde edilip derlenmesi gibi tüm olanaklara sahip olarak mahkemeye ulaşabilmelidir.

Sözleşme, “*medeni hak ve yükümlülüklerle*” ilgili alanlarda ve “*mülkiyet hakkı*” bağlamında hak arama özgürlüğünü korumaktadır. Ancak yukarıda değinilenlerle birlikte, davacı olmanın gerektireceği tüm olanakların ilgili devletlerce sağlanması yükümlülüğünü içermemektedir. Devletlerin sorumluluğu, genel anlamda davacıların önünü kesmemek, onlara davalarını karşı yanlarıyla eşitlik içinde haklarını koruyup geliştirecekleri ortamı oluşturmak ve yargı yerlerinde adil yargılanmayı gerçekleştirmektir.

Mahkemeye erişim hakkı, davacıların koşullarına, yargılama konusu hakların niteliğine ve genel olarak olayların özelliğine göre AİHM’nin kararları ile gelişip çeşitlenebilmektedir. “*Yargı yerlerine erişim*” gereksinimi, “*silahların eşitliği*” kuramında olduğu gibi, Sözleşme’nin tanıdığı haklardan yola çıkılarak yeni açılımlara olanak sağlayan anahtarlardan birisidir.

Bu konunun AİHM’ce kapsamlı bir biçimde ele alındığı olay, *Golders/Birleşik Krallık* davasıdır:

*“Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin görülmekte olan dava için taraflara tanıdığı güvenceleri ayrıntılı olarak tanımlarken, bu güvencelerden yararlanmayı olanaklı kılan yargı yerine başvurmayı korumaması düşünülemez. Eğer ortada bir dava yoksa, yargılamanın adil, aleni ve hızlı gerçekleşmesinin hiçbir anlamı kalmayacaktır.”*



Kararda, devletlerin, gerek toplumun, gerekse bireylerin yararlarını gözeterek zaman ve yer açısından getirebileceği kısıtlamaların hakkın özünü ortadan kaldırmaması ve Sözleşme'de yer alan diğer haklarla çelişmemesi gerektiği özellikle belirtilmiştir. Başvuru konusu olayda ise, cezaevindeki hükümlünün, kendisine karşı yalancı tanıklık yaptığını ileri sürdüğü bir cezaevi görevlisine karşı dava açmak üzere avukatı ile görüşme isteminin reddedilmesi, Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur. (Golder/İngiltere, 1975)

Mahkeme böylece, yargı yerine erişim olanağını, adil yargılanmayı bütünleyen ve Sözleşme'nin öngördüğü tüm güvenceleri kapsayan bir genişlikte yorumlamıştır. Doğrusu da budur. Yargılama süreci, birbiri izleyen çeşitli aşamalardan oluşmaktadır. Bunlardan birisinde kişinin ölü kesilirse, sonraki aşamalarda başarı olasılığı kalmayacağından, adaletli bir yargılamadan söz edilemeyecektir. Dava açmak isteyen cezaevindeki hükümlünün avukatla iletişim kurabilmesi, uygulamaya dönük ilk adım olacağından, yerine getirilmesi gereken bir aşamadır.

Golder davasında, hükümetin savunmasında yer alan, reşit olmayanların, medeni haklarını kullanma yetisinden yoksun bulunanların, iflas edenlerin ve yalnızca başkalarına zarar vermek amacıyla hareket edenlerin, özel durumlarının gerektirdiği ölçülerde mahkemeye erişim haklarının kısıtlanabileceği, AİHK'nun raporlarında da kabul edilmiştir. Buna karşılık devletlerin hukukun genel ilkelerini veya yerel uygulamaları kötüye kullanarak biçimsel engellerle yargı yolunu kapatmaları, Sözleşme ile bağdaşmaz bulunmaktadır.

Yargı yerine erişimin olmazsa olmaz koşullarından birisi de, kişilerin sorunlarını çözeceği mahkemelerin varlığıdır. Eğer mahkemeler yoksa, var olanlar görevlerini yapmıyorlarsa, yar-

## 33

gı yeri yok demektir. Bu konuyu, Avrupa Konseyi'nin en az nüfusu olan, yargısal yapılanması da aynı ölçüler içerisinde yetersiz kalabilen San Marino'dan alınan bir örnekle açıklayacağız:

*“Başvurucu kiruluşun taşınmazı, 1985 yılında yasal yollardan kamulaştırıldığı halde, izleyen iki yıl içerisinde herhangi bir kanusal amaç için kullanılmamıştır. İdare, 1987 yılında, taşınmazın yalnız bir kısmını kamu hizmetinde değerlendirmiştir. Başvurucu, taşınmazının kullanılmayan bölümünün kendisine geri verilmesini istemiştir. Devlet bu istemi reddedince, başvurucu, kamu hizmetinden artan taşınmazının mülkiyetinin kendisine verilmesi için ilk derece hukuk mahkemesinde dava açmıştır. İlk derece hukuk mahkemesi uyuşmazlığın idari nitelikte olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verince, davacı bu kararı temyiz etmiştir. Başvurucu, aynı istemle idare mahkemesinde de bir dava açmıştır. İdare Mahkemesi, yasama organının arazi üzerindeki işlemlerin tamamlanması için bir süre belirlediğini, kamulaştırmalardan kaynaklanan davaların hukuk mahkemelerinde görülmesi için yasa tasarısı hazırladığını belirterek, davayı görev yönünden reddetmiştir. Yargıtay da, dosyayı 4 yıl beklelettikten sonra, bu konunun hukuk mahkemesinin görev alanına girmediği gerekçesiyle, dosyayı İdare Mahkemesi'ne gönderme kararı almıştır. Böylece, San Marino'daki mahkemelerin hiç birisi, başvurunun davasının özü hakkında karar vermemiş, uyuşmazlığı çözümsüz bir durumda bırakmışlardır”.*

AİHM, ulusal düzeyde uygulanacak yasalar ile, uyuşmazlığın hukuk veya idare mahkemelerinden hangisi tarafından ve esastan sonuçlandırılacağı konusunda bir değerlendirme yapmayacağını belirttikten sonra, görüşünü aşağıda özetlenen çok yalın ve kestirme gerekçelerle açıklamıştır:

*“Mahkeme, başvurunun bu yargı yerlerinde davasının çözümlenmesini isteme hakkına sahip olduğu halde, mahkemelerin hiç birisinin,*

*kanulaştırmadan artan arazinin hakkı olup olmadığı ve kendisine geri verilip verilmeyeceği konularını çözüme kavuşturmadığını saptamıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucunun davasının reddedilmesi, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin güvencesi altında bulunan yargı yerlerine erişim hakkını ihlal etmiştir."* Mahkeme aynı kararında, 1 numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkının ve Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki uygun sürede yargılanma hakkının da başvurucu yönünden ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. (Benetico Capella Paolini/San Marino, 2004)

Yukarıda özetlenen kararın da ortaya koyduğu gibi, önemli olan, uyuşmazlığın yanlarının, adil yargılanma güvencelerinden yararlandırılmalarıdır. Bu açıdan AİHM, Avrupa ölçeğindeki bir uyuşmazlık mahkemesi gibi, davaların türleri ve görüleceği mahkemeler konusuyla hiç ilgilenmemektedir. Davanın niteliği ne olursa olsun, ulusal düzeyde adli veya idari yargı yerlerinden hangisinin görevine girerse girsin, önemli olan hiç bir uyuşmazlığın çözümsüz bırakılmamasıdır. Bu konuda gereken önlemleri almak, yargı yerleri arasında çıkabilecek olumlu ya da olumsuz görev uyuşmazlıklarını en kısa yoldan etkili biçimde çözmek, ilgili devletlerin sorumluluğu altındadır.

Genel nitelikteki, yasalar, yönetmelikler gibi düzenleyici işlemlerin tek tek bireylere imza karşılığında tebliğ edilmelerine olanak bulunmamaktadır. Bu konularda, her ülkenin kendine göre belirlediği genel iletişim araç ve yöntemleriyle toplumu bilgilendirmeleri yeterli görülmektedir. Ancak devletler ve bazı yönetsel organlar, kolaylarına geldiği, ayrıntılarıyla uğraşmak istemedikleri ve en önemlisi bireysel haklara yeterince önem vermedikleri için, kişiye özgü işlemleri de, ilgililere tek tek bildirmek yerine, genel duyurularla yetinmektedirler. Örneğin Türkiye'de imar uygulamaları içindeki parselasyon

## 33

planları, belli taşınmazların sit kapsamına alınmaları, dar ölçekli imar planları gibi bireysel hakları doğrudan ilgilendiren uygulamaya dönük işlemler, hak sahiplerine tebliğ edilmek yerine genel duyurularla yetinilmektedir. Kişiler, zamanında öğrenemedikleri bu tür işlemler nedeniyle çok büyük zararlara uğrayabilmektedirler. İdari birimlerde çalışanların, zaman zaman yakınlarına ya da işbirliği içinde oldukları kişilere haksız kazanç sağlamak amacıyla bu tür uygulamalara gittikleri de görülebilmektedir.

Fransa'da geçen ve Türkiye'deki doğal sit kararlarını arımsatan bir olay nedeniyle Danıştay'ın süre yönünden davayı reddeden kararı, AİHM'nin bu konuda görüş geliştirmesine neden oldu. Başvurucunun taşınmazının da içinde bulunduğu bir alan, Çevre Bakanlığı tarafından "Doğal Güzellik Alanı" ilan edildi. Çevre Bakanlığı, işlemlerin başladığını ve bir itirazı olacaksa, ilgili yerlere başvurması gerektiğini bir yazı ile taşınmaz sahiplerine bildirdi. Tahsis işlemi 4 Temmuz 1983 günlü Bakanlık Kararnamesi ile yürürlüğe kondu. Kararnamenin bir bölümü, 12 Temmuz 1983 günlü *Resmî Gazete*'de yayınlandı. Kararnamenin bir örneği de, Çevre Bölge Müdürlüğü eliyle, başvurucuya Paris'teki evinde tebliğ edildi. Başvurucu tebliğ tarihinden itibaren süresi içinde Danıştay'da dava açtı. Ancak *Resmî Gazete*'deki yayın tarihine göre 60 günlük süreyi geçirdiği için, davası reddedildi.

AİHM bu olayı şöyle değerlendirdi:

*"Bakanlık Kararnamesi, aralarında başvurucunun da bulunduğu 8 taşınmaz sahibini kapsamaktadır. İşlemlerin başladığı taşınmaz sahiplerine yazılı olarak bildirildiğine göre, onların, olunlu ya da olunsuz sonuçlarının da kendilerine tebliğ edileceği inancıyla, artık aylarca veya yıllarca Resmî Gazete'yi izlemek zorunda kalmadıkları inancına kapılmaları doğaldır. Kaldı ki, kanun organları ile başvuru-*

*cular arasında daha basit bir işleyiş gerçekleştirilerek özellikle mülkiyet haklarını ilgilendiren bir konuda doğrudan bilgilendirilmeleri sağlanıp, zamanında davalarını açmalarına olanak tanınabilirdi. Olayda, başvuruçunun pratik ve etkili bir biçimde Danıştay'a başvurma imkanı ortadan kaldırıldığından, Sözleşme'nin 6. maddesi çiğnenmiştir." (De Geoufftre De Pradelle/Fransa, 1992)*

Yargı yerine erişim, geçerli hukuk kurallarının, kimi zaman hak arama yollarını özellikle tıkamak amacıyla kullanılmasıyla önlenemediği gibi, bir mesleğin üyelerinin örgütlü etkinliklerini pekiştirmeyi amaçlayan düzenlemelerle de, engellenebilmektedir.

Kilise'nin ulusal hukukta tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle taşınmazlarına devletçe el konulması nedeniyle açtığı davanın ulusal mahkemece reddedilmesi, (Canea Katolik Kilisesi/Yunanistan, 1997)

Ücretini alamayan mühendisin iş sahibine karşı açtığı alacak davasının, bu tür davaların ancak Teknisyenler Odası tarafından açılabilceği, bireysel olarak açılmayacağı gerekçesiyle reddedilmesi, (Philis/Yunanistan, 1991)

AİHM'ce yargı yerine erişimi engelleyen uygulamalar olarak nitelendirildi.

Orta Avrupa'da gerçekleşen siyasal ve ekonomik değişimler, yeni katılımlarla Avrupa Konseyi'nin büyümesine ve AİHM'nin uygulama alanının genişlemesine neden oldu. AİHM'nin gündemine taşınan uyuşmazlıkların önemli bir bölümü, genellikle, bu ülkelerin önceki yapılanmalarının güncel koşullara uyarlanması sırasında karşılaşılan sorunlarla ilgili olabilmektedir. Örneğin, Romanya'da Komünist yönetim sırasında kendisinden alınan taşınmazlarının geri verilmesini

## 33

isteyen kişi, başvurusunu inceleyip sonuçlandıracak bir yargı yeri bulamadı. Romanya Yüksek Mahkemesi, hiç bir ulusal mahkemenin bu doğrultudaki bir istemi inceleyip karara bağlamaya yetkili olmadığını kararlaştırdı. Romanya iç hukukuna göre bu tür istemler ancak başsavcılık eliyle çözülebiliyordu. AİHM, başsavcılığın Sözleşme'nin 6/1. maddesi bağlamında bir mahkeme olmadığını belirterek, yakınma konusu olayda, başvurucunun yetkili bir yargı yerine ulaşma hakkının çiğnenmesine karar verdi. (Vasilescu/Romanya, 1998)

Romanya'da yaşanan bir başka uyuşmazlıkta, başvurucunun, kendisine Komünist rejim döneminde siyasal nedenlerle baskı yapıldığının araştırılması istemi, yönetsel bir birim olan "Uygulama Komisyonu"na reddedilmişti. Başvurucu bu karara karşı bölge mahkemesine itiraz etti. Olağanüstü Hal Yasası'nun 31. maddesi ile, Uygulama Komisyonu kararlarına karşı itiraz yolunu açan 118/90 sayılı Kararname'nin 9. maddesinin yürürlükten kaldırılması nedeniyle davanın reddine karar verildi. Bu karar Yargıtay'ca da onandı.

Mahkeme, Romanya'da gerçekleştirilen yasama alanındaki reformların, başvurucunun dava yolunu ortadan kaldırmayı amaçlamadığını belirtmekle birlikte, "yeni yöntem kurallarının uygulanması sonucunda başvurucunun istenlerinin idari bir organ tarafından reddedilmesi durumunda, Sözleşme'nin 6/1. maddesi uyarınca 'yargı yetkisi sınırlandırılmış bir yargı kuruluşu önünde yargılanma hakkı' ortadan kaldırılmış olmaktadır. Değiştirilen yasa, başvurucunun medeni haklarıyla ilgili olarak idari birimlerce verilen kararların hukuka uygunluğunun mahkemelerce denetlenmesini olanaksız kılmış ve yargı yerine ulaşma olanağını büyük ölçüde zedelemiştir." görüşüyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırdı. (Crison/Romanya, 2003)

Geçmiş yıllarda yaşanan olaylar nedeniyle mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığını ileri süren kişinin mahkemeye ulaşma hakkının ortadan kaldırıldığı bir uyuşmazlık Hırvatistan'da gerçekleşti. İç savaşın sürdüğü 1992-1995 yılları arasında başvurucunun evi ordu tarafından askeri amaçlarla kullanılmıştı. Askerler çekildikten sonra evine dönen başvurucu, konutunun harabeye çevrildiği gerçeğiyle karşılaştı. Ayrıca bütün eşyaları da yok olmuştu.

Yakıncı, 1996 yılı mart ayında bölge mahkemesinde uğradığı zarar nedeniyle devlete karşı bir tazminat davası açtı. 1999 yılı kasım ayında Medeni Yükümlülükler Yasası'nda yapılan bir değişiklikte, savaş sırasında polisin ve ordunun eylemlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin olarak açılan tazminat davalarının durdurulması öngörülmüştü. Bu yasa değişikliği doğrultusunda başvurucunun davasının da durdurulması kararlaştırıldı.

Medeni Yükümlülükler Yasası değişikliği ordunun ve polisin yarattığı zararlara ilişkin tazminat davalarını durdururken, Hükümet'çe altı ay içinde çıkarılacak yeni bir yasa ile, savaş dönemi zararlarının idari yöntemlerle ödenip sorunların çözümünü öngörülmüştü. Ancak AİHM, başvurucunun yakınmalarını karara bağladığı 2003 yılı temmuz ayına kadar böyle bir yasa çıkarılmadığını saptadı. Mahkeme, bu olayı şöyle değerlendirdi:

*"Mahkemeye ulaşma hakkının sınırlanabilir oluşuna ve mutlak olmamasına karşın, devletin taraf olduğu bir anlaşmazlığa ilişkin olarak yargı iradesinin geriye yürüyecek biçimde uygulanması, mahkemeye ulaşma hakkı konusunda ciddi tehlikeler barındırmaktadır. Mevcut davada başvurucunun tazminat hakkının, iç hukukta geçmişe yürüten iki yasa ile durdurulması öngörülmüştür. Yeni yasaların iç hukuktaki sonuçlarının tartışılması Malikeme'nin görevi değildir;*

2003'te yapılan yeni yasanın başvurucaıyü malikeneye başvurma hakkından mahrum bıraktığı da söylenemez. Buna karşın, 1999 değişiklikleri davayı üç yıldan fazla durdurmuş ve Bölge Mahkemesi yeni yasa yürürlüğe girinceye kadar başvurucaının zararlarına ilişkin yakınmalarını değerlendirmekten alkonulmuştur. Yetkililer, devletin sorumluluğu altında altı ay içerisinde yeni yasa yapmayı üstlenmişlerdir. Ancak bu süre içerisinde sözü edilen yasa çıkartılmadığından başvurucaı davanın sonuçlarına ilişkin uzun süreli bir belirsizlik durumunda bırakılmıştır. Bu koşullar altında, ulusal yasaların öngördüğü kurallar başvurucaının mahkemeye ulaşma hakkını korumaya yeterli değildir. Başvurucaının savlarını uzun süre ortaya koymasının engellenmesi, Sözleşme'nin 6/1. maddenin ihlali anlamına gelmektedir." (Acimović/Hırvatistan, 2003)

AİHM'nin bu doğrultudaki kararları, hukuk tekniği açısından yargı yerlerine erişim olanaklarını geliştirirken, bir yandan da hak arama özgürlüğüne yeni boyutlar katmaktadır. Romanya'daki ve benzer koşullardan geçen orta Avrupa ülkelerindeki mülkiyet sorunları, Avrupa Konseyi'nin düzenli ilişkiler içindeki diğer ülkelerde karşılaşılan uyuşmazlıklara benzememektedir. Aynı durum, Hırvatistan'da iç savaş sırasında konutuna zarar verilen kişinin tazminat istemleri için de geçerlidir. Böylesi durumlarda devletler, genellikle bireysel hakları korumak yerine, yöneticilerin işlerini kolaylaştırmayı yeğlemektedirler. Bir süre için yargı yolunu kapatarak uyuşmazlıkları dondurmaya, ardından aşamalı biçimde yaraları sarmaya yeğlemektedirler. Çoğu kez de zarar görenlere tam bir tazminat verilememektedir.

AİHM, yukarıdaki kararlarında, devletlerin yönetim biçimlerinde gerçekleşen köklü değişiklikleri ve savaşların yarattığı zararları olağanüstü koşullardan arındırarak, olağan yargılama yöntemleri içinde çözmeye çalışmaktadır. Bu kararlar, az da olsa, barışa katkı anlamında yorumlanabilirler.



Çekoslovakya'da ekonomik yetersizliği nedeniyle ödeme güçlüğü çeken özel bir banka, Çek Ulusal Bankası tarafından zorunlu yönetim altına alınmıştır. Bu işlem nedeniyle el konulan bankaya yeni yöneticiler atanmış ve Ticaret Sicili'nde gerekli tesciller yapılmıştır.

Bankarın önceki başkan ve yöneticileri ile ortaklarının büyük bir bölümü, el koyma işlemine karşı dava açmışlardır. Bölge mahkemesi, üst mahkeme ve Yargıtay, davacıların, artık el konulan bankayı temsil etmedikleri ve bu nedenle dava açma yetkilerinin bulunmadığı gerekçesiyle davalarını reddetmiştir.

Bu uyuşmazlığın AİHM'deki yargılama aşamasında da, Çek Hükümeti, temsil yetkisi sona eren eski yöneticilerin ve onların avukatlarının, Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında "zarar gören" tanımına girmediklerini belirterek bireysel başvuruda bulunamayacaklarını ileri sürmüştür.

AİHM, "bankanın zorunlu yönetim altına alınmasına karşın, hukuksal kişiliğinin sona ermediği görüşündedir. Başvurucunun mahkemeye ulaşma hakkının zorunlu yönetimin atanması ile engellendiği yolundaki yakınmalarının incelenmesine geçildiğinde, bankanın yalnızca zorunlu yönetimce temsil olunabileceğini kabul etmek, bireysel dilekçe hakkını sanal ve yararsız duruma düşürmek anlamına gelecektir... Gündemdeki davada bankanın eski başkanı ve ortaklarının çoğunluğu, bankanın yararına olan ve geçerli bir başvuru yapmışlardır. Bu nedenlerle Hükümet'in ilk itirazları reddedilmiştir."

Mahkeme, başvurunun özünü incelerken de başvuru bankanın istemlerinin Sözleşme'nin 6. maddesi içinde tartışılması gereken konular olduğunu belirtti. Çek Ulusal Bankası'nın el koyma kararının ve atanan yeni yönetimin yetkilerinin

yargısal değerlendirmeden geçirilme zorunluluğu üzerinde durdu. Başvuru konusu olayda ise, Çek Ulusal Bankası'nın el koyma kararının Ticaret Sicili'ne yazılmasından itibaren, hukukten temsile yetkili organların banka yararına hareket etme olanağı büsbütün ortadan kaldırıldığı gibi, hukuki işlemleri sürdürme yetkileri de sona erdirilmiştir. Bu gerekçelerle, başvurucuların temyiz istemleri de incelenmeden reddedilmiştir. Mahkeme, "*Çek Ulusal Bankası kararının yeniden incelenmesini sağlayacak etkili bir hukuk yoluna başvurma olanağının ortadan kaldırılması nedeniyle, başvurucuların yargı yerine erişme hakkının çiğnendiğine*" karar vermiştir. (Kredi ve Endüstri Bankası/Çek Cumhuriyeti, 2003)

Mahkeme, adil yargılanmanın gerçekleşebilmesi için, ulusal düzeyde sonuçlanan davaların kararlarının uygulanması gerektiği görüşündedir. Yargı kararlarının uygulanması, hak arama sürecinin olağan yollarda işletilip somut sonuçlarının alınması açısından zorunlu bir süreçtir. Kararların uygulanmaması durumunda, yargılanmanın bir anlamı kalmamaktadır. Gürcistan'da Savunma Bakanlığı'na balık ve deniz ürünleri sağlayan bir şirket, Bakanlığın sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle mahkemeye başvurmuş ve davalıdan 113. 860 Euro tazminat alması karara bağlanmıştır, Kararın kesinleşmesinin ardından davacı icra yoluna başvurmuştur. Savunma Bakanlığının haczedilip satılması olanaklı taşınmazlarının bulunmasına karşın, icra dairesi haciz işlemlerini uygulamamakta diremiştir. Davanın 1999 yılında sonuçlanmasının üzerinden uzun zaman geçtikten sonra Bakanlık, ancak 2004 yılında başvurucuya kendi saptadığı koşullarda taksitle ödeme önerisinde bulunmuştur.

AİHM, bu olayda, bütçede yeterli ödeneğin bulunmamasının, devlet borcunun ödenmemesi açısından haklı neden

oluşturmadığını belirtti. Devletin kendine özgü gerekçelerle kararı uygulamayı geciktirmesi, davacının Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki haklarına zarar vermemeliydi. Devlet borçlarının ödenmesine ilişkin olarak 5 yıl sonra çıkarılan 62 numaralı kararname, oluşan gecikmeyi gidermek açısından yeterli bulunmamaktadır. Devlet borcunun ödenmemesi, başvurucau ekonomik açıdan çok büyük güçlükler içinde bırakmıştır. Mahkeme yargı kararının aradan beş yıl sekiz ay geçtikten sonra bile henüz uygulanmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırmakla birlikte, icra memurunun yargı kararını yerine getirmemekte direnmesi karşısında, sonuç alıcı ve etkili bir başvuru yolunun bulunmamasını da, 13. maddenin çiğnenmesi biçiminde niteledi. (Anat-G LTD ve Megabhisvili/Gürcistan, 2005)

AİHM, ulusal uygulamaları değerlendirirken, kararlarında "Hukuk" başlığı altında yasa ve yönetmelikler gibi yalnız yazılı belgeleri incelemekle yetinmemekte, yerine göre temsil yetkisi bulunan kişilerin kamu adına verdikleri sözleri de geçerli saymaktadır.

Hollanda'da kalpazanlık ve vergi kaçakçılığı suçlamasıyla üç yıl boyunca soruşturulan iki şirket hakkında açılan dava sonucunda Bölge Mahkemesi, atılı suçun işlendiği yargısına vardı. Şirket tüzel kişilikleri para cezalarına, yöneticiler ise hapis cezalarına çarptırıldılar. Karar temyiz edildi. Ancak Başsavcı (Advocate Generale), anlaşma yapılması durumunda sanıklara cezalarının affedileceği yolunda güvence verince, onlar da temyiz başvurularını geri aldılar. Böylece Yargıtay'daki dava, istemin geri alınması nedeniyle 1995 yılı aralık ayında kesinleşti.

Başsavcı ile yapılan anlaşmanın gerektirdiği cezaların affı işlemleri kısa süre içerisinde sonuçlandırılmadı. Başvu-

# 33

rucuların cezalarının affına ilişkin istemleri, 1997 yılı Haziran ayında reddedildi. Bu yanıt üzerine başvuru, mahkumiyet kararını ve cezalarını onaylayan Yargıtay'a yeniden dilekçe vererek kararın bozulmasını istediler. Yargıtay, daha önce temyiz istemlerini geri almaları nedeniyle 1995 yılı aralık ayında karar kesinleştiğinden, istemin kabul edilmez olduğunu kararlaştırdı.

AİHM, şirket yöneticilerinin süresi içinde mahkumiyet kararını temyiz etmelerine karşın, başsavcının yanlış yönlendirmelerine inanarak temyiz istemlerini geri almaları üzerinde durdu. İç hukuk kurallarına göre kararı izleyen 14 gün içinde temyiz dilekçesi verildiği halde daha sonra geri alınması kararın kesinleşmesine neden olduğundan, sonuçta, başvuru, ne itirazları incelenmiş, ne de cezaları affedilmiştir. Bu koşullar altında başvuru, temyiz haklarını kullanamadıkları için yargı yerine ulaşma haklarının engellenmiş olduğunu kararlaştırdı. (Marpa Zeeland B. V. ve Metal Welding B. V./ Hollanda, 2004)

Sözleşme'nin hukuk davalarında ücretsiz avukat yardımını öngörmemesine karşın, yoksul bir kadına eşinden boşanmak için açtığı davada adli yardım verilmemesi, "mahkemeye erişim olanağı açısından" Sözleşme'ye aykırı bulundu. Başvurucunun Yüksek Mahkeme'ye ulaşamaması, hukuksal yardım alamamasından ileri gelen bu davada, Mahkeme, Sözleşme'nin uygulanma alanını genişleten aşağıdaki gerekçeye dayandı:

*"Bazı Sözleşmeciler Devletlerde olduğu gibi, ya hukuki temsilcinin katılımının zorunlu oluşu, ya da yöntem kurallarının ve davanın karmaşıklığı nedeniyle adli yardımın etkin bir biçimde mahkemeye ulaşmak açısından kaçınılmazlığının kanıtlanması durumunda, devlet avukatı yardımını sağlamak zorunda kalabilir."* (Airey/İrlanda, 1979)

Aynı şekilde, bir avukata karşı açacağı tazminat davası nedeniyle Fransa Barosu'nun davacıya ücretsiz hukuk yardımını sunma kararı almasına karşın, daha sonra bu sözünü yerine getirmemesi de, 6/1. maddenin ihlali olarak nitelendi. (Bertuzzi/Fransa, 2003)

Mahkeme, bazı küçük cezaların yönetsel organlar eliyle verilebileceği görüşündedir. Ancak bu tür yaptırımlar uygulanan kişiye, bağımsız ve yetkili bir yargı yerine itiraz olanağı sağlanmalıdır. *"Özellikle karayolları trafiği alanında çok sayıda küçük suçun işlendiği göz önünde tutulacak olursa, sözleşmecî devletlerin, mahkemelerini bunların kovuşturulması ve cezalandırılması işlemlerinden kurtarmak için haklı nedenleri olabilir. Küçük suçların kovuşturulması ve cezalandırılmasının yönetsel organlara bırakılması, ilgili kişiye hakkında verilmiş olan karar Sözleşme'nin 6. maddesinin güvencelerine sahip bir yargı yerinin önüne getirme olanağı sağlandığı sürece, Sözleşme'ye aykırı düşmeyecektir."* (Öztürk/Almanya, 1984)

Yargı yerlerine erişim hakkının ortadan kaldırılması, ülkenin hukuksal yapılanmasıyla doğrudan bağlantılı olabileceği gibi, bazı durumlarda yargı organının görevini yapmamasından da kaynaklanabilmektedir. Örneğin, İngiltere'de geçen bir olayda, *"Çocuklarıyla kişisel ilişkiyi kısıtlayan ve sona erdiren yönetsel organların kararlarının iç hukukta yerel mahkemeler eliyle denetlenebilmesine olanak tanınmasına karşın, bu kararların alınış biçimi ve başvuruçunun istemi doğrultusunda yargısal denetimin gerçekleştirilememesi nedeniyle, mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğine karar verildi."* (R/İngiltere, 1987).

3 Ağustos 1974'te Fas Hükümeti ile Fransız Hükümeti arasında, Fas'taki Fransız vatandaşlarının mal varlıklarının millileştirilmesi konularını içeren bir protokol bağlatılmıştır.

## 33

Bu protokole göre Fas Hükümeti, kamulaştırılan Fransız vatandaşlarının mal varlıklarının bedeli olarak Fransız Hükümeti'ne toptan bir tazminat ödeyecektir. Bu tazminatın kimlere, hangi ölçüler içerisinde ve ne kadar dağıtılacağına, Fransız Hükümeti karar verecektir.

Anlaşma kapsamındaki haklarını alamadığını ileri süren bir Fransız vatandaşı, İdare Mahkemesi'nde Fransa Dışişleri Bakanlığı'na karşı dava açmıştır. Daha sonra bu dava, görev yönünden Danıştay'a gönderilmiştir. Danıştay, uyuşmazlığın çözümü için, hükümetler arasındaki Protokol'ün 1. maddesinin nasıl yorumlanacağı konusunda güçlüklerle karşılaşmıştır. Anlamı yeterince açıklık taşımayan Protokol'ü yorumlama yetkisinin yalnızca Dışişleri Bakanlığı'na ait olduğu görüşü ile Danıştay, bu konuyu Bakanlık'tan sormuş ve gelen yanıtta göre başvuru davasını reddetmiştir. Danıştay kararının gerekçesinde, özellikle şu tümce yer almıştır; *"Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan yorumu Danıştay'ı bağlayıcı olup, Danıştay, bu yorumdan yalnız hukuksal sonuçlar çıkarabilir."*

AİHM bu olayı, Danıştay'ın bağımsızlığı açısından değerlendiren, uyuşmazlıkları çözmekte tam yetkiye sahip olan ve yürütmeye karşı bağımsızlığını koruyan birimlerin Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında yargı yeri sayılabileceklerini belirtti. Başvuru konusu olayda, önüne getirilen hukuksal uyuşmazlığı karara bağlamak için Dışişleri Bakanlığı'ndan görüş isteyen ve Tazminat Komitesi'nin Bakanlık'ça da benimsenen yoruma dayanarak davayı reddeden Danıştay'ın yaklaşımı, bağımsız ve yansız mahkeme kavramıyla bağdaşmaz bulundu. Yargılama sürecinde Bakanlığın belirleyici bir konuma getirilmesi, bu arada Bakanlık görüşünün başvurucuya iletilerek ona yanıt olanağı tanınmadan davanın sonlandırılması, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında tam yetkili, bağımsız

ve yansız bir yargı yerinde yargılanma hakkının çiğnenmesi olarak nitelendi. (Bumartin/Fransa, 1994)

Üst mahkemeler, kendi aldıkları ve “yerleşik içtihat” katılığına ulaşan kararları ile yargı yerlerine erişimi engelleyebilmektedirler. Fransa Danıştay’ı da, Bumartin kararına karşın, dış ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların yorumunu, Dış İşleri Bakanlığı’ndan aldığı görüşlere göre karara bağlama alışkanlığını sonraki yıllarda da sürdürmüştür. AİHM ise, yargı yerlerinin, önlerine getirilen uyuşmazlığı, yönetsel birimlerin yönlendirmelerinden bağımsız olarak kendi kararları ile çözmeleri gerektiği görüşündedir. Örneğin, bireylerle devlet arasında oluşan uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan idari yargı yerleri, kendi yerleşik içtihatları ile, kararlarına dayanak oluşturacak olan son değerlendirmeleri yürütme organının görüşüne bırakmamalıdır. İki devlet arasında bağitlanan bir Sözleşme’nin “karşılıklılık” koşulunun uygulanış biçimi hakkında Dışişleri Bakanlığı’ndan görüş istenmesi olağan karşılanabilir. Ancak Danıştay’ın önceki yerleşmiş içtihatları, kendisi dışındaki yönetsel bir organdan, daha da önemlisi yürütmenin ögesi olan bir bakandan gelen konuyla ilgili görüşleri incelemeyen ve davanın yanlarının tartışmasına sunmadan, kararını bu doğrultuda vermesini öngörmektedir. Bakanlık temsilcisinin açıklamalarının davanın sonucunu belirleyecek düzeyde etkili bir konumda bulunması, başvuruçunun dava içindeki sunum ve kanıtlarını etkisiz kılmaktadır. Olayda başvuruçuya, bakanlık görüşlerini yanıtlama olanağı bile tanınmamıştır. Başvuruçucu, ikili antlaşmanın karşılıklılık bağlamında uygulanmasıyla ilgili sonucu etkileyecek açıklamalarda bulunmuştur. Bu savlara karşılık “Danıştay, Hükümet’ce yapılan bildirimün anlaşılmasının diğer yanı olan ikinci devlet tarafından uygulanıp uygulanmadığını saptamanın ya da uygulanma olasılığının Hükümet bildirimini içinde yer

# 33

*alıp almadığı konularında bir görüşe varmanın kendi görevi olmadığı varsayımı ile kararını tümüyle Dışişleri Bakanlığı'nın görüşüne dayandırmıştır. Böylece önüne getirilen davada somut çözüm bekleyen konuları, sunulan kanıt ve gerekçeleri görmezden gelerek gönüllü bir tutumla yargılama sorumluluğunu yerine getirmekten kaçınmıştır. Bu nedenlerle başvurucu, gündemdeki davası hakkında karar verecek yetkili bir yargı yerine ulaşma olanağından yoksun bırakılmıştır” (Chevrol/Fransa, 2002)*



**"ADIL YARGILANMA HAKKI" İÇİN ÇOK YÖNLÜ  
GÜVENCELER SAPTANAN SÖZLEŞME'DE,  
NEDEN "ETKİLİ BAŞVURU HAKKI" ADINDA  
FARKLI BİR TANIMA GEREK GÖRÜLMÜŞTÜR?**

Mahkemeye erişim hakkı ile Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkı arasında yakın ilişkiler bulunmakta, bazı durumlarda her iki olanak iç içe geçebilmektedir. Sözleşme'nin 13. maddesini aşağıya aktarıyoruz:

*"İşbu Sözleşme'de tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen her şahıs, ihlal fiili resmi vazifelerini ifa eden kimseler tarafından bu vazifelerin ifası sırasında yapılmış da olsa, milli bir makama fiilen müracaat hakkına sahiptir."*

Bireylerin etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkından yararlandırılmalarının başlıca iki temeli bulunmaktadır. Başvuru konusu uyuşmazlık, öncelikle Sözleşme kapsamındaki haklarla örtüşmelidir. Böyle bir koşutluk kurulamıyorsa, en azından ulusal hukukun koruduğu tartışılabilir bir hakka dayanmalıdır. (Powell ve Rainer/İngiltere, 1990).

Yargı yerine erişim kuramı, 13. maddede soruşturma organlarına erişimi de kapsadığı için daha geniş bir içerik taşımaktadır. Buna karşılık ulusal düzeyde gerçekleştirilecek bir hak ihlali ve 13. maddede özellikle vurgulandığı gibi *"resmi vazifelerini ifa eden"* kamu görevlilerinin etkin veya edilgin

## 34

tutumlarının neden olduğu yakınmalar, koşulları oluşmuşsa, doğrudan devletlerin sorumluluğunu gerektirmektedir.

İnsan haklarını ve temel özgürlükleri korumak, özellikle devletlerin görevidir. Uluslararası örgütlenme ikincil düzeyde önem ve etkinlik taşımaktadır. Hak ihlalleri durumunda yakınmacıların hangi organlara, nasıl başvuracaklarını ilgili devletler kendileri belirleyeceklerdir. Sözleşme açısından önemli olan, ulusal düzeyde saptanan başvuru yöntemlerinin, etkili ve sonuç getirici olmaları gerektiğidir.

Bireyler yargı yerine ulaşmak için doğrudan devinime geçemedikleri ve bir başka organın karar ya da onayı ile davaların açılabilirdiği koşullarda, 13. maddenin uygulanması öne çıkabilmektedir. Örneğin, devletin askerinden ve polisinden yakınan kişi doğrudan ceza davası açamamaktadır. Olayların türüne göre, yönetsel organların ön soruşturma yapmaları, üst yönetim birimlerinin de soruşturma izni vermeleri gerekmektedir.

Yargıçlar, savcılar, avukatlar, noterler ve milletvekilleri hakkında soruşturmaların başlatılabilmesi özel kurallara bağlanmıştır. Kişisel yakınma kapsamını aşan bütün ceza davaları da, yakınmacılar tarafından değil, cumhuriyet savcıları eliyle açılabilir. Başta cumhuriyet savcıları olmak üzere, soruşturma izni veren, soruşturmaların sorumluluğunu yürüten, davaların açılmasına izin ve karar veren organların görevlerini yapmamaları durumunda, yargılama düzeni büyük ölçüde durmuş sayılabilir. Sözleşme'nin 13. maddesi bu gibi çözümsüzlükleri de kapsamaktadır.

Türkiye, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında AİHM'nin işkence uygulandığı sonucuna vardığı ilk davanın tarafı konumunda bulunuyor. Mahkeme, Aksoy davasında,

mağdurun, "Filistin askısına" alındığını kararlaştırdı. Diğer bir deyişle, "... çırılçıplak soyulmuş, kolları sırtında arkadan bağlanmış olarak kollarından havada asılı tutulduğu, bu uygulama sonucunda mağdurun her iki kolunun da felç olduğu ve felç halinin, bir süre devam ettiği kabul edildi, Uygulamanın ciddiyeti ve acımasızlığı nedeniyle, AİHM bu muameleyi işkence olarak tanımladı". (Zeki Aksoy/Türkiye, 1996)

AİHM'nin Zeki Aksoy'un davasını sonlandıran kararına göre, "Başvurucunun uğradığını iddia ettiği kötü muamele ile ilgili olarak Türkiye'deki mahkemelerde ne bir ceza davası ne de bir hukuk davası açılabilir."

Bu kararı izleyen Aydın, Sur, Erdagöz, Kurt, Tekin, Yaşa, Çakıcı, Veznedaroğlu, Ertak, Salman, İlhan, Dikme, Satık, Akkoç, Karataş, Boğa, Gündüz, Demiray, Büyükdağ, Sunal davaları sonucunda Türkiye'ye karşı verilen kararlar, AİHM'nin işkenceyi tanıyıp çeşitli yönleriyle yorumlamasına olanak sağladı. Hiç kuşku yok ki olaylar son derece itici ve utanç vericidir. Ancak böylesine ölümcül insan hakları ihlalleri birbirini izlerken, yakınmacıların başvurularının etkisiz kalması ve sorumlular hakkında soruşturmalar açılmaması, kamusal güven açısından daha da büyük sakıncalar taşımaktadır. Bulanık bir dönemden de gelse bu kararların ardı arkası kesilmiyor, her ay öncekilere yenileri ekleniyor. Demek ki Türkiye'de yasaların işkenceyi yasaklamasına karşın yürütme organı kamu görevlilerinin işkence suçunu işlemelerini önleyememiş, yargısal yapılanma ise, sanıkların saptanıp yargılanmalarını sağlayamamıştır. Kısaca diyebiliriz ki, ulusal hukuk bu sorunlar karşısında etkisiz ve yetersiz kalmıştır.

Özellikle Güneydoğu Anadolu'da geçen olaylar nedeniyle AİHM'ye gönderilen dosyalarda, yakınma konularının gözaltında öldürme, işkence, köy boşaltma, köy yakma gibi

çok önemli ve devletin soruşturma önceliği ile ele alması gereken ağır suçlardan oluşmasına karşın, kamu organlarının etkili çalışmalar yürütmedikleri saptanmıştır. Örneğin Mahkeme'nin Aksoy, Aydın, Menteş, Kaya, Selçuk ve Asker, Tekin, Ergi, Yaşa, Çakıcı, Tanrıkulu, Kılıç, Timurtaş, İlhan, Salman, Jabari, Akkoç, Taş, Bilgin, Gül ve Büyükdag davalarında, etkili soruşturma yapmakla yükümlü olan yetkililerin, bu sorumluluklarını yerine getirmemeleri nedeniyle 13. maddenin ihlal edildiği kararlaştırılmıştır.

Devletin nasıl durduğunu göstermek açısından, bu kararlardan bir kaç örnek vermekle yetiniyoruz:

*"Bu davada yakınma konusu olan 3 ve 8. maddeler ile Birinci Protokol'ün 1. maddesi bakımından ihlallerin ağırlığı, 13. maddede üzerinde bir anlama sahiptir. Bir kimsenin evinin veya mallarının Devletin güvenlik güçleri tarafından tahrip edildiğine ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, 'etkili hukuk yolu' kavramı iç hukuktaki diğer hukuk yolları saklı kalmak koşuluyla gerektiğinde bir tazminat ödenmesine ek olarak, davalı Devlet'e sorumluların ortaya çıkarılmalarını ve cezalandırılmalarını sağlayacak eksiksiz ve etkili bir soruşturma yapma ve bu soruşturma sürecine yakınmacının da etkili bir biçimde katılmasını sağlama yükümlülüğü yükler. Hükümet başvurunun kendisine iletilmesine kadar soruşturmaya başlamamıştır. Başvurucular İslanköy'deki operasyondan sorumlu olarak Başçavuş R. C.'nin adını verdikleri halde kendisinin ifadesinin alınmaması çok çarpıcıdır. Başvurucuların dışında olayı görmüş olabilecek diğer köylülerin de ifadelerine başvurulmamıştır. Soruşturma yetkisi, Kasım 1994'te Kulp İdare Kurulu'na geçmiştir. Aradan üç yıl geçtiği halde olayın soruşturulmasıyla ilgili bir bilgi verilmemiştir. Hükümet evlerin yakılması konusunda Sözleşme'nin 13. maddesinin aradığı etkili ve eksiksiz bir soruşturma yapmadığından, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlaline;" (Selçuk ve Asker/Türkiye, 1998)*

*“Başvurucunun, Abdüllatif’in işkence gördüğüne dair yakınması, ‘savunulabilir’ niteliktedir. Abdüllatif’in aldığı yaraların aydınlatılmasıyla ilgili etkili bir soruşturma yürütmek yetkililerin görevidir. Savcı, Abdüllatif’in hastanede tedavi edilmeyle gerektirecek kadar yaralı olduğunun ayırında olduğu halde, jandarmanın tarafından anlatılan olaydaki tutarsızlığı ve belirsizliği hiç sorgulamadan olduğu gibi kabul ederek, soruşturma için bir adım atmamıştır. Savcı, Abdüllatif’i veya İbrahim Karahan’ı dinlememiş, yaraların genişliği ve niteliği hakkında ilgili doktorlardan bir açıklama istememiştir. Ayrıca Abdüllatif acil servise getirildiği zaman verilen sağlık raporunda, yaralanmaların sebebi hakkında bir açıklama yapılmamış ve vücudun diğer yerlerindeki yaraları belirtilmemiş olduğu için rapor yetersizdir. Bir uzman tedavisi için acilen Diyarbakır’a sevk ihtiyacına dair belge de tatmin edici bir biçimde açıklanmamıştır. Bu nedenle 13. maddeye göre etkili bir cezai soruşturma yapılmış olduğu kabul edilemeyeceğinden; etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlaline;” (İlhan/Türkiye, 2000)*

*“Hükümetin Agit Salman’ın ölümünden ve gözaltında işkence görmesinden sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Bu nedenle yetkililer, ölümün sebeplerini araştırma konusunda etkili bir soruşturma yürütmekle yükümlüdürler. Otopsinin icra usulündeki kusurlar ile yukarıda sözü edilen delillerin yokluğu nedeniyle, cezai bir soruşturmanın yürütülmüş olduğu söylenemez. Başvurucu bu nedenle eşinin ölümü bakımından etkili bir hukuk yoluna ulaşamamıştır. Bu suretle başvuru tazminat alma da dahil mevcut bir hukuk yoluna sahip değildir. Etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlaline;”*

Karar verilmiştir. (Salman/Türkiye, 2000)

Üst düzey kamu yöneticilerinin dokunulmazlıkları bir yana bırakılırsa, güncel ilişkilerde en çok yakınılan olaylar, polislerin davranışlarından kaynaklanabiliyor. Genellikle bütün Avrupa ülkelerinde polise yargı dokunulmazlığı anlamına gelebilecek

kamusal politikalarla destek verilmesi, asayiş koruma ve suç önlemedeki etkinlikleri nedeniyle bir ölçüde korunmaya değer bulunabilmektedir. Ancak böyle durumlarda karşıt kamusal çıkarların korunması da gündeme gelebilmektedir ki, polisten yakınan bireylerin davaları orta yerde bırakılmamalı ve tutarlı bir inceleme sürecinden geçirilmelidir. Mahkeme de genellikle bu anlayışa destek vermektedir. *“Güvenlik güçlerinin çağdaş toplumalarda görevlerini yerine getirirken karşılaştıkları güçlükler, insani tutunların kestirilmezliği, hizmetlerin öncelikler ve olanaklar ölçüsünde gerçekleştirilebildiği göz ardı edilmeksizin, yetkililere çekilmez ve aşırı yük getiren yorumlar yapılmamalıdır.”* (Osman/İngiltere, 1998)

Kamu personelinin temelsiz suçlamalar nedeniyle görevlerini yapamaz duruma düşmelerini önlemeyi amaçlayan idari soruşturma aşamaları doğru işletilmediği zaman yargılanmama bağışıklığına dönüşmekle kalmamakta, devlet memurlarının suç işlemelerini özendiren bir etken olabilmektedir. En alt birimlerden başlayan bu tutum, karşılıklı dayanışma ve hoşgörü anlayışı içinde, yargı organına kadar uzanabilmektedir. Olay bu boyutlara geldiği zaman devlet adeta bir suç aygıtı olmakta, toplumsal güvenin yerini genel bir inançsızlık almaktadır. AİHM'nin 2. maddesindeki yaşama hakkı, 3. maddesindeki işkence yapmama yükümlülüğü, ödünsüz korunması gereken temel insan haklarının başında gelmektedir. Kamu personeline sağlanan yargılanmama rahatlığının, devletlerin varlık nedenini oluşturan yaşamsal konularda bile nasıl kötüye kullanılabildiğini Türkiye uygulamalarından kaynaklanan ve 2005 yılında sonuçlanan iki başvurunun kararlarından aktaracağımız kesitlerle örneklemeye çalışacağız:

Başvurucu, İzmir, Karşıyaka, Bostanlı polis karakolunda gözaltında olduğu sırada, polisler tarafından kendisine kötü

davranışlarda bulunulduğunu, işkence yapıldığını ileri sürmüştür. Başına, yüzüne ve vücuduna darbeler aldığını, dili de dahil olmak üzere vücudunun farklı bölgelerine elektrik verildiğini, gözaltında bulunduğu on sekiz saat boyunca ellerinin ve ayaklarının bağlı olduğunu belirtmektedir. Başvurucu tarafından dile getirilen yakınmalar, Sözleşme'nin 13. maddesi bağlamında "savunulabilir" konumdadır. Dolayısıyla, yetkililerin, Sözleşme'nin 13. maddesiyle getirilen düzenlemenin gereklerini karşılayacak biçimde etkin bir soruşturma açmak ve yürütmek yükümlülüğü bulunmaktadır. (Batı ve diğerleri/Türkiye, 2004)

Mahkeme, başvurucu tarafından yapılan şikayet üzerine bir soruşturma yürütüldüğünü, ancak özenle incelenmesi gereken noktanın soruşturmanın "etkin" bir niteliğe sahip olup olmadığı konusu olduğunu belirtmektedir. Başvurucu; soruşturmayı yürüten makânın bağımsızlığı bulunmadığından yakınmaktadır. Hükümet, başvurucunun şikayetinin İdare Kurulu tarafından incelendiğini, bu kurulun kararının idare mahkemesi önünde yargısal bir denetimden geçtiğini, böylece Sözleşme'nin 13. maddesinin gerekliliklerinin yerine getirildiğini belirtmiştir.

Mahkeme, yönetsel kurulların, Sözleşme'nin 3 ve 13. maddelerinin gerektirdiği biçimde bağımsız bir soruşturma yürütebilme yetilerine ilişkin ciddi kuşkuları olduğunu anımsatmaktadır. (Mehmet Emin Yüksel/Türkiye 2004)

Görülmekte olan olayda ilk soruşturmayı yapan kişi, Kaymakamlıkça atanmış komiser K. Ü.'dür. Bu kişi, soruşturmasını yaptığı polis memurlarıyla aynı hiyerarşi içinde yer almaktadır. Kendilerinden, güvenlik güçlerine karşı soruşturma açılıp açılmayacağı konusunda karar vermeleri beklenen İdare Kurulu, Kaymakamlığın yüksek dereceli memurlarından oluşmakta ve

Kurul'a, idari olarak yerel güvenlik güçlerinden sorumlu olan Kaymakam başkanlık etmektedir.

*"Mahkeme, başvuruçunun idari soruşturma boyunca, tanıklara soru sorma veya olayların kendi açısından gerçekleşme biçimini dile getirme olanağı bulamadığını, soruşturma dosyasına ulaşamadığını ve İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin de kararını dosya üzerinden vermiş olduğunu dikkate almıştır. Sonuç olarak yürütülen soruşturma, dava konusu olaydaki sorumluların saptanıp cezalandırılmalarını sağlayacak düzeyde etkin ve verimli değildir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir."* (Sunal/Türkiye, 2005)

Bu karar, gerekçesinde değindiği her konuda, Türkiye'de kamu personelinin işlemiş olabilecekleri görev suçları nedeniyle yürütülen yönetsel soruşturmaların, yakınmacılar açısından Sözleşme güvencelerinden yoksun bulunduğunu açıklıkla ortaya koymaktadır. Bir başka deyişle, hak arama özgürlüğünün kamu görevlilerine yönelik işleyişi güncel ölçütlere sığmayan hukuka aykırılıklarla yüklüdür. İlginçtir ki, bu ayrıcalıkları gidermek için, tutarlı çalışmalar yapılmamaktadır

Bu konudaki bir başka örnek de, "Lojman Cinayeti" olarak anılan, İzmir Milletvekili Erol Güngör'ün Ankara'da TBMM Lojmanları'nda kalan oğlu Mustafa Güngör'ün 24 Haziran 1991 günü ölü bulunmasıyla ilgili olayda etkili bir soruşturmanın yürütülmemiş olmasıdır. Etkili bir soruşturma yapılmamasına milletvekili dokunulmazlığının engel olduğu ileri sürülmüştü.

AİHM, bu konudaki görüşünü de aşağıdaki gerekçelerle açıkladı:

*"Sözleşme'nin 13. maddesi, iç hukukta, Sözleşme'ye dayanılarak, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapma, 'savunulabilir' bir*



şikayeti dile getirme imkanının tanınmasını gerekli kılar." (Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 2001) "Bu düzenlemenin amacı, Sözleşme'yle güvence altına alınan haklara yönelik ihlallerin giderilmesi için, Mahkeme'yi uluslararası şikayet mekanizmalarını devreye sokmadan önce muhakeme edilebilir hususların ulusal düzeyde ele alınmasının sağlanmasıdır." (Kudla/Polonya, 2000)

Bununla birlikte; 13. maddenin sağladığı koruma özel bir başvuru gerektirme noktasına dek ulaşmamaktadır. Sözleşmeciler devletler, belirli bir değerlendirme marjı kullanarak, bu düzenlemenin kendilerine öngördüğü yükümlülükleri yerine getirirler. (Kaya/Türkiye 1988)

Yürürlükteki hukukun özellikleri; devletin 13. madde anlamında sağlayacağı başvuru olanaklarının niteliğine yansır. Sözleşme'nin 2. maddesinde benimsenen hakların ihlaline ilişkin iddialar söz konusu olduğunda, tazminat hukuku –maddi ve manevi– çerçevesinde; tazminin, prensip olarak mümkün ve uygulanabilir olması gerekmektedir. 2. maddeyle ilgili şikayetler içeren davalar, Mahkeme'yi; başvuru-cuların etkili bir başvurudan yoksun kaldıkları, bu anlamda, olaylara karışanların sorumluluklarının tespit edildiğini görme imkanı bulamadıkları ve sonuçta, cezai bir soruşturmada müdahil olarak ya da hukuki veya idari yargı makamlarını harekete geçirerek, uygun bir giderim istedikleri sonucuna ulaşmaya itebilir. Başka bir deyişle; cezai soruşturma ve yargısal düzeyde yapılan başvurular arasında, sıkı ve somut bir yönetsel bağlantı vardır. (Öneryıldız/Türkiye, 2004)

Mahkeme, bu davada yürütülen cezai soruşturmada, usuldeki yetersizlikler nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan yönetsel yükümlülüklerin yerine getirilmediği görüşündedir. Ayrıca Mahkeme, yāsama dokunulmazlığının, uygulamada suçun kovuşturulmasına engel olması sebebiyle, yürürlükteki mevzuatın yeterince açık ve belirgin olmadığını belirtmektedir Mahkeme, başvuru-çunun; cezai soruşturmanın cinayet nedenlerinin aydınlatılmasını ve fail-

lerin kimliklerinin tespitini sağlayamaması sebebiyle, bir tazminat elde edebilmek için, Türk hukukundaki başvuru yollarına gidebilecek durumda olmadığını saptamıştır. Öte yandan Hükümet; cezai soruşturmanın verimsizliği veya sonuçsuz kalması üzerine, üçüncü bir kişi tarafından işlenen ve ceza gerektiren bir suçun mağdurlarına uygulanabilecek hiçbir başka prosedürden söz etmemiştir. Bu şartlarda Mahkeme, yetkililerin, oğlunun ölümü üzerine, Sözleşme'nin 2. maddesindeki gereklilikleri karşılayan bir soruşturma yürütmek konusunda kusurlu davrandıkları iddiasında olan başvurucunun, bu iddialarına ilişkin bir karar alması için uygun müracaat yolları bulunmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edilmiştir." (Erol Güngör/Türkiye, 2005)

Bu karar, bireysel başvurular sonucunda AİHM'ce verilen kararların yalnız başvuruculara, ulusal düzeyde ulaşamadıkları yasal beklentilerine yol açmakla kalmadığını, aynı zamanda güncel toplumsal sorunların çözümüne yönelik önemli hukuksal dayanaklar oluşturduğunu bir kez daha ortaya koymaktadır. Yasama dokunulmazlığı, Türkiye'de çok tartışıldığı halde hiç yol alınmayan bir konudur. TBMM'deki siyasal partilerin ve milletvekillerinin, söylemleri ne olursa olsun, dokunulmazlık konusundaki eylem ve etkinlikleri tam bir uyum içinde bulunmaktadır. Yasama dokunulmazlığı, kendisi de bir milletvekili olan Erol Güngör'ün yoğun uğraşları sonucunda uluslararası denetime açılarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin gündemindeki yerini almıştır.

AİHM Kararı'nın 111. paragrafında şu açıklamalar yer almaktadır:

"Mahkeme, savınmacı devlete düşenin, görülmekte olan davaya uygun olarak; gecikmeden, mevzuatını, yasama dokunulmazlığının, meclis üyelerinin ve yakınlarının, tanık veya sanık konumunda ola-

*bildiği durumlarda, kamuya karşı işlenen suçların kovuşturulmasına engel olmasını önleyici biçimde, açık ve belirgin hale getirmesi konusundaki yükümlülüğüne uygun önlemleri almak olduğunu saptanmıştır."*

Bu kararın ve gelinen aşamanın şöyle bir anlamı olmaktadır: AİHM'nin 46. maddesine göre AK Bakanlar Komitesi, "kararın uygulanmasını denetleyecektir. Her üç ayda bir, Türkiye'den yasama dokunulmazlığı konusunda ve AİHM kararı doğrultusunda neler yapıldığını açıklayan raporunu vermesi istenecektir. Sorun çoğulcu demokrasilerin kabul edebileceği ölçüler içinde çözümleninceye kadar dosya kapanmayacak, yasama dokunulmazlığı konusu, Avrupa Konseyi Bakanlar (Delegeler) Komitesi gündemindeki yerini koruyacaktır."

Mahkeme, devletlerin, gelen başvuruları yürürlükteki yasalar doğrultusunda etkili bir biçimde inceleyip sonuçlandıracak organları oluşturmalarını, 13. madde bağlamında yeterli görmektedir. Ulusal yasalardaki olumsuzluktan ileri gelen sorunların giderilmesi ise, bu maddenin kapsamı dışında kalmaktadır. AİHM'ye göre, "Yüksek İdare Mahkemesi, başvuru konusunun yakınmalarını konuyla ilgili uygulanabilir hukuksal düzenlemeler ışığında incelemiştir. 13. maddenin yürürlükteki olumsuz yasalara rağmen tüm sorunlara çözüm getirilmesini öngördüğü düşünülemez". (Müslüman Cemaati Yüksek Konseyi/ Bulgaristan, 2004)

Ulusal hukukta uyumsuzlukları çözecek organların bulunmasına karşın, bu birimlerin görevlerini yapmaması veya alınan kararların yerine getirilmemesi, etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkının güvenceye kavuşturulmadığı anlamında yorumlanmaktadır. Bu konuda baroların işleyişinden kaynaklanan iki örnek sunacağız:

Ordudan emekli olduktan sonra hukuk öğrenimini tamamlayan kişinin stajyer listesine yazılma istemi, Belçika'nın Hasselt Barosu'nca reddedilmişti. Baro'nun gerekçesi, dilekçenin bir mesleği tamamlamış olması ve kentte yeterli sayıda avukatın bulunmasıydı. Uzun süren ve çeşitli aşamalardan geçen yönetsel işlemlerden ve yargılama sürecinden sonra Danıştay, avukatlık mesleğinin ve baroların bağımsızlığı gerekçesiyle, Baro işlemlerinin Danıştay'ın yargısal denetimi dışında bırakıldığını kararlaştırdı. AİHM ise, ulusal hukuka göre avukatlığa girmesine yasal engel bulunmayan ve mesleki yetersizliği ileri sürülemeyen adayın stajyer listesine yazılması gerektiğini belirtti. yüz yüze ve açık yargılama yapılmadan verilen kararı, gerekçesiz olması yönünden de 6. maddeye aykırı buldu. Danıştay'm, uyuşmazlığın doğmasından sekiz yıl sonra kararını vermesi de, uygun sürede yargılanma hakkının çiğnenmesi olarak nitelendi. (De Motor/Belçika, 1994)

Polonya'daki uyuşmazlıkta ise aday, Bölge Avukat Stajyerleri Listesi'ne büro adresi belirtilmeksizin yazılmıştı. Baro Yönetim Kurulu'nun adayın bildirdiği büro adresini yazmamakta direnmesi, stajına başlamasını engelleme amacına yönelikti. Başvurucu, itirazının Barolar Birliği'nce de reddedilmesi üzerine, Yüksek İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Ulusal yargının olumlu karar vermesine karşın, Baro, bu kararın gereklerini yerine getirmemiştir. AİHM, Baro'nun Yüksek İdare Mahkemesi kararını uygulamaması nedeniyle, yakınmacı açısından etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. (Turczanuk/Polonya, 2005)

DEVLETLERİN BİREYSEL BAŞVURU SÜRECİ  
KARŞISINDAKİ TUTUMLARI SÖZLEŞME DENETİMİ  
ALTINDA MIDIR?

35

Gerek Sözleşme'nin 6. maddesinin kurumlaştırdığı "yargı yerine erişimi hakka"nın, gerekse 13. maddede anılan "etkili başvuru hakka"nın, Sözleşme'den bağımsız olarak uygulanmalarına olanak bulunmamaktadır. Yukarıda sunulan örneklerin de ortaya koyduğu gibi, hak arama özgürlüğü, Sözleşme kapsamındaki temel haklarla bağlantılı olarak başvuru konusu yapılabilmektedir. Sonuçta her ikisi de, ulusal ve uluslararası ölçekte geçerli ve etkili hukuk yolları olarak benimsenmektedir. Bireylerin bu yollarla da haklarını elde edememeleri durumunda, Sözleşme, bireysel başvuru yöntemini gündeme getirmektedir.

AİHM'nin 34. maddesine göre:

*"İşbu sözleşme ve protokollerinde tanıyan hakların Yüksek Sözleşmeci taraflardan biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş, kişi gurupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci taraflar bu hakları etkin bir şekilde kullanılmasına hiç bir suretle engel olmamayı taahhüt ederler."*

Bu madde, devletlere iki yönlü yükümlülük getirmektedir. Öncelikle, egemenlik alanlarındaki kişilerin ve örgütlerin,

## 35

bireysel başvuru hakkını kullanmalarına hiç bir biçimde engel olmayacaklardır. Bireysel başvurunun ulusal ölçekte de bir hak olarak benimsenmesi, yakınmalarını Strasbourg'a iletenlere karşı devletlerin herhangi bir yaptırım uygulamamalarını ve olumsuz davranışlar içine girmemelerini zorunlu kılmaktadır. Ancak kimi kamu görevlilerinin, kendi eylemlerinden kaynaklanan olayların bireysel başvuru konusu yapılması durumunda başvuruculara karşı yansızlıklarını koruyamadıkları gözlenmektedir. Bu tür olumsuzluklar, yeni yeni Sözleşme ihlallerine neden olabilmektedir. AİHM'nin kararlarında, Türkiye'deki yakınmalarla ilgili olarak özetle aşağıdaki değerlendirmeler yapıldı:

*"Başvurucuların bazılarının Komisyon'a yaptıkları başvuruyu geri almaya zorlanmaları nedeniyle ..."* (Akduvar ve Diğerleri/Türkiye, 1996)

*"Yakınmacının yaptığı başvuru hakkında yetkililer tarafından iki kez neden sorgulandığı ve bu sorgulamanın neden terörle mücadele birimi ve savcı tarafından yapıldığı konusunda inandırıcı bir açıklama alınamamıştır. Başvurucu bu durumu karşısında korkmuş olabileceğinden ..."* (Ergi/Türkiye, 1998)

*"AİHK'ya yaptığı başvuru hakkına yetkililerce ifade vermesi istenerek dolaylı biçimde baskı altında bırakılması, avukatı hakkında ceza soruşturması açılması ..."* (Kurt/Türkiye, 1998)

*"Başvurucu, yaptığı başvuruda Komisyon'a verdiği yetki belgesinin gerçekliği hakkında savcı B. S. tarafından sorgulanmıştır. Mahkeme, davalı hükümetin bir başvurucu ile bu gibi konularda doğrudan tenas kurmasının uygun olmadığını vurgulamıştır. Başvurucunun savlarında ısrarcı olması nedeniyle ..."* (Tanrıku/Türkiye, 1999)

*“Başvurucunun gözaltında bulunduğu sırada Komisyon’a yaptığı başvuru nedeniyle sorgulanması, yetkililerin bu durumu PKK ile bağlantısının bir kanıtı olarak değerlendirmeleri gerekçesiyle ...”* (Akkoc/Türkiye, 2000)

*“Başvurucu Komisyon’a yaptığı başvuru nedeniyle Terörle Mücadele Şubesi’nde iki kez sorgulanmıştır. Başvurucunun gözleri bağlanmıştır. Bu durum kendisinin korku ve gerginlik duymasına neden olan baskıcı bir uygulama oluşturmuştur. Başvurucunun iki kez Terörle Mücadele Şubesi’nde sorgulanmasına inandırıcı bir açıklama getirilememiştir.”* (Salman/Türkiye, 2000)

Yukarıdaki örneklerde olduğu gibi daha birçok olayda, bireysel başvuruyu engellememe taahhüdünün ihlaline, karar verilmiştir. Böylece Türkiye’nin, yalnız kendi insanlarına değil, diğer Avrupa Konseyi üyesi ülkelere karşı girdiği yükümlülükleri de yerine getirmeyerek, ulusal düzeyde geçerli bir hak arama yöntemi olan bireysel başvuru yolunu tıkayan girişimler içinde bulunduğu yargı kararları ile saptanmış oluyordu.

Devletlerin bireysel başvuruların özgürce yapılması ve doğru sonuçlara ulaşabilmesi için, Mahkeme’ye karşı da doğrudan sorumlulukları bulunmaktadır. Sözleşme’nin 38. maddesinin 1/a bendine göre, Mahkeme, kabul edilir bulunduğu yakınmalarda, *“olayları saptamak amacıyla başvuruyu incelemeye devam eder ve gerekirse, ilgili devletlerin, etkin olarak yürütülmesi için gerekli tüm kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma yapar.”* Devletlerin katkısı olmadan soruşturmanın yürütülmesi olanaksızdır. Devletler görevlerini yapmazlarsa, sistem tıkanır ve sonuca gidemez. Bu nedenlerle bireysel başvuru hakkının etkin kullanımı açısından devletler, Sözleşme’nin 34 ve 38/1. a maddeleri bağlamında Mahkeme’nin denetimi altındadırlar. AİHM’deki yargılamada, Hükümet savununanlarının istenen bilgileri vermemeleri, yanlış ve eksik bilgiler vermeleri du-

## 35

rumunda, Mahkeme, başvurucuların açıklamalarını doğru benimseyerek sonuca gidebilmektedir:

*"... AİHM, davalı Hükümet'in vermiş olduğu iddiaların yanında, Devlet ajanlarının dava konusu olaylara ilişkin çelişkili bilgi ve belgeler sunduğu bir durumla karşı karşıya gelmiştir. Tatmin edici açıklama bir yana, bunun için hiçbir açıklama yapılmamıştır. AİHM, böylesine ciddi bir çelişkinin Hükümet'in sunduğu şekliyle olayların inanılabilirliğini doğrudan etkilediğini ve ayrıca, başvurucunun savlarının yerinde olduğuna dair yapılan çıkarımları haklı gösterdiğini belirtmektedir." (Timurtaş/Türkiye, 2000), (Akdeniz/Türkiye, 2004)*

Devletlerin, içte ve dışta inanılırlıklarını yitirmemeleri için, böylesi durumlara düşmemeleri gerekiyor.



Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendinde korunan haklardan birisi de, "... davaların makul bir süre içinde ..." sonuçlandırılmasıdır. Kural, hem hukuk hem de ceza davalarını kapsamaktadır. Amaç, yargılamanın hızlandırılması, davaların olabildiğince çabuk sonuçlandırılmasıdır. "Makul süre" yerine, "uygun süre" deyiminin, Sözleşme'ye ve dilimize daha uygun geleceğini düşünüyoruz.

Yargılamada uygun sürenin saptanabilmesi için, öncelikle başlangıcının belirlenmesi gerekmektedir. Ceza davaları, suçlama ile başlamaktadır. "Mahkeme'ye göre bir ceza davasında uygunluğu incelenecek olan dava süresinin başlangıcı, kişiye ilk kez suç yöneltildiği tarihtir. Bu dönemin bitişi, isnadın kesin olarak karara bağlandığı tarihtir. Eğer karar temyizden sonra kesinleşmişse, uygun süre temyiz dönemini de kapsar." (Neumeister/Avusturya, 1968)

Hukuk davalarının ise, uyumsuzluğun yargı organı önüne getirilmesiyle başladığı, uygun süre açısından geçen zamanın yukarıda değinilen yargılama aşamalarına göre değerlendirilmesi gerektiği benimsenmektedir.

## 36

AİHM'nin "uygun süre"yi belirleme çabaları, ilginç bir süreç izlemiştir. Avrupa içtihadının gelişmesi, olaylar ölçeğindeki öznel yorumlarla başlamış, yargı yerlerinin sorunları çözmekteki beceri ya da isteksizlikleri üzerinde durulmuş, giderek yargı erkinin işleyişindeki devletlerin genel yükümlülüklerine yönelinmiştir.

Mahkeme'nin bu konudaki ilk kararında, yedi yıla yayılan bir ceza davasının işleyişi ele alınmıştır. Mahkeme'nin saptamalarına göre "... ilk soruşturma döneminde on beş ay boyunca soruşturma yargıcı, başvurucuyu sorgulama veya yüzleştirme gibi soruşturma işlemlerini yapmamıştır. İlk soruşturmanın sona ermesinden son soruşturmanın açılmasına kadar bir yıl gibi bir süre geçmiştir. Duruşmaların başlamasından aylar sonra, ikinci soruşturma için, duruşmalara ara verilmiştir."

Görülüyor ki, yargılamada oldukça yararsız ve dağınık bir süreç izlenmiştir. Mahkeme de yukarıda saptadığı olguları eleştirmekle birlikte, yurtdışına gönderilen yazıların yanıtlarının beklenmesini olayın çözümü açısından gerekli gördüğü için, başvurucunun dosyasının diğer suç ortaklarından ayrılması için geçen süreleri de gözетerek, davada, uygun sürelerin aşılmadığı görüşüne varmıştır. (Neumeister/Avusturya; 1968)

AİHM, uygun sürede yargılanma ilkesinin "esas amacının, sanığın uzun süre isnat altında kalmasını önlemek ve isnadın en kısa sürede karara bağlanmasını sağlamak" olduğu görüşündedir. Bu nedenle dikkat edilmesi gereken süreç, temyiz başvurusu sonucunda ulaşılmış olsa bile, beraat veya mahkumiyet kararının verilmesine kadar sürer. Ayrıca yargılamanın gecikmesine karşı sanığa tanınan korumanın davadaki ilk duruşmada sona ermesi için hiç bir neden yoktur. İlk derece mahkemenin, davayı nedensiz ertelemelerden veya aşırı geciktirmekten kaçınması gerekir.

Görülüyor ki AİHM, bu konudaki ikinci kararında da kalıcı ilkelerin arayışları içindedir. Ancak sanığın 3,5 yıllık tutukluluğun 4 yıl olan yargılama süreci ile büyük ölçüde örtüştüğü vurgulandıktan sonra, "... görevlerini özel bir dikkatle yapan mahkemelerin hiç bir kusuru bulunmadığından," uygun süre yönünden Sözleşme'nin 6/1. maddesinin çiğnenmediği kararlaştırıldı. (Wemhoff/Almanya, 1968)

Yukarıda değinilen ilk iki kararda görüldüğü gibi AİHM, uygun sürede yargılanma konusuna, ulusal mahkemelerle aynı anlayış içersinde yaklaşmaktadır. Kalıcı ölçütler henüz belirlenmemiştir ve davaların aşırı uzayıp uzamadığı konusu, deyim yerinde ise, el yordamı, göz kararı ile saptanmaya çalışılmaktadır. Mahkeme'nin, tutukluluğun uzamasını, davanın uygun süreleri aşması açısından haklı neden olarak benimseyen Wemhoff kararı, yanlışlığının yanı sıra, kişi güvenliği açısından da son derece sakıncalı bir anlayışın ürünüdür. Tutuklulukla dava süreleri arasında koşutluklar kurulması, sonuçta her ikisinin de birlikte uzamasına haklılık kazandıracak yorumlara kaynaklık edebilecektir. Mahkeme bu değerlendirmesini, sonraki kararlarında değiştirmiştir.

Mahkeme, hukuk davaları konusunda da aynı bakış açısını uzunca bir süre sürdürmüştür. 25 yıl çalıştığı özel işyerinde işverence iş sözleşmesi bozulan işgörenin açtığı davanın ancak 5 yılda sonuçlandırılmasını şöyle değerlendirmiştir:

*"Hükümet, mahkemelerin iş yükünün artmasını, davanın uzamasının nedeni olarak göstermişti. Mahkeme, adli kadroların güçlendirilmesi sonucunda Hanburg İş Mahkemesi'nin daha fazla davayı üstlenmesini göz önünde bulundurmuştur. Mahkeme'ye göre Hükümet, iş yükünü hafifletmek için önlemler almıştır. Federal İş Mahkemesi önündeki yargılama bir yıl, on üç gün sürmüştü olup, bu aşamada herhangi bir kusur söz konusu değildir."* (Buchollz/Almanya, 1981)

Kararın olumlu yanı, yargı yerlerinin iş yükünü azaltmak için, devletlerin önlem almaları gereğine, dolaylı yoldan da olsa, değinmesidir. Ancak bu karar da, AİHM'nin uygun yargılama süreleri konusunda henüz geçerli ölçütler saptamadığını ortaya koymaktadır. Kararın en olumsuz yanı da, Sözleşme'yle ve önceki kararlarıyla çelişen bir yaklaşımla, bütünlük içinde değerlendirilmesi gereken 5 yılı aşan yargılama süresini, yargılama aşamalarına bölerek sonuca gitmesidir.

AİHM, yargılama süresinin uygunluğu konusundaki kalıcı ölçütlerini ilk kez 1982 yılında İtalya'ya karşı sonuçlandırdığı iki davada belirlemiştir. Birinci başvuru Corigliano, İtalyan uyruklu bir avukattır. 1973 yılı Mart ayında bir gösteriye katılan Santo Amodeo adındaki kişi, avukatın bürosunda ve onun gözü önünde güvenlik görevlilerince yakalanıp götürülmüştür. Corigliano, göstericinin soruşturması sırasında tanık olarak dinlenmiş, polisçe düzenlenen tutanağın eksik ve gerçeğe aykırı olduğu yolunda anlatımlarda bulunmuştur. Polislere yönelik suç duyurusu dilekçesi nedeniyle savcı, avukat hakkında sövme suçunu işlediği savı ile soruşturma açmıştır.

Başvuru, hakkında ceza davası açıldığı 7 Aralık 1973 günlü bildirimden öğrenmiş, yapılan yargılama sonucunda, Ceza Mahkemesi'nce 7 Ağustos 1978'de on sekiz ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Üst Mahkeme, 19 Şubat 1980'de, başvurusunun aklanmasını kararlaştırmıştır.

Avukat Corigliano, henüz İtalya'daki dava devam ederken, 20.7.1978'de AİHK'ya başvurarak, yargılamanın uygun süreleri aştığını ileri sürmüştür. Bu istemi Komisyon'ca da benimsenmiştir.

Mahkeme, olayı aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmiştir:

**Yargılamanın Süresi:** Başvurucuya dava bildiriminin ulaştığı 7 Aralık 1973'ten, aklanma kararının kesinleştiği 19 Şubat 1980'e kadar geçen ve altı yılı aşan bir süredir.

**Olayın Karmaşıklığı:** Mahkeme, bu konuda yargı yetkisi açısından dosyanın Messina'ya gönderilmesinin bir ölçüde süre yitirilmesine neden olduğunu belirtmekle birlikte, davanın çok karmaşık olmadığı görüşündedir.

**Başvurucunun Tutumu:** Mahkeme, bu başlık altında başvurucunun davayı uzatmaya yönelik girişimleri olup olmadığını araştırmıştır.

Hükümet, başvurucunun üç kez temyiz dilekçesi vererek davayı uzatmaya çalıştığını ileri sürmüştü. Mahkeme, sınırlı bir etkisi olabileceği görüşüyle, temyiz dilekçeleriyle ilgili savunmaları incelemeye gerek görmedi. Başvurucunun, hazırlık soruşturması ve yargılama sürecinde davayı uzatmaya yönelik herhangi bir davranışı olmadığı saptandı.

AİHM'nin bu başvurunun incelenmesi aşamasındaki en önemli değerlendirmesi de, yargılanan kişinin "... adli mahkemelerle etkin bir işbirliği içinde olmaya zorlanamayacağı" dır. Bu ilke, savunma hakkının korunması açısından son derece önemlidir. Sanık, dava çabuk sonuçlansın diye, savunma olanaklarını kullanmamaya zorlanamayacaktır. Bir başka deyişle, uygun süreleri aşan davaların uzamasından, savunmasının gerektirdiği yöntemlere başvuran sanık sorumlu tutulamayacaktır.

**Resmi Organların Tutumu:** AİHM bu başlık altında hazırlık soruşturmasında, ilk derece yargılamada, üst mahkemede

## 36

geçen süreleri ayrı ayrı değerlendirdi. Diğerlerini olağan bulmasına karşın, iki aşamada yürütülen hazırlık soruşturmasında on yedi ayın hiç bir işlem yapılmadan geçirilmiş olması nedeniyle bu süreçle sınırlı olarak uygun sürede yargılanma koşulunun çiğnendiğini kararlaştırdı. (Corigliano/İtalya, 1982)

Avukat Corigliano, dava sürecinden anlaşıldığına göre oldukça atak ve duygusal bir hukukçu. Gözünün önünde geçen haksızlıklar karşısındaki tepkileri nedeniyle, sonuçta kendisi de sanık konumuna düşüyor. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na art arda yaptığı başvurular, iç hukuk yolları tüketilmediği ve başvuru koşulları oluşmadığı için işleme konulmuyor. Ne var ki, yargılandığı asıl dava sonuçlanmadan verdiği dördüncü dilekçesi üzerine Komisyon, uygun sürenin araştırılması yönünden kabul edilirlilik kararı veriyor. Böylece bir ilke daha pekişmiş oluyor. Uygun sürede yargılanma güvencesinin çiğnenmesi durumunda, AİHM'ye başvurmak için, uzayan davanın sonuçlanmasını ve iç hukuk yollarının tüketilmesini beklemeye gerek bulunmadığı karara bağlanmış oluyor.

Yargılandıkları davalarda suçlu bulunup hapis cezalarına mahkum edilenler de, uygun sürelerin aşılmasından yakınlıkmaktadır. Yani yargılama sonunda verilebilecek hapis cezasının alt sınırı gözetilmek koşuluyla dava süresince kişinin tutukluluğunun sürdürülmesi, Sözleşme'yle bağdaşmaz bulunmaktadır. Örneğin Başkanı olduğu Kuzey Doğu Ticaret Bankası'nın fonlarını zimmetine geçirdiği suçlaması ile 8 Şubat 1995'te gözaltına alınan sanık, 31 Mart 2000'de davanın sonuçlanmasına değin, 5 yıl, 1 ay, 23 gün cezaevinde kalmıştır. Davanın uzamasında başvurucunun tutumu ya da davanın karmaşıklığı ile açıklanmasına olanak bulunmayan önemli gelişmeler yaşanmıştır. Dava, yargılama mahkemesi önünde

hiç bir işlem yapılmaksızın yaklaşık iki yıl bekletilmiştir. Sanık hakkında aynı olaylara dayanan ve aynı tür suçlamaları içeren yeni bir dava daha açılmıştır. Böylece tutukluluk durumu ile birlikte yargılamanın da uzaması sağlanmıştır. Oysa dava süresince sanığın tutuklu bulunması, “mahkemeler açısından yargılamanın hızlandırılması için özellikle çaba gösterilmesini gerektiren bir neden” olarak değerlendirilmiştir. Devletin, “bireysel başvuru yetkisini tanımasından sonra, görevlerini yerine getirme konusunda daha da özenli davranmaları gereken yargıçların böyle bir anlayış içinde bulunmalarını nedeniyle, uygun sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği kararlaştırılmıştır.” (Kalaşnikof/Rusya, 2002)

Yunanistan’da da çalıştığı bankarın güvenini kötüye kullanıp sahte çek düzenlemekten, bilgisayar işlemleriyle hakkı olmayan paraları hile ile hesaplardan çekmekten yargılanıp üç yıl altı ay hapis cezasına çarptırılan kişinin başvurusu üzerine Mahkeme, “davanın dokuz yıl beş ay, yirmi sekiz günde sonuçlandırıldığını, bu sürenin hiç bir işlem yapılmadan geçirildiğini ve gecikmelerin yargının işleyişinden ileri geldiğini” belirterek, olayda, hukuksal işlemlerin uzunluğu nedeniyle, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. (Papageorgiou/Yunanistan, 2003)

Yukarıda değinilen her iki örnekte de ulusal mahkemelerin yargılamanın durması anlamına gelecek derecede hiç bir işlem yapmadan dosyayı bekletmesi, Sözleşme ihlalinin temel nedeni olarak değerlendirildi. AİHM’ye savunma vermek durumunda kalan hükümetler, davaların uzama nedenini genellikle mahkemelerin iş yükünün artmasına dayandırıyorlar. Ulusal bakış açısına göre haklı gibi görülebilen bu tür yaklaşımlar, egemenlik haklarının gereği olarak devletlerin yargı erkini en elverişli biçimde örgütleyip doğruluk içinde çalıştırma yükümlülüğü karşısında ayrıntı düzeyinde kalmaktadır.

Davaların uzaması, idari yargı açısından da eleştirilen bir konudur. Bilindiği gibi Danıştay'da ve İdare Mahkemele-ri'nde karşılıklı olarak iki kez yinelenen dilekçe ve yanıtların gönderilme işlemleri tamamlanınca, dava dosyaları "*tekmümüil etmekte*" ve dolapta sırasının gelmesi için bekletilmektedir. AİHM hiç bir işlem yapılmadan geçen bu tür beklemler için, "*davanın durması*" deyimini kullanmaktadır. Davanın durma süreleri uzayınca ya da başka nedenler eklenince, yargılama- da uygun süreler aşılmış olmaktadır. AİHM'nin kararlarında "*uygun süre*"nin saptanması açısından belirlenen üç öğeden "*davanın karmaşıklığı*", davanın içeriğinden kaynaklanan nedenlere dayanmaktadır. Bunlar, uyuşmazlığı ilgilendiren hukuk kuralları, dinlenecek kişilerin sayısal açıdan çokluğu, yabancı ülkelerden gelecek bilgi ve kanıtların elde edilme sü- releri, dosyanın başka davalarla olan bağlantıları gibi nesnel etkenlerdir. Başvurucuların davaların uzamasından sorumlu tutulabileceği alanlar ise, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilecek olan son derece sınırlı etkinliklerdir. Kaldı ki bu tür girişimler de, yöntem yasaları ile sınırlandırılıp art niyetli uzatma çabalarının önü alınabilmektedir.

Mahkeme, yargılama süresinin uzaması durumunda, dev- letlerin bu konudaki yakınmaları inceleyip karara bağlamaya yetkili yargı birimleri kurmalarını gerekli görmüş, aksi yöndeki uygulamaların Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı düşeceğini belirtmiştir. (Kudla/Polonya, 2000)

AİHM, davalarda uygun sürelerin aşılmasındaki asıl etkeni "*resmi makamların tutumunu*" başlığı altında değerlendiri- mektedir. Olay, uyuşmazlığın geçtiği yargı yeri ölçeğiyle sınır- landırılmamakta, ülkenin yargısal ve yönetsel yapılanması temel alınmaktadır. Nüfus, tapu, güvenlik gibi birimlerden gelecek belge ve bilgilerin gecikmesi, ilgili devletin sorum-



luluğu altındadır. Yargıcın, savcının dosyayı okumadığı için duruşmayı ertelemesi, avukatın gerekenden çok savunmasını hazırlamak için önel alabilmesi, yargısal yapılanma ile doğrudan bağlantılıdır. Bütün bu koşullar birlikte ele alındığında, davalarda “uygun süreler”in aşılmasındaki en önemli etken, gerçekte olduğu gibi, AİHM’nin kararlarında da yeterli nesnel önlemleri almayan devletler olmaktadır. Uygun sürede yargılanma hakkına ilişkin Mahkeme’nin değerlendirme ölçütlerini bütünlük içinde sunmak amacıyla, daha önce 5. madde bağlamında örnek verdiğimiz iki Türkiye davasının bu konudaki gerekçelerine de dönüyoruz:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “makul süre”yi hesaplarırken daha önce de değinildiği gibi üç ölçüt kullanmaktadır. Bunlardan birincisi, “davanın karmaşıklığı”, ikinci “başvuru sahibinin kusurlu davranışları”, üçüncüsü ise “adli makamların işlemleri”dir.

Mahkeme, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi’nde yirmi celse yapıldığını, bunlardan on altısının yalnızca delillerin okunmasına ayrılmış bulunduğunu, ancak dosyada mevcut bulunan belgelerin adedi ve niteliği göz önüne alındığında, bu davanın karmaşık bir dava olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.

İkinci olarak “başvuru sahibinin kusurlu davranışları” konusunda yapılan incelemede; sanıkların ve müdafilerin davranışlarının davanın yürüyüşünü engelleyici bir nitelik göstermediği kabul edilmiştir. Çok sayıda savunma avukatının bulunması ve duruşma sırasında alınan güvenlik önlemlerinin davanın akışını belli bir ölçüde yavaşlattığı kabul edilmişse de, bütün bu etkenlerin olaydaki uzun süreyi açıklamaya yeterli olmadığı görüşü benimsenmiştir.

## 36

Üçüncü ölçüt olarak, “adli makamların davranışları” açısından konu incelenmiş ve her bir oturumun yarım gün sürmesini ve duruşma günleri arasında uzun aralar verilmiş olmasını, bunun yanında beraat kararının 12 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu’nun çıkmasından, sonra altı ay kadar beklenerek verilmiş olmasını, Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan “makul süre”nin ihlali niteliğinde görmüştür. (Sargın, Yağcı/Türkiye, 1995)

Diğer davada, Mansur hakkındaki cezai işlemlerin makul süreleri geçmesinden dolayı Sözleşme’nin ihlal edildiği savları incelenirken, değerlendirmeye temel alınacak sürenin 18 Nisan 1984’de Edirne 1. Asliye Ceza Mahkemesi’nde açılan dava ile başladığı benimsenmiştir. İşlemlerin uzun sürmesinin makul karşılanıp karşılanmayacağı konusunda Mahkeme, aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

*“Hükümet, davanın karmaşıklığını ileri sürerek adli makamların işlemlerinde herhangi bir geciktirme kastı olmadığını beyan etmiş ve başvuru sahibinin davadaki davranışları konusunda bir iddiada bulunmamıştır.*

*Komisyon delegasyonu, davanın karmaşıklığının sorumlusu olarak, tamamen aynı olay ve aynı kişi aleyhine hem de aynı şehirde ayrı iki davayı yürüten adli yetkilileri göstermiştir. Bunlardan başka Mahkeme, Yunan yetkililerin davayla ilgili istenen belgeleri Atina’daki Türk Büyükelçiliği’ne teslim ettikten sonra, birçok nedenden dolayı ve resmi daireler arasındaki iletişimsizlik yüzünden çevirilerinin yapılmadığına ve bunların zamanında kullanılmadığına işaret etmiştir. Üstelik Edirne 1. Ağır Ceza Mahkemesi mahkumiyet kararını Yunanistan’ın Salonika Mahkemesi’nin kararı, başvuru sahibinin itirafları ve Forensic Tıp Enstitüsü’nün raporuna dayanarak vermiştir. Dolayısıyla dava karmaşık olarak nitelendirilemez.”*

Mahkeme, söz konusu olayda uyuşturucu kaçakçılığının varlığı nedeniyle adli makamların oldukça dikkatli davrandıklarına bu nedenle de işlemlerin geciktirilmediğine ilişkin Hükümet beyanını yerinde bulmamıştır. Taraf Devletler, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına uygun biçimde adli işlemlerini düzene koymakla yükümlüdürler. Mahkeme, hem 1. hem de 2. Ağır Ceza Mahkemelerinin önceden Yunanistan'dan gelecek belgelerin çevirilerinin yapılmasını beklemek konusunda ısrarlı olup davayı ertelemelerine ve sonradan bu belgeler ellerine ulaşmadan başka delillerle karar vermelerine bir anlam verememiştir. Sonuç olarak adli işlemler Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak makul süreyi aşmıştır. (Mansur/Türkiye, 1995)

Sıkıyönetim ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yararlarından söz edenlerin en önemli gerekçeleri, bu mahkemelerdeki davaların çabuk sonuçlanacağı varsayımı idi. Oysa olaylar gösterdi ki. Türkiye'nin en uzun davaları, olağanüstü nitelikteki bu mahkemelerde yığılaştı. Özellikle yüzlerce sanıklı örgüt davaları, sonuçlandırılması olanaksız görünen birikimlere neden oldu. Bu davaların sanıkları da, yaşamlarını altüst eden ömür boyu suçlanmanın baskısı altında, Strasbourg organlarında çözüm aradılar. 724 sanıklı Dev Yol Davası'nda yargılanan, altı yıl tutuklu kaldıktan sonra saliverilen, henüz kesinleşmeyen karara göre TCK'nin 146/1. maddesi uyarınca ölüm cezasına mahkum edilen Osman Nuri Ramazanoğlu'nun başvurusunu AİHM, aşağıdaki tümcelerle değerlendirir:

*"Mahkeme, ilk derece mahkemesinde gerek temyiz yargılamasın-da, gerekse Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki ikinci yargılamada önemli gecikmelerin olduğunu düşünmektedir. Başvurucuya karşı açılan davanın ve diğer davalıların sayısındaki fazlalığın karmaşıklıkla yol açtığı kabul edilebilir. Bu söylemle birlikte, yargılamanın 21*

## 36

*yıldan fazla sürdüğü de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu sürenin 16 yılı aşan kısmı Mahkeme'nin incelemesi kapsamındadır. Bu süre, karmaşıklık olasılığını haklı çıkaramayacak kadar uzundur. Ayrıca Hükümet gecikmenin davada başvuruçunun davranışlarından kaynaklandığına yönelik herhangi bir iddiada da bulunmamıştır. Mahkeme'nin kanısına göre yargılamanın uzunluğu, ulusal mahkemelerin davayı gayretli bir biçimde ele almamasıyla açıklanabilir.*

*Mahkeme bu bağlamda Sıkıyönetim Mahkemesi'nin 12 yıl 4 ay sonra 19 Temmuz 1994 tarihinde bir karara varabildiğini gözlemlemektedir. Askeri Yargıtay ve Yargıtay'daki temyiz yargılanması sadece 1,5 yıl sürse de, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nin bir karara varması 6,5 yıl almıştır. Davaya halen Yargıtay'da sürmektedir. Bu aşırı gecikmeler için davalı Hükümet tarafından inandırıcı bir gerekçe gösterilememiştir. Sunulan tüm kanıtları ve konuyla ilgili yerleşik içtihadını göz önünde bulunduran Mahkeme, söz konusu yargılamanın uzunluğunun 'makul süre' koşuluna uymadığına karar vermiştir.*

*Sonuç olarak Sözleşme'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir.”  
(Ramazanoglu/Türkiye, 2003)*

AİHM'İN ÖZELLİKLE  
ÇABUK SONLANDIRILMASINI  
ÖNGÖRDÜĞÜ DAVALAR OLUYOR MU?

37

Öncelik belirlemek, sıralama yapmayı gerektirir. Bazı davaların ulusal yargı yerlerinde öncelikle ele alınıp sonuçlandırılmalarını önermek, bu nitelikleri taşımayanların daha uzun bir zamana içinde yayılmalarına sıcak bakmak anlamında yorumlanabilir. Bu nedenle Mahkeme, zorunlu olmadıkça davalar arasında bir sıralama yapmamaya özen göstermektedir. Ancak, ulusal yargı yerlerinde görülen davalardan bazılarının özellikle çabuk sonuçlandırılmaları gerekirken, yargı yerlerinin bu tür çabalar göstermemeleri eleştirilmektedir. Kararlarda, ulusal mahkemelerin, tartışılan çıkarların özelliğini, dava konusu olayların niteliğini, davacıların ekonomik koşullarını, yaşlarını, sağlık durumlarını uygun sürede yargılanma hakkı açısından gözeterek davaların çok uzamadan sonuçlanmış olmasını gerektiği üzerinde durulmaktadır. Davalar arasında öncelikler gözetilerek yapılan sıralamalar da, ivedi sonuçlara ulaşılamadığı durumlarda yetersiz bulunmaktadır.

*"Davaları belirli bir sıra içinde ele almayı içeren geçici hızlandırma yöntemi, davaları açılış tarihlerine göre değil, fakat ivedi oluşlarına ve önem derecelerine, özellikle başvuruçular açısından tehlikede olan nedenlere göre inceleyip sonuç almaya yönelmiştir.*

37

*Ne var ki işler uzamış ve yapısal bir organizasyon sorunu haline gelmişse, bu tür yöntemler yeterli gelmeyecektir. Devlet etkili önlemler almayı daha fazla erteleyemez.” (Zimmermann ve Steiner / İsviçre, 1983)*

Fransa’da özensiz kan verme işlemleri sırasında pek çok kişiye AIDS virüsü bulaştırıldığı, AİHM’ye gönderilen başvurulardan anlaşılmaktadır. Mahkeme, Sözleşme ihlalini saptadığı bu olaylarda, yargılamanın uzamasını, 50. maddeye göre kararlaştırdığı tazminatları yükselten bir etken olarak gözetmektedir.

Aynı yolla hastalık kaptıktan sonra ölen kişinin anne ve babasının sürdürdükleri dava nedeniyle Mahkeme, “yargılama süresinin uzunluğunu, başvuruçunun son günlerinde daha bağımsız ve daha iyi duygusal koşullarda yaşamasını önleyen” bir neden biçiminde değerlendirmiş ve belirlediği tazminatı bu gerekçeye dayandırmıştır. (X/ Fransa, 1992)

Fransa’da yaşayan Türk vatandaşı Hüseyin Karakaya, 1984 yılında bir kan verme işlemi nedeniyle HIV virüsü bulaşması sonucunda AIDS hastalığına yakalandı. 29 Aralık 1989’da Sağlık Bakanlığı’na başvurarak, kan ürünlerinin sağlanması konusundaki kurallara uymayan bakanlıktan 2.500.000 FF tazminat talep etti. İsteminin kabul edilmemesi üzerine, idari yargı yerinde tazminat davası açtı. Davacının hastalığı 1992 yılının nisan ayında üçüncü evreye gelmiş bulunuyordu. Paris İdare Mahkemesi, devletin bu konudaki yasal yükümlülüğünün başladığı tarihten önce HIV virüsü alması nedeniyle, Karakaya’nın davasını reddetti. Ancak dava karara bağlanuncaya kadar, devletçe oluşturulan Kamu Tazminat Fonu’ndan başvuruçuya, davada talep ettiği tazminata çok yaklaşan miktarlardaki ödemeler yapılmıştı.

AİHM, idari yargılama sürecinde karşılıklı dilekçelerin gönderilmesinden sonra üç yıl beş ay boyunca hiç bir işlem yapılmadan dosyanın bekletilmesi, yani davanın durması nedeniyle, uygun sürelerin aşıldığını belirterek, başvurucuya 200.000 Fransız Frangı tazminatın yargılama giderleriyle birlikte ödenmesine karar verdi. (Karakaya/Fransa, 1994)

Hastanede kan verilmesi sırasında AIDS virüsü alan bir Fransız vatandaşının devlete karşı önce Versailles İdare Mahkemesi'nde açtığı, daha sonra Paris İdare Mahkemesi'nde ve Danıştay'da görülen, kesinleşinceye kadar dört yıldan fazla bir zaman geçen tazminat davasında AİHM, yargılamada uygun süreleri değerlendirirken, ulusal yargının genel ilkelerle birlikte başvurucunun içinde bulunduğu özel koşullardan ileri gelen beklentilerini de gözetmesi gerektiğini belirtti. Başvurucunun iyileşmez bir hastalığının bulunması ve gelecekte beklentilerinin azalmış olması büyük önem taşıdığından, yerel mahkemenin devam etmekte olan çok sayıda davanın bulunmasına bakmaksızın, bu davayı çabuk sonuçlandırmak için özel bir çaba göstermesi gerektiği üzerinde durdu. (Vallee/Fransa, 1994)

Mahkeme'nin davanın konusu olan olayların özelliklerine göre yargılamanın hızlandırılıp çabuk sonuçlandırılmasını öngördüğü aile yaşamına ilişkin kararları da bulunmaktadır. Eşinin açtığı ve 1994 yılında sonuçlanan boşanma davasında kızına cinsel tacizde bulunduğu ileri sürülen babanın, velayeti anneye bırakılan kızıyla geceyi de kapsar biçimde birlikte olabilmekle olanağı uzun süre ulusal mahkemelerce engellenmişti. Babaya zarar vermek amacıyla haksız suçlamalarda bulunan annenin 1997 yılında açtığı ceza davası da üç yıl sürmüştü. Yargılama sonucunda hiç bir kanıtı dayanmayan annenin suçlamalarının gerçek dışı olduğu kesinlik kazanmış ve baba

37

aklanmıştır. Altı yıldan fazla süren yargılama nedeniyle, baba ile kızı arasında olağan bir iletişim kurulamamıştır. AİHM, başvuruçunun çocuğu ile birlikteliğini geceyi de kapsar biçimde sağlanmasının görülmekte olan dava nedeniyle ertelendiğini ve bu uyuşmazlığın baba açısından taşıdığı önemi ceza yargıçlarının da kavrayarak yargılama sürecinin olabildiğince hızlandırılması gerektiğini belirtti. Mahkeme, uyuşmazlığın sonlandırılması için "... olağanüstü bir özenle davranma yükümlülüğü" altındaki yargıçların gereksiz uzatma ve bekletmelere neden olduğunu saptamış, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygun günde yargılanma hakkı açısından çiğnendiğine, ayrıca 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Schaal/Luxemburg, 2003)

Türkiye'de 12 Eylül dönemini izleyen yıllarda, bazı üniversite rektörlerinin eski alışkanlıklarını sürdürerek yargı kararlarını uygulamamakta direndikleri, yaşanan ve bilinen bir gerçektir. Böyle bir olay, yargı kararlarının uygulanmasına kadar geçen zamanı da, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki "uygun süre" kapsamına alan önemli bir Avrupa içtihadının kazanılmasına katkıda bulundu.

Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde asistan olarak çalışan Cengiz Büker'in görevine, Rektörlükçe, "mesleki yetersizlik" gerekçesiyle 21 Aralık 1987'de son verildi. Büker, bu işlemin iptali amacıyla Kayseri İdare Mahkemesi'nde dava açtı. Mahkeme'nin 6 Kasım 1989 günlü iptal kararı Rektörlükçe uygulanmadığı için Büker görevine başlatılmadı. Bu dosya mahkemelerin görüş değiştirmeleri nedeniyle, birkaç kez Danıştay'a gidip geldi. Sonuçta, Danıştay 8. Dairesi'nin karar düzeltme istemini reddeden 23 Mart 1995 günlü kararı ile dava başvuruçunun istemleri doğrultusunda sonuçlandı ve karar kesinleşti. Başvuruçunu 15 Aralık 1995'te göreve başladı ve 27 Aralık 1995'te istenmediği kurumdan istifa ederek ayrıldı.



Bu olayda uygun süreler yönünden davanın başlangıç tarihi açısından bir belirsizlik bulunmuyordu. Uyuşmazlığın sonlanması ise, Hükümet'e göre Danıştay 8. Daire'nin son kararını verdiği 23 Mart 1995 olmalıydı. "Mahkeme, iç hukuktaki yargılamanın uzunluğunu her zamanki ölçülere göre değerlendirdi. Bu ölçüler, davanın karmaşıklığı, başvuruçunun davranışı, ilgili kamu organlarının tutumu idi. Mahkeme'ye göre iç hukuktaki yargılamanın süresi, Üniversite'ye karşı dava açtığı 4 Mart 1988'de başlamıştır. Bu süre, Hükümet'in savunduğu gibi, Danıştay'ın son kararını verdiği 23 Mart 1995'te değil, üniversitenin başvuruçuya görevine geri alındığını bildirdiği 7 Aralık 1995 gününe kadar devam etmiştir. Çünkü, Mahkeme'nin görüşüne göre, yargı kararına uymakta geciktirilen süre, yargılama süresine eklenir. Mahkeme'ye göre bu süre, yedi yıl dokuz ay gibi olağanüstü uzun bir süredir. Davanın süresi, davanın karmaşıklığı ile açıklanamaz. Çünkü, çalışma ilişkisinden kaynaklanan basit bir uyuşmazlıktır. Üniversite Rektörlüğü'nün ve başvuruçunun, yasa yollarına gitmeleri ile de açıklanamaz. Çünkü, bu yollar, davanın her iki yanı açısından yasal haklardır. Ayrıca ulusal mahkemeler, taraflar kendilerinden talepte bulduklarında, görevleri gereği kısa sürede kararlarını vermişlerdir.

Bilinen ve yukarıda değinilen ölçütlere ek olarak Mahkeme, uyuşmazlığın çözümünün gecikmesi nedeniyle davacı açısından nelerin tehlikeye girdiğini de araştırdı. Mahkeme'ye göre çalışma konularındaki uyuşmazlıklar, niteliği gereği çabuk sonuçlandırılması gereken davalarlardır. Çünkü görevlerine son verilenler, yaşamları için gereken geçim kaynaklarından da yoksun kalmaktadırlar. Mahkemeye göre bu olaydaki temel sorun, başvuruçunun yeterli bir akademisyen ve araştırmacı olup olmadığıdır. Basit işçi-işveren uyuşmazlığının bu kadar uzun sürmesi, iç hukuk düzeninin, bu tür uyuşmazlıklar karşısındaki etkinliğini tartışmalı duruma düşürmektedir. Taraflara tanınan hukuk yolları kural olarak bireysel hakların korunması açısından yeterli görülebilir. Ancak bu durum, ulusal yetkilileri, Söz-

## 37

*leşme'nin 6/1. maddesindeki uygun sürede yargılama güvenceleri ile birlikte ulusal yargı sistenini güncel gereksinimleri karşılayacak biçimde yenileyip düzenleme yükümlülüğünden başışık tutnamaktadır." (Büker/Türkiye, 2000)*

Bu karar, yargı kararları uygulanmadığı sürece, davaları sonuçlanmamış olarak kabul etmektedir. Sözleşme'nin kapsamı içindeki konularda beklentileri doğrultusunda sonuç alanlar, yargı kararları ilgili kamu organlarınca uygulanmaz ve gecikmeler olağan işlem süreçlerini aşarsa, salt bu nedenlerle yargılamada "*uygun süre*"nin çiğnendiği gerekçesiyle, Mahkeme'ye başvurabileceklerdir. Böylece yargı kararlarının uygulanışı da Sözleşme güvencesi altına alınmış olmaktadır.

Kararın bir başka önemli yanı da, sosyal içerikli konularla çok fazla ilgilenmeyen Mahkeme'nin, önemli bir atak yaparak, işçi-işveren ilişkilerini konu alan davaların, çalışanların yaşam kaynakları ile doğrudan bağlantılı olmaları nedeniyle çabuk sonuçlandırılmaları gerektiğini belirtmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokoller çevresinde oluşan hukukun belirgin özelliği, kamu otoritesinin üstünlüğünü pekiştiren ayrıcalıklı hukuk anlayışından uzaklaşarak, bireysel hakların önem kazandığı özgürlükçü bir hukuk arayışına yönelmiştir. Hukukun "baskın taraf" egemenliği yerine "denge" anlayışını öne çıkarması, insan hakları alanında alışılmış kural ve uygulamaların ötesinde yeni açılımlara ivme kazandıran çok önemli bir gelişmedir.

AİHS, 6. maddede adları anılan hak ve güvenceler açısından olduğu gibi, genelde de adil yargılanma olgusunu eşitlik ve denge kavramları üzerine oturtmuştur. 1. bentte sözü edilen "... kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından... makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette ..." yargılanmak, uyumsuzluğun tüm yanları için geçerli olan ortak kuraldır. Eşitlik, bu düzenlemelerin doğasında vardır. 3. bentte yer alan kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni konusunda en kısa zamanda anladığı dilde ayrıntılı biçimde bilgilendirilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak, savunman edinmek, eğer akçalı olanakları yeterli gelmiyorsa ücreti kamu eliyle ödenen

## 38

bir savunmanın yardımından yararlanmak, iddia tanıklarını sorgulamak, kendi tanıklarını da aynı koşullarda mahkemeye getirip dinlenilmesini sağlamak, duruşmada kullanılan dili anlamıyorsa, ücretsiz bir çevirmenin yardımından yararlanmak, yargılanan sanıkların hak ve olanaklarını, onları suçlayan organ veya kişilerle aynı konuma getirip eşitliği gerçekleştirmek için öngörülen yöntemlerdir. Sözleşme’de tek tek sayılan bu hakların dışındaki diğer konularda da yargılama dengelerinin kurulması, AİHM’nin silahların eşitliği doğrultusunda geliştirdiği ilkesel kararlarla sürdürülmektedir. Kamu güvenliği, kamu yararı ile bireysel hak ve güvenceler arasındaki denge, Mahkeme kararlarında, “eşitlik”, “karşılıklılık”, “orantılılık” gibi sözcüklerle anlatılmaktadır.

Sözleşme’de, “silahların eşitliği” sözcüklerinden oluşan bir tanım yer almamaktadır. Adil yargılanma koşullarını düzenleyen 6. maddenin 1. bendindeki “hakkaniyete uygun” yargılama kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumları sonucunda “silahların eşitliği” ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur.

Mahkeme kararları, bu iki sözcüğe yargusal işlemlerin niteliklerini açıklayan çok çeşitli anlamlar yüklemiş bulunuyor. Yargılamada “eşitlik” denildiği zaman, ilk anımsanan çekişmeli yargılama oluyor. Çekişmeli yargılama ancak, karşıtların birlikteliği ile gerçekleşebiliyor. Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. bendine göre karşıtlar, ceza yargılamasında kendisine bir suç yüklenen kişi ile, onu suçlayan kamu görevlisi ya da suçtan etkilenen bir başka kişi oluyor. “Medeni ve hukuki uyuşmazlıklar”ın karşıtları ise, davacılar ve davalılardır. Bu karşıtlardan birisi hiç varolmaz veya davanın yanı konumunda bulunmazsa, kamu adına yürütülen işlem bir mahkemece sonuçlandırılrsa dahi, orada çekişmeli yargılamanın varlığından söz edilemez.

Silahların eşitliği deyimi, yargılamanın niteliğini de belirliyor. Silahlar savaş araçlarıdır. Yargılama ise, bireysel ve kitlesel savaşları önlemeyi amaçlıyor. Çelişkili gibi görülebilen bu anlatım, yanların, yargılama sürecindeki etkinliklerini vurguluyor. Çoğu zaman, çetin bir yarışmanın yürütüldüğü çekişmeli yargılamada, yanların sunum ve yönlendirmelerinin önemi üzerinde duruluyor. Yerine göre, uslu sanık, anlayışlı avukat, özverili davacı görünüşleri mahkemeler önünde bilinçli tutumlar olarak sergilenebilir. Ancak onlardan, savunma hak ve olanaklarından ödün vererek karşıtlarıyla ya da mahkeme ile işbirliği içerisine girmeleri beklenemez. Yanlar, açık ve kesin biçimde kendi istemleri ile mahkeme önündeki etkinliklerinin bir bölümünü uygulamama kararlılığı içine girmedikleri sürece, savunma hakları kısıtlanamaz.

Bu anlayış yargılama sürecinde mahkemelerin konumunu da belirliyor. Yanları etkisiz bırakan geleneksel yargılama yöntemleri, yargıçları, mahkemelerin sahipleri durumuna getirmiştir. Mahkemelerde yargıçların elinde toplanan yönetim ve karar egemenliği, giderek önyargılı yaklaşımların da kaynağı olmuştur. Osmanlı'dan günümüze yansıyan, "*mahkeme kadıya mülk değildir*" özdeyişi, kolaycılığa kaçan bencil yargılama alışkanlıklarının doğru bir eleştirisidir.

Silahların eşitliği kuramı, yanların etkinliğini arttırarak, mahkemeleri daha bir yansız ve bağımsız konuma yönlendirmiştir. Kamu adına yürütülen yargılamanın adil, verilecek kararların doğru olabilmesi için, yargı organı önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından yanlar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu dengenin bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.

AİHM'ye göre genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan "*hakkaniyet*"in en önemli gereği, taraflar arasında "*silahların*

38

*eşitliği*", diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir koşutluğun sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. (Delcourt/Belçika 1970; Monnel ve Morris/İngiltere 1987; Ekbatani/İsveç 1988) Amaç, sav ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir dengenin 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 alınması, bilirkişi raporlarının yanlara gönderilmesi ve yargılama sürecindeki bir kamusal organdan da gelse, yargıçların kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama konusunda bilgilendirilip bunları yanıtlama olanağının taraflara tanınması silahların eşitliği kapsamında değerlendirilen uygulamalardır.

AİHM'nin 6. maddesi çok geniş bir uygulama alanı buldu. Maddede geçen her sözcük, her kavram, AİHM'nin çok sayıda-ki, ilkesel kararlarına dayanak oluşturdu. Silahların eşitliği de, 6. maddenin ilgilendiği her alanda gündeme gelebilen anahtar bir deyim oldu. "*Silahların eşitliği*" kuramını, uygulamadan derlenen örneklerle özetlemeye çalışacağız.

Kamu adına suç yönelten organ ile suçlanan kişinin gerek ön soruşturma gerekse mahkeme önündeki yargılama aşamalarında yasalara göre sahip oldukları hak ve yetkilerin karşılaştırılması, silahların eşitliği ilkesinin ne oranda önemsendiğini ortaya koyacaktır. Hukuksal belgelerdeki hakların işlerliği ise, uygulamadaki sonuçlarına göre değerlendirilecektir. En çarpıcı örnek olan başsavcılık tebliğnamelerinin AİHM kararları ile geçirdiği evrim, Avrupa Konseyi'ne üye bütün

ülkelerin ulusal hukuklarını etkilemiştir. Bu konuda yürütülen hukuksal tartışmalar, silahların eşitliği kuramının daha iyi anlaşılacak, benzer alanlarda da uygulanıp çeşitlenmesine katkıda bulunmuştur.

Savcılığın ceza davalarındaki konumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ilk kez 1970 yılında Delcourt 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 aykırılığını düşüştüğü gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurdu. Başsavcı'nın Yargıtay'a verdiği görüşlerden bilgisi olmadığını, son sözün kendisine tanınmadığını ileri sürerek AIHM'nin 6. maddesinin 1. bendinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının çiğnendiğine karar verilmesini istedi. Komisyon'un kabul edilirlilik kararının ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uyuşmazlığı sonuçlandıran 17 Ocak 1970 günlü ve 11 sayılı kararını açıkladı.

AIHM'nin yorumuna göre;

"Yargıtay Başsavcılığı, kovuşturma yapmadığı, dava açmadığı, davacı niteliğine sahip olmadığı için, mahkeme önünde taraf olarak kabul edilmez. Yargıtay Başsavcılığı ile alt mahkemelerdeki savcılıklar, birbirinden farklı kurumlardır. Ancak yasalara ve uygulamaya bakıldığında, bu farklı işleyişin kolayca ayırtına varılamamaktadır. Görünümü nedeniyle kini sanıkların Başsavcılığı kendilerinin karşıtı gibi algılamaları 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. Sözleşme'nin 6. maddesi, Belçika'nın en yüksek mahkemesine bağlı olan, ona yardım ve danışmanlık görevi yapan bağımsız bir kurumun tümüyle hukuksal nitelikteki görüşlerine sanki tarafından yanıt verilmesini anımsatma yoluyla bile gerekli kılmamaktadır." (Delcourt/Belçika, 1970)

Böylece Emile Delcourt'un çok haklı nedenlere dayanan başvurusu, şartıtcı gerekçelerle reddedilmiş oluyordu. Eğer bu anlayış günümüzde de geçerliliğini sürdürseydi, Strasbourg yargısı güvenilirliğini ve yaratıcılığını büyük ölçüde yitirebilirdi. Delcourt kararını izleyen gelişmeler, çağdaş hukukun, feodalizm kalıntısı durağan kurumlarla birlikte yürütülemeyeceğini belgelemesi bakımından önem taşıyor. AİHM'nin yanlış



kararından aşamalı biçimde dönerek, doğru ilkelere yönelmesi, oldukça uzun bir zamana yayıldı.

AİHM, 2 Mart 1978 günü sonuçlanan Monnel ve Morris davasında konuyu eşit temsil olgusu kapsamında değerlendirdi ve aşağıdaki kararı verdi:

*“Üst mahkemeye yapılan başvuru üzerine yürütülen kısa yargılama sürecinde iddia makamı da yer almadığından, başvurusunun veya avukatının bulunmaması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir.” (Monnel ve Morris/İngiltere 1978)*

Bu süreç içinde, Pakelli 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 Yasası’nın 350. maddesinin 2 ve 3. bentlerine dayanılarak; tutuksuz sanığa Yargıtay’daki duruşma için avukat görevlendirme zorunluluğu bulunmadığı gerekçesiyle reddedildi. Alman Anayasa Mahkemesi’ne kadar taşınan bu uyuşmazlıkta Pakelli’nin, savunmasını yapmak üzere Yargıtay’daki duruşmaya katılabileceği 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 yokluğundaki duruşmadan sonra Yargıtay, Pakelli’nin cezasını onadı.

AİHM’nin 25 Nisan 1983 günlü kararında, silahların eşitliği kuramını doğrudan ilgilendiren aşağıdaki gerekçeler yer aldı:

"Bu dava, Federal Mahkeme'nin duruşma açılmasına gereksinim duyduğu ender uyuşmazlıklardan birisidir. Temyiz edilen ceza davalarının ancak yüzde onunda duruşmalı inceleme yapılmaktadır. Pakelli'nin temyiz gerekçelerinin kabul edilebilir nitelikte görülmesi, Federal Mahkeme'yi sözel yargılama yöntemiini benimsemeye zorlanmıştır. 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 olanağını bulacaktı. Sözel yargılama yönteminin benimsendiği bu davada, başvuruca savcının duruşmada açıkladığı savlarını inceleyip, tartışma fırsatının verilmesi gerekiyordu. Federal Mahkeme'nin duruşma açmasına karşın, sanığa savunman atanmaması, davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte önemli bir eksikliklerdir. Yargıtay incelemesi duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yürütülseydi, yanlar arasındaki eşitlik bozulmayacağından, dava, belki de başvuruca istemleri doğrultusunda sonuçlanabilirdi." (Pakelli/Almanya, 1983)

AİHM, Yargıtay'daki sözel yargılama aşamasında Pakelli'ye ücreti devletçe karşılanacak bir avukatın atanmamasının Sözleşme'nin 6. maddesinin 3/c bendine aykırı düştüğüne karar verdi. Bu sonuç nedeniyle, olayın bir kez de 6. maddenin 1. bendi kapsamında değerlendirilmesine gerek görülmedi.

Pakelli kararı, ulusal yasadana yola çıkarak Yargıtay'da duruşmasız yürütölen 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.

AİHM, bir başka kararında da çekişmeli yargılamanın, iddia ve savunmanın diğeri tarafın verdiği görüşler ve gösterdikleri kanıtlar hakkında yorum ve açıklama belirtme olanağına

sahip bulunmaları gerektiğinden, iç hukukta çeşitli biçimde kullanılabilecek bu olanaktan, dava konusu olayda iddia makamının verdiği mütalaayı başvurucunun bilememesi nedeniyle çekişmeli yargılama bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı. (Brandstetter/Avusturya 1981)

AİHM 22 Haziran 1993 günlü Borgers 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 arttırması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlali olduğu ..." belirtildi.

Böylece, Delcourt kararının sakıncaları, yine Belçika uygulamalarından kaynaklanan bir uyumsuzluk nedeniyle büyük ölçüde giderilmiş oluyordu. (Borgess/Belçika, 1993)

Türkiye'de de ceza mahkemelerinde kimi zaman yargıçların ve savcılarının, aynı kürsüyü paylaşmanın alışkanlıklarından da yararlanarak birlikte hareket ettikleri izlenmektedir. Sonuçlanma aşamasına gelen davalarda duruşma salonunun boşaltılarak, yargıç ve savcının biraz sonra açıklanacak olan kararın ayrıntılarını birlikte tartıştıkları görülebilmektedir. Özellikle avukatları tedirgin eden böylesi uygulamalar, yargılama sürecinden dışlandıkları ve savunma çabalarının boşa gittiği inancına kapılmalarına neden olabilmektedir.

Yargıtay'daki yerleşik uygulama, yakın zamana kadar savunmanın etkinliği açısından daha da önemli sakinler içeriyordu. Ceza davalarının Yargıtay'daki incelenmesi sırasında duruşmaların nasıl yapılacağı, CMUK'un 319. maddesinde düzenlenmişti. CMK'da olduğu gibi, taraflar yüz yüze yargılama sürecinde karşılıklı olarak sav ve savunmalarını tartıştıktan sonra, son söz sanığa verilmektedir. CMUK'da ve CMK'da, duruşma açılmayan durumlarda Yargıtay incelemesinin hangi koşullarda yürütüleceği, sanıklarla nasıl ve ne tür iletişim kurulacağı konularında ise 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 Başsavcılık'ta ne kadar bekleyeceği, karar için Mahkeme'ye ne zaman gönderileceği, hangi oturumda temyiz isteminin karara bağlanacağı, ilgililerce izlenip bilinmemektedir.

Aşağıda açıklayacağımız AIHM'nin M. Göç/Türkiye kararının uygulanması amacıyla 11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle CMUK'ca gerçekleştirilen değişime kadar, sanıklar ve avukatları, genellikle Yargıtay incelemesi tamamlanıp, dava dosyasının yerel mahkemeye gönderilmesinden sonra, Başsavcılık tebliğnamesinin içeriğini öğrenebilmekteydiler. Ancak bu aşamadan sonra savunma adına yapabilecekleri fazla bir şey kalmıyordu.

Tebliğname konusunun Strasbourg yargısına taşınması iki aşamada gerçekleşti. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, İncal davasının 25 Şubat 1997 günlü ve 22678/93 sayılı sonuç raporunda, yerel mahkemeye 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 gelse, yargıca sunulan tüm kanıt 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 yargılamaya bitmeden önce yanıtlanma hakkının tanınması gerektiği ..." üzerinde duruldu. "Başvuru konusu olayda ise, yerel mahkemenin mahkumiyet kararının onanmasını isteyen Başsavcılık Tebliğnamesi'ne karşı sanığa savunmalarını sunma fırsatının verilmemesi, Sözleşme'nin 6/1. maddesi ile güvence altında tutulan ve adil yargılanmanın temel öğelerinden olan karşıt konumdakilerin eşit koşullarda çekişmesi ilkesine aykırı düştüğü" yargısına varıldı. Son kararı vermek durumunda bulunan AİHM ise, aynı başvuru nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapılanmasını ve TCK 312/2. maddesine dayanan mahkumiyet kararını Sözleşme ihlali olarak nitelediğinden, diğer birçok başvuruda yaptığı gibi, bu saptamalarla yetinerek, ayrıca "Yargıtay'da izlenen yönetsel süreçle ilgili ..." istemlerin karara bağlanmasına gerek görmedi. (İncal/Türkiye, 1997)

AİHM'nin bu konudaki son değerlendirmeleri de Mehmet Göç/Türkiye kararında yer aldı. Ulusal yargı önündeki uyuşmazlık 466 sayılı Kanundışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa'ya dayanıyordu. 466 sayılı Yasa'nın 4. maddesine göre, "Mahkeme, Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı görüşü üzerine, duruşma yapılmaksızın kararını" veriyor. Yargıtay aşamasında ise, CMUK'un 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 onanmasma karar veriyor.

AİHM'nin 9 Kasım 2000 günlü kararında, bu işleyiş özetle şöyle değerlendirildi:

*"Mahkeme, Başsavcı'nın tebliğname içeriğinin dikkate alınıp başvurucaya 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'nın, hazinenin de temyiz isteklerinin reddi yolunda öneride bulunduğu bir gerçektir. Bu yansız yaklaşım, yerel mahkemece belirlenen tazminatı yetersiz bulan başvurucaın davasının Yargıtay aşamasında devanı etmekte olduğu bir sırada, yanların silahlarının eşitlenmesi sonucunu getirmiştir. Aslında başvurucaın ulusal mahkemeler önünde duruşma hakkına sahip olmadığı dikkate alınacak olursa, bu tür bir mütalaanın kendisine iletilmesi, adil yargılanmanın doğal gereğidir. Açıklanan nedenlerle başvuruca, Yargıtay önündeki yargılamada, başarı olanaklarını zayıflatacak her tür sunumundan bilgi edinmek hakkına sahiptir. Bu nedenlerle Cumhuriyet Başsavcısı'nın Yargıtay'a sunduğu tebliğnamesinin başvurucaya tebliğ edilmemesi, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlalidir." (Göç/Türkiye, 2000)*

Tebliğname konusunda ihlalı saptayan AİHM 4. Daire, 466 sayılı Yasa'ya göre tazminat istemlerinin yüz yüze ve sözel yargılama yapılmaksızın dosya üzerinden sonuçlandırılmasının Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı düştüğüne ilişkin başvuru 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 Yasa'nın duruşma yasağı koymasını, temyiz edilen davalarda başsavcılık tebliğnamesinin taraflara tebliğ olunmamasını oyçokluğu ile Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı buldu.

AİHM Büyük Kurul Kararı, Türkiye için olduğu gibi, Avrupa Hukuku açısından da yenilik sayılabilecek bazı önemli saptama ve değerlendirmeler içeriyordu. Şöyle ki, ulusal düzenlemelere göre Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülüp temyiz incelemesi Yargıtay Ceza Dairesi'nce sonuçlandırılan haksız tutuklama tazminatı davası, özü bakımından Sözleşme'nin 6/1. maddesinde tanımlanan "*medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili niza*"dır. Yani parasal içerikli bir hukuk uyuşmazlığıdır. Ağır Ceza Mahkemesi ve Yargıtay, olayda yöntem kuralları olarak CMUK'u uygulamışlardır. Davalı TC Hükümeti, ceza mahkemelerinde yürütülen bu davanın temyiz dilekçesinde, başvuru HUKM'a göre duruşma isteminde bulunmamasını iç hukukun uygulanışı açısından bir eksiklik olarak ileri sürmüştü. Büyük Kurul ise, her iki yasaya göre de başvuru davanın duruşma isteminin yerine getirilmesinin anılan yasalarla yasaklanması nedeniyle oluşan hukuksal olanaksızlığın üzerinde durarak Sözleşme ihlalini saptamıştır.

Her iki yanın da karşılıklı olarak bozma istemiyle temyiz ettikleri bir karar nedeniyle Yargıtay Başsavcılığı'nın onama

istemli tebliğnamesi, iki yandan hiç birinin görüşünü destekler nitelikte bulunmuyordu. Ancak onama istemi sonuçta başvurunun beklentilerine aykırı düşen bir talepti. Sözleşme'nin kamu gücüne karşı bireyleri korumaya yönelik genel amaçları doğrultusunda, başvurucuya tebliğnameyi yanıtlama olanağı sağlanmaması, Sözleşme'ye ve silahların eşitliği ilkesine aykırılık olarak nitelendi. (Göç/Türkiye, 2002)

Türkiye'nin bireysel başvuru yolunu açmasından sonra AİHK'nın raporları ve AİHM kararları doğrultusunda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 1992 yılından itibaren önemli değişimler gerçekleştirildi. Yakalama, gözaltına alma, tutuklama yöntem, koşul ve süreleri büyük ölçüde Sözleşme'nin 5. maddesiyle uyumlu durumlara getirildi. Suçlanan kişiye savunman atanması, yasak sorgulama yöntemlerinin belirlenmesi, savunmanın hak ve yetkilerinin genişletilmesi gibi konularda, Sözleşme'nin 6. maddesindeki hak ve güvenceler kuramsal açıdan büyük ölçüde ulusal hukuka yansıtıldı. Silahların eşitliği konusunda ise, yukarıda da belirttiğimiz M. Göç davası kararının ulusal hukuka uyarlanması amacıyla 11. 1. 2003 günü yürürlüğe giren 4778 sayılı Yasa ile CMUK'un 316. maddesine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğnamenin "*tarafalara*" tebliğ edileceğine ilişkin bir tümce eklendi. Tebliğnamenin hangi amaçla taraflara gönderileceği, tebliğ üzerine ne gibi işlemler yapılacağı 4778 sayılı Yasa'da yazılmadığı için, bu kısa anlatım yetersiz kaldı. CMUK'un 316. maddesi 27.3.2003'te yürürlüğe giren 2829 sayılı Yasa ile bir kez daha değiştirilerek, tebliğnamenin, "*aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi*" durumunda, sanığa, davaya katılana, kişisel davacıya ve bu kişilerin savunmalarına gönderileceği belirtildi. Tebliğnamenin gönderilmesi, davanın yanlarını bilgilendirmekle sınırlı kalmıyor. Amaç, Göç/Türkiye davasında karara bağlandığı gibi, ulusal yargılama düzeninin yasa ile



yetkilendirilen bir kurumundan da gelse, mahkemeyi etkilemek için sunulan görüşlerin, davanın yanlarında tartışılmasına olanak sağlamak. Bu nedenle, CMUK'un 316. maddesinin 3. bendinde, tebliğnameyi yanıtlama süresinin tebliğden itibaren yedi gün olduğu belirtildi.

Tebliğnamenin, başta sanık olmak üzere davanın yanlarına gönderilmesi, adil yargılanma koşulları açısından önemli bir eksikliği gideriyordu. Başsavcılık tebliğnamesinin elden ele dolaşabilen yazılı bir görüş olarak okunup tartışılması, daha özenle hazırlanan hukuksal bir belge niteliği kazanmasına yardımcı oldu. Asıl önemli yanı ise, yargılama diyalektiğinde tartışmanın tamamlanması ve son sözün sanığa bırakılmasıydı. M. Göç davası kararı, ceza mahkemesinde görülüp sonuçlandırılmasına karşın, özü bakımından "medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili" bir hukuk uyuşmazlığı idi.

AİHM'nin silahların eşitliği konusundaki ilk kararları, ağırlıklı olarak ceza yargılamasıyla ilgilidir. Gelen başvuruların yönlendirmesi nedeniyle 1993 yılından itibaren hukuk davalarında ve idari yargı yerlerindeki uyuşmazlıklarda da silahların eşitliği ilkesi uygulama alanı buldu. Yargılamanın "hakkaniyete uygun" yürütülmesinden söz eden Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendi, hem ceza hem de hukuk davalarını kapsamaktadır. Bu durumda, silahların eşitliği kuramının hukuk davalarını da kapsamaması için bir neden bulunmuyor. Ancak Sözleşme'de, ceza davalarında gözetilecek temel sanık güvenceleri tek tek belirlendiği halde, hukuk davaları için böyle bir yöntem izlenmemiştir. Bu nedenlerle hukuk davalarında yanların silahlarının eşitlenmesi, AİHM'nin kararlarıyla gerçekleşmektedir.

AİHM'nin 6. maddesinin 3/d bendinde, suçlama altındaki her sanığın, " ... iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek ..." hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Mahkeme, tanık konusunu, iki ana başlık altında değerlendirmektedir: "Tanıkları dinleme hakkı"

ve "Tanıkların sorgulama hakkı". Eğer tanıkların dinletilmesinde başarı sağlanamıyorsa, onlara soru yöneltme olanağı da kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. bendi, "Sanık" güvencelerini kapsamaktadır. Böylece tanıklarla ilgili düzenlemenin ceza davalarıyla sınırlı kaldığı, diğer davalara yönelik olarak genişletilemeyeceği izlenimi doğmaktadır. Ancak Mahkeme'nin silahların eşitliği ilkesinden yola çıkarak 1993 yılında sonuçlandırdığı *Dombo Beheer B. V./Hollanda* kararı, bu kuşkuları sonlandırmıştır. AİHM'ye göre:

*"Her davada adil yargılanmanın gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini takdir etmek, ulusal mahkemelerin görevidir. Sözleşmeciler devletlerin hukuk davalarında 'adil yargılanma' konusunda ceza davalarına göre daha geniş bir takdir yetkisi olmasına karşın, davanın tarafları arasında 'adil denge'nin gereği olarak 'silahların eşitliği' ilkesi, her iki tarafa da, diğer taraf karşısında zayıf durumda kalınması için kendi görüş ve kanıtlarını sunma olanağını tanımaktadır. Olayda davalı bankanın tanığı dinlenmişken başvuruçunun birinci elden bilgi sunacak tanığının dinlenilmemesi, silahların eşitliği ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlalidir."* (*Dombo Beheer/Hollanda, 1993*)

Tabip Odası Onur Kurulu'nun kararı ile mesleğini uygulamaktan men edilen hekimler, ulusal yargı yerlerindeki temyiz istemlerinde, bildirdikleri savunma tanıklarının dinlenmemesi nedeniyle kararın bozulmasını istemişler ancak başarılı olmamışlardır. Başvuruçuların ileri sürdükleri savlar, AİHM'ce Sözleşme'yle bağdaşmaz bulunmuş, ancak, "bu yönde çaba gösterdiklerine ve istemlerinin reddedildiğine ilişkin dosyada herhangi bir kanıt rastlanmaması nedeniyle, Sözleşme'nin ihlal edilmediği" kararlaştırılmıştır. (*Albert ve Le Compte/Belçika, 1983*)

AİHM, yargılama yetkisi bulunan bir yönetsel birim olan Çek Cumhuriyeti Arsa Ofisi'nde başlayıp, Anayasa Mahkeme-

39

si'nde sonuçlandırılan taşınmazlarla ilgili bir hukuk uyuşmazlığında da, adil yargılanma kavramı içinde silahların eşitliği kuramının uygulanışını değerlendirdi.

Olayda, başvuru ve eşi, kendilerine sunulan özendirici koşulların baskısı altında taşınmazlarını devlete sattıklarını ancak yanıldıklarını ileri sürerek, Taşınmaz Mülkiyeti Yasası uyarınca arsalarının geri verilmesi için Arsa Ofisi'ne başvurular. Arsa Ofisi, satış sözleşmesinin Taşınmaz Mülkiyeti Yasası'na aykırı koşullarda ve baskı altında bağtlandığı gerekçesi ile 1995 yılında, taşınmazların büyük bir bölümünün başvuruçulara geri verilmesini kararlaştırdı. Bu karar yasaya aykırı düştüğü gerekçesiyle Bölge Mahkemesi'nce bozularak yeniden değerlendirilmek üzere Arsa Ofisi'ne gönderildi. Arsa Ofisi önceki kararında direnerek taşınmazların başvuruçulara ait olduğunu bir kez daha kararlaştırdı.

Arsa Ofisi'nin kararı üzerine olayı yeniden inceleyen Bölge Mahkemesi, duruşma açarak davacıların bozma kararına karşı ek savunmalarını da aldıktan sonra, taşınmazların satışının yanılma ve baskı altında olduğunun inandırıcı biçimde kanıtlanmadığı görüşü ile kararı bozup dosyayı yeniden Arsa Ofisi'ne geri gönderdi. Arsa Ofisi, Medeni Yargılama Yöntemleri Yasası uyarınca Bölge Mahkemesi kararına uydu. Taşınmaz satışının yanılma ve baskı altında yapılmadığını kararlaştırarak başvuruçuların davasını reddetti. Sonraki aşamalarda satışın uygun olmayan koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasına da gerek kalmadı. Bölge Mahkemesi kararı 1998 yılında onandı.

Davacılar, 1999 yılında Bölge Mahkemesi'nin iki kararına ve Arsa Ofisi'nin 1998 yılındaki kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurular. Davacılar, "uygun olmayan koşullar" kavramının yeterince değerlendirilmediğini ileri sürüyorlardı.

Anayasa Mahkemesi'nin raportör yargıcı temyiz isteminin dayandırıldığı gerekçeler konusundaki açıklamalarını bildirmek üzere dava sürecine katılan tüm yanların ve bu arada Bölge Mahkemesi'nin açıklamalarını sunmalarını istedi. Davacılar-  
dan devletçe alınan taşınmazların devredildiği Askeri Onarım Kurumu ve Bölge Mahkemesi, temyiz dilekçesinin 60 günlük yasal süre geçtikten sonra verildiği gerekçesiyle reddedilmesini istedi. Anayasa Mahkemesi'nin yargılama yöntemlerine göre, raportör yargıcın temyiz edenin gerekçelerini Mahkeme'ye sunması konusunda bir yükümlülüğü bulunmuyordu. Bu nedenle başvurucuların savları mahkemeye verilmedi. Anayasa Mahkemesi'nin duruşma açmadan yaptığı inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin süresinde verilmediği ve olayda temyiz süresinin uzatılmasını gerektirecek nedenlerin de bulunmadığı gözetilerek, istem reddedildi.

Görülüyor ki Çek Cumhuriyeti'ndeki yargısal yapılanma ve kurumların işleyişi, incelediğimiz diğer ülkelerdeki örnek-  
lere ve Türkiye uygulamalarına göre çok farklılıklar taşıyor. AIHM de, bu özellikleri gözeten bir değerlendirme sonucunda aşağıdaki kararı verdi:

*"Başvurucular için Anayasa Mahkemesi'ndeki dosyanın incelenmesi ve dosyadaki yazılı açıklamalardan birer örnek alınması, tek başına güvenli bir yargılama yöntemi sağlanması için yeterli gelmeyecektir. Hakkaniyetin bir gereği olarak Anayasa Mahkemesi'nin başvurucuları davanın karşı yanlarının sav ve savunmaları konusunda bilgilendirmesi ve istemeleri durumunda onların da yazılı görüşlerini alması bir zorunluluktur. Bölge Mahkemesi, başvurucuların Arsa Ofisi'nin kararına karşı temyizini kamuya açık bir duruşmada başvurucuların davadaki iddialarını destekleyecek biçimde gerekli ya da yararlı buldukları her türlü delili de sunmalarını sağlayarak gerçekleştirmiştir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'ndeki*

39

*dava süreci kamuya açık bir duruşma yapılmadan sonuçlandırılmış ve yönetsel işlemlere yasa uyarınca kısıtlamalar uygulanmıştır. Kamuya açık olmayan yargılamalardaki bu tür sakıncalar, sonraki aşamalarda kamuya açık duruşmalarla giderilebilir. Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların Arsa Ofisi ve Bölge Mahkemesi önündeki savlarını desteklemek amacıyla ileri sürdükleri kanıtlara dayanarak ya da Askeri Onarını Kurumu tarafından önceden gösterilmeyen belge doğrultusunda kararını vermemiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'ne davanın diğer yanlarıncı sunulan görüş ve kanıtlar, başvuruçuların temyiz istemlerini etkisiz ve geçersiz kılmayı amaçlanmaktadır. Bunlar Anayasa Mahkemesi kararını etkilemeye yöneliktir. Bu nedenlerle başvuruçuların, davanın diğer yanlarının Anayasa Mahkemesi'ne sundukları görüşlerin birer örneğini almakta, hukuksal yararı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin görevi, kendi kararına temel oluşturmak üzere başvuruçulara görüşlerini yazılı olarak açıklama olanağını sağlamasıdır. Buna karşılık izlenen yöntem başvuruçuların Anayasa Mahkemesi'ndeki yargılama sürecinde tanı olarak yer almalarını önlemiş ve onları adil yargılanma hakkından yoksun bırakmıştır." (Milatova ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti, 2005)*

Hukuk davalarında silahların eşitliğine ilişkin uygulamalar, Sözleşme'nin diğer maddelerinin incelenmesi sırasında da karşımıza çıkacaktır.

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. bendi, yargılamanın "aleni surette" yürütülmesini öngörmektedir. Aynı bendin 2. paragrafında da, "Hüküm aleni olarak verilir", denildikten sonra yargılamanın kapalı olarak yürütülmesini zorunlu kılan nedenlere değinilmektedir. Bunlar, "demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel yaşamlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumunda görülmesinin adaletin gerçekleşmesine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmaların dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak" yürütülmesidir.

Hem ceza, hem de hukuk davalarını kapsayan alenilik, yargılama sürecinin üç temel ögesini içermektedir. Güvenli ve demokratik yargılama düzeninin olmazsa olmaz niteliklerini oluşturan bu ilkeleri, AİHM'nin yorumlarına koşut olarak aşağıda özetliyoruz:

#### a. Yargılamada Açıklık

Açıklık, yargılananlar için olduğu kadar, toplumların esenliği yönünden de önemli bir güvencedir. "Sözleşme'nin

6/1. maddesinde sözü edilen yargısal organlar önündeki bir davanın aleniyeti, davanın yanlarını, kamu denetiminin bulunmadığı gizli adalet dağıtımına karşı korur. Bu aynı zamanda, ister üst derece, isterse alt derece olsun, mahkemelere olan güveni sürdürme yollarından birisidir. Açıklık, adalet dağıtımını görünür kılmakla, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki amaçlarından birisine, yani Sözleşme anlamında her demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma güvencesinin gerçekleşmesine de katkıda bulunur." (Axen/Almanya, 1983)

"Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin tümü açıklık ilkesine bağlı olmakla birlikte, hukuk sistemleri ve yargısal uygulamaları, duruşma yapma ve kararları açıklama konusunda, aleniyet koşulunu yerine getirme bakımından bazı farklılıklar taşımaktadır. Konunun biçimsel yönü, Sözleşme'nin 6/1 maddesinin gerektirdiği aleniyetin temel amacı ile karşılaştırıldığında ikincil düzeyde kalmaktadır. Demokratik bir toplumda adil yargılamanın önemli bir yeri bulunması nedeniyle, Mahkeme'nin bu alanda yapacağı denetim, ulusal uygulamaların içeriğine yönelerek gerçeği ortaya çıkarmak zorundadır." (Adolf/Avusturya, 1982)

Her iki kararın da öne çıkardığı açıklık, davanın yanlarından çok, kamuya yönelik bir koşuldur. Davanın yanları, biraz sonra değinilecek olan yüz yüze yargılama olanağına ve ileride karşılaşacağımız dava dosyasına erişim gibi kolaylıklara sahip olduklarından, onlar için yargılamanın açıklığı temel bir olgudur. Kamuya dönük açıklık ise, kamu denetimini sağlamayı amaçlamaktadır. Kamusal denetim, toplumsal ve siyasal ardaları (hinterlandı) ile birlikte en önemli güvencedir. Ancak böyle bir güvencenin varlığı, başta kitle iletişim araçları olmak üzere, yargının işleyişini olumsuz yönde etkileyecek gelişmelere karşı, demokratik toplumların gereği olan bazı sınır ve kısıtlamalar konulmasına engel değildir.



Mahkeme, yüz yüze yargılamayı yalnız genel nitelikteki yargı yerleri açısından değil, meslek odalarının üyeleriyle ilgili disiplin işlemleri ve askeri mahkemeler yönünden de incelemiştir. AİHM'nin bu konularda görüş geliştirmesi, anılan türdeki yargısal işlemleri kendi yetki alanının içinde değerlendirmesinin doğal bir sonucu olmaktadır.

*"Mahkeme'ye göre Belçika Tabipler Odası bir kamu hukuku kurumu olduğundan, kişiler tarafından değil, yasa ile kurulmuştur. Devlet yapısıyla bütünleşmiştir. Organlarında, Kraliyet tarafından atanan yargıçlar görev yapmaktadır. Sağlığın korunması gibi genel yararı gerçekleştirme amacına yönelik çalışmalar yapmaktadır. Yasayla kendisine verilen yetkiyle, sağlık uygulamaları konusunda kamusal bir denetim yürütmektedir. Öte yandan 4 Şubat 1970 tarihli Kraliyet Kararnamesi, Üst Kurul önündeki tüm duruşmaların ve kararların aleniliğini kesin bir dille yasaklanmıştır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6/1. maddesi aleni yargılamaya bazı ayrıksı uygulamalar getirmiş, ancak bunları koşula bağlamıştır. Başvurucuyla ilgili olayda bu koşullardan herhangi birinin oluştuğuna ilişkin bir kanıt bulunmamaktadır. Mesleki gizlilikle ya da hastaların özel yaşamlarıyla ilgili bir durum yoktur. Başvurucuların aleni yargılanma hakları vardır. Başvurucuların bu haklarından açıkça veya zımnen vazgeçmelerini önleyen bir hüküm yoktur. İlgilinin onay vermesi durumunda, bu tür bir disiplin yargılamasının gizli yürütülmesi Sözleşme'ye aykırı düşmez." (Le Compte, Van Leven ve De Meyere / Belçika, 1981)*

Disiplin kurallarına aykırı eylemleri ve yasak yayınları dağıtmaları nedeniyle askeri mahkemede yargılanıp cezalandırılan asker kişilerin başvurularını değerlendiren AİHM, duruşmaların, "Yüksek Askeri Mahkeme'nin disiplin yargılamaları konusundaki yerleşik uygulamaları çerçevesinde, tarafların katılımıyla ancak kamuya kapalı yapıldığını saptamıştır. Aslında başvurucular

aleni yargılanma hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmamışlardır. Sözleşme'nin 6/1. maddesi çok genel bir anlatımla, yargılamanın aleli yapılmasını öngörmektedir. Maddede açık yargılamanın ayrıksı durumları da belirtilmiştir. Ancak Hükümet, kapalı yapılan yargılamanın bu istisnai durumlardan birine girdiği konusunda bir açıklama getirmemiştir. Dava dosyasından, 'basının ve izlemek isteyenlerin', duruşmaya alınmalarını gerektiren koşulların bulunduğu saptanamamıştır. Mahkeme, olayda açık yargılanma hakkının çiğnendiği sonucuna varmıştır." (Engel ve Diğerleri/Hollanda, 1976)

Türkiye'nin 2577 sayılı İdari Yargılama Yöntemleri Yasası'nda olduğu gibi, duruşma açılmasını öncelikle davacılara bırakan hukuksal düzenlemeler doğrultusunda yerel yargı yerlerinden duruşma istemeyenlerin, bu konuyu AİHM'ye taşımaları, yerinde bulunmamaktadır.

Kamulaştırma işleminin iptali amacıyla İdare Mahkemesi'nde açılan davada olayın koşulları gerektirdiğinden, çevrenin korunması, trafik gereksinimi, ekonomik ölçütler, yerel mahkemece araştırılmış ve duruşma açılmaksızın sürdürülen yargılama sonucunda dava reddedilmiştir. Başvurucunun açık duruşma yapılmadığı yolundaki savlarını değerlendiren AİHM, "Avusturya İdare Mahkemelerinin uygulamasına göre taraflardan birisi açıkça duruşma istemedikçe idari davalarda duruşma yapılmadığından, ulusal mahkemede duruşma isteminde bulunmayan davacının, duruşmalı yargılamadan feragat ettiği sonucuna varılabileceğini kararlaştırdı." (Zemtobe/Avusturya, 1993)

Benzer bir olay nedeniyle İsviçre İdare Mahkemesi'nde duruşma istemini ileri sürmeyen kişinin başvurusu da aynı gerekçeyle reddedilmiştir. (Schuler Zeraggen/1993)

Avrupa Konseyi'ne üye devletler, AİHS'yi onaylarken, bazı çekinceler koyabilmektedirler. Buna karşılık, Mahke-

me'nin Türkiye ile ilgili kararlarıyla da açıklığa kavuştuğu gibi, Devletler, AİHM'nin yargılama yetkisini benimsedikleri bildirimlerinde herhangi bir çekince ileri süremiyorlar. Avusturya'dan gelen bir başvuruda Sözleşme'nin onaylanması sırasında açık yargılanma hakkına konulan bir çekince değerlendirildi. "Avusturya'nın çekincesine göre, Avusturya Anayasası'nın 90. maddesindeki aleni duruşmaları düzenleyen kural saklı kalmak üzere uygulanır. Anayasa'nın 90. maddesi, 'ilk derece hukuk ve ceza mahkemelerinde duruşmalar sözlü ve alenidir. İstisnalar kanunla düzenlenir' demektedir. Bu düzenleme idari yargılama yöntemlerini açıkça belirtmemekte, yalnızca hukuk ve ceza davalarını kapsamaktadır. Ancak konusu kişisel hakları karara bağlamak olan davalarda karar verecek organın 6/1. madde anlamında bir yargı yeri olması durumunda, bu çekincenin idari yargı yerleri önündeki davaları da kapsadığı kabul edilmelidir." (Ringensen/Avusturya, 1972)

### b. Yüz Yüze Yargılama

Açıklığın ikinci boyutu, yargılamanın, yanların katılımı ile yüz yüze yürütülmesidir. "AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, duruşmadan feragati haklı kılacak ayrıksı durumlar olmadığı sürece ilk ve üst derece mahkemedeki yargılamada, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki 'açık yargılanma hakkı', 'yüz yüze yargılanma' hakkının da tanınmasını gerektirmektedir." (Fredin/İsveç, 1990; Hakansson ve Stuesson/İsveç, 1990; Allan Jacobsson/İsveç, 1998)

Yukarıda adları anılan kararlara ek olarak bu konu, haksız tutuklama tazminatlarının duruşma açılmaksızın incelenip karara bağlanmasını öngören Türkiye'nin 466 sayılı yasasından kaynaklanan bir uyuşmazlık nedeniyle, AİHM'nin Büyük Kurulu'nda değerlendirildi. Türkiye'deki uygulama ile AİHM'nin yaklaşımını karşılıklı olarak izlemek açısından kararın bir özetini aşağıya aktarıyoruz:

"Mahkeme, başvuru sahibinin talebinin önce Karşiyaka Ağır Ceza Mahkemesi, ardından da temyizde Yargıtay'ın yetkili dairesi tarafından incelendiğini gözlemlemektedir. Yargılamanın hiçbir aşamasında başvuru sahibine ulusal mahkemeler önünde durununu sözlü olarak açıklama fırsatı verilmemiştir. Her ne kadar, Hükümet, başvuru sahibinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesini kullanarak Yargıtay'a duruşma için başvurabileceğini ileri sürse de Mahkeme böylesi bir başvurunun başarı şansı konusunda ikna olmamıştır. Mahkeme, başvuru sahibinin talebinin medeni/sivil nitelikte olmasına rağmen, ilgili prosedürün ceza mahkemeleri için geçerli olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun hükümlerince düzenlenmiş olduğunu anımsatmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinin Yargıtay önünde duruşma talebinde bulunmayı sağlayabileceği farz edilse bile, burada asıl önemli olan, davaya konu olayların tespiti ve ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesinden sorumlu olan Karşiyaka Ağır Ceza Mahkemesi önünde başvuru sahibine duruşma fırsatı verilip verilmemesi gerektiği konusudur. Hükümet'in savunduğunun aksine, başvuru sahibinin Yargıtay önünde duruşma talebinde bulunmaması, ilk derece mahkemesi önündeki duruşma hakkından vazgeçtiği şeklinde değerlendirilemez, çünkü Yargıtay ödenmesi gereken tazminat miktarına ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını değiştirmeye tam olarak yetkili değildir. (bkz., Mutatis Mutandis Diennet v. Fransa 26 Eylül 1995, Series A no. 325 - A, S. 15, & 34).

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, Mahkeme başvuru sahibinin tazminat talebi üzerine yapılan yargılamada duruşmadan feragat edilmesini gerektiren istisnai bir durumun bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

Başvuru sahibinin durumunun 466 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan koşullardan birisini gerçekleştirdiği saptandıktan sonra, Karşiyaka Ağır Ceza Mahkemesi, ödenmesi gereken tazminat

miktarmı belirleme yetkisine sahiptir. Hükümet, Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi'nin tazminat tutarını gözaltında geçirilen gün sayısını dikkate alan yerleşik bir tazminat standardına (ölçütüne) dayanarak belirlediğini ileri sürmemiştir. Aksine, Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi başvuru sahibinin avukatı tarafından dava dilekçesindeki tüm şikayetleri inceleyerek ve başvuru sahibinin ekonomik ve sosyal durumu, gözaltı süresince maruz kaldığı duygusal ıstırap gibi bir dizi kişisel faktörü dikkate alarak karar vermiştir.

Her ne kadar, başvuru sahibinin gözaltına alınması, gözaltı süresi, ekonomik ve sosyal durumu, kendisini dinlemeye gerek olmaksızın bir raportör yargıç tarafından tespit edilebilse de, başvuru sahibinin çektiğini iddia ettiği duygusal acıyı değerlendirmede farklı yaklaşımlar uygulanmalıdır. Mahkeme'nin görüşüne göre, başvuru sahibine Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi önünde gözaltına alınmaktan kaynaklanan acı ve endişenin doğurduğu manevi zararı sözlü olarak anlatma fırsatı verilmeliydi. Başvuru sahibinin yaşadığı olayın esas itibarıyla kişisel niteliği ve uygun tazminat miktarının belirlenmesi kendisinin dinlenmesini gerektirmekteydi. Bu hususların doğası itibarıyla teknik meseleler olduğu ve sadece dava dosyası üzerinde ele alınabileceği söylenemez. Tam tersine, Mahkeme başvuru sahibinin davasında davacıya kanunun denetimine açık, yerel mahkeme önünde yapılacak bir duruşmada kişisel durumunu açıklama hakkının verilmesinin adaletin uygulanmasına ve Devletin hesap verebilirliğine daha iyi hizmet edeceğini düşünmektedir. Mahkeme'ye göre bu faktör, Hükümet'in 466 sayılı Kanunu'nun amacı olarak belirttiği hızlilik ve verimlilik kaygılarına ağır basmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Mahkeme duruşmadan feragat etmeyi gerektiren istisnai bir durumun olmadığı ve buna göre 6. maddenin 1. paragrafının ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır." (Mehmet Göç/Türkiye, 2002)

Kamuoyu önünde "devletin hesap verme" yükümlülüğünü üzerine basarak vurgulayan bu karar, yargılamada açıklıkla birlikte, devletlerin yargısal yükümlülükleriyle ilgili güncel anlayışın boyutlarını sergilemesi açısından da önem taşımaktadır.

### c. Kararın Açık Duruşmada Okunması

Yargılamada açıklığın son evresi, davaları sonuçlandıran kararlarda da açıklığın sağlanmasını öngörmektedir. AİHM, Sözleşme'nin 6 maddesinin (1). bendindeki "karar aleni olarak açıklanır", tümcesini, yargılama aşamalarına ve yargı yerlerinin türlerine göre ayrı ayrı araştırmıştır. Mahkemeye göre, "Her davada davalı devletlerin iç hukukuna göre son kararın verilmesi sırasındaki açık yargılama koşulları, davanın görüldüğü yargı yerinin ve yargılamanın özellikleri gözetilerek, 6. maddenin 1. bendinde yer alan amaçlar doğrultusunda değerlendirilir. Venedik Üst Mahkemesi'nin kararı, yazı işlerinde kayda girerek alenilemiştir. Temyiz Mahkemesi kararının da aynı şekilde yazı işlerinde kayda girmesi ile,.. Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekleri yerine getirilmiş olacaktır. Temyiz istemini reddeden karar duruşmada verilmediği halde, mahkeme yazı işlerine başvuran herkes, kararı görebilir ve bir kopyasını alabilir. Mahkeme'ye göre, kararın yazı işlerine kaydı yapılarak tamamının herkes için ulaşılabilir duruma getirilmesi, yargı organının kamuoyu tarafından denetimini sağlama amacını gerçekleştirmektedir. Yargıtay kararının duruşmada okunması -ki bu okuma kararın tamamını kapsamamakta ve hüküm fıkrası ile sınırlı kalmaktadır- mahkeme kaleminde ulaşılabilir konuma gelmesinden daha fazla bir açıklık sağlamamaktadır. (Pretto ve Diğerleri/İtalya, 1973)

Mahkeme, bir başka davada da, ilk derece yargılamada mahkemelerin kararlarını açık oturumda okumaları nedeniyle, mahkeme kaleminde açıklığın sağlanması koşuluyla, üst

mahkemede okunmasına gerek bulunmadığını kararlaştırdı. (Axen/Almanya, 1982)

Askeri Yargıtay kararlarının kalemde incelenebileceği, ayrıca bu kararların daha sonra içtihat derlemeleri arasında yayımlandığı gözetilerek, duruşmada okunmamasının açıklık koşulu yönünden bir eksiklik oluşturmadığı belirtildi. (Sutter/İsviçre, 1984)

AİHM'nin, kararlarda açıklığın sağlanmadığını saptadığı olaylar, Tabip Odası Onur Kurulu'nda yargılanan hekimlerle ilgili mesleki yaptırım kararları (Albert ve Le Compte/Belçika, 1989) ve cezaevindeki hükümlülerin disipline aykırı davranışları nedeniyle Disiplin Kurulu tarafından yargılanıp cezalandırılmalarına ilişkin kararların toplumsal iletişime kapalı tutulmalarıdır. (Champbell ve Fell/İngiltere, 1984)

Mahkeme'nin, kararların açıklığı konusundaki değerlendirmeleri, Türkiye uygulamaları ile çelişmemektedir. Ancak Avusturya'dan kaynaklanan iki karar nedeniyle, özellikle idari yargı yerlerinde mahkeme kalemlerinin işleyişiyle ilgili yöntemlerin gözden geçirilmelerinde yarar bulunuyor.

Üst derece mahkemesinde ve Yargıtay'da yüz yüze yargılama yapılmadığı için, davaların sonuçları açık duruşmada okunamıyor. Kararların tam metinleri halka açık biçimde mahkeme kalemlerinde de bulundurulmuyor. Ancak, davalarla "meşru ilgisi"ni kanıtlayan kişilere, kararlara ulaşma olanağı sağlanıyor. AİHM, bu uygulamanın kararlarda aleniyeti gerçekleştirmede yargısına vardı. (Werner/Avusturya, 1997; Szucs/Avusturya, 1997)

Yukarıda özetlenen kararların da ortaya koyduğu gibi, AİHM'nin üzerinde durduğu açıklık, davaların yanlarını bilgi-

lendirmenin ötesinde kamusal denetimin altyapısını oluşturmaktır. Kararlardan çıkan sonuçlara göre, belirli bir ilginin karıtlanmasına gerek olmaksızın, isteyen her kişi, mahkeme kalemine gidip, sonuçlanan davaların kararlarını okuyabilecektir. Böylece yargı organı üzerinde çok yönlü kamu denetimi gerçekleştirilecektir.

#### d. Gerekçeli Karar Yükümlülüğü

İçerik denetiminin bir başka yöntemi de Mahkeme'nin, ulusal düzeyde sonuçlanan davaların gerekçeli olmaları koşulunu öne çıkarmasıdır. *"Gerekçeli karar kuralı, bazı durumlarda, özellikle yasa yollarına gidilebilecek koşullarda, adil yargılanma olgusunun önemli bir ögesini oluşturmaktadır.*

*Gerekçeli karar bütünüyle açıklanıp, tebliğ edilmediği için, ilginin gerekçe göstermeden yaptığı temyiz başvurusunun reddi sanığın etkili ve gerçek bir savunma olanağından yoksun bırakıldığı anlamına gelir."* (Feldbrugge/Hollanda, 1986)

Mahkemeler, dava içinde ileri sürülen tüm sorunları son kararlarında tartışmak zorunda değillerdir. Gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamı, kararların niteliğine göre değişebilmektedir. Tarafların mahkeme önündeki sunumlarının çeşitliliği nedeniyle, üye devletlerin yasalarının, yargısal geleneklerinin ve içtihatlarının öngördüğü biçimde, kararların yazılış ve açıklanışlarında farklılıklar olabilir. *"Ancak davanın sonucunu temelden etkileyecek bir dilekçe verilmişse, Mahkeme kararında bunun üzerinde özellikle durulmalıdır. İlgilisinin, dilekçesindeki açıklamaları yerel mahkemenin ret mi ettiğini, yoksa görmezden mi geldiğini öğrenmeye hakkı vardır."* (Hiro Balandi/İspanya, 1994)

Ulusal düzeydeki kararların gerekçeli olma koşulu, Mahkeme'yi içerik denetimine yönlendiren etkenlerden birisi olmaktadır.



## AİHM KARARLARINDA SUÇSUZLUK GÜVENCESİNİ (KARİNESİNİ) NASIL DEĞERLENDİRİYOR?

41

AİHS'nin 6. maddesinin 2. bendi, "Bir suçla itham edilen her şahıs suçsuzluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır." tümcesinden oluşmaktadır. Kişinin suçsuzluk güvencesinden yararlanması, kendisine bir suçlama yöneltilmesiyle birlikte başlamaktadır. "Demokratik bir toplunuda adil yargılanma hakkının önemi ve öncelikli yeri, 6. maddede geçen 'isnad' kavramına biçimsel olmaktan çok nesnel bir anlam kazandırmaktadır. Yetkili organ tarafından kişiye gönderilen resmi yazıda suç işlediğinin bildirilmesi, suç isnadı anlamına gelmektedir." (Deweer/Belçika, 1980)

Mahkeme, hazırlık soruşturması aşamasında içeriğinin suç oluşturduğu ileri sürülen bir kitabın toplatılmasına yerel mahkemece karar verilmesini, suçsuzluk güvencesine aykırı bulmamıştır:

"Türk hukukunun öngördüğü geçici önlemler, suçların sürekliliğini önlemeyi amaçlar. Bu nedenle bir kitabın toplatılmasına ilişkin kararlar, atılı suçun mahkemece kabul edildiği anlamına gelmez. Uygulanabilir nitelikteki iç hukuka göre yayınlar, soruşturma açılmasından ya da yasayla tanımlanan suç kovuşturmasının başlamasından sonra yargıç kararıyla toplatılabilir. Bu koşullarda

kitabın toplatılması, sonraki yargılama süreci açısından geçici bir önlem niteliğindedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, kitabın toplatılması kararında kullanılan bazı tanımlamalara karşın, hızlı yargılama yöntemiyle verilen bu karar bir 'kuşku'ya dayandırılır ve cezai sorumluluk saptanması anlamına gelmez. Sonradan başvurucuya karşı yürütülen ceza yargılaması açısından bu yöntem, ön yargılı bir yaklaşım içermez. Olayda, başvurucunun masumiyet karinesinin ihlali söz konusu değildir." (Yaşar Kemal Gökçeli/Türkiye 2003)

Ancak sanığın aklanması ile sonuçlanan bir davanın kararında, şikayetçi ya da sanık biçiminde tanıtılan kişilerin kimlik bilgilerinin, suç türünün yer alması, bir suç yöneltme olarak algılanmamaktadır. Bir mahkeme kararında, suçlamanın yalnızca kuşkuya dayandığının açıklanarak, kuşkunun cezalandırmak için yeterli olmadığının belirtilmesi, AİHM'ye göre başvurucunun suçluluğu konusunda bir saptama anlamına gelmemekte ve suçsuzluk güvencesini çiğnememektedir. (Adolf/ Avusturya, 1982)

"Mahkeme'ye göre hukuksal açıdan sanığın suçlu olduğu kanıtlanmadan ve özellikle savunma hakları kullandırılmadan verilen bir yargısal kararda suçlu olduğu görüşünün yansıtılması ise, masumiyet karinesini ihlal eder. Bu kadar açık bir karar olmasa bile mahkemenin gerekçesinde sanığı suçlu gördüğü anlamına gelen sözcüklerin bulunması yeterlidir. Dava mahkemesi Ceza Yöntem Yasası'nın 293. maddesine dayanarak, yitiren yanın yargılama giderlerini ve karşı yanın bütün giderlerini üstlenmesini öngören kuraldan yola çıkarak, zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi kararlaştırılan davada, tüm yargılama giderlerini sanığa yüklemiştir. Dava mahkemesi bu tutumu ile, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1 ve 3. bentlerindeki güvencelerden yararlanmamış bir kişi olan sanığın suçu işlediği konusunda olduğunu göstermiştir. Biçimsel yönden bir mahkumiyet bulunmamasına ve kararda 'her koşulda olasıdır ki', gibi özenli bir dil kullanılmasına

karşın, yerel mahkeme suçsuzluk güvencesiyle bağdaşmayan söylemlerini sürdürmüştür ...”

“Kararın sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine, uyumsuzluk Federal Mahkeme’de de incelenmiştir. AİHM, yargılamanın ikinci aşamasını Federal Mahkeme’nin gerekçelerine göre değerlendirmiştir. ‘Federal Mahkeme, Zürih Ceza Mahkemesi’nin suçun işlendiği anlamına geldiği için, mahkumiyetle eşdeğer sayılabilecek bir karar vermediği görüşündedir. Dava mahkemesi, gerçekten de sanığın atılı suçtan suçlu bulunabileceği olasılığını belirtmiştir. Ancak bu yargısal bir saptama olmayıp, yalnızca bir tahmindir,’ demiştir. Federal Mahkeme, Ceza Mahkemesi’nin kararının anlamını ve kapsamını değiştirmeden bu kararı açıklığa kavuşturmakla yetindiğinden, olayında suçsuzluk karinesi çizilenmiş olmaktadır.” (Minelli/İsviçre, 1983)

Mahkeme aynı konuyu bir başka kararında yeniden tartışmış ve görüşlerini iki seçeneğe göre açıklamıştır. Yargılama sonucunda zamanaşımı nedeniyle davanın düşürülmesi durumunda sanık hakkında atılı suçu işlediği anlamına gelecek herhangi bir açıklama olmaksızın yargılama giderlerinin kendisinden alınacağı yazılması, masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmemektedir.

Yargılama sürecinde sanığın suçluluğuna karar verilmediği halde davanın düşmesi kararında yargılama giderleri ile yükümlü kılınan kişinin suçu işlediği izlenimini yaratacak sözcükler kullanılması ise, Sözleşme’ye aykırı bulunmuştur. (Lutz/Almanya, 1987)

Eşini vurup açık pencereden düşerek ölmesine neden olmakla suçlanan sanık, bir yıl tutuklu kaldıktan sonra kanıt yetersizliğinden aklanarak salıverildi. Haksız tutuklama tazminatı istemiyle açtığı davada ise, 1969 yılında yürürlüğe giren

41

yasada, hakkındaki kuşkuların tümüyle kalkması koşuluyla tazminat ödenmesi öngörüldüğü belirtilerek, davacı hakkındaki kuşkuların sürmekte olması gerekçesiyle istemi reddedildi. AİHM, yargılanma sürecinde sanığa yönelik kuşkunun doğal olabileceğine değinmekle birlikte, aklanma kararının kesinleşmesinden sonra başka davalar nedeniyle yerel mahkemelerin suçlu olabileceği kuşkusuna dayanmasını, Sözleşme'yle bağdaşmaz buldu. (Sekanina/Avusturya, 1993)

Mahkeme'ye göre, yargı yerleri görevlerini yerine getirirken, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediği varsayımı ile işe başlamamalıdır. Kanıtama yükümlülüğü savcılığındır ve tüm kuşkular sanığın yararına yorumlanmalıdır. (Barbara, Messegue ve Jabardo/İspanya, 1988)

Genel ilke böyle olmakla birlikte, hukuken benimsenebilir sınırlar içinde kalmak ve sanığın savunma hakkını korumak koşuluyla, bazı durumlarda yasanın gerçekleşen eylemlerden kaynaklanan sorumluluk karinesi koyması, Mahkeme'ce 6. maddenin 2. bendi ile bağdaşmaz bulunmamıştır. Sanığın kendisine başkalarının teslim ettiğini söylediği dolu bir sandığın içinden çok miktarda uyuşturucu madde çıkmıştır. Sanık hakkında yasa dışı yollardan uyuşturucu maddeleri yurda sokmaktan, gümrük kaçakçılığundan davalar açılmıştır. Ceza Mahkemesi'ndeki yargılama sonucunda sanık, yasaklanan uyuşturucu maddeleri bulundurmaktan mahkum edilmiş, diğer suçlardan aklanmıştır. Mahkumiyet kararı uyuşturucu maddeyi buldurmanın yasal açıdan bir sorumluluk karinesi oluşturduğu gerekçesine dayandırılmıştır. Başvurucuya zilyetliğindeki uyuşturucu maddeyi zorlayıcı nedenlerle bulundurduğunu kanıtama olanağının tanınmış olması ve bu konularda Fransız Mahkemeleri'nin takdir yetkilerinin bulunması nedeniyle, olayda masumluk karinesinin ihlal edilmediği kararlaştırıldı. (Salabiaku/Fransa, 1988)

Suçsuzluk güvencesi yalnız mahkemeler için değil, tüm kamusal organlar açısından da geçerlidir. AİHM, Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltında tutulan kişinin bir bakan tarafından düzenlenen basın toplantısında gündemdeki cinayetin azmettiricisi olarak tanıtılmasını, 6. maddenin 2. bendi kapsamında değerlendirmiştir. Görevli, yetkili mahkemece olayı değerlendiren bir yargı kararı olmaksızın kesin bir dille kişiyi kamuoyuna suçlu olarak duyurmuştur. Sonraki aşamada sanığın kanıt yetersizliği nedeniyle mahkemece salıverilmesi, kamuoyunda suçluluğu doğrultusunda oluşan önyargıyı gidermeye yeterli gelmemiştir. AİHM, bu olayda suçsuzluk güvencesinin çiğnendiğini kararlaştırmıştır. (Allenet de Ribemont/Fransa, 1995)

Suç kovuşturmasını yürüten kamu görevlilerinin, sanığın araştırdıkları suçu işlemiş olabileceği varsayımı ile ona başka bir suç yükleyerek, kendilerinin elde edemedikleri asıl suç kanıtlarının bu yolla sanık tarafından getirilmesini sağlama-ları, sanığın "susma ve kendisini suçlanıma" hakkına müdahale olarak nitelendi. (Funke/Fransa, 1993)

Suçsuzluk güvencesi, salınan ceza ile ilgisi olmaksızın suçun varlığı konusundaki önyargılara yönelik bir korumadır. Buna karşılık, mahkemelerin sanığı suçlu bulmaları durumunda ceza miktarlarını belirlerken ya da indirim koşullarını araştırırken, kişiliğini, geçmişteki sicilini değerlendirmelerine engel değildir. (Englert/Almanya 1987)

Duruşma sırasında görevini yaparken dinlenen tanığa yöneltilecek soru konusunda avukatla yargıçlar arasında çıkan tartışma nedeniyle avukatın aynı mahkeme tarafından cezalandırılmasına karar verilmesi 6/2. maddeyle bağdaşmaz bulunmuştur. (Kyprianou/Kıbrıs, 2004)

AİHM'nin 2. Dairesi, 11 Şubat 2003 günü, masumiyet karinesini değerlendirdiği üç kararını açıkladı. Cinsel suçlarla ilgili olan kararlarda, Norveç ceza mahkemelerince aklanmış kişilerle ilgili manevi tazminat istemleri konusunda hukuk mahkemelelerinin değerlendirmeleri tartışılıyordu. Her üç kararda da Mahkeme, olayların özelliklerinden, ulusal hukuk kurallarından ve yerel mahkemelerin gerekçelerinden kaynaklanan nedenlerle farklı sonuçlara ulaştı. Çok kısa alıntılarla, Mahkeme'nin yaklaşımını aşağıya aktarmakta yarar görüyoruz:

Cinsel tacizle suçlanan sanık ceza mahkemesindeki yargılamada aklanmıştı. Mağdurun tazminat istemi ise, *"bir eylemin ceza ve hukuk yargılamasındaki sonuçlarının farklılığı, kanıtların hukuk davalarında, ceza davalarında olduğu kadar katı değerlendirilmeleri gerekmeyişi ..."* gibi gerekçelerle yerinde bulunmuştu.

AİHM, bu konuyu aşağıdaki tümcelerle değerlendirmiştir: *"... yargılamanın doğası gereği, tazminat istemi haksız eyleme ilişkin iç hukuk kuralları doğrultusunda değerlendirilmiştir. Ceza davasının sonucu, medeni hukuka ilişkin istemler bakımından kesinlik oluşturmamaktadır. Tazminat sorunu, ceza sorumluluğuna uygulanan ölçütlere göre farklılıklar gösteren hukuksal değerlendirmelerin konusudur. Hukuksal istem doğuran bir eylemin aynı zamanda suçun bütününi oluşturan nesnel öğeyi de kapsadığı durumda, yargılamadan elde edilen kanıtların hukuk davasının sonuçlarını belirlemede kullanılmış olması, yakınmacının 'bir suçla itham edilmiş sayılması' için yeterli görünmemektedir. Sonuç olarak aklama kararı, tazminat istemine ilişkin daha düşük bir kanıt ölçüğü temelinde aynı olayların bazılarında kaynaklanan hukuki sorumluluğun belirlenmesini olanaksız kılmamalıdır. Tazminatın ne amacı ne de miktarı 6/2. maddenin kapsadığı ceza sorumluluğu ile uyumludur. Tazminat davası doğrudan doğruya ceza davası niteliğinde olmadığından, aralarındaki hukuksal bağlantı, 6. maddenin 2. bendinin çiğnendiği anlamına gelmemektedir."* (Ringvold/Norveç, 2003)

Bir başka olayda kendi kızına karşı cinsel suçlar işlemekten ceza mahkemesinde yargılanan sanığın aklanmasına karar verildi. Norveç Ceza Yargılama Yasası'nın 444. maddesine göre, ceza mahkemelerinde aklanan kişilerin bu dava nedeniyle uğradığı zararlarına karşılık tazminat isteyebilmeleri için, "aklandığı suçu işlemediğini ortaya koyması" koşulu aranmaktadır. Yerel mahkeme, başvuruçunun, aklanma kararına rağmen, "kızını taciz etme olasılığının bulgulanmış olduğu" gerekçesiyle tazminat istemini reddetti. Yargıtay da, bu kararı onadı.

AİHM, ceza mahkemeleri ile aynı olaya ilişkin hukuk mahkemeleri kararlarının örtüşmesi zorunluluğu olmadığını belirtmekle birlikte, Yüksek Mahkeme'nin tazminatı reddetme gerekçesinin, başvuruçunun ceza mahkemesinde aklandığı suçla ilgili kuşkuların yeniden canlandırılması anlamında olması, bu değerlendirmenin Yargıtay'ın onama kararı ile birlikte ele alındığında, "başvuruçunun aklanmasının doğruluğundan masumiyet karinesine aykırı bir biçimde kuşku duyulmasına neden olabilecek nitelikte bulunduğu." görüşüyle 6. maddenin 2. bendinin çiğnendiği kararlaştırıldı. (O./Norveç, 2003)

"Haksız fül, cinsel saldırı ve adam öldürme suçlarından yargılanan sanık ceza mahkemesi kararı ile aklanmıştır. Ancak aynı suçun mağduru konumundaki kişilerin açtıkları tazminat davası, istemlerinin benimsenmesi ile sonuçlanmıştır. Tazminat, davalının 'bu suçları işlediğinin açıkça muhtemel olduğu' gerekçesine dayandırılmıştır. AİHM bu davada da tazminat talebinin ceza hukukuna ilişkin bir suçlama olmadığı üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre tazminat sorunu, ceza sorumluluğuna uygulanan ölçütlerden ve kanıt standartlarından bazı açılardan önenili farklılıklar gösteren hukuksal değerlendirmelerin konusudur. Hukuksal talep doğurabilen bir eylemin, aynı zamanda suçun bütününe oluşturan objektif unsuru da kapsamı ve yargılanmadan elde edilen kanıtların hukuk davasının

sonuçlarını belirlemede kullanılmış olması, davalının 'bir suçla itham edilmiş' sayılması için yeterli bir zemin oluşturmamaktadır. Aksi takdirde 6/2. madde, mağdurların tazminat talep etme olasılıklarını önceden ortadan kaldırmaya yönelik, mahkemeye başvurma haklarını gereğinden fazla sınırlandıracak biçimde istenmeyen etkiler doğurabilirdi. Böylesine geniş bir yorum, ne 6. maddenin anlatımı ile, ne de Sözleşmeciler devletlerin ortak yaklaşımlarından herhangi birisince benimsenebilir. Sonuç olarak aklanma kararı, aynı olaylardan kaynaklanan ve tazminat ödemesine ilişkin daha düşük bir kanıt standardı ile çözülebilen hukuksal sorumluluğun belirlenmesini olanaksız kılmamalıdır. Eğer tazminat hükmü, davalının ceza sorumluluğu altına girmesini gerektiren bir anlatım içeriyorsa, bu değerlendirme, 6/2. maddenin kapsamına giren bir sorun oluşturabilecektir. Açıklanan nedenlerle görülmekte olan davada yerel mahkemenin, böylesi bir yolu 6/2. maddenin uygulanma alanının genişletilmesi savlarına haklılık kazandıracak boyutlarda kullanıp kullanmadığını ya da ceza davasını izleyen tazminat davası arasında açık bağlantı yaratacak bir dil kullanıp kullanmadığını incelemek gerekmektedir. Üst Mahkeme başvurusunun, atılı suçları işlediğini açıkça olası bulmuştur. Her ne kadar daha dikkatli bir dil kullansa da, Yargıtay, bu kararı onaylamakla oluşan sorunu giderememiştir. Kullanılan dil hukuk mahkemesinin sınırlarını aşarak önceki ceza muhakemesi ile doğrudan bağlantı oluşturmuş ve böylece beraat kararının doğruluğu hakkında şüphe uyandırmıştır. Bu nedenlerle Sözleşme'nin 6/2. maddesi ihlal edilmiştir." (Y/Norveç, 2003)

Her üç kararın da aynı gün açıklanması, ileride kararlar arasında çelişkiler bulunduğu yolundaki eleştirileri aşmak amacıyla yönelik olabilir. AİHM, ceza hukuku açısından suçun kanıtlanamadığı koşullarda, daha alt düzeydeki kanıtların yeterli görülebileceği inancıyla, tazminat sorumluluğunun saptanabileceği yargısına varmıştır. Bir eylem ya vardır, ya da yoktur. Cinsel suçlarda ceza mahkemesince kanıtlanmadığı



benimsenen eylemlerin, tazminat hukuku açısından gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi, suçsuzluk güvencesi ile bağdaşmamaktadır. Kanımızca paylaşılması güçlükler taşıyan bir yaklaşımdır.

Suçsuzluk güvencesinin doğası gereği, suçlanan kişi, suçsuzluğunu kanıtlamakla yükümlü tutulamaz. Sanığın suçluluğunu kanıtlamak, savcılığa veya bu görevi yürüten kamu organına düşer. Bu süreçte de hukuka aykırı yol ve yöntemlere başvurulmaması, yasal yollardan edinilmiş kanıtlara dayanılması gerekir.

Polisin sanık olduğunu düşündüğü, operasyonlarda gözaltına aldığı kişileri yargıç önüne çıkarmadan basına tanıttığı, bazı yakalama, yüzleştirme olaylarının TV kameraları altında gerçekleştiği, bunların yazılı ve görsel basında günü gününe yayınladığı, Türkiye’de çok sık rastlanan olaylardır. Böyle bir olay, AİHM’ce “suçsuzluk güvencesi” kapsamında aşağıdaki gerekçelerle değerlendirildi:

*“Beş başvuru yakanmış ve polis gözetimine alınmışlardır. Yargıç önüne getirilmelerinden önce tutuldukları emniyet binasında polis görevlileri tarafından düzenlenen bir basın toplantısında, basına gösterilmişlerdir. Polis, başvurucuların birçok suçlarla ilişkili olduğu kanıtlanan yasadışı bir örgüt üyesi olduklarını ileri sürmektedir. Bu eylemler daha sonradan yapılan bir basın açıklamasıyla, başvurucuların adı geçmeden anlatılmıştır. Gazeteciler başvuru-  
cuların fotoğraflarını çekmişlerdir. Aynı gün başvurucuların savcı ve yargıç önüne getirilmelerinden önce günlük bir gazetede, belli bir takım suçları işlediklerini anlatan ve kişiliklerini sergileyen bir yazı yayınlamıştır. Gazetede adları verilmiş ve resimleri basılmıştır. Bir kaç gün sonra başvurucular bu eylemler nedeniyle suçlanmışlardır. Aynı yıl bir Askeri Yargıç’ın da üyesi olduğu DGM’de yapılan yargılama sonucunda, başvurucular yasadışı bir örgüte yardım ve*

*yataklıktan suçlu bulunmuşlar ve her biri için çeşitli sürelerde hapis cezaları verilmiştir*

*Haklarında suç kovuşturması yürütülen sanıkların fotoğraflarının basılması, tek başına masumiyet karinesinin ihlal edildiği anlamına gelmez. Ulusal yetkililer süregelen suç soruşturması hakkında gerekli gördüğü takdirde gizliliğe ve güvenliğe uyma koşuluyla bilgi verme konusunda yetkilidirler. Ceza soruşturması hakkında halkın bilgilendirildiği durumlarda, bu bilgilendirme her türlü takdirden ve suçlamaya ilişkin önyargıdan bağımsız olmalıdır. Bu davada, her ne kadar basın açıklamasında başvurucuların adları geçmemektedir. Savcının karşısına çıkarılmadan önce basına gösterilmişlerdir. Ancak, fotoğrafları çekildikten sonra kimliklerinin kolaylıkla saptanabileceği bilinmektedir. Üstelik gazete yazısında da isimleri ve fotoğrafları birlikte yer almıştır. Benzer şekilde içeriği polis tarafından hazırlanan ve basına dağıtılan basın açıklamasında, başvuruculardan, herhangi bir niteleme ya da kuşku olmaksızın, 'yasadışı örgüt üyesi' olarak söz edilmiş ve çeşitli suçlarla bağlantılı oldukları 'kanıtlanmış' gibi sunulmuşlardır. Bu iki anlatımı, polise göre, başvurucuların kendilerine yöneltilen suçlarla bağlantılı oldukları anlamına gelmiştir. Tüm olanlara, bir bütün olarak bakıldığında, polis yetkililerinin, başvurucuların yüz yüze kalacağı savları yargılama öncesinde değerlendirmeleri ve basına nesnel anlamda başvurucuların tanınmasını kolaylaştıran bir biçimde sunmaları, masumiyet karinesi ile uyumsuzdur." (Y. B. ve Diğerleri/Türkiye, 2004)*

**ADİL YARGILANMANIN GEREĞİ OLARAK  
SÖZLEŞME, SANIKLAR AÇISINDAN  
NE TÜR GÜVENCELERİ ÖNGÖRÜYOR?**

*"Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir" tümcesiyle başlayan Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. bendi, suçlamayla birlikte, sanığın yararlandırılması gereken savunma olanaklarının neler olduğunu anlatmaktadır. Kişinin savunma yapabilmek için, öncelikle ne ile suçlandığını öğrenmesi gerekir. Bu nedenle (a) paragrafına göre sanık, "kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri konusunda, en kısa zamanda, anladığı dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmelidir."*

**a. Sanığa Yöneltilen Suçlamanın Bildirilmesi:** *"Kişinin, hakkında yürütülmekte olan bir soruşturma konusunda bilgilendirilmesi, sanık haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlayan önemli bir adli işlemdir. Bu nedenle bilgilendirmenin, yöntemsel ve nesnel koşullara uygun olarak yapılması gerekir." (T./İtalya, 1992)*

AİHM'ye göre sözleşmede yer alan güvenceler, yalnız mahkeme önündeki yargılama süreci ile sınırlı değildir. Bu olanaklar, yargılamadan önceki ve sonraki aşamalarda da geçerlidir. *"Sözleşme'deki savunma güvenceleri, ceza davalarında, polis tarafından yürütülen duruşma öncesi soruşturmaları da kapsar." (Lmbroschia/İsviçre, 1993)*

Sözleşme açısından belli bir biçim koşuluna bağlanmayan suç bildiriminin sanığa anladığı dilde yapılması öngörülmektedir. Bu koşul, savunma hakkının uygulanışı açısından önemli olduğu gibi, Sözleşme'nin 14. maddesindeki eşitlik ilkesinin de gereğidir. (Kamasinski/Avusturya, 1989; Brozicek/İtalya, 1989; Çolak/Almanya, 1988)

Mahkeme, sanığa yapılacak bildirim içeriği ile, yargılanaacağı suçun örtüşmesini öngörmektedir. Yargılama sürecinde atılı suçun niteliğinin değişmesi durumunda, bu olgu da sanığa bildirilmeli ve ek savunması alınmalıdır. Kişinin, yasal yöntemlerle kendisine duyurulan suçtan farklı bir nedenle yargılanıp cezalandırılmasına karar verilmesi, Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır. Hileli iflas suçlaması ile yargılanan sanıkların yargılama sonucunda hileli iflas amacıyla suç işlemeye yönelik örgüt kurmaktan mahkum edilmeleri kararlaştırıldı. Yargılama sırasında suçun öğeleri ve niteliği değişmiş, bunun sonucunda cezaları da artırılmıştı. Mahkeme bu olayda iki suç arasındaki farklılıklar nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğini kararlaştırdı. Mahkemeye göre, bildirim içeriği, sanığa yöneltilen ve yargılanmasına neden gösterilen suçlama ile uyumlu olmalıdır. (Pelissier ve Sassi/Fransa, 1999)

Buna karşılık yerel mahkemedeki suçlamada açıkça belirtilmemesine karşın yargılama sonucunda ağırlaştırıcı nedenler ileri sürülerek cezanın artırılması, Sözleşme'ye aykırı bulunmadı. Başvurucuya iletilen suç bildiriminde suçun ve cezanın türleri ayrıntılı olarak tanımlandığından, ceza artırımı, suçlamanın doğasında vardı. Sanık yargılamanın başından beri kendisine yöneltilen suçlamanın niteliğini ve sonuçlarını bilmekteydi. (De Salvador Torres/İspanya, 1996)

Her iki karar arasındaki yorumların örtüşmemesi, olayların ve sanıklara yüklenen suçların özelliklerinden ileri

gelmektedir. Önemli olan, sanıkların, kendilerine yöneltilen suçların niteliği ve sonuçları konusunda yeterince bilgilendirilmiş olmalarıdır.

AİHM ulusal uygulamaları değerlendirirken, yargılama konusu eylemlerin iç hukuktaki tanımlarında adli suç olarak nitelenip nitelenmediğiyle yetinmemekte, eylemlerin türünü ve yaptırımların ağırlığını da göz önünde bulundurmaktadır. Caydırıcı amacı bulunan yaptırımlara bağlanan eylemler, ceza hukuku açısından suç sayılmaktadır.

**b. Dava Dosyasına Erişim:** Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. (b) bendindeki güvence, "*Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak*" tümcesiyle anlatılmıştır. Suçlamanın nedenlerinin ve karutlarının öğrenilmesi, uygun zamanda dava dosyasına erişim ile olanaklıdır. Bildirim yükümlülüğü, sanığın savunmasını hazırlaması için uygun zaman ve kolaylıklardan yararlanmasını öngören 6/3. maddenin (b) bendi ile doğrudan bağlantılıdır. (Pelissier ve Sassi/Fransa, 1999)

Bildirim, sanığın ve avukatının, suçlamanın türüne, kanıtların niceliğine ve niteliğine göre, yargılamanın başlamasından, savunmalarını hazırlamalarına elverişli bir zaman önce yapılması gerekir. Bu konuda Avrupa ülkelerinde yasalardan kaynaklanan farklı uygulamalar gözlenebilmektedir. AİHM, dava konusu somut olayın gerekli kıldığı durumlarda, savunmayı olanaksız kılmamak ve uygun sınırlar içinde kalmak koşuluyla, belli bir zaman dilimi içinde, aşamalı olarak dosyaya ulaşımın kısıtlanmasını 6. maddeye aykırı bulmamıştı. (Bricmont/ Belçika, 1989)

Bir başka olayda, dilekçe ile başvurmasına karşın, sanık avukatına dava dosyasının fotokopisi verilmemişti. Bir süre

sonra, avukatın, dava dosyasında bulunan bir belgenin dışındaki tüm kanıtların örneklerini almasına olanak tanınmıştı. Sanık avukatı, saklanan son belgeye de, yargılamanın izleyen aşamalarında ulaşabilmişti. AİHM, bu olay nedeniyle avukatın dava dosyasına erişimine bazı sınırlamalar getirilmesini Sözleşme'yle uyumlu buldu. (Schuler-Zgragén/İsviçre, 1993)

Mahkeme, son yıllardaki kararlarında, daha sıkı bir denetim izlemektedir. Sanığın ve avukatlarının uygun zamanda dava dosyasına erişmeleri, dosyayı inceleyip tüm belge ve kanıtların örneklerini almaları, Öcalan/Türkiye kararında, sanık ve avukatları yönünden ayrı ayrı değerlendirildi. Kararın konumuzla doğrudan ilgili bölümlerini aşağıya aktarıyoruz:

*"Başvurucunun dava dosyasına ulaşması:*

*İddianame başvuruca resmi kanallardan ulaştırılmıştır. Ancak 2 Haziran 1999 tarihli duruşmada Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurucaya iki görevlinin denetiminde dava dosyasını inceleme ve avukatlara belirli bazı dokümanların fotokopilerini iletme izni vermiştir.*

*Mahkeme, başvurucaya, iddianame dışında dava dosyasının 2 Haziran 1999 tarihine kadar verilmemesinin, 6/3. maddeyle birlikte 6/1. maddede korunan savunma haklarını ihlal edip etmediğini incelemek zorundadır.*

...

*Bunun dışında söz konusu silahlı örgütte (PKK) sahip olduğu konumdan dolayı başvuruca, iddia makamı tarafından sunulan çok sayıdaki delillerin savunma ile ilgisini değerlendirebilecek en yetkili kişilerden biri durumundadır. PKK içinde kimin hangi dereceye kadar eylemlerden sorumluluğu olduğunu belirlemede, avukatlarından daha iyi konumlanmış ve daha çok bilgiye sahiptir. Belirtilmelidir ki,*

bizzat gerçekleştirmedeği yüzlerce şiddet eyleminin moral sorumluluğu iddia makamı tarafından başvurucuya yüklenmiştir. Eğer iddia makamının delillerine doğrudan ve yeterli bir süre içinde ulaşabilmiş olsaydı, avukatlarının kendi yardımı olmadan gerçekleştirdiklerinin dışında savunmasıyla ilgili argümanları ayırt edebilecekti.

Son olarak, başvurucunun avukatlarının, dokümanların sayısının çokluğu ve hacminin büyüklüğü ve ziyaretlerine getirilen sayı ve süre kısıtlaması nedeniyle başvurucuya delillerin önemi hakkında bir değerlendirme sunmalarının engellenmiş olabileceği de hesaba katılmalıdır.

Mahkeme, bundan dolayı, başvurucuya, iddianame dışında, dava dosyasındaki diğer evraklara ulaşmasında uygun bir fırsat tanınmamasının, 6/3 (b) madde ile birlikte 6/1. maddedeki koşulların ihlali olarak, savunmanın hazırlanmasında karşılaşılan güçlükleri arttırdığını kabul etmektedir.

**Başvurucunun avukatlarının dava dosyasına ulaşması:**

Mahkeme önündeki bir diğer konu da başvurucunun avukatlarına, müvekkillerinin savunmasını yeterli bir şekilde hazırlayabilmeleri için, dava dosyasına ulaşmada yeterli imkan tanınıp tanınmadığıdır. Başvurucu şu etmenlere dikkat çekmiştir; iddianame sunulduğunda avukatlara dava dosyasının olağanüstü hacmi, fotokopi çekmede karşılaşılan güçlükler ve özel güvenlik tedbirleri nedeniyle meydana gelen pratik zorluklar. Diğer yandan Hükümet, başvurucunun avukatlarının savunmalarını hazırlamada ilgili gördükleri tüm dokümanların fotokopilerine ulaşabildikleri savunmasında bulunmuştur.

...

Mahkeme, iddianamenin başvurucuya ve avukatlarına 24 Nisan 1999 tarihinde verildiğini saptamıştır. Avukatlar mahkeme dosyasına 7 Mayıs 1999 günü ulaşabilmişlerdir. Ancak kendilerine

42

*bir kopyası verilmemiştir. Avukatlar evrakların fotokopisini çekme işlemini 15 Mayıs 1999'da tamamlamışlardır. Dava dosyasının tamamına bu tarihten sonra ulaşmışlardır. İki hafta sonra 31 Mayıs 1999'da Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki duruşmalar başlamıştır. Başvurucunun avukatlarından 23 Haziran 1999'da gerçekleştirilen 8. celsede iddia makamının mütalaasına karşı son savunmalarını yapmaları istenmiştir.*

...

*Görülen davada başvurucunun avukatları 17.000 sayfalık dava dosyasını duruşmalar başlamadan yaklaşık iki hafta önce almışlardır. Ziyaretlerindeki sayı ve süre kısıtlamalarının dosyadaki evrakları müvekkillerine 2 Haziran 1999'dan önce bildirmelerini ya da onu dosyanın incelenmesi ve yorumu sürecine katabilmelerini olanaksız kılması nedeniyle başvurucunun avukatları, kendilerini savunmalarını hazırlamalarını özellikle güçleştiren bir konumda bulmuşlardır. Yargılama işlemlerindeki sonraki gelişmeler, bu güçlükleri aşmalarına izin vermedi. Yargılama hızlı bir süreç izledi. Duruşmalar ara verilmeksizin sürdü ve 8 Haziran 1999'da sona erdi. Başvurucunun avukatlarına, duruşmalarda konular da dahil olmak üzere dosyadaki kanıtlar hakkında son sunumlarını yapabilmeleri için, 23 Haziran 1999 tarihine kadar süre verildi.*

*Mahkeme, başvurucunun avukatlarının dava dosyasına ulaşmalarına geç bir tarihe kadar izin verilmemesinin, savunmanın karşılaştığı yukarıda belirtilen güçlükleri katladığını, bunun da, başvurucunun, bir sanık olarak 6. madde kapsamında sahibi olduğu savunma haklarını kullanmasını güçleştirdiğini kabul etmektedir." (Öcalan/Türkiye, 2003)*

*Sanığın kimliği nedeniyle bu karar ülkemizde çok tartışılmış ve özellikle hukukçu olmayanların tepkileriyle karşılanmıştır. Oysa konumuzu doğrudan ilgilendiren bölümlerini*



aktardığımız kararın bütünü, AİHM'nin önceki yıllarda aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülkeyle ilgili olarak verdiği kararların derlenmesi niteliğindedir. Bu kararda, başvuru ve avukatlarının dava dosyasına ulaşmaları, savunmalarını hazırlamaları açısından da uygun sürelerin ölçütü olarak ele alınmıştır. Türkiye'de çoğu zaman yapıldığı gibi, yargılamanın özünü doğrudan ilgilendirmeyen ancak sanıkla bağlantısı kurulabilen birçok belgenin soruşturma görevlileri tarafından dosyalara konulması, daha sonra Cumhuriyet Savcılarının iddianamelerini hazırlarken özenli bir ayıklama yapmadıkları durumlarda, dava dosyalarında gereksiz yığılımlara neden olabilmektedir. Dosyadaki tüm kanıtların sanık ve avukatlarınca incelenmesi gereği üzerinde duran Mahkeme'nin belgelerin sayısına göre inceleme ve savunmanın hazırlanması için gereken süreleri değerlendirmesi doğal karşılanmalıdır.

Sanığın avukat yardımıyla savunmasını yürüttüğü Öcalan/Türkiye davasında, dosyaya erişim konusu ayrı ayrı değerlendirilmekle birlikte, belgelerden örnek almak açısından sanıkla avukatı arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Davalı devletin dosyadan örnek alma konusunda ulusal düzeyde farklı uygulamalar gerektiğini savunmadığı durumlarda, Mahkeme'nin kendiliğinden böyle bir ayırım koyması beklenemezdi.

AİHM, daha önce benzer konularda verdiği kararlarında, dava dosyasını yalnız sanık avukatının incelemesine olanak tanınmasının, savunma hakkına aykırılık oluşturmayacağına (Kamsisnski/Avusturya, 1993), avukatı olmayan sanığın ise, dosyayı inceleyebilmesi gerektiğine (Foucher/Fransa, 1997) karar verilmiştir.

Bu konuda ulusal yasalarda farklı düzenlemeler bulunabiliyor. Fransa'da, hazırlık soruşturması dosyasını inceleyip örnek alma yetkisi yalnız avukatlara tanınıyor. Ceza soruşturması açtıran kişiye ise böyle bir yetki tanınmıyor. Bir başkası hakkında şikayetçi olan ve hukuksal süreci avukatsız olarak sürdürmek isteyen başvuruçunun istemi üzerine sorgu yargılığınca ceza soruşturması başlatıldı. Kanıtlar toplandıktan sonra yargıç, dava açılmasına gerek olmadığına karar verdi. Bu karara karşı itiraz eden yakınmacı, üst mahkemedeki soruşturma dosyasını incelemek istedi. Ancak Fransa iç hukukuna göre yalnız tarafları temsil eden avukatların dosyayı inceleyebilecekleri gerekçesiyle başvuruçuya bu olanak tanınmadı. Başvuruçunun ceza soruşturması açılmasına neden olan şikayeti de reddedildi.

AİHM, konuyu şöyle değerlendirdi. "Bu dava bir avukat tarafından temsil edilmediği halde dava açılmasını isteyen kişinin soruşturma dosyasını inceleme talebinin reddi üzerine kurulmuştur. Soruşturma dosyalarının avukatlar tarafından incelenmesini öngören 6. madde, diğer kişiler yönünden bir sınırlama getirilmesini yasaklamamaktadır. Fransa yasaları, soruşturma dosyalarına avukatların doğrudan, tarafların da avukatları eliyle ulaşabileceklerini belirtmektedir. Fransa yasalarının böyle bir sınırlamaya gitmesi, avukatların uymak zorunda buldukları meslek kuralları nedeniyle edindikleri bilgilere ve soruşturmanın gizliliğine uygun davranarak adaletin gerçekleşmesine yardımcı olacakları gerekçesine dayandırılmıştır. Uyuşmazlığın avukat olmayan yanlarının ise, soruşturma dosyalarının gizliliğinin korunmasını öngören meslek kurallarına uyma yükümlülüğü bulunmadığından, 6/1. maddenin ikinci paragrafı çerçevesinde yanlara ilişkin bilgilerin korunması ve adaletin gerçekleştirilmesi açısından soruşturmanın gizliliğinin sürdürülmesi amacıyla dosyayı incelemelerinin önlenmesi, Sözleşme'ye uygun bulundu. Çıkarlar dengelendiğinde, başvuruçunun haklarının sı-

nırlanmasının, adil yargılanmayı sağlamaya yönelik olması nedeniyle orantılı" bulundu. (Menet/Fransa, 2005)

Fransa iç hukukundaki düzenlemelere koşut olarak ulaşılan bu karar, avukatlığın kurumsal önemini vurgulamaktadır. Avukatlara yasa ile tanınan hak ve yetkiler, onların adaletli yargılama düzenindeki konumlarının zorunlu bir sonucudur. Soruşturma dosyalarından edindikleri gizli bilgileri savunmalarında değerlendirmekle birlikte, başta temsil ettikleri kişilere karşı olmak üzere, meslek kuralları gereği bunların gizliliğini korumakla yükümlü bulunuyorlar.

**c. Savunmanın Hazırlanması İçin Yeterli Süre Verilmesi:** Sözleşme'nin 6/3 (b) maddesi, sanığın "savunmasını hazırlamak için gerekli zamana sahip olması ve kolaylıklardan yararlandırılmasını", öngörüyor. Bu kural, avukatlar için de özel önem taşıyor. "Savunma için gerekli zaman"ın, genel bir ölçüsü bulunmuyor. Soruşturma ya da dava dosyasındaki kanıtların çokluğu, içerikleri, değerlendirmeleri için daha başka uzmanların yardımına gerek olup olmadığı, sanığın avukatıyla iletişim kurmasından sonra geçen zaman, duruşmanın yapılacağı gün ve gündemi gibi nedenlerle, sanığın yararlandırılacağı zaman ve kolaylıklar, davaların özelliklerine göre değişim gösterebiliyor. Bu ölçütleri somut olaylara göre belirleyip uygulamak, davaların sorumluluğunu üstlenen yargıçların deneyim ve becerileriyle doğrudan bağlantılı oluyor.

Savunmanın hazırlanması için belirlenecek "zamanın yeterliği, davanın karmaşıklık düzeyi ve yargılamada gelinen aşama da göz önünde tutularak saptanacaktır." (Albert ve Le Compte/Belçika, 1983)

Bu konudaki bir başka ölçüt de, "... savunma avukatının görevinin gerektirdiği hazırlıklarını yerine getirmeye elverişli bir süre önce atanmış olmasıdır." (Komisyon Kararı, X ve Y/Avusturya)

## SÖZLEŞME'YE GÖRE, SANIĞIN KENDİSİNİ DOĞRUDAN SAVUNMASI SEÇİMLİK BİR HAK MIDIR?

AİHS'nin 6. maddesinin 3 (c) bendinde savunma hakkının uygulanması üç başlık altında ele alınmıştır. Bunlar, sanığın, savunmasını kendisinin üstlenmesi, seçtiği bir avukat eliyle yürütmesi, akçalı olanaklarının yetersizliği durumunda devletçe görevlendirilen bir avukatın yardımından yararlandırılmasıdır. Konu, bu sıralama içinde sunulacaktır.

Suçlanan kişinin kendisini savunması, bilinen en eski ve doğal yöntemdir. Sözleşme de bu hakkı korumaktadır. Bu koşullarda, Sözleşme'nin ve ulusal hukukun öngördüğü olanaklar, doğrudan sanık tarafından kullanılacaktır. Bireysel savunma, özünde, seçimlik bir hak değildir. Sanık, soruşturmanın herhangi bir evresinde avukat edinse bile, kişisel savunma olanaklarından vazgeçmiş olmamaktadır. Savunma hakkı sanığın kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Avukatla temsil edildiği durumda da, yüz yüze yargılamanın bir gereği olarak, sanığın duruşmalara katılımı ve kendisini savunması sağlanmalıdır.

Kişinin, savunma seçeneklerini değerlendirebilmesi için, öncelikle kendisine yönelik suçlamanın varlığını, hakkında bir ceza davası açıldığını bilmesi gerekir. Sanığın, yargılamanın

içeriği ve duruşma günü konularında uygun zamanda ve koşullarda bilgilendirilmesi, davayı görecek olan mahkemenin sorumluluğu altındadır.

Sanık, duruşmaya katılmak için üzerine düşenleri yerine getirmeyerek bu hakkından vazgeçebilir. Ancak davayı gören Mahkeme, sanığın gerçek arzusunu ve duruşmalarda bulunmama kararlılığını araştırıp kesin bir biçimde saptamalıdır. Vazgeçmenin kuşkuya yer vermeyecek kadar kesin ve açık olması, kamu yararına aykırı düşmemesi gerekir. (Colozza/İtalya, 1986)

AİHM, savunma hakkının yerel mahkemelerce etkili bir biçimde kullanılarak kullanılmadığını denetlemektedir. Örneğin İtalya'da tutuklu olarak yargılanan bir sanık, kanıt yetersizliği gerekçesiyle yerel mahkemeye aklanıp salıverilmişti. Yargıtay bu kararı bozdu. Yeniden başlayan yargılamaya sanığın katılmadığı görüldü. Duruşmaya gelen avukatı, sanığın Hollanda'da işlediği başka bir suç nedeniyle tutuklandığı için, İtalya'daki davada bulunamadığını bildirdi. Avukatının katıldığı dava, özrünü belgeleyemeyen sanığın yokluğunda 24 yıl hapis cezasına mahkum edilmesi ile sonuçlandı. Avukat, sanığın Hollanda'da olduğuna ilişkin belgeyi, ancak davanın karara bağlanmasından kısa bir süre sonra mahkemeye verebildi.

AİHM, başvuruçunun yokluğunda yargılanıp mahkum edildiği bu olayda, İtalyan Mahkemesi'nin tutumunun, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumdaki önemiyle açıkça çeliştiği ve orantısız olduğu görüşüne vardı. Sözleşme'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan hakları etkili bir biçimde kullanılmakla yükümlü bulunan devletin, mahkemeye gelmeme nedenini belgeyle kanıtlayamayan davacıyı yokluğunda yargılayıp mahkum etmesini, kendisinden beklenen

özenle bağdaşır nitelikte bulmadı, "*Sanığın bizzat savunma olanağından yoksun bırakılması*" nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verdi. (F. C. B./İtalya, 1991)

Bir başka olayda kendisi de avukat olan ve birlikte çalıştıkları meslektaşını öldürmekle suçlanan sanık, çeşitli aşamalardan geçen dava sonucunda jüri tarafından suçlu bulunmuş, Ağır Ceza Mahkemesi'nce, infazın akıl hastalarına ayrılan bir kurumda gerçekleşmesi koşuluyla 20 yıl hapis cezasına mahkum edilmişti. Karara itiraz aşamasında sanığın Yüksek Mahkeme'deki duruşmaya katılma istemi kabul edilmedi. Mahkeme'ce atanan avukatının izlediği yargılama sonucunda Yüksek Mahkeme, "*mali yolsuzlukları nedeniyle ortağını öldüren sanığı*" suçlu buldu ve cezasını arttırarak, genel cezaevlerinde uygulanmak üzere yaşam boyu hapse mahkum etti.

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin, üst mahkemedeki yargılamanın her koşulda duruşmalı olarak yüz yüze yürütülmesini zorunlu kılmadığını, Yargıtay'daki duruşmada sanığın avukatı tarafından temsil edilmesi nedeniyle yargılamanın yokluğunda yürütülmesini kendisini bizzat savunma hakkı bakımından Sözleşme'ye aykırı bulmadı. Ancak başvuruçunun, cezaya itirazı üzerine, hapis cezasının 20 yıldan yaşam boyu hapse dönüştürülmesi, infazın bir tedavi kuruluşunda sürdürülmesi yerine genel cezaevinde uygulanması sanık açısından yaşamsal düzeyde büyük önem taşıdığından, sanığın suç sırasındaki ehliyetinin, suç işleme kastının değerlendirildiği bir aşamada Yüksek Mahkeme'nin bu olasılıkları da gözетerek, duruşmaya çıkarılması için talepte bulunmasa bile, başvuruçunun, avukatının yanında duruşmaya katılmasına olanak sağlanmamasını, kendisini bizzat savunma hakkı bakımından, adil yargılanma ilkelerine aykırı buldu. (Kremzow/Avusturya, 1993)

Düşünceyi açıklama suçu nedeniyle Diyarbakır DGM'de yargılanan saruk, bu sırada Aydın Cezaevi'nde bulunmaktadır. DGM'nin istemi üzerine Aydın Ağır Ceza Mahkemesi'nde istinabe yoluyla sorgulandıktan sonra, Diyarbakır DGM'de, yokluğunda on iki ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Hükümet, AİHM'ye sunduğu yanıtlarında, "... başvurunun CMUK'un öngördüğü yöntemler içerisinde yetkilendirilen mahkemeler önüne bir kaç kez çıkarıldığını, bu duruşmalarda mahkemelerin yargı yetkisine itiraz etmekten ve Türkçe konuşmayı reddetmekten başka bir şey yapmaması nedeniyle savunma hakkından kendisinin isteyerek feragat ettiğini ..." savunmuştur.

AİHM, "On iki ay hapis cezasına çarptırılan başvurunun dava nedeniyle karşı karşıya bulunduğu risk göz önünde tutulduğunda, DGM adil bir yargılama yapmış olsaydı, sanığın vereceği ifadeyi doğrudan değerlendirmeden kararını vermezdi. Başvurucu duruşmada hazır bulunmuş olsaydı, özellikle o demeci verdiği sırada amacının ne olduğunu ve hangi koşullar altında röportajın yapıldığını kanıtlamak üzere gazetecileri tanık olarak çağırmak veya bant kaydının verilmesini istemek olanağına sahip olacaktı. Ne Aydın Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki dolaylı duruşmaya, ne de Diyarbakır DGM'deki duruşmaya avukatlarının katılmış olması, sanığın duruşmada bulunmayışından ileri gelen sakıncaları gidermeye yeterli değildir. Bu nedenlerle, Komisyon gibi Mahkeme de, Sözleşme'deki adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda seçkin bir yere sahip olduğunu dikkate alarak, savunma hakkına bu tür bir müdahalenin haklı görülmemeyeceğine ..." karar verdi. (Zana/Türkiye, 1997)

AİHM'nin değerlendirmelerine göre, yargılamanın en canlı aşamaları olan birinci derece mahkemelerinde, tanıkların, bilirkişilerin dinlenmesi, olay yeri incelemelerinin yapılması, eksik karutların toplanıp tartışılması, yanların ve özellikle sanığın düşünsel yeteneklerinin, duygusal eğilimlerinin, bilgi ve

## 43

becerisinin, nesnel varlığının değerlendirilmesi gibi nedenlerle, sanığın katılımı, savunma hakkı bağlamında büyük önem taşımaktadır. Bu tür nedenlerle birlikte sanığın yargılama sürecine ilişkin yönlendirmeleri, yargıçların dava sonucunda verecekleri kararlar üzerinde doğrudan etkili olabilecektir. Bu açıdan, avukatla temsil edilse bile, sanığa, duruşmalara katılarak kendisini savunma olanağı verilmelidir.

Üst mahkemelerdeki ve Yargıtay'daki duruşmalara sanığın katılma gereksinimi ise, yargılama sürecine göre farklı değerlendirmelere neden olabilmektedir. Sanığın, özellikle tanıkların dinlendiği, nesnel kanıtların tartışıldığı duruşmalara katılımı önem taşımaktadır. İstinaf yoluyla yürütülen yargılamanın davanın baştan görülmesini, tarafların ve tanıkların yeniden dinlenilmesini gerektirdiği durumlarda, sanık da, etkili bir biçimde bu süreç içerisinde yer alabilmelidir. Yargılamanın türüne göre, Yüksek Mahkeme önünde de duygu ve tepkilerinin yargıçlarca incelenmesinin önem taşıdığı koşullarda, sanığa, kendini doğrudan savunma olanağı sağlanmaması, Sözleşme ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Maddi ve hukuki koşulları birlikte ele almaya yetkili olan üst mahkemenin, başvurucuyu doğrudan dinlemeden değerlendirmeler yapması, adil yargılanma açısından olanaklı bulunmamıştır. (Belziuk/Polonya, 1998)

Yalnız hukuksal konuların ve sonuçlarının tartışıldığı Yargıtay'daki duruşmalara sanığın katılımı zorunlu görülmemektedir. Bu aşamalarda sanığın avukatı tarafından temsil edilmesi yeterli bulunmaktadır. Ancak cezanın miktarına yönelik temyiz istemlerinin incelenmesinde ya da sanığa karşı yapılan temyiz talepleri nedeniyle önceki cezaların ve infaz biçiminin ağırlaşmasının söz konusu olduğu durumlarda, sanığın katılımına da gerek görülmektedir. "Yargıtay, başvu-



*rucunun suç işleminin nedenleri ile kişiliği ve karakteri üzerinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Oysa bu tür değerlendirmeler, başvurucu hakkında kişisel izlenimler edinilmeden yapılamaz. Böyle durumlarda, başvurucuya kendisini doğrudan savunma olanağının kullandırılması gerekmektedir.” (Pobomikoff/ Avusturya, 2000)*

Olasılıklara dayanan ve sonuçları ancak kararların verilmesinden sonra görülebilen bu tür seçeneklerin nasıl uygulanacakları ulusal düzeyde belirsizlikler taşıyabilir. Ancak devletlerin yöntem yasalarını bu kararlar doğrultusunda yenilemeleri ve mahkemelerin yetkilerini savunma hakkı yönünde genişletmeleri gerekebilir.

Ceza yargılaması, birbirini bütünleyen başlıca iki işlevden oluşmaktadır. Birinci aşama olan nesnel çözümde, suçlama konusu olayların ve kişilerin bu olaylar içerisindeki konumlarının aydınlatılması gerekmektedir. Suç, nesnel ve toplumsal bir olaydır. Sanığın suç olgusuna yaklaşımı ise öznedir.

Yargılamanın ikinci aşaması, gerçekleştiği benimsenen olayların hukuksal sonuçlarının değerlendirilmesidir. Bu aşamada hukuk bilgi ve deneyimi öne çıkmaktadır. Sanığın suçlama karşısındaki öznel konumuyla birlikte hukuk bilgisinin yetersizliği nedeniyle, demokratik toplumların güvenliği için son derece önem taşıyan savunma hakkının salt kişisel çabalarla yürütülmesi olanaksızdır. Sanığın mahkeme önünde avukat yardımıyla savunulması, toplumsal bir zorunluluk olarak doğmuştur.

**a. Sanığın Kendi Seçtiği Avukat Eliyle Savunulması:** Olağan işleyiş, yargılanan kişinin ücretini ödeyerek kendisine bir avukat atamasıdır. Böyle durumlarda sanık, avukatını seçme hakkına sahip olacaktır. Avukatla savunma hakkının temel

amacı, kişinin savunmasız bırakılmamasıdır. Sanığın görevlendirdiği bir avukatı varsa, kamu gücü de bu seçime saygılı olmalıdır. Her ülkenin özel koşullarına göre yetkilendirilen avukat, hazırlık soruşturmasından en üst organlara kadar, herhangi bir engelle karşılaşmadan yargısal sürecin her aşamasında sanığı temsil edebilmelidir. Avukatın görevini yerine getirmesi, doğrudan ya da dolaylı yollardan engellenmemelidir. Avukatın, davanın görüldüğü mahkemeye yöntemine uygun olarak sanığı temsil yetkisi olduğunu bildirmesinden sonra, bu hakkın özgürce kullanılması davaya bakan mahkemenin sorumluluğu altındadır. Ancak zaman zaman, bu sorumlulukla bağdaşmayan uygulamalara rastlanmaktadır.

İtalya'da görülen bir ceza davasının sanığı, üst mahkemedeki duruşma öncesinde bir başka suçtan tutuklanarak cezaevine konulmuştu. Tutuklu sanığa ve avukatına mahkemece duruşma günü bildirilmedi. Sanığın cezaevinde tutuklu bulunduğunu bilmeyen üst mahkeme, yargılamanın sanığın ve avukatının yokluğunda sürdürülmesinin hukuka aykırı olacağını düşündü. Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla, üst mahkeme duruşma öncesinde hemen sanığa bir avukat atadı. Yeni avukatın katılımıyla gerçekleşen duruşmadan sonra üst mahkeme sanığın cezasını ağırlaştıran bir karar verdi.

AİHM bu olayda, sanığın seçtiği avukatına duruşma gününün bildirilmemesini ve etkili bir savunma yapamayan yeni avukatla yargılamanın sonuçlandırılmasını "*avukatla savunma hakkının ihlali*" olarak niteledi. (Goddi/İtalya, 1984)

Bu kararla birlikte, mahkemece görevlendirilen avukatın başarı düzeyi, AİHM'nin denetim alanına çekilmiş oluyordu.

Fransa'da ortak yaşamlarından doğan çocuklarını Türkiye'ye götüren sanığın mahkeme kararına rağmen çocukları

geri vermemesi üzerine eşinin istemiyle hakkında ceza davası açıldı. Yargılamadan ayırık tutulma istemi mahkemece de uygun görülen ve kendi seçtiği iki avukat eliyle savunulan sanığın, yargılama sonucunda bir yıl hapis cezasına çarptırılmasına ve tutuklanmasına karar verildi. Sanık avukatları ve savcı, bu karara karşı üst mahkemeye başvurular. Üst Mahkeme'deki duruşmaya sanık gelmedi. Avukatları, savunmayı kendilerinin yürüteceklerini ve bu nedenle yargılamanın sanığın yokluğunda sürdürülmesini istediler. Üst Mahkeme bu istemi yerinde bulmadı ve duruşmaya katılması için bir kez daha sanığa davetiye çıkardı. Sanığın belirlenen günde de duruşmaya gelmemekte direnmesi üzerine, avukatları eliyle temsil olanağını da tanımayarak itirazının reddine ve yerel mahkeme kararının onanmasına karar verdi. Sanığın Yargıtay'a yaptığı başvuru da, "... hakkında tutuklama kararı bulunan ve duruşmaya gelmeyen kişinin avukatı eliyle temsil edilemeyeceği ..." gerekçesiyle reddedildi.

Bu olayda Fransız mahkemelerinin savunma hakkını bir tür baskı aracı gibi kullandıkları görülmektedir. Sanık iki seçenektan birini benimsemek zorunda bırakılmıştır. Ya avukatları eliyle de olsa, savunma yapabilmek için Fransa'ya gelecek ve böylece tutuklama kararı uygulamaya konulacak, ya da tutuklanmak için duruşmaya katılmayacak, ancak bunun karşılığında savunma olanaklarından büsbütün yoksun bırakılacak.

AİHM, adil yargılanma hakkının önemli bir boyutu olan yargılamada temsil olanağının, sanığın kendisini daha sonra dinleyecek mahkeme tarafından nesnel ve hukuksal konular üzerinde yeniden karar verilebilmesi koşuluyla, ilk derece mahkemesinde yokluğunda yargılanmasının kural olarak Sözleşme'ye aykırı düşmediğini belirtti. Mahkeme, savunma hakkından feragati iki ölçütle ilişkilendirdi. Koşulsuz olması

ve sanık haklarının güvence altında bulundurulması durumunda, savunmadan feragatin kabul olunabileceğini belirtti. Dava konusu olayda ise, başvuruçunun birinci ve ikinci düzeydeki yargulamalara katılmayacağını, ancak avukatla temsil edilmek istediğini açıkça bildirmesi karşısında, duruşmada bulunmamasının temel bir hak olan avukatla temsil olanağını ortadan kaldırmadığı benimsendi. Bir ceza davasına, sanığın katılımı gerçeğin aydınlanması açısından büyük önem taşımakla birlikte, duruşmaya gelmeyen sanığa avukatı eliyle hukuksal temsil olanağının verilmemesi, savunma hakkının demokratik toplumlardaki önemi ve hukukun üstünlüğü ilkesi karşısında orantısız bulunduğundan, avukatla savunma hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdi. (Poitrimol/Fransa, 1993)

Hollanda’da benzer bir olayda, başka bir suçtan mahkum edildiği para cezasını ödeyemediği için tutuklanıp cezaevine gönderilme olasılığı bulunan sanık, işlediği ikinci bir suç nedeniyle açılan ceza davasının duruşmasına katılmadı. Mahkeme, yokluğunda yargılandığı sanığın atılı suçu işlediği görüşüyle cezalandırılmasına karar verdi. Sanık, bu karara karşı avukatı aracılığıyla itiraz etti. Üst mahkemedeki duruşmalara katılan avukat, önceki para cezası nedeniyle tutuklanmaktan korktuğu için gelemeyen sanığı kendisinin savunacağını bildirdi. Üst Mahkeme, yürürlükteki yöntem kurallarına dayanarak duruşmaya gelmeyen sanığı avukatının temsil etmesine ve savunma yapmasına izin vermedi. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, üst mahkemenin duruşma tutanağında sanığın gelmeyeceğini bildiren avukatının savunma yapmak için herhangi bir talebinin bulunmadığının da yazılı olması nedeniyle itirazlarını reddetti.

AIHM, “... geçerli bir özrü olmasa bile duruşmaya gelmeyen sanığın avukatı aracılığıyla savunma yapmaktan yoksun bırakı-

lamayacağını ..." belirtti. Duruşmaya gelen avukatın, sanık adına savunma yapmak istediğini mahkemeye bildirmediği yolundaki Hükümet'in görüşlerini tartışırken, şu değerlendirmelerde bulundu:

*"... suç isnadı altında bırakılan herkesin bir avukatın yardımından yararlanma hakkı vardır. Hollanda hukukunda olduğu gibi üst mahkemedeki yargılamaya katılmayan sanığın, yokluğunda verilen karara itiraz olanağının tanınmadığı durumlarda, bu ilke daha büyük önem taşımaktadır. Avukatla savunma hakkının kuramsal olmaktan çıkarılıp pratikte uygulanabilir ve etkili olabilmesi için, söz konusu hakkın gereksiz biçimsel koşullarla sınırlandırılmaması gerekir. Yargılama adaletini gerçekleştirmek mahkemelerin görevidir. Sanığın katılmadığı duruşmaya onu savunmak amacıyla gelen avukatına savunma olanağının verilmemesi, avukatla savunma hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlalidir." (Lala/Hollanda, 1994)*

Hollanda da suç işleme kastı olmaksızın eroin satmaktan yargılanıp mahkum edilen Moritanyalı sanık, cezası kesinleşmeden sınır dışı edilince, üst mahkemedeki duruşmalara katılmadı. Sanık adına gelen avukatın, müvekkilinin gelememe nedenini açıklayıp savunma yapmak istediğini bildirmesine karşın, kendisine bu olanak tanınmadı. Mahkeme izin vermediği için sanık avukatı tanıklara soru sormadı, savunma yapamadı. Karar sanık aleyhine bozuldu. İkinci kez yinelenen yargılamada, avukata vekaletnamesi olmadığı için söz hakkı tanınmadı. Sonuçta cezası arttırılan sanık, ülkeye kasten uyuşturucu sokmaktan mahkum edildi.

AİHM bu olayda da Lala/Hollanda davasındaki gerekçelerle avukatla savunma hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdi. (Pelladoah/Hollanda, 1994)

Yargıca hakaret ettiği suçlaması ile ceza mahkemesinde yedi yıl dört ay yargılandıktan sonra suçsuz olduğu anlaşılıp aklanmış sanığın başvurusu nedeniyle AİHM, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı. Bu kararda ayrıca davanın Yargıtay'da görülmesi sırasında avukatla temsil edilme hakkının tanınmış olmasına karşın başvurucuya bu hakkın kullandırılmaması avukatla savunma hakkının ihlali olarak değerlendirildi. (Alimana/İtalya, 1991)

**b. Sanığa Devlet Eliyle Avukat Atanması:** Sözleşme'nin 6. maddesinin 3 (c) bendinde düzenlenen bir diğer olasılık ise, akçalı olanakları avukat edinmeye elvermeyen sanığın, "... *adaletin selameti gerektiriyor ise, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani (ücretsiz) yardımından ...*" yararlandırılmasıdır. Sözcüklerin açılımına göre, sanığın bu haktan yararlandırılması için, birbirini bütünleyen üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Sanığın, kendi atadığı bir avukatı olmayacaktır.
- Avukat edinmek için ödemesi gereken akçalı olanaklardan yoksun bulunaacaktır.
- Yargılama adaletinin gerçekleşmesi için, sanığın bir avukatın ücretsiz yardımından yararlandırılması gerekecektir.

Zaman içerisinde gelişen uygulamalarda, AİHM'nin özellikle üçüncü koşulu öne çıkardığını görmekteyiz. Kişinin ücretini ödeyerek avukat edindiği durumlarda bile, olayın koşullarına göre yeni avukat atanması istemi haklı görülebilmektedir. Sanığın akçalı olanaklarının yetersizliği, mutlak yoksulluk olarak algılanmamaktadır. Yargılandığı dava için geçerli olan avukatlık ücretinin ödenmesi kendisinin ve ailesinin yaşam

koşullarında önemli gerilemelere neden olarsa, bu durum ekonomik yetersizlik olarak değerlendirilebilmektedir.

Sanığın akçalı olanakları konusunda çok ayrıntılı incelemeye girmeyen mahkeme, avukat eliyle yürütülen savunmanın önemi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Yargılamanın sonucunda sanığın özgürlüğünden yoksun kılması söz konusu ise, adaletin selameti amacıyla ilkesel olarak para ödemedi avukat yardımından yararlandırılması gerekir. (Benham/İngiltere, 1996)

Sanığa atılı suçun hukuk tekniği açısından kendisinin üstesinden gelemeyeceği özellikler taşıması ve yargılama sonucunda ağır cezalar verilme olasılığının bulunması, savunmasının avukat eliyle yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Belediye harcını ödemedikleri için hapis cezasına çarptırılan çok sayıdaki kişinin davasında Mahkeme, "*... başvuruçular açısından risk oluşturan cezanın ağırlığı ve uygulanan yasanın karmaşıklığı gözetilerek*", adaletin doğruluğu açısından adil bir yargılama yapılabilmesi için, para ödemedi bir avukatın yardımından yararlandırılmaları gerektiğini kararlaştırdı. (Perks ve Diğerleri/İngiltere, 1999)

Sözleşme'de geçen "*adaletin selameti*" sözcükleri, doğru ve dürüst yargılama anlamına gelmektedir. Yargılamanın ulusal ve uluslararası ölçütlere uygun yürütülmesi, sonuçta dengeli bir karar verilmesi, sanığın avukatla savunma olanağından yoksun bırakılmasına haklılık kazandırmayacaktır. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımı ile sağlanabilir. Konuya bu açıdan yaklaşan Mahkeme, avukatla savunma hakkında açık ve kesin olarak feragat etmeyen sanığa, doğru yargılamanın gereği olarak, ücreti kamu tarafından ödenen bir avukatın atanmasını zorunlu görmektedir. Bütün bu koşulları bir araya getirdiğimiz zaman, Sözleşme'nin 6/3



(c) maddesindeki düzenlemeyi, "sanığı avukatsız bırakmama yükümlülüğü" olarak ta adlandırmak olanaklıdır.

Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde, karakol mahkemeleri, yerel mahkemeler, birinci derece mahkemeler, üst mahkemeler (istinaf), Yargıtay gibi yargı birimlerinin kademelendirilmeleri farklılıklar gösterebilmektedir. Disiplin kurulları, şartlı tahliye komisyonları, meslek odalarının onur kurulları gibi, yargısal içerikli kararlar veren kurum ve kuruluşlar bulunmaktadır. Sözleşme'nin "Mahkeme" tanımına giren bütün bu birimlerde, davanın kanıtlarının sunulduğu, tanıkların dinlendiği veya elde edilen nesnel bulguların hukuksal sonuçlarının tartışıldığı yüz yüze yargılamanın her aşamasında, avukatla savunulma hakkının kullandırılması gerekmektedir. Devletlerin bu yükümlülüğü, adil yargılanma hakkının zorunlu bir koşuludur. (Chambell ve Fell/İngiltere, 1984)

Devlet adına avukat görevlendirme yükümlülüğü, Türkiye'de de olduğu gibi, genellikle barolar eliyle yürütülmektedir. Mahkeme önünde sanığın avukatla savunma hakkının gerçekleştirilmesi ise, Sözleşme'ye göre davaya bakan mahkemenin sorumluluğu altındadır. Ücretsiz hukuk yardımından yararlanan kişilerin, birlikte çalışacakları avukatları konusundaki seçimleri olanaklar ölçüsünde ilgili organlarca göz önünde bulundurulacaktır. Ancak bu olasılık mutlak değildir. Adil yargılamanın gereği olarak yeterli nedenlerin varlığı durumunda, kamusal organlarca sanığın isteğine aykırı düşen avukat atamaları da yapılabilecektir. Bu tür görevlendirmeler Sözleşme'ye aykırı bulunmamaktadır. (Croissant/Almanya, 1992)

Bir tesisatçının yanında çalışırken uyuşturucu madde kullanmaktan yargılanan sanığın birinci derece mahkemesinde ve Yargıtay'daki yargılanması sırasında kendisine ücreti devletçe ödenecek bir avukatın atanması istemi, her iki aşı-

mada da reddedilmişti. Yargılama sonucunda altı ay hapis cezasına mahkum edilen sanığın cezası ertelenmişti. Yargıtay bu kararı onadı.

AİHM'ye göre, "... ceza mahkemesinde yargılanan sanığın bazı koşullarda ücretsiz hukuk yardımı alması, adil yargılanma kavramının bir gereğidir. 6. maddenin 3(c) bendindeki ücretsiz hukuk yardımından yararlanmanın birinci koşulu, sanığın avukata ödeme yapma olanağının bulunmaması, ikincisi, adaletin yararının avukatla savunmayı gerektirmesidir. Olayda, başvuruçunun avukata ödeme yapacak ekonomik koşullardan yoksun bulunduğuna itiraz edilmiştir. Konunun, adaletin yararı açısından değerlendirilmesinde ise, öncelikle sanığa atılı suçun önemi ve alabileceği cezanın ağırlığı, ikinci olarak davanın hukuksal açıdan karmaşıklığı, üçüncü etken olarak ta sanığın kişisel durumu ele alınmalıdır.

Olayda uyuşturucu kaçakçılığı suçlaması altında bulundurulmuş sanığa üç yıla kadar hapis cezası verilme olasılığının bulunması, ücretsiz hukuk yardımından yararlandırılmasını gerektirmektedir. Davadaki olaylar açısından özel zorluklar bulunmamakla birlikte, daha önce benzer suçlardan mahkum edilen sanığın deneme süresi içerisinde yeni bir suç işlemesi nedeniyle farklı yaptırım ve önlemlerle karşılaşma olasılığının bulunması, avukat eliyle savunmanın önemini arttırmaktadır. Başvuruçunun yabancı kökenli oluşu, yoksul bir çevreden gelmesi, ciddi bir mesleki eğitim almaması, çok kabareli bir suç dosyasının bulunması, 1975-1983 yılları arasında her gün uyuşturucu kullanması gibi kişisel özellikleri nedeniyle, yargılama aşamalarında kendisini savunabilecek durumda bulunmamaktadır. Bu koşullarda sanığın önce sorgu yargıcı, ardından ceza mahkemesi önünde avukatsız bırakılması nedeniyle oluşan sözleşme ihlali, bu aşamaları izleyen Yargıtay ve Federal Mahkeme önünde de giderilememiştir. Böylece ücretsiz avukat yardımı sağlanmaması nedeniyle, sanığın savunma hakkı ihlal edilmiş olmaktadır." (Quaranta/İsviçre, 1991)

Kamu adına görevlendirilecek avukatın, Goddi/İtalya kararındaki gibi mesleki deneyiminin öne çıktığı durumlar da olabilmektedir. "... Saniğin yargılandığı davaya uygun düşen savları sunabilecek düzeyde hukuk bilgisinin bulunmadığı gözetilerek, ancak deneyimli bir avukatın böyle bir davayı üstlenip gereken hazırlıkları yapması durumunda adil yargılanma koşulları gerçekleşmiş olacağından ..." sanığa Yargıtay aşamasında avukat atanmaması, sözleşme ihlali olarak değerlendirildi. (Pham Hoang/Fransa 1992)

Sanığın ilk derece mahkemesinde avukat eliyle savunulması, yargılamanın sonraki aşamalarında avukatsız bırakılmasına haklılık kazandırmayacaktır. Federal Almanya'da yaşadığı sırada ikinci kez narkotik suçu işlemekten yargılanan TC uyruklu Lütfi Pakelli'ye savunmasını yürütmek amacıyla yerel ceza mahkemesince bir avukat atanmıştı. İki yıl üç ay hapis cezasına mahkum edilen Pakelli, salıverildikten sonra Türkiye'ye dönmüştü. Kararı temyiz eden sanık avukatı, ücretsiz yardım olanağının Yargıtay aşamasında da sürdürülmesini istedi. Sanığın bu istemi kabul edilmedi. Avukatsız yürütülen Yargıtay incelemesi sonucunda cezası kesinleşti.

AİHM, sanığın temyiz gerekçelerinin özellikle yönetsel konularda yoğunlaştığını gözeterek, hukuk tekniğinin ayrıntılarına inilmesini gerektiren böyle bir savunmanın ancak uzmanlar eliyle yürütülebileceğini belirttikten sonra, "sanığın duruşmada hazır olmasının, avukatının yokluğu ile oluşan boşlukları kapatmaya yeterli gelmeyeceğini ..." vurguladı. Avukatla temsil olanağını silahların eşitliği ilkesi açısından da değerlendiren Mahkeme, "Federal Mahkeme'nin duruşma açmasına karşın sanığa savunma avukatı atanmamasını davanın sonucunu etkileyen önemli bir eksiklik ..." olarak niteledi ve olayda, Sözleşme'nin 6/3 (c) maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. (Pakelli/Almanya, 1983)

Sanık avukatının önemli duruşmalara gelmeyerek görevini yapmadığının açıkça görülmesi durumunda, mahkemenin bu konuda önlem alması gerekmektedir. İlk derece yargılamada avukatının yokluğunda ömür boyu hapis cezasına çarptırılan, yerli bir avukat görevlendirilmediği için Yargıtay'da savunması yapılmadan cezası kesinleşen kişinin Anayasa Mahkemesi'ne yönelttiği itirazın yetki yönünden reddedilmesi başvuru konusu yapılmıştı. Adam öldürme ve silahlı çeteye katılmakla suçlanan sanık Bölge Mahkemesi'nde yargılanarak ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu, avukatının duruşmaların birçoğuna katılmadığını, savcının kendisini suçlaması için çağırdığı tanığın sorgulandığı oturumda bulunmadığını, hatta tarafların son iddia ve savunmalarının tartışıldığı günde bile mahkemeye gelmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu mahkemenin kendisine başka bir avukat atanmasını istemiş, ancak bu talebi de kabul olunmamıştır.

Hükümetin savunmasında ise, yargılama boyunca avukatın neden belirtmeksizin birçok kez duruşmalara katılmadığı kabul edilmekle birlikte, mahkemece kendisine bir avukat atanması önerildiği halde, başvurusunun bunu kabul etmediği bildirildi. Davanın sonraki aşamaları, savunmasını üstlenen bir avukat olmaksızın yalnız başvurusunun katılımıyla sürdürülüp karara bağlandı. Başvurucuya bir avukattan yardım alarak savunmasını yürütme olanağının sağlanmaması, savunma ve kamu tanıklarının sanık avukatı olmaksızın dinlenmeleri adil yargılanma hakkının ihlali olduğu gerekçesiyle karar temyiz edildi. Yargıtay, sanığın temyiz istemlerini reddetti. Başvurusunun son aşama olarak Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı itiraz da "yargılama yetkisi" dışında kalması nedeniyle reddedildi.

AİHM'ye göre, "Anayasa Mahkemesi'nin görevi, adil yargılanma haklarının çiğnendiğini ileri süren bireylerin yakınmalarını

*inceleyip karara bağlamaktır. Hükümet'çe savunulmanın aksine Yargıtay'ın bu olayla ilgili kararı, son karar olmadığı gibi, altı aylık başvuru süresi de geçmemiştir. Başvuru, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında kabul edilir bulunmuştur. (Balltu/Arnavutluk, 2004)*

Kamusal organlar, üst mahkemeden olumlu sonuç alınmayacağı görüşü ile ücretsiz hukuk yardımını sonlandırabilirler mi? Bu konuda İngiltere'deki uygulamalardan kaynaklanan ve birbirini bütünen üç örnek bulunuyor.

İlk derece yargılamada ücretsiz avukat sağlanan sanık, yalancı tanıklık yaptığı gerekçesi ile beş yıl hapis cezasına çarptırıldı. Bu cezaya karşı üst mahkemeye yaptığı itirazında, *"başarı olasılığı bulunmadığı"* görüşü ile adli yardımdan yararlandırılmadı. Üst mahkemedeki duruşmaya avukatsız katılan sanığın itirazları reddedildi.

AIHM, *"... adil yargılanma koşullarının davanın bütünlüğü içerisinde ele alınması gerektiğini"* belirterek, *"üst mahkemede veya Yargıtay'da adli yardım isteminin reddi durumunda, İngiliz hukukunda ulusal mahkemelerin bu konuyu yeniden değerlendirmelerini sağlayacak yöntemlerin bulunmamasını Sözleşme ihlaline neden olan ..."* önemli bir eksiklik olarak niteledi. Kararda ayrıca bir davanın karmaşıklığının ancak Yargıtay'da anlaşılınası durumunda, sanığa bu aşamadan sonra avukat atanması gerektiği belirtildi. (Granger/İngiltere, 1990)

Birinci derece yargılamada mahkum olan sanıklara ücretsiz hukuk yardımının sürdürülebilmesi için, İskoç Adli Yardım Kurulu, üst mahkemeye yapılacak itirazların başarı olasılığı konusunda, sanık avukatlarından görüş istemektedir. Kurul, itiraz sonucunda başarı sağlanacağına ilişkin yasal nedenlerin varlığına inandırılmamışsa, ücretsiz avukat yardımı verilmemektedir. Bu yöntem, Adli Yardım Kurulu'nun adeta

Yargıtay adına davanın özünü incelemesini gerektiriyordu. 1994 yılında karara bağladığı iki ayrı olayda AİHM, bu işleyişi şöyle değerlendirdi:

*"AİHM'nin görevi, sözleşmecî devletlerin itiraz yöntemlerinde 6. maddenin öngördüğü koşullara uyumu sağlamak için ulusal organların alacakları önlemlerin neler olduğunu belirlemek değildir. Mahkeme, ulusal uygulamaların Sözleşme'nin 6. maddesine uygun olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Ağır bir cezaya mahkum edilen başvurucuya en yüksek itiraz organı önündeki savunmasında hukuk yardımı sağlanmayarak yalnız bırakılması, 6. maddeye uygun düşmemektedir. Yargılamanın niteliği ve Yüksek Mahkeme'nin üstün yetkileri karşısında avukat desteğinden yoksun bırakılan sanığın hukuksal konulardaki yetersizliği nedeniyle, olayda, adaletli bir yargılama gerçekleştirilememiştir." (Bonar/İngiltere, 1994) ve (Maxwell/İngiltere 1994)*

Görülüyor ki, her üç kararda da AİHM, ön süzgeçten geçirilen ve olumsuz sonuçlanacağı görüşü ağırlık kazanan olaylarda da, üst mahkemeye yapılacak başvurularda hukuksal yardım verilmeyerek sanıkların yalnız bırakılmalarını Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. Mahkeme, Pakelli davasında olduğu gibi, bu olaylarda da, sanıkların hukuksal konulardaki bilgi ve deneyim yetersizliklerinden yola çıkarak, adaletin doğruluğu için, bu eksikliğin avukat eliyle giderilmesini uygun görmektedir.

Avukatın görevini savsaklaması, her koşulda savunmanlığı üstlendiği kişilere zarar verebilir. Sözleşme somut olgular üzerine kurulduğundan, üye devletlerin sanıkları savunmasız bırakmamak için bu konuda da üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekir. Savunman sorumluluğunun denetimini, avukatın kamu adına atanmasına veya sanığın kendi seçimi olmasına göre ayrı ayrı değerlendirmek uygun olacaktır. Ayrıca, baroların da verdikleri kararların arkasında durmaları, sözlerini yerine getirmeleri beklenmektedir.

a. Kamu Adına Atanan Avukatın Denetimi: Sanığın avukatsız bırakılmaması temel ilke olarak benimsenince, uygulamada bu işlevin ne oranda gerçekleştiği de önem kazanmaktadır. Mahkeme, sanığın avukat gereksinimini, soruşturma ve yargılama süreçlerinin bütünlüğü içerisinde değerlendiriyor. "Adil yargılanma ilkeleri başlangıçtaki yanlış uygulamalar nedeniyle ciddi biçimde göz ardı edilmişse, yargılama öncesi evreler de Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilecektir." (Imbrioscia/İsviçre, 1993)

Mahkemeler ulusal yasalarla ayrıca ilişkilendirilmemişlerse, bir sanığın avukat gereksinimini, ancak dava önlerine geldiği zaman öğrenebilirler. Yargılama öncesi aşamalarda sanığın işkence görmesi, haksız yakalanıp gözaltına alınması gibi, avukatsız bırakılması da davanın bütününe Sözleşme'ye aykırı duruma düşürebilmektedir. Bu nedenle devletler, sanığa ilk suçlamanın yöneltildiği aşamadan başlayarak avukat görevlendirme yöntemlerini oluşturmakla yükümlüdürler.

Savunmasız sanığa bir avukat atanması ile sorun çözülmüş olmamaktadır. Avukatın görevini etkili bir biçimde yürütüp yürütmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. "İtalya" da, dolandırıcılık ve karşılıksız çek suçlarından yargılanan sanık, mahkemede kendi seçtiği avukatı eliyle temsil edilmişti. Mahkeme, sanığı suçlu buldu ve cezalandırılmasına karar verdi. Kararı temyiz eden sanık, kendisine ücretsiz hukuk yardımı sağlanmasını istedi. Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı tarafından görevlendirilen avukat sanıkla görüşmeye gitmediği gibi, tatil dönüşü öğrendiği bu atamayı işlerinin çokluğu nedeniyle kabul edemeyeceğini bir mektupla bildirdi. Sanığın uyarısı üzerine avukat, Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı'na da dilekçe vererek, sağlık koşullarının elverişsizliği nedeniyle, sanığın savunmasını üstlenemeyeceğini duyurdu.

Sanık, Yargıtay'a yaptığı çeşitli başvurularda görevi kabul etmeyen avukat hakkında ceza ve disiplin soruşturmaları açılmasıyla birlikte kendisine başka bir savunman verilmesini istemesine karşın, olumlu bir sonuç alamadı. Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı'na göre, görevlendirdiği avukat, duruşmaya girmek zorunda idi. Bu konuda yapabileceği başkaca bir işlem yoktu. Ulusal yasalara göre atanan avukat görevini yapmazsa, sanık, tazminat davası açabilir, hatta soruşturma talebinde de bulunabilirdi. Böylesine sonuçsuz yazışmaların ardından gelen



duruşmaya, Yargıtay'ca atanan gönülsüz avukat katılmadı. Yargıtay, bazı suçların zamanaşımı nedeniyle düşmesini kararlaştırdığı duruşmada, sanığın diğer bütün temyiz itirazlarını reddetti.

AİHM'ye "... göre, Sözleşme, hakları, teorik veya sanal olarak değil, ancak pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Bu durum, demokratik bir toplumda öncelikli olarak yer verilen adil yargılanma hakkının kapsamındaki savunma hakları bakımından özellikle geçerlidir. Sözleşme'nin 6. maddesinin 3(c) bendi 'atama'dan değil, 'yardım'dan söz etmektedir. Yalnızca avukat atanması yardımı etkili kılmaya yeterli değildir. Adli yardım amacıyla atanan avukat ölebilir veya ağır hastalanabilir, bu süre içerisinde görev yapması yasaklanabilir veya kendisi görevden kaçınabilir. Kamu organlarına bilgi verilmesi durumunda bu kurumlar ya avukatı değiştirmeli ya da görevini yerine getirmeye zorlamalıdır. Olayda başvuru hiç bir koşulda atanan avukatın yardımından yararlanamamıştır. Daha işin başında, avukat, başvuru için çalışmayacağını bildirmiştir. Mahkeme'ye göre başvuru Yargıtay önünde etkili bir hukuk yardımı alamamış, Yargıtay Daire Başkanı'nın avukat görevlendirme işlemi, ölü bir karar olarak kalmıştır."

AİHM, davalı Hükümet'in savunma gerekçeleri arasında yer alan sanığın temyiz nedenlerinin tutarsızlıklarla yüklü olduğu, Yargıtay'ın dosyayı özenle incelediği, atanan avukatın görevini eksiksiz olarak yerine getirseydi bile sonucun değişmeyeceği, bu nedenlerle sanığın avukatsız kalmaktan doğan bir zararının olmadığı yolundaki savunmalarını değerlendirdikten sonra, olayda bir zararın varlığının kanıtlanması gerektiğini vurguladı. "Mahkeme'ye göre başvuru durumu düzeltmek için ısrarla uğraşmıştı. Yakınmalarını ve atanmış avukatın ilgisizliğini, kendisini savunmamadaki kararlılığını Yargıtay'a bildirmişti. Kabul edilmelidir ki, hukuk yardımından atanmış avukatın her tür kısıru

*için devlet sorumlu görülemez. Ancak olayın özel koşulları içinde başvurusunun bu hakkını etkili bir biçimde kullanması için gereken önlemleri almak yetkili İtalyan organlarına düşen bir görevdir."* (Artico/İtalya, 1980)

Mahkeme, her olayı kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmektedir. Adil yargılanmanın bir bütünlük içerisinde gerçekleşmesi için, sanığın, avukatların ve ilgili devletlerin üzerlerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmelerini beklemektedir.

AİHM, benzer olaylar üzerine verdiği diğer kararlarında da "*... hukuksal yardım amacıyla bir avukatın atanmasının yeterli olmadığını ...*" belirtmekle birlikte, bu avukatın görevini savaştırmaması durumunda, yetkili kamu kurumlarının uygun biçimde bilgilendirilip bilgilendirmediğini araştırmaktadır. Avukatlığın, Baroların bağımsızlığı nedeniyle, görevlerini uygulayış biçimlerine çok fazla karıştılamayacağını gözeten Mahkeme, en azından avukatın görevini yapmadığı durumlarda atama organlarının bilgilendirilmelerini gerekli görmektedir.

*"Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı nedeniyle devletin müdahalesi, ancak atanmış avukatın müvekkilini etkili bir biçimde temsil etmediğinin görülmesi ve bu durumun yetkililerin bilgisine sunulması durumunda olanaklıdır."* (Kamasinski/Avusturya, 1989)

Sözleşme'nin 6/3 (c) bendinde yer alan avukat aracılığıyla savunma hakkının uygulamadaki ayrıntıları ve kullanım biçimleri Sözleşme'de belirtilmediğinden, bu konu ilgili devletlere bırakılmıştır. "*... Başvurucu başlangıçta gerekli hukuksal yardımı almamış olsa bile, devletler, adli yardımdan atanan ya da sanıkların seçtiği avukatlarla aralarında çıkabilecek her türlü sorundan doğrudan sorumlu tutulamayacağı gibi, avukatlık mesleğinin bağımsızlığı gereği savunmanın tutumu öncelikle başvuru ile*

avukatı arasındaki bir konu olmaktadır. Sözleşmeciler devletin, atanmış avukatın etkili bir savunma yapmadığının açıkça görülmemesi durumunda olaya müdahalesi beklenemeyeceğinden, çok kısa süren ilk dönemde avukat B. G.'nin hareketsiz kalışından başvuru sahibinin şikayette bulunmaması nedeniyle olaya kanusal organların katılmaması doğal karşılanmalıdır. Avukat B. G.'nin istifa etmesi üzerine hemen yeni bir avukat atanması, yeni avukatın dosyayı inceleyip sanıkla görüşmesinden sonra önceki sorgulama nedeniyle savcıya itiraz etmemesi ve bu aşamada gerçekleştirilen üç sorgulamanın ilk ikisine yeni avukatın da katılmaması karşısında, avukatla savunma hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine" karar verildi. (Imbrioscia/İsviçre, 1993)

Bu kararın sonucunun, içerdiği çok önemli gerekçelerle tam bir uyum içinde olduğu söylenemeyecektir.

Uyuşturucu suçlamasıyla Portekiz'de yakalanan Alman uyruklu sanık hakkında uyuşturucu ticaretini düzenlediği ileri sürülerek dava açıldı. Yargılama sırasında sanık, avukatının görevine son verince, yerine kamu adına bir avukat atandı. Yargılama sonucunda sanığa uyuşturucu ticaretinin ağırlaştırılmış tanımına göre on beş yıl hapis cezası verildi. Sanık kararı temyiz etti, ancak dilekçesi Portekiz dilinde yazılmadığı için başvurusu reddedildi. Atanmış resmi avukat ta, kararı temyiz etti. Bir ay sonra başvuru sahibi kendi seçtiği bir avukatı yetkilendirince, kamu adına atanmış avukatın görevi sona erdi. Yargıtay, atanmış avukatın dilekçesinin temyiz nedenlerini yeterince açıklamaması, istemlerinin özünü içermemesi ve çığnendiğini ileri sürdüğü kuralların yorumunu ve uygulanış biçimini anlatmaması nedeniyle reddine karar verdi. Başvuru sahibi, temyiz dilekçesinde yasal gerekçeleri yerine getirmeyen atanmış avukat hakkında şikayetçi oldu. Baro'nun açtığı disiplin soruşturması sonucunda kusurlu bulunan avukatın cezalandırılması kararlaştırıldı.

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1 ve 3 (c) bentleri içinde incelediği olayla ilgili aşağıdaki kararı verdi:

*"Avukatın atanması tek başına, sanığa sağlanan hukuki yardımın etkinliğini gerçekleştirmez. Bu bağlamda devlet, resmi atanmış avukatın görevindeki her kusurundan sorumlu tutulamaz. Devlet adına atanan avukatın denetimi, baroların bağımsızlığı kapsamında değerlendirilen bir konudur. Bu denetim, özü bakımından avukatın kamu adına atanması, ya da kendi seçimi ile yetkilendirilmesi arasında önemli farklar içermemektedir. 6. maddenin 3 (c) bendi, yetkili ulusal mercilerden resmi atanmış avukatın yetersizliği apaçık görülmedikçe veya bazı diğer yöntemlere yeterli özeni göstermediği saptanmadıkça, müdahale etmelerini gerektirmemektedir. Daud davasının aksine, başvuruçunun resmi atanmış avukatı ona yardım etmekte başarısız olmamıştı, fakat uygulanması gereken iç hukuktaki usul işlemlerine uymakta başarısız olmuştu. Resmi atanmış avukat tarafından sanığın savunmasının sunumundaki eksik ve yanlışlar, devletin sorumluluğunu gerektirmemişti. Durumun farklı olmasına karşın, yönetsel istemlere uymaktaki ihmalden kaynaklanan eksiklik, başvuruçunun durumuna ilişkin bir çözüm getirmemiş, yanlışlık daha yüksek bir mahkeme tarafından düzeltilmemiştir. Başvuruçunun dava sürecinde olduğu gibi, kendisini uzun süreli bir cezayla karşı karşıya bırakacak usulü işlemlerin uygulanmasında ilgili dili bilmeyen yabancı uyruklu bir kişi olduğu ortadadır. Bu koşullar altında, başvuruçunun Sözleşme'nin 6/3 (c) maddesinin gerektirdiği gibi, pratik ve etkin bir savunma olanağına sahip olmadığı, Temyiz Mahkemesi'ne yaptığı başvurudan anlaşılmıştır. Kuşkusuz, başvuruçunu, avukatların değişmesinden önce savunmasının olası yetersizliğine yetkili mahkemenin dikkatini çekmemiştir. Diğer bir nokta da, Temyiz Mahkemesi'ne verilen dilekçede oluşan sorunun, resmi atanmış avukatın yöntem kurallarına uymak konusundaki yanlışlığından ileri gelmesidir. Bu, yetkili makamlar tarafından alınacak olan pozitif adımlar açısından 'açık eksiklik' oluşturmuştur. Temyiz Mahkemesi temyiz başvurusu-*

nu kabul edilemez olarak açıklamak yerine resmi atanmış avukattan temyiz nedenlerini düzeltmesini veya tekrar gözden geçirmesini isteyebilirdi. Yöntemsel yanlış düzeltmek için mahkemenin basit bir girişimi, Baro'nun bağımsızlığı ilkesini ihlal etmeyecekti. Aynı şekilde, bu tür bir yönlendirmenin silahların eşitliği ilkesini mutlaka çiğneyeceği varsayılmazdı. Kaldı ki, adaletin kusursuz işleyişinde ve yargılamanın yürütülmesinde yargıcın yetkilerinin belirlenmesi önemlidir. Gerçekten, medeni yargılamalarla ilgili Portekiz yasası bu tip bir isteği yerine getirmek için hakimlere yetki vermiştir. Bu olayda az da olsa baroların bağımsızlığının yıpratılması ve silahların eşitliği ilkesinin çiğnenmesi söz konusu değildir. Daha da ötesi, Anayasa Mahkemesi tarafından buna benzer bir uygulamayı eleştiren bir karar yakın zamanda verilmiştir. Başvuru konusu olayda davacının etkili bir hukuk yardımı almaması nedeniyle, devletin olumlu yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucunda Sözleşme'nin 6. maddenin (1) ve (3) (c) paragrafları ihlal edilmiştir." (Czekalla/Portekiz, 2004)

AİHM, karşılıksız hukuksal yardımın gereği olarak kamu adına atanan avukatların bu görevlerini ne oranda gerçekleştirdiklerinin davayı yürüten mahkemelerce izlenmesini öngörmektedir. Yerine göre bu avukatların savunmalarını "yetersiz", "deneyimsiz", "etkisiz" sözcükleriyle de nitelenmektedir. Mahkeme'nin bu tutumunun nedeni, Sözleşme'nin adil yargılanmanın gerçekleşmesi için zorunlu saydığı koşulların üye ülkelerce eksiksiz yerine getirilmesini sağlamaktır. Korumanın tam olması için, adli yardım amacıyla görevlendirilen avukatların nitelikleri, mesleki deneyimleri, objektif ölçütlere göre olabildiğince doğru belirlenmelidir. Bu konularda yargılamanın sonraki aşamalarında çıkabilecek sorunlar da, ilgili ülkelerin, sanığın ve baroların bağımsızlığı ilkesiyle çelişmeyecek biçimde alacakları önlemlerle çözülmeli, sanık, savunmansız bırakılmamalıdır.

b. Sanığın Kendi Atadığı Avukatın Denetimi: AİHM, yargılamanın akışından kaynaklanmayan ancak önceden görülebilen engellerin aşılabilmesi için tarafların üzerlerine düşen önlemleri almalarını istemektedir. Örneğin, duruşmanın yapılacağı günü çok önce öğrenen avukatın, kişisel özrünün çıkması durumunda, yargılamanın ertelenmesini istemek yerine davanın sürekliliğini etkilemeyecek yasal seçenekleri uygulamaya koyması beklenmektedir. Sanık ve avukatının kendi kusurlu davranışlarından ileri gelen olumsuzluklar nedeniyle, devletler sorumlu tutulmamaktadır.

İtalya'da yerel ceza mahkemesinde hapis cezasına mahkum edilen tutuksuz sanığın avukatı kararı temyiz etti. Dosyanın Yargıtay'a ulaştığı Yazı İşleri Müdürü'nün 26.3.1985 günlü yazısı ile avukata bildirildi. Yargıtay'daki duruşmanın 6 Aralık'ta yapılacağı 2 Ekim günü avukata tebliğ edildi. Sanık vekili Yargıtay'a 25 Kasım'da ulaşan 18 Kasım günlü dilekçesinde, bir operasyon geçirdiğini, kendisine 30 gün dinlenme verildiğini belirterek, 6 Aralık'ta yapılacak duruşmanın ertelenmesini istedi. Yargıtay bu istemi reddederek, sanığın ve avukatının yokluğunda gerçekleşen duruşmadan sonra, yerel mahkemenin iki buçuk aylık hapis cezasının onanmasını kararlaştırdı.

AİHM, Yargıtay'da yapılacak duruşmada avukatla temsil edilmenin önemini vurgulamakla birlikte, başvurusunun avukatının 6 Aralık'taki duruşmaya katılamayacağı önceden belli olduğu ve iç hukuktaki duruşmanın ertelenmesi ile ilgili kuralları bildiği halde önlem almaması, kendi yerine duruşmaya başka bir avukatı gönderme olanağı varken bunu yapmaması, ayrıca başka bir avukat eliyle Yargıtay'a dilekçe sunma yolunu da kullanmaması karşısında, başvurusunun kendi seçtiği avukatının kusurlu uygulamaları nedeniyle davalı devletin sorumlu tutulamayacağını kararlaştırdı. (Tripoli/İtalya, 1994)

Çok sayıda şiddete dayalı cinsel suç işlediği savı ile jürili ilk derece mahkemesi önünde yargılanan tutuklu sanık, altı gün süren duruşmalar boyunca bir cam bölme içerisinde bulundu. Sanığın savunmasını ceza davalarında deneyimli on yıllık bir avukat yürütüyordu. Duruşmada henüz on beş yaşındaki suç mağduru bayanın dinlenmesi sırasında yargıç, söylediklerini daha iyi duymak için, kendisine ve jüriye yaklaşmasını istedi. Sanık, atılı suçu işlediği yargısıyla mahkum olunca, tek yargıçlı üst mahkemeye itiraz etti. Gerekçe olarak ilk derece mahkemede yargılandığı salonun akustiğinin bozuk olduğunu, cam bölme içerisinde söylenenleri duymadığını ileri sürdü.

Sanığın tanık gösterdiği koruma görevlisi de, sanığın kendisi aracılığı ile en az üç kez avukatını yanına çağırdığını ve konuşulanları duymadığını ona bildirdiğini söyledi. Sanık, üzerine söylenenleri duymadığını yazıp camın arkasından koruma görevlisine gösterdiği bir kağıdı da kanıt olarak dosyaya sundu. Bu savlar, ulusal mahkemelerce kabul edilmedi. Sanığa verilen ceza kesinleşti.

AİHM, adil yargılanmanın bir gereği olarak sanığın kendisiyle ilgili dava içerisinde söylenenleri işitip anlamasının, onun en doğal hakkı olduğunu belirtti. Ancak bu olayda başvuru ve onu temsil eden avukatı, dava mahkemesi önünde 6 gün süren duruşmalar boyunca duyma sorununu yargıca iletmediler. Sanığın koruma memuruna yönelttiği yakınmalar, anılan kişinin yargılama sürecinde görevinin olmaması nedeniyle bir anlam taşııyordu. Mahkeme'ye göre sanık avukatı, yargılamayla ilgili bir taktik izlediği için bu konuda susmayı yeğlemişti. Sanığın da, avukatının tutumuna katılmadığı konusunda herhangi bir belirti yoktu. Mahkeme, avukatlığın bağımsızlığı açısından değerlendirdiği olayda, sanığın

avukatına yönelik açık bir suçlaması yoksa devletlerin bu konuya karışamayacaklarını vurguladı. Eğer sanık doğrudan veya avukatı aracılığı ile yerel mahkemeye duyma sorununu iletse idi, mahkemenin buna bir çözüm getirmesi gerekirdi. Avukatının da bu konuda susarak olaya bir taktik sorunu açısından yaklaşması nedeniyle, sanıkla avukatı arasındaki ilişkilerden devletlerin sorumlu tutulamayacağı görüşüyle adil yargılanma açısından Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar verildi. (Stanford/İngiltere, 1994)

Mahkeme, sanıkların kendi istemleri doğrultusunda seçtikleri avukatları hakkında, daha gevşek bir denetim izlemektedir. Çok kısa özetlerini sunmakla yetindiğimiz yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi, sanığın, ulusal organlar önünde, kendi seçtiği avukatına yönelik suçlama ve yakınmaları olmamışsa, ilgili devletleri sorumlu tutmama eğilimini açıkça ortaya koymaktadır. Bu tutum, Sözleşme'nin amaç ve yöntemlerine de uygun düşmektedir. Kişilerin kendi seçtikleri avukatları ile bir sorunları olursa, yakınmalarını öncelikle ulusal yapılanmaların öngördüğü süreçlerden geçirmelidirler. Mahkeme'nin bu yaklaşımının bir başka nedeni de, avukatlık mesleğinin bağımsızlığını korumak, zorunlu olmadıkça devletlerin bu alana el atmasını önlemektir.

**c. Baroların Sorumluluğu:** Sözleşme, hukuk davalarında gereksinin belirten kişilere adli yardım sunulmasını, bu arada ücreti devletçe ödenen avukat atanmasını zorunlu kılmamaktadır. 1995 yılında, Fransa'da, bir avukatın neden olduğu zararlarını tazmin ettirmek için dava açmak isteyen kişiye Baro tarafından adli yardım verilmesi kararlaştırıldı. Baro Başkanı, yakınmacıya yardımcı olmaları için üç avukatı görevlendirdi. Ancak bu avukatların, hakkında dava açılacak avukatla mesleki ilişkileri nedeniyle görevi üstlenmelerinin



olanaksızlığı anlaşıldı. Başvurucu, 1995 yılı Kasım ayında Baro'nun Adli Yardım Kurumu Başkanı'ndan, kendisine başka bir avukat atanmasını istedi. Başvurucuya 1997 yılı Mart ayında Baro Başkanı tarafından verilen yanıtta, 1995 yılında kendisi için öngörülen adli yardım kararının zamanaşımına uğradığı, yardım alma istemini sürdürüyorsa, yeniden başvurması gerektiği bildirildi.

*"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurusunun bir avukat tarafından tenisil edilmesinin zorunlu olmamasına karşın, Adli Yardım Kurulu'nun avukat atama kararı almasının, başka bir avukata karşı yürütülecek hukuksal işlemlerde yardım gereksiniminin yaşamsal önem taşınmasından ileri geldiğini belirtti. Atanan üç avukatın davasından el çektirilmesine tanık olan başvurusunun başka bir avukat verilmesi isteni de yerine getirilmedi. Yetkililer (Baro Başkanı ve Adli Yardım Kurulu Temsilcisi), daha önce atanan üç avukatın ayrıldıklarını bildiklerine göre, etkili bir hukuk yardımına gereksinimi olduğunu kararlaştırdıkları başvurusuya, yeni bir avukat atamaları gerekirdi. Başvurucu, önceki adli yardım kararının zaman aşımına uğradığının kendisine bildirilmesine karşın, yeni bir istemde bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulamaz. Baro Başkanı'nın ve adli yardım görevlilerinin olumsuz tutumlarını değerlendirdiği zaman, yeni bir istemde bulunmaması doğal karşılanmalıdır. Başvurucuya etkili bir hukuk yardımı sağlanması, bu uyuşmazlıkta, silahların eşitliği kuranının zorunlu bir sonucuydu. Bir hukukçuya karşı yaptığı hukuksal işlemlerde ve açtığı davada başvurusunun hukuksal yardım almadan savunmasını yürütmek zorunda kalması, silahların eşitliği ilkesiyle birlikte, yargı yerine ulaşma hakkının engellenmesi ..."* olarak nitelendi. (Bertuzzi/Fransa, 2003)

Fransız Barosu kendiliğinden başvurusuya hukuksal yardım vermeyi kararlaştırmasaydı, AİHM, büyük bir olasılıkla bu tür değerlendirmeler yapmayacaktı. Baroların bağımsızlığını

45

korumakta son derece özenli davranan Mahkeme, herhangi bir kamusal organın katılmadığı bu olayda, konuya daha rahatlıkla yaklaştı. Bir avukatın karşısında hak aramakta önemli güçlükler içine düşeceği öngörüsüyle başvurunun korunması gerektiğini kararlaştıran Baro'nun kendisiydi. Bu durumda verdiği sözün arkasında durması gerekiyordu. Baro'nun çelişkili tutumu, adalete olan güven duygusunu sarstığı gibi, başvuru açısından da yeni yeni üzüntülerin kaynağı olmuştu. Hukuk davalarında adli yardım verilmesini önceki kararlarında Sözleşme'nin kapsamı dışında değerlendiren Mahkeme, benzer durumlarda olduğu gibi, "*silahların eşitliği*" ilkesine dayanarak, başvurunun korunması gerektiğini kararlaştırdı. Bu olay, "*silahların eşitliği*" ilkesinin yargılama düzeninde karşılaşılabilecek yeni açılımlar gerektiren eksik ve çelişkilerin giderilmesi açısından önemli bir dayanak olduğunu göstermektedir.

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerinin temel özneleri, hiç kuşku yok ki yargılanan kişilerdir. Örneğin 1. bentte sözü edilen mahkemenin niteliğine, yargılamanın süresine, yüzyüzeliğine ve açıklığına ilişkin düzenlemeler, 2. bentteki suçsuzluk güvencesi, savunmanların temsil ettikleri kişiler adına istemlerini dayandıracakları hukuksal kaynaklardır. Ancak gerek 6. maddede gerekse Sözleşme'nin diğer maddelerinde belirtilen bazı hak ve yetkiler vardır ki, bunlar, temsil ettikleri kişilerle ilişkilendirilmeleri bile gerekmez, avukatlık mesleğinin olmazsa olmaz koşulları arasında yer almışlardır. Örneğin 6. maddenin 1. bendindeki "hakkaniyet" sözcüğünden üretilen "silahların eşitliği" kuramı, 3. bentteki, "suçlamanın niteliği ve nedenlerinden en kısa zamanda bilgilendirilmek", "savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak", "iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek", "savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek", bu yetkilerden başlıcalarıdır. Kuşkusuz bu olanaklar öncelikle yargılanan kişilerin güvenceleridir. Ancak temsil ettikleri kişilere karşı da bağımsızlıklarını korumak durumundaki avukatlar, bir işi üstlendikleri zaman, savunma seçenekleri-

ni de özgürce değerlendirebilmelidirler. Konunun bu yönü AİHM'ce de benimsendiği için, avukatın hak ve yetkilerine ilişkin değerlendirmeler, birçok kararda yer almıştır. Kararların önemli bir bölümü savunma hakkı ile bağlantı kurularak Sözleşme'nin 8. maddesini de yorumlamaktadır. Özel yaşam güvencelerini içeren 8. maddeyle ilgili soruları ilerideki bölümlerde de yanıtlamaya çalışacağız. Ancak savunma hakkı ve avukatlık uygulamalarının ele alındığı bu bölümde, salt madde numaralarına bağlı kalmak için, yanıtladığımız sorunun bütünselliğini bozmak istemiyoruz. Bu nedenlerle, 6 veya 8. maddelere girip girmediğine bakmaksızın, Mahkeme'nin avukatlık uygulamalarını doğrudan kapsayan kararları üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

AİHS'nin 8. maddesinin birinci bendine göre:

*"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."*

Aynı maddenin 2. bendinde sayılan bazı durumlarda "... demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörül-müş olmak koşuluyla ..." bir takım kısıtlamalar konulabileceği belirtilmektedir.

Avukatla sanık arasındaki ilişki özel yaşam konularından kaynaklansa bile, savunma hakkının toplumsal önemi nedeniyle 8. maddenin kapsamından taşmaktadır. Avukatlık bürosu, hiç kuşkusuz özel bir alandır, ancak, avukatın temsil ettiği kişilerin, olay tanıklarının da özel yaşamlarının özgürce sergilenemediği, kamunun el atmaması gereken bir kamusal alandır.

Avukatla sanığın iletişimi, aralarındaki ilişkinin kurulup geliştirilmesi için son derece önemlidir. Tutuklu sanıkla avu-

katının baş başa görüşmeleri, savunmaları için gerekli bilgi ve belgeleri birbirlerine iletmeleri, yargılama sürecindeki konularının zorunlu bir gereğidir. AİHM'nin bu konulardaki kararlarının açılımı, savunma hak ve yetkilerinin Sözleşme ile ne oranda korunduğunu ortaya koyacaktır.

İletişim özgürlüğü konusunda bilinen en eski yöntem kişilerin mektuplaşmalarıdır. Tutuklu sanıkla avukatının yazışmaları, konumuz açısından özellikle önem taşımaktadır. Devletler, çeşitli gerekçeler öne sürerek bu yazışmaları denetim altında tutmak istemişlerdir. En önemli gerekçeleri de, soruşturma konusu suçla ilgili kanıtlara ulaşmak olmuştur. Ancak konu her zaman bu kadar açık bir görünüm vermemektedir. Savcıların soruşturmaları kendi beklentileri doğrultusunda yönlendirmek amacıyla, cezaevi yöneticilerinin tutuklu ve hükümlülere yönelik yasa dışı uygulamalarını gizlemek için yazışmalara el koydukları çok sık görülen olaylardır.

AİHM'nin bu konudaki ilk değerlendirmeleri, İngiltere cezaevinde yatmakta olan bir hükümlünün başvurusuyla ilgilidir. Başvurucu, cezaevinde çıkan olaylara karıştığı yolunda gerçek dışı ifade verip kendisine iftira eden gardiyan hakkında hukuk davası açmak, böylece yanlış ifadenin dosyasından çıkarılmasını sağlamak istemiştir. Başvurucu, bu amaçla bir avukatla görüşüp dava açmak üzere yürürlükteki Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde Bakanlık'tan izin istemiştir. Ancak Bakanlık, böyle bir dava açılmasına gerek olmadığı düşüncesi ile hükümlünün avukatla görüşmesine izin vermemiştir.

AİHM'ye göre, "İçişleri Bakanlığı'nın 'Golder' in dilekçesini reddetmesi, öncelikle bir avukatla iletişim kurmasını engellemiştir. Bu olay mahkemeye başvurma hakkı ile ilişkilendirilmeksizin, yalnızca haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Golder'e bir avukata danışması için izin verilseydi, yakındığı gardiyana karşı dava açma kararlılığını sürdürüp sürdürmeyeceği bilinemezdi. Ancak bütün bunlara karşın, başvurunun açıkça ortaya koyduğu 'iftira nedeniyle dava açma' istemi gerçekleşmemiştir. İçişleri Bakanlığı avukatla ilişki kurulmasını yasaklamakla, açılması düşünülen dava için harekete geçilmesini engellemiş olmaktadır. Hukuksal engellemeler gibi, fiili engellemeler de hukuka aykırı düşebilecektir.

...Başvurucu, gardiyana karşı dava açmakla, kendisine karşı yapılan ve hakkında olumsuz sonuçlar doğuran suçlamalardan kurtulmak istemektedir. Açılması tasarlanan dava, cezaevinde bulunduğu sırada meydana gelen ve cezaevi yaşamıyla bağlantılı bir olayla ilgilidir. Sonuçta bu dava İçişleri Bakanlığı'na bağlı ve görevi sırasında suçlamalarda bulunan bir cezaevi çalışanına karşı yöneltilen olacaktır. Bu koşullarda Golder, haklı olarak dava açmak üzere bir avukata danışmak istemiştir. Tasarlanan davanın sonuçlarına ilişkin olasılıkları değerlendirmek İçişleri Bakanlığı'nın görevi değildir. İleri sürülebilecek savlar hakkında karar vermek ise, bağımsız ve yansız mahkemelerin görevidir. İçişleri Bakanlığı, Golder'in istediği izni vermemekle, Sözleşme'nin 6/1 fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye gidebilme hakkına saygı göstermemiştir."

AİHM, başvuru konusu olayları bir kez de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirdi:

"Mahkeme, bir hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin 'gerekliliğini' cezaevinde bulunmanın olağan ve makul koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Örneğin 'düzensizliğin veya suçun önlenmesi' bir hükümlüye, özgür bir kişiden daha geniş müdahale önlemleri-

47

nin uygulanmasını haklı kılabilir... Hükümet, Golder'in yakındığı müdahalenin 'gerekli' olduğunu kanıtlamak için, düzensizliğin ve suçun önlenmesini, bir ölçüde de kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerekçe olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisini dikkate almakla birlikte, 'demokratik bir toplum'da bu müdahalenin nasıl olup ta, Golder'in kendisine iftirada bulunan gardiyana karşı dava açmak amacıyla bir avukatla iletişim kurmasının engellenmesini haklı kıldığını anlayamamıştır. Mahkeme, Golder'in cezaevi görevlisinin kendisine karşı yaptığı suçlamadan temize çıkmak istediğini bir kez daha vurgulamaktadır. Bu koşullarda Golder, haklı olarak bir avukata yazmak isteyecektir. Açılması düşünülen dava sonuçlarını değerlendirme görevi, İçişleri Bakanlığı'nın işi değildir. Başvurucuya hakları konusunda yol göstermek, önerilerde bulunmak bir avukatın; önüne getirilen dava konusunda karar vermek ise bir mahkemenin görevidir.

Başvurucunun avukatla haberleşmesi kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme'nin başka bir maddesinde, yani 6. maddede var olan bir hakkın kullanılması için hazırlık aşaması olacağından, İçişleri Bakanlığı kararının 'demokratik bir toplumda' gerekli olduğu kanıtlanamamıştır. Böylece Mahkeme, olayda 8. maddeye aykırılık olduğu sonucuna varmıştır." (Golder/İngiltere, 1979)

Başlangıçta da belirttiğimiz gibi, yazışma dokunulmazlığı temelinde gelişen tartışmanın özü, savunma hakkının ilk adımı olan başvuru ile avukatın iletişim olanakları üzerinde odaklanmıştır. Cezaevindeki başvuru ile avukatın iletişimi kurulamazsa, hak arama sürecinin sonraki aşamalarına geçilemeyecektir. Kararda eleştiri konusu yapılan uygulamalar, olayın geçtiği yıllarda yürürlükte olan Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde yürütülen işlemlerdi. Golder'in dava açmayı düşündüğü infaz koruma görevlisinin tutumu bir yana bırakılırsa,



AİHM İngiltere'deki katı ve insan hakları ile bağdaşmayan cezaevi kurallarını mahkum etmiş bulunuyordu. Nitekim İngiltere Hükümeti de bu dava nedeniyle gelişen hukuksal tartışmaları göz önünde bulundurarak, Golder Davası henüz sonuçlanmadan Cezaevleri Yönetmeliği'ni değiştirmiş, tutuklu ve hükümlülerin hukuk davası açmak üzere bir avukata danışmak istemeleri durumunda İçişleri Bakanı'ndan izin almaları koşulunu kaldırmıştı. Bu değişiklik, cezaevleri müdürleri eliyle bütün tutuklu ve hükümlülere bildirilmişti.

Cezaevleri kurallarında yapılan iyileştirmeler, İngiltere'nin benzer konulardaki davalar nedeniyle tekrar AİHM'de yargılanmasını önleyemedi. Çeşitli cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü konumunda bulunurlarken değişik amaçlarla farklı yerlere gönderdikleri mektupları alıcılarına ulaşmayan 7 başvurucunun AİHM'de görülen davaları 1983 yılında sonuçlandı. Davacılarından Silver'in koşulları konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir. Başvurucu, cezaevindeki yetersizlikler ve bu arada sağlık sorunları ile dış tedavisindeki yakımları nedeniyle dava açmak üzere Bakanlık'tan izin istemiş, ancak kendisine olumlu yanıt verilmemişti.

İngiltere cezaevlerindeki haberleşme ve yazışma koşullarının ayrıntılı olarak incelenip tartışıldığı AİHM kararında, diğer altı başvurucu hakkında Sözleşme'nin 8 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilirken, hukuksal yardım alarak cezaevi yönetimiyle ilgili hukuk davası açma girişiminin önlenmesi nedeniyle, Silver yönünden ayrıca Sözleşme'nin 6/1. maddesinin de ihlal edildiğine karar verildi. (Silver ve Diğerleri/İngiltere, 1983)

Tutukluların yazışmalarının 8. maddenin korunması altında bulunması, hiç kuşku yok ki, koşulları oluştuğunda aynı maddenin 2. bendindeki kısıtlayıcı önlemlerin de uygulan-

bileceği anlamını içeriyor. "Hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale gereği, cezaevinde bulundurulma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilcektir." (Golder/İngiltere, 1979)

Tutuklu veya hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmalar, Chambell ve Fell davasında kapsamlı bir incelemeden geçirildi. Başvurucunun avukatıyla ve AİHK'yla yaptığı yazışmaların cezaevi görevlilerince açılıp okunduğuna ilişkin yakınmaları, bu gibi durumlarda izlenmesi gereken yöntem ve ölçütlerin belirlenmesine katkıda bulundu. Mahkeme'ye göre, "... bir tutuklu veya avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi yetkililerince açılabilmesi, ancak içinde olağan denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şeylerin bulunduğu konusunda benimsenebilir bir kuşkunun varlığı durumunda olanaklıdır." Bu durumda bile mektup, gönderildiği kişinin önünde açılmalı, içerisinde sakıncalı bir nesne saptanmayınca, yöneticilerce okunmadan ilgisine verilmelidir.

Mahkeme, ancak çok özel durumlarda tutuklunun avukatıyla yaptığı yazışmanın okunabileceğini belirtmektedir. "Mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başlı başına bir suç oluşturmaması, gizliliğin kötüye kullanıldığına ilişkin çok somut gerekçelerin var olması durumunda," bu yola gidilebilecektir.

Davalı Hükümet'in, tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel bir koruma sağlanmasının, bu işleyişin kötüye kullanılma olasılığını taşıdığı yolundaki savunması, Mahkeme'ce, "Avukat müvekkil ilişkisinin gerektirdiği gizliliğe saygı gösterme gereksiniminin, bu hakkın kötüye kullanılabilme olasılığından çok daha önemli olduğu ..." görüşüyle yerinde bulunmadı. Savunma hakkına ilişkin birden fazla konunun

tartışıldığı dava sonucunda, sanıkla avukatı arasındaki yazışmaların engellenmesi Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendi. (Champbell ve Fell/İngiltere, 1984)

Adli sabıka sicili bir hayli kabarık olan ve cezaevi kurallarına aykırı davranmayı alışkanlık edindiği için hakkında ek yaptırımlar uygulanan başka bir hükümlünün, infaz indirimlerinin bir bölümünün kaldırılması nedeniyle avukatına yazdığı mektuplardan birisi hiç gönderilmemiş, diğer ikisi ise, geç ulaşmıştı. Hükümlünün bir milletvekiline ve öğretim üyesine yazdığı yakınma mektupları da cezaevi idaresince gönderilmemişti.

AİHM bu olayda da *"başvurucunun gönderilmeyen mektupları bakımından haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine ..."* karar verdi. (Mc Callum/İngiltere, 1990)

Tutuklu sanığa savunmasını üstlenecek avukatın mektubunun verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün çiğnenmesine ilişkin en çarpıcı örnek, Mehmet Durmaz ile Avukat Schönenberger'in birlikte yaptıkları başvuru sonucunda verilen karar oldu.

İsviçre'nin Zürih kantonunda yaşayan M. Durmaz, bazı suçlara karışmış olabileceği kuşkusuyla 16 Şubat 1984'te tutuklanmış, eşinin bulduğu Avukat Schönenberger, cezaevindeki sanığa bir mektup göndererek, kendisi de uygun görürse savunmasını üstlenebileceğini bildirmişti. Avukat mektubunda soruşturma ile ilgili bazı uyarılarda bulunmuştu. *"... Sorgunuz sırasında yanıt vermeme hakkınızın bulunduğunu anımsatmak görevimdir. Ağzınızdan çıkacak her söz, size karşı kanıt olarak kullanılabilir. Susmayı yeğlerseniz, savcılık, kanıt bulup suçluluğunuzu ispat etmek zorunda kalacaktır. Siz açıklama yapmıyorken, olabilir ki savcı, tartışma çıkarıp, tanıkları dinlemek, başka kanıt toplamak*

47

ya da yeni bir soruşturma başlatmak gibi nedenlerle tutukluluğunuzu uzatacağımı söyleyerek baskı kurmayı deneyebilir. Böyle şeyler olursa aldırmaym. Haklarımızı bilip herhangi bir açıklama yapmamak yararınızadır ...” diyen avukat ayrıca, göreve başlayabilmek için, iki örneğini eklediği vekaletnameleri imzalayıp, birini savcılığa, ötekini kendisine göndermesini isteyerek, işlemler tamamlanınca, hemen cezaevine geleceğini bildirmişti.

Bölge Savcısı, soruşturmanın yürütülmesi açısından sakinliği bulduğu bu mektuba el koydu. Sanığa, avukatın gönderdiği vekaletname örneklerini de vermedi. Yasaklanan mektup sanki hiç gelmemiş gibi, Durmaz’a bir avukat edinmesini önerdi. Eşinin girişimlerini öğrenemeyen yurttaşımız, Zürich’te tanıdığı tek avukatın J. P. Garbade olduğunu, ancak içinde bulunduğu koşullarda ödeyecek parası olmadığını bildirince, Avukat Garbade, Mahkeme Başkanı’nın kararı ile gideri devletçe karşılanmak üzere Durmaz’ın savunmanlığına atandı.

Soruşturma ve sorgulamalar devam etmiş. Durmaz, güçlük çıkarmadan bütün soruları yanıtlamış. Hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek kanıtlar bulunamayınca, 37 gün tutuklu kaldıktan sonra, 23 Mart 1984’te salıverilmiş. Boş yere özgürlüğünden yoksun bırakılan Durmaz’a, Bölge Mahkemesi’nce, 3.565 İsviçre Frangı giderim ödenmesi kararlaştırılmıştı.

Hukuksal tartışma, asıl bu aşamadan sonra başlıyor. Avukat Schönerberger, cezaevine gönderdiği mektubun tutuklu sanığa verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün engellendiği, bunun sonucunda Durmaz’ın davasını alamadığı için mesleğini uygulayamadığını belirterek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvuruyor. Mehmet Durmaz da bir başka dilekçeyle, avukatın gönderdiği mektubun eline geçmemesi

nedeniyle haber alma özgürlüğüne el atıldığını bildirerek, İsviçre'ye karşı bireysel başvuru hakkını kullanıyor. Tartışmanın özü, "Herkes, özel yaşamıyla aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" diyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayanıyor. Gerek komisyonda, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, İsviçre Hükümeti'nin temsilcileri, Avukat Schönenberger'in, sanığa susmasını, yanıt vermemekte direnmesini öneren mektubunun yürütülmekte olan soruşturmanın güvenliği açısından sakıncalı bulunduğunu savunuyorlar. Gerçekten AİHS'nin 8. maddesinin 2. bendinde, "... kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi ..." amacıyla, bazı koşullarda iletişim özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği belirtiliyor.

Komisyon'dan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yakınılan uygulama nedeniyle İsviçre organlarınca, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği yargısına vardı. Kararın gerekçesinde, avukatın, savunmasını üstleneceği kişiye susmasını, sorulara yanıt vermemesini önermesinin, onun mesleki görevi, doğal hakkı olduğu belirtildi. Sorgulanan sanığın yanıt vermemekte direnmesinin yasal bir hak olduğu, bu yöntemi seçen avukatın görevini üstlendiği kişiye haklarını bildirmesinin önlenemeyeceği vurgulandı. Böylece Durmaz'ın haber alma, iletişim kurma özgürlüğünün engellendiği görüşüne varıldı. İsviçre Hükümeti'nin, Durmaz ve avukatına 9.070 frank ödemesini öngören kararın çarpıcı yanı, temel hak ve özgürlüklere yasalarla getirilecek kısıtlamaların, "... demokratik bir toplumun zorunlu kıldığı ..." sınırları aşamayacağı ilkesini yinelemesiydi. (Schönenberger ve Durmaz/İsviçre, 1998)

Avukatla görüşme hakkının uzantısı olarak ta benimlenen avukata mektup gönderme olanağının değerlendirildiği davada AİHM, tutuklu sanığın avukatına yazdığı mektupların

cezaevi yetkililerince denetlenmesini, özellikle bir mektubun avukata ulaşmasının geciktirilmesini, Sözleşme'nin 8. ve 6/3 (c) maddelerinin ihlali olarak niteledi. (Domenichini/İtalya, 1996)

AİHM'nin, Polonya cezaevindeki bir tutuklunun Ombudsman'a yazdığı mektubun zamanında yerine ulaşmaması nedeniyle verdiği kararda, konuyla ilgili Polonya ulusal hukuku değerlendirildi. Mahkeme'ye göre;

*"Soruşturması devam eden tutukluların yazışmalarının engellenmesi durumunda yasaların etkili bir başvuru yolunu belirlememiş olması,*

*Tutukluların mektuplarının soruşturmayı yürüten görevlilerince yürürlükteki hukuka göre hiç bir neden ve gerekçe olmaksızın her koşulda okunup sansürden geçirilmesi,*

*Tutukluların farklı kişi ve kurumlara, örneğin Ombudsman'a gönderdiği mektuplar açısından farklı denetim ölçütlerinin konulmaması,*

*Uygulanan sansürün içeriğinin ve süresinin belirsizliği,*

*Kendiliğinden ve ayrımsız olarak yürütülen sansürün nedenleri, koşulları ve gerekçeleri konusunda, uygulayıcılara bir açıklama yükümlülüğü bile getirilmemiş olması,"*

8. maddenin 2. bendindeki sınırlama koşullarına uygun bulunmadı. (Niedbala/Polonya, 2000)

Mahkeme'nin yukarıda değindiği ölçütler, tutukluların yazışmalarının otomatik bir sansür denetimine bağlanamayacağı bir kez daha gerekçeleriyle açıklıyor.

Kişisel iletişim konusundaki yaygın yöntemin mektup ve diğer benzeri gönderiler olmasına karşın, Mahkeme telefon ve teleks yoluyla iletişimi de 8. madde kapsamında değerlendirdi. İleride teknolojik gelişmelere ve ulaşılabilir teknik özelliklerine göre e-mail ve benzeri yöntemleri de 8. madde kapsamında koruyacak kuralların saptanması beklenmelidir. (Halford/İngiltere, 1997)

## AVUKATLA CEZAEVİNDEKİ SANIĞIN YÜZ YÜZE GÖRÜŞMELERİ GÖREVLİLERCE DİNLENEBİLİR Mİ?

Avukatla sanığın yüz yüze ve baş başa konuşmaları, savunma yöntemlerinin belirlenmesi, kanıtların değerlendirilmesi açısından son derece önemli bir aşamadır. Sanıkla avukatı arasında yazışmalarla sağlanamayacak bilgi alışverişi, karşılıklı konuşmayla gerçekleştirilmektedir. Sanıkla avukatının konuşmaları, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. paragrafındaki iki bent açısından belirleyici düzeyde önem taşımaktadır. Şöyle ki, yüz yüze görüşme olanağının korunması, (c) bendindeki avukatla savunma hakkının ayrılmaz parçasıdır. Ayrıca, (b) bendine göre *"savunmasını hazırlamak için gerekli zamana sahip olmak."* sanık ve avukatı açısından, cezaevi yöneticilerinin kendilerine göre koyacakları katı bir görüşme takvimi ile aşırı kısıtlayıp kullanılamaz düzeye getirmemeleri gereken bir olanaktır. Avukatın, davasını üstlendiği cezaevindeki tutuklu ile görüşebilmesi için yargıç ya da savcıdan izin istemek durumunda bulunması, Sözleşme'yle bağdaşmayacaktır.

Cezaevinde çıkan olaylar nedeniyle disiplin soruşturması kapsamında yargılanan hükümlünün avukatla görüşme yapmak istemesine karşın cezaevi yönetiminin avukatla sanığın konuşmalarına izin vermemesi, hukuksal yardım ve temsilin



gerçekleşememesi nedeniyle, Sözleşme'nin 6/3 (b) ve (c) bentlerinin ihlali olarak nitelendi. (Champell ve Fell/İngiltere, 1984)

Tutuklu sanıkla avukatına cezaevinde yüz yüze konuşma olanağının sağlanması da, aralarındaki iletişimin güvenliği için yeterli gelmiyor. Sanık ve avukatı, dava konusu olayları değerlendirip kanıtlarıyla birlikte tartışırken, bir başka kişinin, özellikle karşı cephede yer alan savcılık görevlisinin onları dinlenmesi gerekiyor. AİHM bu konuyu ilk kez, Elvan Can'ın Avusturya'ya karşı yönelttiği başvuru nedeniyle gündemine aldı.

Elvan Can, Avusturya'nın Gmüden kentinde çalışmakta olduğu restoranda çıkan yangının sorumlusu olabileceği kuşkusuyla 19 Ağustos 1980'de tutuklanarak Weis Cezaevi'ne gönderildi. Can'ın savunmanlığını, Avusturyalı avukat Rudolf Zitta üstlenmişti. Olayın ayrıntılarını öğrenmek ve savunmada izlenecek yöntemleri saptamak amacıyla Avukat Zitta, 15 ve 30 Eylül 1980 tarihlerinde, iki kez Wels Cezaevi'ne geldi. Sanık ve avukatının görüşmeleri sırasında, aralarında bir de davetsiz konuk vardı. Avusturya Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nun 45. maddesine göre, sanık, "kanıtların yok edilmesi kuşkusuyla tutuklanmışsa" son soruşturma açılıncaya kadar, avukatıyla cezaevinde yapacağı görüşmeleri mahkemece görevlendirilen bir gözlemci izleyebiliyordu. Yasa'nın amacı, sanığın bazı bilgileri avukatı aracılığıyla dışarı iletip, henüz savcılığın eline geçmeyen kanıtların gizlice yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemektir. Bu denetim, tutuklu sanığın yazışmalarını da kapsıyordu.

Elvan Can, 6 Ekim 1980'de, sorgu yargıcına gönderdiği dilekçe ile aralarında üçüncü bir kişi olmaksızın avukatıyla baş başa konuşmalarına izin verilmesini istedi. Savunmasın-

da önem taşıyan konuları avukatıyla tartışırken, suçlamayı yapan organın gözlemcisinin dinlemesini savunma güvenliği açısından sakıncalı buluyor, yalnız bırakılmalarını istiyordu. Elvan Can'a göre, Avusturya Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nın 45. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesine ve bu nedenle de Avusturya Anayasası'na aykırı düşüyordu. Sorgu yargıcı, Elvan Can'ın avukatıyla yalnız konuşma istemini reddetti. Bu karara karşı, önce Weis Bölge Mahkemesi'ne ve ardından Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı itirazlar, alınan önlemlerin yürürlükteki yasaya uygun bulunması nedeniyle kabul edilmedi.

Elvan Can henüz Weis Bölge Mahkemesi'ndeki ceza davası sonuçlanmadan 14 Nisan 1981 günlü dilekçesi ile uygun süreleri aşan tutukluluğu nedeniyle Sözleşme'nin 5/3. maddesinin, avukatı ile yaptığı görüşmelerinde üçüncü bir kişinin gözlemci olarak bulundurulmasının da Sözleşme'nin 6/3-(c) maddesine aykırı düştüğü gerekçeleri ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurdu. 14 Aralık 1983 günlü Komisyon Raporu'nda, Elvan Can'ın her iki konudaki yakınmaları da haklı bulundu.

Konu AIHM'nin gündeminde iken, davanın sonuçlanmasından önce, Avusturya Hükümeti, dostça çözüm süreci içerisinde, 11 Haziran 1985 günlü protokolle başvuruçunun istemlerini kabul etti. Bu Protokol'ün 6. maddesinde, "... Avusturya F. Hükümeti hazırlanmakta olan Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nda, kanıtların yok edilme kuşkusu varken tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesi sırasında gözlemci bulundurulmasını öngören kuralın, AIHK'nın bu dava ile ilgili 12 Temmuz 1984 günlü raporu doğrultusunda yeniden düzenlenmesi için yasama organına önerilerini sunma" sözü verdi.

Avusturya'nın Avrupa Konseyi'ndeki sürekli temsilcisi AİHM'ye başvurarak, taraflar arasındaki anlaşmanın uygulamaya dönük ilk adımı olarak Hükümet'in, "... AİHK'nın bu dava ile ilgili 12.7.1984 günlü sonuç raporunu tüm Avusturya mahkemelerine, mahkeme başkanlarına ve savcılara iletceğini ..." bildirdi.

Avusturya'da da geçerli olan kuvvetler ayrılığı ilkesine göre Hükümet, yasama ve yargı organı adına söz verip yükümlülük altına giremiyor. Ancak yukarıda değinilen iki girişimle sorunun çözüm yolunu açıyordu. Hükümet, o sıralarda gündemde olan Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası değişikliği çalışmalarıyla ilgili olarak Parlamento'ya yeni bir öneri getirip AİHK kararını ulusal hukuka uyarlama girişimini üstlendi. İnsan hakları ilkelerini genelleştirmek amacıyla ulusal mahkemelere gönderilen yazı ise, AİHK'nın ve bu görüşleri onaylayan AİHM kararının yargı organının bilgisine sunulması anlamını taşıyordu.

AİHM de, Elvan Can ile Avusturya F. Hükümeti arasındaki uzlaşmanın Sözleşme'nin güvence altına aldığı ilkelere uygun düştüğü yargısıyla, 30 Eylül 1985'te davanın listeden silinmesine kararlaştırdı. (Can/Avusturya, 1985)

1980 yılında Latin Amerika ülkelerinden birine nükleer silah satışına yönelik protesto eylemleri nedeniyle tutuklanan sanığın cezaevinde avukatıyla görüşmelerine dinleyici olarak bir polis de katılmıştı. Sanığın mektuplarından üçüne polislerce grafolojik incelemeler için el konuldu. Sanığın daha başka avukatları da olmuştu. Ancak ilk avukatının suç örgütü ile ilişkisi olduğu varsayımıyla, tüm konuşmalarını polisler de izlediler, hatta bazı notlar aldılar. Avukatla, görüşmelerini izleyen görevliler arasında sık sık tartışma çıkmış, özellikle avukatın savcılığın bazı kararlarını, bir kısım mektupları ve

bir itiraz dilekçesini müvekkiline vermek istemesi tartışmaları yoğunlaştırmıştı. Avukatın müvekkiline verdiği itiraz dilekçesine görevliler el koydular. Dava dosyası içerisindeki sanığın savunmasıyla ilgili belge örneklerinin avukatına verilmesi de uzunca bir süre geciktirildi.

*AİHM'ye göre, "AİHS'nin hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin hiç bir engellemeye maruz kalmadan avukatıyla serbestçe görüşebileceğine ilişkin bir kural içermemesine karşın, Avrupa Konseyi Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kuralları'nın 93. maddesi ile AİHK ve AİHM'deki Yargulamalara Katılan Kişilerle İlgili Avrupa Sözleşmesi'nin 3/2. maddesi, avukatla serbestçe görüşmeyi öngörmektedir. Sanığın üçüncü bir kişi tarafından dinlenmeden avukatıyla serbestçe görüşebilmesi, demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının temel koşulları arasında bulunmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesi avukatların savunma stratejisini oluşturmak için müvekkilleriyle işbirliği içerisinde olmalarını gerektirdiğinden, bu konuşmalara kısıtlama getirilmesinin hiç bir haklı nedeni bulunmamaktadır."*

*Davalı Hükümet'in savunmalarını değerlendiren Mahkeme, "... sanıkla avukatın bir araya gelerek savunma stratejisi oluşturmalarında hiç bir olağanüstü durum bulunmadığından, bu arada mahkeme tarafından atanan avukatın meslek ahlakına ve hukuka aykırı davranışlarda bulunduğuna ilişkin bir sav da ileri sürülemediğinden, olayda, savunma hakkının ihlal edildiği" ne karar verdi. (S/İsviçre, 1991)*

AİHM bu kararı ile Sözleşme'de açıkça belirtilmemesine karşın, savunma hakkının demokratik toplumlardaki olmazsa olmaz öneminden yola çıkarak, tutuklu sanıkla avukatının konuşmalarına hiç bir engel konulamayacağını bir kez daha benimsemiş oluyordu.

AİHM'nin savunma hakkını çok geniş biçimde değerlendirdiği davalardan birisi de, Öcalan/Türkiye kararıdır. Hukuk uygulayıcılarının özellikle göz önünde bulundurmaları gereken Mahkeme'nin değerlendirmeleri üzerinde duracağız:

“Mahkeme'nin, başvurucuya karşı açılan ceza yargılaması sırasında savunma haklarına saygı gösterilip gösterilmediği konusunda karar verebilmesi için, öncelikle başvurucunun kullanabildiği hukuksal yardım olanakları ile başvurucunun ve avukatlarının dava dosyasına ulaşım hakkını incelemek gerekmektedir.

### Hukuksal Yardım

- Poliste gözaltında bulunurken başvurucunun avukat yardımını alamaması;

...

Görülen davada başvurucu, Türkiye'de gözaltında bulunduğu sırada 16 Şubat 1999'dan 23 Şubat 1999 tarihine kadar 7 gün boyunca; güvenlik güçleri, bir Cumhuriyet Savcısı ve bir Devlet Güvenlik Mahkemesi Hakimi tarafından sorgulanmıştır. Bu süre boyunca hiçbir hukuksal yardım almamış, iddianamenin ve Cumhuriyet Savcısı'nın sunumlarının kritik unsurları haline gelen kendini suçlayıcı ifadeler vermiş ve bunlar mahkumiyetine yol açan temel faktörler olmuştur.

Başvurucunun bir avukatla danışmada bulunma hakkından feragat edip etmediğine gelince, Mahkeme, başvurucunun yakalandığı günün ertesinde, Türkiye'deki avukatı bay Feridun Çelik'in (daha önceden geçerli bir vekaleti bulunmaktaydı) başvurucuyla görüşmek için izin istediğine dikkat çeker. Bununla birlikte bay Feridun Çelik'in seyahati güvenlik güçleri

tarafından engellenmiştir. Buna ek olarak, 22 Şubat 1999'da başvuruçunun ailesi tarafından tutulan 16 avukat Devlet Güvenlik Mahkemesi'nden başvuruçuyla görüşmek için izin istemişler, fakat talepleri yetkililer tarafından 23 Şubat 1999'da reddedilmiştir.

Bu koşullar altında Mahkeme, bu kadar uzun bir sürede ve savunma hakkının giderilemez bir biçimde zarara uğramasının çok mümkün olduğu bir durumda, avukata ulaşma hakkını kabul etmemenin, sanığın 6. madde kapsamında hak sahibi olduğu savunma haklarının zarara uğramasına yol açtığı görüşündedir.

- Üçüncü yanın duymayacağı biçimde avukatla görüşme;

...

Tarafların olayları anlatış biçimlerini incelemesiyle Mahkeme, ilk ziyaretin ardından gerçekleşen avukat ziyaretlerinin, her ne kadar aynı odada bulunmasalar da, güvenlik güçlerinin duyum alanı içinde gerçekleştiğini kabul etmektedir. Mahkeme yerleşmiş içtihatlarına dayanarak yinelemektedir ki, bir sanığın avukatlarıyla başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşmesi demokratik bir toplumda adil yargılamanın temel gerekliliklerinden biridir ve Sözleşme'nin 6/3 (c) maddesinden kaynaklanmaktadır. Eğer bir avukat, müvekkili ile görüşme imkanı bulamazsa ve ondan, gizlice denetlenmeden güvenli talimatlar alamazsa, yapacağı yardım anlamını büyük ölçüde yitirir. Halbuki Sözleşme pratikte işleyen ve etkili bir biçimde kullanılabilen hakları güvence altına alma amacını taşımaktadır. Sanık ve avukatın görüşmelerinin gizliliğini güvence altına alan savunma haklarının önemi, Avrupa belgeleri dahil olmak üzere değişik uluslararası belgelerce benimsenmektedir. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi eğer haklı bir

neden varsa sanığın avukatına ulaşma hakkına kısıtlamalar getirilebilir. Burada söz konusu olan, yargılamanın bütününe bakıldığında, kısıtlamaların sanığı adil yargılanmadan yoksun bırakıp bırakmadığıdır.

Görülen davada, Mahkeme, Hükümet'ten konuya ilişkin ikna edici bir açıklamanın gelmediği koşullarda, başvuru ve avukatlarının yetkililerin duymadığı bir ortamda görüşme yapamadıklarını kabul eder. Mahkeme, hem hazırlık soruşturması hem de yargılama aşamasında getirilen bu sınırlamanın kaçınılmaz sonucunun, başvurucuyu avukatlarıyla açık bir biçimde konuşmaktan ve onlara savunmasını hazırlamada önemli olacak soruları sormaktan alıkoymak olduğunu kabul etmektedir. Savunma hakları bu nedenle önemli derecede etkilenmiştir.

Mahkeme bu bağlamda, başvuru, avukatlarıyla görüştüğü anda, daha önceden ifadeler vermiş olduğunu ve onlarla görüştüğünden sonra da Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki duruşmalarda yeni beyanlarda bulunduğunu gözlemlemiştir. Yanıt vermek zorunda olduğu ciddi suçlamalara yönelik savunmasının etkili olması gerekiyorsa, bu ifadelerin birbirleriyle uyumlu olması önemli bir konudur. Buna göre Mahkeme, başvuru, avukatlarıyla üçüncü taraflar duymadan görüşme yapmasının gerekli olduğunu düşünmektedir.

Avukatlarla başvuru arasındaki görüşmelerin denetlenmesinin başvuru güvenliği açısından gerekli olduğu yönündeki Hükümet itirazına karşı Mahkeme, avukatların bizzat başvuru tarafından atandığı ve onların, müvekkillerinin hayatını tehdit etmeleri için nedenleri bulunmadığı görüşünü savunur. Avukatların, bir dizi aramadan geçmeden müvekkilleri ile görüşmelerine izin verilmemekteydi. Bir takım başka

önlemlerle birlikte, cezaevi görevlilerinin yapacağı gözle denetim başvurusunun güvenliğini sağlamakta yeterli olabilirdi.

Hükümet'in ileri sürmüş olduğu başvurusunun avukatlarıyla özel görüşmemesine ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne bizzat şikayette bulunmadığı savunmasını da Mahkeme yerinde bulmamaktadır. Mahkeme tekrar belirtir ki, Sözleşme tarafından korunan bir haktan yapılan feragat açık bir istemle yapılmalıdır. Mahkeme, üstelik başvurusunun avukatlarının, müvekkilleri ile yaptıkları görüşmelerde yaşadıkları zorluklara ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne şikayette bulduklarına işaret etmektedir.

Buna göre Mahkeme, başvurusunun avukatlarıyla güvenlik güçlerinin duyamayacakları biçimde görüşmesinin mümkün olmadığını kabul ederek madde 6/3 (c)'de korunan savunma hakkının ihlal edildiğini belirtir.

- Savunma avukatlarının ziyaret sayıları ve süreleri;

Mahkeme araları yaklaşık iki hafta olan ilk iki ziyaretin ardından başvuru ile avukatları arasındaki ziyaretin birer saatten haftada ikiyle sınırlandırıldığına işaret etmektedir.

...

Mahkeme, dava konusu olayda başvurucuya yöneltilen suçlamalar arasında, "yasadışı silahlı bir örgüt tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemleri, bu örgütün lideri ve bu eylemlerin esas tahrikçisi olma" bulunduğu dikkat çekmektedir. Mahkeme bunun dışında bu denli karışık suçlamaların olağanüstü derecede kapsamlı bir dava dosyası oluşturduğuna işaret etmektedir.

Mahkeme, başvurusunun bu suçlamalara karşı savunmasını hazırlamak için davanın karışıklığına eşdeğer yeterlilikte



bir hukuksal yardıma gereksinim duyduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme davanın özel koşullarının başvuruca, böylesine geniş kapsamlı bir davada savunmasını hazırlayabilmesi için avukatlarıyla haftada iki kez birer saat görüş sınırlaması getirilmesini haklı kılınadığı görüşündedir.

Hükümetin savunmasında belirtmiş olduğu ziyaretlerin İmralı ve İskele arasındaki deniz araçlarının kalkış saatlerine ve sıklığına göre ayarlandığı savunması konusunda Mahkeme, davadaki istisnai güvenlik koşullarından dolayı başvuruca'nın bir ada hapisanesinde tutulmasını anlayışla karşılıyor olmasına rağmen, ziyaretlerin haftada iki, birer saatlik sayı ve sürelerle kısıtlanması daha az haklı görülebilecek bir durum oluşturmaktadır. Mahkeme işaret etmektedir ki Hükümet, avukatlara müvekkillerini neden daha fazla ziyaret etme imkanı tanınmadığı veya neden daha yeterli seyahat araçları tahsis edilmediği ve bununla birlikte ziyaretlerin süresinin arttırılmadığı konularında bir açıklama getirmemiştir. Bilinmelidir ki bu tür önlemler, 6. maddede güvence altına alınan hakların etkili bir biçimde kullanılmasını güvence altına almak için Sözleşmeciler Devletlerin gerçekleştirmek zorunda oldukları çabalarının bir parçası durumundadır.

Sonuç olarak Mahkeme, başvuruca'nın avukatlarıyla görüşmelerine sayı ve süre sınırlaması getirilmesinin savunma'nın hazırlanmasını zorlaştıran etkenlerden biri olduğunu ve Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen koşullara aykırılık oluşturduğunu kabul eder. (Öcalan/Türkiye, 2003)

Avrupa hukukunun gelişimine katkı sağlamak için Mahkeme, önceki içtihatlarını ileriye doğru geliştirmek zorundadır. Bu kararın bizce önemli yönlerinden birisi de, Mahkeme'nin, dava dosyasına ve kanıtlara, sanığın ve avukatının ulaşım olanakları ile savunma hakkı arasındaki bağlantıyı öne çı-

karmasıdır. Sözleşme'nin öngördüğü güvenceler, hiç kuşku yok ki, öncelikle "sanık" konumundaki kişiler için geçerlidir. Ancak herhangi bir sanığın savunmasını üstlenen avukatlar, bu görevi almakla birlikte, artık, temsil ettikleri kişilerden de bağımsız bir kurum durumuna gelmektedirler. Mahkeme'nin savunma hakkının bağımsızlığını gözeterek avukatların çalışma olanaklarını bu ölçüler içerisinde değerlendirmesi önemli bir gelişmedir.

AİHM, gözaltına alınan sanıkların sorgulanmadan önce avukatlarıyla iletişimlerinin sağlanmamasını, genellikle verdikleri ifadelerin sonraki aşamalarda kanıt olma niteliğiyle değerlendirmektedir. Örneğin suç yerinde yakalanan sanığın 48 saat süren gözaltı sırasında avukatıyla görüşmeden sorgulanması ve polise verdiği yanıtların davada kanıt olarak kullanılabilmesi gözetilerek, olayda 6/3 (c) bendinin çiğnendiği kararlaştırılmıştır. (Murray/İngiltere, 1996)

Mahkeme, daha başka kararlarında da bu görüşlerini yinelemiştir. Ancak bir cinayet suçundan gözaltına alınan sanığın avukatıyla görüştürülmediği ilk 24 saat içinde susma hakkını kullanması, ardından avukatını çağırmasına karşın, avukat gelmeden ikrarda bulunması nedeniyle, Sözleşme ihlali saptanmamıştır. Sanığın ikrarından bir gün sonra gelen avukatıyla yaptığı konuşmaların polis tarafından dinlenilmesi ise Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur. (Brennan/İngiltere, 2001)

Mahkeme, Öcalan kararından sonra Türkiye ile ilgili bir başvuruda, yargılama konusu olayın koşulları nedeniyle farklı değerlendirmeler yapmıştır. Sanık, gözaltı süresince hiç sorgulanmadığı gibi, sonraki yargılama aşamalarında kanıt olarak değerlendirilebilecek bir söz söylememiştir. Sanığın, DGM Savcısı'na verdiği anlatımın, yargılama sürecinde bir etkisi olmadığı, aynı gün çıkarıldığı yargıç önündeki sorgulanma

döneminde ise, avukatlarından hukuksal yardım alma olanağına sahip olduğu saptanmıştır. Bu arada savcının sanığa yönelik TCK'nin 125. maddesine dayandırdığı devleti güç kullanarak yıkma suçlaması, ne yerel ceza mahkemesi, ne de Yargıtay'ca kabul edilmiştir. Başvurucuyu, çeşitli teknik araçlarla saptanmış kendi açıklamalarına dayanarak mahkum eden ulusal ceza mahkemeleri, gözaltı sürecinde susmasını önemsememiş ve bundan bir sonuç çıkarmamışlardır.

Bu olguları değerlendiren Mahkeme, polisteki gözaltı sırasında hukuksal yardım alınmamasının 6. maddenin kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmekle birlikte, başvurunun yakındığı olayların savunma hakkını engellemediği ve bir avukatla iletişim kurulamamasından kaynaklanan adil yargılanma hakkının çiğnenmesi sonucunun oluşmadığını kararlaştırdı. (Yurttaş/Türkiye, 2004)

AİHS'nin 8. maddesinde savunulan özel yaşam güvenceleri arasında konut dokunulmazlığı da yer alıyor. Mahkeme'ye göre "yaşanılan bütün yerler," hatta "gelecekte içinde yaşamak üzere" hazırlanıp korunan taşınmazlar, konut dokunulmazlığı kapsamında değerlendiriliyor. (Gillow/İngiltere, 1986)

Acaba işyerleri de konut dokunulmazlığı içerisinde düşünülebilir mi? 1985 yılında Almanya'da Bunte Liste adlı siyasi partinin Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu adına Klaus Wagner adıyla ve posta yoluyla Freising Mahkemesi başkanına gönderilen faks mektubunu izleyen olaylar, Niemietz adlı avukatın bürosunun aranmasına gerekçe gösterildi. Mektupta, çalıştığı işçilerin ücretlerinden Kilise Vergisi'ni kesmesine karşın Kilise'ye yatırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin yargılandığı davadaki tutumu nedeniyle davaya bakan yargıç eleştiriliyordu. Mektupta, gönderenin adresi olarak yalnız bir posta kutusu numarası vardı. Avukat Niemietz, Bunte Liste'nin il başkanlığını yaptığı halde Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu'nun üyesi değildi. Ancak onların kilisenin gücünü kırmaya yönelik çalışmalarını destekliyordu. Bazı eylemlerine de katılmıştı. 1985 yılı sonuna kadar, Bunte Liste partisi adına gönderilen

mektuplar, Avukat Niemietz'in ve birlikte çalıştığı arkadaşının bürosuna getiriliyordu.

Münih Mahkemesi, yargıca hakaret suçlaması nedeniyle Klaus Wagner hakkında soruşturma açılması istemiyle savcılığa suç duyurusunda bulundu. Ancak savcılık bildirimleri, bulunamadığı için sanığa tebliğ olunamadı. Niemietz'in iş ortağı da bu konuda bilgi vermekten kaçındı. Soruşturmadaki tıkanıklığı aşmak için Münih Mahkemesi, Wagner hakkındaki bilgilerin elde edilebilmesi ve suç ortaklarının saptanması amacıyla Niemietz'in avukatlık bürosunun aranmasına karar verdi. 13 Kasım 1986 sabahı avukatlık bürosuna gelen savcılık görevlileri ve polis, her iki avukatın da hazır bulunduğu sırada, saat 09.30' da başlayıp 10.30' da bitirdikleri arama sırasında, avukatın müvekkilleriyle ilgili dosyaların bulunduğu dört çekmeceyi ve altı özel klasörü incelediler. Ayrıca avukatın müvekkillerin adlarının yazılı olduğu rehberde baktılar. Sonuçta arama konusuyla ilgili bir kanıt elde edemedikleri için herhangi bir belgeye el koymadan, tutanak düzenleyip bürodan ayrıldılar. Avukat Niemietz, son aşamada Anayasa Mahkemesi'nden de geçen iç hukuk yollarına yönelttiği yakınmalarından bir sonuç alınamayınca, konu AİHM'nin çözümüne sunuldu.

Mahkeme, Alman Hükümeti'nin Sözleşme'nin 8. maddesinin konutlarla ilgili olması nedeniyle işyerlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine ilişkin savunmasını, "... olayda özel yaşama, konuta ve haberleşmeye yönelik bir müdahalenin varlığı ..." nedeniyle yerinde bulmadı. Yerel mahkemenin arama kararındaki "... mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara el konulması ..." yolundaki çok geniş yetkilerin "... Alman hukukunun avukat bürolarının aranması sırasında bir gözlemci bulundurulması gibi yönetsel güvenceler içermemesi nedeniyle", orantısız bulundu. Aranan

49

kişinin hukukçu kimliği gözetildiğinde, bürosundaki belgelerin incelenmesinin mesleki gizliliğe tecavüz niteliği taşıdığı, bu durumun da Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerini ihlal edebileceği gibi, başvuruçunun mesleki onurunu zedeleyen uygulamanın demokratik toplumların gerektirdiği sınırları aşması nedeniyle, özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının ihlali olarak nitelendi. (Niemiets/Almanya, 1992)

Davaya konu olaylar, başvuruçunun avukatının mesleki etkinlikleri ile doğrudan ilgili bulunmuyor. Ceza yargıcına hakaret ettiği gerekçesiyle aranan kişi, avukatının müvekkili de değil. Kimliği hakkında ayrıntılı bilgiler saptanamayan sanık ile avukat arasındaki ilişki, ancak aynı siyasal görüşleri paylaşmaktan ileri gelen bir dayanışma olabilir. Olayda avukata yönelik bir suçlama da yok. AİHM, bir mahkeme kararına dayalı da olsa, avukatlık bürolarının gelişigüzel aranamayacağını vurguluyor. Güvenin, gizliliğin öne çıktığı adli birimler olarak nitelendiği avukatlık bürolarının ayrıcalıklı konumunu, avukatlık mesleğinin özellikleriyle açıklıyor.

Niemiets kararı kimi araştırmacılar tarafından, Mahkeme'nin işyerlerini de Sözleşme'nin 8. maddesindeki konut dokunulmazlığı kapsamına aldığı biçiminde yorumlandı. Yukarıdaki gerekçeler karşısında şimdilik böyle bir genellemeye katılma olanağı bulamıyoruz. Avukatlık büroları, özel yaşamların tortulandığı alanlardır. Belki zaman içerisinde gizliliğin öne çıktığı benzer mesleklerin işyerleri de, Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağlantı kurulmaksızın, 8. madde kapsamında değerlendirilebileceklerdir. Ancak Niemiets kararından yola çıkarak, Mahkeme'nin bütün işyerlerini konut dokunulmazlığı içinde değerlendireceğini ileri sürmek, şimdilik doğru bir yönlendirme olmayacaktır.

Mahkeme'nin, işyerlerini Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında ele aldığı ikinci örnekte, yine avukatlık bürosuyla ilgilidir. Bir suç kovuşturması nedeniyle, savunma hakkının ve avukatlık mesleğinin gereklerine uygun olarak, ulusal hukukun öngördüğü güvencelere uyulmak koşuluyla avukatlık bürolarının aranması ve bazı belgelere el konulması olanaklıdır. Ancak bu işlemler, demokratik bir devletin zorunlu koşullarıyla çelişmemelidir. (Roemen ve Schmit/Lüksemburg, 2003)

Avukatlık bürosunun aranması konusundaki bir başvuru da, Türkiye'den geldi. Olağanüstü Hal uygulaması sırasında Diyarbakır Barosu Avukatlarından Tahir Elçi ve arkadaşları, ev ve işyerlerinin polis tarafından yetkili yargı yerlerinden izin alınmadan arandığını, aramalar sırasında birçok belgeye el konulduğunu ileri sürdüler. Tahir Elçi ayrıca, aramaya neden gösterilen suç kovuşturmasıyla ilgisi bulunmayan ve temsil ettiği kişiler adına AİHM'ye yapmış olduğu başvuru dosyalarına da el konulduğundan yakınıyordu. Hükümet'in yanıtlarında ise, Olağanüstü Hal Yasası'na ve CMUK'un 90 ve 97. maddelerine dayandırılan aramaların, ulusal güvenliği sağlama ve suç işlenmesini önleme amacını taşıdığı için kamu yararına yönelik hukuksal temelleri bulunduğunu savunuluyordu.

Mahkeme, başvuruculara ait ev ve işyerlerinin aranmasının, öncelikle onların konutlarına ve iletişim özgürlüklerine saygı gösterilmesi haklarına yapılmış bir müdahale olduğunu belirledi. Ancak, Mahkeme'nin saptamalarına göre, aramalar sırasında başvuruculara ne arandığı bildirilmemiş ve tutanak bile tutulmamıştır. Hükümetin, yasanın olağanüstü hal bölgesi valisine verdiği, gecikmesinde sakınca görülen durumlarda arama yaptırma yetkisine ilişkin olarak ise Mahkeme, valilik tarafından hazırlanmış hiçbir yazılı talimatın dosyada bulun-

49

madığına dikkat çekmiştir. Aramaların çok geniş kapsamlı olduğunu, arama yapanların işlemlerinin hiçbir yargısal organ tarafından denetlenmediğini de gözlemleyen Mahkeme, aramaların yasal bir temeli olmadığı için 8. maddenin ihlal edildiğine karar verdi. (Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 2003)

Yetkili mahkeme veya yargıç kararı olmaksızın güvenlik görevlilerinin kendiliklerinden gerçekleştirdikleri konutların ve avukat bürolarının aranmaları karşısında, AİHM'nin daha başka bir karar vermesi beklenemezdi. Mahkeme, Niemietz kararında olduğu gibi, neyi bulmak istediğini bilmeksizin olası kanıtları elde etmek amacıyla rasgele aramalar yapmanın Sözleşme'ye aykırılığını bir kez daha vurgulamış olmaktadır. Kararın önem taşıyan bir başka boyutu da, yalnız konut dokunulmazlığının değil, iletişim güvenliğinin de korunmasıdır. Mahkeme'yi bu değerlendirmelere yönlendiren temel etken, yukarıda vurguladığımız gibi, aramaların, özellikle güven altında tutulması gereken avukat bürolarında yapılmasıdır.



**YARGIÇLAR, DURUŞMA SIRASINDA  
TARTIŞTIKLARI AVUKATI YARGILAYIP  
HAPİS CEZASINA MAHKUM EDEBİLİRLER Mİ?**

**50**

Avukat Kyprianu, Asliye Ceza Mahkemesi'nde yargılanan bir sanığın savunmanlığını üstlenmişti. Dinlenmekte olan bir tanığın çapraz sorgulanması sırasında tanığa bazı sorular yöneltmesi, yargıçların olumsuz tutumu ile engellendi. Bu müdahale nedeniyle çok gerginleşen avukat, duruşma salonundan ayrılmayı düşündü. Ancak böyle bir davranışın savunmanlığını aldığı sanığın zararına olabileceği görüşüyle üzerinde durduğu konuları açıklayabilmek için Mahkeme'nin kendisine bir kez daha olanak tanınmasını istedi. Yargıçların, bu girişimi de geri çevirmeleri üzerine aralarında sert tartışmalar çıktı. Aynı yargıçlar, mahkemenin saygınlığına aykırı düşen davranışları nedeniyle hemen yargılayıp suçlu buldukları Avukat Kyprianou'ya beş gün hapis cezası verdiler. Sanık savunmanı olarak girdiği mahkeme salonundan mahkum olarak ayrılan avukatın üst mahkemeye yönelttiği itirazları sonuç vermedi ve kararlaştırılan hapis cezası onanarak kesinleşti.

AİHM bu olayı, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1), (2), ve (3/a) bentleri kapsamında ayrı ayrı değerlendirdi. Mahkeme'ye göre, ceza mahkemesi önünde görülmekte olan bir davada savunma görevini yerine getiren avukatın, yargıçları küçümseyerek hakaret oluşturan davranışlar içerisine girme-

sinin, Sözleşme'nin 6. maddesinde korunan adil yargılanma güvenceleri kapsamında bulunmadığı tartışılmayacak kadar açık olduğu belirtildi. Duruşma sırasında çıkan olaylar nedeniyle kendilerinin taraf konumunda bulduklarını ve yansız kalamayacaklarını düşünmeyen yerel mahkeme yargıçları, objektif değerlendirmeler yaptıkları inancıyla sanığı cezalandırmışlardır. Mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesi yargıçlarının aralarında geçen tartışmanın yarattığı gerginlik nedeniyle sanığa karşı yansızlıklarını koruyamadıklarını gözlemledi. Yerel mahkeme'nin, uyarı, disiplin yaptırımı gibi yatıştırıcı yöntemlerle gerilimi giderme olanağı varken cezalandırdığı avukatı alelacele cezaevine göndermesi bu ölçüsüz tutumun kanıtı olarak benimsendi. Davanın yeniden görülmesini sağlamak yerine yalnız hukuksal değerlendirmelerle yetinen Üst Mahkeme'nin tutumu da Sözleşme'ye aykırılığın sürdürülmesi yönünde olmuştu. Başvurucunun temyizi de hapis cezasını önleyemediğinden, olayda mahkemenin yansızlığı yönünden Sözleşme'nin ihlal edildiği kararlaştırıldı.

Aralarında geçen tartışma nedeniyle Ceza Mahkemesi yargıçları, karşılarındaki avukatın kendilerine karşı suç işlediği yargısına varmışlardı. Bu önyargı nedeniyle, doğrudan mahkum ettikleri kişiye özgürlüğünü koruyabilmesi için savunma hakkı bile tanımamışlardı. Kararın kesinleşmesini beklenmeksizin hapis cezası uygulanmıştı. Yerel Mahkeme'nin bu tutumu, AİHM'ce, sanığın "suçsuzluk güvencesi" ile bağdaşmaz bulundu.

Avukat Kyprianou, hakkında açılmış bir ceza davası yokken yargılanıp mahkum edilmişti. Yerel Ceza Mahkemesi, ne ile suçlandığını bile kendisine bildirmeden kararını vermişti. Böylece sanık, kendisini savunabilmek için yeterli zaman bulamamıştı. Bu nedenle Sözleşme'nin 6/3 (a) bendinin de ihlal edildiğine karar verildi. (Kyprianou/Kıbrıs, 2004)

Birçok ülkenin yasalarında, mahkemenin yargılama düzenini bozan, olay çıkaran kişilerin davaya bakan yargıçlarca cezalandırılıp tutuklanabileceklerine ilişkin yaptırım ve yöntem kuralları bulunmaktadır. Kyprianou olayında izlendiği gibi, zaman zaman avukatlar da bu tür dengesiz uygulamaların mağdurları olabilmektedirler. AİHM'nin yukarıda özetlenen kararı, asıl davaya bakan mahkeme ile duruşmanın düzenini bozan kişilerin yargılanacakları mahkemelerin birbirinden ayrılmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Böylece kişilerin yargılandıklarının bile ayırtına varamadan, ne ile suçlandıklarını bilmeden, savunma olanağı bulmadan ön yargılı mahkemelerce cezalandırılmalarının hukuka aykırılığı somut biçimde ortaya konulmuş oldu. Bu uyuşmazlık, itiraz üzerine 2005 yılında AİHM Büyük Kurul'ca da incelendi. Büyük Kurul, Daire Kararı'nda saptanan Sözleşme'ye aykırılıklara ek olarak, savunma görevi yapan avukatın sözünün kesilmesini, anlatım özgürlüğünü koruyan 10. maddeye aykırı bulunduğunu karara bağladı. Sorumlu Hükümet'in ödemek zorunda kaldığı yargılama giderleri ve 15.000 Euro manevi giderimin Avukat Kyprianou'nun yitirdiklerini karşılamaya yeterli gelmeyeceğini biliyoruz. Ancak kendi adını taşıyan böylesine yol gösterici bir kararın gerçekleşmesini sağlamak, gelecekte de anımsanacak önemli bir başarıdır.

## TANIKLAR, YANLARCA HANGİ KOŞULLARDA DİNLENİP SORGULANIYORLAR?

Sözleşme'nin 6 maddesinin 3(d) bendinde tanık dinletme güvenceleriyle ilgili aşağıdaki kurallar bulunmaktadır:

"3. Her sanık ezcümle,

...

*d. İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenilmesinin sağlanmasını istemek ... hakkına sahiptir."*

Bu tümceler de ortaya koyduğu gibi, tanık dinletme olanağı, öncelikle bir sanık güvencesi olarak benimsenmektedir. Sözleşme, suçlama tanıkları ile savunma tanıklarının aynı koşullarda mahkeme önüne getirilip dinleneceklerini belirterek, yanlar arasında olanak eşitliğini öngörmektedir. Böylece, Sözleşme'nin bütününe egemen olan "silahların eşitliği" kuramının bir başka alandaki uygulamasına geçmiş oluyoruz. Ancak bu düzenleme, mahkemelerin kanıtların kabul edilebilirliğini değerlendirmelerine engel değildir.

*"Başvurucular, yargılama sırasında tanık dinletme hakkı ile silahlarda eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mah-*

kemeye göre, olayda Sözleşme'nin 6/3 ( c ) bendine aykırılık yoktur. Anılan bent, sanıkların lehine olan bütün tanıkların duruşmaya getirilmelerini ve sorgulanmalarını gerektirmez, Bu bent, 'aynı koşullarda' deyiminin de gösterdiği gibi, tam olarak 'silahlarda eşitliği' amaçlamakta ve ulusal organlara 6. maddenin bütününe egemen olan adil yargılama kavramına uygun düşmesi koşuluyla, gösterilen kanıtın konuyla ilgisi bulunup bulunmadığını değerlendirme yetkisini tanımaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda tanık dinletme hakkının ihlal edilmediği" sonucuna varmıştır. (Engel ve Diğerleri / Hollanda, 1976)

Silahların eşitliği ilkesi, tanık anlatımlarının değerlendirilmesi açısından da önem taşımaktadır. AİHM kararlarında, bilirkişilik konusu, tanıklarla aynı tanımlar içinde değerlendirilmektedir. "Enstitü Müdürü tarafından, başvuruçunun et işleme tekniğinde yüksek oranda katkı maddesi kullanıldığı yolundaki raporuna dayanılarak ceza davası açıldıktan sonra, aynı kişinin yargılama aşamasında yasa gereği olarak bilirkişi atanması, başvuruçunun getirdiği uzman tanığın aksi yöndeki açıklamaları göz önünde bulundurulmadan mahkumiyet kararı verilmesi, silahların eşitliği yönünden adil yargılanma hakkının ihlali" olarak benimsendi. (Bönisch/ Avusturya, 1985)

AİHM, savunma hakkını kısıtlamamak koşuluyla çok özel durumlarda, tanığın kimliğinin gizlenebileceği görüşündedir. Üst mahkemedeki yargılama sırasında tanıkların kimliğini bilen bir yargıçın, sanık avukatının da hazır bulunup olayla ilgili sorularını yöneltebildiği koşullarda ifade alınması 6. maddeye aykırı bulunmamıştır. Ancak Mahkeme'yi bu sonuca iten asıl etken, daha başka kanıtlara dayanan mahkumiyet kararında, kimliği gizli tutulan tanıkların anlatımlarının doğrudan belirleyici bir etkisinin olmamasıdır. (Doorson/ Hollanda, 1996)

## 51

Kimliği gizli tutulan tanığın sanık avukatının hazır bulunduğu duruşmada sorgulanması ile kimliği açıklanmayan, duruşmaya da gelmeyen kişilerin, sanık ve avukatının yokluğunda saptanan anlatımlarının duruşmada okunması, farklı değerlendirmelerin konusu olmuştur. Kimliklerinin gizli tutulmasını isteyen iki kişi, sanığın banka soygununa karıştığını bildirmişlerdir. Kimlikleri açıklanmayan iki tanığın ifadeleri, sanığın silahlı soygundan mahkum edildiği duruşmada karar öncesinde okunmuştur.

AİHM, sanığın savunma hakkına saygı gösterilmesi koşuluyla, yargılama öncesinde elde edilen kanıtların ilkesel olarak 6. maddeyle bağdaşmaz olmadığını belirtmiştir. Polisçe saptanan anlatımların duruşmada okunması, başlı başına 6. maddeye aykırılık oluşturmamaktadır. Ancak sanığa bu anlatımları sorgulama ve tartışma olanağı sağlanmadan kanıt olarak değerlendirilmesi, yargılamanın herhangi bir aşamasında itiraz etme ve soru yöneltme olanağı tanınmayan tanıkların anlatımlarına dayanılarak başvuruçunun mahkum edilmesi, *"tanıkları sorgulama bakımından adil yargılanma hakkının ihlaline"* ve 6. maddeye aykırı bulunmuştur. (Unterpertinger/Avusturya, 1986) ve (Kostovski/Hollanda, 1989)

Tanıkların kimliklerinin saklı tutularak, sanık tarafından sorgulanmasına olanak verilmemesi, AİHM'ye göre, zorunluluk derecesindeki çok haklı gerekçelere dayanmalıdır.

Bir kafeteryada yangın çıkarmaktan suçlanan ve açılan ceza davasında *"ağırlıklı olarak"* kimliği açıklanmayan tanıkların anlatımlarına dayanılarak mahkum edilen başvuruçunun davasında AİHM, aşağıdaki değerlendirmeleri yaptı:

*"Savunma hakkına uyulması koşuluyla hazırlık soruşturması sırasında alınan tanık anlatımları mahkemeye değerlendirilebilir."*

*Ancak savunma, yargılamanın hiç bir aşamasında bu tanıkları sorgulama olanağı bulamamıştır. Kimliklerini bilmemektedir. Doğruyu söyledikleri, güvenilirlikleri konusunda hiç bir bilgileri yoktur. Mahkemeye getirilen bu tanıklara, savunmanın dolaylı sorular yöneltmesi bile, kimliklerinin açığa çıkabileceği kuşkusuyla önlenmiştir. Tanıkların, kendilerine yöneltilen sorular karşısında yüz hareketleri, tepkileri (mimik ve jestleri) izlenerek doğruyu söyleyip söylemedikleri sınanmıştır. Polis suçlarla mücadelede halkla işbirliği içerisinde olması önemlidir. Mahkeme de, soruşturma aşamasında kimliği açıklanmayan muhbirlerin anlatımlarına dayanılabileceği" yolunda kararlar vermiştir.*

Ancak bu olayda başvurucunun mahkumiyeti ağırlıklı olarak kimliği açıklanmayan tanıkların anlatımlarına dayanmıştır. Adil yargılanma güvenceleri feda edilemeyeceğinden, tanıkların sorgulanması açısından Sözleşme'nin 6/3 (d) bendinin ihlal edildiği kararlaştırıldı. (Windisch/Avusturya, 1990)

Örnekler çok açık, isimsiz, kimliksiz tanıkların sorgulanmalarına bile gerek görülmeden kapalı kapılar ardında saptanan anlatımlarının mahkemelerde okunmasıyla, duruşmaya geldiklerinde kendilerine sorular yöneltilmesinin önlenmesiyle oluşan yargısal kanı, sözleşme güvenceleriyle bağdaşmayacaktır.

Hollanda'da geçen bir başka olayda, sanık, hukuk dışı bir eylemin suç ortağı olduğu savı ile savcılıkça gözaltına alınmıştır. Üst mahkemedeki yargılama sırasında, sanığı fotoğrafından tanıdığını söyleyen kimliği açıklanmayan bir tanığın ifadesi dava dosyasında yer almıştır. Üst mahkeme, koşulları oluşmadığı halde, isimsiz tanığın anlatımlarına dayandırılan mahkumiyet kararını bozmuştur. Bozmadan sonra, tanık sorgu yargıcı tarafından dinlenmiştir. Sorgu yargıcı, tanığın, sanığın

suç ortağı olması nedeniyle bir misilleme ile karşılaşma korkusunu ve kendisinden intikam alınabileceği kuşkusunu yerinde bularak, tanığın kimliğinin saklı tutulmasını kararlaştırmıştır. Sanığın avukatı başka bir odada tutularak, tanık, sorgu yargıcı tarafından, daha önce avukatın ilettiği bazı soruları da içerecek biçimde sorgulanmıştır. Yargıtay, isimsiz tanığın sorgu yargıcı önündeki anlatımları ile dosyadaki diğer belge ve raporların ışığında sanığı suçlu bulmuştur. Mahkumiyet kararının kimliği açıklanmayan tanığın anlatımlarına dayandırılmayacağı yolundaki temyiz itirazları da reddedilmiştir.

AİHM'ye göre, suç ortaklığı nedeniyle başvuruçuyu suçlu bulan sorgu yargıcının saptamaları, tanığın korkularının kabul edilebilirliği konusunda, ne polisteki anlatımları, ne de sorgu yargıcı önündeki ifadesinden sonra inandırıcı bir değerlendirmeden geçirilmiştir. Yargıtay, tanığın kimliğini gizleme gerekçelerinin tutarlılığını ve dayanaklarını araştırmamıştır. Bu koşullar altında Mahkeme, savunmanın haklarının kısıtlanmasının, tanığın korunmasını gerektiren haklı nedenlere dayandırıldığı konusunda ikna olmamıştır. Yargı erkini kullananlarca yapılacak işlemlerin, isimsiz tanığın korunması için savunma hakkına giderilmesi olanaksız güçlükler yüklemesi, Sözleşme'yle bağdaşmaz bulunmuştur. (Visser ve Diğerleri/Hollanda, 2002)

Mahkeme, polislerin ve benzer konumdaki kamu görevlisi tanıkların kimliklerinin saklı tutulmasını ise, savunma güvenliği açısından uygun bulmamaktadır. *"Bu kişiler, görevleri gereği devleti yönetenlere boyun eğmekle yükümlüdürler. Savcılıkla yakın bağları vardır. Bu konumdaki kişilerin kimlikleri gizlenerek tanıklık etmeleri çok özel koşullarla sınırlı tutulmalıdır. Ayrıca, görevlerinin bir gereği olarak, kapalı oturumlardan değil, kamuya açık yargılamalarda tanıklık etmeleri uygundur."* (Van Mechelen/Hollanda, 1997)



Başvurucu hakkında, bir gösteri sırasında polis arabasına çekiç kullanarak zarar verdiği suçlamasıyla ceza davası açılmıştır. Olaylar sırasında aracın içinde bulunan iki polis memuru başvurucuyu tanımışlardır. İlk derece yargılamada başvuru-  
cunun görgü tanığı olarak getirdiği dört tanık mahkemece dinlenmişlerdir. Bu tanıklar, sanığın suçla ilgisi olmadığını söylemişlerdir. İlk derece mahkemesi, başvuru-  
cunun atılı suçu işlediği konusunda ciddi kuşkuların oluştuğunu gözetmekle birlikte, kuşkuyu sanık yararına yorumlayarak aklanmasını kararlaştırmıştır.

Olay, karşı yanın istemi ile üst mahkemeye gönderilmiştir. Sanık, ilk derece mahkemesinde dinlenen savunma tanıklarının, üst mahkemede de dinlenilmelerini istemiştir. Üst mahkeme, tanık anlatımlarının dosyada bulunması ve bunların yeterli görülmesi nedeniyle istemi reddetmiştir. Tanıklardan birinin sözlerinin, diğer üç tanığın anlatımları ile temelden çeliştiğini belirten mahkeme, polis memurlarının samimi ve gerçeğe uygun olan anlatımlarının, savunma tanıklarının inandırıcı olmayan anlatımları ile çürütülmediği görüşüne varmıştır. Başvurucunun atılı suçu işlediği konusunun kesinlik kazandığı gerekçesiyle üst mahkeme, dosyada bulunan iki polis memurunun ifadelerine dayanarak sanığı sekiz ay hapis cezasına çarptırmış, bu cezanın beş ayını ertelemiş, kalan üç ayı çeşitli hak yoksunluğu uygulamalarına dönüştürmüştür. Sanığın temyiz itirazları da sonuç vermemiştir.

AİHM'nin kararına göre üst mahkeme, ilk derece mahkemesine sunulan kanıtlara dayanarak kararını vermiştir. Üst mahkemenin değerlendirdiği savunma tanıklarının anlatımları ve diğer kanıtlar, duruşma tutanaklarında bulunmaktadır. Üst mahkemenin mahkumiyet kararı, tanıkların yeniden dinlenmediği bir ortamda, duruşma tutanaklarındaki anlatımların

# 51

okunmasıyla ulaşılan bir sonuçtur. Başvurucunun üst mahkemedeki mahkumiyeti, ilk derece mahkemesinde aklanmasına gerekçe gösterilen ayrı tanıkların anlatımlarına dayandırılmıştır. Bu koşullar altında başvurucunun mahkumiyet kararından önce üst mahkemeden tanıkların yeniden dinlenilmesi isteminin reddedilmesi, savunma hakkını ciddi biçimde sınırlandırmıştır. Bu kısıtlamalar adil yargılanma yöntemlerine uygun görülmemiştir. (Destrehem/Fransa, 2004)

Mahkeme'nin tanıkların dinlenmesi konusunda, haklı gerekçelere dayandırıldığı koşullarda her türlü çözüme yatkın olduğu gözlenmektedir. Yeter ki silahların eşitliği ilkesi çiğnenmesin, yüz yüze yargılanma olgusuyla birlikte tanıkları doğrudan sorgulama olanağı yara almasın ve adil yargılanma güvencesinin içi boşaltılmasın.

**DURUŞMADA KULLANILAN DİLİ BİLMİYEN  
SANIKLAR, SORUNLARINI NASIL ANLATACAKLAR?**

**52**

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3/e bendine göre,

*"Her sanık...*

*Duruşmada kullanılan dili anlamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak hakkına sahiptir."*

Anımsanacağı gibi, 5. maddenin 2. bendinde de, gözetim altına alınan kişilere, suçlamanın ne olduğunun "*anladığı bir dille*" bildirilmesi öngörülüyordu. Dil sorunu, 6. madde açısından daha büyük önem taşımaktadır. Yargılandığı yerde geçerli olan dili anlamayan kişinin, avukat desteği de olsa, kendisini savunması olanaksızdır. Bu kural, yabancılar için olduğu kadar, ülkenin resmi dilini bilmeyen yurttaşlar için de geçerlidir. Devletler, yargılama sürecini işletmek için, genellikle çevirmen sorununu kendiliklerinden çözmektedirler. Asıl tartışma, sanığa sağlanan çevirmen yardımları nedeniyle devletçe yapılan ödemelerin, daha sonra suçlu bulunup cezası kesinleşen hükümlüden, diğer yargılama giderleri ile birlikte geri alınıp alınmayacağı konusu üzerinde odaklanıyordu. Bu tartışma, AİHM'yi uzun yıllar uğraştırmıştı

## 52

Böylesi uyuşmazlıklar, özellikle çok sayıda yabancı işçi çalıştıran F. Almanya'da yoğunlaşmıştı. Tek bir dava için önemsiz gibi görünen çevirmen giderleri, hukuk yardımı sigortası sağlayan şirketler için büyük ödemelere neden olduğundan konu AİHM'ye kadar götürülmüştü.

Alman mahkemeleri, Sözleşme'nin 6/3 (e) bendinin, sanıkların çevirmen ücretini peşin ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı, sonradan suçlu bulunanların yargılama giderleri arasında yer alan ve kendilerine sağlanan çevirmenin ücretlerini ödemeleri gerektiği yolunda kararlar veriyorlardı.

Yaralama suçundan yargılanan Arif Koç'tan çevirmen giderlerinin geri istenmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne kadar uzanan uyuşmazlıkta Almanya yargısının benimsediği görüşler şöyle özetlenmiştir:

*"AİHS'nin amacı, insan haklarını ve temel özgürlükleri gelişigüzel devlet önlemlerine karşı korumak ve bu hakları uluslararası bir yasanın güvencesi altına almaktır. Sözleşme, ulusal yasal düzenlemelerin ötesine giderek, onları değiştirmeyi amaçlamamaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesindeki yönetsel güvenceler dizisi, bireylerin haklarıyla, devletlerin yükümlülüklerinin birlikte uygulanmasını öngörmekte; böylece adaletli bir yargılamanın temel koşullarını belirlemektedir. Bu anlamda, suçlanan kişi mahkemede kullanılan dili anlamadığı takdirde, ücretsiz çevirmen yardımı isteyebilmeli ve herhangi bir ödeme yapmaksızın gereksinimi karşılanmalıdır. Ancak bu kural, dava sonucunda suçlu bulunan kişinin yargılama giderlerini ödemeyeceği anlamına gelmemektedir. Sanığın gereksinim duyduğu çevirmenin sağlanmasıyla, adaletli yargılama koşulları gerçekleşmiştir. Dava bittikten sonra bu giderlerin istenmesi, insan haklarını ve temel özgürlükleri güvence altına alma sorunuyla eş önemde bir konu değildir. Sözleşme'nin ceza davalarındaki giderlere bir çözüm getirmeyi amaçladığı da söylenemez ..."*

Bu savunma, AIHM'ce benimsenmedi. Mahkeme daha başka iki başvurucaunun davalarıyla birleştirilen (Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, 1980) davaları sonucunda, yargılama sırasında veya mahkumiyet kararının kesinleşmesi nedeniyle, çevirmen giderlerinin hiçbir koşulda sanıklardan alınmayacağını kararlaştırdı. Aksi yöndeki uygulamaların, adil yargılanma güvenceleri ile birlikte, Sözleşme'nin 14. maddesindeki "eşitlik" ilkesine de aykırı düştüğünü vurguladı.

İzleyen yıllarda benzer bir olay, trafik kazası sonucunda 60 DM idari para cezası salınan Abdülbaki Öztürk'ün başından geçti. Yerel mahkemeye itirazı sırasında yardım aldığı çevirmenin ücretini yargılama giderleri arasında ödemesi istendi.

AIHM bu konuyu değerlendiren kararında, "Gerek kişisel özgürlükleri kısıtlayan yaptırımlar, gerekse parasal nitelikteki cezalar, suçları önlemeyi ve suç işleyenleri caydırmayı amaçlamaktadır. Karayolları Trafik Yasası uyarınca Öztürk'e verilen para cezası da bu tür bir yaptırımdır... Alman yaşamından kaynaklanan terim değişiklikleri, uygulamanın özgüllüğünü ve amacını etkilemeyen yönetsel düzenlemelerdir. Bu davada tartışılan kural cezaların caydırıcı ve önleyici etkilerini içerdiğinden, AIHS'nin 6. maddesinde yer alan suç tanımına girmektedir. Gerçi başvurucaunun eylemi ve verilen ceza büyük sonuçlar içermemektedir. Ancak, Sözleşme'de suçları derecelendiren herhangi bir ölçüt gözetilmemiştir. Daha önemlisi bir takım eylemleri küçük suç olarak niteleyerek, üye devletlerin, kişileri, bu maddenin koruyucu kapsamı dışına çıkarmalarına izin vermek, Sözleşme'nin amacıyla bağdaşmayacaktır." görüşüyle, başvurucaunun davasını haklı buldu. (Öztürk/Almanya, 1980)

Ücretsiz hukuk yardımı konusunda ise, Mahkeme, farklı bir yorum geliştirdi. Kızıl Tugaylar adlı terör örgütü üyelerinin savunmanlığını yürütürken, örgütsel suçlara da karıştığı ileri sürülen sanık, ücretleri devletçe ödenen üç avukat tara-

52

findan savunuldu. Yargılama sonucunda iki buçuk yıl hapis ve dört yıl avukatlıktan men cezalarına çarptırılan sanığın, mahkemece atanan avukatların ücretlerini de geri ödemesi kararlaştırıldı.

Bu konuda AIHM, 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendindeki ücretsiz hukuk yardımının yalnız saruğın avukata ödeme yapabilecek yeterli olanaklarının bulunmadığı koşullarda uygulanabileceğine, Alman hukuku açısından yargılama sırasında böyle bir sorun çıkmadığına göre, sanığın mahkum edilmesinden sonra yargılama giderleri arasında hukuk yardımını vermek amacıyla görevlendirilen avukatların ücretleri ile de yükümlü kılınmasının Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığına karar verdi. (Croissant/Almanya, 1992)

6366 sayılı Yasa'nın diliyle, Sözleşme'nin 7. maddesini aşağıya aktarıyoruz:

*"1. Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlediği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz.*

*2. İşbu madde, işlendiği zaman medeni milletler tarafından tanınan umumi hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına veya cezalandırılmasına mani değildir."*

Maddenin 1. bendi, suçların ve cezaların yasallığı ilkesini vurgulamaktadır. Bilindiği gibi bu ilke, ceza hukukunun temellerini oluşturmaktadır. Ulusal hukuka göre "kanunsuz suç olmaz" kuramı, anılan eylemlerin işlenmesinden önce geçerli hukuk kuralları ile suç olarak tanımlanmasını, bireylerin de bu kurallara ulaşabilme olanağına sahip olmalarını gerektirmektedir. AİHM, yasallığı yalnız geleneksel kalıplarla sınırlamakta, yerine göre İngiltere'deki gibi yazılı olmayan yasa ve kuralları da geçerli saymaktadır. Yeter ki, kişiler açısından bu kurallara ulaşma olanağı açık tutulsun.

*"Bireylerin davranışlarını yönlendirebilmeleri açısından yeterli açıklıkta düzenlenmemiş normlar, hukuk kuralı olarak kabul edilemezler. Yurttaşlar, belirli bir eylemin olası sonuçlarını, koşulların elverdiği ölçüde çok fazla ayrıntıya inmeden ya da bir danışmanın yardımıyla önceden görebilmelidirler."* (Silver ve Diğerleri/İngiltere, 1983)

*"Yasalar, yeterince ulaşılabilir olmalıdır. Yurttaşlar, belli bir olaya uygulanabilir nitelikte hukuk kurallarının varlığı konusunda yeterli bilgiyi edinme olanağına sahip olmalıdırlar."* (Sunday Times/İngiltere, 1979)

*"Ulaşılabilir" ve "anlaşılabilir" nitelikte olmaları gereken hukuk kurallarının biçimsel açıdan yasallık edinmeleri, onların yasa sayılmalarına yeterli değildir. Yasalar, içerik açısından da, demokratik toplumların gereklerine aykırı düşmemelidir.* (Leander/İsveç, 1987)

*Malikeme, "hukuka uygun olarak" ya da "hukuken öngörülmüş olma" deyimlerini, böyle açıklamaktadır.* (Malone/İngiltere, 1984)

AİHM, ceza infaz yasalarında yapılan değişikliklerle hapisle kalma sürelerini uzatan düzenlemelerin, bu değişimlerden önce mahkumiyetleri kesinleşip cezalarını çekmekte olan hükümlülere uygulanmasını, cezaların yasallığı ilkesine ve 7. maddeye aykırı bulunduğunu kararlaştırmıştır. (Chambell ve Fell/İngiltere, 1984)

*"Mahkeme hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir ögesini oluşturan 7. madde ile sağlanan güvencelerin, Sözleşme düzeni içinde önemli bir yere sahip olduğu ve 15. madde gereğince savaş ve olağanüstü hal durumlarında da bu güvencelerden vazgeçilemeyeceğini görüşündedir. Anılan madde amacı doğrultusunda keyfi*



yargılama, hüküm ve ceza verme karşısında etkili güvenceleri sağlayacak biçimde anlaşılmalı ve böyle uygulanmalıdır." ( S. W. ve C. R./İngiltere, 1995).

Başvurucunun uyuşturucu suçundan yargılanıp cezası kesinleştikten sonra yürürlüğe giren yeni bir yasada, bu tür suçlardan mahkum edilen kişilerin, kaynağını kanıtlayamadıkları durumlarda, malvarlıklarının işledikleri suç nedeniyle edinilmiş sayılacağı varsayımı yer almıştı. Bu yasaya dayanılarak başvurucunun malvarlığının bir bölümüne el konulması, Mahkeme'ce Sözleşme'nin 7/1. maddesine aykırı bulundu. (Welch/İngiltere, 1996)

*"Mahkemenin içtihatlarına göre, Sözleşme'nin 7. maddesi kanınsuz suç ve ceza olmaz ilkesini içermekte ve ayrıca ilgili kişinin zararına olacak şekilde ceza kanununun geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklamaktadır. "*

Sözleşme'nin 7/1. maddesi, *"yasaların sanık aleyhine geriye yürütülemeyeceğini belirtmekle kalınıyor, ayrıca, suçların ve cezaların yasa ile tanımlanması ilkesiyle birlikte, ceza yasalarının örnekseme yoluyla sanık aleyhine genişletilemeyeceği ilkesini de getiriyor."* (Kokkinakis/Yunanistan, 1993)

7. maddenin öngördüğü *"geçmişe uygulanmama"* kuralı, yalnız ceza hukuku alanındaki suçlar ve cezalarla ilgilidir. Disiplin yaptırımı gerektiren işlemler, tutuklama gibi geçici önlemler, özel hukuk konusu olan haksız eylemler, bu ilkenin dışında kalmaktadır.

Mahkeme, Türkiye uygulamalarından kaynaklanan bir olayda, başvuruculara suçun işlendiği tarihte verilmesi gereken cezadan daha ağır bir ceza verildiği görüşüyle Sözleşme'nin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.

Mahkeme, inceleme konusu davada, Türk Ceza Yasası'nın 169. maddesinde belirlenen suç açısından başvurucuların yargılanıp cezalandırılmalarının tartışma konusu olmadığını belirtmekle birlikte, çözümlenmesi gereken tek sorunun, 7. maddenin 1. paragrafına aykırı biçimde cezalardaki artırımın, 1991 tarihli Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlara da uygulanıp uygulanmadığının araştırılmasıdır.

*"Mahkeme, Hükümet'in başvuranların işledikleri suçun Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesine göre devam eden bir nitelik taşıdığını savunduğuna dikkat çekmiştir. Bu anlayışla Mahkeme, işlenen suçun süreklilik taşımasının, ilgili suçun belli bir zaman dilimi içinde işlendiği anlamını içerdiği sonucuna varmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bir kimse süreklilik taşıyan bir suçu işlemekle itham edildiği zaman, yasal kesinlik kuralı, söz konusu suçu oluşturan eylemlerin iddianamede açıkça belirtilmesini gerektirmektedir, (Pellissier ve Sassi/Fransa 1999) Ayrıca, ulusal mahkeme tarafından verilen karar, davalı hakkında verilen hükmün ve cezanın süreklilik niteliği taşıyan bir suç unsuru içerdiğinin yargılama ile ortaya çıktığı bulgusunu açıkça ortaya koymalıdır.*

Bu bağlamda Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısı'nın iddianamede başvuruları '1988 ve 1989 yılları arasında işlenen suçlarla' suçladığını gözlemlemiştir. Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesi 12 Mayıs 1994 tarihli kararında, başvuranların 1988 ve 1989 yılları arasındaki eylemlerinden dolayı suçladığını belirtmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi, verdiği kararın hiçbir yerinde başvurularını 1989'dan sonra işlenen fiillerden dolayı suçlanamıştır. Mahkeme, bu verilerden yola çıkarak başvuruların 1988 ve 1989 yıllarında veya iki tarih arasında işlendiği ileri sürülen suçlardan dolayı yargıldıklarını gözlemlemiştir. Hükümet'in savunmalarının aksine Mahkeme, 1988 ve 1989 yıllarının söz konusu eylemlerin gerçekleşmeye başladığı tarih olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.

*Mahkeme, başvuranların, Ağustos 1993 tarihine kadar PKK ile ilişkilerinin devam ettiğini kanıtlamak için Hükümet'in savlarını Şırnak Merkez Jandarma Komutanlığı'nda gözaltında iken verilen ifadelere ve itiraflara dayandırdığını belirtmiştir. Hükümet, ayrıca eski bir PKK militanının ifadesine dayanarak, başvuranların 1989 yılından sonra da eylemlerine devam ettiklerini vurgulamıştır.*

*Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre, sadece 1988 ve 1989 yılları ile ilgili olan iddianame göz önüne alındığında, devam eden suçla ilişkin bu tür kanıtların sunulması, iddianame ile uyumlu değildir. Başvuranların savunmalarını iddianameye cevaben ve suçlu buldukları takdirde verilecek cezaya karşı kendilerini savunmak için hazırladıkları düşünülebilir. Ayrıca Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararından, 1989 yılından sonra işlenen suçlar nedeniyle mahkum edildikleri şeklinde bir sonuç çıkmamaktadır. İlk Derece Mahkemesi kararının odak noktasının 1988 ve 1989 yılları arasındaki eylemler olduğu görüşü paylaşılmaktadır.*

*Bu koşullar altında Mahkeme, başvuranların 1991 tarihli Yasa gereğince, verilmesi gerekenden daha ağır bir ceza ile cezalandırıldıkları sonucuna varmıştır. Açıklanan nedenlerle Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. paragrafı ihlal edilmiştir." (Ecer ve Zeyrek/Türkiye, 2001)*

*Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. bendinde yer alan "Uluslararası hukuka göre suç" oluşturmanın koşulları ise, yeterince açıklık taşımamaktadır. AİHM'nin, uluslararası hukuku ceza yargılaması açısından doğrudan değerlendiren kararlarına çok az rastlanılmaktadır. Mahkeme, "hukuka uygun olarak deyiminin yalnızca iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığını, aynı zamanda Sözleşme'nin başlangıç bölümünde açıkça ifade edilen hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle de ilgili olduğunu" belirtmiştir. (Malone/İngiltere, 1984)*

## 53

Hiç kuşku yok ki, yukarıda değinilen hukukun üstünlüğü bağlamındaki "hukuk kalitesi", suç yargılaması açısından da geçerlik taşımaktadır. Ancak, çok fazla örnek bulunmamaktadır.

7. maddesinin 1. bendindeki "uluslararası hukuka göre suç" kavramını, 2. bentteki "işlendiği zaman medeni milletler tarafından tanınan umumi hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fül" sözcükleriyle birlikte değerlendirmek kanımızca daha uygun olacaktır. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından onaylanan AİHS'nin, o günlerde yargılanmakta olan Nazi ve faşist savaş suçlularına, sığınabilecekleri bir suç tanımı vermemek için, böyle bir düzenlemeye gidildiği düşünülmektedir. Sözleşme'nin yaklaşımına göre, savaş suçları, işlendikleri zaman da, uygar uluslarca benimsenen genel hukuk bağlamında suç oluşturuyorlardı. Yani, 2. Dünya Savaşı'nı tetikleyip sürdüren, milyonlarca insanın öldürülmesinden sorumlu tutulan Nazi ve faşist önderlerin, savaş yıllarında da girişimlerinin suç olduğunu bildikleri anımsatılıyordu.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Sözleşmesi'nin 38. maddesinin (c) bendinde de, aynı amaçla ve aynı söylem biçimine bağlı kalarak, "uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini ..." uygulamak, Divan'ın da görevleri arasında sayılmıştır.

**SÖZLEŞME'NİN "ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ  
KORUNMASI" BAŞLIKLİ 8. MADDESİ,  
HANGİ GÜVENCELERİ İÇERİYOR VE  
NASIL BİR KORUMA YÖNTEMİ ÖNGÖRÜYOR?**

Sözleşme'nin 8. maddesi aşağıya aktarılmaktadır:

*"1- Herkes, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

*2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlemenin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."*

8. maddenin 1. bendinde hakkın kapsamı belirlenirken, 2. bentte hangi neden ve koşullarla sınırlamalara gidilebileceği açıklanıyor. Maddede, birbirleri ile bağlantılı dört hak korunmaktadır. Özel yaşam, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme güvenceleri... Hiç kuşkusuz bu hakların en önemlisi ve birinci basamağı, "özel yaşam" tanımı içinde yoğunlaşmaktadır. Kişinin adı, öğrenimi, sağlığı, ilgileri, bireysel seçimleri, alışkanlıkları gibi, insanı insan yapan nesnel ve duygusal niteliklerinin tümü, özel yaşamı oluşturmaktadır.

Bilindiği gibi AİHM'nin kararları, başvuruların adlarıyla anılmaktadır. Ancak başvuru dilekçesinde kişi isterse, kimliği gizli tutulmaktadır. Böyle durumlarda ya başvuru kişinin ad ve soyadının baş harfleri, ya da "X", "E", "Z" gibi simgeler kullanılabilir. Her konuda bu tür adlandırılan kararlara rastlanmaktadır. Ancak özellikle 8. madde ile ilgili başvurularda, gerçek adlarını gizleyip kendilerini simgelerle tanıtanların daha fazla olduğunu gözlemliyoruz. Başvurucuların bu yaklaşımı bile, özel yaşamla ilgili uyuşmazlık konularının kimlikleriyle birlikte dışa vurmakta, kişilerin daha istemsiz davrandıklarını ortaya koymaktadır.

Özel yaşamdan ne anlaşılır? Bireyin yaşantısı, üç aşamadan oluşmaktadır. Ortak yaşam, özel yaşam ve gizli yaşam. Ortak yaşam, bireyin toplum içindeki yerini, görünen etkinliklerini, başkalarıyla olan genel ilişkilerini kapsar. Özel yaşam ise, kişinin kendi öz varlığı ile bütünleşmesi için, dış etkenlerden olabildiğince uzak tutulması gereken bir ortamdır. Bir başka deyişle özel yaşam, bireylerin yalnız yakınlarıyla paylaşabileceği yaşam çevresidir. İnsanların bir de gizli yaşamları vardır. Bu alan, bir iç sorgulama bölgesidir ve başkalarını hiçbir biçimde ilgilendirmemektedir. Kişinin "yalnız kalma hakkı" olarak da anılan gizli yaşamının, her türlü el atmanın dışında tutulması gerekir.

Özel yaşam güvencesi, ortak yaşamdan başlayarak, kişinin gizli yaşamına, yani genelden öze doğru, yoğunlaşan bir korunma ağını zorunlu kılmaktadır. Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin daha 1970 yılında aldığı 23 Ocak günlü ve 428 sayılı İlke Kararı ile özel yaşam güvencesinin kapsamı genişletilmiş, "... özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı, temelde, özel yaşamın dıştan gelen en küçük bir etki altında bırakılmamasını içerir. Özel yaşam güvencesi, kişinin kendi özgür çevresini, aile ilişkilerini,

*tinsel ve özdeksel bütünlüğünü, onurunu ve adını yaralayan açıklamaların yapılmasını, özel fotoğraflarının yayımlanmasını, güvene dayanarak herhangi birine verdiği bilgilerin dışa vurulmasını önlemeyi amaçlar.*" denilmiştir. Bu kararda üzerinde durulanlar, genellikle ve derece derece gizli yaşamla ilgili güvencelerdir. Ancak, bireylerin dış dünyaya açıldıkları toplumsal yönleri de, özel yaşam güvencelerinin koruması altındadır.

8. maddede korunan haklar arasında çoğu zaman kalın çizgilerle kesin ayrımlara gidilememektedir. Bunun nedeni, birbirleri ile çok yakın benzerlikler içinde olmalarıdır. Kişiyे dönük *"saygı gösterilme hakkı"*, bu hakkın yükümlüsünü de belirlemektedir. Sözleşme'nin diğer maddelerinde olduğu gibi, 8. madde de, devletlere, olumsuz ve olumlu yükümlülükler getirmektedir. Devletlerin olumsuz yükümlülüğü, egemenliği altındaki bireylerin özel yaşam haklarına saygısızlık etmemektir. Bu nedenle devletler, bireylerin yaşantılarına olabildiğince az karışmalı, kişiliklerini kendilerinin uygun gördükleri biçimde geliştirmelerine olanak tanımalıdır. Devletler, zorunluluk olmadığı sürece, özel yaşam alanlarıyla iletişime girmemelidir.

Kişilerin aile ve özel yaşamlarında özgür bırakılmaları yeterli değildir. Devletlerin olumlu görevleri, bireysel hakları korumak için gereken önlemleri almaktır. Koruma, genel hukuksal yapılanma ile sağlanacağı gibi, alınan önlemlere karşın kişisel haklara yönelik saldırılar olmuşsa, sorumlularını kovuşturup yargı önüne çıkarmak, devletlerin kamusal sorumluluklarının gereği olmaktadır *"Bu yükümlülük, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel yaşama saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir."* (X ve Y/Hollanda, 1985)

AİHM, 8. madde kapsamındaki başvurularda, beş aşamalı bir inceleme uygulamaktadır. Öncelikle, başvurusunun yakındığı olayların 8. maddeye girip girmediğine bakılmaktadır.

İkinci aşamada, 8. madde ile korunan haklara yönelik bir müdahalenin varlığı araştırılmaktadır. Bu iki konuyu kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya düşmektedir.

8. maddenin 2. bendinde sayılan nedenlerle gerçekleştirilebilecek müdahalelerin yasal temellerinin bulunması gerekmektedir. Bu açıdan ulusal yasalar önem taşımaktadır. Ancak Mahkeme'nin "yasa" kavramını, alışlagelen dar anlamda değil, ulusal düzeyde geçerli, uygulanabilir ve erişilebilir hukuk kuralları olarak algılayıp bu kapsamda yorumladığını bir kez daha anımsatmakta yarar görüyoruz. Kamu yararı amacıyla da olsa, yasal dayanağı bulunmayan işlemler, Sözleşme'ye aykırılık oluşturduğundan, Mahkeme de, sonraki aşamalara geçmeksizin Sözleşme ihlallerini saptamaktadır.

İşlemin yasa ile öngörülmesi durumunda, 2. bentte yer alan kamu yararına yönelik amaçlarla uyumlu olup olmadığına bakılmaktadır. 2. bentte sayılan olasılıklarla bağlantısı kurulamayan müdahaleler de Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır. Belirtilen dört aşamadan da geçen bir kamusal işlemin Sözleşme karşısındaki son denetimi, demokratik toplumların zorunlu kıldığı koşullara uygun olup olmadığıdır. İşlemin hangi toplumsal gereksinimi karşılamaya yönelik olduğu ve bu gereksinimin daha başka yollarla da giderilip giderilemeyeceği incelenen konular arasında yer almaktadır. Uygulanan yöntemler abartılıysa, hakkın özünü yok edecek boyutlarda zedelemişse, Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verilebilmektedir.

Özel yaşam güvenliği, kişisel haklarla ilişkilendirilebilen ve birbirleriyle bağlantısız gibi görülebilen pek çok konuyu kapsamaktadır. 8. madde, Sözleşme'nin, geleceğe yönelik açılımlarına dayanak oluşturacak bir düzenlemedir. Özel yaşamın önemi arttıkça, toplumsal değişimler bireyler açısından yeni koruma koşullarının saptanmasını gerektirdikçe, AİHM,



8. maddeyi yorumlayan ilkesel kararlarıyla bu boşlukları doldurabilecektir. Mahkeme'nin özel yaşama saygı temelinde geliştirdiği bazı örneklere değinmekte yarar görüyoruz:

AİHM, kimlik ve kişilik sorunlarından başlayarak eşler arasında ayrımcılığa yer bırakılmaması için, Sözleşme'nin 14. maddesini birçok olayda 8. madde ile birlikte uygulamaktadır. İsviçre'de, Alman Medeni Kanunu'nun uygulandığı bölgede yaşayan başvurucuya, erkeğin soyadının önünde kendisinin soyadını da kullanmasına izin verilmemesi üzerine yaptığı başvuru sonucunda, Mahkeme, özel yaşama saygı açısından 8., ayrımcılık yasağına uyulmamasından 14. maddelerin çiğnendiğini kararlaştırmıştır. (Burghartz/İsviçre, 1994)

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin kişilerin ad ve soyadlarına ilişkin bir düzenleme içermemesine karşın, bir kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak özel ve aile yaşamını etkilediğini ve bu nedenlerle Sözleşme'nin 8 maddesi kapsamında olduğunu belirterek, evlendiği kocasının soyadını kullanmak zorunda bırakılan eşin başvurusunu 14. madde ile birlikte incelemeye karar vermiştir. Mahkeme, Türkiye'nin, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında, kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını yitirmesini yasalarında öngören tek ülke konumunda olduğunu gözlemlemiştir. Evli kadınların aile birliğini sağlamak adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızkılık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve geçerli bir nedeni olmadığına karar vermiştir. Sonuçta, aile birliğinin korunması yolundaki olası sakıncaların, yakınma konusu olan cinsiyete dayalı farklı davranış için yeterli bir hukuka uyarlık oluşturmadığı gerekçesiyle, söz konusu uygulamanın 8. maddeyle birlikte 14. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir. (Ayten Ünal/Tekeli, Türkiye, 2004)

Özel yaşam, bireylerin sağlık sorunlarının gizliliğini de kapsamaktadır. Finlandiya'da karı koca AIDS hastalığına yakalanmışlardır. Ulusal yasa bu tür bilgilerin yasaklanmasını ve başkalarına verilmemesini öngörüyor. Ancak, eşlerden birisi hakkında açılan ceza soruşturmasında, her ikisinin de sağlık raporlarına el konularak, kanıt oldukları gerekçesiyle bütün raporlar soruşturma dosyasına konulmuştur. Ceza davası sırasında, hekimlerinin tanıklık yapmaları sağlanmıştır. Yürürlükteki ulusal yasaya göre ise, sağlık belgeleri üzerindeki gizliliğin on yıl sonra kaldırılması öngörülmüyor. AIHM bu olayı özel yaşama saygı hakkının çiğnenmesi olarak nitelmiştir. (Z/Finlandiya, 1997)

Kişilerin sağlıklarıyla ilgili sorunlar karşısında, içinde buldukları koşulları değerlendirmelerini sağlayacak bilgi ve belgelerin kamu birimlerinin elinde olması durumunda, bu bilgilerin tümünün ilgili kişiye iletilmesi gerekir. İngiliz Ordusu'nda 1960'lı yıllarda askerliğini yaparken, hardal ve sinir gazlarından korunmak üzere üretilen özel giysilerin geçirgenliğinin saptanması amacıyla denek olarak kullanılan kişinin geçirdiği çok ağır hastalıklara karşın sağlık raporlarına ancak 2005 yılında ulaşabilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelenmiştir. Bu ilginç olayın ve AIHM kararının özetini sunmaktayız:

İngiliz Ordusu'ndan 1960 yılında terhis edilen başvuru, 1980 yılı sonlarında yoğun sağlık sorunları ile karşılaşmıştır. Yüksek tansiyonu, giderek, hipertansiyona dönüşen başvuru, bronşit ve bronşsal astımdan yakınmaktadır. Başvuru, şu sırada yatalak durumdadır ve sağlık problemlerinin, İngiliz Silahlı Kuvvetleri denetimindeki Port Down Kışlası'nda, 1960'lı yıllarda gerçekleştirilen hardal ve sinir gazı deneylerinden kaynaklandığını belirtmektedir. Başvuru 1987'den beri gerek po-

litik gerekse tıbbi kanalları kullanarak, kendisine ait belgelere ulaşmanın yollarını aramış, kısmen başarılı olabilmıştır. 1992 yılında, Devlet Bakanlığı, başvurucunun kamu hizmetinden emekli aylığı bağlanması (malulen emeklilik) istemini, sağlık durumu ve gaz testleri arasında nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Başvurucu, savları ile ilgili olarak yeniden yargısal inceleme sürecini başlatma istemini belirttiğinde, Savunma Bakanlığı'nun bir biriminden kaynaklanan nedenlerle, Devlet Bakanlığı'nca, 1947 yılında çıkartılan Kraliyet Yargılama Yöntemi Yasası'nın 10. bölümüne dayanılarak, kişiye malulen emeklilik hakkına başvurma konusunda bir dava izni verilse bile, 1987'den önceki olaylar için ulusal hukuk bu tür işlemlerin dava konusu yapılmasını engellemektedir.

1998 yılında, başvurucu, Sosyal Yardım İşleri İstinaf Mahkemesi'ne ("PAT") temyiz isteminde bulunmuş ve "PAT" yasaları çerçevesinde gizli tutulan resmi kayıtların açıklanarak, Temyiz Mahkemesi'nin, hastalığının gaz testleri nedeni ile ortaya çıkıp çıkmadığının veya durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının saptanmasını istemiştir. "PAT", savunma Bakanlığı'na, 2001 ve 2002 yılları arasında gizliliği kaldırılan bazı kategorilerdeki birtakım raporları ve belgeleri açıklamasına karar vermiştir. "PAT", sonunda, bir uzman raporuna dayanarak, başvurucunun mevcut durumuna neden olacak herhangi bir gaza maruz kalmasına ilişkin bir kanıt bulunmadığı yargısına varmıştır. Hardal gazı testleri, askeri üniformaların gaza maruz kaldıklarında uygunluklarını denemek amacıyla uygulanmıştır. Zaten ortada başvurucuyla ilgili bir gaz testinin de bulunmadığı savunulmuştur. Kaldı ki, 1953 yılında bir kişinin Porton Down'nda ölümünden sonra, koruma görevlileri, gönüllerin yalnızca güvenli dozlara maruz kalmalarını sağlamak için, gazları kapalı ve korunmalı bölgelere yerleştirmiştir. Bununla birlikte "PAT", başvurucunun kayıtlarını elde etme

konusunda yaşadığı tedirginliğe bağlı zorlukları da dikkate almıştır. 2004 yılında, Yüksek Mahkeme, başvurucunun temyiz istemini uygun görmüş ve konuyu yeniden incelenmek üzere PAT'a göndermiştir. Dava hala sürmektedir. 2005 yılında, hükümet konuya ilişkin, başvurucunun sekizini hiç görmediği, on bir belgeyi açıklamıştır.

Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 6/1, 13, 14. maddelerine ve 1. Ek Protokol'ün 1. maddesine ilişkin savlarını reddettikten sonra, yakınma konusu olayları 8. madde bağlamında değerlendirdi. Kararın gerekçesinde özetle aşağıdaki açıklamalar yer aldı:

*"Port Down'daki testlerde görev alması nedeniyle risk altında olup olmadığı konusundaki belirsizliğin, başvurucuyu geleceğine yönelik kuşku beklenilere ittiği ve bu nedenle gerilim altında bıraktığı kabul edilebilir. PAT'ın, başvurucunun tıbbi durumu nedeniyle yaptığı yakınmalar ile denek olarak katıldığı testler arasında nedensellik ilişkisi oluşturacak güvenilir bir kanıt bulunmadığını ancak 2004 yılında belirtmesine karşın, Yüksek mahkeme, temyizi kabul etmiş ve olayın boşlukta bırakılmaması için, dosyayı yeniden incelenmek üzere PAT'a geri göndermiştir. 1963 yılına ait konuyla ilgili kayıtların ve çok sayıdaki testlerin gizli belgelerinin 1966' yılında varlığını koruduğu saptanmıştır. Ancak, hükümet, başvurucunun istediği belgelerin kendisine verilmeyip saklanmasını gerektiren nedenleri hala ortaya koyabilmiş değildir. Hükümet, geçen zaman içinde koşullardaki birbirini izleyen değişimler nedeniyle, belgelerin ulusal güvenlik açısından 'bir öneminin' kalmadığını belirtmiştir. Oluşan duruma göre Mahkeme, başvurucunun katıldığı deneyler sırasında, herhangi bir riske maruz kalıp kalmadığını belirlemesine olanak sağlayacak gerekli tüm bilgi ve belgelere ulaşmasını gerçekleştirmek açısından, etkili ve ulaşılabilir bir olumlu yükümlülüğün ortaya çıkmış olduğu görüşündedir. Tek başına böylesi bir bilgiyi*

edinmek için sürekli olarak çabalarını sürdüren başvurucunun durumundaki bir kişi, istediği bilgilere ulaşmak için dava açmaya mecbur bırakılamaz. Bütün bunlara ek olarak, başvurucunun belgelerini araştırmaya başlamasından ve istemlerini mahkemeye yöneltmesinden ancak on yıl geçtikten sonra, sağlık konusunda bilgi iletme birimleri oluşturulabilmiştir. 1998 yasasından sonra da 6. madde uyarınca ancak PAT başkanının emri doğrultusunda belgelerin mahkemeye ulaştırılmasına başlanabilmiştir ki, bu da PAT önündeki yargısal olanaklarda bile, zorluklar yaşanabildiğini göstermektedir. Belgelerin açıklanması, 2001 yılındaki 6. maddenin yürürlüğe girmesini izleyen dört yılı içinde ve parça parça gerçekleşebilmiş ve daha hala bitmemiştir. Gerçekte PAT da, başvurucunun belgeleri elde etmek için yaşadığı zorlukları 'endişe verici' olarak nitelmiştir. Buna karşın, dava konusu belgelerin elde edilmesini ve içerdiği bilgilerin ilgisine açıklanmasını kolaylaştıracak bir yöntemin yokluğu, kişinin bilgi edinme hakkını etkisiz bırakmaya eşdeğer olarak değerlendirilebilir. Açıklanan nedenlerle davalı devlet, denemelerde yer alan başvurucunun herhangi bir riske maruz kalıp kalmadığını anlamasını kolaylaştıracak tüm ilgili belge ve bilgilere ulaşmasını sağlayacak erişilebilir ve etkili bir yöntemi oluşturma konusundaki olumlu yükümlülüğünü yerine getiremediğinden Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir". (Roche/İngiltere, 2005)

Mahkeme, yalnız sağlık sorunları konusunda değil, kendileriyle ilgili devletin elindeki kişisel bilgilere ulaşma hakkının, konuyla ilgili olabilecek daha başka kişilerin de güvenliğinin sağlanması ve uygulamanın nesnel ölçütlere bağlanması koşuluyla 8. madde kapsamına girdiğini saptayan kararlar vermiştir. (Leander/İsveç, 1987), (Gaskin/İngiltere, 1989)

1965 yılında doğan başvurucu, annesi tarafından kamuya ait bir bakım evine bırakılmıştır. Annesi, hiçbir koşulda kimliğinin çocuğuna ve ileride evlatlık olarak verileceği kişilere

## 54

açıklanmamasını istemiştir. Başvurucu, annesinin, kardeşlerinin, ailesinin diğer bireylerin kimliklerini öğrenmek için çok uğraşmasına karşın, amacına ulaşamamıştır. AİHM, annenin kimliğini gizleme kararlılığı ile başvurucunun ailesini tanıma çabaları arasında, iki yetişkini ilgilendiren bu çok karmaşık konuda, adil dengeleri belirleme yetkisinin sonuçta ulusal organların takdiri içinde kaldığı görüşüyle, 8 ve 14. maddelerin çiğnenmediğini kararlaştırmıştır. (Odievre/Fransa, 2003)

Eşcinsellerin hakları ve kamusal yükümlülükleriyle ilgili olarak ortaya çıkan sorunlara da, 8. madde ve özel yaşam ilişkileri bağlamında çözümler getirildi. AİHM'nin cinsel yönelim konusuna yaklaşımı, kendi deyimiyle, *"Sözleşme'nin modern hayatın koşulları ışığında yorumlanması gereken ve yaşayan bir araç olduğu"* ilkesine dayandırıldı. *"Mahkeme, gençlik gibi nedenlerle zarar görebilecek kişilerin yanlış yönlendirilmelerini önlemeye yönelik sınırlamalar koymak için, belli ölçüde eşcinsel davranışlar üzerinde denetim oluşturulmasını demokratik bir toplumda hukuka uygun bir zorunluluk olarak görmektedir."* Mahkeme, konuyu başlıca iki boyutta değerlendirmeye çalışmıştır. Eşcinselliği özendirici olmamaya özen göstermiştir. Ancak, böyle bir seçim yapan yetişkinlerin de, başkalarına ve topluma zarar vermemeleri koşuluyla, seçimlerine saygı gösterilmesi gerektiği görüşünde olmuştur. *"Bununla birlikte, toplumların ahlakını korumaya yönelik önlemleri ve özellikle ceza hukuku tarafından korunması gereken genç kesimin yaşını belirlemek, öncelikle ulusal organların karar verme yetkisi içindedir. Her ne kadar başkalarının özel alanlarındaki eşcinsel davranışlar, toplumun, eşcinselliği ahlaka aykırı gören bireylerine çarpıcı gelse de, rahatsız da olsalar veya karşı çıksalar, bu durumu istemli davranışlar içindeki yetişkinlere ceza yaptırımını uygulanmasına bir gerekçe oluşturmaz."* (Dudgeon/İngiltere, 1981)

Böylece, eşcinsel davranışlara getirilen yasaklamalar demokratik bir toplumda zorunlu önlemler olarak değerlendiril-

mekle birlikte, Mahkeme, iki yetişkin erkek arasında karşılıklı istemleriyle oluşan cinsel ilişkiyi suç saymanın artık ne zorunlu ne de uygun sayılabileceği kararına varmıştır. İzleyen yıllarda, (Norris/İrlanda, 1988) ve (Modison/Kıbrıs, 1993) kararlarında da aynı gerekçeler yinelenmiştir. Dudgeon davasından sonra Mahkeme, cinsel kimliği koruyan özel yaşam kavramının, lezbiyen veya gay cinsel kimliğini de içerdiğini benimseyen kararlar vermiştir.

Mahkeme, eşcinsellere, kamusal yapılanmayla bağlantılı olarak getirilen yasakları da değerlendirmiştir. Eşcinsel olan başvuruçular, cinsel seçimleri nedeniyle silahlı kuvvetlerden ihraç edilmişlerdi. İngiltere’de yerleşmiş genel bir uygulama olarak, rütbesi veya görevi ne olursa olsun, eşcinsel eğilimi olan hiç kimse silahlı kuvvetlerde çalışamaz. Hangi konumda bulunursa bulunsun, eşcinselliği ortaya çıkan kişi görevden alınır. Başvuruçular, yakındıkları uygulamanın özel yaşamlarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM, başvuruçuların Sözleşme’nin 8. maddesinde korunan özel yaşam haklarının ciddi biçimde ihlal edildiğine karar vermiştir. (Lustig-Prean/İngiltere/1999)

Erkek olarak doğdukları halde, biyolojik ve duygusal yapılarının gereği olarak geçirdikleri operasyon sonucunda kadın olduklarını ileri sürerek nüfus kütüğündeki kimliklerinin de kadın olarak düzeltilmesi istemlerinin İngiliz organlarınca kabul edilmediğini bildiren başvuruçuların yakınmaları, AİHM’ce reddedilmişti. Mahkeme’nin gerekçesinde, İngiltere’nin, özellikleri bulunan nüfus yazım düzeninin başvuruçulara dönük olarak yenilenmesinin nesnel olanaksızlığıyla birlikte, özellikle, cinsiyet değiştirmenin kesinlik taşımadığı, “... cinsiyet ameliyatı, cinsiyeti bütünüyle değiştirme sonucunu vermediği için kütükte yapılacak düzeltmelerin gerçeği yansıtmayacağı ...” belirtil-

mişti. (Rees/İngiltere, 1986), (Cossey/İngiltere 1990)

Mahkeme, Fransa'dan gelen bir başvuru üzerine ise, cinsiyet ameliyatı geçirip kadın olarak yaşamını sürdüren başvurunun kimliğine bu değişimin işlenmesine Fransız hukukuna göre engel bulunmadığı, ayrıca belgelerinde "*... önceki cinsiyetinin sürdürülmesine bağlı olarak başvurucu, ekonomik, toplumsal ve mesleki yaşama uyum açısından güçlüklerle karşılaşacağından ...*" kamu yararı ile kişisel yararın dengelenmesindeki orantısızlık nedeniyle, özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği görüşüne vardı. Mahkeme'yi bu görüşe yönlendiren etkenler arasında, cinsiyet değiştirme konusundaki önceki belirsizliklerin aşılacak, tıbbi operasyonların daha kesin sonuçlar vermekte olduğu bilgisi de etkili olmuştur. (B/Fransa, 1992)



**GÖZALTINDAKİ KADININ, KENDİ İSTEĞİ  
OLMAKSIZIN POLİSLERİN ZORU İLE  
JİNEKOLOJİK MUAYENEDEN GEÇİRİLMESİ,  
ÖZEL YAŞAM GÜVENLİĞİ İLE BAĞDAŞIR MI?**

**55**

Böyle bir soru, anlamsız olarak da görülebilir. Denilebilir ki, jinekolojik muayene olmak isteyen kadının, gözaltında bulunduğu sırada beklenmedik bir rahatsızlığı dışında, böyle bir gereksinimi polislerle paylaşmasının akılcı bir açıklaması yapılamaz. Sözün kısası, gözetim odasından, jinekolog masasına uzanan sürecin, her koşulda zora dayalı olması kaçınılmazdır. AİHM de, Türkiye’den gönderilen bir başvuru nedeniyle bu konuyu incelemiş ve sonuçta aynı görüşe varmıştır. Olay, şöyle gelişmiştir. Önce başvuru, iki gün sonra da eşi YF, PKK’ya yardım ve yataklık ettikleri gerekçesiyle Bingöl’de gözaltına alınmışlardır. Yakınanların savlarına göre, polis memurları başvuranın eşini coplamışlar, sözle hakaret etmişler ve tecavüz etmekle tehdit etmişlerdir. Gözaltına alınmasının ardından başvuranın eşini muayene eden bir hekim, vücudunda herhangi bir darbe izi bulunmadığına ilişkin rapor vermiştir. Aynı gün daha kapsamlı bir muayene için NF, bu defa bir jinekologa götürülmüştür. Polis, gözaltındayken vajinam veya anal ilişki olmuşsa, bunun saptanıp raporla belgelenmesini istemiştir. YF’ nin tüm itirazlarına karşın, jinekolojik muayene yapılmıştır. Başvuranın eşi perdenin arkasında muayene edilirken polis memurları, aynı ortamda sonucu beklemişlerdir. Doktor

## 55

başvuranın eşinin cinsel bir saldırıya maruz kalmadığını raporunda belirtmiştir. Aynı gün, başvuranın eşi, götürüldüğü Bingöl Savcılığı'nda zorla jinekolojik muayene yapılmasından şikayetçi olmuştur. Savcı söz konusu şikayeti kayıtlara geçirmemiş, ancak her ikisinin de salıverilmelerini kararlaştırmıştır. Daha sonra yargılanan başvurucu ve eşi, yeterli kanıt olmadığı için aklanmışlardır.

Olayın üzerinden bir buçuk yıldan fazla bir süre geçtikten sonra başvurucu ve eşi, istem dışı yapılan jinekolojik muayene nedeniyle savcılığa şikayette bulunmuşlardır. Savcı bir iddianame hazırlayarak, başvuranın eşinin zorla muayene edilmesinin özel yaşama saygı ilkesini ihlal ettiğini ileri sürerek üç polis memurunun yargılanmalarını talep etmiştir. Davaya bakan mahkeme, polis memurlarının niyetinin başvuranın eşini aşağılamak olmadığı, ancak tecavüzle suçlanma olasılığına karşı kendilerini korumak amacıyla bu önleme gerek duydukları sonucuna varmış ve sanık polislerin aklanmalarına karar vermiştir.

AİHM, bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün, 8. maddede anılan "özel yaşam" kavramının içinde değerlendirilebileceğini söylemiştir. Kaldı ki, kişinin vücudu, onun özel yaşamının en önemli unsurudur. Açıklanan nedenlerle zorunlu bir tıbbi muayene, bu hakka yapılan bir müdahaledir. Hükümetin, zorla böyle bir muayene yapılmasının mümkün olmadığı ve başvuranın eşinin bunu reddetme olanağına sahip bulunduğu yönündeki savunmasına ilişkin olarak da, mahkeme, gözaltı sırasında yetkilerini sonuna kadar kullanan polis memurları karşısında güçsüz bir konumda bulunan kişinin, muayeneye karşı koymasının beklenemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle özel yaşama yönelik kamu adına yapılmış bir müdahalenin gerçekleştiği saptanmıştır. Mahkeme, Türk yasalarına göre,

hazırlık soruşturması sırasında yalnız savcının emri üzerine böyle bir muayenenin yapılabileceğini gözlemlemiştir. Ancak davada, Hükümetin, tıbbi muayenenin gerekliliğini ve kanunla öngörülen koşulların varlığını kanıtlamadığına karar vermiştir. Ayrıca, savcı tarafından da böyle bir muayenenin yapılması emri verilmemiştir. Sonuç olarak, mahkemeye göre, gözaltındaki kişilerin muayene edilmelerinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğu kabul edilse bile, fiziksel bütünlüğe yapılan bir müdahalenin yasa ile öngörülmüş olması ve söz konusu kişinin onayının alınması gerekmektedir. Aksi durumda, gözaltındaki kişiler, keyfi eylemlere karşı yasal güvencelerden yoksun kalacaktır. Mahkeme, söz konusu müdahalenin yasada öngörülmediğini saptamış ve oybirliğiyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu müdahalenin bu aşamadan sonra “meşru bir amaca” yöneldiğini veya demokratik bir toplum için gerekli olduğunu incelemeye gerek kalmamıştır. (Y. F./Türkiye, 2003)

Bu davanın üzerinde durulması gereken bir yönü de, Sözleşme'nin 34. maddesinde belirtilen “mağdur” kavramının geniş yorumlanabileceğini göstermesidir. Böylece AİHM'ye yöneltilen başvuru, Y. F. tarafından değil, eşi tarafından ve kendi adına yapılmış, Mahkeme de, erkek eşin özel yaşamına saygı ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Kamuoyunca tanınan kişilerin özel yaşamlarının ayrıntılarının onur kırıcı nitelikte olmaksızın basın yoluyla açıklanması ilk kez Kont ve Kontes Spencer'in İrlanda'ya karşı yaptıkları başvurunun konusunu oluşturmuştu. Ancak bu olayda başvurucular iç hukuk yollarını çalıştırmadıkları için Mahkeme olayın özünün araştırılmasına girmemişti.

Mahkeme, bu konudaki görüşünü, ünlü sinema oyuncusu Grace Kelly ile Monako Prensi 3. Rainer'in kızları Prenses Caroline'in yaptığı başvuru nedeniyle ilk kez ortaya koymuştur. Başvurucunun evinin dışında günlük işlerini yaptığı sırada izinsiz çekilen fotoğrafları bir grup Alman bulvar gazetesi tarafından yayınlanmıştır. Başvurucu fotoğraflarının daha fazla yayınlanmaması için, Alman Mahkemeleri'nden ihtiyati önlem yoluyla yayın yasağı konulmasını talep etmiştir. Alman Mahkemeleri, başvurucunun toplum içinde "par excellence" üst düzey bir konuma sahip olması nedeniyle izni olmaksızın evinin dışında çekilen fotoğraflarının basın yoluyla yayınlanabileceğine ve bu konuda hoşgörülü olması gerektiğine karar vermiştir.

Kararın temyizi aşamasında Federal Mahkeme, olayın iki yönü hakkında farklı iki değerlendirme yapmıştır. Federal Mahkeme, topluma mal olmuş kişilerin evlerinin dışında da özel yaşamlarına saygı duyulması gerektiğini, onların da objektif olarak kendilerini gözlerden uzak tutup yalnız kalmak isteyebileceklerini, kamuya açık alanlarda davranamayacakları kadar özgürce hareket edebilecekleri sınırlı ortamların da bu kavramın içinde bulunduğunu benimsemiştir. Bu kriterle (Mekansal izolasyon kriteri) bağlantılı olarak erkek arkadaşı ile birlikte restoranda çekilmiş fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle açtığı dava, başvurusunun istemleri doğrultusunda sonuçlanmıştır.

Federal Mahkeme, hukuksal tartışmanın diğer boyutu hakkında kamuoyunun bir prensesin dışarıdaki temsil etkinlikleri konusunda bilgi sahibi olmak isteyeceğini ve bu konunun basın özgürlüğü alanına girdiğini belirtmiştir. Sonuç olarak başvuru, "izole olmayan alanlarda" günlük yaşamını göstererek, tek başına veya başkalarıyla birlikte çekilen fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle açtığı davayı yitirmiştir. Federal Mahkeme'nin iki boyutlu içtihadı, bu değerlendirmeleri içermektedir.

Prenselerin başvurusu üzerine konuyu Sözleşme'nin 8. maddesi içinde ele alan AIHM, özetle aşağıdaki kararı vermiştir:

*"Başvurucunun, yalnız veya birisiyle birlikteyken, günlük yaşamında tamamen kendini özel etkinliklerine vermişken çekilen fotoğraflarının yayınlanması 'özel yaşam' kavramı çerçevesine girmektedir. Fotoğraflar ve beraberindeki yorumlar, Monako için herhangi bir resmi işlem yapma yetkisi olmayan ve kamuya mal olmamış prensesin özel yaşamına ilişkin ayrıntılar, bir grup okuyucunun meraklarını gidermek amacıyla basılan bir dergide yayınlanmıştır. Kısaca, söz*

## 56

*konusu yayınlar, başvurunun kamuoyu tarafından bilinmesine karşın, toplumun genel ilgisi ile bağlantılı bir tartışma yaratmamıştır. Mahkeme, ayrıca, herkesin, kamuoyu tarafından tanınan birisi dahi olsa, özel yaşamlarının korunması ve sosyal ölçütleri de içerecek biçimde özel yaşamlarına saygı duyulması konusunda meşru bir beklentisi olduğunu vurgular. Söz konusu fotoğraflar –ki başvurunun yalnızca özel hayatını içermektedir–, başvurunun izni veya bilgisi olmadan fotoğrafçılar tarafından taciz edilerek çekilmiştir. Ötesinde, teknolojik imkanların bir getirisi olarak, tüm diğer olguların yanında, rahatlıkla çekilebilen fotoğrafların aynı zamanda dağıtımının yapılması karşısında mücadele edilmesi ve özel hayatın korunması bir gereklilik olarak ortadadır. Başvurunun, eşi benzeri olmayan ‘par excellence’ bir toplumsal özne olmasını tanımlarken, kendisinin gözlerden uzak bir alandayken eylemin gerçekleşmesi ve ötesinde bunu kanıtlanmasına rağmen, yerel mahkemeler, başvurucuya, özel yaşamın korunmasına dayanmasına izin vermemişlerdir. Mahkeme’nin bakış açısıyla, mekansal izolasyon kriterini, ilgili kişinin önceden belirlemesi çok zor ve olanaksızdır. Sözleşme’nin ilgili maddeleri uyarınca kişinin özel hayatını korumada pozitif yükümlülüğü bulunan ve kişinin görüntülerinin kullanılmasını denetleme hakkına sahip devlet, başvurunun özel hayatı için etkili bir koruma sağlamakta başarısız olmuştur.” (Von Hannover/ Almanya, 2004)*

Mahkeme, Alman Federal Mahkemesi’nin aksine, olayın her iki boyutunu da birlikte değerlendirmiş, Monako Prensesi’nin gerek güncel davranışlarının, gerekse erkek arkadaşı ile birlikte olduğu sırada çekilen fotoğraflarının “bir grup meraklı okuyucu” dışında kamuoyunu ilgilendirmedeğini özellikle vurgulamıştır. Böylece, günümüzde, her ülkede var olan, ünlülerin özel yaşamlarına aşırı ilgi duyan dedikodu meraklısı okurların eğilimlerinin, özel yaşam güvencesini kaldıran bir etken olarak yorumlanmasına izin vermemiştir.

Mahkeme, bu yaklaşımıyla birlikte, fotoğrafçılık alanında gerçekleşen teknolojik gelişmeler karşısında, yargının, özel yaşamların korunmasına daha da özen göstermesi gerektiğini anımsatmıştır.

Bu karar, bireylerin kişilik haklarının ve özel yaşamlarının korunması amacıyla, Sözleşme'nin 8. maddesi doğrultusunda devletlerin üstlendikleri objektif yükümlülüklerinin, koşulları oluştuğunda basın özgürlüğünü, genel olarak Sözleşme'nin 10. maddesini sınırlandırmaları gerekebileceğini ortaya koymaktadır. Ancak, kişiliklerini, kendilerini ve özel yaşamlarını özellikle sergileyerek kamuoyunun gündeminde kalma uğraşısı içindeki bir takım kişilerin, bu tür bir korunma gereksinimi içinde bulunmadıkları da açıktır.

AİHM, "aile" tanımında, ilk kararlarından başlayarak, belgelere değil, ilişkilerin içeriğine dönük değerlendirmeler yapmıştır. "Mahkeme'ye göre, aile yaşamı kavramı, büyükbaba ve büyükanne gibi, yakın akrabalarla olan ilişkileri de içerir. Bu ölçüde anlaşılabilir aile yaşamına saygı hakkı, devlete, ilişkilerin olağan biçimde gelişmesini sağlama sorumluluğunu yükler. Evli olmayan anne ile tanıdığı çocuğu arasındaki ilişki, eğer çocuk annesinin ailesinin bir üyesi durumuna gelmeyecek olur ve yalnızca anne ile çocuk arasında kalırsa, ailenin gelişimi engellenmiş olacaktır". (Marck/Belçika, 1979)

Mahkeme, 1984 yılında sonuçlandırdığı bir dizi başvurunun kararında, aile yaşamını eşler arasındaki ilişkinin içeriğine ve sürekliliğine dayandırdı. "... Biçimsel koşulları henüz gerçekleştirilmeyen evliliklerin 8. maddenin sağladığı güvenceden yoksun bırakılmayacağını ..." belirten Mahkeme, kararında başvurucuların aile oluşturma koşullarını değerlendirdi. "Evli çiftlerin durumunda aile tanımı, birlikte yaşamayı içermektedir. İbrahimovi'nin sınır dışı edilme kararından önce Abdülaziz ailesi birlikte yaşıyordu. Bekir Balkandali'nin öğrenciliği nedeniyle süre uzatma isteminin reddedilmesinden önce, Sohail ile birlikte olduğu ve bu ilişkiden bir de



*çocuklarının doğduğu bilinmekteydi ...” Evli olduklarını belge ile kanıtlayamayan “Arcley ve Cabalas, Manila’deki törende evlenme işlemlerinin tamamlandığına inanmışlar ve yaşamlarını birleştirmişlerdi.” Mahkeme, bu üç çiftin de, 8. madde bağlamında aile yaşamı içinde bulduklarını kararlaştırdı. (Abdulaziz, Cabales, Balkandalı/ İngiltere, 1984)*

Aile tanımına sığınarak hukuka karşı hile uygulayanları saptayabildiği koşullarda Mahkeme, oldukça katı yorumlara gidebilmektedir. Kamu düzeninin uluslararası gereği olarak, Sözleşme yükümlülüklerine bağlı kalma koşuluyla, yabancıların ülkeye girişlerini ve yerleşmelerini denetim altında tutmak, sözleşmeciler devletlerin yetkisindedir. Devletlerin, suç işlemleri nedeniyle mahkum olan yabancıları sınır dışı etme yetkileri vardır. Ancak Mahkeme, bu konudaki kararlarında, 8. maddenin 1. bendinde korunan hakka müdahale oluşturabileceği ölçüde, demokratik bir toplumda gerekli olma koşulunu araştırmakta, zorlayıcı bir toplumsal gereksinimden kaynaklanan işlemlerin güdülen yasal amaçla orantılı olmasına özen göstermektedir.

*“Cezayir uyruklu Bayan Dalia, sınır dışı edilme kararını iptal etme başvurusunu desteklemek amacıyla temel gerekçe olarak, Fransız vatandaşı olan bir çocuğun annesi olduğuna dayanmıştır. Kanıtlar, başvurusunun bu aile bağını, Fransa’da yasadışı olarak bulunduğu sırada oluşturduğunu göstermiştir. Başvurusunun, ortaya çıkacak güvenceli olmayan koşulların ayırıcılığı olmaması olanaksızdır. Fransa’dan sınır dışı edildiği bir sırada yaratılan bu durum, sonucu belirleyici bir nitelik taşıyamaz.*

*Üstelik mahkumiyetin bir sonucu olarak alınan sınır dışı etme kararı, toplumsal tehlikeler içeren eroin ticareti nedeniyle bir yaptırım niteliği taşımaktadır. Uyuşturucunun, insanların yaşamı üzerindeki yok edici etkilerini göz önünde bulunduran Mahkeme, yetkili ulusal*

57

*organların bu felaketin yayılmasına etkin biçimde katkıda bulunanlar hakkında neden çok katı bir tutum sergilediğini anlamaktadır. Kendisine verilen ceza ne olursa olsun Bayan Dalia'nın böyle bir yasadışı ticarete yer almış olması ağır basmaktadır. Bu nedenlerle, orantılılık ilkesine de uygun düşen işlem, Sözleşme'nin 8/2. maddesini ihlal etmemiştir.”(Dalia/Fransa, 1998)*

Ailenin korunması, çocuklarla olan ilişkileri de kapsamaktadır. Bu nedenle, eşinden boşanma durumunda bulunan kişinin aile ilişkilerinde yaşadığı sorunları çözüp, boşanma sonrasında oğluyla kişisel ilişkisini geliştirecek koşullar oluşturulmadan sınır dışı edilmesi, 8. maddeye aykırı bulunmuştur. Mahkeme'yi, Dalia kararından farklı olarak böyle bir yoruma yönlendiren etken, Cılız ailesinin sorunlarının yapay gerekçeler oluşturmayı amaçlamayıp, parçalanan bir aile ilişkisinin yarattığı belirsizliklerin giderilmesine yönelmiş olmasıdır. (Cılız/Hollanda, 2000)

Mahkeme'nin kararları da, yabancıların sınır dışı edilmelelerinde, aile ilişkileri ile birlikte gönderilecekleri ülkelerin koşulları da değerlendirilmektedir. İki kez hırsızlık yaptığı ve silah bulundurduğu için Avusturya'da ailesinin yanında yaşarken oturma izni kaldırılan başvurunun koşullarını değerlendiren Mahkeme, aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

*“Oturma yasağı kararı, aile ve özel yaşama saygı hakkına, kamu düzenini sağlama, suçu önleme gerekçesiyle yapılan hukuka uygun bir müdahaledir. Oturma yasağı konulduğunda başvuru dört yıldan beri Avusturya'da bulunuyordu. Oturma yasağı, başvurunun yaşamını ciddi biçimde altüst etmiştir. Bosna'da yakınları bulunmadığından, annesi ve erkek kardeşiyle birlikte olmak amacıyla Avusturya'ya gelmişti. On altı yaşındaki bir kişiyi, yakın zamana kadar bir dizi savaşların yaşandığı bir ülkeye tek başına göndermek üzere sınır dışı etmek için, ortada çok önemli nedenlerin bulunması*

gerekir. Yalnızca hırsızlıktan verilen ve ertelenen iki hapis cezası, suçun şiddet içermemesi nedeniyle, tehlikeli olarak kabul edilemez. Bu nedenle Avusturyalı yetkililer takdir yetkisini aşmışlar ve orantısız bir karar vermişlerdir. Olay, 8. maddeye aykırıdır." (Jakupoviç/Avusturya, 2003)

Kamu gözetimindeki iki çocuk ile anneleri arasındaki iletişimin yasaklanması, çocukların, daha önce cinsel taciz suçundan mahkum edilmiş kişilerin yönetimindeki bir kuruma yerleştirilerek burada sürekli kalmalarına karar verilmesi Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında aile yaşamına saygı kuramına aykırı bulundu. (Scozzari-Giunta/İtalya, 2000)

Farklı ulusların insanların evlenmeleriyle oluşan ailelerdeki ortak yaşamların boşanma ile sonlanması durumlarında, çocuklarla kurulacak ilişkiler başlı başına sorun olmaktadır. Deyim yerinde ise, çocuklar kapaının elinde kalmakta, diğer yanla iletişimi ise büyük ölçüde kopmaktadır. Ulusal mahkemelerin kendi yurttaşları için verdikleri kararlar da, diğer eşin yargı yerinden alınan kararlarla çelişebilmektedir. AİHM, bu tür uyuşmazlıkları, ilgili devletlerin kendi iç hukuklarıyla birlikte, Sözleşme kapsamındaki sorumlulukları doğrultusunda çözmektedir. Basına da büyük ölçüde yansıyan ve Türkiye kamuoyunun yakından izlediği bir olayda AİHM, özetle aşağıdaki değerlendirmeleri yaptı:

Başvurucuyla evli olan Türk vatandaşı Halil Al'm bu evlilikten iki kız çocukları olmuştur. Kızlarını yanına alarak İzlanda'dan Türkiye'ye tatile gelen Halil Al, daha sonra eşine telefon açarak, kendisinin ve kızlarının bir daha İzlanda'ya geri dönmeyeceklerini söylemiştir. Bu konuşmadan sonra da, eşiyile bir daha görüşmemiştir. Başvurucu da, kızlarıyla uzun süre görüşmemiştir. Bunun üzerine İzlanda'da boşanma davası açmış ve kızlarının velayetinin kendisine verilmesini istemiş-

tir. İzlanda mahkemesi, yarıların boşanmalarına, çocukların velayetlerinin de anneye bırakılmasına karar vermiştir.

Halil Al da, Türkiye’de boşanma ve çocuklarının velayetini alma istemiyle bir dava açmıştır. Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi çocukların velayetini babalarına bırakmış, ayrıca başvuru anneye, her yıl Temmuz ve Ağustos aylarında altmış gün süreyle çocuklarını görme hakkı vermiştir. Ancak Halil Al, annelerinin çocuklarını görmesine izin vermemiş, bu nedenle açılan davalar sonucunda çeşitli zamanlarda hapis cezasına çarptırılmıştır. Ancak her mahkumiyetin ardından hapis cezaları paraya dönüştürülmüştür. Çocuklar on sekiz yaşına geldiklerinde mahkeme kararı ile verilen görüşme hakkı, uygulanamaz duruma düşmüştür.

Yakınınacı anne AİHM’ye başvurarak, 1992 ve 1998 yılları arasında yapmış olduğu sayısız girişimlere karşın, Türk makamlarının çocuklarını görme hakkını etkili bir şekilde güvence altına almadığından şikayetçi olmuştur. Kızlarını görebilmek için İzlanda’dan Türkiye’ye altı yıl içinde yüz kereden fazla gelmesine karşın, boşandığı eşinin çocuklarıyla yerel mahkemece kararlaştırılan kişisel ilişki düzenlemelerine uymaması nedeniyle bütün girişimleri sonuçsuz kalmıştır. Ziyaretlerden önce boşandığı eşi tarafından saklanan çocukların yerini saptamak için Türk makamlarının hiçbir etkili önlem almadığını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, eski eşi aleyhinde mahkeme kararlarına uymadığı gerekçesiyle 18 kez ceza davası açıldığını, ancak kendisinin her seferinde hafif cezalar alarak kurtulduğunu, ciddi bir yaptırım uygulanmadığını belirtmiştir. Başvuranın savları, Strasbourg’daki yargılamaya 3. taraf olarak katılan İzlanda Hükümeti tarafından da desteklenmiştir.

AİHM, kararında, 8. maddenin öncelikle, bireyi devlet görevlilerinin keyfi davranışlarından korumayı amaçladığını vur-

gulamıştır. Ancak, aile yaşamına gösterilen “saygının” etkili olması için, devletlerin bazı olumlu yükümlülükleri olduğunu ve bu bağlamda 8. maddenin anne ve babalarına, çocuklarıyla görüşmelerini sağlayacak önlemler aldırma hakkı tanıdığını ve ulusal organlara bu yönde önlem alma yükümlülüğü verdiğini vurgulamıştır.

Mahkeme, Türk makamlarının başvurucunun çocuklarıyla görüşmesini sağlamak için etkili ve yeterli çaba göstermediği, bu nedenle 8. madde ile güvenceye alınan aile yaşamına saygı yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, 2003)

Yine çocukların velayeti ile ilgili bir olayda Mahkeme, Ethel Teri Eskinazi adlı Türk vatandaşının yaptığı başvuruyu, alınsımadık bir hızla yedi ay içinde sonuçlandırarak, 6 Aralık 2005 günü karara bağlamıştır. Başvurucunun eşi İsrail vatandaşıdır. İsrail’de yaşayıp orada çalışmaktadır. Başvurucu ve eşi, bir süre İsrail’de ve Türkiye’de birlikte yaşamışlardır. Ancak evlilikleri bozulunca çocuğuyla birlikte Türkiye’ye gelen başvuru, boşanma davası açmıştır. Davalı eş de İsrail’de karşı bir dava açarak başvurucudan çocuğu İsrail’e geri getirmesini istemiştir. Üç din adamından oluşan İsrail mahkemesinin yargıçlar kurulu, Birleşmiş Milletler kapsamında hazırlanmış olan Lahey Anlaşması uyarınca çocuğun yedi gün içerisinde İsrail’e geri getirilmesi gerektiğini kararlaştırmışlardır. Bu karar üzerine İsrail Adalet Bakanlığı Türk makamlarından çocuğun İsrail’e geri getirilmesini talep etmiştir. Başvurucu, Türk mahkemelelerinde bu karara karşı açtığı davayı da yitirmiştir.

Ethel Teri Eskinazi, AİHM’ye başvurmuş ve çocuğunun İsrail’e gönderilmesinin, 8. madde ile korunan aile ve özel yaşamına haksız bir müdahale oluşturacağını ileri sürmüştür.. Ayrıca Mahkeme’den, İç Tüzük’ün 39. maddesi uyarınca geçici

57

önlem kararı vermesini de istemiştir. Mahkeme önlem istemini kabul etmiş ve Türkiye'den, davanın incelemesi bitinceye kadar çocuğu İsrail'e göndermemesini istemiştir. Mahkeme daha sonra verdiği kararında, çocuğun İsrail'den alınıp Türkiye'ye getirilişinin Lahey Anlaşması'na aykırı bir şekilde gerçekleştirildiğini ve bu anlaşmayla bağlı olan Türkiye'nin de çocuğun geri gönderilmesinden başka seçeneği olmadığını kararlaştırmıştır. AİHS'nin Lahey Anlaşması ışığında incelenmesi gerektiğini belirten Mahkeme, çocuğun İsrail'e gönderilmesi kararının Türkiye'nin 8. madde bağlamındaki yükümlülükleriyle çelişmediğine ve 8. maddenin ihlal edilmediğine oy çokluğuyla karar vermiştir. (Eskinazi/Türkiye, 2005)

Bu karar, Lahey Anlaşması'nın, İsrail ve Türk Mahkemelerince ayrı ayrı uygulanmalarından sonra, AİHM'nin de aynı kaynağa dayanarak uyuşmazlığı sonlandırdığını göstermektedir.

Sözleşme'nin 8. maddesi, aile yaşamı ile hiç ilgisi yokmuş gibi görülebilen kamusal işlemler nedeniyle de gündeme gelebilmektedir. Güvenlik görevlilerinin, yasal temelini araştırmadan, ulusal yararları korumak için kendilerine göre belirledikleri önlemler, devletin sorumluluğunu gerektiren Sözleşme ihlallerine neden olabilmektedir. Nazmi İletmiş'in başından geçenler, hukuku bir yana bırakarak, kişisel işlemler kuranların devleti nasıl güç durumunda bıraktıklarının somut örneklerinden birisidir.

1975 yılında Almanya'ya yerleşen başvuru burada bir Türk bayanla evlenmiş ve ortak yaşamlarından iki çocukları olmuştur. 1984 yılında Türkiye Dışişleri Bakanlığı, Savunma Bakanlığı'na, başvurusunun "*Türkiye Kürtleri Devrimci Örgütü*" adı altında Avrupa'da çalışmalarını sürdüren bir örgüt üyesi olduğunu bildirmiştir. 1992 yılında yakınlarını görmek ama-

ciyla Türkiye'ye gelen başvuru gözetilmesine alınmış, İzmir ve İstanbul Emniyet Müdürlüklerinde sorgulanmıştır. Yedi gün süren gözetilme aşamasından sonra pasaportuna el konulduğu için, bir daha Almanya'daki ailesinin yanına dönememiştir. Bunun üzerine eşi ve çocukları da Türkiye'ye yerleşmek zorunda kalmışlardır..

Nazmi İletmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve pasaportunun elinden alınarak Türkiye dışına çıkmasının yasaklanmasının, özel ve aile yaşamına yapılan haksız bir müdahale olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme, bazı koşullarda kişinin pasaportuna el konulmasının sözleşmeyle çelişmeyeceğini belirtmekle birlikte, bu davanın şartları içinde, yakınmacının pasaportunun alınmasının haksız bir işlem olduğunu kararlaştırmıştır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, başvuru suçu olduğunu gösteren tutarlı ve sağlam kanıtların olmamasına karşın, 1984 yılında ulusal organların bir kuşkuyla yola çıkarak başlattıkları soruşturmayı on dört yıl boyunca sürdürdüklerini gözlemlemiştir. Bu süre içinde başvuru ulusal güvenlik açısından nasıl bir tehlike oluşturduğu yolunda dosyaya hiç bir kanıt konulmamıştır. Kaldı ki yargılamayı yapan mahkeme de, başvuru Türkiye'den ayrılmasını önlemek amacıyla herhangi bir karar almamıştır.

Bu davanın ilgi çekici bir başka boyutu da Mahkeme'nin, Sözleşme'ye Ek 4 numaralı Protokol'ün 2. maddesinde öngörülen, "*... herkesin, kendi ülkesi dahil, herhangi bir ülkeyi terk etme hakkı ...*" ile, yakınma konusu olaylar arasında bağlantı kurmasıdır. Bilindiği gibi Türkiye 4 numaralı Protokol'ü imzalamış, 19 Ekim 1992 günlü bir yasa ile de onayladığı halde, yetki mektubunu AK Genel Sekreteri'ne vermediği için, bireysel başvurular açısından henüz geçerlik kazanmamıştı. Ancak

**57**

Nazmi İletmiş kararı ile Mahkeme, serbest dolaşım hakkının engellenmesinin aynı zamanda özel yaşama ve aile yaşamına da bir müdahale oluşturduğunu kabul ederek, onaylanan 4 numaralı Protokol'ü ulusal bir yasa düzeyinde değerlendirmiştir. (Nazmi İletmiş/Türkiye, 2005)



Konutlar, öncelikle içinde yaşanan yerlerdir. Bu bakımdan, kişinin oturduğu yerin sahibi olup olmaması çok fazla önem taşımamaktadır. Mülkiyet konusu, 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin kapsamına girmektedir. Evlerin, 8. madde bağlamında konut sayılmaları açısından, yapımı ve kullanımı için, yapı ruhsatı, oturma izni, gibi belgelerin edinilmiş bulunması da zorunlu değildir. Ancak bu eksikler, 8. maddenin 2. bendine göre kamusal önlemlerin uygulanmasını gerektirebilir. Diğer alanlarda olduğu gibi, konut konusunda da, Sözleşme'de ve AİHM'nin kararlarında açık bir tanım bulunmamaktadır. Mahkeme, kullanan kişilerin özelliklerini de göz önünde bulundurarak, nerelerin konut sayılabileceğini kararlarında belirtmiştir.

Mahkeme, bölgesel koşulları gözeterek, imar planları, konut üretimi ve yerleşmeler konularında devletlerin belirleyici yetkilerini kabul etmektedir. Ancak, İngiltere'de konutları olduğu halde, boyutları açısından nüfus denetimi altında tutulan Manş Denizi'ndeki Guernsey Adası'na yerleşmelerine, burada bir ev yapmalarına izin verilen ailenin, on sekiz yıl sonra tekrar adaya geldiklerinde, bu kez kendi konutlarına yerleşme izni

verilmemesi, tartışma konusu olmuştur. Mahkeme, başvuruculara yönelik müdahaleyi orantısız bulmuştur. Bu karar, konut tanımı açısından birkaç soruya açıklık getirmiştir. Gelecekte yerleşme umuduyla üretilip korunan, uzun yıllar önce kiraya verilen, içinde hiç oturulmayan, ikinci ev niteliğindeki konutlar da, 8. maddenin korunması altında değerlendirilmiştir. (Gillow/İngiltere, 1986)

Mahkeme, göçer koşullarındaki çingenerlerin içinde yaşadıkları karavanın konut olduğunu benimsemekle birlikte, imar planına ve kamu yararına dayandırılan yerel işlemi orantılı ve hukuka uygun bulmuştur. (Buckley/İngiltere, 1996)

AİHM, özel yaşam ve konut güvenliğinden yola çıkarak, doğrudan Sözleşme kapsamında olmadığı halde, aşamalı bir sürecin sonucunda, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını 8. maddenin güvencesi içinde değerlendirmiştir. Bu konudaki yargısal gelişmeleri, Türkiye uygulamalarından alınan örneklerle birlikte "31" numaralı sorunun yanıtında ayrıntılı biçimde açıklamaya çalışmışık.

Konut güvenliği konusunda karşılaşılan sorunlar, genellikle, evlerin ve işyerlerinin aranması gibi kamusal karışmalardan ya da kişiler arasındaki hukuksal uyumsuzluklarda ihtiyati tedbir ve haciz gibi yasal işlemlerden kaynaklanabilmektedir. Devletlerin bu alandaki öncelikli ve olumlu yükümlülükleri, kamusal etkinliklerin işleyiş sürecinde konut dokunulmazlığını sağlayacak hukuksal yapılanmayı oluşturmak ve denetlemektir.

Aynı zamanda konut olarak kullanılan işyerinde, geçerli hukuk kuralları doğrultusunda yargı kararına dayanılarak ihtiyati tedbir uygulanmasının, yakınmacı açısından beklenebilir olması, işlem sırasında oluşabilecek hukuka aykırılıklara

karşı başvuru yöntemlerinin saptanması gibi nedenlerle olayda 8. maddeye aykırılık bulunmamıştır. (Chappell/İngiltere, 1989)

Bir şarapçılık şirketinin müdürü olan başvurucunun çalıştığı işyerinde, konutunda, bayan arkadaşının evinde, kendisiyle ilgilendirilebilen diğer yerlerde Gümrük Yasası'na dayanılarak, polis eşliğinde gümrük görevlileri bir dizi arama yapmışlardır. Aramalar sonucunda çok sayıda belgeye el konulmuştur. Başvurucu yabancı ülkelerle bağlantılı parasal suçlar nedeniyle yargılanmış ve suçlu bulunarak para cezasına çarptırılmıştır. Arama ve belgelerine el konulması işlemlerinin hukuksal dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle geçersiz sayılması yolunda ulusal düzeydeki girişimlerinden de bir sonuç alamamıştır.

AİHM'nin bu olayda üzerinde durduğu konu, arama ile ilgili hukuksal düzenlemelerin, uygulamanın kötüye kullanılması durumunda gereken güvenceleri sağlayacak düzeyde olup olmadığıdır. Gümrük görevlilerine, arama ve el koyma konularında çok geniş yetkiler tanınmıştır. Buna karşılık arama, bir yargı kararına dayanmamaktadır. Bu alanda yeni hazırlanan ulusal yasa da henüz yürürlüğe girmemiştir. Özetlenen nedenlerle Mahkeme, başvurucunun özel yaşamına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme haklarına, demokratik toplumda gerekli olmayan ve orantısız bir müdahale yapıldığını kararlaştırmıştır. (Cremieux/Fransa, 1993)

Daha önce avukat bürolarının aranmasıyla ilgili "49" numaralı soruya verdiğimiz yanıtta açıklandığı gibi, Mahkeme (Niemietsz/Almanya, 1992), (Tahir Elçi/Türkiye, 2003) kararlarında, başvurulara ait ev ve işyerlerinin aranmasını, konutlarına ve haberleşmelerine saygı gösterilmesi haklarına yapılmış hukuka aykırı müdahaleler olarak nitelenmiştir.

58

Buna karşılık başka bir olayda, PKK'ya yardım ve yataklık ettiğinden kuşku edilen başvuranlardan birisinin evi polis tarafından, CMUK'un 94. maddesine uygun olarak aranmış ve bir arama tutanağı düzenlenerek kendisine de imzalatılmıştır. Bu olayda Mahkeme, aramanın yasal bir temeli bulunduğunu ve 8. maddenin 2. bendinde yer alan meşru amaçlar gözetilerek yapıldığından, orantılı bir işlem olduğunu da gözeterek, 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. (Hacı Oğuz ve Baki Oğuz/Türkiye, 2004)

Türkiye, bir bölümü yurt dışından, diğerleri yurt içinden olmak üzere, "konuta saygı gösterilmesi hakkı" ile bağlantılı iki grup başvurunun baskısı altında bulunmaktadır. Bu davaların asıl nedeni, mülkiyet haklarının çiğnendiği savlarıdır.

Sınır ötesi başvurular, Kıbrıslı Rumlardan gelmektedir. Özellikle Loizidou kararından sonra, Türkiye'nin, çok ciddi boyutlardaki tazminat istemleri karşısında bulunduğu görülmüştür. Mahkeme'nin, "Sözleşme'nin sürekli ihlali" biçiminde nitelediği olaylar nedeniyle, işletilmeyen iç hukuk yollarına başvurmanın olanaksızlığını benimsemesi, yeni yeni başvuruları tetiklemiş, çok büyük sayılara ulaşmasına neden olmuştur. Mahkeme 2001 yılında, Güney Kıbrıs hükümetinin Türkiye aleyhine yaptığı devlet başvurusunu karara bağlamıştır. Bu kararında Mahkeme, Kıbrıslı Rumların 1974'den bu yana kuzeyde kalan evlerine gidemedikleri için, 8. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. Bu ihlalin nedeni, Rumların, adanın kuzeyindeki konutlarına ulaşamamalarının yasal bir dayanağının bulunmamasıdır. (Kıbrıs/Türkiye, 2001)

Aynı temeldeki başka bir olayda, savaştan sonra kuzeyde kalan, geçmişte konuk evi olarak ve tatillerde yararlanılmak için kullanılan konutuna ulaşamadığından yakınan başvuru-cunun istemlerini değerlendiren Mahkeme, kararında, kişinin

yaşamını iki ev arasında geçirebileceğini ve genellikle tatiller için kullanılan bu evin 8. madde bağlamında konut olarak yorumlanması gerektiğini belirterek, anılan maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Demades/Türkiye 2003)

Mahkeme, bu konudaki yoğun politik tartışmalara da yer verdiği son kararında, Türkiye'nin koşullarını daha da ağırlaştırarak değerlendirmeler yapmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesindeki konutuna saygı hakkı ile 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin koruduğu mülkiyet haklarına yönelik Türk Silahlı Kuvvetleri'nin oluşturduğu sürekli ihlalden yakınan ve kendisini Yunan Ortodoks ve aslen Yunan Kıbrıslı olarak tanımlayan başvurucunun, 1975 yılı Ağustos ayından bu yana, evine girişinin, evini ve mülkiyetini kullanma hakkının engellediği belirtilmektedir. Mahkeme davacının durumunun, Loizidou/Türkiye kararındaki koşullardan farklı olduğunu, başvurucunun Famagusta'da yaşaması nedeniyle, evini kullanamadığını saptamıştır.

Mahkeme Kıbrıs/Türkiye (10 Mayıs 2001) kararında olduğu gibi, ülkesinden sürülen Yunan Kıbrıslı başvurucunun, Kuzey Kıbrıs'taki evine ilişkin 8. madde bağlamında sürekli ihlalin olduğu ve Yunan Kıbrıslıların Annan Planı'nı red etmelerinin, ülkeden sürülen kişilerin haklarına yönelik ihlali sona erdirecek hukuksal sonuçlar içermediği üzerinde durmuştur. Mahkeme, ayrıca, davacının hala kendi toprağının yasal sahibi olarak görüldüğünü belirterek, Türkiye'nin başvurucunun istemlerine karşı üç ay içerisinde uygun bir çözüm getirmesi gerektiği üzerinde durmuştur.

Mahkeme, başvurucunun taşınmazına ulaşamaması konusunda ise, önceki davalarda vardığı sonuçlardan, (özellikle Loizidou/Türkiye davasından) farklı yönde değerlendirmeler gerektirecek hiçbir neden bulamadığını belirtti. "*Davacı*, 1974

58

yılından bu yana bölgeye girişinin engellenmesinin sonucu olarak, taşınmazı üzerindeki tüm denetimini yitirdiği gibi, malvarlığının barışçıl kullanımından da yoksun bırakılmıştır. Bu koşullarda, adaya girişinin sürekli önlenmesi, 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesine bağlı haklarına müdahale olarak görülmektedir. Başvurucunun taşınmazına ulaşmasının, 1974 yılında Ada'daki Türk müdahalesini izleyen yıllarda yerlerinden ayrılan Kıbrıslı Türk mültecilerin yeniden ev edinme gereksinimlerinin karşılanması amacıyla engellenmesi, bir başka deyişle başvurucunun konutuna karşılıksız kamulaştırma biçiminde el konulması, mülkiyet haklarının tümünden çöğnenmesini haklı çıkaran nedenler olarak yorumlanamaz. Böyle bir olay ne başvuruçunun kişisel mülkiyet hakkının Sözleşme'ye göre korunmasını sonlandırmaktadır, ne de Kıbrıs'taki iki topluluğun karşılıklı toplumsal görüşmelerin konusuyla bağlantılıdır. Bu gerekçelerle Mahkeme, davacının taşınmazına girişinin, denetiminin ve barışçıl kullanımının her hangi bir karşılık ödenmeksizin önlenmesi nedenleriyle olayda 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği ve ihlalin süreklilik taşıdığı sonucuna varmıştır."

Mahkeme, başvuruçunun 14. maddeye aykırılık savlarını değerlendirirken, davanın koşullarının, başvuruçucu yönünden farklı bir açıdan görülse de, yakınmaların Sözleşme'nin 8. maddesi ve 1 numaralı Protokol'ün 1. maddeleri ile bağlantılı olmaları nedeniyle, 14. maddeyle örtüştüğünü belirtmiştir. Anılan maddelerin ihlal edildiğinin saptanması nedeniyle, ayrıca, Sözleşme'nin 8. maddesi ile 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin 14. madde ile ele alınarak, birlikte ihlalinin olup olmadığını incelenmeye gerek duymamıştır.

Mahkeme'nin Türkiye'de uzlaştırıcı bir çözüm yöntemi olarak yorumlanan 46. maddeye ilişkin gerekçelerinde ise, başvuruçunun 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edilmesinin,

büyük sayıdaki insanları ilgilendiren politik bir sorun olduğunu bulguladı. Davacının evine saygı, mal varlığını güven içinde kullanma gibi haklarının çiğnenmesi nedeninin Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nin politika ya da uygulamaları sonucunda olduğu belirtilen kararda, Mahkeme'nin, Kıbrıslı Rumların Türkiye'ye karşı açtığı ve henüz sonuçlanmayan yaklaşık 1.400 taşınmaz davasını göz ardı edemeyeceği belirtildi.

Mahkeme, Türkiye'nin, yargılama sonucunda saptanan sözleşme ihlallerini başvuru açısından olduğu kadar, henüz başvuruları sonuçlanmamış bulunan benzer durumdaki diğer yakınmacılar yönünden de gerçekten etkili bir düzeltme ve giderim yöntemi doğrultusunda güvenli bir çözüm bulması gerektiğine karar verdi. Böyle bir çözümün üç ay içinde hazırlanması ve bu tarihten üç ay sonra da uygulamanın gerçekleştirilmesi öngörüldü. (Xenides Arestis/Türkiye, 2005)

Xenides Arestis kararının, sorunları çözdüğünü söylemek, kanımızca çok abartılı bir değerlendirme olacaktır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin Kıbrıs'ın kuzeyindeki örgütlenmiş Türk varlığını anımsaması, olumsuz yaklaşıp da Annan Planı'ndan söz etmesi ve özellikle konunun politik yönünü açık bir biçimde kavraması, önemli gelişmelerdir. Sıradaki davalar için etkili çözüm yöntemleri bulunmasının istenmesi de, politik uzlaşmalara açık bir çağrı olarak düşünülebilir. Türkiye açısından zaman kazanıldığı da söylenebilir. Ancak Mahkeme'nin ve uyuşmazlığın yanlarının yakın gelecekteki tutumlarını şimdiden saptamak olanaksızdır. AIHM'nin, başlangıçtaki soyut yaklaşımları nedeniyle yaşanan sorunlara kararlarıyla eklediği çözümsüzlükler, mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarında karmaşa yaratmakla kalmamış, çok yanlı uluslararası örgütlenmeleri de içinden çıkılması çok güç sorunlarla karşı karşıya bırakmıştır.

58

Konuta saygı hakkıyla bağlantılı yurt içi kaynaklı davalar ise, Güneydoğu Anadolu'da PKK'ya karşı yürütülen operasyonlar sırasında köylerinden sürülen, evlerine, tarlalarına zarar verilen kişilerin, mülkiyet hakkıyla birlikte 8. madde bağlamında yaptıkları başvurulardır. İlk kez, Diyarbakır'ın Dicle ilçesi, Kelekçi köyünde yaşayanların başvurularında Mahkeme, diğer başka nedenlerle birlikte, evlerinin tahrip edilerek köylerinin boşaltılması nedeniyle, aile yaşamına ve konuta saygı haklarının ihlal edildiğini kararlaştırmıştı. (Akdivar ve Diğerleri/Türkiye, 1996)

Bu tür başvurular, olaylardan zarar görenlerin çokluğuna koşut olarak önemli sayılara ulaşmıştır. Diğer konuların yanı sıra Mahkeme, başvuruların köylerine geri dönememeleri savlarını da incelemiştir. Mahkeme, terör nedeniyle yaşam ortamlarından ayrılmak zorunda bırakılan yakınmacıların köylerine geri dönmelerine izin verilmemesinin, konuta saygı hakkına ciddi ve haksız bir müdahale oluşturduğuna, bu nedenle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Doğan ve Diğerleri/Türkiye, 2004)

Henüz sonuçlanmayan başvuruların sayılarının 1500'ü aşığı ileri sürülen bu konudaki son gelişine, 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Yasa'da belirlenen tazminat sürecinin Mahkeme'ce etkili bir hukuk yolu olarak benimsenmesidir. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Yasa'ya, 5442 sayılı Yasa ile getirilen ek maddeler, zarar gördüklerini ileri süren kişilerin genel kurallara göre dava açmadan önce, geriye dönük olarak her il merkezinde kurulan Zarar Tesbit Komisyonu'ndan zararlarını talep etmelerini öngörüyor. Başvurularının hukuka aykırı nedenlerle reddi durumunda da, yöntem yasalarındaki hak düşürücü sürelerle ilişkilendi-



rilmeksizin, bu işlemlere karşı dava açmalarına olanak sağlıyor. Yeni düzenlemeler, ulusal ölçekte karşılaşılabilecek tüm uyuşmazlıkların çözümünde olduğu gibi, işlerliği bulunan hukuksal bir yapılanmayı getirmiş oldu. Tunceli'nin, Ovacık ilçesi Eğrikavak köyünde yaşayan Aydın İçyer, 1994 yılında güvenlik görevlilerinin bölgeyi tahrip edip evinin yaktığını, iç hukukta zararlarını giderecek etkili bir hukuk yolu bulunmadığını ileri sürerek Türkiye'ye karşı başvuruda bulunmuştu. 5233 ve 5442 sayılı Yasalar ise, başvurucunun yakındığı hukuksal boşluğu gidermiş oluyordu. AİHM de uyuşmazlığı sonradan gerçekleşen yasal yapılanmayı gözeterek değerlendirmiştir. Yakınmacının, 1994 yılında yaşamakta olduğu Eri-kavak köyünden sürüldüğü yolundaki başvurusu, öncelikle izlenmesi gereken iç hukuk yolunun varlığı nedeniyle kabul edilmez bulunmuştur. (Aydın İçyer/Türkiye, 2006)

**DEVLETLERİN HABER ALMA GÖREVLİLERİ  
TELEFONLARI DİNLEMekte  
MEKTUPLARI VE BENZERİ İLETİLERİ  
AÇIP OKUMAKTA ÖZGÜR MÜDÜRLER?**

Sözleşme'nin 8. maddesinde geçen "*yazışmalar*" sözcüğü, her çeşit ileti ve iletişimi kapsayacak genişlikte yorumlanmıştır. Doğrusu da budur. Kişisel bilgilerin edinilip dışa vurulması da, aynı süreç içinde değerlendirilecektir. 8. madde, bilgi edinmenin içeriğinden çok, özgürlüklerin kullanımı ile, bu haklara getirilen sınırlamaların uygulanış yöntemleriyle ilgilenebilir.

Uygulamada çok sık rastlanılan olaylar, cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlülerin yazdıklarının yöneticiler tarafından okunup denetlenmeleri, istenilen yerlere gönderilmemeleri, eksik gönderilmeleri ve bu kişilere dışarıdan yollanan iletilerin de aynı süzgeçlerden geçirilerek iletişim kopuklukları yaratılmasıdır. Bu konudaki değerlendirmelerimizi "47" numaralı sorunun yanıtında ayrıntılı olarak sunduğumuzdan, bir kez daha yinelemeye gerek görmüyoruz.

Kişilerin yazışmalarının veya telefon konuşmalarının 8. maddenin 2. bendindeki nedenlerle de olsa kamu denetimine alınması, aşılması güç, hatta olanaksız sorunlar yaratmıştır. Örneğin, suç işlenmesinin önlenmesi veya suç kanıtlarının elde edilmesi için kişinin telefon konuşmalarının dinlenmesi

ne kadar sürecek ve kendisine ne zaman bilgi verilecektir? Kişinin izlendiğini öğrenmesi, doğal olarak izlemeyi yarsız duruma düşürecektir. Demek ki, bu koşullarda, kişiye itiraz olanağı bile tanınamayacaktır. Bu konular, üç avukat, bir yargıç ve bir savcının, 1968 yılında Almanya'da yürürlüğe konulan Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlanması Hakkındaki Yasa'nın Sözleşme'ye aykırı olduğu yolundaki başvuruları nedeniyle kapsamlı bir incelemeden geçirildi.

Başvurucular, devletin bir yasayla denetim önlemleri almasına itiraz etmiyorlardı. Ancak yasanın, yetkilileri, her denetimden sonra ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlü tutmamış olmasına, bu tür önlemleri alma yetkisinin verilme biçimine ve uygulanışına karşı mahkeme önünde hak arama olanağının tanınmış olmasına itiraz ediyorlardı. Yakınmacılar, Komisyon'a başvuru yapmadan önce Federal Anayasa Mahkemesi'ne gitmişler, ancak, istemleri reddedilmişti.

AIHM, oldukça çapraşık süreçler öngören Alman yasası hakkında aşağıdaki değerlendirmeleri yaptı:

*"Mahkeme, bir devletin denetime aldığı kişinin bilgisi dışında ve itirazı mümkün olamayacak bir biçimde gizli izleme yapması halinde, 8. maddenin büyük ölçüde anlamsız kalabileceğine işaret etmektedir. Bu durumdaki bir kimşenin 8. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalması, hatta bu maddede verilen haktan farkında olmadan hem ulusal düzeyde hem de Sözleşme kurumları önünde herhangi bir hukuki yolu kullanmaktan yoksun bırakılması mümkündür.*

...

*Mahkeme, Sözleşme'de güvence altına alınan bir hakkın kullanılmasının, ilgili kişinin bu hakkın ihlali hakkında bilgilendirilmemesi nedeniyle ortadan kaldırılmasını kabul edilemez bulmaktadır. Gizli*

59

izlemeden potansiyel olarak etkilenen kişilerin Komisyon'a başvurma hakkı, 25. maddeden çıkarılabılır; aksi halde 8. madde hükümsüz kalma tehlikesiyle karşılaşır.

Mahkeme, bu davanın esas bakımından itiraz konusu yasanın, Federal Almanya'daki herkesin mektup, posta ve telekomünikasyonun potansiyel olarak izlenebileceği ve bir boşboğazlık yapılmadıkça veya Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararında gösterilen koşullarda bil-dirimde bulunulmadıkça, kişilerin habersiz kalacağı bir izleme sistemi kurduğunu saptamıştır. Bu çerçevede itiraz konusu yasa Federal Almanya'da posta ve telekomünikasyon kullananları veya potansiyel kullanıcıları doğrudan etkilemektedir. Bundan başka, temsilcilerin haklı olarak işaret ettikleri gibi, bu izleme tehdidinin kendiliğinden, bütün kullanıcıların veya potansiyel kullanıcıların 8. maddede güvence altına alınan haklarına doğrudan bir müdahale oluşturmak suretiyle, posta ve telekomünikasyon hizmetleri vasıtasıyla serbest haberleşmeyi sınırladığı ileri sürülebilir.

...

Mahkeme, Komisyon temsilcilerinin de işaret ettiği gibi, 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir. İkincisi, son yıllarda Avrupa'da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da devletin, bu tür tehditlere karşı etkin bir biçimde mücadele edebilmek için, kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.

Belirli bir izleme serisinin yöneldiği bir faaliyet veya tehlike, bu önlemlerin durdurulmasından sonra yıllarca hatta on yıllarca sürebilir. Durdurulmuş olan önlemlerden etkilenmiş olan her bireye sonradan bildirilmede bulunmak, izlemeyi harekete geçiren başlangıçtaki uzun vadeli amacı tehlikeye sokabilecektir. Dahası, Federal Anayasa Mahkemesi'nin haklı olarak belirttiği gibi bu tür bir bildirim, istihbarat servislerinin çalışma yöntemlerinin ve faaliyet alanlarının açığa çıkmasına ve hatta ajanlarının kimliklerinin muhtemelen belirlenmesine neden olabilecektir. Mahkeme'nin görüşüne göre, itiraz konusu yasadan kaynaklanan 'müdahale' kural olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre haklı bulunduğu için bireyin izlenmesi sona erdikten sonra haberdar edilmemesi, bu hükme kendiliğinden aykırı olmaz; çünkü, 'müdahale'nin etkinliğini sağlayan şey, bireyin haberdar edilmemesidir.

Mahkeme, demokratik toplumu savunmak için gerekli şartlar ile kişisel haklar arasında uzlaşma zemininin Sözleşme sistemine içkin bulunduğu yolundaki Komisyon'un görüşüne katılmaktadır. Sözleşme'nin başlangıcında da belirtildiği gibi, 'Temel Özgürlükler ... bir yandan etkin bir siyasal demokrasi ve öte yandan ortak bir anlayış ve Sözleşmeciler Devletlerin dayandığı insan haklarının yerine getirilmesiyle korunabilir'. Bunun Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından anlamı şudur: Birinci fıkrada garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasında bir denge aranmalıdır.

Bu düşüncelerin ve itiraz konusu yasanın ayrıntılı olarak incelenmesinin ışığında Mahkeme, Alman yasa koyucusunun, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasıyla garanti edilen hakkın kullanılmasına, ulusal güvenlik amacıyla suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olan bu yasayla müdahale etmeyi düşünmekte haklı olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Mahkeme, 8. maddeye aykırılık bulunmadığını tespit etmektedir." (Klass ve Diğerleri/Almanya, 1978)

59

Böylece AİHM, kararında değindiği tüm sakıncalara karşın, yasayı aynen benimsemiştir. Mahkeme'yi böyle bir değerlendirmeye götüren etken, yukarıdaki gerekçelerle birlikte, yeni yasanın, işlemler sürecinde kişisel hakların korunması açısından her aşamada bazı önemli güvenceler koymasından ileri gelmiştir. Edinilen bilgiler kanıtla dönüştürülmeden önce bir yargıç denetiminden geçirilecek, gerekli olmayanlar da yine yargıcın önerisi doğrultusunda yok edilecektir. Yasanın belirleyici yetkiler tanıdığı üst organ ise, parlamento tarafından görevlendirilen ve yargı yeri niteliği taşımayan bir kuruluş oluyordu. Sonuçta, telekulak, onca denetime karşın özgürce çalışma olanağına kavuşmuş bulunuyordu.

Klass/Almanya kararı, henüz uygulanması olmayan bir yasaya dönük değerlendirmeleri içeriyordu. İngiltere'den gelen bir başvuruda ise, telekulağın çemberinden geçen kişinin yakınmaları tartışıldı:

*"Başvurucunun bir telefon konuşmasının, polisin istemi üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından verilen yazıya dayanılarak izlenmiş olduğu konusunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Telefon konuşmaları, Sözleşme'nin 8. maddesindeki 'özel yaşam' ve 'haberleşme' kavramlarının kapsamına girdiğinden kabul edilen izleme işlemi, Sözleşme'nin 8 maddesinin 1. fıkrasında başvurunun güvence altına alınmış hakkını kullanmasına 'bir kamu makâmı tarafından' müdahale oluşturmuştur.*

...

*Mahkeme, 'hukuka uygun olarak' deyiminin sadece iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığı, ama aynı zamanda, Sözleşme'nin başlangıç bölümünde açıkça ifade edilen hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle de ilgili olduğu konusundaki görüşünü anımsatır.. Buna göre söz konusu deyim, Sözleşme'nin 8*

maddesinin 1. fıkrasında korinmuş olan haklara kamu makamları tarafından keyfi müdahalelerde bulunulmasına karşı iç hukukta bir yasal koruma tedbiri bulunmasını gerektirir. 8. maddenin amacı da budur. Özellikle yönetsel bir yetki gizli olarak kullanıldığı takdirde, keyfilik riskinin bulunduğu açıktır. Hiç kuşkusuz, hükümetin de haklı olarak belirttiği gibi, polis soruşturması amacıyla iletilerin izlenmesi bağlamındaki Sözleşme'nin özellikle önceden görebilirlik koşulu, amacı bireylerin davranışları üzerine kısıtlamalar getirmek olan hukuk kurallarıyla aynı nitelikte olamaz. Ayrıca önceden görebilirlik koşulu, bireyin kendisine ait iletileri, yetkililerin izleyeceği zamanı önceden görüp davranışlarını buna göre ayarlaması anlamına gelemez. Buna rağmen hukuk, kendi düzeni içinde, özel yaşam ve haberleşmeye saygı haklarına karşı kamu makamlarının hangi şartlar içinde ve hangi hallerde bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye başvurmaya yetkili oldukları konusunda, vatandaşlara yeterli göstergeleri sunacak açıklıkta olmalıdır.

Soruşturma amacıyla iletilerin izlenmesini düzenleyen İngiliz ve Galler hukukunun mevcut haliyle, en azından bir ölçüde çapraşık ve yoruma açık olduğu gözlenmektedir. Mahkeme, iç hukukun bu tür meselelerinde emredici bir beyanda bulunmaya girişecek olsa, ulusal mahkemelerin yetkisini gasp etmiş olurdu. Ancak Mahkeme'den, Sözleşme'nin 8 maddesinin 2. fıkrasına göre, ilgili iç hukukun, görevli organların bu alandaki yetkilerinin temel unsurlarını makul bir açıklıkla düzenleyip düzenlemediğine karar vermesi istenmektedir.

İngiltere ve Galler'de polis adına iletilerin izlenmesiyle ilgili ayrıntılı yöntemler mevcut değildir. Dahası yayınlanmış istatistikler, özellikle kamu davasına konu suçların işlenmesinde ve telefon tesisi sayılarındaki artışla karşılaştırıldığında, bu yöntemlerin verilen müzekerelerden beklenen yarara göre oldukça düşük kaldığını göstermektedir. Kamuoyu uygulanabilir düzenlemelerden ve ilkelerden, Birkett Raporu'nun ve White Paper'ın yayınlanması ve sorumlu bakanın Parlamento'daki açıklamaları yoluyla haberdar olmuştur.

59

*Ne var ki, Mahkeme'nin önündeki delillere dayanarak, izleme yetkilerinin hangi unsurlarının hukuk kurallarıyla içselleştirildiğini ve hangi unsurlarının yürütme organının takdirine bırakıldığını anlaşılabilir bir kesinlikte söylemek olanaksızdır. Bu konularda ulusal hukukun belirsiz ve çapraşık olduğu göz önünde bulundurulursa, İngiliz ve Galler Hukuku, kamu organlarının sözü edilen takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılma biçimi anlaşılabilir açıklıkta değildir. Bu çerçevede bireylerin demokratik bir toplumdaki hukukun üstünlüğüne göre hak ettikleri en az hukuki koruma sağlanamamıştır."* (Malone/İngiltere, 1984)

Görülüyor ki sorunların daha ayrıntılı biçimde saptandığı, yetki ve sorumlulukların dengelendiği, denetim yol ve yöntemlerinin açıklık temelindeki bir yasa ile çözülebildiği koşullarda telekulak, AIHM'nin de olurluğunu alabilecektir.

Buna karşılık uyumsuzlukların doğduğu tarihlerdeki Fransız hukukunda olduğu gibi telefon dinlemenin bir yasa ile düzenlenmediği koşullarda;

Muhasebe defterlerinin tutulmasında hile ve yolsuzluk yaptıklarından kuşku edilen iş adamlarının hazırlık soruşturması aşamasında iki gün süreyle telefonlarının dinlenmesi, (Huvig/Fransa, 1990)

Bir bankacının ölümü nedeniyle yürütülen hazırlık soruşturması sırasında telefonu polis denetimi altındaki kişinin konuştuğu olan başvurunun da konuşmalarının dinlenmesi sonucunda, kendisinin hırsızlık ve adam öldürme suçlarına karıştığı saptanması üzerine yargılanıp ömür boyu hapis cezasına çarptırılması, özel yaşamın gizliliği ilkesinin çiğnenmediği yakınmalarına neden olmuştur. (Kruslin/Fransa, 1991)

AIHM bu başvurularda "yasa ile öngörülebilir olma" koşulunun yerine getirilip getirilmediğini araştırır. Hükümet'in



savunmasında Fransız Ceza Yöntem Yasası'nda böyle bir kuralın bulunduğu, ayrıca aynı konuda yerleşik yargusal içtihatların varlığı üzerinde durulmuştur. Mahkeme, telefonların dinlenmesinin genel nitelikteki yasalara dayandırılmayacağını, bu konuda özel hukuksal düzenlemeler gerektiği yolundaki görüşünü yinelemiştir. Mahkeme, Malone kararında belirlediği ölçütler doğrultusunda, dinlemenin nedenlerinin, hangi koşullara dayandırılacağını, yöntem ve sınırlarının ayrıntılı olarak özel bir yasada yer alması gerektiğini vurgulamıştır. Fransa'daki telefon dinleme yönteminin kişisel güvencelerle uyumlu olmaması, hangi tür suçların dinlemeyi gerektirebileceği, dinlenecek kişilerin nitelik ve özellikleri, uygulama süresi gibi başlıca konulardaki boşluklar nedeniyle, hukukun üstünlüğü ilkeleriyle uyumsuz bulunan her iki başvuruçunun telefon konuşmalarının dinlenmesini, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur.

Hollanda'da eşi cezaevinde tutuklu bulunan bayan S.'nin, kocasının, savunmasını üstlenen avukatının kendisine cinsel tacizde bulunduğunu söylemesi, hukuk dışı yollarla avukatın konuşmalarının banda alınmasına neden olmuştur. Olay şöyle gelişmiştir Tutuklu sanık, eşinin yakınmalarını polise bildirmiştir. Polis de konuyu Savcı'ya aktarmıştır. Savcı, olayı üstleriyle değerlendirdikten sonra polisi, Bayan S.'den başvuruçuya yönelik bir şikayet dilekçesi alması konusunda görevlendirmiştir. Polis, Bayan S.'nin evine, kendisinin onayı ile telefon konuşmalarını saptayan bir aygıt yerleştirmiştir. Araç, polis örgütünün malı olup, ceza davalarında kanıt olarak kullanılmak üzere telefon konuşmalarını kaydedebilme özelliğini taşımaktadır. Böyle bir düzenneğin kurulması Bayan S.'nin oluru ile olmakla birlikte, polisin etkinliği altında gerçekleşmiştir. Polis yetkilileri bu işlem için Savcı'dan izin almışlar, ancak görevli yargıca başvurma gereğini duymamışlardır.

59

Başvurucu, bayan S.'nin evindeki telefonuna kayıt aygıtı yerleştirilmesinin, "kamu yetkilisi tarafından yapılan bir müdahale" olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre Bayan S. konuyla ilgili polise başvurmamış, polis ona gelmiştir. Olayın geçtiği dönemde hazırlık soruşturmasında telefon dinlenmesine yasal olanak bulunması nedeniyle yargıç izni alınmaması, yalnızca biçimsel bir eksiklik olarak değerlendirilemez. Telefona aygıt bağlandığı sırada, gerçek bir soruşturma başlatılmamıştı. Başvurucu, bu durumun açıkça şu anlama geldiğini ileri sürmüştür. Gerek Savcı, gerekse, polis bilinçli olarak yasaya aykırı davranmışlardır. Bayan S.'ye başvuru telefon ettiği zaman nasıl hareket etmesi gerektiğini öğreten ve aynı zamanda dolu kasetleri telefondan çıkartan ve boş kasetleri yükleyen polis görevlileri olmuştur. Savcı ve polis bütün bu süreç boyunca, başvuru avukat olduğunu biliyorlardı. Böylece savcı ve polis, görevi nedeniyle kendisi de yasal koruma altında bulundurulması gereken Bayan S.'nin kocasının avukatının, savunmasıyla ilgili olarak yapabileceği telefon konuşmalarını da kaydetme sakıncasını bilerek üstlenmişlerdi.

Hükümet ise savunmasında gerçeği yadsıyarak, olayda kamu otoritesi tarafından yapılan herhangi bir müdahale olmadığını savlamıştır. Polis, Bayan S.'ye yalnızca başvurucuya karşı kanıt elde etme yolunu göstererek teknik yardım sunmuştur. Belirli bazı anlarda Bayan S. kendi özgür seçimine göre davranmıştır. Bayan S. bir ceza soruşturması bağlamında polis veya adalet organları tarafından değerlendirilecek herhangi bir eylemde bulunmamıştır. Bayan S.'nin başvuruyla yapmış olduğu telefon konuşmalarını belgelemesine engel olacak bir düzenleme yoktur.

AİHM'ye göre öncelikle çözülmesi gereken sorun, başvuru yönelttiği 8. madde kapsamındaki müdahalenin, (başvu-

rucunun Bayan S. ile yapmış olduğu telefon görüşmelerinin başvurucaya karşı bir yargılama kanıtı elde edilmesi amacıyla saptanmış olduğunu vurgulayarak) bir "kamu yetkilisi" işlemi olup olmadığının saptanmasıdır.

"Bayan S. 'ye, başvurucayla yapmış olduğu telefon görüşmelerini kaydetme teklifini götürenin polis olduğu hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Savcı'dan alınan bir ön izin ile bayan S. 'nin telefonuna kayıt cihazı yerleştirilmiştir. Polisler, başvurucayla yapmış olduğu telefon söyleşilerinde konuyu başvurucau'nun cinsel tacizlerine getirmesi doğrultusunda Bayan S. 'ye öneride bulunmuşlardır. Polisler Bayan S. 'nin evine gelmişler ve kayıtları almışlardır. Bayan S. 'ye başvurucau'yu suçun kabulü anlamına gelecek konuşmalara çekerek tuzak kurmasını ve aygıtı çalıştırmasını istemişlerdir. Polis yetkilileri, savcının izni ile yapmış oldukları 'planın uygulanmasına can alıcı bir katkı sundukları' gibi, dinlemenin başlamasında da sorumludurlar. Savcı ve polis, resmi görevleri sırasında bunları gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle olayda devletin sorumluluğu bulunmaktadır.

Görülmekte olan davada (A. V./Fransa davasında polis tarafından ceza davasında kanıt toplamak amacıyla bir bireyin kullanılmasında olduğu gibi) Mahkeme, Hükümet'in, Bayan S. 'nin olayların kontrolünü elinde bulundurduğu biçimindeki savunmalarını inandırıcı bulmamıştır. Böyle bir savunmayı kabul etmek, hazırlık soruşturması yetkililerinin özel kişiler kullanarak, Sözleşme'den kaynaklanan sorumluluklarından kaçınmalarına olanak tanınmasıyla aynı anlama gelecektir.

Mahkeme, Bayan S. 'nin eğer isteseydi, başvurucaudan gelen telefon konuşmalarını her hangi bir kamu yetkilisinin katılımı olmaksızın kendi kullanacağı aygıtla saptayabileceğini ileri süren hükümet görüşlerinin değerlendirilmesini gerekli bulmamıştır. Mahkeme, kamu yetkililerinin olayın içinde bulduklarının kesinlik taşıdığı görüşündedir.

Bu nedenlerle başvuruçunun 'haberleşme'sine saygı gösterilmesi hakkına, 'kamu otoritesi tarafından bir müdahale' vardır, Böyle bir müdahale, 'yasaya uygun olarak yapılmıyorsa', 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen, 'meşru amaçlar'dan birisini amaçlamıyorsa ve 'demokratik bir toplumda gerekli değilse', Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiş olacaktır.

Hükümet, yakınılan müdahalenin, sorumlu devlete yüklenilebilir olsa bile, 'hukuka uygunluğu' konusunda herhangi bir görüş ileri sürmemiştir. Mahkeme'nin saptamalarına göre ise: Olayın geçtiği dönemde halka açık olmayan telekomünikasyon kanalıyla yapılan bilgi akışının bir kişinin suç işlemiş olabileceği kuşkusu nedeniyle dinlenilmesi için, öncelikle bir hazırlık soruşturmasının başlatılması öngörülmekte, ayrıca yargıç tarafından verilmiş bir karar gerekmektedir (Ceza Usul Yasası, m. 125/f ve 125/g-1.). Her iki koşul da olayımızda yerine getirilmemiştir. Bu nedenlerle müdahale 'yasaya uygun olarak' gerçekleştirilmemiştir, Mahkeme için, 8. madde ihlalini tespit etmek yeterlidir. Müdahalenin 'meşru bir amaç' taşıyıp taşınamaması veya 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmaması konularının araştırılmasına gerek yoktur." (M. M./Hollanda, 2003)

Başvurucu avukat M. M.'nin savlarına karşı Hollanda Hükümeti'nin savunmaları, bilinçli bir biçimdeki hukuk dışı girişimlerle tertip kokan bu olayda, kamu organlarını tartışmanın dışında bırakmaya yönelikti. Hükümet'in, olayın hukuksal koşulları konusunda söylenecek bir sözünün bulunmaması, böyle bir suskunluğu zorunlu kılmıştı. Mahkeme, yürürlükteki yasaya göre yargıç tarafından verilmiş bir karar olmaksızın avukatın konuşmalarının saptanması karşısında, 8. maddenin 2. bendini tartışmaya gerek görmemiştir. Bu kararın bir başka önemli yanı da, avukatların telefon konuşmalarının yasal korunma altında bulundurulması gerektiğini vurgulamasıdır.

AİHM'nin telefon dinleme konusunu değerlendirdiği son örneklerden birisi de, Türkiye'den gönderilen başvuru üzerine 6 Aralık 2005 günü verdiği karardır. Uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından kuşkulanan kişinin bir başkası ile yaptığı telefon konuşmalarının dökümleri, yargılandığı ve mahkum edildiği davada kanıt olarak değerlendirilmiştir. Yakınmacı, telefon konuşmalarının polis tarafından dinlenilmesinin CMUK'un 91 ve 92. maddelerine dayandırıldığını, ancak anılan maddelerdeki mektup, telgraf ve diğer iletilere el konulmasına ilişkin kuralların, telefonların dinlenilmesine olanak tanımadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, telefonunu dinlenilmesi hakkındaki mahkeme kararının, dinleme başlatıldıktan bir gün sonra alındığını belirtmiştir. Hükümetin yanıtlarında ise, CMUK'un 91 ve 92. maddelerinin telefonların dinlenilmesine de olanak tanıdığı, dinleme başladıktan bir gün sonra da verilmiş olsa, mahkeme kararının işlemi yasallaştırdığı savunulmuştur.

Mahkeme, geleneksel denetim yöntemi ile, öncelikle başvuruçunun telefon konuşmalarının dinlenilmesinin, haberleşme özgürlüğüne bir müdahale olduğunu saptamıştır. Ardından, müdahaleyi hukuken öngörülebilir kılacak yasal temelleri araştırmıştır. Yalnızca bir yasanın varlığının da tek başına yeterli olamayacağını, bu konudaki düzenlemelerin, telefonların hangi gerekçelerle, nasıl dinlenebileceğini, hukuksal karar süreci ile birlikte ele alan ayrıntılı güvenceleri kapsamaması gerektiği üzerinde durmuştur. Böylece keyfiliğin önlenileceğini vurgulamıştır. Oysa başvuruçunun dinlendiği sırada, Türkiye'de telefon dinlemeye olanak tanıyan bir yasanın bulunmadığını, ancak 2001 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı Yasa ile hukuksal anlamda bu yolun açıldığını belirtmiştir. Sonradan alınan mahkeme kararı ile dinlemenin meşrulaştığı yolundaki savunmanın ise, CMUK'un 91 ve 92. maddelerinde

**59**

sözü edilen ileti türlerinin telefon dinlemeyi içermemesi nedeniyle, benzetme yoluyla genişletilmiş yorumlara dayandırılan Hükümet'in görüşleri yerinde bulunmamıştır. Mahkeme, yasal dayanağı bulunmayan telefon dinleme işleminin, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. (Mehmet Şirin Ağaoğlu/Türkiye, 2005 )

**TELEKULAK ÖZGÜRCE FİŞLEMeye DE BAŞLARSa  
KİŞİLERİN, ÖZEL VE KAMUSAL YAŞAMLARININ  
GÜVENLİĞİ KORUNABİLİR Mİ?**

60

Telefonların dinlenilmesiyle elde edilen bilgilere dayanılarak kişilerin fişlenmeleri, depolanan bu tür bilgilerin, onların yaşamlarının değişik alanlardaki etkinlikleriyle bağlantılı olarak değerlendirme ölçütleri olarak kullanılmaları, yalnız özel yaşamlarına değil, ekonomik, siyasal ve her türlü kamusal haklarına karşı son derece sakıncalı ve denetimsiz müdahalelere dönüşebilmektedir.

Devletler arasındaki farklı ekonomik ve siyasal sistemler nedeniyle kampaşmaların yaşandığı dönemde, İsviçre'de gerçekleşen bir telefon dinleme olayı, hukuka aykırılıkların ulaşabileceği boyutları sergilemesi açısından ilginç bir örnektir. İsviçre'de yaşayan, alım satım işleriyle yaşamını kazanan Amann adındaki başvuru, dergilere verdiği reklamlarla yurtdışından getirdiği kıl dökücü aletleri pazarladığını duyurmuştur. Kendisini telefonla arayan bir bayan, satışa sunulan araçlardan birini satın almak istediğini bildirmiştir. Ancak telefon eden kişi Sovyetler Birliği Büyükelçiliği'nde çalışmaktadır.

Telefon konuşması, İsviçre Federal Savcılığı'nca saptanıp, dinlenmiştir. Anlaşıyor ki o sırada Sovyetler Birliği Büyükel-

çiliği ile yapılan bütün telefon konuşmaları dinlenmektedir. Daha sonra Savcılığın isteği üzerine, Zürih Kantonu Polis Örgütü gizli servisine Amann hakkında soruşturma başlatılmıştır. Savcılık bu soruşturmaya dayanarak, "ulusal güvenlik bakımından sakıncalılar" listesine Amann adına düzenlenmiş bir fiş eklenmiştir. Bu fişte yer alan bilgilere göre Amann, "Rus Büyükelçiliği'yle ilişkide bulunan bir işadamı"dır. Kendisine çeşitli sayılardan oluşan bir numara verilmiştir. Kod numarasını oluşturan sayılara göre Amann, "komünist ülke", olan "Sovyetler Birliği", ile "casusluk ilişkileri saptanmış", "Doğu bloğuyla temasları"nu sürdüren bir güvenilmez kişidir.

Başvurucu, 1981 yılında gerçekleşen bu işlemi, ancak 1990 yılında ve bir rastlantı sonucunda öğrenebilmiştir. Savcılığa bir dilekçe vererek belgeleri görmek isteyen Amann'a kendisiyle ilgili fişin bir fotokopisi verilmiştir. Ancak fişteki bilgilerden ikisinin üzerleri okunmayacak biçimde karalanmış durumdadır. Amann, hukuka aykırı biçimde Savcılığa fişlendiği savlarıyla, idari bir dava açarak, kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle 5.000 İsviçre Frangı tazminat istemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne kadar giden dava sonucunda, 1995 yılında tebliğ olunan kararlar, davacının kişilik haklarına ciddi bir saldırı olmadığı gerekçesiyle istemleri reddedilmiştir.

AİHM ulusal ölçekteki işlemin yasal dayanaklarını araştırmıştır. Olayda uygulandığı savunulan hukuksal belgelerin (29 Nisan 1958 günlü Federal Savcılığın Polis Hizmetleri Hakkındaki Federal Konsey Kararnamesi'nin) ve Federal Ceza Usul Yasası'nın, Konfederasyon biçimindeki Devletin iç ve dış güvenliği için bir bilgi soruşturma servisi kurulmasına ilişkin hükümlerinin, hukuk kurallarına ulaşabilme açısından "bilinbilirlik" ölçütüyle değerlendirilemeyecek kadar genel söylemler içerdiği ve telefon konuşmalarının dinlenilmesiyle ilgilendiri-



len Federal Ceza Usul Kanunu'nun 66. ve diğer maddelerinde sözü edilen koşullar bakımından da, İsviçre Hükümeti'nin bu koşulların varlığını kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır.

İsviçre Hükümeti savunmasında, olayda davacının telefonunun, başka birinin telefonu izlenirken "*rastlantı sonucu*" dinlemeye alınmış olduğunu ileri sürmüştü de Mahkeme bunu, ihlali ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmemiştir.

Fişlenmeyle ilgili gerekçede Mahkeme öncelikle, kişilerin özel yaşamlarıyla ilgili bilgilerin toplanıp "*depolanması*"nın AİHS'nin 8. maddesi kapsamına girdiğini belirtmiştir. Kararda değinilen bir başka değerlendirme de, 8. maddede geçen "*özel yaşam*" kavramının dar değil, geniş yorumlanması gerektiğidir. Mahkeme'ye göre, olayda, ilgili kişi için tutulan fişe, başka bilgilerin yanı sıra, "*Rus Büyükelçiliğiyle ilişkili olan*" bir iş adamı olarak yazılmasının, 8. madde açısından "*özel yaşam*" la ilgili bir müdahale olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Mahkeme, olayda yakınmacının özel yaşamına ilişkin bilgilerin derlenip devlet belgelerine yansıtılmış olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığını belirttikten sonra, bunun özel yaşama bir müdahale olduğunu vurguladı. Mahkeme, müdahalenin ancak "*yasaya uygun*" olarak yapılması ve Sözleşme'nin 8/2. maddesindeki amaçlardan birinin varlığı durumunda AİHS'ne uygun olabileceğine değindi. Mahkeme, olayı "*demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı*" açısından değerlendirirken, fişlemenin ayrıntılı bir yasal dayanağının bulunması gereği üzerinde durdu. İsviçre hukukunda ise kişilerle ilgili bilgilerin toplanması, derlenmesi ve korunması konularında özel ve ayrıntılı düzenlemelerin yer almaması, özellikle Federal Ceza Yöntem Yasası'nın 66. maddesinde, amacı ortadan kalktığı için gereksiz duruma düşen bilgilerin silinmesi öngörüldüğü halde böyle bir işlem yapılması

60

yerinde bulunmadı. Davada, başvuruçunun herhangi bir suç ilişkisi ve hazırlığı içinde bulunmadığı ulusal organlarca benimsendiği halde fişlerin silinip yok edilmeden korunması ve açtığı davanın reddedilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulundu. (Amann/İsviçre, 2000)

Mahkemeyi bu değerlendirmeye yönelten nedenler arasında, Avrupa ülkelerinde 1980'li yıllardan başlayarak, özel veya kamusal fişlemelere karşı bireylerin korunmalarını amaçlayan yasaların art arda yürürlüğe girmeleri etkili oldu. Devletler yasalarında, bireylere, kendileri ile ilgili bilgileri öğrenme, bunlara itiraz etme, yanlışları düzeltme, yol ve yöntemlerini saptadılar. Bazı bilgiler için, unutulma süreleri belirlendi. Avrupa ülkelerinin iç hukukunun bu gün ulaştığı aşamanın, genellikle, telefon dinleme ve fişleme konularında AİHM'nin kararlarından daha ileri aşamalarda bulunduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Mahkeme, ulusal yasalarda diğer güvencelerin yer alması ve bunlara uyulması koşuluyla, telefonları dinlendikten sonra hakkında soruşturma açılmasına gerek görülmeyen kişilere, telefonlarının dinlendiğinin bildirilmesi gerekmediği yolundaki görüşünü sürdürmektedir. (Greuter/Hollanda, 2002, Kabul edilmezlik kararı)

**AIHS'NİN DİN, VİCDAN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜKLERİNE  
BİR SINIRLAMA GETİRMEDİĞİ SÖYLEMLERİ  
DOĞRU MUDUR?**

**61**

Bu soruyu, bizim değil, AIHS'nin 9. maddesinin yanıtlaması daha uygun olacaktır. 9. maddeyi 1955 yılında onayan 6366 sayılı Yasa'nın diliyle aşağıya aktarıyoruz:

*"1. Her şahıs, düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak, din veya kanaat değiştirme hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini izhar eylemek hürriyetini tazammun eder.*

*2. Din veya kanaatleri izhar etmek hürriyeti demokratik bir cemiyette ancak amme güvenliğinin, amme nizamının, genel sağlığın veya umumi ahlakın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri olan tedbirlerle ve kanunla tahdit edilebilir."*

Sözleşme'nin yalnız 9. maddesinin başlangıç tümcesinde, sınırsız ve mutlak bir özgürlükten söz edilmektedir. Buna göre, *"Her kişi, düşünme, vicdan ve din (inanç) özgürlüğüne sahiptir."*

Dışa vurulmayan inanç ve düşünceler, içsel bir tartışmadır. Kişinin kendisiyle baş başa kaldığı bir alana, kamu gücünün el atması söz konusu değildir. Toplumsallık kazanmayan dü-

61

şünce ve inançları korumanın bir anlamı olmadığı söylenebilir. Oysa, böyle bir hakka sahip olmak da çok önemlidir. Bireylere, düşüncelerini, dini inançlarını ya da inançsızlıklarını açıklamama güvencesini sağlamaktadır. Kamu yararı, genel güvenlik gibi nedenlerle de olsa, düşünce ve inançlar sorgulanamaz. Kişiler, bu konulardaki görüşlerini açıklamaya zorlanamazlar.

İnsanlık, kan ve ateşle yoğrulan çok uzun uğraşlardan sonra; ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısında böyle bir güvenceye ulaşabildiler. Düşünce ve inanç dokunulmazlığını korumak, Türkiye için de büyük önem taşımaktadır. Bireylerin kendileri ile yaşamaları, kendileri ile hesaplaşmaları anlamına gelen din, inanç ve düşünce özgürlüğünün dokunulmazlığı, dışa vurulmadığı sürece geçerlidir. Siyasal İslam'ın ülkemizdeki temsilcilerinin Sözleşme'ye dayanarak topluma kabul ettirme çabası içerisinde oldukları her türlü ibadetin mutlak özgürlük kapsamında olduğu ve kamusal denetimin dışında kaldığı yolumdaki zorlamalar, kesinlikle gerçeği yansıtmamaktadır.

Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. paragrafında vurgulandığı gibi, dinsel inançların açıklanmasıyla birlikte, kamusal denetim de başlamaktadır. Sözleşme, 8. maddede olduğu gibi 9. maddedeki inanç özgürlüğüne, 10. maddedeki düşünceyi açıklama özgürlüğüne, 11. maddedeki örgütlenme özgürlüğüne bazı yöntem ve koşullarla, sınırlandırmalar getirilebileceğini benimsemektedir. Kısıtlamaların hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi, AİHM'nin görev alanına girmektedir. Mahkeme, sözü edilen üç maddeyle ilgili başvuruları incelerken, aşağıda özetleyeceğimiz ölçütleri gözetmektedir:

a. Birinci aşamada, başvurunun haklarına bir müdahale olup olmadığı araştırılmaktadır. Örneğin; inançları nedeniyle yaşam boyu saçlarını kesmediği için kafasına kask giyme olanağını bulamayan kişiye motosiklet sürücü belgesi verilmemesi

ya da başörtüsü ile okula gelen üniversite öğrencisine disiplin yaptırımını uygulanması, Komisyon ve Mahkeme kararlarında, inanç özgürlüğüne yönelik kamusal müdahaleler olarak nitelenmiştir. Kitap, gazete veya dergilerin mahkeme kararları ile toplatılıp yayıncı ve yazarlarına ceza verilmesi, 10. madde anlamında iletişim özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Derneklerin, sendikaların, siyasi partilerin tüzel kişiliklerinin onaylanmaması ya da bu kuruluşların mahkemelerce kapatılmaları, örgütlenme özgürlüğüne yönelik müdahaleler olarak değerlendirilmiştir.

b. İkinci aşamada, varlığı saptanan müdahalenin yasallığı araştırılmaktadır. Yasallık denetimi, yalnız yasalarla sınırlı tutulmamaktadır. Tüzük, yönetmelik, yönerge gibi yazılı belgeler, konuyla ilgili yargı kararları; hatta bazı ülkelerde geçerliğini sürdüren yazılı olmayan hukuk, ilgililerin bu kurallara ulaşabilmeleri koşuluyla, yasallık denetiminin dayanaklarını oluşturmaktadır. Müdahalenin yasallığının araştırılması, keyfi ve hukuk dışı uygulamaların önlenmesi amacını taşımaktadır. Toplumsal müdahale yasalardan kaynaklanmalıdır. Ulusal hukukun öngörmediği engellemeler, Sözleşme'ye de aykırı bulunmaktadır.

c. Müdahalenin kamusal açıdan toplum yararına yönelik bir amacı bulunmalıdır. Her olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gereken, 9, 10 ve 11. maddelerin 2. bentlerinde yer alan kamusal korunmanın amacı ve başlıca dayanakları şunlardır:

- Ulusal güvenlik,
- Ülkenin toprak bütünlüğü,
- Kamu güvenliği,
- Kamu düzeninin korunması,

- Suçların önlenmesi,
- Sağlık önlemleri,
- Başkalarının kişilik haklarının korunması,
- Haberleşmenin gizliliğinin sağlanması,
- Yargının üstünlüğünün ve yansızlığının korunması,
- Radyo, sinema, TV yayın işletmelerinin izne bağlanması,
- Etik değerlerin korunması,

Yukarıdaki dizgelerin de ortaya koyduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması için Sözleşme'nin kamusal denetime açık bıraktığı alanlar, oldukça geniş yorumlara elverişli sözcüklerle anlatılmıştır. Ulusal yasalarda yer alabilecek bu tür belirsiz kavramlar, çoğu zaman özgürlükleri etkisiz bırakan, hakları kullanılamaz duruma düşüren uygulamalara kaynaklık edebilmektedir.

d. Sözleşme, kamu yararının korunması görüntüsü altında temel hak ve özgürlüklerin yok edilmemesi için de, belirleyici iki ölçüt getirmiştir.

Bunlardan birincisi, öngörülen kısıtlamaların, "*demokratik bir toplumun gerektirdiği*" sınırların dışına taşmamasıdır. Toplumsal korunma, demokratik yöntemlerle sağlanmalıdır. Hakların kötüye kullanılmaması amacına da yönelik olsa, demokratik bir toplumun özümseyemeyeceği boyutlardaki müdahaleler, Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır. "*Demokratik toplum*" deyimini, AİHM'nin özgürlüklerle ilgili hemen her kararında tartışılan bir kavramdır. Mahkeme, bu iki sözcüğü donmuş kalıplar olarak görmemekte, incelenen temel konu ile bağlantılı olarak, özgürlükleri geliştiren bir anlayış uygulamaktadır.

İkinci ölçüt, Sözleşme'nin 17. maddesinde tanımlanmıştır:

*"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa ve ferde işbu Sözleşme'de tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkur Sözleşme'de derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf herhangi bir hak sağladığı şekilde tefsir edilemez."*

17. madde, "orantılılık" kuralıyla birlikte, kısıtlamaların "istisna" olduğu ilkesini vurgulamaktadır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik kamusal müdahaleler, izlenen toplumsal yararların gerektirdiği boyutlarda tutulacak ve bu amaçları aşan uygulamalara dayanak gösterilemeyecektir. Ulusal ölçekte özgürlüklerin kısıtlandığı her olayda, yöneticilerin, bu işlemlerini dayandırdıkları iç hukuk kuralları kolaylıkla bulunabilmektedir. İnsan hakları ve temel özgürlükler açısından önemli olan ise, bu kuralların özgürlükleri kullanılamaz duruma düşürecek veya büsbütün ortadan kaldıracak yaygınlık ve genişlikte uygulanmalarını önlemektir. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik Sözleşme'nin 17. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin, devletlerle birlikte, bireylerce de kötüye kullanılamayacağını benimsemekle, kamu yararı ile kişisel haklar arasındaki dengenin ölçütlerini koymaktadır.

AİHM, gündemindeki 9, 10, 11. maddelerle ilgili uyumsuzlukları, yukarıda özetlediğimiz ilkeler çerçevesinde çözmektedir. Sözleşme'nin koruduğu haklar temel alınmakta, kısıtlamalar istisna olarak değerlendirilmektedir.

Mahkeme'nin üzerinde durduğu bir diğer konu da, devletlerin, hak ve özgürlükler alanında yansız ve edilgen kalmakla, yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılamayacakları

61

gerçeğidir. Sözleşme kapsamındaki hakların önündeki engelleri kaldırmak, uygulanmalarına yol açacak hukuksal yapıyı oluşturmak, devletlerin görevidir.

AİHM, ilkesel olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün 9. maddede tanımlanan biçimiyle Sözleşme'nin güvencesi altında bulunduğunu benimsemekte ve bu yaklaşımını kararlarına yansıtılmaktadır. Ancak hemen her kararda, Sözleşme'ye koşut olarak bu hakların sınırları da çizilmektedir. Din ve inanç özgürlüğünün hukuk dışı karışmalara karşı korunması, devletlerin görevidir. Bu koruma, devletin, özel olarak bir dinin yanında ve onun etkinliklerinin güvencesi olduğu biçimde algılanmamalıdır. Devletin bireylere karşı yansız ve eşit davranma yükümlülüğü, dinsel özgürlüklerin üzerinde tutulmaktadır. Mahkeme, bireylerin inançları nedeniyle farklı uygulamalarla cezalandırılmalarını Sözleşme ile bağdaşmaz bulurken, kamusal yükümlülüklerin dinsel kurallar doğrultusunda yürütülmesini benimsememektedir.



**AİHM'İN, DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜ  
SINIRLANDIRAN KARARLARI  
HANGİ GEREKÇELERE DAYANIYOR?**

**62**

Dinsel simge ve görüntülerin abartılı biçimde öne çıkarılarak başkalarını baskı altına alması ya da kamu güvenliği için zorunlu teknik önlemlerden dinsel inançların korunması amacıyla vazgeçilmesi Komisyon ve Mahkeme kararlarında uygun görülmemiştir.

Dinsel inançların açıklanması, kamuoyuna yönelik bir tartışma çağrısı biçiminde de algılanabilmektedir. AİHM'ye göre, "Dinlerini açıklama özgürlüğünü kullanmayı yeğleyenler, ister çoğunluk ister azınlık dinlerini benimsesinler, inançlarının her türlü eleştirinin dışında tutulmasını bekleyemezler. Başkalarının, inançlarını yadsımlarına, hatta inançlarına düşmanca yaklaşan karşıt öğretileri yaymalarına hoşgörü ile yaklaşmak ve bu tür gelişmelere katlanmak zorundadırlar ..." (Otto-Preminger Enstitüsü/Avusturya, 1994)

Mahkeme, demokratik toplumların temel öğeleri arasında gördüğü eleştiri özgürlüğünü, "karşıtların birlikteliği" olgusu içerisinde değerlendirmektedir. "9. maddenin koruduğu biçimiyle düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme anlamında demokratik bir toplumun temellerinden birini oluşturur. Dinsel boyutuyla inananların kişiliklerinin ve yaşam görüşlerinin temel öğeleri arasında

yer alır. Ancak bu koruma, tanrı tanımazlar, bilinmezçiler, kuşku-  
cular ve ilgisizler için de geçerlidir. Yüzyıllar boyunca ağır bedeller  
ödenerek elde edilen böylesi toplumsal değerlerin ve çoğulculuğun  
sürdürülmesi gerekmektedir." (Kokkinakis/Yunanistan, 1993)

9. maddenin koruduğu özgürlüklerin eleştirilip tartışılma-  
sı, doğal olarak 10. maddenin de kapsamına girmektedir. "Dini  
inanç ve öğretilerin karşı görüşteki kişilerce yadsınıp eleştirilmesi, bu  
inanç ve düşüncelere bağlı olanların 9. maddenin korunması altındaki  
haklarını güven ve huzur içinde kullanabilmelerinin sağlanması ba-  
kımından devletlerin sorumluluk alanına girmektedir. Gerçekten dini  
inançlara karşı çıkan uç örneklerde kullanılan bazı özel yöntemlerin,  
inançlarını koruyan kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanmalarını  
güçleştirecek boyutlara ulaşma olasılığı bulunmaktadır... Dinsel  
açıdan yüceltilen kişilerin kışkırtıcı bir biçimde resmedilmelerinin,  
9. maddede güvence altına alınan inanların dinsel uygulamalarına  
saygısızlık anlamında yorumlanabilir. Bu tür görüntüler, demokratik  
toplumların gerektirdiği hoşgörü ortamının kötü niyetle bozulması  
anlamına gelebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir bütün  
olarak ele alınması gerekir. 10. maddenin uygulanması ve yorumu  
AİHS' in genel yaklaşımı ile uyumlu olmak zorundadır ..."

Mahkeme, aynı kararında başkalarının haklarını koru-  
maya yönelik müdahalenin demokratik toplum açısından  
gerekirliğini tartışırken "... insanlığa ilişkin konularda ilerlemeyi  
sağlayabilecek bir kamusal tartışmaya katkıda bulunmayan giri-  
şimlerden ve başkalarına karşı gereksiz yere aşağılayıcı nitelikteki  
anlatımlardan ..." kaçınmanın 9. maddenin öngördüğü bir  
yükümlülük olduğunu da belirtiyordu. (Otto-Preminger  
Enstitüsü/Avusturya, 1994)

Yahudi, Hıristiyan ve İslam dinlerini, Meryem Ana'yı ve  
İsa'yı alışılmış ölçülerin dışında eleştirip farklı kurgular içeri-  
sinde izleyicilere sunan bir film nedeniyle gündeme gelen bu

davanın gerekçesinde AİHM, Avusturya'nın Tyrol bölgesinde halkın % 87'sinin Katolik inancına bağlı olduğu gerçeğinin görmezden gelinemeyeceğini vurgulayarak, "... Avusturya otoriteleri filme el koyarken, bu bölgede dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini inançlarının hak edilmemiş ve aşağılayıcı bir saldırıya konu olduğu duygusuna kapılmasını önlemek amacıyla hareket etmiştir. Söz konusu dönemde, yerel koşullar ışığında böyle bir tedbire ihtiyaç olup olmadığı ulusal otoritelerin uluslararası yargıçlardan çok daha iyi değerlendirecekleri bir konudur." demiştir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan üç yargıç ise, "Belli bir anlatım biçiminin insanlığa ilişkin konularda tartışmaya herhangi bir katkıda bulunup bulunmayacağına karar verme yetkisinin devlet otoritelerine bırakılamayacağını ..." belirtmişlerdir.

Halkının büyük çoğunluğu Ortodoks inancını benimseyen Yunanistan'da 1938 yılında kabul edilen bir yasa ile, başka inançların tanıtımını yapıp insanları din değiştirmeye yönlendirmek suç sayılmıştır. En az altmış kez inançları nedeniyle gözaltına alınıp, birkaç defa tutuklanarak mahkum edilen Yehova Şahidi öncüsü Kokkinakis'in davasında AİHM, bu tür etkinlikleri değerlendirirken, "... her Hıristiyan'ın ve kilisenin temel görevlerinden biri olarak Hıristiyan müminliği ile başkalarının düşünce, vicdan ve din özgürlüğüyle bağdaşmayan usulsüz mehdilik (proselytism) arasında bir ayrım yapmaları gerektiğini ..." belirttikten sonra, "başvurucunun komşusunu usulsüz yollarla inandırma girişiminde bulunduğu kanıtlanmadığı için ..." hapis cezasına mahkum edilmesini orantısız bir müdahale olarak nitelmiştir. (Kokkinakis/Yunanistan, 1993 )

Yunan Hükümeti, mahkumiyetin kaynağı olan yürürlükteki yasayı değiştirmeksizin mahkemelere ve savcılıklara bir ön yazının ekinde kararı göndererek, "AİHM kararlarını uygulamak açısından Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerini" anımsat-

makla yetinmiştir. Ulusal yasa yenilenmediği için, toplumsal koruma altındaki Ortodoks kilisesi ile Yehova Şahidi inancını taşıyan kişiler arasındaki yasalardan ayrımcı uygulamalar, sonraki yıllarda da devam etmiştir.

Yehova Şahidi inancını benimsediği için askeri üniformayı giymeyi reddeden ve bu nedenle emre itaatsizlik suçundan mahkum edilen kişi, sonraki yıllarda muhasebecilik görevine atanmamasını, Sözleşme'nin 9. maddesiyle birlikte 14. madde-sine aykırı bir işlem olarak nitelemiştir. Gerçekten başvurucuya, geçmişteki mahkumiyeti nedeniyle aynı kadroya başvuran kişilerden farklı uygulamalar yapılmıştır. AİHM, bu tür bir uygulama farklılığının belli bir mesleğe girişle ilgili olması nedeniyle, meslek edinme özgürlüğünü Sözleşme'nin güvence altına almadığını belirterek, olayın doğrudan 14. madde kapsamına girmeyeceği görüşünde olmuştur. Uyuşmazlığı bir kez de 9. madde kapsamında değerlendiren Mahkeme'ye göre;

*"Başvurucu, hükümlüler ile diğer kişilerin bir mesleğe girişini düzenleyen kurallarda ayrımcılık yapılması nedeniyle yakınmada bulunmamaktadır. Başvurucunun yakınması daha çok konuyla ilgili yasanın uygulanmasında, dini inançları nedeniyle işlenen suçlardan mahkum olan kişilerle diğer suçlardan mahkum olan kişiler arasında özel bir ayırımın yapılmamış olmasıyla ilgilidir. Bu çerçevede Mahkeme, başvurucunun pasifizmi kutsayan dini bir grup olan Yehova Şahidi üyesi olduğunu ve dosya kapsamında başvurucu tarafından ileri sürülen 'dini inancının askeri üniforma giymesine engel olduğu iddiasının' (Başvurucu askeri üniforma giymeyi reddetmiştir ve bunun sahip olduğu dini inanış tarafından engellendiğini düşünmektedir.) aksini onaylayan herhangi bir kanıt olmadığını vurgulamaktadır. Başvurucunun savları temel olarak dini inancın yaşama geçirilmesi özgürlüğü konusunda (Sözleşme'nin 9. maddesince güvence altına alındığı üzere) kendi kişiliğinde ayrımcılık yapıldığı, yani mahkumiyetin bu özgürlüğün kullanılmasından*

*kaynaklanmasına rağmen, kendisinin ağır bir suçtan mahkum edilmiş olan diğer kişiler gibi değerlendirildiği anlamına gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Mahkeme, başvuru tarafından yakınılan olguların (Başvurucunun mahkumiyeti ile sonuçlanan olgunun dini inançlarından kaynaklanmasına rağmen sözleşmeli muhasebeci görevine atanma işlemi sırasında ağır bir suçtan mahkum olmuş bir kişi gibi değerlendirilmesinin) 9. maddenin kapsamına girdiğini kabul etmektedir."*

Mahkeme, ilkesel olarak devletlerin bazı suçları işleyenlerin muhasebecilik görevine girmelerini önleyen kurallar koyabilmelerine sıcak yaklaşmaktadır. Ancak, "Diğer ciddi suçlardan doğan mahkumiyetlerden farklı olarak, dinsel veya felsefi nedenlerle askeri üniforma giymeyi reddetmekten ileri gelen bir mahkumiyet, sözü edilen suçlunun mesleki becerisini engelleyecek olan bir onursuzluk ya da ahlaki gerilik anlamına gelmemektedir. Bu nedenle başvuru tarafının mesleğe uygun olmadığı gerekçesiyle muhasebeciliğe kabul edilmemesi isabetsiz ve Sözleşme'nin 14. maddesinin 9. maddesi ile bağlantılı olarak" ihlalidir. (Thlimmenos/Yunanistan, 2000)

Mahkeme bu kararında, 14. maddedeki ayrımcılık yasağını, çok değişik bir anlayışla yorumlamıştır. Genel ceza hukukunun yasakladığı türde ahlaki gerilik ve şiddet içeren suçlarla ilgisi olmadığı halde, dinsel inançlarında, yaşadığı toplumun çoğunluğundan farklı düşündüğü için cezalandırılan başvurucuya, diğer sabıkalılar gibi yaklaşamayacağını vurgulamıştır. Bir başka deyişle Mahkeme, başvurucuya olumlu ayrıcalık uygulanmasını öngörmüştür. 14. maddedeki ayrımcılık yasağının yaşama geçirilmesi için, başvurucuya farklı davranılması gerektiğini belirten karar, ayrımcılık yasağı kavramının nerelere kadar uzanabildiğini belgeleyen ilginç bir örnektir.

Avusturya'da karı kocanın her ikisi de Katolik iken Yehova Şahidi inancına geçen annenin açtığı boşanma da-

62

vasında, yerel ve üst mahkemelerin çocukların velayetini, onlara daha iyi bakacağını saptadıkları anneye bırakmalarına karşın Yüksek Mahkeme'nin velayeti babaya vermesi nedeniyle yapılan başvuruda, AİHM, Yüksek Mahkeme'nin "*yalnız dinsel nedenlere dayanan farklılıkları*" gözeterek böyle bir karar almasını ayrımcılık olarak nitelemiş ve Sözleşme'nin 14. ve 8. maddelerinin birlikte ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. (Hoffmann/ Avusturya, 1993 )

Yunanistan'ın Batı Trakya olarak anılan bölgesindeki Müslüman/Türk azınlığa ulusal kimlik sorunlarından kaynaklanan baskılar uygulandığı bilinen bir gerçektir. Yunan kamu organlarınca Müslüman Yunan vatandaşları olarak anılan Batı Trakyalıkların, kendilerini "Türk" olarak nitelemelerine karşı çıkmaktadır. Buna karşılık, dinsel örgütlenmelerinde de, yeterince özgür olmadıkları Bölge'den gelen yakınmalardan anlaşılmaktadır.

Müslüman halkın Gümülcüne Müftülüğü'ne İbrahim Şerif'i seçmeleri, Yunan yöneticilerince geçersiz sayıldı. "Müftü" kimliğini yasa dışı olarak kullandığı suçlamalarıyla hakkında davalar açıldı.

AİHM, Sözleşme'nin 9. maddesindeki din ve inanç özgürlüğünün kişisel bir hak olmakla birlikte, toplu olarak ta kullanılabileceğini belirtti. İbrahim Şerif'in dinsel bir grubun önderi olarak davranmasının, anılan grubun seçimi ile gerçekleştiğini, çoğulculuğun gereği olan bu seçime devletlerin saygı göstermeleri gerektiğini vurguladı. Kararda, İbrahim Şerif'in müftü seçildikten sonra yalnız dinsel konulardaki görevlerini

63

yaptığı, hukuksal sonuçlar doğurabilecek yargısal ve yönetsel etkinliklere karışmadığı belirtildi. Hükümet'in kamu düzenini koruma gerekçesine dayandığı müdahale yerinde bulunmadığından, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine karar verildi. (İbrahim Şerif/Yunanistan, 1999)

Benzer uyuşmazlıklar, farklı boyutlarda olmakla birlikte, Bulgaristan'da da yaşanmaktadır. Bulgaristan'daki Müslüman cemaat, örgütlenme ve örgütlerin temsili konularında, uzun yıllardan beri kendi aralarında ciddi sorunlar yaşamaktaydılar. "Müslüman Cemaati Yüksek Konseyi" ülke genelinde etkinliği benimsenen, temsil gücü yüksek, öncü bir kuruluştur. 1980'lerden sonra cemaat liderliğinde değişiklikler oldu. Hizipçiliğin yaygınlaşması nedeniyle, göreve gelen her yeni liderin ardından tartışmalar, hukuksal uyuşmazlıklar, parçalanmalar birbirini izledi.

1995 yılında kuruluşun başına geçen G., kamusal haklarının geri verilmesi sonucunda, ülkedeki Müslüman Cemaat'in lideri kabul edilmiştir. Daha önce cemaatten çıkarılan karşı grubun lideri H., 1996-1997 yılları arasında önceki etkin konumunu yeniden elde etmek amacıyla, atağa geçerek bir dizi girişimde bulunmuştur. Daha önce olumsuz sonuçlanan davasını Üst Mahkeme'ye göndermiştir. 1997 yılının Nisan ayında Bulgaristan'da yeni bir hükümet kurulmuştur. Yeni hükümetin yetkilileri, iki lideri ve bu arada bölünmüş durumdaki Müslüman cemaatlerini birleştirmek amacıyla özendirici bazı girişimlerde bulunmuşlardır. 1997 yılı Eylül ayında iki lider, Müslüman halkın tüm sözcülerinin katılacağı "Ulusal Birleşme Konferansı" düzenlemek amacıyla bir anlaşma imzalamışlardır. Ancak daha sonra G., konferansın, cemaatin beklentilerine göre düzenlenmemesinin, politik konumdaki yetkililerin gelişmelere karşarak seçimde aday olacak kişileri tehdit edip baskı



uygulamalarının, ayrıca birleştirme konferansının hazırlık aşamasına Dini Mezhep Müdürlüğü'nün katılmasının ve devlet müdahalesinin kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür.

G.'nin katılmadığı konferans, G.'yi birleştirme sürecini engellemekle suçlayan Dini Mezhep Müdürlüğü tarafından hazırlanmıştır. Konferans toplanmış, aralarında H.'nin de bulunduğu yeni liderlerini saptamıştır. Yeni lider başbakan vekili tarafından onaylanmıştır. Yeni liderin onaylanmasını kabul etmeyen G.'nin açtığı dava, yeni liderin iki rakip grubun özgür iradeleriyle kararlaştırdıkları birleşme konferansı tarafından desteklendiği görüşüyle reddedilmiştir.

AİHM, Müslüman cemaatini birleştirmek amacıyla kamu organlarının girişimlerini, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında şöyle değerlendirmiştir:

*“Devlet yetkilileri, bölünmüş dini grupları ve liderlerini birleştirme gereksinimi duyabilirler. Ancak bu konu, doğası gereği çok duyarlı alanlarda geçtiği için, kamu yöneticilerinin çok dikkatli davranmaları gerekir. Bulgaristan’da, dini liderlerin bir araya gelip devlet onaylı tek bir çatı altında buluşmalarına ilişkin yasa, bu davanın en önemli dayanağını oluşturmaktadır. Yetkililer, G.’nin öngörülen süreçten çekilmesine karşın, ‘birleşme’ konusunda direngenliklerini sürdürmüşlerdir. Konferans sonuçları, başvuru örgütün temsil yetkisinin olmayacağı, işleri yönetemeyeceği ve hukuksal varlığını çoğunluğun istemleri doğrultusunda biçimlendireceği kurgusuna oturtulmuştur. Bu nedenle başvuru örgüte, Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamına giren bir kamusal müdahale uygulanmış olmaktadır.*

*Mahkeme, yöneticilerin amaçlarının yasal bir işleyiş oluşturarak, H.’nin 1995’te beklenmedik seçiminin yarattığı sorunlara bir çözüm bulmak istediklerini ve böylece başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzenini korumak için müdahalede bulduklarını kabul*

63

etmektedir. Devletin 1997 politikası, konuyla ilgili yasa ve bu yasanın uygulanmasında olduğu gibi, bölünmüş iki karşıt gruba, bunlardan birinin aksi yöndeki görüşüne rağmen tek bir liderlik altında toplamaya zorlanmış ve böylece kabul edilebilir takdir sınırlarını aşmıştır. Böyle bir müdahale demokratik toplumlarda gerekli olmadığından, Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal etmiştir." (Müslüman Cemaatin Yüksek Konseyi/Bulgaristan, 2004)

Dinsel örgütlenmelerin hükümet dışı kuruluşlar eliyle gerçekleştirilmelerini uygun gören karar, devletlerin bazı alandaki sınırlı etkinliklerinde son derece dikkatli davranmaları gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme, önüne gelen her yeni olayda, özgürlüklerin çitasını biraz daha yükselterek, önceki kararlarını geliştiren çözümler oluşturmaktadır. Konuya bu açıdan baktığında, Mahkeme'nin, Bulgaristan Müslüman Cemaati'nin başvurusu içinde değerlendirdiği resmi bir devlet organı olan "Dini Mezhep Müdürlüğü'nün" konumu ve yetkileri, Türkiye bakımından da önem taşımaktadır. Mahkeme, bir devlet kuruluşunun din işlerine doğrudan karışmasını, hükümet dışı dinsel temellere dayanan cemaat örgütleri arasındaki anlaşmazlıkları gidermek üzere arabuluculuk yapmasını, ardından çatışan yanlardan birinin destekçisi olmasını, Sözleşme'nin 9. maddesi ile bağdaşmaz bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, yalnız davada taraf olan ülkeler için hukuksal sonuçlar doğurmakla kalmakta, ulaşılan ilkesel değerlendirmeler Avrupa Konseyi'nin bütün üyelerini ilgilendiren bir içtihat birikimi oluşturmaktadır. Davalara taraf olan ülkeler, kendileriyle ilgili kararları bütün yönleriyle uygulama yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Davanın tarafı olmayan devletlerin ise, Mahkeme'nin bütün kararlarını inceleyip kendi yasa ve uygulamalarını sorgulamaları gerekmektedir.

Türkiye’de Anayasa’nın 136. maddesine göre “*genel idare içinde yer alan..*” bir devlet kuruluşu olan Diyanet İşleri Başkanlığı’nın görev ve yetkilerinin, yukarıda özetlenen karar ışığında gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

AİHM’ye, Sözleşme’nin 9. maddesiyle ilgili çok fazla dava gelmemiştir. Yüzyıllar önce gerçekleşen Avrupa aydınlanması ile birlikte kapitalizmin öngördüğü özgür işçi örgütlenmesi, din ve inanç özgürlüğü alanında doğabilecek sorunları en aza indirmiştir. Ancak uzun bir zamandan beri adı konulmadan süregelen 3. Dünya Savaşı, küreselleşen emperyalizm ile, bilinçsizce ve birbirleriyle vurularak kurtuluş mücadelesi veren ezilen ulusların halkları arasındaki çelişkileri uzlaşmaz boyutlara getirmiştir. Demokratik geleneklerden, güncel silahlardan, emperyalizmin olanaklarından yoksun halkların, sınırlı da kalsa dinsel temellerde gerçekleşen birliktelikleri, sergiledikleri eylemler nedeniyle güncel hukuka da yansımaktadır. Avrupa devletleri, kendilerini etkilemediği, hatta bir ölçüde işlerine yaradığı için ülkelerindeki yabancıların geçmişte hiç ilgilenmedikleri dinsel örgütlenme ve davranış alışkanlıklarını yakın izlemeye almışlardır. Önümüzdeki dönemde, AİHM’de 9. maddeyle ilgili davaların artması beklenmelidir.

**AİHM, 9. MADDE BAĞLAMINDA  
TÜRKİYE'DEN GÖNDERİLEN BAŞVURULARDA  
OLAYLARI NASIL DEĞERLENDİRDİ?**

AİHM'nin, Türkiye'den gelen başvurularla ilgili Sözleşme'nin 9. maddesini değerlendirdiği ilk olay Askeri Yargıç Faruk Kalaç'ın davası olmuştur. Yüksek Askeri Şura 1 Ağustos 1990 günlü kararında Faruk Kalaç ile birlikte diğer bazı silahlı kuvvetler çalışanları hakkında "... askeri disiplini bozdukları ve küçük düşürücü davranışlarda buldukları" gerekçesiyle, zorunlu emeklilik kararı vermiştir.

Ulusal düzeyde yargı yolu kapalı olan bu işleme karşı Kalaç'ın Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında yaptığı başvuruyu değerlendiren AİHM, "Faruk Kalaç'ın askerlik mesleğini seçerken, sivillere uygulanması mümkün olmayan; ancak silahlı kuvvetler üyelerinin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanma olasılığına niteliği gereği yer veren askeri disiplin düzenini kendi istemiyle kabul ettiği ..." olgusundan yola çıkarak, "Başvurucunun, askeri yaşamın gereklerinin sınırları içinde, bir Müslüman'ın dini ibadetinin normal şeklini oluşturan görevlerini yerine getirebildiği tartışma konusu değildir. Başvurucunun özellikle günde beş vakit namaz kılmasına, oruç tutmasına, cuma namazlarını camide kılması gibi diğer dini görevlerini yerine getirmesine izin verilmiştir.

*Yüksek Askeri Şura kararı, Hakim Yüzbaşı Kalaç'ın dini görüş ve inançlarına, dini görevlerini yerine getirmesine değil, tutum ve davranışlarına dayandırılmıştır. Türk makamlarına göre bu davranış askeri disiplini bozmuş ve laiklik ilkesini ihlal etmiştir. Mahkeme'ye göre emekliliğe sevk kararına yol açan etkenin, başvuruçunun dinini açığa vurma biçimi olmadığından ..." olayda Sözleşme'nin 9. maddesiyle güvence altına alınan haklara yönelik bir müdahale bulunmamıştır. (Kalaç/Türkiye, 1997)*

Türkiye'de kadınların kamusal denetim dışında kalan alanlarda başlarını örtmeleri ya da açmaları konusunda genel hukuksal düzenlemeler bulunmamaktadır. Milletvekili, öğrenci, devlet memuru, sağlık çalışanı gibi görevlerde bulunanların dinsel inançlarını kamusal etkinlikleri sırasında sergileyecek biçimde başlarını örtmelerini önleyen kurallar, uzun zamandan beri laiklik tartışmalarının simgesi durumuna getirilmiştir. Böylece başörtüsü bireysel davranış biçimi olmaktan çıkmış, güncel politikanın belirleyici ayıraçlarından birisi olmuştur. Başörtüsü tartışması hukuk alanına da yansıtılmış, ulusal organlardan bekledikleri sonucu alamayanlar, Strasbourg yargı yerlerine başvurmuşlardır. AİHK, daha önce gelen çeşitli başvuruları kabul edilmez bulmuş ve reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesince kapatılan Refah Partisi'nin davasında da başörtüsü konusu Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında tartışılmış ve siyasal partilerin "*değişik din ve inançlar arasında ayrımcılık yapamayacakları ...*" vurgulanmıştır.

Mahkeme'nin başörtüsü konusundaki en ayrıntılı yorumları, üniversite öğrencisi Leyla Şahin tarafından açılan davada yer almıştır. AİHM'ye göre, "*9. madde, din ve inançlardan esinlenen her davranışı korumamakta, bir inanç tarafından emredilen yolun kamusal alan içinde hareket etme hakkını tüm davalarda güvence*

*altına alınmaktadır. Mahkeme 9. madde kapsamında başvurucunun hakkına müdahale edilip edilmediğini, eğer bir müdahale varsa, bunun hukukça öngörülüp öngörülmediğini, müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeyeceğini ve getirilen kısıtlamaların 9. maddenin 2 fıkrası bağlamında 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmadığını araştırmak durumundadır."*

Başörtüsü takmanın başvurucu açısından dinsel bir yükümlülük olup olmadığı konusuna Mahkeme ihtiyatla yaklaşmıştır. "Başurucu başörtüsü giyerken dini bir emri yerine getirdiğini ve İslam inancının yüklediği görevlere sıkı bir biçimde uyma kararlılığı içinde olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla başvurucunun başörtüsü giyme kararı bir inanç ya da äinden esinlenen bir davranış biçimi olarak değerlendirilebilir. Mahkeme bu tür tercihlerin her olay için dinsel bir yükümlülüğü yerine getirme amacıyla yapıp yapılmadığı konusunda herhangi bir karar vermeksizin, başörtüsü giyme hakkına yer ve giyim biçimi açısından sınırlamalar getiren tartışma konusu düzenlemelerin, başvurucunun dini inançlarını ifade hakkına bir müdahale oluşturduğu ..." olgusundan yola çıkarak incelemelerini sürdürmüştür.

İşlemin, yasallığı açısından "... Türk hukukunda bir temeli olduğunu bulgulayan ..." Mahkeme, "... davanın koşulları ve ulusal yargı kararlarındaki saptamaları dikkate alarak, uyumsuzluk konusu müdahalenin öncelikle kamu düzenini ve başka kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma açısından meşru amaç güttüğünü ..." bulgulamıştır.

Bu aşamadan sonra kararda tartışılan belirleyici konu, alınan önlemlerin demokratik toplum açısından bir zorunluluk oluşturup oluşturmadığı koşulu olmuştur. AİHM'nin Leyla Şahin/Türkiye kararı, dinsel inanç ve simgelerin kamusal yaşamdaki yansımalarını çok kapsamlı biçimde inceleyen

önemli bir hukuksal belge niteliğini taşımaktadır. Yargı kararlarının gerekçeleriyle birlikte değerlendirilmelerinin gerektiğini gözeterek, Mahkeme'nin bu gün ülkemizde çok fazla tartışılan konularla ilgili görüşlerinin geniş bir özetini aşağıya aktarıyoruz:

*“Tek ve aynı nüfus içinde, çeşitli dinlerin bir arada var olduğu demokratik toplumlarda, birinin dinini ya da inancını ifade etme özgürlüğü üzerine kısıtlamalar koymak, değişik grupların yararlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı duyulmasına sağlamak için zorunlu olabilir”* (yukarıda anılan Kokkinakis kararı, p. 18, 33).

Mahkeme, Karaduman/Türkiye (no. 16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, p. 93) ve Dahlab/İsviçre (no. 42393/98, AİHM 2001-V) kararlarında, Sözleşme organlarının, demokratik bir toplumda, eğer türban giyilmesi takip edilen kamu düzeni, kamu güvenliği ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla uyumsuz ise, Devletin türban giyilmesini kısıtlamak için yetkili olduğuna karar verdiklerine dikkati çekmektedir. Yukarıda anılan Dahlab davasında başvuru, küçük çocuklardan sorumlu olan bir sınıf öğretmenidir. Mahkeme, diğer konuların yanı sıra Kuran'ın kadınlara yüklemiş olduğu yükümlülükle cinsiyet eşitliği ilkesi arasında bir uzlaşma sağlamanın güç olduğunu dikkate alarak, başvuruçunun giydiği eşarabın *“güçlü dış sembol”* etkisi taşıdığını ve herhangi bir proselitist etkiye sahip olup olmadığını sorgulamıştır.

Aynı şekilde Mahkeme, Türkiye' de laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı duyulmasıyla uyumlu olduğunu ve laikliğin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde Devletin temel ilkelerinden biri olduğunu daha önce de belirtmiştir

(yukarıda anılan Refah Partisi ve Diğerleri, p. 93). Nüfusun çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu Türkiye gibi bir ülkede, Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka bir dine bağlı olan öğrenciler üzerinde baskı uygulanmasından dolayı, belirli radikal dini hareketleri engellemek için üniversitelerin önlemler alması haklı görülebilir. Bu çerçevede, laik üniversiteler, farklı inançlara sahip öğrenciler arasında barışın kurulmasını sağlamak amacıyla, bu tür ifadelerin yeri ve yöntemi açısından kısıtlamalar getirerek, dini sembollerin ve törenlerin gösterimini düzenleyebilir ve böylelikle kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını koruyabilir (yukarıda anılan Refah Partisi ve Diğerleri, 95).

Mahkeme, aynı zamanda, Sözleşme mekanizmasının rolünün temel olarak ikincil olduğunu belirtmektedir. Mahkeme kendi içtihatlarında, prensip olarak ulusal yetkililerin, yerel koşulları ve gereksinimleri, uluslararası bir mahkemeye göre çok daha iyi biçimde değerlendirme konumuna sahip olduğunu belirtmiştir (bkz., diğerleri arasında, 7 Aralık 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararı, Seri A no. 24, 48). Dolayısıyla ilgili yasal çerçevede yürütülen özel önlem açısından, müdahale için "zorunluluğun" ilk değerlendirmesi/takdiri ulusal yetkililere aittir. Bu şekilde, değerlendirmenin sınırı, ulusal yetkililere bırakılmakla birlikte, yetkililerin kararı, Sözleşme koşullarına uygunluk açısından, Mahkeme'nin incelemesine tabidir (bkz., mutadis mutandis, Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık [GC], no. 63022/97, 101, AIHM 2003-VIII).

Devletlere bırakılan takdir yetkisinin sınırları belirlenirken, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakkın önemi, yasaklanan eylemlerin doğası ve yasaklamaların amacı dikkate alınmak zorundadır (bkz., mutadis mutandis, Hatton ve



Diğerleri/Birleşik Krallık, 101 ve 25 Eylül 1996 tarihli, Buckley/Birleşik Krallık kararı, Raporlar, 1996-IV, p. 122, 76). Devlet ve dinler arasındaki ilişkilere dair sorunların riskli olduğu durumlarda, söz konusu meseleler açısından (demokratik bir toplumda) makul ve geniş ölçüde düşünce ayrışmaları olabilir. Bu tür durumlarda ulusal karar mekanizmasının yerine getirdiği role özel bir önem verilmelidir (bkz., mutadis mutandis, yukarıda söz edilen Cha'ara Shalom ve Tsedek kararı, 84 ve 25 Kasım 1996 tarihli, Wingrove/Birleşik Krallık kararı, Raporlar, 1996-V, s. 1958, p. 58). Bu tür davalarda, farklı çıkarlar ve tehlikede olan diğerlerinin hakları ve özgürlükleri, yurttaşlar arasında huzursuzluğun önlenmesi, kamu düzeninin gerekleri ve çoğulculuk arasında sağlanmak durumunda olan adil dengenin hesaba katılması zorunludur (bkz., mutadis mutandis, yukarıda söz edilen Kokkinakis kararı, 31; 26 Eylül 1996 tarihli, Manoussakis ve Diğerleri/Yunanistan kararı, Raporlar 1996-IV, s. 1364, p. 44 ve yukarıda söz edilen Casado Coca kararı).

Daha önce belirtilen ilkelerin Mahkeme önündeki davaya uygulanması; Üniversite içinde türban giyen Bayan Şahin gibi öğrencilerin haklarına yer ve usul açısından birtakım sınırlamalar getiren 23 Şubat 1998 tarihli yönergenin neden olduğu müdahalenin "zorunluluğunu" takdir etmek için, Mahkeme, yönergeyi yasal ve sosyal koşullar bağlamında ele almak ve davanın kendi koşulları ışığında incelemek zorundadır. Halihazırdaki davaya uygulanabilir mevcut ilkeler dikkate alınarak, Mahkeme'nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, güdülen amaçlarla orantılı ve müdahale için gösterilen gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Müdahalenin dayandığı temel konusunda, özellikle, birbirini tamamlayan ve sağlaştıran iki ilkenin –laiklik ve eşitlik– dikkate alındığı öncelikli olarak göz önüne alınmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında, laiklik ilkesinin Türkiye’de; diğerlerinin yanı sıra, yurttaşların yasa önünde eşitliği ilkesinin, din özgürlüğünün ihlal edilemezliği ilkesinin –bireyin vicdanından kaynaklandığı ölçüde– ve demokratik değerlerin güvencesi olduğunu belirtmiştir. Laiklik ayrıca, bireyi dış baskıdan da korumuştur. Mahkeme, söz konusu değer ve ilkeleri savunmak için kişinin dinini ifade etme özgürlüğüne kısıtlamalar getirilebileceğini eklemiştir.

Laikliğin bu nosyonu, Mahkemeye, Sözleşme’nin dayanağını oluşturan değerlerle uyumlu görünmektedir. Mahkeme, Türkiye’deki demokratik sistemin korunması zorunluluğunun göz önüne alınmış olması nedeniyle, söz konusu ilkenin desteklendiğini kabul etmektedir.

Bunlara ek olarak, Anayasa Mahkemesi gibi Mahkeme de, türban sorununu Türk toplumunun kendi koşulları içinde ele alırken, dinin zorunlu bir gereği olarak savunulan veya algılanan bu tür bir sembolün giyilmesinin, bu sembolü giymeyi tercih etmeyenler açısından birtakım etkiler yaratabileceğine dikkati çekmektedir. Halihazırda belirtildiği üzere (bkz., yukarıda söz edilen Karaduman ve paragraf 95’ de belirtilen Refah Partisi ve Diğerleri kararları) tartışma konusu meseleler, nüfusun çoğunluğunun İslam inancını kabul etmesine rağmen, kadın haklarına ve laik yaşam anlayışına sıkı bir şekilde bağlı olduğunu belirten bir toplumda, “diğerlerinin haklarının korunması” ve “kamu düzeninin devamı” hususlarını içermektedir. Dolayısıyla bu alandaki özgürlüğe getirilen sınırlamalar, sözü edilen bu iki meşru beklentiyi gerçekleştirme amacıyla, özellikle Türk mahkemelerinin söz konusu dini simgenin geçmiş yıllarda politik anlamda ele aldığı ifade etmiş olmaları nedeniyle, sosyal gereksinimlerin gereğinin yerine getirilmesi olarak değerlendirilebilir.

Mahkeme, toplumun tamamı açısından dini temelde kurulan bir toplum düşüncesini ve kendi dini simgelerini uygulamaya çalışan aşırı politik hareketlerin Türkiye'deki varlığını göz ardı etmemektedir. Mahkeme, Sözleşme hükümlerine uygun olarak, her bir Sözleşen Devletin kendi tarihsel deneyimleri uyarınca bu tür politik hareketlere karşı birtakım önlemler alabileceğini geçmişte ifade etmiştir (yukarıda söz edilen Refah Partisi ve Diğerleri kararı paragraf 124). Yukarıda sözü edilen meşru amaçların yerine getirilmesini, dolayısıyla üniversitedeki çoğulculuğu korumayı amaçlayan önlemlerden birini oluşturan söz konusu yönetmeliğin, bu bağlamda ele alınması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen arka planı göz önüne alarak, Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere, üniversitelerde dini simgelerin giyilmesine getirilen yasaklamanın temelini oluşturan düşünce bir laiklik ilkesidir. Çoğulculuk değerlerinin, haklarına saygının ve özellikle yasa önünde kadın ve erkeğin eşit olduğunun öğretildiği ve hayata geçirildiği bir konseptte, görülmekte olan dava da dahil olmak üzere, kız öğrencilerin üniversitede buldukları sırada başlarını türbanla örtmelerine ve dini semboller kullanmalarına konuyla ilgili yetkilerce onay verilecek olması halinde, böylesine bir onayın laiklik değerlerine aykırı olarak değerlendirilmesi anlaşılabilir bulunmuştur.

Başvurucu, üniversite yetkililerinin söz konusu önlemi uygulama şeklini eleştirmiştir. Buna karşın Mahkeme, Türk üniversitelerinde Müslüman öğrencilerin, devlet eğitiminin kurumsal gerekleri nedeniyle getirilen sınırlamaları aşmamak kaydıyla, Müslümanlığın gereği olan dinsel yükümlülükleri yerine getirmekte özgür olduklarının tartışmasız olduğuna dikkati çekmektedir. Buna ek olarak, 9 Temmuz 1998 tarihin-

de İstanbul Üniversitesi tarafından kabul edilen karar, bir dini veya inancı sembolize eden veya açığa vuran tüm giyinme biçimlerini üniversite içinde yasaklayarak eşit bir temelde hareket etmiştir.

Yukarıda bahsedildiği üzere şu konu oldukça açıktır; Türk mahkemeleri türbanı Anayasaya aykırı olarak değerlendirmiştir ve ayrıca türban giyimine ilişkin yönetmelik yıllardır yürürlüktedir. Dolayısıyla birtakım üniversitelerin söz konusu kuralları, bireylerin özellikleri ve kendi anlayışları bağlamında uygulamamış olmaları, bu kuralların haksız olduğu sonucu doğurmaz. Ya da üniversite yetkililerinin yasadan, üniversite yönetim kurallarından ve bireysel kursların zorunluluklarından kaynaklanan yetkilerini kullanmamaları da herhangi bir anlam taşımaz. Bununla birlikte üniversitenin giysi konusundaki politikası ve uyguladığı bireysel önlemler ne olursa olsun, tüm bunlar idare mahkemelerinde yargısal denetime tabidirler.

Ayrıca yönergenin yayınlanmış olduğu 23 Şubat 1998 tarihinde öğrencilerin türban giyip giymeyeceklerine ilişkin uzun tartışmalar yaşanmıştır. Söz konusu sorunlar 1994 tarihinde İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde ortaya çıktığı zaman, üniversite yetkilileri uygulanacak kurallar hakkında öğrencileri bilgilendirmişlerdir. Mahkeme, üniversite yetkililerinin türban takan üniversite öğrencilerini üniversiteye girmekten men etmek yerine, üniversite binalarında düzenin devamını sağlayarak, karar verme süreci boyunca söz konusu kişilerle diyalogu içeren aşamalı bir çözümü tercih ettiklerini belirtmektedir.

Mahkeme, geçmişteki gelişmeler ışığında ve özellikle Sözleşen Devletlere bırakılan takdir yetkisini göz önüne alarak, İstanbul Üniversitesi'nin başörtü giymeyi yasaklayan yönet-

meliğinin ve uygulanan önlemlerin prensip olarak haklı ve izlediği amaçla orantılı olduğunu ve “demokratik bir toplumda zorunlu” olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 9. maddesi ihlal edilmemiştir. (Leyla Şahin/Türkiye, 2004 )

Başvurucu, 4. Daire’nin kararına itiraz ederek tartışmanın AİHM Büyük Kurulu önüne getirilmesini sağlamıştır. 17 yarığıtan oluşan Büyük Kurul’un, 16 yarığıcın oy çokluğu ile verdiği kararı, 10 Kasım 2005 günü açıklanmıştır. Başvurucunun itirazlarını reddeden karar, genel olarak yukarıya aktardığımız 4. Daire’nin gerekçelerine katılmıştır. Büyük Kurul, “türban” tartışmasının siyasal yönü üzerinde de yoğunlaşmıştır. “İslami başörtüsünün dinin gereklerinden olduğu” savlarına karşı, “bu görüşün devlet eğitiminin tarafsızlığı ilkesi ile bağdaşmadığı” belirtilen kararda, “türban yasağının laik eğitimin gereği olduğu, kamu otoritelerinin İslami başörtüsünü engellemelerinin anlaşılabilir bulunduğu” üzerinde durulmuştur. “Politik İslam’ın simgesi” deyimini kullanılan “türbanın yasaklanmasının özel yaşama saygısızlık olmadığı, aksine diğer kişilerin hak ve özgürlüklerine ve özel yaşamlarına saygının bir gereği olduğu” belirtilmiştir.

Büyük Daire Kararı’nda ayrıca, 1980’lerden sonra yoğunlaşan türban tartışmalarının öğrenciler arasında ve toplumun diğer kesimlerinde kamplaşmalar yaratarak “inançlılar ve inançsızlar” ayırımına neden olmasına karşın, dini inançları yüksek olan kişilerin bile dinsel açıdan türban takmanın zorunluluk oluşturduğu konusunda düşünce birliği içerisinde bulunmadıklarına değinilmiştir. Mahkeme, benzer kararlarında olduğu gibi, “üniversitelerdeki türban yasağının, başvurucunun üniversiteye yazılmadan önce de uygulandığına ve bu sınırlandırmayı bilerek öğrenime başladığına” değinerek, sonradan bu olguya karşı çıkmasını Sözleşme ile bağdaşmaz bulmuştur.

AİHM'nin çalışma ilkelerine göre, bir Daire kararının Büyük Kurul'a gönderilmesi durumunda, Mahkeme itiraz edilsin veya edilmesin, önceki kararın tümünü inceleyip değerlendirmektedir. Leyla Şahin'in başvurusunda 4. Daire, 9. maddenin ihlal edilmediğini belirttikten sonra, yakınmacının Sözleşme'nin 8, 10, 14. maddeleri ile 1 numaralı Protokol'ün 2. maddesine dayandırdığı istemlerinin, "9. madde ile bağlantılı olarak incelenen koşullarla aynı olması nedeniyle ..." ayrıca bir karar verilmesine gerek olmadığını kararlaştırmıştı. Büyük Kurul ise, başvuruçunun Sözleşme ihlaline dayanak gösterdiği tüm maddeleri ayrı ayrı değerlendirmiştir. 9. maddeyi ihlal savları 16 üyenin oyları ile reddedilirken, üniversitelerdeki türban yasağının Sözleşme'nin 8. maddesindeki "özel yaşamın korunması" ve 10. maddesindeki "düşünceyi açıklama" özgürlüklerine, 1 numaralı Protokol'ün 2. maddesindeki "öğretim ve eğitim" özgürlüğüne aykırı olmadığına oybirliği ile karar vermiştir. Başvurucu kendisine ayrımcılık yapıldığını belirterek, 14. maddenin de çiğnendiğini ileri sürmüştü. Bu konudaki istemleri de oybirliği ile reddedilmiştir. (Leyla Şahin/Türkiye, 2005)

AİHM'nin bir konuyu araştırmaya gerek görmemesi ile aynı konudaki ihlal savlarını gerçeğe aykırı bulduğu için reddedilmesi, çok farklı sonuçlardır. Büyük Kurul kararından sonra, artık türban yasağına karşı çıkılacak, bu tür savlara dayanak gösterilebilecek, başkaca bir Sözleşme maddesi kalmamıştır. Büyük Kurul kararının 4. Daire kararına en büyük katkısı da olayı tüm yönleri ile değerlendirmiş olmasıdır. Bu karar, ileride 11. madde içinde değerlendirilecek Refah Partisi davasında olduğu gibi, başörtüsü tartışmasını uluslararası ölçekte sonlandırmış olmaktadır. Hiç kuşku yok ki, başörtüsü ile ilgili değerlendirmeler, diğer başka inançların öne çıkardıkları simgeler açısından da geçerlidir.

AİHM'nin düşünceyi açıklama özgürlüğünü dinsel inançlarla bağlantılı olarak değerlendirdiği son kararı, 13 Eylül 2005 günlü İ. A / Türkiye davası olmuştur. AİHM'nin saptamalarına göre, yazar ve ozan Abdullah Rıza Ergüven'in "*Yasak Tümceler*" adlı romanı, 1993 yılında İstanbul'da Berfin Yayınevi tarafından yayınlanmıştı. İlk baskısı iki bin adet olan, ikinci baskısı yapılmayan yapıtta, yazarın ilahiyat ve felsefe konularındaki görüş ve düşünceleri romansı bir dille anlatılmıştı. İstanbul Cumhuriyet Savcısı, kitabın Tanrı'yı, Dini, Peygamber'i, Kutsal Kitap'ı yayın yoluyla küçük düşürdüğü, hakaret içerdiği görüşüyle TCK'nın 175. maddesinin 3 ve 4. bentleri uyarınca cezalandırılması amacıyla, yayıncı hakkında 18 Nisan 1994'te bir kamu davası açtı. İddianame, İstanbul Basın Savcılığı'nın olay tarihinde Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dekanı olan Prof. Salih Tuğ'dan aldığı bilirkişi raporuna dayandırılmıştı. Berfin Kitabevi'nin sahibi ve yayıncısı olan başvurucunun itirazı üzerine, Burhan Kuzu, Adem Sözüer ve Kayıhan İçel'den oluşan yeni bir bilirkişi kurulu oluşturulmuştu. Onlar da ilk raporu doğrulayan nitelikte görüşler açıklayınca, İstanbul Asliye Ceza Mahkemesi, başvurucuyu iki yıl hapis cezası ile birlikte para cezasına mahkum etmiştir. 28 Mayıs 1996 günlü kararda, hapis cezası da paraya dönüştürüldüğünden, toplam ceza 3.291.000 TL. olmuştur. Karar 6 Ekim 1997'de Yargıtay'ca da onanarak kesinleşmiştir.

AİHM, yayıncı İ. A.'nın başvurusu üzerine, yazarın şav ve savunmalarını, kendi gerekçelerini, 13 Eylül 2005 günlü kararında aşağıdaki tümcelerle açıklamıştır:

*"Mahkeme, taraflar arasındaki dinsel tartışma nedeniyle başvurucunun cezalandırılmış olmasının 10. maddenin koruduğu anlatımı özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Ahlakı, kamu düzenini ve başkalarının haklarını korumak amacıyla yasayla öngö-*

rılmış müdahalede bulunulması ve kovuşturma yapılması yadsınmaz. Bu durumda anlaşmazlık müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusundadır. Mahkeme 10. maddeyle ilgili açıklamış olduğu temel ilkeleri özellikle Handyside davası-İngiltere (7 Aralık 1976 tarihli karar seri A no:24) ve Fressoz ve Roire davası Fransa no:1995/29183 davalarında sergilemiştir. Anlatım özgürlüğü, demokratik bir toplumun esas temellerinden birini; gelişmesinin ve açılmasının en eski koşullarından birini oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafındaki düzenlemeler saklı kalmak koşuluyla, Mahkeme yalnızca bilgi edinme ve düşünce açıklamalarını veya onların zararsız ve önemsiz kabul edilenlerini değil; aynı zamanda inciten, şok eden ya da kaygılandırıcı açıklamaları da 10. maddenin koruması altında kabul etmiştir.

10. maddenin 2. paragrafı, bu özgürlüğün kullanılmasının bazı görev ve sorumlulukları içerdiğini belirtmektedir. Bunların arasında, başkalarına ve kutsal değerlere hakaret etmekten kaçınma borcu da bulunmaktadır (Örneğin Bakınız Otto-Preminger-Institut Davası Avusturya 20 Eylül 1994 tarihli karar, seri a no ; 295 A; ve Murphy Davası İrlanda no: 1998/44179). Sonuç olarak dinsel inançların kutsal saydığı değerlerin aşağılanması, hakarete uğraması durumunda, bu eylemler cezalandırılabilir.

Mahkeme'nin Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin, demokratik toplumlar için zorunlu olan sınırları aşmış olmadığını incelerken, çoğu kez belirttiği gibi, Sözleşme'ye taraf devletler sınırlı bir marjdan yararlanarak bazı kısıtlamalara gidebilmektedirler. Avrupa ülkelerinin tümü için geçerli tek bir din anlayışının olmaması nedeniyle, Sözleşmeciler devletler, diğerlerinin haklarını korumak amacıyla, ahlaki ve dini kanaatlerin açıklanmasını belli kurallara bağlayan düzenlemeler yapmakta daha geniş bir takdir hakkına sahiptirler. (Bakınız anılan Otto-Preminger-Institut Davası ve Murphy Davası)



*O halde bir devlet, başkalarının din, vicdan ve düşünce özgürlüğüne saygı olgusu ile çelişen düşüncelerin açıklanmasına, iletişim özgürlüğü de dahil sınırlandırma niteliğinde bir takım yasal önlemler getirebilecektir. (Bakınız Kokkinakis davası- Yunanistan 25 Mayıs 1993 tarihli karar ve anılan Otto- Preminger-Institut davası ) Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme ile özgürlükleri sınırlandırmanın bağdaşması konusunda kesin kararı verme hakkına sahiptir ve bunu davanın durumuna, özellikle müdahalenin zorunlu bir toplumsal gereksinime uygun düşüp düşmediğine ve ilgili yasal amaca uygun olup olmadığına bakarak yapmaktadır. O halde ortaya konulan sorun, tartışmalı çıkarılara önem atfeden iki temel özgürlüğün kullanımını dengelemekle ilgilidir. Bir yandan; başvuru için, dini teori konusunda düşüncelerini halka aktarma hakkı ve diğer yanda başka insanların din, vicdan ve düşünce özgürlüğüne saygı hakkı.*

*Çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık düşüncesi demokratik bir toplumun temel kimliğidir. Din özgürlüğünü açıklama hakkını kullanmayı seçen dini çoğunluk veya dini bir azınlığa bağlı olanlar, her eleştiriye karşı yeterince korunmuş olmayı beklememelidirler. Onlar, dini inançlarının başkaları tarafından reddedilmesini ve hatta inançlarına düşman olan doktrinlerin başkaları tarafından yayılmasını da hoş görebilmeli ve kabul edebilmelidirler. Böyle olmakla birlikte, yalnızca inciten ve şok eden sözler ve kışkırtıcı düşünceler değil; aynı zamanda İslam peygamberinin kişiliğine karşı aşağılayıcı bir saldırı da söz konusudur. Laiklik ilkesine derinden bağlı Türk toplumunda belli bir hoşgörü hüküm sürmekle birlikte, dini doğmaların eleştirisi söz konusu olduğunda, inananlar, yargılama konusu pasajda yer alan sözlerde olduğu gibi kendilerini yasal olarak haksız bir şekilde saldırıya uğramış ve tahkir edilmiş hissedebilirler.*

*Sonuç olarak Mahkeme, tartışılan önlemlerin, Müslümanlar tarafından kutsal sayılan inançları ilgilendiren konularda; saldırılara karşı bir korunma sağlamak amacını güttüğünü dikkate almaktadır.*

64

Bunun yanında Mahkeme, suçlanan konuya karşı alınan önlemin zorunlu bir toplumsal gereksinime yanıt verebilmesi gerektiğini de değerlendirmektedir. Mahkeme, yetkililerin bu konuda değerlendirme marjını aşırıya götüremeyeceklerini bilmeleri gerektiğini ve iç hukukta ileri sürülen gerekçelerin yeterli olduğunu ve başvuruçunun iddiasının aksine bunun yerinde bir önlem olduğunu kararlaştırmıştır.

*Mahkeme, ulusal mahkemelerin kitaba el koyma kararı vermemesinin ve önemsiz bir para cezası ile yetinmesinin amaçlanan sonuca uygun bir orantılılık oluşturduğunu belirtmiştir. Açıklanan nedenlerle Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.*" (İA/Türkiye, 2005)

**AİHM'NİN KARARLARINDA, KATOLİK, ORTODOKS  
İNANÇLARINA VE İSLAMLIĞA YÖNELİK  
DEĞERLENDİRMELERİNDE  
AYRIMCILIK YAPILDIĞI  
SÖYLENEBİLİR Mİ?**

**65**

AİHM, ulusal ölçekte yasaklar koyup bunların uygulanmasını denetleyen bir organ değildir. Görevi, önüne getirilen başvurular ölçüğünde ulusal uygulamaları Sözleşme karşısında tartışıp değerlendirmektir. İleride de görüleceği gibi, Mahkeme, ahlaki değerler ve dinsel inançlar konusunda ulusal organların önceliğini ve değerlendirmelerini benimsemektedir. Mahkeme'nin tartıştığı konu, ulusal yetkililerin getirdiği sınırlamaların Sözleşme'ye ve demokratik toplumların gereklerine uygun olup olmadığının tartışılmasıdır. Konuya bu açıdan baktığında, Mahkeme'nin dinsel inançlar karşısında ayrımcılık yaptığının ileri sürülmesi gerçeğe uygun düşmeyecektir. Otto Preminger kararı ile yukarıda özetlenen İA/Türkiye kararının ve bu davalarla ilgili karşı oy gerekçelerinin karşılaştırılması, dinsel konularda Mahkeme'nin yansızlığını koruduğunu göstermektedir.

3'e karşı 4 oyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğini açıklayan İA kararı, 1994 yılında sonuçlanan Otto Preminger/Avusturya davasının sonuçları ile büyük ölçüde uyumludur. Mahkeme, Müslüman halkın inanç özgürlüğünün korunması amacıyla, yayıncının düşüncesini açıklama ve

65

Yayma özgürlüğünün kısıtlanmasını, demokratik toplumların zorunlu kıldığı bir önlem olarak değerlendirmiştir. Bir başka anlatımla, Sözleşme'nin 9. maddesinin koruması altındaki inanç özgürlüğü, 10. maddenin 2. bendine göre, düşünceyi açıklama özgürlüğüne yönelik haklı bir müdahale kabul edilmiştir.

Yedi yargıçtan oluşan AİHM 2. Dairesi'nin oyçokluğu ile verdiği bu karara katılmayan ve aralarında Daire Başkanı Costa'nın da bulunduğu üç yargıcın karşı oy gerekçelerinde ise, aşağıdaki görüşler yer almıştır:

*"Yargıçlar Mm Costa, Cabral Baretto Ve Jungwiert'in Ortak Ayrık Oyu:*

1. Anlatım özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel ilkelelerinden birisi olarak, yalnızca haberleşmenin, inançların, önemsiz ve zararsız olarak değerlendirilen düşüncelerin korunması için değil; ancak aynı zamanda toplumun bazı kesimlerini ya da devleti inciten, şok eden ya da endişelendiren düşünce ve haberleşmenin de korunmasını sağlamaktadır. 'Handyside kararı'nda, İngiltere 7 Aralık 1976 (seri A no:24, 49) yer alan bu ifade metni birçok kez Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi kararlarında yayımlanmıştır. Düşünüyoruz ki, bu formül yalnızca büyüklü bir söz ya da bir ritüel olmamalı; ama aynı zamanda toplumun bazı kesimlerini ya da devleti inciten, şok eden veya endişelendiren düşünce ve haberleşmeye de önem vermeli ve mahkememizin çözümlerine ilham vermelidir.

2. İşbu davada, başvuru, bir yayınevi yöneticisidir. 1993 yılında bir roman yayınlamıştır. Kitap iki bin adet basılmıştır. Dava dosyası kaç gerçek okuyucunun onu okuduğunu bilmeye yeterli gelmemektedir. Ne var ki bu sayının çok az olduğu görülmektedir. Açıklandığı üzere yapının ikinci baskısı yapılmamıştır. Yazarın toplum konusundaki soyut değerlendirme niteliğinde olan sözleri, ulusal otoriteler tarafından zaten dikkate alınmamıştır.

3. Yayıncıyı suçlamak ve cezalandırmak için savcı ve mahkeme, romandan inanç sahiplerini ve dinleri ( tüm inananları, tüm dinleri) eleştiren romancının ateizmi gibi septisizmini söz götürmez bir tarzda açıklayan birkaç tümceyi değerlendirmeye almaktadır. Türk toplunu gibi çok dindar bir toplumda ateistlerin çok az sayıda olduğu, ateist ve materyalist düşüncelerin halkın çoğunluğunun inancını incittiği ya da şok edecek cinsten olduğu kesindir. Ama bu bize, demokratik bir toplumda bir kitabın yayıncısını cezalandırmak için yeterli bir sebep gibi görünmemektedir.

4. Kararın 13. paragrafında yeniden yayımlanan Muhammed'e yönelik anlatımlar çok daha can sıkıcıdır. Bu sözler inançları çok önemli olan inanmış Müslümanları derinden yaralayabilir.

5. Ancak, can sıkıcı bu birkaç cümlelerin bütün bir kitabın yayıncısını cezalandırmak için tam anlamıyla yeterli olduğunu düşünmüyoruz. Zaten hiç kimse bir romanı satın almak ve okumak zorunda değildir. Eğer kitabı okuyan birisi bundan rahatsızlık duymuşsa, mahkemeye başvurarak Sözleşme'nin 9 ve 10/2 maddelerdeki haklarını ileri sürerek, inançlarına aykırı düşen ve hakaret içeren yayın nedeniyle tazminat talebinde bulunabilirdi. Ancak teokratik olmayan, demokratik bir toplumda savcının kutsal kitap, peygamber, din ve tanrı adına bir yayıncıyı cezalandırmak üzere dava açması olağan bir işlem sayılamaz.

6. Bu davadaki çoğunluğun bir diğer karşı düşünce ileri sürme noktası şudur ki, verilen ceza hafifletilmiştir. Çünkü sanığa verilmiş olan iki yıllık hapis cezasına indirim uygulanarak önemsiz bir para cezasına çevrilmiştir. Ama bu gerekçe bizim gözümüzde kesinlik taşıyan bir önemde görünmüyor. Basın özgürlüğü (kitap basma özgürlüğü) bir ilke sorunuyla ilgilidir ve her cezai yaptırım (ki buna İngilizce'de chilling effect denir) sıkı bir şekilde konformist olmayan veya politik ve dini olarak kusursuz olmayan kitap yayıncılarını caydırmaya yöneliktir. Kitap listesindeki kitap sayısını arttırmayı

dolaylı olarak teşvik etmeyi hesaba katmayan böyle bir oto sansür riski bu özgürlükler için çok tehlikelidir.

7. Mahkeme'nin içtihadının, daha önceki Otto Preminger Institut ve Wingrove kararlarını gözetmediği kesindir. Bu kararlarında Mahkeme, Müslüman halkın değil Hıristiyan halkın dini duygularının rencide edildiği konusunda 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermişti.

8. Bununla birlikte biz, önceki kararların gerekçelerini paylaşmıyoruz. Hiç kuşku yok ki, bir film ya da bir video, az sayıda basılmış bir romandan çok daha fazla etkileyicidir. Diğer yandan Otto Preminger ve Wingrove kararlarında Avrupa İnsan Hakları komisyonu birçok tartışmadan sonra 10. maddenin ihlal edildiğine karar verilmişti. Nihayet öyle görünüyor ki basın özgürlüğünden korkan ve çekinen konformist bir anlayışı ifade eden bu kararı yeniden gözden geçirmenin zamanı gelmiştir.

9. Bütün bu gerekçelerle ve üzüntülerimizi belirterek bu durumda 10 maddenin ihlal edildiğini mütalaa ederek meslektaşlarımızdan ayrılıyoruz."

Kanımızca, bu davanın karşı oy gerekçeleri, en az kararın kendisi kadar önem taşımaktadır. Öyle anlaşılıyor ki, azınlıkta kalan yargıçlar, daha önce yine üçe karşı dört oyla sonuçlanan ve anlatım özgürlüğünü aşırı biçimde kısıtladığı gerekçesiyle büyük eleştirilere neden olan Otto-Preminger Institut/Avusturya kararını değiştirme çabaları içinde bulunuyorlardı. Bu nedenle, İ. A./Türkiye kararının karşı oy gerekçeleri, adeta, önceki kararın karşı oy gerekçelerine koşut olarak hazırlanmıştır.

Avusturya'daki davada, savcılığı harekete geçiren kişi, Katolik Kilisesi'nin Innsbruck Piskoposluğu idi. Türkiye'deki

davada ise, din kuruluşlarından gelen bir istek olmaksızın Basın Savcılığı'nın kendiliğinden soruşturma açması, azlık oy gerekçesinde, demokratik devlet anlayışıyla bağdaşmaz bulunmuştur.

Avusturya davasının karşı oy gerekçesinde, *"Film, deneysel filmlere düşkün dar bir çevreye hitap eden bir 'sanat sineması'nda ücret karşılığında gösterilecekti. Dolayısıyla salonda özel olarak bu filme ilgi duyan insanların dışında izleyicilerin bulunması çok düşük bir olasılıktı. Üstelik filmi izlemeye gelenler, niteliği konusunda önceden yeterince uyarılmış olma fırsatına da sahiptiler... Avusturya hukukunun on yedi yaş altındakilerin korunmasını sağlayan kurallarını da gözeterek, konuya bir bütün olarak baktığımızda, el koyma ve yasaklama kararının, hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığı kanaatindeyiz."* denilmektedir.

Türkiye kararının karşı oy gerekçesinde ise, iki bin basılıp, ikinci baskısı yapılmayan kitabın çok az okunmuş olabileceği görüşüyle, yukarıdaki tümcelerde eleştirilen film kadar bile etkisi bulunmayacağı vurgulanmıştır.

Üç karşı dört oyla da olsa, AIHM'nin önceki içtihadı bu davada da sürdürülmüş ve toplumun çoğunluğunu oluşturanların dinsel inançlarının korunması amacıyla, düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi bir kez daha benimsenmiştir.

Avrupa Konseyi'nin kuruluş amaçlarından birisi de *"Adaleti, uluslararası işbirliğini ve barışı güçlendirmektir."* 2006 yılı başlarında patlak veren ve İslam dini inançlarının yalnız halk kitleleri üzerinde değil, devlet yönetiminde de belirleyici düzeyde etkili olduğu ülkelerde yaşanan *"karikatür krizi"*, din ve inanç konularındaki bireysel doyuma dönük girişimlerin, her türlü provokasyona açık olduğunu göstermiştir. Mahke-

65

me'nin Avusturya kararında değinilen "... Tyrol bölgesindeki halkın % 87'sinin Katolik inancına bağlı olduğu ..." gibi bölgesel ölçeklerin, günümüzde bir önem taşımadığı da görülmüştür. İletişimin sınır tanımadığı küreselleşen bir dünyada, sorunların değerlendirilmesinde de, küresel ölçeklerin gözetilmesi gerekmektedir.



**SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNDEKİ  
DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ  
BASINA NE TÜR GÜVENCELER SAĞLIYOR?**

**66**

Sözleşme'nin 10. maddesini aşağıya aktarıyoruz:

*"1. Her fert ifade ve izhar hakkına maliktir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuu bahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini müsaade rejimine tabi kılmalarına mani değildir.*

*2. Kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammun eden hürriyetler, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla, muayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tabi tutulabilir."*

AİHS' in 10. maddesi, 9. maddenin aksine çok daha yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. 9. maddenin genellikle bireysel değerlere yaslanmasına karşın, 10. madde düşüncenin toplumsallaşmasını korumaktadır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, bilgi edinmenin, eğitim ve öğrenimin, sanatsal etkinliklerin, ekonominin, basın ve yayın organlarının, politikanın, çoğul-

66

culuğun, demokrasinin olmazsa olmaz temel koşuludur. 10. madde bu yönleriyle, Sözleşme'nin koruduğu diğer temel hak ve özgürlüklerin de güvencesini oluşturmaktadır. Düşünsel yaşam, bilgi edinme, görüş geliştirme, edinilen düşünce ve kanuları toplumun diğer kişileriyle paylaşma olmak üzere üç aşamalı bir süreç izlemektedir. 10. madde, bu süreçlerin her birini tek tek ya da diğerleriyle birlikte koruma altında buldurmaktadır. Adil yargılanmanın zorunlu koşulu olan "susma hakkı" da 10. maddenin koruması altındadır.

Sözleşme'nin 10. maddesinin bu özelliklerini gözeterek AİHM, kararlarında, zaman içerisinde özgürlüklerin çitasını yükselten, sınırlandırmaları daraltan ve kamu adına yapılacak müdahaleleri en aza indirmeyi amaçlayan bir süreç izlemiştir. Özellikle basın özgürlüğü alanında edinilen kazanımların, geleneksel "devlet yandaşlığı" anlayışını büyük ölçüde ortadan kaldırdığı kolaylıkla söylenebilir. AİHM'nin 1976 yılında düşüncüyü açıklama özgürlüğünün kapsamını belirlediği, ölçütlerini koyduğu ünlü Handyside/İngiltere kararı günümüzde de etkinliğini sürdürmektedir. Aşağıya aktaracağımız gerekçeler, ulusal ve uluslararası düzeyde benzer türde bir çok davanın kararında yinelenmektedir.

*"İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için temel koşullardan biri olan demokratik toplumun ana ilkelerini oluşturur. Anlatım özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde yalnız lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenilmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ancak devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olunamaz. Bu nedenlerle, diğer etkenler bir yana, iletişim alanında getirilen her formalite, koşul, yasak ve ceza, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır."*

Düşüncenin açıklanması önündeki geleneksel engelleri çok doğru olarak saptayan, düşünsel tutuculuğu gizli bir dille adeta alaya alan Handyside kararı, bu görünümünün gerektirdiği son derece önemli dengelere yaslanmaktadır.

Davanın konusunu oluşturan ve çocuk yaştaki gençleri uyuşturucuya, pornoya özendirdiği gerekçesiyle İngiltere' de toplatılıp imha edilen, yayıncısına para cezası verilen "*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*" adlı cinsel bilgiler kitabı bir Danimarkalı tarafından yazıldıktan sonra bazı ufak tefek ek ve uyarlamalarla, Belçika, Finlandiya, Fransa, F. Almanya, Yunanistan, İngiltere, İtalya, Hollanda, Norveç, İsveç, İsviçre' de ve Avrupa dışındaki daha bir çok ülkede yayınlanmıştı. Kitap kamuoyunda ve basında büyük ilgi görmüştü. Kitap, yayımlandığı ülkelerde ciddi engellerle karşılaşmadığı halde, İngiltere Mahkemesi, "... kitap bir bütün olarak ele alındığında, bunu okuma olasılığı bulunan önemli sayıdaki çocuk üzerinde baştan çıkartıcı ve ayartıcı yönlendirmeler içerdiği.." görüşünde olmuştur.

AİHM, "*Sözleşmeciler devletlerin değişen iç hukuklarında tekdüze bir ahlak anlayışını bulma olanağı yoktur. Her ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle düşüncelerin huzla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde, yere ve zamana göre değişimler içermektedir... 'Gereklilik' kavramının öne çıkardığı toplumsal baskının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal organlardır.*" tümceleriyle, hukuk ile ahlak kuralları arasındaki bağların, ülkelerin özel koşullarına göre farklı yönlerde gelişebileceğini, Sözleşme' yi benimseyen ülkeler arasında ahlaki değerler konusunda zorunlu ortaklıklar kurulamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, bu ve benzer gerekçelerle, "*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*"nın toplatılıp yayıncısına para cezası verilmesinde, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı bir yön bulunmadığını kararlaştırmıştır. (Handyside/İngiltere, 1976 )

Düşünceyi açıklama özgürlüğüne, günümüz teknolojisinin içerdiği bütün alanları kapsayacak biçimde, "İletişim Özgürlüğü" de diyebiliriz. Kitap, gazete, dergi gibi yazılı basının bütün türleri ile birlikte radyo, TV, internet yayınları, sinema, telefon, telgraf, telsiz iletişimleri, resim, karikatür ve fotoğraf türleri, bir düşünceyi açıklamakta yararlanılan çeşitli simgeler, 10. maddenin korunması altındadır. Bu güvence, düşüncenin dışa vurumunu gerçekleştiren iletim araçlarını da kapsamaktadır. "Hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir devlette basın, ayrıcalıklı bir konuma sahiptir." (Castells/İspanya, 1992)

Danimarka' da ırkçı düşüncelere yardım ve yataklık etmekten daha önce mahkumiyeti bulunan televizyon yapımcısı, ırkçı söylem ve davranışlarıyla tanınan bir gençlik grubunun üç üyesi ile stüdyoda bir söyleşi gerçekleştirmiştir. Program canlı olarak yayınlanmadığı için, yapımcının bazı düzeltmeler yapma olanağı vardır. Program, yabancı düşmanlığı ve göç konuları ile de ilgilenen ciddi tutumları ile bilinen bir çok TV kanalında yayınlanmıştır. Yapımcı, programa kendi kişisel yorum ve görüşlerini katmamıştır.

Programı izleyenler, şu söylemlere tanık olmuşlardır: "İrkçi olmak iyi bir şey. Biz Danimarka'nın, Danimarkalılara ait olduğuna inanıyoruz. İnsanların köle sahibi olmalarına izin verilmeli ... Bir görülen resmini çekin, sonra da bir zenciye bakın. Aynı şeyi göreceksiniz ... Zenciler insan değil, hayvandır. Öteki yabancı işçiler de, Türkler, Yugoslavlar ve adları ne olursa olsun diğerleri ..."

Üst düzeyde bir rahibin şikayeti üzerine yapımcı Danimarka'da yargılanmış ve para cezasına mahkum edilmiştir. Olay, AİHM'de aşağıdaki tümcelerle değerlendirilmiştir:

"Programın amacı, ırkçı görüş ve düşünceleri yayınlamak değildir. Aksine program, sosyal konumları nedeniyle kısıtlanmış,

*şiddete yatkın, sabıkalı ve öfkeli bir grup genci bu görüşme nedeniyle kamuoyuna tanıtıp çözümlenmeyi amaçlamaktadır."*

Gazetecinin kendi yorumunu katmaması nedeniyle ulusal yargılamada suçlu bulunmasını de eleştiren Mahkeme, "Nesnel ve dengeli gazetecilik yöntemleri, çeşitli etkenlerle medyanın koşullarına bağlı olarak değişiklikler gösterebilir. Gazetecilerin ne tür teknikler kullanacakları yolunda basının yerine kendi düşüncelerini koymak, ne AİHM'nin, ne de başka mahkemelerin görevidir. Gazetecinin bir görüşme sırasında başka bir kişi tarafından dile getirilen düşüncelerin yayılmasına yardımcı olması nedeniyle cezalandırılması, basının kamu yararını ilgilendiren konulara katkısını önemli bir ölçüde engelleyecektir. Özel ve sağlam nedenler olmadıkça, böyle yorumlar yapılmamalıdır. Para cezasının düşük kalması da önemli değildir.." görüşüyle, müdahalenin gereksizliğini kararlaştırmıştır. (Jersild/Danimarka, 1994)

Mahkeme'nin, Avrupa ülkelerindeki yabancılarla ilgili yayınlarda, daha özgürlükçü değerlendirmeler içinde olduğu kolaylıkla görülebilmektedir. Basının devletlerdeki önemi ve etkinliği arttıkça, özgürlük kavramı da zaman içinde değişim geçirerek daha ileri aşamalara ulaşmaktadır. Yukarıdaki Jersild kararının ardından, birkaç yıl sonra Polonya'dan kaynaklanan bir başvuru nedeniyle verilen kararın gerekçesinde, özgürlüklerin çitasını olabildiğince yükselttiğini izlemekteyiz:

*"Demokratik bir toplumda basın, temel bir konumdadır. Özellikle başkalarının hakları ve onurları konusunda bazı sınırları aşmaması gerekse de, görevi, yükümlülükleri ve sorumlulukları ile uyumlu bir biçimde, kamuyu ilgilendiren konularda bilgi ve görüş vermektir. Bu, basının yalnızca haber ve bilgi iletmesi ile sınırlı kalmaz; halkın da bu haber ve bilgileri alma hakkı vardır. Başka türlü olsaydı, basın, büyük önem taşıyan kamunun 'bekçi köpeği' olma görevini yerine getiremezdi. 10. madde yalnızca yayınlanan haber ve bilgilerin içe-*

66

riğini değil, ayrıca, anlatım ve sunum biçimlerini de korur. Özellikle gazetecilik özgürlüğü, bir dereceye kadar abartmaya, hatta provokasyona başvurmayı da kapsar." (Gaveda/Polonya, 2002)

Mahkeme, basın, halkın "bekçi köpeği" olduğu yolundaki nitelemesini daha başka kararlarında da yinelemektedir. Romanya'da devlet şirketlerinden birinin genel müdürünün bir dizi dolandırıcılığa karıştığı, bir senatörün dürüstlikle bağdaşmayan davranışlar içinde bulunduğu, araştırmacı gazeteci tarafından kanıtlarıyla birlikte saptarup yayımlanmıştır. Ulusal ölçekte hakaret suçundan yargılanan gazetecinin başvurusu üzerine AİHM, "Ulusal takdir payının, demokratik toplumun, basının, kamuyu ciddi anlamda ilgilendiren haberleri verirken halkı, 'kamunun bekçi köpeği' rolünü oynayabilmesini sağlama çıkarıyla sınırlanabileceğini" belirtmiştir. (Dalman/Romanya, 1999)

**BASIN, YAYINLADIĞI HABER VE YORUMLARI  
KANITLAMAK, KAYNAK GÖSTERMEK  
ZORUNDA MIDIR?**

**67**

Basına yönelik en yoğun eleştiriler, haber, bilgi ve yorum olarak yazılanların, gerçekleri yansıtmadığı savları üzerinde odaklanmaktadır. Ulusal yargı yerlerinin de aynı doğrultudaki kararları nedeniyle, AİHM çeşitli kararlarında bu tür olayları değerlendirdi:

Bir gazeteci yazısında, kişilere karşı acımasızca davranışları nedeniyle, İrlanda polisini “*üniformalı canavarlar*” olarak nitelemiştir. “*Polislerin ve bar fedailerinin doğallıkla öğrenip uyguladıkları ‘kurt kapanı’ işkencesi nedeniyle yeni doğmuş bir bebek kadar zekalarının gelişmediğini*” ileri sürmüş, davranışlarını, “*kabadaylık, sahtekarlık, cüretkarlık, beceriksizlik*” sözcükleriyle tanımlamıştır. Polisler, “*boş inançlar ve yasa dışı davranışlar*” içindeki kişiler olarak tanıtılmıştır. Halk arasındaki yaygın söylentilerden, değişik kaynaklardan derlediği bilgileri kanıtlayamayan gazeteci, belli bir kimlik açıklamaksızın polis örgütüne hakaret etmekten suçlu bulunarak para cezasına çarptırılmıştır.

AİHM, bu olay nedeniyle doğruluk koşulunu tartışmıştır. Yayınlanan her yazıda doğruluk aranmasının, akılcı olmayan hatta gerçekleşmesi olanaksız bir istem olduğunu vurgulaya-

67

rak, "... basının yalnız tümü kanıtlanmış olguları yayınlama zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılması durumunda, hemen hemen hiç bir konuda yayın yapamaz duruma düşeceğini ..." belirtmiştir. (Thorgeirson/İrlanda, 1992)

Mahkeme'ye göre basından, yorumlarının doğruluğunun kanıtlanması da beklenemez. "Olguların varlığı kanıtlanabilir; ancak değer yargularının doğruluğu kanıtlanamaz... Değer yarguları açısından böyle bir talepte bulunmak, gerçekleştirilemeyecek bir edimi istemektir. Böyle bir anlayış, AİHS'nin 10. maddesinin güvencesi altında bulunan düşünceyi açıklama özgürlüğünü büyük ölçüde yok etmek anlamına gelir." (Lingens/Avusturya, 1986)

Gazetecilik mesleğinin gereği olan ve gazetecilerin özenle korudukları "haber kaynağını açıklamama" ilkesi, Mahkeme'ce de benimsenmiştir. Haber kaynağının korunmaması bilgi akışını engelleyeceğinden, basının doğru ve güvenilir bilgi vermesini olumsuz yönde etkileyebilecektir. (Goodwin/İngiltere, 1996), (Roemen ve Schmit/Lüksemburg, 2003)



**BASININ, POLİTİKACILARA,  
KAMU YÖNETİCİLERİNE,  
GÜVENLİK GÖREVLİLERİNE YÖNELİK  
ELEŞTİRİLERİ SÖZLEŞME KARŞISINDA  
NASIL DEĞERLENDİRİLİYOR?**

AİHM, siyasal kimliği toplumsal önem taşıyan kişilere, hükümet ve parti yöneticilerine yönelik eleştirilerin sınırlarını daha geniş tutmaktadır.

1999 da gerçekleşen Ukrayna Başkanlık Seçimleri öncesinde, Ukrayna Medya Grubu'nun yayınladığı günlük gazetede birer gün ara ile İlerici Sosyalist Partisi Başkanı Natalia Vitrenko ile Komünist Partisi lideri Petro Symonenko'yu eleştiren yazılar yer almıştır. Her iki başkan adayı, açtıkları davalar sonucunda, yazdıklarının doğruluğunu kanıtlayamayan yayıncıyı tazminat ödemeye, bu kararlar birlikte düzeltme yazılarını gazetesinde yayınlamaya mahkum ettirmişlerdir.

Başvurucu, seçim öncesinde iki başkan adayının verdikleri sözleri yerine getirmek, parlamentoda grup kurmak ve kişisel yeteneklerinin başkanlık açısından yeterliği konularını yorumladığı iki makalesinin Ukrayna Mahkemeleri'nce doğru anlaşılmadığını, yakındığı kararların "özgürce bilgi verme hakkını önleyen bir tür sansür" olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, daha önceki kararlarında belirttiği gibi, Ukrayna Mahkemeleri'nin olgularla yorumlar arasındaki farkları gözetmediğini,

68

yorum içeren politik eleştirilerin kanıtlanması olanaksız değer yargıları olduğunu tartıştıktan sonra, başvuruçuyu hakaretten mahkum etmenin demokrasinin gerekleri açısından orantısız bir müdahale olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre "... seçim kampanyalarında politik niteliği olan kişilerin tartışılıp eleştirilmelerinin amaçladığı toplumsal yarar ile başvuruçunun mahkum edilmesi arasında uyum bulunmamaktadır. Ukrayna Mahkemeleri tarafından vurgulanan ölçütler, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer olan ilkelerle bağdaşmadığı gibi, düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahaleyi haklı kılabilecek nitelikte değildir." (Ukrayna Medya Grubu/ Ukrayna, 2005)

Mahkeme, Avusturya Başbakanı'nı siyasal nedenlerle eski Nazileri ve SS'leri korumak, onların siyasal yaşamda yer almalarını sağlamakla suçladığı için para cezasına mahkum edilen, dergilerine el konulan gazetecinin başvurusunu değerlendirirken "Anlatım özgürlüğü, Sözleşme'nin her alanında yer alan demokratik toplum kavramının bir gereğidir ... Kamu yararını ilgilendiren diğer konularda olduğu gibi, siyasal konular hakkında da haber ve görüşleri yaymak basının görevidir ... Siyasal kişilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, olağan yurttaşlara göre çok daha geniş olduğundan, başkalarının kişiliklerini ve ünlerini korumak için alınacak önlemlerin siyasal konuların tartışılmasını önlememesi gerekir." demiştir. (Lingens/ Avusturya, 1986)

Yine Avusturya'dan kaynaklanan başka bir davada Mahkeme, "... Özelliksiz kişilere göre kamusal kinliği ile hareket eden bir politikacıya yönelik eleştirinin hoş görülebilir sınırları daha geniştir. Bir politikacı, bilerek ve kaçınılmaz olarak her sözünü ve davranışını basının ve halkın yakın denetimine açmış olduğundan, özellikle eleştiriye elverişli söylemleri nedeniyle, daha da hoşgörülü olmak zorundadır." demiştir. (Oberschlick I/ Avusturya, 1991)

Bask Bölgesi'nin İspanya'dan ayrılmasını savunan siyasi partinin senatörü avukat Castells, haftalık bir dergide yayınlanan makalesinde, seçim bölgesinde işlenen faili meçhul cinayetleri, yer, zaman ve ad belirterek, bu olayları gerçekleştirenlerin kimlikleri bilindiği halde, hala çalıştıkları kamu görevinde kaldıklarını ve koruma altına alındıklarını, olayların ardında Hükümet'in ve iktidardaki siyasi partinin bulunduğunu ileri sürmüştür.

Hükümet'e hakaret suçlamasıyla dokunulmazlığı kaldırılarak yargılanan senatörün yazıda geçen savlarını karutlayacağını bildirmesi ve kendisine "ispat hakkı" tanınmasını istemesine karşın, hükümete hakaret suçlarında böyle bir olanak bulunmadığından, "kabul edilebilir eleştiri" sınırlarını aştığı gerekçesiyle, bir yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Ceza ertelenmiştir.

AİHM bu olayı değerlendirirken, "Demokratik bir düzende hükümetin işlemleri veya eylemsizliği yalnız yasama ve yargı görevlilerinin değil, basın ve kamuoyunun da yakın takibi altında bulunmalıdır. Daha da önemlisi, hükümetin başkan konumu nedeniyle, karşıtlarının ve medyanın haksız saldırı ve eleştirilerini yanıtlamanın başka yollarının bulunduğu koşullarda, ceza kovuşturmaları başlatmanın sınırlandırılması gerekir," dedikten sonra, düşüncüyü açıklama özgürlüğünün önemini, hükümete ve politikacılara yönelik eleştiri sınırının daha geniş olduğunu belirtmiş, özellikle "... başvurucuya makalede yazdıklarını kanıtlanma olanağının tanınmamasını anlatım özgürlüğüne haksız bir müdahale ..." olarak nitelenmiştir(Castells/İspanya 1992)

İçkili araç kullanmaktan mahkum edildiği halde görevinden ayrılmamakta direnen belediye başkanının neden olduğu siyasi tartışmalar sırasında karşı partinin halen görevde bulunan Bölge Hükümeti Başkan Yardımcısı'nın da yaklaşık

68

yirmi yıl önce bir kişinin ölümü ve birkaç kişinin yaralanması ile sonuçlanan trafik kazasından mahkumiyetinin bulunduğu ileri sürülmüş, belediye başkanına yöneltilen eleştirilerin çifte standart oluşturduğu belirtilmiştir.

Günlük gazetede yayınlanan bu yazı nedeniyle gazeteci hakaret suçundan para cezasına mahkum edilmiştir. Bu konuyu değerlendiren AİHM, başvurunun amacının hakaret etmek olmadığını, iki partinin karşı karşıya geldikleri olayda, siyasal ahlak konusundaki çelişkili yaklaşımlarını vurgulamak için, geçinşte kalan cezası çekilmiş bir olayı örnek gösterdiğini belirttiikten sonra, *"Birbirleriyle yarışan politik güçler olan Halkçı Parti ile Sosyalist Parti arasında siyasal ahlak konusunda çıkan tartışmada, bir politikacının bu türden daha önceki mahkumiyetlerinin sergilenmesinin, üstleneceği siyasal görevler için uygunluğunun değerlendirilmesi açısından önem taşıması nedeniyle, demokratik toplumda gerekli olmayan müdahalenin ..."* 10. maddeyi ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. (Schwabe/Avusturya, 1992)

Basın özgürlüğü yalnız gazeteler ve yayıncılar için değil, kamuoyuna sundukları görüş ve eleştirileri ile toplumları yönlendiren örgütler ve onların sözcüleri açısından da 10. maddenin güvencesi altında bulunmaktadır. Belli kişilere yönelmeksizin topluca açıklanan genel nitelikteki politik eleştiriler de ulusal düzeyde soruşturma ve yargılama konusu yapılabilmektedir. Mahkeme, Türkiye'den gelen bir başvuruyu bağlantılı olarak bu konuyu tartışmıştır. 27 Mayıs 1993 günü Diyarbakır'da çeşitli sendika, dernek ve sivil toplum örgütlerinin yöneticileri ile gazetelerin temsilcileri bir basın açıklaması yaparak, Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi'nde izlenen politikaları eleştirip yargısız infazları protesto etmişlerdir. Bu açıklama nedeniyle yargılanan başvurucular 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 8. maddesine göre onar ay

hapis cezasına çarptırılmışlardır Ayrıca her sanığa 83.333.333 TL para cezası salınmıştır. Mahkeme, hapis ve para cezalarının uygulanmasını ertelemiştir.

Mahkeme, geleneksel denetim yöntemine göre başvuru-  
ların anlatım özgürlüğüne yasal dayanağı bulunan bir müda-  
hale olduğunu saptadıktan sonra, bu uygulamayı, demokratik  
toplumun gerekleri karşısında tartışmıştır. Kararda;

*"Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken, olayın bütünü ışığın-  
da müdahaleyi ele almalı ve söz konusu basın açıklamasının kapsa-  
mını ve hangi bağlamda yazıldığını da göz önünde bulundurmalıdır.  
Özellikle, Mahkeme'den suçlama ölçüsünün, 'izlenen yasal amaçla  
orantılı' olup olmadığını ve ulusal yetkililer tarafından belirtilen  
gerekçelerin 'doğru (uygun) ve yeterli' olup olmadığını tanımlaması  
beklenir. Mahkeme, ulusal yetkililerin, 10. maddenin dayandığı temel  
ilkeleri uyguladığına inandırılmalıdır.*

*Uyuşmazlık konusu açıklama, halkı haberdar etmek amacıyla  
basın yoluyla yapıldığına göre, Mahkeme, demokraside basının  
temel işlevini de gözeterek bir inceleme yapmalıdır. (Bkz., Lingens/  
Avusturya, 8 Haziran 1986). Bu bakımdan basın özgürlüğünün  
vatandaşların, yöneticilerin düşüncelerinden ve yaptıklarından  
haberdar olmalarını sağlayan bir araç olduğunu anımsatmak gere-  
kir. Özellikle politikacılara halkın kaygılarını yorumlama olanağını  
verir. Basın özgürlüğü, her bireye politik tartışma oyununa katılma  
fırsatı sunmaktadır. Bu da demokratik toplumu kavramının en can  
alıcı noktasıdır.*

*Böyle bir durum karşısında, Mahkeme, basın açıklamasında dile  
getirilen eleştirilerin o dönemin hükümeti tarafından yönetilen politi-  
kaya karşı olduğunu gözlemler. Söz konusu basın açıklamasını imza-  
layan kişilere göre, Hükümet, 'yargısız infazlardan', 'katliamlardan',  
'köylerin yok edilmesinden' ve keyfi tutuklamalardan sorumludur. Bu*

*eleştirileri şiddetli olsalar bile, temelsiz kabul edemeyiz, çünkü mağdur isimleri ve somut olaylar belirtilmiştir. Böylece, imza koyanlar, kamuoyu yararına olayları açıklamış, basını, demokratik görevi olan bireysel hakların 'bekçi köpeği' olmasına davet etmişlerdir.*

*Mahkeme, terörle mücadelenin zorluklarını küçümsememektedir. Bununla birlikte, başvurucuların sendika yöneticisi ve basın mensubu olarak kendilerini ifade ettiklerini ve Türk politik hayatındaki rolleri çerçevesinde hareket ettiklerini, kimseyi ne şiddet uygulamasına, ne silahlı mücadeleye, ne de isyana kışkırttıklarını da gözlemlemektedir. (Bkz., bu olayın tersi olarak, Zana/Türkiye; Sürek/Türkiye). Tam tersine, başvurucular, söz konusu uygulamaların temel haklara saldırı niteliği taşıdığı konusunda kamuoyunu uyarak rollerinin önemini üstlenmiş bulunmaktadır.*

*Devlet Güvenlik Mahkemesi cezanın infazını ertelemiş olsa bile, bu karar 16 Kasım 1995 tarihinde verilmiştir. Oysa ki başvurucular bu tarihten önceki değişik dönemlerde kendilerine karşı olan ceza yargılama yöntemine dayanılarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmışlardır. Ayrıca başvurucular, tecil dönemi boyunca ağır cezalara karşıtlama tehdidi altında bulunmaktadır.*

*Sonuç olarak, başvurucuların cezalandırılmalarının, izlenen amaçla orantısız olduğu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle 'demokratik bir toplumda gerekli (zorunlu)' olmadığı halde başvuruculara yönelik uygulama, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmiştir." (Karakoç ve Diğerleri/Türkiye, 2002)*

Politikacılar arasındaki 10. madde kapsamında tartışılan davalardan başka bir örnek de, Anavatan Partisi Genel Başkan Yardımcısı Ekrem Pakdemirli'nin, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'e yönelik sözleri nedeniyle oluşan hukuk uyuşmazlığıdır. Pakdemirli, Demirel'e yargı kararıyla 30 Ocak 1997'de gecikme faiziyle birlikte 7.925.780.000 TL (o dönemin değerleriyle yaklaşık 60.000 Euro) tazminat ödemiştir.

AİHM kararının; başvuruçunun söylemine ulusal organlarca uygulanan müdahalenin demokratik toplumun gerekleri açısından zorunluluk taşıyıp taşımadığı konusundaki değerlendirmelerinin geniş bir özeti aşağıda sunulmaktadır:

*“AİHM, olayların meydana geldiği dönemde iki tarafın konununun, değerlendirilecek unsurlar arasında ilk sırada yer aldığını not eder: bir yanda milletvekili ve eski bir bakan olan başvuran, diğer yanda ise Cumhurbaşkanı Sn. Demirel vardır. Ayrıca başvuran, olaylardan önce iktidarda olan Anavatan Partisi'nin Genel Başkan yardımcısıdır ve aynı dönemde Sn. Demirel ana muhalefet partisi lideri olarak politik arenada daha aktif bir konuma sahiptir. Sonuçta her iki isim de siyasal açıdan çekişmeli uzun bir geçmişe sahiptir. İkinci olarak AİHM, davaya ait olayların da siyasal bağlamda yer aldığını tespit eder.*

*Kabul edilebilir eleştiri sınırları hususunda ise AİHM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında bu sınırların, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu birçok kez kabul etmiştir. Siyasetçilerin fül ve davranışları, kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasal rakibinin sıkı bir denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman, daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını koruma hakkı vardır, hatta özel yaşamının dışında bile, ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorunu zorunlu kıldığından, bu korumanın gerektirdikleri ile siyasal sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır (Bkz. , özellikle, Oberschlick/Avusturya (no:2), 1 Temmuz 1997 tarihli karar, Derleme 1997-IV, ss. 1274-1275, § 29 ve adı geçen Lingens, s. 26, § 42).*

*Bu durumda AİHM, söz konusu konuşmanın içeriği ile ilgili olarak, başvuranın kullanmış olduğu bazı kelimelerin ('yalancı',*

68

'iftiracı', 'Çankaya'nın şişmanı', 'dar kafalı', 'lastikleri patlasın', 'öbür dünyaya gidince Allah affetmez'), siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir hakaret ve beddua tufanı olduğunu gözlemlemektedir. Polemik gibi görünen ve belli ölçüde asılsız bir kişisel saldırı içeren bu sözlerin, ilgili kişiler ve konuşmanın çerçevesi politik alanda yer alsın bile siyasi bir tartışma içindeki bir görüş kapsamında çözümlenebilmesi zordur (Bkz., a contrario, Oberschlick (no:2), adı geçen karar, s. 1276, § 33).

Diğer yandan AİHM, başvuranın yerel mahkemeler ve AİHM önünde, Sn. Demirel'in rakip parti yöneticilerine karşı kullanmış olduğu sözlerle gönderme yaptığını gözlemlemektedir. AİHM, siyaset adamlarının birbirlerine karşı kullandıkları bu sözlerin açıkça şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik olduğunu belirtir.

Bu gözlemler ışığında AİHM, yerel hakimi söz konusu hükmü vermeye sevk eden gerekçeleri inceleyecek ve dile getirilen meşru amaç temelinde, başvuran hakkında verilen mahkumiyetin haklı gösterilmesi için bu gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını tespit edecektir. Bu bağlamda AİHM, mahkumiyet kararının gerekçe kısmında yer alan ve özel dikkat gerektiren bazı bölümleri ele alacaktır.

AİHM öncelikle, hakimın Borçlar Kanunu'nun 49/2 maddesinde öngörülen ' tarafların sosyo-ekonomik durumu' ölçütüne en azından alışılmamış bir yorum getirmiş ve söz konusu ölçütü, tarafların birbirlerine karşı durumları arasında bir denge sağlamak için değil mümkün olan en yüksek tazminat tutarını belirlemek için kullandığını not eder: '(...) tarafların varlıklı olduğu (...) Manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olmadığı, ya da haksız eylemi özendirici hale getirmesi şeklindeki klasik görüşler terkedilmiştir (...)'. AİHM ancak bu usullarla ile Yargıtay içtihatları arasındaki belirgin çelişkiye işaret edebilir.



AİHM diğer yandan, başvuranın toplumdaki yerinin, özellikle eğitim seviyesi ile üniversite profesörü olarak statüsünün ilgili kişinin aleyhine işleyen etkenler olarak belirlediğini tespit etmektedir: 'Davalının sosyal durumu itibariyle üst düzeyde bulunması nedeniyle topluma örnek davranışlarının kendisinden beklenmesi gerekir. Aksine davalının olayımızda, toplum huzurunda davacının kişilik haklarına ağır şekilde ihlalde bulunduğu görülmektedir'. Bunun ardından hukuk mahkemesi hakimi, başvuranın milletvekili dokunulmazlığından yararlanamamış olması halinde hakkında uygulanacak olan ceza yasasından bahsetmektedir: 'Ceza Kanunumuzda Cumhurbaşkanı'na hakaret başlığını taşıyan bölüm hakaret suçunun en ağır hükmünü ihtiva etmektedir. Davalının, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan dolayı dokunulmazlığının kaldırılması için Cumhuriyet Başsavcılığı'nın hazırlık evrakı fezlekeye bağlanarak TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Fakat TBMM tarafından başvuran hakkında herhangi bir hukuki işlem başlatılmamıştır. Eğer bu suçu herhangi bir Türk vatandaşı işlemiş olsaydı, CMUK ilgili hükümleri gereğince Suçüstü Hükümlerine göre yargılanıp TCK'nın ilgili maddesi gereğince tutuklanarak, tecil ve para cezasına çevrilmeksizin [hapis cezasına] mahkum olması gerekirdi. Davalı bu eylemi ile dokunulmazlığından yararlanarak bu işlemle karşılaşmamıştır. Bu durumu kendisini eyleminden dolayı haklı duruma getirmez.'

AİHM, hukuki cezanın keyfi bir biçimde değerlendirilmiş olduğu görüntüsünü veren bir diğer kaygı verici unsurunu daha inceleyecektir: söz konusu değerlendirme, davacının şahsiyetine yönelik zararın dikate alınmasıyla değil, Cumhurbaşkanı'nın statüsünün aşırı ölçüde korunması yoluyla yapılmıştır: 'Siyasetçiler arasında sert sözlerin söylenmesi bir derece makul ve siyasetin gereği kabul edilirse de, Devlet Başkanlığı makamında bulunan kişinin bu makama gelmekle politikacılık sıfatından arınıp, Devlet Adamlığı sıfatını kazandığından bu kişiye karşı suç teşkil edecek davranışları makul görmek mümkün değildir (...) Davacı, Devletimizin içte ve dış ülkelerde temsilcisidir.

Onun kişiliğine karşı sarf olunan ağır sözler, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı makamının manevi şahsiyetini zedelediği gibi temsil ettiği Türkiye Cumhuriyeti'nin kani, teri, şehitleri ve gazileri ile kurulmuş, kurucusu ulu Atatürk tarafından Türk milletine emanet edilmiştir. Herkesin emanet edilen Türkiye Cumhuriyetini korumak ve kollamak görevidir. Bu durum karşısında, davalının ağır hakaretinin vahameti açık ve seçik görülmektedir, içeride ve dışarıda Türkiye'yi parçalamak isteyenler varken, Cumhurbaşkanlığı makamının zaafa uğratılması bu güçlere cesaret verir.'

AİHM daha önce de, suç alanında özel bir yasa ile artırılan korumanın ilkesel olarak AİHS'nin ruhuna aykırı olduğunu ifade etmiştir. AİHM, Colombani ve diğerleri/Fransa kararında (no: 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V) devlet adamlarına ve yabancı diplomatlara karşı işlenen suçlara ilişkin yürürlükten kaldırılan 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız Yasası'nı incelemiş ve güdülen amaçla orantılı olarak karaçalma ve hakaretin yasayla suç sayılmasının, herkes için olduğu gibi devlet başkanları için de, şeref ve haysiyetlerine yönelik bir saldırı ya da hakaret dolu sözlerin cezalandırılmasını sağlamaları açısından yeterli olduğunu hatırlatmıştır (Bkz., adı geçen Colombani kararı, 67. paragraf). AİHM ancak, ilgili yasa hakkındaki görüşünü, daha doğrusu hakimin kişisel kanaatini açığa vuracak şekilde yasayı yorumladığı ve bu yasayla öngörülen ' tarafların durumu' kriterinin bir ayrıcalığı belirtmek için desteğe dönüştürüldüğü keyfi takdir konusundaki düşüncesini yineleyebilir.

Son olarak AİHM, hakimin, Cumhurbaşkanı'nın maruz kaldığı manevi zarar konusundaki son derece katı anlayışına ('Burada, hiçbir şekilde telafi edilemeyecek olan eksilen kişilik değerleri söz konusudur') ve kuşkusuz aynı kavramsal mantığı izleyen tazmine ilişkin taktirine ('İşte bu nedenle hiç olmazsa, manevi tazminatın miktarını yüksek tutarak faili caydırma ve mağduru tatmin amacına ilişkin görüş, batı hukuk sisteminde yürürlüktedir') dikkat çeker.

Ulusal mevzuat ve içtihatlardaki orantılılık ilkesine aykırı olarak hakimın cezalandırıcı düşünme biçimi, tazminatı hukuki bir cezaya dönüştürmüştür.

AİHM yukarıda anlatılanları göz önünde aldığımda, mahkumiyet verilmesiyle gözetilen amacın ne Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan ve elbette AİHS'nin 10/2 maddesine göre meşru olan amaçla aynı olduğuna, ne de yasanın bu şekilde uygulanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiğine ikna olmuştur. Esasen, yukarıda da belirtildiği üzere hakimın gerekçesinin uygunluğuna bağlı sorunsal, 'orantılılık' ölçütünün incelenmesini gerektirmektedir.

Tazminata ilişkin tüm kararların haysiyete yönelik saldırı ile ma-kul bir orantılılık ilişkisi kurması gerektiği düşünüldüğünde, AİHM içtihatlarına göre bir hukuk davasında başvurana yüklenen tazminat tutarı, AİHS'nin 10. maddesine yönelik bir müdahale teşkil edebilir (Bkz., örneğin adı geçen Tolstoy Miloslavsky kararı, s. 71, § 35).

Hükümet'e göre ilk derece mahkemesi tarafından 29 Şubat 1996 tarihinde başvurana verilen tazminat cezası 57.819 Euro'ya denk düşmektedir ve bu tutar izlenen meşru amaç ile orantılıdır.

Başvuran ise olayın meydana geldiği 15 Nisan 1995 tarihindeki Resmi Gazete'de yayımlanan döviz kurlarını baz alarak, söz konusu tutarı 87.353 Euro olarak hesap etmiştir. Başvuran tazminat tutarının mal varlığıyla orantılı bir biçimde tespit edildiğini hatırlatarak, hakimın açıkça, sahip olduğu ekonomik olanakları ortadan kaldırarak kendisini cezalandırmaya yönelik davrandığını düşünmektedir. Başvurana göre, hukuk mahkemesi hakimi, cezalandırıcı bir mantıkla hareket etmiş ve cezai bir mahkumiyet verilemeyeceği için fahiş tutarda bir tazminat cezası belirleyerek, hukuki yaptırımını 'etkin' kılmak için elinden gelen tüm gayreti göstermiştir.

AİHM, ilgili ulusal yasalarda bu tür tazminatlar için tavan veya taban tutarlar tespit edilmediğini, fakat verilecek tutarın hesaplanmasını düzenleyen üç kriter öngörüldüğünü not eder: tarafların statüleri, görevleri ve ekonomik durumları. AİHM mevcut davada söz konusu hükmün gerekçesinden, hukuk mahkemesinin, bu üç kriter dışında, başvuranın dokunulmazlıktan yararlanması sayesinde hakkında cezai kovuşturma açılmayacağı olasılığını dikkate almakla yetindiğini tespit etmektedir. Oysa bir hukuk mahkemesinin, ceza mahkemelerini ikame etmek gibi bir işlevi olamaz.

Ayrıca ne ilk derece mahkemesinin ne de Yargıtay'ın, Medeni Kanun'un 4. maddesinde yer alan ve tazminat tutarlarının belirlenmesinde orantılılık ilkesini öngören genel hükümlere başvuramamaları şaşırtıcıdır. AİHM bu kadar büyük miktardaki bir tazminatın özellikle eleştiriye açık olması gerektiği kanaatinde. AİHM ayrıca başvuranın, söz konusu tazminatın, Türkiye'de şeref ve haysiyete saldırı konusunda verilmiş en yüksek tutarda olduğu şeklindeki sözlerinin de dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir (Bkz., mutadis mutandis, Tolstoy Miloslavsky, adı geçen karar, ss. 75-76, § 49). Bu itibarla AİHM, başvuranın söylediklerine karşı Hükümet tarafından uygunsuz delil üretilmediğini kaydeder.

Yukarıda anlatılanlar dikkate alındığında AİHM, başvuranın tazminat cezası ödemeye mahkum edilmesinin 'kanunla öngörüldüğü' ve AİHS'nin 10/2 maddesi uyarınca 'meşru bir amaç' güttüğü kanaatine varmıştır. Bununla birlikte mevcut davada yasanın uygulanış biçimi şüphelidir. Sonuç olarak, verilen tazminat cezasının miktarı, bu tür davalarda genellikle verilen tutarlarla ve söz konusu konuşmanın ağırlığıyla karşılaştırıldığında, ulusal yasalarla gözetilen amaç ile makul bir orantılılık ilişkisi kesin olarak bulunmadığı için, bu kadar büyük bir miktarda tazminat cezası verilmesinin 'demokratik bir toplumda gerekli' olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir." (Pakdemirli/Türkiye, 2005)

AİHM, başvurucunun, Demirel'e ödediği ve orantısız bulunduğu tazminatı, 60.000 Euro olarak hesaplamıştır. Sözleşme'nin 41. maddesine göre başvurucuya, bu ölçüyü gözeterek, devletin, 35.000 Euro tazminat ödenmesini kararlaştırmıştır. Yani sonuç olarak TC Cumhurbaşkanı'na, Milletvekili Pakdemirli'nin TC Mahkemesi'nin kararı ile ödemek zorunda kaldığı tazminatın yarısı, AİHM'nin kararı ile Türkiye Cumhuriyeti'nin hazinesinden ödenmiş olmaktadır. İlginç değil mi?

Acaba Süleyman Demirel'in AİHM'nin kendisiyle ilgili kararının gerekçeleri konusunda bilgilendirilmesi durumunda, Mahkeme'ce fazla görüldüğü için devlete ödettirilen 35.000 Euro'yu Hazine'ye geri vermesi gerekmez miydi? Böyle bir hukuksal yükümlülüğü olmamakla birlikte, bulunduğu görevin onursal ve siyasal öneminin bir gereği olarak, adalete uygun olmadığı kararlaştırılan ve devleti zora sokan bir tazminatı almış olmanın sonuçlarından arınması daha uygun düşmez miydi? Kim bilir...

Gizlilik ve basına getirilen yasaklar, çoğu kez birlikte değerlendirilen konular olmaktadır. Gizlilik, kamu güvenliği, ulusal savunma, devlet sırları, toplum sağlığı, yargısal soruşturmanın gerekliliği, ticari bilgilerin, patent haklarının, özel yaşamların korunması, suçların önlenmesi gibi, çok çeşitli nedenlere dayandırılabilir. Bu tür uyuşmazlıklar zaman zaman AİHM' nin gündemine de gelmektedir.

Bu konudaki ilk olay, ürettiği ilaçlarla (Thalidomide) sakat bebeklerin doğmasına neden olan bir ilaç firmasının kendileriyle ilgili olarak yayınlanacak makaleye mahkeme kararı ile yayın yasağı koydurmasından ileri gelmiştir. AİHM, sansür görünümü de taşıyan bu olayda, yargının gücünü ve saygınlığını korumak amacıyla yönelik olduğu için yasal ve hukuken öngörülebilir bulduğu müdahalenin, *"toplumun, anlatım özgürlüğünden elde edeceği yarardan daha ağır basacak bir sosyal ihtiyacı karşılamayacağı"* gerekçesiyle demokratik toplumun gerekleriyle bağdaşmadığını ve Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı düştüğünü kararlaştırmıştır. (Sunday Times I/ İngiltere, 1979)

Mahkemece konulan sansür niteliğindeki ikinci örnek yine İngiltere' den gelmiştir. İngiliz İstihbarat Servisi'nde çalışan emekli bir ajan, kitap olarak yayınlanmak üzere anılarını yazmıştır. Bu anılarda, görev yaptığı kurumun, 1950-1960 yılları arasında Londra'da düzenlenen bütün uluslararası konferanslara katılanların, yabancı ülkelerin diplomatlarının, hatta bazı devlet başkanlarının konuşmalarını dinlediği, yabancı büyük elçiliklerde gizli ajanlar görevlendirdiği, bazı devlet başkanlarının öldürülmesi amacıyla suikastlar bile düzenlediği açıklanmıştır. Kitaptan önce, iki gazetenin bazı bölümlerin özetlerini yayınlacağını duyurmaları üzerine, uluslararası düzlemde büyük tartışmalar yaratacak olan yayının önlenmesi için, Başsavcılık, "halkın ulusal güvenlik örgütüne güveninin sarsılacağı ..." gerekçesi ile "daimi tedbir" kararı verilmesini istemiştir. Ulusal mahkeme bu istemi kabul etmiştir. Ancak kısa bir süre sonra kitap, ABD'de yayınlanmıştır.

Sürekli yayın yasağını değerlendiren AİHM, 10. maddenin koruduğu anlatım özgürlüğünün basın için özel bir önem taşıdığını belirtmiştir. Mahkeme, "Basın başka sorumluluklarının yanı sıra 'ulusal güvenliğin çıkarları' açısından konulan sınırları aşmamakla yükümlü olsa da, kamu çıkarlarını ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi, siyasal konularda da bilgi ve düşünceleri açıklamakla görevlidir. Özgürlük açısından basının görevi yalnız bu tür bilgi ve düşünceleri açıklamakla sınırlı değildir. Halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır. Bu nedenledir ki basın, kamunun gözü, kulağı olma konusundaki yaşamsal işlevini sürdürmektedir." demekle birlikte, çelişkili bir kararla, hükümet tarafından savunulan gerekçelerle, kitabın ABD'de yayınlanmasına kadar, geçen süre için tedbir kararının haklı görülebileceğini, kitabın yayınlanmasından sonra içerdiği bilgilerin gizliliği kalmadığından, getirilen önlemin de geçersiz duruma düştüğünü karara bağlamıştır. (Observer ve Guardian/İngiltere, 1991)

69

İngiltere'nin en çok okunan iki gazetesiyle ilgili bu karar, yayın öncesinde uygulanan sansür niteliğindeki önlemin, sonuçta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce de benimsendiği anlamına gelmektedir.

Uyuşmazlığa doğrudan taraf olmayan bir başka İngiliz gazetesinin, getirilen yayın yasağının kendilerini de kapsadığı gerekçesiyle yaptığı başvuru, AİHM'de aynı gerekçelerle ABD'deki yayın tarihine göre iki seçenekli olarak karara bağlanmıştır. (Sunday Times II/İngiltere, 1991)



**AİHM TİCARİ VE EKONOMİK KONULARDAKI  
YAYINLAR KARŞISINDA DA AYNI ÖZGÜRLÜKÇÜ  
YAKLAŞIMI SÜRDÜRÜYOR MU?**

**70**

Sözleşme'nin 10. maddesi, ticari ve ekonomik konulardaki yayınları da koruma altında bulundurmaktadır. Ancak Mahkeme, bu tür konularda ulusal organların daha geniş takdir hakkına sahip oldukları görüşündedir. Örneğin, İspanya'da gazetelere verdiği ilanlarla kendisine iş arayan avukata reklam yasağına aykırı davrandığı için verilen cezayı değerlendiren Mahkeme, *"Baro yetkilileri ve ulusal mahkemeler, ... avukatlık mesleğinin saygınlığı ve herkesin hukuk yardımı konusunda bilgi edinme hakkı ile avukatların kendi deneyimlerini duyurma olanağı arasında adil dengelerin kurulması açısından uluslararası yargıçlara göre daha uygun bir konumda olduklarından, bu olayda ulusal organların değerlendirmelerinin haksız ve orantısız olduğunu gösteren bir kanıtta bulunmadığından, demokratik toplumda gerekli olan müdahale nedeniyle anlatım özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir."* (Casado Coca/İspanya, 1994)

Mektupla satış yapan bir firmanın, beğenmediği malı geri verene parasını göndereceğine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranmadığı, tüketici haklarını savunan bir bültende yayınlanmıştır. Bu konudaki tüketici mektubuna sayfalarında yer veren bülten, aynı firmadan daha başka yakınlar da

70

varsa, yayınlanmak üzere mektuplarını göndermelerini istemiştir. Satıcı firma ticari onurunu sarsacak nitelikteki aynı tür mektupların yayınlanma olasılığına karşı ulusal mahkemeden ihtiyati tedbir kararı verilmesini istemiştir. Tedbir verilmiş, yargılama sonucunda da haksız rekabet yasasına aykırı düşen bu tür yazıların yayınlanmaması kararlaştırılmıştır.

Bu konudaki başvuruyu değerlendiren AİHM, basın özgürlüğü ve tüketici hakları konusunda gelenekleşen görüşlerini yineledikten sonra, "... Ancak bazı yayınların gerçeği yansıtmakta olsalar bile belirli koşulların oluşması durumunda yasaklanmaları gerekebilir. Ticari konularla ilgili bir yakınmanın, yayınlanmadan önce çok özenle araştırılması gerekli olup, aksi halde tek bir yanlış örneğin, genel uygulamaya kanıt oluşturduğu gibi yanlış değerlendirmeler çıkarılabilir. Başvuru konusu olayda sözü edilen makale, bir takım gerçeklere dayanmasına karşın, şikâyet henüz yeterince araştırılmadan ham bir biçimde yayınlandığından, bunun anılan firma üzerinde olumsuz sonuçları olabileceğini düşünmeleri gerekirdi. 10. maddede güvence altına alınan özgürlüğün, bu haktan yararlanacak olanlarca da ödev ve sorumluluk bilinci içinde kullanılması gerektiğinden, iç hukukta son kararı veren ulusal organların takdir ölçütlerini aşmadıkları ve alınan önlem demokratik toplumun gereklerine uygun olduğundan anlatım özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir." (Markt Intern Verlag ve Beerman/Almanya, 1989)

Müdürü ve baş editörü bulunduğu yayın şirketindeki görevlerine ve işine son verilen başvurucu ile eski şirketi arasında üçüncü kişilere de yazılı bilgi ve gazete kupürlerinin iletimi yoluyla kamuoyuna açık bir tartışma yürütülmüştür. Karşılıklı suçlamalarını sürdüren taraflar, birbirlerine karşı ulusal mahkemelerde üç dava açmışlardır. Şirketin açtığı üçüncü davada mahkeme, davacının ileri sürdüğü yasaklama istemini kabul etmemiş; ancak, başvurucunun da sürekli şirketi suçlayan mek-

tuplarına son vermemesi durumunda, doğacak zararlardan sorumlu olacağını kararlaştırmıştır. Üç dava da başvuruçunun aleyhine sonuçlanıp kesinleşmiştir.

Bu çok sesli tartışmayı inceleyen AİHM, haksız rekabet koşullarının da karıştığı olayda "... başvuruçunun yazıları ve gazete kupürlerini dağıtma özgürlüğünün, başkalarının haklarını ve itibarlarını koruma gereksinimi ile dengelenmesi gerektiğini ve üç ulusal mahkemenin başvuruçunun davranışının ahlaki standartlara aykırı biçimde haksız rekabet oluşturduğu konusunda görüş birliğine vardıklarını ..." belirtmiştir. Ulusal mahkemelerin, başvuruçunun bu tartışmayı sürdürmekle kendi kuracağı şirket için müşterileriyle iş ilişkisini gerçekleştirecek bir ortam hazırlamakta olduğu yolundaki görüşlerine de değinen Mahkeme, "ulusal mahkemelerin vardıkları sonucu etkisiz bırakacak herhangi bir neden de bulunmadığından, demokratik toplumların gerekli kıldığı müdahale nedeniyle anlatım özgürlüğünün ihlal edilmediğine" karar vermiştir. (Jacobowski/ Danimarka, 1994)

Bir gazetede yayınlanan kendisiyle yapılmış röportajda "... geceleri nöbetçi veteriner klinikleri açık kalmalıdır." diyen operatör veterinerin reklam yasağına aykırı davrandığı gerekçesiyle uygulanan yaptırıma karşı yönelttiği başvuru ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Sözleşme ihlali olarak nitelenmiştir. (Barthold/ Almanya, 1985)

Kendisinden memnun olmayan hastaların tanıklıklarını içeren bir dizi yazıyı yayınlayan gazete, eleştirdiği estetik cerrahının açtığı dava sonucunda, hekimin uğradığı zararın ödenmesine mahkum edildi. Olayı değerlendiren Mahkeme, öncelikle, suçlama konusu yapılan yazıların "insan sağlığının önemli konuları"yla ilgili olduğunu belirledi. Somut olayda, hastaların anlattıklarının, doğru olduğu ve gazete tarafından aslına uygun bir biçimde aktarıldığı sonucuna varıldı.

Gazetenin, tanık beyanlarının, bir cerrahi becerinin yokluğu biçiminde anlaşılınması için okurlarını uyarmaması, basının meslek kurallarını ihlal ettiği anlamını taşımadığı belirtildi. Mahkeme, bu çerçevede; söyleşilere dayalı güncel röportajların en önemli olanaklardan birini oluşturduğunu ve bunlar olmadan basının "bekçi köpeği" rolünü oynamasının mümkün olmadığını anımsattı. Bu nedenle, cerrahın mesleki etkinliklerini konu alan yazıların olumsuz etkisini kabul ederek, Mahkeme, adı geçen tarafından verilen tedavi ve ameliyat sonrası bakım ile ilgili haklı eleştiriler dikkate alındığında mesleki itibarının her koşulda önemli bir zarar göreceğinin altını çizdi. Bununla birlikte, doktorun mesleki saygınlığını korumaya dönük çıkarının, basının, kamu yararına yönelik sorunlarla ilgili haberleri verme özgürlüğünden üstün tutulmasını haklı kılacak düzeyde önemli sayılamayacağı görüşüyle, 10. maddenin ihlal edildiğine karar verildi. (Bergens Tidende ve Diğerleri/ Almanya, 2000)

Mahkeme'yi bu yargıya götüren temel etken, hekime yöneltilen eleştirilerin haklılığı ve basının yazdıklarının gerçeklerle örtüşmekte oluşudur. Ulusal mahkemelerin değerlendirmelerine koşut olarak, AİHM'de orantılılık denetiminde kamu yararına öncelik vermiştir.

Yunan Hava Kuvvetleri'nde güdümlü mermi projesinin tasarlanıp uygulanmasında görevli bulunan başvuru, çalışmalarıyla ilgili raporunu Hava Kuvvetleri'ne vermesinden yaklaşık bir yıl sonra, bir örneğini de özel bir şirkete vermiştir. Bu eylemi nedeniyle, "göreviyle ilgili bilgileri satmak suretiyle askeri sırları açığa vurmak" suçundan yargılanıp mahkum edilmiştir.

AİHM, başvuruçunun değerlendirmelerine koşut olarak, "askeri ve ticari nitelikteki bilgilerin verilmesinin Sözleşme'nin 10.

*maddesinin kapsamı dışında kalmadığı ...” görüşüyle, uyuşmazlığın özünün incelenmesine geçmiştir.*

*“Devletin belirli bir silah üzerindeki çalışmasıyla ilgili bilgilerin dışa vurulması ulusal güvenliğe önemli ölçüde zarar verebileceğinden, ayrıca silahlı kuvvetler mensuplarının özel sorumlulukları dikkate alındığında, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayan başvurucunun yargılanıp mahkum edilmesi ...” anlatım özgürlüğüne demokratik toplumun gerekli kıldığı bir müdahale olarak nitelenmiştir. (Hadjianastassiou/Yunanistan, 1992)*

AİHM, mülkiyet hakkı ve sendikal özgürlükler konusundaki kararlarında olduğu gibi, ekonomik ve ticari konulardaki yayınlarla ilgili kararlarında da genellikle Avrupa Konseyi'nin başlıca kuruluş gerekçeleri arasında bulunan Avrupa kapitalizminin uzun süreli beklentileri doğrultusunda değerlendirmeler yapmaktadır. Siyasal konulardaki eleştiri ve yorumların doğruluğunun yazarı tarafından kanıtlanmasının istenemeyeceğini belirten Mahkeme, ekonomik alandaki eleştirilere *“gerçeği yansıtsa bile”*, ulusal organlarca müdahale edilebileceği görüşündedir.

## AHLAKI VE ONURSAL DEĞERLERİN KORUNMASI İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASINI GEREKTİRİR Mİ?

AİHM, etik değerlerin korunmasında ulusal organların geniş bir takdir hakkına sahip oldukları görüşündedir. Üye ülkelerin yaşam biçimlerindeki, ahlak anlayışındaki farklılıklar, Mahkeme'yi bu doğrultuda kararlar vermeye yönlendirmiştir. Yukarıda değinilen Handyside/İngiltere ve Otto Preminger/Avusturya davalarında bu yöntem izlenmiş, uyuşmazlıklar, ulusal organların takdirlerine koşut düşen gerekçelerle sonlandırılmıştır.

Sanatçıların topluma dönük ödev ve sorumluluklarına uygun davranma yükümlülüğünün de tartışıldığı bir olayda Mahkeme, karma sergiye katılan bir ressamın üç resminde, insanlarla hayvanlar arasındaki cinsel ilişkilerin çok kaba bir biçimde sergilenmesi nedeniyle müstehcen yayın yapmak suçundan para cezası verilmesini ve uzunca bir süre resimlere el konulmasını, "*demokratik toplumun gereklerine uygun düşen bir müdahale ...*" olarak nitelemiştir.

Mahkeme bu kararında da, ulusal yargının müstehcenlik koşullarını belirlemekte geniş bir yetkisine sahip olduğu yolundaki yerleşik görüşünü yinelemiştir. (Müller ve Diğerleri/İsveç, 1988)

Ulusların ahlak anlayışlarının korunması için başvurdukları yöntemlerin Sözleşme'nin koruduğu haklarla temelden çeliştiği olaylar da yaşanmaktadır. Örneğin; İrlanda hukukuna göre çalışan iki şirket, hamile kadınlara danışmanlık hizmeti verirken, bu kadınları kürtaj yasağını delmek amacıyla yurtdışına gitmeye yönlendirmekle suçlanmıştır. Gerçekten, kazanç amacı gütmeyen sivil toplum kuruluşu niteliğindeki şirketler, aile planlaması, hamilelik, sağlık, kısırlaştırma gibi konularda kadınlara aydınlatıcı bilgiler sunarken, İrlanda dışındaki ya da Britanya'daki sağlık koşulları elverişli olan ve kürtaj yapan kliniklerin adreslerini de vermişlerdir.

Dernekler ayrıca kürtaj yasağına karşı çıkan yayınlar yaparak, herkesi, bu yasalara karşı hukuk mücadelesi yapmaya çağırılmışlardır. Karşı görüşteki örgütlerin de katılımı ile tartışmalar alevlenmiştir. İrlanda Mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi, danışman şirketlerin ve yöneticilerinin suç işlediklerini, bu nedenle yayınlarının sürekli önlemlerle yasaklanmasını kararlaştırmıştır.

Olayları değerlendiren AİHM "*doğmamış çocukların korunmasının İrlanda halkının en derin ahlaki değerlerini oluşturduğunu*" belirtmekle birlikte, başvurucuların özgürlüklerine yönelik müdahalenin toplumsal temelleri bulunan ahlaki nedenlere dayandığını benimsemiştir. "*Ulusal otoritelerin ahlaki konularda daha geniş takdir hakkına sahip olmakla birlikte, bu takdir kuralı, koşulsuz ve denetimsiz değildir.*" diyen Mahkeme, İrlanda mahkemelerinin aldığı tedbir kararlarının mutlak niteliği karşısında, "*şaşkınlığa uğradığını*" vurgulamıştır. Mahkeme, Sözleşme'deki "*başkaları*" sözcüğünden yola çıkarak, güvencelerin doğmamış çocukları kapsayıp kapsamadığı, kürtajın Sözleşme'de tanınmış bir hak olup olmadığı tartışmalarına girmeksizin "*... hamileliğin sona erdirilmesi hakkındaki danışmanlığı yaş, sağlık ve*

71

*diğer nedenler gözetilmeksizin sürekli ve mutlak biçimde yasaklayan önlemin, salt bu nedenlerle orantısız olması açısından Sözleşme ile bağdaşmaz” bulunduğunu kararlaştırmıştır. Kaldı ki alınan bu önlem, Mahkeme’ye göre, çok sayıda kadının yurtdışında kürtaj yaptırmasını engellemediği için etkisiz ve yetersiz bir yasaklama düzeyinde kalmıştır. (Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda, 1992)*

Mahkeme bu kararı ile hangi gerekçe ile olursa olsun, toplumsal değerleri korumak için, Avrupa örgütlenmesinin öngördüğü yerleşik temel hukuk kural ve güvenceleri ile uygun düşmeyen kamusal müdahalelerin Sözleşme ile bağdaşmayacağını vurgulamıştır.

AİHM’in Sözleşme’nin 10. maddesiyle ilgili kararları arasında basınla bağlantılı olmayan çok az örneğe rastlanmaktadır. Yedek subaylığını yapan kişinin bir arkadaşı ile elden komutanına gönderdiği mektup, askerlikle ilgili bazı uygulamaları sert bir dille eleştirdiği için silahlı kuvvetlere hakaret olarak nitelenmiş ve askeri mahkemede yargılanan başvuru mahkum edilmiştir.

AİHM, olayın, düşüncenin açıklanmasıyla ilgili bölümünü, aşağıya aktardığımız gerekçelerle Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlali olarak nitelemiştir:

*“10. maddenin uygulanması kışlanın kapısında durmaz. Bu madde Sözleşmecî Devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla beraber, Mahkeme’nin daha önce de belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gerektiği şekilde görev yapmasını düşünmek olanaksızdır. Bu nedenle askeri disipline yönelik gerçek bir tehdidin bulunması halinde Sözleşmecî Devletler ifade özgürlüğüne*



yasaklar koyabilmelidirler. Ancak, düşüncelerin ifadesi bir kurum olarak ordunun kendisine yönelmiş olsa bile, ulusal makamlara, ifade özgürlüğünü etkisiz kılmak amacıyla bu tür kurallara dayanma imkanı verilemez.

Mektubun Yunan Ordusu ile ilgili bazı sert ve kızgın ifadeler içerdiği doğrudur. Ancak Mahkeme söz konusu ifadelerin, askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev bağlamında dile getirilmiş olduğunu not eder. Mektup başvuru tarafından yayınlanmamış veya bir kopyasının bir subaya verilmesinin dışında daha geniş bir kitleye dağıtılmamış ve başka kimselerin de bu mektubu bildiği iddia edilmemiştir. Mektupta, gönderilen kişiye veya başka bir kimseye yönelik herhangi bir hakaret de yer almamıştır. Bu durum karşısında Mahkeme, mektubun askeri disiplin üzerinde sahip olabileceği etkinin önemsiz olduğunu kabul eder. Buna göre Mahkeme, başvuruçunun suçlanmasının ve mahkum edilmesinin, 10. maddenin ikinci fıkrası anlamında 'demokratik bir toplumda gerekliliği' bakımından haklı görülmeyeceğini kabul eder. Bu nedenle 10. madde ihlal edilmiştir." (Grigoriades/Yunanistan, 1997)

AİHM, 1986 yılında verdiği iki kararında, göreve girerken anayasaya bağlı kalacağına yemin eden ancak daha sonra edinilen bilgilere göre bu yeminine bağlı kalmayacağı anlaşılan stajyer memurun görevine son verilmesinin, (Glasenapp/Almanya, 1986) ve anayasa dışı bir partiye üye olduğu; ayrıca yayınladığı iki kitapta açıkladığı görüşleri, konumuna uygun düşmediği gerekçesiyle devlet memurunun işten çıkarılmasının (Kosiek/Almanya, 1986), Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmediğini kararlaştırmıştır.

Mahkeme yıllar sonra yine Almanya'dan kaynaklanan başka bir olayda ise, çok farklı değerlendirmeler yapmıştır. Bayan Vogt, on iki yıla yakın öğretmenlik yaptığı bir okuldaki

71

görevinden, Alman Komünist Partisi'nin üyesi olduğu ve partiden ayrılmamakta direndiği gerekçesiyle uzaklaştırılmıştır. Bu davranışı, devlet memurunun devlete bağlılık yeminine aykırı bulunmuştur.

Mahkeme olayı şöyle değerlendirmiştir:

*"Her ne kadar devletin memurlarına bağlılık yükümlülüğü getirmesi konularının bir gereği olsa da, devlet memurları da birer birey olarak Sözleşme'nin 10. maddesinden yararlanma hakkına sahiptirler."*

Almanya'nın yakın tarihine yollama yapan Mahkeme, "... devlete bağlılık ilkesinin mutlak karakterinin, bütün devlet memurlarına uygulanması durumunda, özel hayatla mesleki yaşam arasında bir ayırımın kalmayacağı göz önüne alındığında Alman otoritelerinin hem anlatım özgürlüğünü hem de toplantı özgürlüğünü ihlal" ettiği sonucuna ulaşmıştır. (Vogt/Almanya, 1995)

**BAŞKALARININ KİŞİLİKLERİ VE ONURLARI  
BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASINI  
GEREKTİRİR Mİ?**

72

Başkalarının kişilikleri ve onursal varlıkları, yerine göre, basın ve iletişim özgürlüğünü sınırlandıran bir etken olabilmektedir. Ceza hukuku açısından kararlaştırılmış bir yaptırım olmaksızın başkasının onuruna zarar vermesi nedeniyle jüri tarafından uygun görülen 1.500.000 İngiliz Sterlini tazminat ödemeye mahkum edilen gazetecinin başvurusunda Mahkeme, abartılı tazminat miktarının başlı başına Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermişti.

AİHM'ye göre haksız saldırıya uğrayan kişinin zararının giderilmesinin anlamı, *"jürinin gönlüne uygun düşen herhangi bir miktarın serbestçe kararlaştırılabilmesi değildir. AİHS çerçevesinde, hakarete uğrayan kişiye ödenecek tazminatın, anılan kişinin onuruna verilen zararlarla orantılı olması gerekir"*

Başvuru konusu olayda jürinin başvurucuya ceza vermesine karşın olayın mağduru Lord Aldington'un ölçüsüz derecede yüksek bir manevi tazminatla ödüllendirilmesi iletişim özgürlüğünü engelleyen bir müdahale niteliğinde görülmüştür. (Tolstoy Miloslousky/İngiltere, 1995)

Fransa'nun mizah ve politika ağırlıklı "Zincirli Ördek" adındaki haftalık gazetesinin iki yöneticisi, Peugeot otomobil şirketi

72

patronunun maaş bordrolarını yayınladıkları için yargılanmış ve para cezalarına çarptırılmışlardı. Bu olayda, gerçek dışı bir yayın ve niteleme söz konusu değildi. Mahkeme, büyük şirketlerin üst yöneticilerinin gelirlerini düzenli olarak yayınlayıp kamuoyunun bilgisine sunmaları nedeniyle, başvuru konusu yaptırımı, 10. maddeye aykırı bir müdahale olarak değerlendirdi. (Fressoz ve Roire/Fransa, 1999)

Fransa' da İkinci Dünya Savaşı sırasında Nazi askerlerine ve Gestapo'ya karşı yürütülen direniş hareketinin tarihçesinin anlatıldığı bir kitapta, toplumca da benimsenen direniş gurubunun üyelerine hakaret edildiği gerekçesiyle, kitabın yazarı ve yayıncısı mahkum edilmişlerdi. Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında değerlendirilen olayları ve AIHM'nin karar özeti aşağıda sunmaktayız:

*"Birinci başvuru, 1997'de basılan 'AUBRAC/Lyon 1943' isimli kitabın yazarı, ikinci başvuru yayıneviniin müdürü, üçüncü başvuru da kitabın editörü olan Albin Michel'dir. Kitap İkinci Dünya Savaşı'ndaki Fransız direnişine ilişkin tarihsel olayları anlatmaktadır. Özel olarak kitap, Fransız direnişinde önemli bir yere sahip olan ve 'Caluire Toplantısı' olarak adlandırılan dönem hakkında, 'gri alanlar' değerlendirmesi yapmıştır. 21 Haziran 1943 tarihinde, Gestapo Bölge sorumlusu, Klaus Barbie, Lyon'un banliyölerinden biri olan Caluire'de toplantı yapan direniş liderlerini yakalamıştır. Yakalananlardan biri olan, direniş hareketi üyesi Raymond Aubrac, 1943 sonbaharında kaçımayı başarmıştır. Kitabın yazarı, Bay ve Bayan Aubrac tarafından bildirildiği gibi kayıtlara geçen, İkinci Dünya Savaşı'nın bu temel bölümü hakkındaki 'resmi gerçek' i reddetmeye çalışmıştır. Bağlantılı olarak, kitaba yapılan ekte, sözde 'Barbi Vasiyetnamesi' adı verilmiş olan bölümde, yazar, Bay ve Bayan Aubrac tarafından anlatılan olaylar ile, bu belgenin karşılaştırılması üzerine kurulmuş bazı sorular yöneltmiştir. Aubrac çifti, kişilikleri hakkında*

kuşku yaratan savlarının hakaret oluşturması nedeniyle, başvuruculara karşı hukuksal yollara başvurmuşlardır. Kitabın yazarı ve yayınevini müdürü olan başvurucular, mahkeme tarafından, 'genel kabul görmüş Direniş Hareketi'nin üyeleri olan Aubrac çiftine' hakaretten suçlu bulunmuş ve para cezası ödemeye mahkum edilmişlerdir. Başvurucuların ayrıca Aubrac çiftinin zararlarını karşılamasına da hükmedilmiştir. Mahkeme, kitabın toplatılıp yok edilmesi istemini reddetmiş; ancak, kitabın her baskısında bir yasal ihtarin yer almasına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi, '... kitabın tümünün, ortaya koyduğu görüşlerin değerlendirilmesiyle, okuyucularda, Aubrac'ların ihanet suçunu işledikleri kanısını oluşturduğu ...' saptamasından yola çıkarak, tarihsel belgelerin sorgulanması ile, Direniş Hareketi üyelerinin yalan söylediklerinin ileri sürülmüş olması gerekçeleriyle kararı onamıştır. Temyiz Mahkemesi ise başvurucular tarafından yapılan temyiz istemini reddetmiştir.

Mahkeme'ye göre, başvurucuların, ifade özgürlüklerini kullanmaları konusunda bir müdahale mevcuttur. Müdahale, 1881 ve 1951 yıllarında yasalaşan ve Temyiz Mahkemesi'nin içtihatlarıyla yorumlanmış olan yasalardan kaynaklanmaktadır. Basın-yayın alanındaki profesyonellerin, yayımcı ve basımcı şirketin, pozitif hukukun sözü edilen özelliklerinin ayırıcında olmaları gerekir. Bu nedenle yayımcı ve basımcı şirket, şu ana kadar aksi iddia edilmemiş tarihsel olaylara karşı bir savunma yapma çerçevesinde yaklaşan yazarın karşılaşacağı riskleri değerlendirme ve bu risklere karşı bir girişimde bulunma durumundadırlar. Ötesinde, yayımcı ve onunla bağlantılı olan diğer kişiler ve yazar, mevcut olan içtihat hukuku ile bağlantılı olarak, kitabın içeriğinin bir hakaret mahkumiyeti ile karşı karşıya gelebileceğini öngörmelidirler. Kitabın basımının hukuki sonuçları önceden öngörülebilir durumdadır. Başvurucuların mahkumiyeti, Aubrac çiftinin şöhretini korumaya yönelik meşru bir amaç içermektedir. Tarihsel gerçekliğin araştırılması, ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Mevcut davada, tarihçiler ve kamuoyunca

*benimsenen tarihsel konunun tekdüze veya yeniden basımı, Holocaust örneğindeki gibi, korumanın 17. madde bağlamında 10. maddenin korunmasından çıkartıldığı durumda olduğu üzere, tarihsel olayların net bir gerçeklikle ortaya konulduğu kategoriye girmemektedir. Müdahalenin orantılılığı bağlamında, Mahkeme, kitabın içeriğinin çok ayrıntılı bir değerlendirmesinin ardından alınan mahkumiyet kararlarının, uygun ve yeterli gerekçelere dayandığını belirtir. Mahkeme, yalnızca tarihsel metodun temel kuralları ile yetinilmeyen ve ciddi anımsatmalar yapılan kitap hakkında karar alan yerel mahkemelerin kararlarını, dayandıkları değerlendirmeleri ve gerekçelerini tatmin edici bulmuştur. Uygulanan cezalar ile bağlantılı olarak, Mahkeme, yerel mahkemelerin kitabın imhasına ve basımının yasaklanmasına karar vermediklerini belirtir. Cezalar, uygunsuz boyutlarda ve anlatım özgürlüğünü tümüyle sınırlayıcı bir içerikte değildir. Kısaca, başvuruçuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ulaşılmak istenen meşru amaçla orantısız değildir.” (Chauvy ve Diğerleri/ Fransa, 2004)*

Toplumlar, zaman zaman gerçek veya sahte kahramanlar yaratabilmektedirler. Tarihsel olaylar, belli bir tutarlılık düzeyinde her zaman tartışmaya açılabilir. Ancak, ülkelerinde ulusal kahraman olarak nitelenen kişilerin, geçmişe dönük ve kanıtlanmamış savlarla onursal açıdan küçük düşürülmeleri, Sözleşme güvencesi kapsamında görülmedi. Başvuru konusu olayda AİHM, Fransız Mahkemeleri'nin yaklaşımı doğrultusunda tarihsel gerçeklerin araştırılma gereği ile, başvuruçunun onursal kimliğinin korunması arasında uyumlu dengeler kurmuştur. Bu karar, kendi politikalarını oturtmak için, geçmişteki etkinlikleri nedeniyle toplumlarında saygı ve sevgi ile anılan tarihsel kişilikleri karalama alışkanlığının yaygın olduğu ülkeler açısından özel bir önem taşımaktadır.

Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. bendi, "... adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ..." anlatım özgürlüğünün sınırlandırabileceğini belirtiyor. Bir çok Avrupa ülkesinde, yargılamanın, mahkemeden önce basın yayın organlarınca başlatılmasını yasaklayan sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamalar, tanıklarla duruşma öncesinde görüşülmemesi, sanığın adli sabıkasının açıklanmaması, kanutların yayınlanmaması gibi, yargının yönlendirici etkiler altında bırakılmamasını amaçlıyor. Ancak AİHM'nin, ulusal yargı organlarını sıkı bir koruma altına aldığı söylenemez. Mahkeme, yargı yerlerine genel bir eleştirilmeme bağıışıklığı sağlamak yerine, tartışma konusu olayların içeriğini değerlendiriyor.

İsviçre'deki bir gazeteci, bir yargıç hakkında yürütülmekte olan soruşturmanın tarafı konumunda bulunmaktadır. Gazeteci, yargıç hakkında böyle bir soruşturma açıldığını yayınlamıştır. Yargıçla ilgili yapılmakta olan gizli soruşturmayı yayınlayan gazeteci yargılanmış ve para cezasına mahkum edilmiştir. Başvuruyu değerlendiren AİHM, "... basın toplantısında açıklanarak gizliliği kalktıktan ve kamuoyuna duyurulduktan sonra yayınlanan bilgilerin, yürütülmekte olan soruşturmanın gerektiği

73

*biçimde sürdürülmesine engel oluşturmaması ..."* nedeniyle, müdahalenin Sözleşme'ye uygun olmadığını kararlaştırmıştır. (Weber/İsviçre, 1990)

Yine İsviçre'de, bir avukat, savunmanlığını üstlendiği sanığın parasal güvence karşılığında tutukluluğunun kaldırılması isteminde bulunmuştur. Bu talebinin yerel mahkemece kabul edilmemesi üzerine bir basm toplantısı düzenleyerek, mahkemeye yönelik olarak, *"meslek ahlakına ve kurallarına aykırı"* düşen çok ağır eleştirilerde bulunmuştur. Üyesi olduğu Baroda, avukata, basın toplantısındaki sözleri nedeniyle disiplin yaptırımını uygulamıştır. AİHM, *"her ne kadar avukatların kamu önünde adaletin işleyişi hakkında yorum yapma yetkilerinin bulunduğunu ..."* belirtmekle birlikte, *"... halkın yargı organına olan güvenlerini korumakla yükümlü olduklarını ..."* da vurgulayarak, kararlaştırılan para cezasının, ulusal organların takdir payını aşmadığı görüşünde olmuştur. (Sdböpfer/İsviçre, 1998)

Belediyeye karşı açılan davalara bakmak üzere hukukçu başkanın yanında hukuk öğrenimi görmeyen iki yargıcın katılımıyla oluşan üç kişilik bir mahkemenin meslekten gelmeyen üyeleri, gazeteci tarafından kararlarında yansız davranmamakla suçlanmıştır. Yazar, bu iki üyenin, personeli oldukları belediye yararına oylarını kullandıklarını belirtmiştir. Bu yazı nedeniyle 2.000 kron para cezası ödemeye mahkum edilen gazetecinin başvurusunda AİHM, eleştirisinin salt bir iddiadan ibaret olması ve alınan para cezasının eleştirme hakkını kısıtlama amacı taşıması nedeniyle, yapılan müdahalenin anlatım özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir. (Barford/Danimarka, 1989)

Bu olayın somut bir suçlamaya dayanmaması, eleştirisinin, yerel mahkemenin yapısal görünümünden kaynaklanan bir varsayım boyutunda kalması ve salınan para cezasının da



büyük bir önem taşımaması nedenleriyle, Mahkeme, adeta her iki yanın da haklılığına değinen bir sonuca varmıştır.

AİHM, yanlış ve haksız karar verdikleri gerekçesi ile ard arda beş yazı ile yerel mahkemeyi, bu davaların sonuçlanmasından yıllar sonra ağır suçlamalarla eleştiren gazetecilerin sembolik bir tazminata mahkum edilmesiyle ilgili başvuruda farklı değerlendirmeler yapmıştır. Mahkeme, "Yargıçların kamunun güvenini sürdürmeleri ve bu nedenle temelsiz ve yıkıcı saldırılar karşısında korunmalarının gerektiğini; ancak yargıçların konuları nedeniyle konuşmama gibi bir sorumlulukları olduğundan, kendilerine yöneltilen saldırılar karşısında eleştirileri yanıtlamalarının olanaksızlığı ..." üzerinde durmuştur.

Mahkeme, "Gazetecilerin eleştirdikleri dava konusunda kamu-yu bilgilendirmeden önce ciddi bir araştırma yaptıklarını, yargının işleyişinin toplumu ilgilendiren bir sorun olduğunu, yargı kararlarının kamuoyu önünde değerlendirilebileceğini ..." belirtmiştir.

Kararda; "Bir yargıcın onurunun basın tarafından zedelenmesi, öncelikle yargı düzeninin işleyişindeki aksaklıklar konusunda açılan bir tartışmada veya yargıçların bağımsızlığından ya da yansızlığından kuşku duyulduğu koşullarda gündeme gelebilir. Bu tür sorunlar, toplum açısından her zaman önemlidir. Özellikle etkin ve bağımsız bir yargı düzeninin yeni yerleşmekte olduğu ülkelerde, mahkemeler kamusal tartışmanın dışında tutulmamalıdır. Ulusal mahkemeler, yargıçların ya da diğer yargı görevlilerinin işin içinde oldukları davalarda, söz konusu olan değerleri ve yararları özenle tartışmalıdırlar. Mahkemeler, söz konusu yargıcın onuru ile, basının ve kamunun ilgi alanına giren konular nedeniyle haber verme özgürlüğü arasında doğru dengeler kurmalı, demokratik bir toplumda önceliğin ne olması gerektiğine karar vermelidir. Kuşkusuz, eleştirinin yargının işleyişi konusundaki kamusal tartışmaya katkıda bulunmaksızın, özünde yargı mensuplarına hakaret ya da onların onurlarını kırmayı amaç-

## 73

*ladığı durumlarda, anlatım özgürlüğüne sağlanacak koruma daha dar tutulabilir.” (De Hans ve Gijssels/ Belçika, 1997)*

AİHM, bu kararın gerekçesindeki, “Mahkemeler boşlukta çalışmazlar. Yargı kararları üzerinde, ne kamusal tartışma açılması, ne de ortaya çıkan sonucun eleştirilmesi yasaklanabilir ...” sözcükleriyle, diğer kamusal etkinlikler gibi, yargının işleyişinin de basının denetim ve eleştirilerine açık bulunduğunu belirtmiştir.

**AIHM, TÜRKİYE'DEN GELEN İLK BAŞVURULARDA,  
TCK'NIN 312. MADDESİNE DAYANDIRILAN  
MAHKUMİYET KARARLARINI HANGİ ÖLÇÜTLERE  
GÖRE DEĞERLENDİRMIŞTİR?**

İncal/Türkiye davası, TCK'nın 312. maddesine dayandırılan mahkumiyet nedeniyle AIHM'ye gönderilen ilk başvuru-  
dur. Zana/Türkiye davasının konusu da, TCK'nın 312. madde-  
siyle ilgilidir. Her iki kararın karşılaştırılması, AIHM'nin 312.  
maddeyle ilgili başvurularda gözetdiği ölçütlerin anlaşılmasına  
yardımcı olacaktır.

**a. İncal/Türkiye Davası**

İncal davası sonucunda AIHM'nin verdiği 9.6.1998 günlü  
karar, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yapılanmasından as-  
keri yargıçların çıkarılmasını sağlayan Anayasa ve yasa deği-  
şikliklerine neden olduğu için hukukçularımız ve kamuoyunca  
yakından bilinmektedir. Bu davanın önemli bir yanı da ulusal  
yargının TCK'nın 312. maddesine göre verdiği mahkumiyet  
kararının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Sözleşme'nin  
10. maddesine aykırı bulunmuş olmasıdır. Sözü edilen kara-  
rın gerekçesi, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kapsamı,  
sınırlandırılması ve hangi koşullarda kötüye kullanıldığının  
benimsenebileceği konuları üzerinde durmaktadır.

74

Olay: Halkın Emek Partisi İzmir İl Örgütü'nün 01.07.1992 günü yayınlamayı kararlaştırdığı, "Yurtsever-Demokrat Kamuyuuna" başlıklı bildiri, yasal gerek olmamasına karşın izin için savcılık ve valiliğe bildirilmiş, on bin nüsha bastırılmış ve hennüz dağıtımı yapılmadan tümüne güvenlik görevlilerince el konmuştur. Ardından, bildiri kararı altında imzaları bulunan Yönetim Kurulu üyeleri hakkında, TCK'nın 312. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, İzmir Büyükşehir Belediyesi'nin karar ve uygulamalarını eleştiren bildirideki, "... metropollerin Kürtlerden arındırılması siyasetinin uygulanması cümlesinden İzmir'de sistemli bir şekilde Kürt halkının seyyar satıcı olduğu, mesleklerini icradan men edildiği, göçe zorlandığı, Kürtleri yulgnlığa düşürmek istedikleri belirtilmiş olup, ülkede Kürt halkına karşı sürdürülen özel savaşın bir parçasıdır. Ülkede kontrgerilla, özel tim, köy koruculuğu, SS kararnamesi, her türlü devlet terörüyle bastırılmak, susturulmak istenirken İzmir'de elinden ekmeği aş alınmakta, evi başına yıkılarak bu amaç gerçekleştirilmek istenmektedir." sözcüklerini "içerik itibariyle halkı ırk mülahazası ile kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edici nitelikte" bularak, sanıkları TCK'nın 312. maddesinin 2. bendine göre mahkum etmiştir. Karar Yargıtay'ca da onanarak kesinleşmiştir.

Konu, mahkum edilen Yönetim Kurulu üyelerinden Av. İbrahim İncal tarafından, AİHM'ye gönderilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmeleri: AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında değerlendirdiği uyuşmazlıkta, öncelikle yakıncının düşüncelyi açıklama özgürlüğüne bir müdahalenin varlığını, mahkumiyet kararının yasal dayanağının bulunması nedeniyle müdahalenin hukuken öngörölmüş olduğunu ve yerel organların "kamu düzenini"

korumayı amaçlamaları nedeniyle de, müdahalenin “meşru amaca” yönelik olduğunu benimsemiştir.

Mahkeme, bu aşamadan sonra konuyu, “demokratik bir toplumun gerekleri” açısından tartışmıştır.

AİHM’in düşünceleri açıklama özgürlüğüne ilişkin davalarda çok sık yinelenen, ender olmakla birlikte zaman zaman Türk Mahkemeleri’nin kararlarında da görülebilen geleneksel gerekçesi, *İncal* davası kararında aşağıdaki tümcelerle açıklanmıştır:

*“Mahkeme’nin sık sık söylediği gibi, 10. maddede yer alan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturur; demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’e değil; aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden ‘haber’ ve ‘düşünceler’e de uygulanır; bunlar, ‘demokratik toplumun’ olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk hoşgörüsü ve açık fikirliliğinin gerekleridir.*

*İfade özgürlüğü, herkes için önemli olmakla birlikte, siyasi partiler ve onların aktif üyeleri için özellikle önemlidir. Siyasi partiler seçmenlerini temsil ederler, onların sorunlarına dikkat çekerler ve onların menfaatlerini savunurlar. Bu nedenle, başvurucu gibi bir muhalefet partisi üyesi siyasetçinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi, Mahkeme’nin konu üzerinde çok dikkatli bir inceleme yapmasını gerektirmektedir.”*

Mahkeme kendi ölçütlerini belirlerken, anlatım özgürlüğünün, “... özellikle siyasal partiler ve onların sözcüleri açısından...” önemi üzerinde durmuştur. Bununla da yetinmeyerek,

başvurucunun "... bir muhalefet partisi üyesi olmasının ..." daha özenli bir incelemeyi gerektirdiğini vurgulamıştır.

Mahkeme, kendisini ulusal yargının yerine koymamıştır. Ancak, Sözleşme'nin 10. maddesine dayanan denetimini gerçekleştirirken, bildiri içeriğini de değerlendirmek zorunda olduğunu belirtmiştir. "*Bildiride Türk Hükümeti'nin politikaları hakkında bazı çok sert ifadeler yer almakta, Hükümet' i bu durumdan sorumlu tutan ciddi suçlamalarda bulunulmaktadır. Bildiride 'tüm demokratik yurtseverlere' çağrı yapılarak, yetkili organların işlemleri 'terör' eylemi ve 'ülkede', 'Kürt halkına' karşı yürütülen 'özel savaşın' parçası olarak tanımlanmaktadır. Bildiri, halkı, özellikle 'mahalle komisyenleri' eliyle, bu uygulamalara 'karşı çıkmaya' çağırılmaktadır.*"

Mahkeme, bildiriye yerel uygulamaların eleştirileriyle sınırlı bulmamıştır. "*Böyle bir metnin, açıklananlardan farklı amaçlara ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceğini, "hatta, "Kürt kökenli nüfusu, bazı siyasi talepleri seslendirmek için bir araya gelmeye teşvik edici istekler içerdiğini" gözlemiştir.*

Tüm bu saptamalara karşın, Mahkeme'ye göre, "*Eleştirinin izin verilebilir sınırları, hükümet için, sade bir vatandaşa, hatta bir politikacıya tanınan sınırlardan çok daha geniştir. Demokratik bir yapılanmada, Hükümet'in eylem ve ihmalleri yalnız yasama ve yargı organlarının değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakından denetimine tabi olmak zorundadır. Ayrıca hükümetin üstün konumu, karşıtlarının haksız saldırı ve eleştirilerini karşılamak için kullanabileceği başka araçlar varken, ceza davasına sınırlı koşullarda başvurmasını gerektirir.*"

Mahkeme, davanın ülkedeki terörle bağlantısını araştırmaya hazır olduğunu belirtmekle birlikte, sunulan kanıtların, "*İncal'ın Türkiye'deki ve özellikle İzmir'deki terör olaylarından her-*

hangi bir biçimde sorumlu kılınması sonucunu haklı gösterecek hiçbir neden" bulunmadığı görüşüne varmıştır.

Mahkeme, İncal'ın mahkumiyetinin, mahkumiyet kararı sonucunda getirilen siyasal ve toplumsal yasakların "... güdülen meşru amaçla orantısız ve bu nedenle demokratik bir toplumun gerekleriyle bağdaştırılamaz." nitelikte oldukları gerekçesiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir. (İncal/Türkiye, 1998)

### b. Zana/Türkiye Davası

Olay : Başvurucu Mehdi Zana, Diyarbakır'ın eski Belediye Başkanı'dır. 1987 yılı Ağustos ayında Diyarbakır Askeri Cezaevi'nde hapis yatarken, gazetecilerin kendisi ile yaptığı röportajda, aşağıdaki açıklamalarda bulunmuştur:

*"PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar."*

Bu konuşma 30 Ağustos 1987 günlü Cumhuriyet Gazetesi'nde yayınlanmıştır.

Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi, 26 Mart 1991 günlü kararı ile "kanunun cürüm saydığı bir fiili övüğü" ve "kamu güvenliğini tehlikeye soktuğu" gerekçesiyle Zana'nın on iki ay ağır hapis cezasına çarptırılmasına karar vermiştir. Bu karar Yargıtay'ca da onanarak kesinleşmiştir.

**AİHM'nin Değerlendirmeleri:** AİHM'nin 25.11.1997 günlü ve 854 sayılı Karar'ında, düşüncelyi açıklama özgürlüğüne müdahale edilmesi durumunda izlenen geleneksel ölçüt ve yöntemler bir kez daha vurgulandıktan sonra, olayın özel koşulları aşağıdaki tümcelerle değerlendirilmiştir:

"Mahkeme, her olayın şartlarına ve devletin takdir alanına özen göstererek bireyin temel bir hakkı olan anlatım özgürlüğü ile demokratik bir toplumun kendini terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı koruma biçimindeki meşru hakkı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını belirlemek zorundadır. Bu davada Mahkeme sonuç olarak Zana'nın mahkumiyetinin bir 'toplumsal ihtiyaç baskısına' karşılık gelip gelmediğini ve cezanın 'izlenen meşru amaçlarla' orantılı olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Bu amaçla başvurunun sözlerinin içeriğinin, o dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda var olan durumun ışığında analiz etmenin önemli olduğunu düşünmektedir.

Bu demec, çevresinden soyut bir biçimde ele alınamaz. Demec, olayın koşulları içinde özel bir öneme sahiptir. Mahkeme'nin, daha önce de belirttiği gibi, bu röportaj, söz konusu dönemde aşırı bir gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda PKK'nın sivillere yönelik olarak sürdürdüğü kanlı saldırılar ile aynı döneme rastlamaktadır.

Bu koşullarda Türkiye'nin güneydoğusundaki en önemli kenti Diyarbakır'ın eski belediye başkanının, büyük günlük gazetelerden birinde yayınlanan röportajında 'ulusal kurtuluş hareketi' biçiminde tanımlanan PKK'ya destek vermekle, o bölgede zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceği kabul edilmelidir.

Buradan hareketle Mahkeme, başvurucuya verilen cezanın 'toplumsal bir ihtiyaç baskısına' makul bir yanıt olarak görülebileceğini ve ulusal makamlarca gösterilen gerekçelerin 'uygun ve yeterli' olduğunu kabul eder. Kaldı ki başvuru, verilen cezanın beşte birini çekecektir.

Mahkeme, bütün bu faktörleri ve böyle bir olayda ulusal makamların sahip olduğu takdir alanlarını dikkate alarak, söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğunu kabul eder.



*Sonuç olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi 8'e karşı 12 oy çokluğu ile ihlal edilmemiştir." (Zana/Türkiye, 1997)*

### c. Karşılaştırma

AİHM'nin İncal ve Zana davalarında açıkladığı gerekçeler, yorum yöntemleri konusunda önemli ölçütler koymaktadır.

Hiç kuşkusuz ceza hukuku açısından birincil derecede önemli olan eylem, suçun nesnel ögesi yani dışa vurulan düşüncelerdir. Ancak kamusal korunma gerekleri ile Sözleşme kapsamındaki haklara getirilen sınırlamanın adil dengelere dayanıp dayanmadığını değerlendirmek için, yalnız söylenen sözlerin içeriği ile yetinilmemektedir.

Suç işleme kararlılığının ortaya çıkarılması açısından, sanığın toplumsal kimliği ve etkinliği, söylenen sözlerin hedef kitlesi ve ulaştığı iletişim alanı, konuşmanın geçtiği dönemin ve bölgenin özel koşulları da göz önünde bulundurulmaktadır.

Mahkeme, her iki olayda da aynı yorum yöntemini uygulayarak, İncal'ın imza koyduğu bildirin terör olayları ile bağlantısının kurulmadığını belirtirken, Zana'nın sözlerinin, bölgede yaşanmakta olan terör olaylarını daha da arttırıcı nitelikte olduğunu özellikle vurgulamıştır.

Türkiye'den AİHM'ye gönderilen davaların sayısal açıdan önemli bir bölümü, yukarıda özetlediğimiz İncal ve Zana davalarında da olduğu gibi; Kürt sorunu üzerinde odaklanmaktadır. Bu kararlarda genellikle, açıklanan düşüncelerin "*şiddet kullanılmasını, silahlı mücadeleyi veya ayaklanmayı ...*" teşvik edip etmediği konusu, suç çizgisinin saptanması açısından belirleyici bir ölçüt olarak ele alınmaktadır. Kamusal müdahalenin haklı görülebilmesi için, yazarın ya da konuşmacının amacı, kullandığı sözcüklerin ağırlığı yeterli bulunmamakta toplumsal etki ve sonuçları da değerlendirilmektedir.

Mahkeme, açıklanan düşüncelerin ulusal yasalara göre suç oluşturduğu durumlarda "*orantılılık*" kuramından yola çıkarak yaptırımların ağırlığını da değerlendirmektedir. Türkiye'de düşünceyi açıklama suçlarına çok ağır cezalar verildiği bilinen bir gerçektir. Uzun süreli hapis cezaları yerine seçenek yaptırımların bulunmaması, Mahkeme'yi, kamusal müdahalenin haklılığını benimsemeye eğilimli olduğu koşullarda bile, kendi gerekçeleri ile çelişen kararlar vermek zorunda bırakmıştır. Mahkeme, "*isyana ve şiddet kullanmaya tahrik ettiği*", "*düşmanca ton içerdiğini*" kabul ettiği bazı söylemleri, ulusal organlarca

verilen cezaların ağırlığı nedeniyle orantsız bulmuştur. AİHM'in, Handyside ve Otto Preminger İnstitut davalarında öne çıkardığı ulusal ve yerel önceliklerle, Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi'nden kaynaklanan ayrımcılık konusundaki davalarda gözettiği ölçütler arasında tam bir uyum olduğu söylenemez. Suç ögesi içeren yayınların toplatılıp imha edildiği, sorumlularına para cezaları verildiği durumlarda, Mahkeme "orantılılık" koşulu yönünden daha rahat değerlendirmeler yapabilmektedir. İletişim özgürlüğünün uzun süreli hapis cezaları ile sınırlandırılması ise, bu tür yaptırımlara alışkın olmayan ülkelerin yargıçlarını uyumsuzluğun özü açısından da zorlamakta, tartışmaya elverişli kararlar vermelerine neden olabilmektedir.

Ulusal mahkemelerce verilen özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların süreleri, orantsız olmadığı sürece, AİHM'nin üzerinde durduğu konular arasında bulunmamaktadır. Bu tür yaptırımlar, genellikle ulusal organların değerlendirmelerine bırakılmaktadır. Buna karşılık, Türkiye'de iletişim suçları nedeniyle uygulanan uzun süreli hapis cezaları, AİHM'nin, yaptırımların ağırlığı konusundaki denetiminin yaygınlaşmasında etkili olmuştur.

Yukarıda özetlediğimiz gözlemlerimizi, bazı kararlardan derlediğimiz kısa alıntılarla vurgulamaya çalışacağız.

Petrol-İş Sendikası Genel Başkanı Münir Ceylan'ın 1991 yılında *Yeni Ülke* adlı haftalık dergide yayınlanan "Söz işçinin, yarın çok geç olacak" adlı makalesi nedeniyle aldığı bir yıl sekiz ay hapis cezasını, AİHM aşağıdaki gerekçeyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir:

*"Yazıda 'Devlet Terörü' ve 'Soykırım' gibi sözcüklerin kullanılmasının da gösterdiği gibi, üslubu çok keskin, ülkenin o bölgesin-*

75

deki yetkililerin işlemlerine karşı çok serttir. Yazının yayınlandığı koşulların artalam dikkate alındığında, ulusal organların Türkiye' de on beş yıldır devam etmekte olan çok ciddi huzursuzluğu şiddetlendirecek görüşlerin yayılmasından kaygı duydukları görülür. Ancak başvuru, Türk siyasal sahnesindeki bir oyuncu olarak sendika temsilcisi kimliğiyle yazmıştır. Söz konusu makale keskinliğine rağmen şiddet kullanılmamasını, silahlı mücadeleyi veya ayaklanmayı teşvik etmemektedir. Bu etkenlerin yanı sıra, verilen cezanın niteliği ve ağırlığı da, müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken dikkate alınır. Başvurucunun mahkumiyeti izlenen amaçla orantılı olmadığından anlatım özgürlüğünün ihlal edildiği görüşüne varılmıştır. (Ceylan/Türkiye 1994)

"Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun" adlı kitabı nedeniyle bir yıl sekiz ay hapis cezasına mahkum edilen Günay Arslan, "Kürtleri, Türklerin boyunduruğundan kendilerini kurtarmayı başaramamış bir halk" olarak nitelmiştir. AİHM'ye göre yazar, kitabında, "Türk makamlarının Güney Doğu Bölgesi'ndeki eylemlerini eleştirmekte ve buradaki karşı koymayı teşvik etmektedir. Bu üsluptaki sertlik, eleştirilere belirli bir öfke katmaktadır. Ancak Mahkeme, yazarın sade bir birey olduğunu ve görüşlerini kitle iletişim araçlarıyla değil de ulusal güvenlik, kamu düzeni ve ülke bütünlüğü üzerinde sınırlı bir etkiye sahip bir çalışma ile dile getirdiğini gözlemlemiştir. Mahkeme'ye göre kitabın bazı bölümlerinde Türk kökenli nüfusun aşırı ölçüde negatif tasviri yapılmış olmakla ve öyküye düşmanca bir ton verilmiş olmakla birlikte, bu anlatım, şiddete, silahlı direnmeye veya ayaklanmaya tahrik oluşturmamıştır. Asıl dikkate alınması gereken faktör de budur. Başvurucuya verilen bir yıl sekiz ay hapis cezası da çok ağırdır. Demokratik toplumlarda gerekli olmayan müdahale nedeniyle, ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir." (Arslan/Türkiye, 1999)

Bir başka davada, başvuruçunun Deniz Gezmiş ve arkadaşlarının anma törenine gönderdiği mesajında "Kürt halkının

ektiği özgürleşme tohumlarının Kürdistan dağlarında gerillayı doğurduğu" yolundaki görüşleri, "başvurucunun isyan ve baskı gibi sözcükler kullanması ifadelerine belli bir sertlik katmış olsa da" mesajın törene katılan belirli sayıdaki kişiye okunmuş olmasının sınırlı bir etkiye sahip bulunması, şiddete, silahlı direnmeye ve ayaklanmaya tahrik etmemesi, verilen cezanın ağırlığı nedeniyle mahkumiyet kararı, orantısız ve demokratik bir toplumun gereklerine aykırı bulunmuştur. (Gerger/Türkiye 1999 )

Edip Polat'ın "Nevrozladık Şafakları" adlı kitabında, AİHM'ye göre, "Türk tarihindeki bazı olaylar, 1925'te Şeyh Sait ve yandaşları tarafından Piran Köyü'nde başlatılan isyanın ışığında yorumlanmakta ve ayrıca Diyarbakır Cezaevi'ndeki tutuklu ve hükümlülere uygulandığı ileri sürülen kötü davranışlar anlatılmaktadır. Kitabın yazarı, başkaldırının kanlı bir biçimde bastırılmasını eleştirmektedir. Mahkeme'ye göre başvurucunun bu kitap vesilesiyle Türk yetkililerin güneydoğu faaliyetlerini eleştirmeyi ve halkı buna karşı koymaya teşvik ettiği açıktır. Kitaptaki bazı pasajlar, anlatıma düşmanca bir ton vermekle birlikte, silahlı direnişe, şiddete ve ayaklanmaya teşvik içermemektedir. Mahkeme'ye göre özellikle anlatılan olayların uzun bir süre önce geçmiş olması halinde dikkate alınacak esas unsur da budur." (Polat/Türkiye, 1999 )

#### Mahkeme, kararlarında;

"Kürdistan için kendini feda etmeye çağrı yapılmakta ve Türk makamlarına karşı bazen saldırgan ifadeler kullanılmaktadır. Düz biçimde ele alındığında, şiirlerin okuyucuları kin ve düşmanlığa, isyana ve şiddet kullanmaya tahrik ettiği şekilde yorumlanabilir." (Karataş/Türkiye 1999 )

"Mahkeme'ye göre alıntı yapılan pasajlar Türk topraklarını Kürdistan olarak nitelendirmede ve bu bölgenin Türk Devleti tarafından sömürge olarak tutulduğunu belirtmektedir. Türk Devleti,

'Kürdistan'da 'siyasal, askeri, kültürel ve ideolojik açılardan baskı yapan devlet gösterilmektedir. Yazara göre 'ırkçı inkar politikası ile' karşı karşıya kalan Kürtler, 'faşist hareketin' gelişmesinde bir araç olmuşlardır ..." (Başkaya ve Ökçuoğlu/Türkiye, 1999)

PKK lideri ile yapılan röportajda, "PKK ile yapılan savaşın 'kendilerinden tek bir kişi kalıncaya kadar devam edeceğini' söylemiştir. Ortak açıklamada ise Kürt halkının kendi kaderini tayin hakkının tanınması ve Türk ordusunun Kürdistan'dan çekilmesi istenmiştir ..." (Sürek ve Özdemir/Türkiye, 1999 )

Biçimindeki olguların saptanmasına karşın, bu söylemlerin cezalandırılması, tümü 8 Temmuz 1999 günü sonuçlanan diğer davalardakilere benzer gerekçelerle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

"Türkiye Cumhuriyeti'nden "Terörist Devlet' olarak söz eden yasadışı terör örgütünün bildirisini yayınladığı için mahkum edilen" başvurucunun dilekçesi üzerine AİHM, "... suça konu olan haber yorum, Kürt sorununu romantikleştirmek ve geçmişteki efsanevi kişiliklerin adlarını belirtmek suretiyle, Kürt duyarlılığını uyandırma şeklinde yorumlanabilir. Yazıda geçen 'şimdi hesap görme zamanıdır, ' şeklindeki ifade yazının bütünlüğü içinde edebi ve metafor tonda ifadeler olarak görülebilir. Yine yazıda, 'Asıl terörist Türkiye Cumhuriyeti'dir' gibi Türk makamlarına karşı çok ağır ifadeler de vardır. Ancak Mahkeme'ye göre bu ifadeler, şiddete çağrıdan çok, çatışmanın bir tarafının tavrını sertleştirmesini yansıtmaktadır. Aslında aynı paragrafta ERNK'nın 'ateşkes dahil insani, siyasi çözüme açık' olduğunu beyan etmesi uzlaşmacı bir üslup olarak ta görülebilir. Yazı bir bütün olarak şiddeti arttırmayı tahrik eder nitelikte yorumlanamaz. Mahkeme'ye göre ulusal makamların bu olaylarda, kendilerine ne kadar tatsız gelirse gelsin, Güneydoğu Bölgesi'ndeki durumu hakkında, halkın farklı bir yaklaşımdan haberdar olma hakkına yeterince saygı göstermedikleri görülmektedir." (Sürek I/Türkiye, 1999)

AİHM Erdoğan ve İnce (1999), Okçuoğlu (1999), Sürek II (1999), Öztürk (1999), Özgür Gündem (2000), Şener (2000), İbrahim Aksoy (2000) davalarında da ulusal mahkemelerde verilen mahkumiyet kararlarının Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini kararlaştırmıştır.

*Haberde ve Yorumda Gerçek* adlı haftalık derginin 23 Ağustos 1992 günlü sayısında yayımlanan iki okur mektubu nedeniyle İstanbul DGM'de açılan dava sonucunda gazete sahibine beş ay hapis cezası verilmiştir. Bu olayı değerlendiren AİHM, mektuplarda "... faşist Türk ordusu,.. TC Cinayet Çetesi,.. emperyalizmin kiralık katilleri ..." gibi sözlerle, "katliamlar, acımasızlıklar ve kan dökücüler" gibi ifadeler kullanılmak suretiyle çatışmanın karşı tarafına leke vurulmak istendiği açıktır. Mahkeme'ye göre söz konusu mektuplar, ölümcül şiddet içinde kendini göstermiş olan duyguları harekete geçirerek, önyargıları daha da sertleştirerek kanlı bir intikam istemektedir. Dahası, bu mektupların Güneydoğu Bölgesi'nde güvenlik durumunun 1985'ten beri çok ciddi şekilde bozulduğu koşullarda yayınlandığı not edilmelidir. Böyle bir bağlamda söz konusu mektuplar, iddia konusu kötülüklerden sorumlu gösterilenlere karşı derin ve olağandışı düşmanlığı aşılama suretiyle bölgede şiddeti daha da teşvik eder nitelikte görülmelidir ... Mektupta adları verilen kişilere karşı düşmanlık körüklenmekte ve muhtemel fiziksel şiddete karşı hedef gösterilmektedir. Bu açıdan bakıldığında Mahkeme, başvuruçunun mahkumiyetiyle ilgili gerekçeleri yeterli görmektedir ... Bu nedenlerle müdahale demokratik bir toplumda orantılı olduğundan, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. (Sürek II/Türkiye, 1999)

Aynı dergide yayınlanan bir haber nedeniyle açılan başka bir dava sonucunda verilen mahkumiyet kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, aşağıdaki tümcelerle değerlendirilmiştir:

75

"Söz konusu yazı, Türkiye'nin bir bölgesini 'Kürdistan' olarak adlandırmakta ve ulusal bağımsızlık mücadelesinden söz etmektedir. Bunlar konuyla ilgili düşünceler olmakla birlikte, anılan sözler kendiliğinden müdahalenin gerekliliği için yeterli sayılamaz. Yazıda 'Türkiye Cumhuriyeti'nin güçlerine karşı yöneltilmiş bir savaş'tan söz edilirken, 'topyekün bir bağımsızlık mücadelesi istiyoruz' denilmektedir. Böylece söz konusu yazıdaki görüş, kendini PKK ile birleştirmekte ve Kürdistan'da bağımsızlığı gerçekleştirmek için silahlı güç kullanmaya çağrı yapmaktadır. Dahası bu yazı Güneydoğu Bölgesi'nde güvenlik güçleri ile PKK arasında çok ciddi çarpışmaların meydana geldiği bir ortamda yayınlanmıştır. Bu nedenle yazının içeriği bölgede şiddetin artmasını teşvik edebilecek nitelikte görülmemelidir. Aslında okuyuculara verilen mesaj şiddete başvurunun, saldırganlara karşı şiddet kullanmanın gerekli ve haklı bir davranış olduğu yolundadır. Müdahale demokratik bir toplumda gerekli olduğundan, ifade özgürlüğünün, ihlal edilmediği ..." kararlaştırılmıştır. (Sürek III/Türkiye, 1999)

Yazar Yaşar Kemal'in Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana "Kürt Sorunu" konusunda izlenen devlet politikalarını eleştirdiği iki makalesi bir kitapta yayınlanmıştır. Kitap nedeniyle "halkı ırk ve etnik kökene bağlı olarak, kin, nefret ve düşmanlığa teşvik ettiği" gerekçesiyle İstanbul DGM, yazarın TCK'nın 312. maddesi uyarınca mahkum edilmesine ve suç konusu kitabın toplatılmasına karar vermiştir.

Yaşar Kemal'in başvurusu üzerine, iletişim özgürlüğüne yönelik müdahalenin orantılılığını araştıran AİHM, "Terörle mücadeledeki güçlükleri dikkate aldığımız" belirttiği kararında, "Söz konusu her iki makalenin dili ve içeriği, politik tartışma niteliğindedir. Türkiye'de ve yurtdışında çok tanınan bir kişi olan başvuru, Güneydoğu'daki askeri hareketlerden dolayı sorunlu tuttuğu devlet yetkililerini eleştirmiş ve uyguladıkları politikaları kınamıştır. Maka-



le, yaşanan olayları sert, ancak duygusal bir anlatımla eleştirmektedir. Çatışan taraflar arasındaki uzlaşmaz tutumu eleştiren makalede, genel anlamında şiddeti tahrik eden, silahlı direnişi özendirilen veya bölge halkını ayaklanmaya teşvik eden bir içerik bulunmamaktadır. Olayı bu çerçevede değerlendiren Mahkeme, başvuruçuya verilen cezanın ağırlığını da göz önünde bulundurmıştır. Açıklanan nedenlerle, ulaşılacak istenen amaçla orantısız olan müdahale, demokratik toplumun gereklerine de aykırıdır." (Yaşar Kemal Gökçeli/Türkiye 2003)

Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi'nden kaynaklanan davalarla ilgili değerlendirmelerinde AİHM'nin "taraflar", "çatışan taraflar" ya da "karşı taraf" gibi deyimleri çok sık kullandığı gözlenmektedir. Bir savaş veya çatışmanın anlatıldığı durumlarda, karşı karşıya gelen güçlerin olaylar sürecindeki hukuksal tanımlarıyla anılması gerekmektedir. Ancak yargı kararlarında hukuksal nitelemelere özen gösterilmesi beklenmektedir. Hiçbir ek ve nitelendirme içermediği zaman, "taraflar" sözcüğü karşıt konumda bulunanları belirtmekle birlikte, karşıtların eşitliğini de içeren anlamları çağrıştırmaktadır.

Mahkemenin "taraf" sözcüğü ile neyi anlattığının, kararlarındaki gerekçelerin açılımı ile çözülebileceğini düşünmekteyiz. AİHM aynı kararlarında, kamu adına yapılan müdahalenin demokratik toplumun gerekleri ile uyumunu değerlendirirken başvuruçuların açıkladıkları düşüncelerin ard alanını da gözettiğini, "terörle ilgisini", "terörü teşvik edici nitelikte" olup olmadığını araştırdığını, "araştırmaya hazır olduğunu" sık sık vurgulamaktadır. Hatta, Zana davasında olduğu gibi, yargılama konusu söyleşinin "... o bölgede zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştirceğini ...", "PKK'nın sivillere yönelik olarak sürdürdüğü kanlı saldırılar ile aynı döneme rastladığını ..." ve "ulusal kurtuluş hareketi biçiminde tanımlanan PKK'ya destek verdiğini ..." kararının temel gerekçeleri olarak

75

açıklamıştır. Sözleşme ihlali saptanmayan Sürek I davasında da, "... çatışmanın bir tarafından ..." söz edildikten sonra, "... ERNK'nın 'ateşkes dahil insani, siyasi çözüme açık' olduğunu beyan etmesinin uzlaşmacı bir üslup ..." olduğu belirtilmiştir.

Açıkça görülüyor ki bu kararlarda sözü edilen " taraflar " AİHM'deki başvurunun tarafları değildir. Mahkemenin bütün davalar ölçeğinde olmasa bile, Güneydoğu Bölgesi açısından " taraf " sözcüğü ile hangi " grup ", " güç " ve " örgüt " leri tanımladığı kendi söylemleri ile yeterince aydınlanmış olmaktadır. Eğer alışıl gelmiş, bizim ulaşamadığımız daha başka kararlarda da yinelenen genellik kazanmış bir anlatım biçimi değilse, Avrupa Konseyi üyesi devletler ile, kendi kararlarının gerekçelerinde, " terör örgütü " olarak nitelediği, " silahlı mücadeleyi ve ayaklanmayı yürütenleri " Mahkeme'nin " taraflar " sözcüğü ile anması, hukuksal bir niteleme olmamaktadır.

Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. bendinde yer alan ve devletlerin, düşünceyi açıklama özgürlüğünü, " ... yasayla öngörülen biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara ... " bağlayabilecekleri nedenler arasında, " ... ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi bulunduğu ... " halde, Mahkeme'nin, yukarıda anılan kararlardan yapılan alıntılarda, yine kendi saptamalarıyla bağdaşmayan sonuçlara ulaştığı gözlenmektedir. Örneğin, Mahkeme'nin gerekçelerinde, 2. bentteki " toprak bütünlüğünün " korunması amacıyla devletlerin yapabilecekleri sınırlamalardan hiç söz edilmemektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) bendine göre, devletlerin, " toprak bütünlüğünün " sağlanması için demokratik toplumların zorunlu kıldığı önlemleri alma yetkileri bulunmaktadır. " Taraflar " sözcüğünün çok sık yinelenildiği kararlarda, başvuruların bu ölçekte tartışılması da düşündürücüdür.

AİHM, kararlarında, zaman zaman Birleşmiş Milletler Örgütü'nün sözleşmelerine de yollamalar yapmaktadır, BM'nin Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesinde, *"Her türlü savaş propagandasının yasayla yasaklanması, ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete isteklendirme oluşturan (teşvik eden), ulusal, ırksal ya da dinsel nefrete çağrı yapan ..."* söylem ve davranışların önlenmesi amacıyla yasaklayıcı yasalar çıkartılması devletlerin objektif yükümlülükleri olarak belirlenmektedir. Uluslararası Sözleşme bir takım yasaklar öngörmüşse, bunların uygulanmalarını sağlamak için, yaptırımların konulması da kaçınılmaz olmaktadır. Mahkeme'nin, yukarıda kararlarından alıntılar yaptığımız değerlendirmelerinde Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesini görmezden geldiğini belirtmek zorundayız.

Mahkemenin bu tür yaklaşımlarının, olayların geçtiği ülkelerin iç politikaları açısından yasallık edinmiş siyasal duruşlara dönüştüğü bilinmektedir. Avrupa hukukunun gelişiminde çok özel ve önemli bir yeri olan AİHM'nin, bu değerlendirmelerini gözden geçirmesi gerektiği görüşünderiz.

## LAIKLİĞİN KORUNMASI AMACIYLA ANLATIM ÖZGÜRLÜĞÜ HANGİ ÖLÇÜDE SINIRLANDIRILABİLİR?

Kendisini Aczimendi Tarikatı'nın lideri olarak tanıtan Müslüm Gündüz'e, 12 Haziran 1995 gecesi yapımcı Hulki Cevizoğlu'nun düzenlediği ve sabaha kadar süren TV programında yaptığı konuşmalar nedeniyle İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nce TCK 312. maddeye aykırılıktan verilen iki yıl hapis cezası da, AİHM'nin gündemine taşınmıştı. Laiklik karşıtı söylemlere yönelik kamusal müdahale, bu davanın konusunu oluşturuyordu. Mahkeme'nin yorum biçimini ve değerlendirme ölçütlerini ayrıntılı olarak sunabilmek için, kararın hüküm kısmının kapsamlı bir özetini aşağıya aktarıyoruz:

*"Mahkeme'nin denetim görevi, ulusal kurumların yerine geçmek değil, ancak, olayı bir bütün olarak çözümleyip devletlerce gerçekleştirilen işlemlerin, 10. madde kapsamındaki değerlendirme yetkisine uygunluğunu saptamak üzere yeniden incelemektir.*

Görülen dava, başvuruçunun iç hukuktaki mahkemenelerde 'nefret söylevi' kapsamında değerlendirilen açıklamaları nedeniyle cezalandırıldığı bir olay olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası dayanakları ve kendi içtihat birikimini göz önünde bulunduran Mahkeme, özellikle, tüm insanların eşit derecede hoşgörü ve saygı görmelerinin demokratik ve çoğulcu toplumlarınlar eliyle gerçekleşeceği inancındadır.

Bu ilke gereğince, demokratik toplumlarda uygulanan yöntemlerin, koşulların, sınırlamaların veya yaptırımların, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olması koşuluyla, hoşgörüsüzlüğe dayanan (dini hoşgörüsüzlüğü içeren) düşmanlığı yaymaya, kışkırtmaya, teşvik etmeye ya da meşrulaştırmaya yönelik tüm ifade biçimlerinin yaptırım altına alınması, hatta önlenmesi bir gereklilik olarak değerlendirilebilir. (Şiddetin övülmesi ve düşmanlık söylemi ile ilgili olarak bakınız, *Sürek/Türkiye* (no. 1) AİHM 1999).

Bunun yanı sıra, Mahkeme'nin *Jersild/Danimarka* kararında da belirttiği gibi, belirli kişileri ve grupları aşağılamaya yönelik düşmanlığa çağrı kapsamındaki somut açıklamaların, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından korunmayacağına kuşku yoktur.

Yukarıda belirtilen ilkelerin görülen davaya uygulanması;

Başvuru konusu müdahalenin, 'ulaşılmak istenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını' kanıtlamak amacıyla ulusal organlar tarafından gösterilen nedenlerin bağlantısını ve gerekliliğini belirlemek için, davanın tamamı ışığında, tartışma konusu olan tüm yorumlar ve yayınlar bütünsellik içinde değerlendirilmelidir. (Bakınız, *Fressoz ve Roire/Fransa* (GC), no. 29183/95, AİHM 1999-I). Daha da ötesi, uygulanan yaptırımların niteliği ve ağırlığı, müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken kesinlikle dikkate alınması gereken etmenlerdir. (bkz., *Skalka v. Portekiz*, no. 43425/98, §42, 27 Mayıs 2003).

Mahkeme, öncelikle, tartışma konusu olan programın, kamuoyunun dikkatini çekmiş olan bir tarikatın taraftarları hakkında olduğunu belirtir. Tarikatın lideri olarak anılan ve görüşleri kamuoyu tarafından öğrenilmeye yeni başlanılan başvuru, tarikatı tanıtmak ve tarikatın demokratik toplum değerleri ile İslam düşüncesinin uyumsuz olduğu konusundaki toplumsal yapıyla uzlaşmayan görüşlerini aktarmak için programa davet edilmiştir. Bu konu Türk medyası

tarafından oldukça tartışılan bir konu olmuş, konuya yoğun bir ilgi oluşmuş ayrıca anlatım özgürlüğü üzerinde kesin sınırlamaların oluşturulduğu bir alan durumuna gelmiştir.

Mahkeme ayrıca, programın sunum biçiminin, karşıt yorumların ve hatta tartışmaların özendirildiğini, böylece açıklanan görüşlerin birbirlerini dengeleyeceği ve izleyicilerin dikkatinin daha çok çekileceği bir çizgiye oturtulduğunu, saptamıştır. Mahkeme, yerel mahkemelerin yaptığı gibi, tarikatın tanıtımıyla ilgili tartışmalar ve demokratik toplumda, dinin rolüne ilişkin görüşlerin sunumu kadar, aynı zamanda Türk toplumunun ilgisini çeken bir konuda kamuoyunu aydınlatma etkisinin bulunduğunu da belirtir. Mahkeme, ek olarak, başvuruçunun mahkumiyetinin programa katılmasından kaynaklanmadığını, mahkumiyetin kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aştığı yerel mahkemelerce 'düşmanlığa teşvik' olarak adlandırılan yorumlarından ileri geldiğini belirtir.

Mahkeme, başvuruçunun anlatım özgürlüğü üzerine getirilen sınırlamanın gerekliliğinin, inandırıcı bir biçimde de gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirebilmek için, ulusal mahkemelerce verilmiş olan kararın gerekçelerinden yola çıkarak, tartışma konusu olan olayı değerlendirmelidir. Bu bağlamda, Mahkeme, Türk Mahkemeleri'nin kararlarının salt, başvuruçunun çağdaş, laik kuruluşlara yönelik 'din-siz' nitelemesinin, şiddetli biçimde laiklik ve demokrasi kavramlarını eleştirdiği ve açıkça şeriat propagandası yaptığı yönünde olduğunu belirtir.

Türk Mahkemeleri, kararı vermeden önce, başvuruçunun bazı sözlerini incelerken, bunların, anlatım özgürlüğünün korunması altında olamayacağı yolunda değerlendirmeler yapmışlardır. Mahkeme, incelenen davadaki amaç doğrultusunda, başvuruçunun sözlerini 3'e bölmüştür.

İlk bölüm aşağıdadır;

'... kendisini demokrat veya laik olarak nitelendiren kişinin dini yoktur. Türkiye'deki demokrasi, despot, acımasız ve dinsizdir, bu laik sistem iki yüzlü ve münafiktir, bir kısım insana farklı, diğerlerine farklı muamele yapar, bu açıklamaları yaparken, zulüm üzerine kurulu hukuka karşı bir suç olduğunun tamamen farkındayım. Neden konuşmamı keseyim? Ölümden öteye yol mu var?'

Mahkemenin görüşüne göre, bu yorumlar, Türkiye'deki çağdaş kurumlara, demokrasi ve laikliğin ilkelerine karşı bir ayak direme niteliğindedir ve bu anlayışa yönelik büyük bir memnuniyetsizliği göstermektedir. Metinlerde görüldüğü gibi, ifadeler dini hoşgörüsüzlük üzerine kurulu şiddete yönelik bir çağrı veya bir nefret söylemi olarak yorumlanmayabilir.

İkinci bölüm aşağıda verilmiştir;

'eğer bir kişi Türkiye Cumhuriyeti tarafından yetkilendirilmiş bir resmi görevliye nikahını kıydırıyorsa, bu birleşmenin sonucunda doğan çocuk piç olacaktır.'

Türkçe'de, 'piç' aşağılayıcı bir deyimdir, evlilik dışı ve/veya zina sonucu doğmuş çocuk anlamına gelir, günlük yaşamda birini kötülemek amacıyla hakaret olarak kullanılır.

Herkesin kabul edeceği gibi, Mahkeme, medeni nikahın bir parçası olduğu laik yaşama bağlı Türk insanlarının, kendilerinin haksız ve saldırgan bir tutumla karşılaştıklarını hissetmeleri olgusunu, dikkate almazlık yapamayacaktır. Mahkeme, başvuruçunun sözlerini canlı yayınlanan bir televizyon programında kullandığını, bu nedenle sözlerini halka ulaşmadan geri alma, düzeltme ve değiştirme olanlığının bulunmadığını belirtir (bakınız, Fuentes Bobo v. İspanya, no. 39293/98, § 46, 29 Şubat 2000). Mahkeme, bu tür yorumların etkisini uluslararası bir mahkemeden daha iyi değerlendirebilecek olan Türk Mahkemeleri'nin, bu etkene özel bir önem vermediklerini belirtir.

*Bu bağlamda, Mahkeme, özgürce konuşmanın sağladığı yarar ile diğer insanların haklarının korunmasını Sözleşme'nin 10/2 maddesi kapsamında yapılan gereklilik değerlendirmesi ile dengelerken, başvuru-rucunun canlı ve kamuya açık bir tartışma programında görüşlerini açıklamasına, ulusal mahkemelerin iç hukuku uygularken göz önünde bulundurduğundan daha fazla bir önemin, verilmesi gerektiğini düşünmektedir*

*Son olarak, ulusal mahkemeler başvurucunun şeriat için çalışmalar yapıp yapmadığını kanıtlamaya çalışmışlardır. Bu bağlamda, mahkemeler özellikle, 'Bedri Baykam, Müslüm Gündüz'e 'demokrasiyi yok etmek ve şeriata dayalı bir rejimi kurmak' ile savunduğu hedefin ne olduğunu sormuştur ve davalı 'şüphesiz bu olacak, bu olacak' şeklinde yanıtlamıştır. [Bunun yanı sıra] sanık, Mahkeme öncesinde söz konusu yorumları yaptığını ve şeriata dayalı rejimin sadece zorlama, güç ya da silahlar ile değil, aynı zamanda insanları inandırmak ve ikna etmek yokuyla kurulacağını açıkladığını kabul etmiştir.' gerekçesine dayanmışlardır. Türk mahkemeleri başvurucunun dini kurallara dayalı bir rejimi kurmak amacıyla tasarladığı yöntemlerin kesin olmadığını göz önünde bulundurmışlardır.*

*Demokrasi ve şeriat arasındaki bağlantı söz konusu olduğunda, Mahkeme, Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye ([GC] no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, § 123, AİHM 2003-II) davasına işaret etmiş, şeriata dayanan bir rejimi destekleyen kişinin, aynı zamanda demokrasi ve insan haklarına saygılı olduğunu açıklamasına inanmanın güç olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, doğmalar ve din tarafından emredilen ilahi kuralları tümüyle yansıtan şeriatın değişmez olduğunu, özellikle ceza ve ceza usul hukuku bağlamında Sözleşme değerlerinden açıkça ayrıldığını, kadınların yasal statülerini belirlediğini ve dini kurallara uygun olarak özel ve kamusal yaşamın tüm alanlarına müdahale ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, bunun yanı sıra, Sözleşme'ye taraf bir devlette şeriati kurmayı amaçlayan faali-*



yetlerde bulunduğu iddiasıyla kapatılan ve kapatıldığı sırada gerçek potansiyel bir politik gücü elinde tutan Refah Partisi ve Diğerleri davasını anımsatmıştır. Bu gibi bir durumu sözü geçen dava ile karşılaştırmak oldukça güçtür. Sözleşme'nin temelindeki değerlerle çelişen, dini hoşgörüsüzlüğü içeren, kin ve düşmanlığı yaymaya, tahrik etmeye ya da meşrulaştırmaya çalışan diğer düşünceler, Sözleşme'nin 10. maddesindeki korumadan yararlanamazlar. Bunun yanı sıra, Mahkeme'ye göre, kurulmasına yönelik şiddet çağrısı yapılmaksızın temel olarak şeriatın savunulması 'düşmanlık söylevi' olarak nitelendirilemez. Üstelik, başvurunun davası kendi özel koşullarında değerlendirilmiştir. İlk olarak, daha önce belirtildiği gibi, söz konusu programın amacı lider olan başvurunun tarikatını tanıtmaktır; ikinci olarak, başvurunun radikal görüşleri, önceden bilinmekte ve kamusal alanda tartışılmaktadır, özellikle programdaki diğer katılımcıların müdahalesi sonucunda dengeler sağlanmıştır; son olarak başvurunun aktif olarak katıldığı çoğulcu bir tartışma sırasında görüşleri belirtilmiştir. Bu nedenle, Mahkeme adı geçen davadaki sınırlandırma ihtiyacını inandırıcı bulmamıştı

Olayın koşullarına bir bütün olarak bakıldığında, Mahkeme, başvurunun ifade özgürlüğünün engellenmesinin 10. maddenin amaçları doğrultusunda yeterli nedene dayanmadığını belirtir. Bu bulgu, başvurucuya verilen 2 yıllık hapis cezasının, Türk hukukundaki şartlı tahliye olanağının dikkate alınmasına rağmen cezanın oldukça ağır bulunması nedeniyle, amaçla orantılı olup olmadığı konusunun, mahkemece değerlendirilmesini gereksiz kalmıştır. Başvurunun mahkumiyeti açıklanan nedenlerle Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmiştir." (Gündüz/Türkiye, 2003)

**AIHM İLE TÜRK MAHKEMELERİ'NİN  
DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUNDAKI  
YORUM FARKLILIKLARI HANGİ NEDENLERDEN  
KAYNAKLANIYOR?**

AIHM, Müslüm Gündüz kararında, gerek olayın yorumu, gerekse hukuksal değerlendirilmesi konularında, ulusal mahkemelerle büyük ölçüde görüş birliği içinde olduğu izlenimini vermektedir. Daha da önemlisi, Türkiye'de iktidarda bulunan bir siyasal partiyi kapatarak gösterdiği kararlılığı, yargının ulusal ölçekteki gücünün göstergesi olarak değerlendirmektedir. Buna karşın, önemsiz bir olay biçiminde yaklaştığı Gündüz davasında, ulusal yargının gerekçesinde üzerinde durmaya bile gerek görmediği söylemleri değerlendirmenin, kendisine düşmediğini ileri sürerek 10. maddenin çiğnendiği görüşüne varmaktadır. Mahkeme'nin, ahlaki kavramları, ulusal mahkemelerin uluslararası yargıçlardan çok daha doğru değerlendirecekleri yolundaki geleneksel yaklaşımını da sergilemesine karşın böyle bir sonuca ulaşmasının nedenleri arasında, kamuoyu önünde gerçekleşen tartışmanın, söylem farklılığını kendiliğinden dengeleyeceği görüşü etkili olmaktadır. Ayrıca yaptırımların ağırlığı da "orantılılık" koşulunun araştırılmasını gereksiz duruma düşürmüştür.

AIHM'nin düşünceyi açıklama özgürlüğü konusunda yukarıda değindiğimiz kararları farklı çevrelerden değişik

tepkiler almaktadır. Kimi yorumcular bu kararları Türkiye karşıtlığının dışı vurumu olarak algılamakta ve böyle tanıtmaktadırlar. Bencil ve yaşlı Avrupa'nın, gelişmekte olan diğer ülkelere yaptığı gibi Türkiye'yi de bölüp parçalamak istediği söylemleri çok sık yinelenmektedir. Uluslararası politikaların uluslararası hukuk kurallarını ve bunların uygulanışını etkilememesi olanaksızdır. İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından Avrupa Konseyi'nin kurulması, Avrupa Birliği'nin temellerini oluşturan Avrupa Kömür ve Çelik örgütlenmelerinin gerçekleştirilmesi, hiç kuşku yok ki, dünyanın yeniden yapılandığı bir dönemde kapitalist Avrupa'nın kendi geleceğini ve varlığını güvenceye alma girişimlerinin ürünüdür. Böyle bir ortamda hiçbir olasılık yeterince tartışılmadan göz ardı edilemez. Ancak yaşadığımız olumsuzlukların sorumluluğunu başkalarına yüklemek yerine öncelikle kendimizi tartıp ulusal alışkanlıklarımızı gözden geçirmek, yanlış uygulamaları düzeltmek zorundayız.

Kısa bir süre önce AİHM'de sonuçlanan Türkiye ile ilgili iki davanın konusu da Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılıydı. *Sosyalizm ve Özgürlük Mücadelesi'nde Devrimci Gençlik* adındaki aylık dergide yayınlanan iki yazı nedeniyle, dergi sahibi Sevinç Hocaoğulları İstanbul DGM'de yargılanmış ve 6 Temmuz 2000 günlü kararla "yasa dışı örgüt propagandası" yaptığı gerekçesiyle para cezasına mahkum edilmişti. Ayrıca derginin yayınının bir ay süreyle durdurulması kararlaştırılmıştı. Dergi sahibinin mahkumiyet kararı, "Hangi Barış?" ve "Gençlik İsyan Demek İstiyor" başlıklı yazılara dayandırılmıştı. "Hangi Barış?" adlı yazıda, PKK'nın kuruluş ve gelişimini ele alınarak, Türkiye'deki rejim "faşizm" olarak nitelendiriliyordu. "Gençlik İsyan Demek İstiyor" yazısında ise, Türkiye'deki ve Vietnam'daki isyanlarda, geçmişteki savaşlarda yaşamlarını yitiren gençlerden söz ediliyor, mücadelelerdeki cesaret ve kahramanlık övülüyordu.

İlk yazıyı anlatım özgürlüğü kapsamında gören Mahkeme, ikinci yazıda şiddet çağrısı yapıldığı görüşüne vardı. Dava ile anlatım özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin, belirlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını değerlendiren AİHM, "Hangi Barış?" başlıklı yazının Sözleşme'nin 10/2 maddesi anlamında eleştiri sınırları içerisinde görülebileceğini, ancak "Gençlik İsyanı Demek İstiyor" adlı yazı için ise aynı şeyin söylenemeyeceğini belirtti. İkinci yazıda kullanılan dili de eleştiren mahkeme, hiçbir devrimin insan kaybı olmadan gerçekleşemeyeceğine ilişkin sözlerin, bir barış çağrısı olmadığı gibi siyasal sorunların barışçıl yollarda çözülmesine yönelik bir çağrı olarak görülemeyeceğini kararlaştırdı. Yazının şiddet kullanımını teşvik ettiğine, silahlı direniş ve direniş çağrıları içerdiğine değinen AİHM, son yazının hoşgörü ruhu ile bağdaşmadığını, Sözleşme'nin başlangıç ilkelerinin dayandığı adalet ve barışa ilişkin temel değerlere aykırı olduğunu ve Türkiye'de şiddeti savunduğunu bildirdi. Mahkeme, anlatım özgürlüğü hakkına müdahalenin meşru gerekçelere dayandığını, bilgi veya düşünceleri sırf şaşırtıcı geldiği, rahatsız ettiği veya kaygıya sevk ettiği gerekçesiyle böyle bir müdahale ile karşılaşamayacağını, ancak son örnekle, şiddetin övüldüğünü belirtti. Mahkeme, oybirliğiyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğini kararlaştırdı. (Sevinç Hocaoğulları/Türkiye, 2006)

AİHM'de sonuçlanan ikinci başvuru, "Düş ve Yaşam" adlı kitabın yazarı Yılmaz Odabaşı'na, "Atatürk'e hakaret" ettiği gerekçesiyle verilen on sekiz ay hapis cezasından kaynaklanıyordu. Odabaşı bu cezayı çekmişti. Kitabın yayıncısı Niyazi Koçak da, para cezasına mahkum edilmişti.

1996 yılı Mayıs ayında yayımlanan kitap, şair ve yazar Odabaşı'nın 1993-1996 yılları arasında basında çıkan haber-

lerden derlediği bir çalışmaydı. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nde 3 Haziran 1998'da sonuçlanan davada, Atatürk'ün manevi şahsiyetine saldırıda bulunduğu gerekçesiyle Odabaşı 18 ay hapse; yayıncı Koçak da para cezasına mahkum edilmişti. Her iki sanığa verilen cezaların 5 Şubat 1999'da onanması üzerine, Odabaşı, 1999 yılı mart ayında cezaevine gönderilmişti.

*"Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu olarak Atatürk'ün modern Türkiye için bir sembol kişi olduğunun yadsınamayacağını"* bildiren AİHM, mahkumiyetle Türkiye yetkililerinin, Atatürk'e bağlılık gösteren Türk toplumunun duygularına temelsiz şekilde saldırıda bulunulmasını engellemeyi amaçladıklarını bildirmekle birlikte, *"... suça gerekçe gösterilen sözler incelendiğinde, şu tespitleri yapmak zorunlu görünüyor: Yargılama konusu yazılarıyla, Atatürk'ün kendisi değil Kemalist ideoloji eleştiriliyor."* dedi. Cezalandırılan iki kişinin bir *"değer eleştirisine girmeyip, bazı olguların aktarılmasına öncülük ettiklerine"* değinen AİHM, kitapla okurların ve özellikle Türkiye solunun bu olaylara yanıt vermelerinin istendiğini bildirdi. Eserde yer verilen bilgilerin daha önce geniş kitlelere duyurulmuş olaylarla ilgili olduğunu belirten AİHM, kaynak gösterilmesine dair eksikliklerin, bu olaylara kuşku ile yaklaşılmasına yol açacak nitelikte olmadığını da ekledi. Sonuçta AİHM, şiddet kullanımını özendirmeyen, silahlı direnişe çağrı yapmayan ve isyana teşvik etmeyen ifadelere *"dayanaksız"* cezalar verildiğine hükmederek, 10. madde bağlamında, anlatım özgürlüğünün kısıtlandığını kararlaştırdı. (Odabaşı ve Koçak, Türkiye)

AİHM kararlarının da ortaya koyduğu gibi, demokratik yöntem kuralları içinde gündeme getirilse de, Türkiye'de ayrımcılık, devlet karşıtlığı, solculuk, sağcılık, dinsel inançlarda farklılaşmalar ya da ülke genelinde gelenekleşen *"kabul edilebilir"* eleştiri sınırlarını aşan diğer her türlü düşüncenin

77

açıklanması, kamu otoritelerinin tepkisi ile karşılanmaktadır. Düşünsel yaşam çok dar sınırlar içerisinde tutulmuş, bu sınırları aşanlar çoğu kez yargılanarak hapis cezalarına mahkum edilmişlerdir. Yakın geçmişte yıkıcı eylem ve davranışları olmadığı, şiddete başvurmayı önermedikleri halde, bir çok ülke aydını komünistlik, anarşistlik suçlamaları nedeniyle yaşamlarının en verimli dönemlerini cezaevlerinde geçirmişlerdir. İşlerinden atılıp sürgüne gönderilmişlerdir. Düşünen ve üreten insanlar için tutuklanıp ağır hapis cezalarına mahkum edilmek, yaşamlarının olağan yazgısı olmuştur. Hoşgörüsüzlük ve bağnazlık, Türkiye'ye çok büyük zararlar vermiştir. Düşünsel açıdan insanlarına bunca kısıtlama, yasak ve yaptırımlar konulan bir toplumun gelişmemesini olağan karşılamak gerekmektedir.

Uluslararası dengeler değişince, yasakların bir bölümü kaldırılmış, kimi cezalarda indirimlere gidilmiştir. Dış etkenlerden kaynaklanan bu değişimler, özgürlük ve demokrasi anlayışımızın yenilenip çeşitlendiği anlamına gelmemektedir. Düşünceye konulan yasaklar nedeniyle toplum olarak neler kazandık, hangi değerleri yitirdik? Bu kadar çok yasak, sınırlama, kısıtlama ve yaptırımlar sarmalı içindeki insanlar, doğru değer yargılarına ulaşabilirler miydi? Ya da kendi inandıkları, istedikleri gibi düşünüp konuşmaları önlenerek, başkaları gibi düşünüp konuşmaya yönlendirilmeleri, demokrasilerle bağdaştırılabilir miydi? Türkiye bu konularda özeleştiri yapmamıştır ve yapmamaktadır. Özeleştiri yapılmalıdır. Nelerin yanlış olduğu bilinmelidir. Bir toplumun, önüne konulanlarla yetinmesi yeterli değildir. Emirler ve yasaklar sarmalı dışına çıkamayan bir devlet anlayışının bilinçli ya da bilinçsiz olarak, bireylerce de benimsendiği sürece, hukuk kurallarındaki olumlu değişimlerin güncel yaşamdaki yansımaları yetersiz ve etkisiz kalacaktır. Türkiye'de yakın zamanda çok önemli

hukuksal değişimler gerçekleştirildi. Yeni yasalar, önceki dar ve katı yorumların kısılcından sıyrılıp demokratik gelişmelere yönelik açısından yakalanmış bir fırsat olarak değerlendirilebilirse, gelecek için değişim umutları verebilecektir. Ancak yasalardan daha da önemli olan, toplumun kendisini sorgulaması, özeleştirisini yapması ve özgürlük anlayışını çağdaş gelişmeler doğrultusunda yenilemesidir.

AIHS'NİN "DERNEK KURMA VE  
TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ" BAŞLIKLIL 11. MADDESİ  
HANGİ HAKLARI KAPSAMAKTADIR?

Sözleşme'nin 11. maddesini aşağıya aktarıyoruz:

*"1. Her şalış asayişini ihlal etmeyen toplantılara katılmak ve başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara girmek hakkı dahil olmak üzere dernek kurmak hakkına haizdir.*

*2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak milli güvenliğin, amme emniyetinin, nizamı muhafazasının, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için ve ancak kanunla tahdide tabi tutulabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, zabıta mensupları ve devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında muhik tahditler konmasına mani değildir."*

11. madde, toplantı ve örgütlenme haklarını güvence altına almaktadır. Maddenin 2. bendinde bu haklara kamu adına yöneltilecek olası müdahaleler, genellikle 9 ve 10. maddelerdeki kısıtlama nedenlerine koşut olarak düzenlenmiştir. Ancak, diğerlerinden farklı olarak, "... silahlı kuvvetler, zabıta ve devletin idare mekanizmasında görevli olanlar için ..." konularının gerek-



tirdiği daha başka kısıtlamalar konulabileceği benimsenmiştir. Bu kısıtlamaların neler olabileceğini, demokrasinin gerektirdiği sınırları aşmamak, hakların kullanımını olanaksız duruma düşürmemek ve amacı dışında kullanılmamak koşuluyla, ilgili ülkelerin yetkili organları belirleyeceklerdir.

11. madde, toplantı ve dernek kurma olmak üzere, demokrasilerin temel taşları olan başlıca iki hakkı kapsamaktadır. Bunları şöyle özetleyebiliriz:

### 1. Toplantı Hakkı

11. maddede “*asayışı ihlal etmeyen toplantılar*” dan söz edilmesine karşın, bu tanımın gösteri yürüyüşlerini de kapsadığı AİHM kararlarında kabul edilmiştir. Barışçıl toplantılar karşısında devletin yükümlülüğü toplanma özgürlüğünü yasal bir hak olarak benimseyip uygulanmasına karşı çıkmamakla yerine getirilmiş olmamaktadır. Devletler, silahsız, saldırısız toplantıların barış içinde geçmesi ve başkalarınca engellenmemesi için gereken önlemleri almakla yükümlüdürler. Bu, devletlerin objektif yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

*“Devletler, barışçıl amaçla toplantı düzenleme ve bu toplantılara katılma özgürlüğünü korumakla yetinmemeli, bu hakkın kullanımını dolaylı yollarla engelleyecek, uygun olmayan kısıtlamalar da getirmemelidirler. 11. maddenin temel amacı, yetkililerin toplanma hakkına hukuk dışı müdahalelerini önlemek ise de, bu hakkın uygulamada işlerliğini sağlamak açısından devletlere bir takım olumlu yükümlülükler düşmektedir.”* (Djavit An/Türkiye, 2003)

Belli bir amaca yönelik olarak toplantı düzenleyenler, düşüncüyü açıklama özgürlüğünde olduğu gibi, başkalarının da kendilerine karşı gösteri yapabileceklerini bilmek ve bu

olguyu benimsemek zorundadırlar. Demokratik toplumlarda karşı görüşlerin sunulması için toplantılar yapılması, bunların kısıtlanmaması, toplantı özgürlüğünün bir gereğidir.

Toplantıların barış içerisinde geçmesi için devletlerin objektif yükümlülüğü, koşulların gerektirdiği yöntem ve araçları geniş bir takdir alanı içinde seçip uygulamaya koymakla yerine getirilmiş olmaktadır. Toplantılara, başkalarının hukuk dışı müdahalelerini önlemek bağlamında devletlerin mutlak sorumluluğu bulunmamaktadır. (Plattform Arzte Für Das Leben/Avusturya, 1988)

Düşüncenin açıklanması özgürlüğünde olduğu gibi, demokratik toplumların vazgeçilmez etkinliklerinden olan toplanma özgürlüğüne düzensizliği önlemek için kamu yararına yönelik olarak ve yasa ile öngörülen bir müdahale gerektiğinde, bunun, izlenen amaçla orantılı olması zorunludur.

Silahsız, saldırsız toplantılara katılmak, bireyler için demokratik bir haktır. Hukuken yasaklanmayan ve konusu suç oluşturacak bir eylemi bulunmayan kişiye, salt barışçıl bir toplantıya katıldığı için ceza verilmesi demokratik toplumların gerektirdiği bir müdahale olarak kabul edilmemektedir. (Ezelin/Fransa, 1991)

## 2. Örgütlenme Hakkı

11. maddede iki örgüt türünden söz edilmektedir. Sendikalar ve dernekler. Daha başka örgütlenme biçimleri konusunda Sözleşme'de herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak Mahkeme, "dernek" sözcüğünü çok geniş olarak yorumlamıştır. Ulusal yasalar, ülkelerindeki kuruluşlara, dernek, vakıf, sandık, kurum, kurul gibi çok çeşitli adlar verebilirler.

Önemli olan bunların hükümet dışı kuruluşlar olmaları ve etkinliklerini, kendi seçtikleri organları eliyle bağımsızlık içinde yürütmeleridir. AİHM'nin kararlarıyla, örgütlenme hakkının kapsamı genişletilmekte, siyasal partilerin kurulup çalışmaları da, dernek kurma hakkı içinde değerlendirilmektedir. İzleyen sorularda, AİHM kararlarına koşut olarak sözleşme ile hangi tür örgütlerin koruma altına alındığı yanıtlanmaya çalışılacaktır.

## SÖZLEŞME, SENDİKALARIN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ VE GREV YAPMA YETKİLERİNİ KORUMAKTA MIDIR?

11. maddede, sendikaların işlevleriyle ilgili oldukça geniş bir tanım verilmiştir. Kişiler, “... başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara dahil olmak ...” hakkına sahip bulunmaktadır.

Sendika kurmak ya da sendikalara üye olmak konusunda “her şahıs”ın yetkili olduğu belirtildiğine göre, yurttaş veya yabancı, işçi, işveren veya kamu personeli ayrımı gözetilmeksizin, kişiler bu haklardan yararlanabileceklerdir. Maddede geçen “... kendi menfaatlerini korumak üzere..” deyimini, genel anlayışa koşut olarak, sendikaların ortak yararların korunması amacıyla kurulup etkinliklerini sürdüreceği anlamına gelmektedir.

11. maddede “dernek kurma” hakkının yalnız adından söz edilmesine karşın, sendikal haklar konusunda “... başkalarıyla birlikte... kendi menfaatlerini korumak üzere ...” kişilerin bu olanaklardan yararlanabileceğinin belirtilmesi, Avrupa Konseyi’nin kuruluş yıllarındaki uluslararası bloklaşmanın, Sözleşme’ye yansımalarının bir sonucudur. Sözleşme’de ekonomik içerikli çok az hak güvenceye alınmıştır. Sendikal haklar, bunların en önemlilerinden birisidir. Sendika kuruculuğu ve üyeliği konusunda 11. maddenin yaklaşımı, İkinci Dünya Savaşı’nın

ardından yeniden toparlanma sürecine girmeyi planlayan Avrupa Kapitalizmi'nin, Sovyetler Birliği çevresinde odaklanan Sosyalist ve Komünist yönetimlere karşı, kendi işçi sınıfını yanına çekebilmek için sınıf temelindeki örgütlenmelere olanak tanıma zorunluluğunun bir ürünüdür. Ancak çok ilginçtir ki, demokratik hakların korunup geliştirilmesinde çok büyük payı ve etkinliği bulunan AİHM, sendikal haklar konusunda aynı duyarlılığı göstermemiştir.

AİHM'nin genel yaklaşımı, Sözleşme'yi yorumlarken, sözcüklerle bağlı kalmaksızın, tanımların içerdiği bütünselliği uygulamaya yansıtma olmaktadır. Örneğin; 6. maddedeki "hakkaniyet" sözcüğünden yola çıkarak, yargılamada "silahların eşitliği" ilkesini kurumlaştırmıştır. Yine 6. maddede geçen "avukat edinme" deyimini, iletişim sürecinden başlayarak, savunma hakkının gerektirdiği tüm aşamalarda etkin kılan yorumlara öncülük etmiştir. Mahkeme, bu pratiğini, basın özgürlüğü, özel yaşam güvenliği, hatta Sözleşme'nin kapsamında bile olmayan sağlıklı bir çevrede yaşama gibi alanlarda da sürdürmüştür. Böyle bir yorum çeşitliliği, 11. maddedeki "... başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara dahil olmak ..." tanımını, içerdiği amaçlara uygun düşen donatılara yönlendirebilirdi. Örneğin; sendika kurmak ya da bu kuruluşlara üye olmak, "başkalarıyla birlikte" gerçekleştirilecek toplumsal etkinlikler olduğuna, birlikte hareket edenlerin ortak "menfaatlerini korumayı" amaçladığına göre, bu ereklere ulaşmayı sağlayacak yol ve yöntemleri de içerdiği söylenebilirdi. Örneğin; Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde geçerli olan toplu iş sözleşmesi, grev gibi sendikal etkinliklerin ayrılmaz parçaları olan ikinci kuşak haklar da doğal olarak 11. madde içinde uygulamaya açılabilirdi.

AİHM böyle bir yoruma gitmemiştir. 11. maddenin farklı tanımlar içermesine karşın, sendikaları, derneklerle örtüşen bir

yapı içinde görmüştür. "Sendika kurma hakkını, dernek kurma hakkının içinde bulunan" bir etkinlik biçiminde yorumlamıştır. (Young, James ve Webster/İngiltere, 1981)

Hiç kuşku yok ki bu tutum, sendikaları Sözleşme anlayışı içindeki önemleriyle bağdaşmayan etkisiz bir konuma düşürmüştür.

Mahkeme'ye göre çalışma yaşamına ilişkin düzenlemelerde sendikalara danışılma yükümlülüğünün getirilmesi, ulusal yasalarda sendikalara toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin bir zorunluluk olarak yer alması, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında bulunmamaktadır. Ulusal yasanın, sendikal haklar konusunda devlete, sendikalarla müzakere olanağına yer vermemesi, 11. maddeye aykırı düşmemektedir. (Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika, 1975)

"Sözleşme, mesleki çıkarların sendikal etkinliklerle korunmasını güvence altına almıştır. Böylece devletler, bu güvenceler doğrultusunda sendikal çalışmaların sürdürülüp geliştirilmesine olanak tanımakla yükümlüdürler. Sendikaların amaçlarına ulaşabilmeleri için kullanacakları çeşitli yöntem ve araçlar bulunmaktadır. Ulusal düzeyde sendikal etkinliklerin neler olduğunu belirleme yetkisi devletlerin takdirine bırakılmıştır. Örneğin; grev hakkı bu alandaki araçların en önemlilerinden birisi olmakla birlikte Sözleşme'nin 11. maddesi grev hakkını güvence altına almış değildir." (Schmidt ve Dahlström/İsveç, 1976)

İşçi sendikalarının toplu iş sözleşmesi yapma, grev uygulama yetkilerinin 11. maddenin dışında bırakılması durumunda, işçi sınıfının yakın çıkarlarını sendikal yoldan savunmak amacıyla başvurabilecekleri, Sözleşme güvencesindeki çok sınırlı etkinlikleri kalmaktadır. Kuşkusuz siyasal yollar açıktır; ancak bu tür işlevler için siyasal partiler, sendikalardan daha uygun örgütlenme biçimleridir.

Toplu iş sözleşmesi yetkisinin Sözleşme kapsamında görülmemesine karşın, devletin sözleşme yapabilecek sendika sayısını azaltmak, böylece sendika enflasyonunu önlemek amacıyla bazı düzenlemeler yapması ve bu kuralların uygulanması sonucunda *"başvurucu sendikaya devletle toplu iş sözleşmesi bağitlama olanağının tanınmaması ..."* Sözleşme'nin 14. maddesine göre ayrımcılık olmadığı gibi, 11. maddenin de ihlali niteliğinde görülmemiştir. (İsveç Makinistler Sendikası/İsveç, 1976)

AİHM, toplu iş sözleşmesi yapma konusunun 11. madde kapsamında olmadığını kararlaştırdığına göre, sendikaların toplu iş sözleşmesi yetkilerinin devletçe kısıtlanmasına ilişkin uygulamalar nedeniyle bir görüş geliştirmemesi, Sözleşme'yi ilgilendirmediğini düşündüğü bu tür konulara karışmaması gerekmektedir. Devletin toplu iş sözleşmesi yapabilecek sendika sayısını azaltmak için belirleyeceği koşulları tartışmak ta yine, AİHM'nin yetki alanı içinde görülmemeliydi. Mahkeme'nin, sendikal örgütlenmenin ayrılmaz parçası olan toplu iş sözleşmesi hakkını Sözleşme kapsamında saymamasına karşın, ilgi alanı dışında kaldığını sık sık yinelediği bu olanağın kullanılma koşullarını zorlaştıracak kararlar üretmesi, anlaşılması güç bir çelişkidir.

Sendikalar açısından 11. maddenin önem kazandığı alan, işçilerin çalışma güvenceleri ile belli bir sendika üyeliği arasında koşutluklar kuran uygulamalar olmuştur. Komisyon'un ve AİHM'nin kararları da bu seçenekler doğrultusunda gelişmiştir.

Örneğin; sendika ile kamu kurumu arasında bağitlanan sözleşmeye göre işçiler, Sözleşme'nin öngördüğü iki sendikadan birine üye olmak zorunda bırakılmışlardır. İşyerinde çalışmaya başlamalarından sonra toplu iş sözleşmesi ile getirilen bu koşula uymak istemeyen işçiler, işten çıkarılmışlar-

79

dır. Mahkeme, bu olayda, demokratik bir toplumda gerekli olmayan koşullar nedeniyle, örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.

Mahkeme'nin yorumuna göre "... geçimini sağlayan ücretini yitirmesine neden olacak işten çıkarılma olasılığı, kişi üzerinde çok ağır baskı oluşturur. Dava konusu olayda bu ağırlıktaki baskı, 11. maddede öngörüldüğü biçimiyle dernek kurma özgürlüğünün özüne aykırıdır. Kişinin hareket veya tercih özgürlüğünün bulunmaması ya da bu olanağın bir yarar sağlamayacak boyutlarda kısıtlanması halinde, bireyin dernek kurma, üye olma özgürlüğüne sahip olduğu söylenemez." (Young, James ve Webster / İngiltere, 1981)

Mahkeme, olayın özelliklerine göre farklı kararlar da verebilmektedir. İşyeri toplu iş sözleşmesi kapsamında ağır vasıta sürücüsü olarak çalışan kişinin hakkında çıkarılan yolsuzluk savları gerekçe gösterilerek sendika üyeliğine son verilmiştir. Başvurucu başka bir sendikaya üye olmuştur. Buna tepki gösteren çalışma arkadaşları, farklı sendika üyeliğini sürdüren kişinin işyerinde kalması durumunda greve gideceklerini işverene bildirmişlerdir. Olaya karışmak zorunda kalan işveren, sorunların kaynağı olan işçiye ya eski sendikasına dönmesini ya da aynı şirkete ait başka bir işyerinde çalışmasını bildirmiştir. Bu konuşmayı işinin sonlandırılması olarak niteleyen işçi, yargısal yollara başvurmuştur.

Mahkeme, belli bir sendikaya üye olmaya zorlamanın her koşulda Sözleşme'ye aykırılık oluşturmayacağını, olaydaki uyumsuzluğun sendika seçme özgürlüğüne müdahaleden ileri gelmeyip, onursal açıdan kırgın duruma düşen başvurucunun asıl amacının, haksız suçlamalar nedeniyle kendisinden özür dilenmesi isteği olduğunu, işverence önerilen aynı çalışma koşullarındaki şirketin diğer işyerinde çalışmaya gitmemesi



nedeniyle, olayda, sendika üyeliği açısından örgütlenme özgürlüğüne müdahale edilmediğini kararlaştırmıştır. (Sibson/İngiltere, 1993)

Yukarıda değinilen bu gerekçeler de, özünde, kapitalizmin toplumları benimsemek zorunda bıraktığı değer yargılarına göre oluşturulan seçeneklerdir.

11. maddenin 2. bendindeki genel nedenler ile silahlı kuvvetler, zabıta ve devletin idari yapılanmasında görevli olanlar için ulusal yasalarla getirilecek kısıtlamalar, sendikal örgütlenmeler açısından da geçerlidir. Ancak AİHM kararlarına göre her devlet memuru, bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Örneğin; devlet kurumunda (Türkiye Elektrik Kurumu'nda) çalışan bir elektrik mühendisi ile özel bir işletmede çalışan elektrik mühendisinin yaptıkları işler arasında herhangi bir farklılık bulunmaması nedeniyle, kamusal yükümlülükleri ve sendikal hakları açısından da farklı hukuksal düzenlemelere bağlı tutulmaları uygun görülmemiştir. (Hasan Balıkcı/Türkiye, kabul edilirlilik kararı, 2002)

**DERNEK KURMANIN VE DERNEK ÜYELİĞİNİN  
DİĞER TÜZEL KİŞİLERDEN FARKLI YANLARI  
VAR MIDIR?**

Derneklerin en belirgin özelliği, kurulmalarının ve üyeliklerinin, isteğe bağlı oluşudur. *"Dernekler, değişken biçim koşullarını yerine getirerek ortak bir amaç çevresinde özgür istemleri ile bir araya gelen ve zaman içinde süreklilik gösteren bireyler topluluğudur."* (Sigurdur A. Sigurjonssen/İzlanda, 1993)

Derneklerin biçimsel koşullarını ilgili devletler, hakkın özünü olumsuz yönde etkilememek koşuluyla kendileri belirlemektedirler. Derneklerin kendileri de hukuksal ortamda hak ve yükümlülük sahibi varlıklar olduklarından tüzelkişi tanımı içinde kalmaktadırlar. Ancak bütün tüzelkişiler dernek değildir.

Bireyler derneklere kendi özgür istemleri ile üye olabilmelidirler. Kişiler dernek üyeliğine zorlanamazlar. Aynı koşullar, üyelikten ayrılma için de geçerlidir. Bir derneğe üye olma hakkı, anılan kuruluştan özgürce ayrılma hakkını da içermektedir. (Young, James ve Webster/İngiltere, 1981)

Yukarıdaki nitelikleri taşımayan kuruluşlar, Sözleşme'nin 11. maddesindeki dernek tanımına girmemektedirler. Örneğin; Türk hukukuna göre Anayasa'nın 135. maddesi kapsamında

kurulup etkinliklerini sürdüren Türkiye Barolar Birliği, Türk Tabipler Birliği, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği gibi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve onların alt örgütleri, "dernek" tanımına girmemektedirler.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, devlete ait bir takım idari işlemlerin yürütümünü üstlenen, bu yönleri ile kamu yararının gerektirdiği mesleki davranış koşullarını belirleyen, üyelerinin bu kurallara uymalarını sağlayan örgütlerdir. Bu özellikleri nedeniyle ulusal yasaların belli bir mesleğin mensuplarına kendi meslek odalarına, örneğin hekimlere, Tabip Odası'na üye olma zorunluluğu getirmesi, Sözleşme'nin 11. maddesine göre örgütlenme özgürlüğüne müdahale niteliği taşımamaktadır. (Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 1981)

Meslek kurallarına aykırı davranan üyelerini kendi onur kurullarında yargılayıp koşullar oluştuğunda üyelikten çıkarmak, böylece onların mesleklerini uygulamalarını sona erdirmek odaların yetkisi içindedir. Meslek odalarının onur kurulları bir tür yargılama yaptıklarından, görevlerini yerine getirirken Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılama koşullarına uymak zorundadırlar. (Albert ve Compte -esas karar-/Belçika, 1983)

İrlanda'da daha önce böyle bir koşul olmadığı halde, 1989 yılında çıkarılan bir yasa ile taksi şoförlüğü yapmak isteyenlerin, özel bir derneğe üye olmaları zorunlu kılınmıştır. Anılan tüzelkişi kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu olmadığı halde, kamusal yetkiler tanınıp, belli bir meslekte çalışmayı bu derneğe üye olma koşuluna bağlayan uygulama, Sözleşme'nin 11. maddesine aykırı bulunmuştur. (Sigurdur A. Sigurjonssen/İzlanda, 1993)

Bu karara konu olan türdeki uygulamalara zaman zaman Türkiye' de rastlanmaktadır. Örneğin; kimi yerel yöneticilerin, ilçe ve il ölçeğinde çalışma izni almak isteyen oto sahip ve sürücülerine belli dernek veya kooperatiflere üye olma zorunluluğu getirdikleri gözlenmektedir. Dernek oldukları halde ilgilenenlere yasa ile üye olma yükümlülüğü getirilen, türlerinde tekel oluşturan kuruluşlar da bulunmaktadır. Kamusal işlevlerle donatılan ve belli bir mesleği uygulamak isteyenlere üye olma zorunluluğu öngörülen özel örgütlenmeler, Sözleşme'nin 11. maddesiyle uyumlu olmamaktadır.

Yargıçlar mason locasına üye olabilirler mi? Bu konu, en çok üyesi bulunan Mason örgütlerinden biri olan Free Mason's (Özgür Masonlar) Derneği' ne 1981-1993 tarihleri arasında üye olduğu için hakkında disiplin soruşturması açılan ve sonuçta kınama cezası verilen bir İtalyan yargıcın başvurusu nedeniyle incelenmiştir.

Mahkeme, öncelikle dernek üyeliği nedeniyle verilen kınama cezasını, örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale olarak nitelenmiştir. Müdahalenin yasal dayanaklarının araştırılması aşamasında, iki olgunun saptanması gerekmiştir. Başvurucunun kuralları çiğnediği ileri sürüldüğü yıllarda, yargıçlar için böyle bir yasak var mıydı? Yasağın varlığının saptanması durumunda, başvuru, bir mason locasına üye olduğu için hakkında disiplin soruşturması açılıp cezalandırılacağı konusunda bilgilendirilmiş miydi?

Ulusal Adalet Komitesi, yargı mensuplarının Özgür Masonlar Derneği' ne üye olmalarının yargı bağımsızlığı ile bağdaşmadığına ilişkin bir yönergeyi yürürlüğe koymuştu. Ancak 22 Mart 1990 günlü bu yönergede, mason örgütüne üye olanlara mutlaka yaptırım uygulanacağı açıkça belirtilmemiştir. Başvurucunun bir yargıç olmasına karşın, onun bile, yönerge-

nin sözcüklerinden, aykırı davranışların cezalandırılacakları anlamını çıkarması olanaksızdır. Bu nedenlerle başvurucunun örgütlenme özgürlüğüne yönelik müdahalenin, “*öngörülebilir olmadığına*” karar verilmiştir. (Maestri/İtalya, 2004)

AİHM Büyük Kurul’un bu kararı, “*örgütlenme özgürlüğü*”nün yargıçlar için de yasal bir hak olduğunu; ancak yargı bağımsızlığını korumak amacıyla bu hakkın, hukuka uygun yöntemlerle sınırlanabileceğini belirtmektedir. Kararın önemli bir yanı da, idari bir işlemle gerçekleştiren yasağın geçerli olması için, aykırı davranılması durumunda yaptırım uygulanacağını, yaptırımın olası türleri ile birlikte ilgisine bildirilmesinin zorunluluk taşımasıdır.

Yakın zamana kadar yürürlükte bulunan ve 12 Eylül Yönetimi'nin ürünü olan Türkiye'nin 2908 sayılı Dernekler Yasası, yasaklar ve yaptırımlarla yüklü düzenlemelerden oluşuyordu. Derneklerin çalışmalarını düzen içinde yürütmeleri amacıyla öngörülen yöntemler, Sözleşme'nin öngördüğü güvencelerle örtüşmediği durumlarda, yalnız tüzelkişiliğin etkinliklerine değil, örgütün yönetici ve üyelerinin özgürlüklerine hukuk dışı müdahaleler oluşturabilmektedir. Sağlık çalışanlarının üye oldukları bir sendikanın yirmi beş yöneticisinin İzmir'de, bir okulun önünde düzenledikleri basın toplantısı, Türkiye'nin Dernekler Yasası'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce incelenmesini gerektirmiştir. Dernek yöneticileri, okul yetkililerinin bazı öğrencilere karşı kötü davrandıklarını ve bu durumu kınadıklarını açıkladıkları yirmi beş dakika kadar süren basın toplantısının ardından oradan ayrılmışlardır. Cumhuriyet Savcılığı, basın toplantısına katılanlar hakkında hazırlık soruşturması ve ardından kamu davası açmıştır.

Olayı Dernekler Yasası'nın 44. maddesi kapsamında değerlendiren yerel mahkeme, derneklerin "*broşür, bildiri basma, yayınlama, yazılı demeç verme veya benzer yayınlar yapma*"

durumunda önceden yerine getirmeleri gereken bazı işlemler (formaliteler) bulunduğunu, sanıkların öncelik taşıyan bu koşulları yerine getirmediğini saptamıştır. Sanıklar, yasada sözü edilen işlemlerin basılıp yayınlanacak bildiri ve benzerleri ile ilgili olduğunu, sözlü olarak gerçekleştirilen basın toplantısı açısından bu işlemlerin gerekli olmadığını savunmuşlardır. Yerel Mahkeme, Dernekler Yasası'nın 44. maddesindeki koşulları yerine getirmeden basın toplantısı düzenleyen sanıkları önce hapis cezasına mahkum etmiş, daha sonra bunu para cezasına dönüştürmüştür.

AİHM bu başvuruyu incelerken, kendi geleneksel tutumunu da aşarak, olayları, dayandığı yasal temelleri ve benzer konulardaki Türkiye Yargıtay'ının kararlarını, adeta bir Temyiz Mahkemesi gibi incelemiştir.

**Mahkeme'ye göre;**

*"Dernekler Yasası'nın 44. maddesi, doğrudan anlatım özgürlüğünü sınırlanamakta, buna karşın dernekleri, Sözleşme'nin 10/(2). maddesindeki anlamıyla broşür veya bildirileri veya yazılı demeçleri veya benzer yayınları basmadan veya dağıtmadan önce belli koşulları veya formaliteleri yerine getirmeye zorlamaktadır. Uygulanan ceza iç hukuktaki kurallardan kaynaklanmaktadır ve yasal temeli vardır.*

*Anlatım özgürlüğü bazı yönetsel kurallara bağlanabilir. Sözleşme'nin 10. maddesi, devletlere, iletişim özgürlüğüne öncel bir takım sınırlamalar koyma yetkisini tanımaktadır.*

*Buna karşın, öngörülen koşulların yerine getirilmediği durumlarda bir ceza uygulanacaksa, bunun yasada öngörülen yaptırımın, sınırlarıyla birlikte açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bireyler, hangi davranış veya eylemleri nedeniyle ceza sorumluluğu altında tutulacaklarını, öncelikle yasanın sözünden anlayabilmeli, gerektiğinde mahkemelerin önceki yorumlarından da yararlanabilmelidirler.*

*İncelenen dosyadan anlaşıldığı üzere, başvuruçular geçmişte 44. maddeden bir çok kez benzer savlarla kovuşturılmaya uğramış ve tümünden aklanmışlardır. Mahkeme, 'bildiriler yazılı demeçler ve benzer yayınlar' konusundaki eylemlerin aynı formaliteye tabi tutulmasını temel alarak, maddeyi farklı yorumlamıştır. Bu gibi durumlarda mahkemeler, bir basın açıklaması sırasında yazılı metnin sesli olarak okunmasını, 'bildiri, broşür veya benzeri yayınların' basımı biçiminde değerlendirmemişlerdir. Türk Yargıtay'ının 2000 ve 2002 yıllarındaki genel kurullarında, bir basın açıklamasının 'broşür veya bildiri', 'yazılı demeç' veya 'benzer yayın' olarak nitelendirilemeyeceğini; aksine, basın açıklamasının, basın mensupların bir konu hakkında bilgilendirmek için sözlü yapılan bir eylem olduğu düşünüldüğünde, daha fazla hazırlık ve özen gerektiren basım ve dağıtım etkinlikleri ile bir tutulamayacağını belirtmiştir. Kısaca, yerel mahkemeler, mevcut dosya koşullarında öngörülemez bir yorumu ceza hukukunun benimsemediği kıyas yoluyla genişleterek uygulamışlardır. Bağlantılı olarak, başvuruçuların haklı nedenlerle, basın açıklamasını ve dağıtımını Dernekler Kanunu'nun 44. maddesindeki görüşle bağdaşabilecek şekilde öngörmeleri olanaklı değildir. Bu yüzden, öngörülebilirlik koşulu yerine getirilememiştir." (Kardemirci ve Diğerleri/Türkiye, 2005)*

AİHM'nin bu kararı, Yargıtay içtihatlarının önemini öne çıkarmakta, bireylerin, yalnız yasalara bakarak değil, içtihatları da gözeterek davranışlarını belirleyeceklerini ortaya koymaktadır. Mahkeme, işlemlerin hukuksal temellerini araştırdığı olaylarda, genellikle, uyulması öngörülen kurallar olarak nitelediği Yargıtay kararlarına da yollamalar yapmaktadır. Bu yaklaşımı ile, Yargıtay kararları arasındaki içtihat birliğini sağlamaya yönelik AİHM, somut olayda, dernekler için getirilen ön koşullarla, dernek üyelerinin Sözleşme'nin 10. maddesinin güvencesi altındaki iletişim özgürlüğünün ihlal edildiğini saptamış oluyordu.



2908 sayılı Dernekler Yasası nedeniyle İzmir'de yaşanan başka bir olay da, AİHM'de tartışıldı. İzmir Savaş Karşıtları Derneği'nin yönetici ve üyeleri olan Ayşe Tosuner, Ali Serdar Tekin ve Osman Murat Ülke, 1994 yılı Ocak ayında, başvuru derneğinin diğer üyeleri ile birlikte, Greenpeace örgütü ile bir hukuk kuruluşunca düzenlenen toplantılara katılmak üzere Almanya'ya gitmişlerdi. Dernek başkanı Murat Ülke, daha başka toplantılara katılmak için aynı yıl Kasım ve Aralık aylarında da Kolombiya ve Brezilya'ya gitmişti. 5 Haziran 1996'da derneğin bazı üyeleri, İzmir Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 2908 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ülkeden çıkış yapmak için İçişleri Bakanlığı'nda izin almadıkları gerekçesiyle üç ay hapis cezasına çarptırıldılar. Bu karar, Yargıtay'ca, Ağır Ceza Mahkemesi'nin hapis cezalarını para cezasına dönüştürmemesi nedeniyle bozuldu. Dosya Ağır Ceza Mahkemesi'ne geri döndü. Yerel mahkeme 14 Temmuz 1997'de Yargıtay kararına uyarak hapis cezasını paraya dönüştürdü.

Başvurucular, dernek üyelerinin, yetkililerden önceden izin almaksızın yurt dışına çıkmalarının ceza yaptırımına bağlanmış olmasını, Sözleşme'nin 11. maddesinin koruduğu dernekleşme özgürlüğünü ve barışçıl toplantı haklarını ihlal ettiğini ileri sürdüler. Mahkeme'nin ele aldığı soru, başvuru-  
cuların dernekleşme özgürlüğüne müdahale edilmesinin "*demokratik bir toplumda gerekli*" kabul edilip edilemeyeceğiydi. Mahkeme, hukuka dayalı demokratik bir toplumda, var olan düzeni sorgulayan ve barışçıl yollarla savunulan siyasal görüşlere, toplanma hakkı ve diğer yasal yollarla uygun biçimde ifade edilme olanağının tanınması gerektiği yolundaki yerleşik görüşlerini yineledi. Derneklerin oynadığı rol göz önüne alındığında, onlara karşı alınan tüm önlemlerin, hem dernekleşme özgürlüğünü, hem de bu uygulamaların yaşandığı devletteki demokrasiyi çok yakından etkilediği belirtildi. Mahkeme,

devletin "ulusal güvenlik" veya "kamu güvenliği"ni korumak adına uygun gördüğü her önlemi alamayacağını bir kez daha yineledi. Ayrıca Avrupa Konseyi üyesi olan hiçbir devletin, Türkiye'deki Dernekler Yasası'nın, 2004 yılında yürürlükten kaldırılan, 43. maddesine benzer bir yasal düzenlemeye sahip olmadığını da özellikle vurguladı. Buna göre, Mahkeme, başvuruolarının incelenen davada almaları şart koşulan iznin, ulusal güvenliği ya da kamu güvenliğini korumak gibi yasal bir amacının da bulunmadığını saptadı. Açıklanan nedenlerle mahkeme oybirliğiyle 11. Madde'nin ihlal edildiğine karar verdi. (Tosuner, Tekin, Ülke/Türkiye, 2006)

AİHM'nin Türkiye'nin 2908 sayılı Dernekler Yasası uygulamalarına bakışı böyle.

Belçika'da, Fransızca konuşan aileler, devlet okullarında Fransızca eğitim verilmesini engelleyen yasanın Sözleşme'ye aykırı olduğunu ileri sürerek, bu konuyu 1962 yılında AİHM'ye taşımışlardı. Mahkeme, ilk değerlendirmeleri arasında bulunan bu davada, Fransızca konuşan Belçikalılar'a anadilde öğrenim verilmemesini, Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasasına aykırı bulmuştu. (Belçika'da Eğitim Dili Davası, 1967)

Bu karardan otuz yedi yıl sonra tüzüğünde anadilde öğrenim yapılmasını isteyen Eğitim-Sen'in kapatılmasını öngören Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/9320 Esas, 2005/355 Karar sayılı ve 25.05.2005 günlü kararı, örgütlenme özgürlüğünün ülkemizde nasıl anlaşılıp uygulandığı konusunda önemli bir hukuksal belgedir. Eğitim-Sen'in kapatılma kararı, TBKP'nin 1990 yılında Anayasa Mahkemesi'nce kapatılmasından günümüze kadar gelen sürede Anayasa ve yasalarda demokratikleşme doğrultusunda gerçekleşen yeniliklere, AİHM'nin Türkiye ile ilgili düşünceleri açıklama ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin onlarca kararına karşın, bu gelişmelerin yargı kararlarına yeterince yansımadığını göstermektedir.

Ülkenin bütünlüğünü bölmeye yönelik herhangi bir eylemi bulunduğu ileri sürülmeyen Eğitim-Sen'in, demokratik toplumlarda seçenek çeşitliliğine değinen programındaki sözcükler nedeniyle yaşamına son verilmesi, hiç kuşku yok ki orantısız ve demokrasilerde kabul edilemez bir müdahaledir. Bu denli yüzeysel nedenlerle kamu personeli sendikalarının temelli kapatılabildiği bir ülkede, örgütlenme özgürlüğünden söz edilemez, Anayasa'nın 90. maddesine rağmen AİHS'in bu olayda uygulanamayacağı sonucunu getiren değerlendirme ise, son derece yanlıştır. 90. madde eğer bu olayda uygulanmayacaksa, ne zaman ve hangi konuda anımsanacaktır. Bu şaşırtıcı soruya yanıt bulmak, hukuksal bir yorum getirmek kanımızca çok güçtür. Ulusal ve evrensel hukuka temelden aykırı düşen bu tür kararlar, anlaşılıyor ki, önümüzdeki yıllarda da Türkiye'yi AİHM önünde güç durumlara düşürecektir.

SÖZLEŞME, ULUSAL VE ETNİK  
FARKLILIKLAR TEMELİNDEKİ DERNEKLERİN  
KURULUŞUNA OLANAK TANIYOR MU?

Kuruluşlarıyla birlikte tüzelkişilik kazanan derneklerin etkinliklerini uygulamaya koyabilmeleri için, bazı ülkelerde, tüzüklerini ve kuruluşlarını mahkeme kararı ile dernekler siciline tescil ettirmeleri gerekmektedir. Bu tür bir yöntem, Türkiye’de sermaye şirketleri ve vakıflar hakkında uygulanmaktadır.

Siyasal partilerin kuruluşları ve etkinliklerini uygulamaya koymaları konusundaki ilk Avrupa içtihadı olan Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye davasının kararı, Yunanistan’da Makedon azınlığın kurduğu bir derneğin ulusal mahkemelerde tescil edilmemesi nedeniyle çıkan uyuşmazlığın çözümünde başlıca temel dayanak olarak değerlendirildi. Türkiye’de yaşanan sorunlarla bazı benzerlikleri olan bu karar aşağıda özetlenmektedir:

a. Sidiropulos/Yunanistan Davası: Yunanistan’ın eski Yugoslavya’dan ayrılan Makedonya Cumhuriyeti sınırındaki Florina kentinde yaşayan Sidiropulos ve arkadaşları “*Makedon Uygarlık Evi*” adı altında bir dernek kurma girişiminde bulunmuşlardır. Tamamı kırk dokuz kişi olan dernek kurucuları, kendilerini “*Makedon etnik kökeninden gelen, Makedon ulusal*

bilincine salıp bulunan Yunan vatandaşları" olarak tanımlanmaktadır.

Derneğin kuruluşunun tescili için yerel mahkemeye yaptıkları başvuru, kurucuların, önceki yıllarda da "Yunanistan'da bir Makedon azınlığın bulunduğu düşüncesini yaymaya çalıştıkları, Makedon ulusal bağımsızlığını savundukları. Gazetelere göre Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın 9.6.1990 tarihinde yapılan toplantısına katılmak üzere Kopenhag'a gittikleri, burada Yunanistan'da bir Makedon azınlığın bulunduğu dair görüşler ileri sürdükleri ve hatta Yunanistan aleyhine tahrik edici ve kabul edilemez nitelikteki iddiaları içeren bir metni okuyan Türk Profesör Ataöv'ü kutladıkları ..." anlaşılma ile, derneğin gerçek amacının tüzükte yazılanlardan farklı olduğu, sonuçta, "ülkenin nulli menfaatlerine ve yasaya aykırı olarak Yunanistan'da bir Makedon azınlığın bulunduğu düşüncesini yaymak istedikleri ..." gerekçesiyle Florina İlk Derece Mahkemesi'nce reddedilmiştir.

Selanik İstinaf Mahkemesi de, tarihsel gerekçelerle yüklü bir karar vermiştir. Son yüzyıl içinde yaşanan savaşların ardından gerçekleşen yer değiştirmeler nedeniyle, Florina ve çevresinde artık Makedon kalmadığı; ancak halkın tamamının Yunanca ve Makedonca konuşan Yunanlılar'dan oluştuğu biçimindeki uzun tarihi gerekçelere dayanarak, dernek kurucularının itirazlarını reddetmiştir. Karar, Yunanistan Yargıtayı'na da onanmıştır.

Bu olayda Yunanistan, ilginç bir ikilem yaşamaktadır. Başta Büyük İskender olmak üzere Makedonya'nın tarihi zenginlik ve anılarını elinden kaçırmamak için Makedonya'nın bugünkü Yunanistan'ın ulusal sınırları içerisinde kaldığını savunmaktadır. Eski Yugoslavya'dan ayrılan Avrupa Konseyi üyesi olan Makedonya Cumhuriyeti'nin kendi adını kullanmasına bile karşı çıkmış ve bu girişiminde başarılı olmuştur.

Buna karşılık, Yunanistan sınırları içinde Makedon kökenli insanların kalmadığını ileri sürmektedir. Başka ülkelerde de, böylesine akıl almaz çarpıklıklar, yargı kararlarının gerekçeleri olabilmektedir.

Sidiropulos ve arkadaşlarının AIHM'ye yaptıkları başvuru sonucunda verilen 10 Temmuz 1998 günlü ve 935 sayılı Karar'da Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki örgütlenme özgürlüğü, TBKP davasına koştur düşen aşağıdaki gerekçelerle değerlendirilmiştir:

*"Mahkeme, yukarıda adı geçen Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında, bir siyasi partinin programını, ilan ettiği amaçlarından ve niyetlerinden değişik amaçları ve niyetleri gizleyebileceği görüşünü belirtmiştir. Gizlemediğinin ortaya konması için, parti programının içeriği ile partinin etkinlikleri ve savunduğu görüşler karşılaştırılmalıdır.*

*Aynı şekilde bu davada da Mahkeme, bir derneğin tüzüğünde belirtilen amaçlara göre bir kez kurulduktan sonra, bu amaçlarla bağdaşmayan faaliyetlerde bulunabileceğini gözden uzak tutmamaktadır. Dernek henüz kurulmadığı için herhangi bir faaliyette bulunmadığından, ulusal mahkemelerin kesin olarak kabul ettikleri böyle bir ihtimali pratikte yalanlamak pek zor olacaktır. Olasılık gerçekleşecek olsa, yetkililer seçenezsiz kalmış değıllerdir; Medeni Kanun'un 105. maddesine göre Birinci Derece Mahkemesi, derneğin tüzüğünde gösterilen amaçlardan farklı bir amaç izlemesi veya yasaya, ahlaka veya kamu düzenine aykırı faaliyette bulunması halinde, derneğin kapatılmasına karar verebilecektir.*

*Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, başvuruçuların derneğin tescil talebinin reddedilmesinin, meşru amaçlarla orantısız olduğu sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."*(Sidiropulos ve Diğerleri/Yunanistan, 1998)

Bu karar, devletlerin, bazı belirti ve varsayımlardan yola çıkarak ileride suç işleyeceği öngörüsü ile derneklerin kuruluşlarını önleme girişimlerinin Sözleşme'yle uyumlu bulunmadığını ortaya koymaktadır. Mahkeme'ye göre, kuruluş gerçekleşmeli, uygulama izlenmeli ve eğer bir suç işlenmişse, o zaman yürürlükteki yasalar doğrultusunda gereken önlemler alınmalıdır.

Yunan yetkililer, AİHM'nin Sidiropulos davası henüz sonuçlanmadan, ülkelerindeki Makedon azınlığın haklarını, hatta etnik varlığını tanımamak konusundaki direngenliklerini sürdürmüşlerdir. Bu tutumları, daha ağır sonuçları bulunan bir başka dava nedeniyle, bir kez daha AİHM'de yargılanmalarını gerektirmiştir. Yerel yöneticilerin azınlıkları savunan bir siyasal partiye karşı gösteri düzenlenmesini sağlayıp halkı kıskırtmaları sonucunda yaşanan olaylara karşı polisin ilgisiz ve etkisiz kalması, yakınmaların konusunu oluşturmaktadır. Biraz da bu karara değinelim:

**b. Quarino Toxo/Yunanistan Davası:** Başvurucular, 1994 yılında kurulan Quranio Toxo adındaki siyasal parti ile bu örgütün siyasal sekreterliğini üstlenen iki üyesidir. Partinin amacı, Yunanistan'da yaşayan Makedon azınlığının haklarını savunmaktır. Parti, kurulduğu 1994 yılından beri düzenli olarak seçimlere katılmaktadır. 1995 yılı Eylül ayında parti, Florina'da bir merkez bürosu açmıştır. Bölgede konuşulan, Yunanca ve Makedonca dillerinde partinin ismi yazılan bir tabela, binanın balkonuna asılmıştır. Slovic alfabesine göre hazırlanan tabelaya, "Vino-zino" sözcükleri yazılmıştır. Bu sözcükler, Makedonca "gökkuşağı" anlamına gelmektedir. Ayrıca, iç savaşta Makedonya'daki Florina kentinin ele geçirilmesi sırasında Makedon güçler tarafından atılan bir slogandır. 12 Eylül 1995'te, Florina'daki kilisenin papazı, tabeladaki Yunan karşıtı (anti

Helencik) sözcükleri öne çıkararak, "Yunanlıları, düşmanlarına karşı tepkilerini ortaya koymaları amacıyla gösteri yapmaya çağıran" bir duyuru yayınlamıştır. Ertesi gün kasabanın belediye meclisi, yerel basında bir bildiri yayınlarak, başvuruçulara karşı bir protesto düzenlenmesini kararlaştırdıklarını duyurmuştur. Savcı da, halk arasında oluşan görüş ayrılıkları ve tepkilerden sorumlu tuttuğu, partinin adının Makedonca yazıldığı tabelanın kaldırılması için emir vermiştir. Polis, tabelanın yerinde durması gerektiği konusunda direnen başvuruçulara hiçbir açıklamada bulunmadan tabelayı kaldırmıştır. Yakınmacıların savlarına göre, o gün öğlen saatlerinde, parti merkez bürosunun önünde toplanan bir gurup halkın hakaretlerine uğramışlardır. Kalabalığın içindeki belediye meclisi üyelerini ve belediye başkanını tanıdıklarını söylemişlerdir. Saat 13.30 sıralarında göstericilerin bir bölümü parti merkez bürosunun bulunduğu binaya girerek içerdekilere saldırmışlardır. Gösteri yapanlar, başvuruçuların astıkları tabelayı söküp almak istiyorlardı. Saat 4.00 sularında ikinci bir saldırı daha gerçekleşti. Binaya girenler, ellerine geçirdikleri tüm araç ve gereçleri, mobilyaları pencereden dışarıya fırlatarak ateşe verdiler. Başvuruçular, bu olaylar sürerken, merkez büroya 500 metre uzaklıktaki karakola telefon ederek yardım istemelerine karşın, kendilerine, o sırada hiçbir polis görevlisinin elverişli durumda olmadığı söylenildi. Savcılık biriminden de olayları önlemeye yönelik hiçbir hareket gelmedi. Buna karşılık Polis, partinin isminin Makedonya dilinde yazıldığı tabelayı asıldığı yerden kaldırdı. Başvuruçuların soruşturma istemleri de, ayrımcılık yaparak halkı kışkırtmaktan sorumlu tutulmaları nedeniyle sonuç vermedi. Yakındıkları tüm kişiler aklandılar.

AİHM, Makedon azınlığın siyasal örgütüne karşı Yunan kamusal organlarının desteği ile uygulanan şiddet gösterisini aşağıya özetlenen gerekçelerle değerlendirdi:



"Quronio Toxo, yasaya uygun biçimde kurulan, amaçlarından birisi de Yunanistan'da yaşayan Makedonyalı azınlığı korumak olan bir siyasal partidir. Partinin isminin Makedonca olarak merkez büro-  
nun önündeki tabelaya eklenmesi, suçlanmayı gerektiren bir davranış olarak tanımlanamaz. Bu tutumu nedeniyle partinin, tüm toplum düzenine karşı tehdit oluşturduğu kabul edilemez. 'Vino-zito' teriminin kullanılması kuşkusuz, yerel halk üzerinde düşmanca duygular uyandırmaktadır. Belirsiz çağrışımlar nedeniyle Florina'nın milliyetçi ve yurtsever kesimini tedirginlik içine düşürmekten sorumludur. Bununla birlikte politik terimler kullanarak gerilim riskine neden olabilmek açısından Parti'nin tutumu, başlı başına yeterli değildir. Yerel yöneticilerin tutumu, derneklerin özgür olduklarına ilişkin kurallarla uyumlu değildir. Yöneticilerin sorumluluğunu gerektiren konu, olaylardan iki gün önce kent meclisinin şehir halkını bir araya toplayarak, başvuruculara karşı açıkça protesto gösterisine teşvik etmeleridir. Bazı meclis üyeleri de bu gösteriler içinde yer almışlardır. Böylece yerel halk üzerinde başvuruculara karşı saldırganca bir tepkinin doğmasına önderlik etmişlerdir. Yetkililerin görevi, demokratik sistemin doğasında bulunan çoğulculuk (değişik milletlerden gelen toplum), tolerans ve sosyal uyum gibi değerleri savunmak ve bunların gelişmesine yardımcı olmaktır. Yerel yöneticiler bu değerlere sahip çıkarak, karşı karşıya gelen bakış açılarını kısırtmak yerine; uzlaştırıcı duruşu savunmalıydılar. Polisin önderliğinde derneğin özgürlüğüne yönelik bir gerilimin doğabileceği önceden görülebilmeli, şiddet gösterilerine ve saldırganlığa karşı önlem alınabilmeliydi. Ancak bunlar yapılmadı. Görevli polis birimini, saldırılara karşı önlem almadı. Bunun nedeni eleman yetersizliği olarak açıklandı. Daha da önemlisi; savcı bir soruşturma açarak olayların sorumlularının belirlenmesine gerek görmedi. Ancak başvurucuların şikayette bulunmalarından sonra bir soruşturma açıldı. Derneklerin özgürlüğünün korunması bağlamında yetkililerce alınması gereken etkili soruşturma yöntemleri uygulanmadığından Mahkeme, Yunan kamu

görevlilerinin Sözleşme'yi çiğnediği"ne karar vermiştir. (Quarino Toxo/Yunanistan, 2005)

c. Gorzelik-Polonya Davası: Sidiropulos ve Quarino Toxo davalarında AİHM, Hükümet'in savunmasında geçen, ülkede, "bir Makedon azınlığın bulunmadığı, ancak sınır bölgesinde 'Makedonca konuşan' Yunan vatandaşlarının yaşadığı" yolundaki açıklamalar üzerinde çok fazla durmamıştı. Bunun nedeni, Makedon tanımının, varlığı uluslararası toplumca da kabul edilen bir ulusun adı olmasıydı. Yunan Hükümeti ne kadar farklı düşünürse düşünsün, Mahkeme'nin Makedon varlığını yadsıyan bir karar alması beklenemezdi.

Ancak ulusal ve etnik örgütlenmeler, her olayda bu kadar açık ve somut biçimde görülmeyebiliyor. Kendilerini "Silesian Halkı" olarak tanımlayan bir grubun Polonya'daki örgütlenme girişimi, Sidiropulos davasına göre, çok daha farklı değerlendirmelere konu olmuştur. AİHM'nin anlatımı doğrultusunda olayı özetliyoruz:

Polonya'da, tüzüğüne göre Silesian halkının ulusal bilincini uyandırmayı ve geliştirmeyi, Silesian kültürünü yaymayı amaçlayan "Silesian Ulusal Birliği" adında bir dernek kurulmuştur. Kurucular, Bölge Mahkemesi'ne derneğin kuruluşunun tescili için başvurmuşlardır. Bölge Mahkemesi, Silesianların yerel bir etnik grup olduğunu, ulusal bir azınlık olarak değerlendirilemeyeceğini, onları ulusal azınlık saymaları durumunda, Silesianlar'a diğer etnik grupların zararına bazı hak ve olanaklar sağlanacağını, oysa Silesianlar'ın yaşadıkları belli bir bölgenin de bulunmadığını saptamıştır. Mahkeme, ulusal azınlık olmayan Silesianlar'ın, ulusal azınlık statüsü kazanmaması için, adının değiştirilmesini önermiştir. Bu eleştirilerle birlikte Bölge Mahkemesi, derneğin kuruluşunu onaylamıştır. Ancak üst mahkeme, hakları olmayan azınlık ayrıcalıklarını

elde etmek amacıyla kendisini “ulusal bir azınlığın örgütü” olarak tanımlayan derneğin kuruluşunu reddetmiştir. Yüksek Mahkeme de, aynı doğrultuda karar vermiştir.

Olayı, 11. madde kapsamında değerlendiren AİHM’ye göre;

*“Başvurucuların örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahale iç hukuktaki yasalara dayanmıştır. Öngörülebilirlik gereksinimine bağlı olarak, iç hukuktaki ulusal azınlık kavramının ayrıntılı tanımının yapılmaması, Polonya hükümetinin kendi görevi olan gerekçeli ve kesin sözcükleri yasa metni içerisine koymadığı anlamına gelmez. Bu tür konularda yasalara yüksek derecede bir kesinlik kazandırmak güçtür. Hatta tür bu konularda kesin kurulların getirilmesi tercih edilmemektedir. Polonya hükümeti, azınlıkların genel sınıflandırılmasını yalnız hukuki temelde yaptığı ve pratik uygulamada yorum ve başvuruları yetkili organlara bıraktığı için eleştirilemez. İç hukuk, ayrımcılığa ilişkin olarak yetkililere sınırsız ve keyfi bir güç alanı bırakmamaktadır. Kısaca, görülen davada uygulanabilir Polonya yasalarının, başvurularda gerekli düzenlemeleri yapma konusunda yeterli bir esneklik sağladığı biçiminde değerlendirilebilir. Söz konusu müdahale düzensizliği önleme ve başkalarının haklarını korumayı amaçlayan bir müdahaledir. Polonya hukuku çerçevesinde başvurucuların derneğin ulusal azınlık örgütü olarak benimsenmesi, tek başına, yalnızca, derneğe ve dernekte gönüllü olarak görev alan üyelere seçim ayrıcalıkları sağlamayı amaçlamaktadır. Genel seçimlerde yer alan kişi veya kuruluşların haklarının zarar görmesini engellemek ve aynı zamanda derneğin kaydının yapılması toplumsal riskler açısından uygun bir zamanlamadır. Ulusal yetkililer, Polonya’daki seçim sürecini ve demokratik kuruluşları korumak için bu kuruluşu kendisini bir ulusal etnik grup olarak tanımlama konusunda düzenleme seçeneği tanıyarak, takdir yetkilerini aşmamışlardır. Orantılılık açısından bakıldığında, bir ulusal azınlık örgütü olarak derneğin*

kuruluşunun reddi, derneğin ulaşmak istediği pratik ve kültürel amaçlara kapsamlı ve koşulsuz bir müdahale değildir. Yetkililer, başvuruçuları azınlığın farklı özelliklerini anlatan ve geliştiren bir dernek kurmaktan yoksun bırakmamışlardır. Ancak derneğin kendisini, yine kendi yaptığı tanınla, yaklaşan seçimlerde diğer örgütlere göre daha elverişli konuma getirme girişimini, hukuksal yöntemlerle önlemişlerdir. Böylece, ayrıcalıklı yeni bir hukuksal yapı yaratılmasını engellemişlerdir. Ulusal yetkililerin müdahalesinin sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve ulaşılacak istenen meşru amaçlar ile orantılı olduğu düşünüldüğünde, derneğin kaydının reddi demokratik toplumda bir gerekliliktir." (Gorzelik/Polonya, 2004)

AİHM Büyük Kurulu'nun oybirliği ile verdiği karar, her etnik grubun ulusal azınlık olarak değerlendirilemeyeceğini belirttiği gibi, azınlık haklarını kötüye kullanma ve bu yolla ayrıcalıklı konumlar elde etme girişimlerinin de, ilgili ülkelerde yasal yöntemlerle önlenebileceğini ortaya koymaktadır. Burada öne çıkan konu, Polonya otoritelerinin Silesianlar'ın örgütlenmelerine bir engel getirmemeleridir. Anılan kişiler, kendi "ulusal bilinçlerini uyandırıp geliştirmek, Silesian kültürünü yaratmak" amacıyla örgütlenebileceklerdir. Uygun görülmeyen konu, farklı hukuksal dayanakları bulunan "azınlık hakları" nı, böyle bir yöntemle elde etme girişiminde bulunmalarıdır.

**SÖZLEŞME'NİN 11. MADDESİ'NDEKİ  
DERNEK KURMA HAKKI,  
SİYASAL PARTİLERİ DE  
KAPSIYOR MU?**

**83**

Sözleşme'nin 11. maddesinde siyasal partilerden söz edilmemektedir. Hukuksal tartışma, ister istemez 11. maddede geçen "dernek" sözcüğü üzerinde odaklanacaktır.

AİHM'nin Türkiye Birleşik Komünist Partisi adına 7 Ocak 1992'de AİHK'ya yapılan başvuru öncesinde siyasal partilerin kapatılmasıyla ilgili bir pratiği bulunmuyordu. Önceki yıllarda, Alman Komünist Partisi'nin ve Avusturya Komünist Partisi'nin kapatılmaları nedeniyle yaptıkları başvurular, bu örgütlerin amaçlarının demokratik ilkelerle bağdaşmadığı, çalışma yöntemlerinin sınıfsal şiddet ve düşmanlık temeline dayandığı gibi gerekçelerle AİHK'ca reddedilmiştir.

Komisyon, başvuruları içerik yönünden incelediğine göre, 11. maddedeki "dernek" sözcüğünün siyasal partileri de içerdiğini benimsemiş oluyordu. Ancak bu aşamada "kabul edilmezlik" kararı verilmesi nedeniyle, başvuru AİHM'nin gündemine gelmediğinden, Mahkeme, bu konu hakkında herhangi bir görüş geliştirmemişti.

TBKP davasının AİHK'da incelenmesi sırasında TC Hükümeti, "11. maddenin hiç bir biçimde siyasal partilere uygulanama-

yacağını savunmuştu. Bu konuyu tartışan Komisyon, Sözleşme'nin 11. maddesinde, madde içeriğinin belirli bir örgüt türü veya grupta sınırlanmasını gerektiren ya da maddenin siyasal partilere uygulanmayacağını gösteren herhangi bir anlatım bulunmadığını belirtmişti. Tam aksine 11. maddenin demokrasinin eksiksiz işlemlerini sağlayan bir güvence olduğu düşünülecek olursa, siyasal partilerin maddenin korunması altındaki en önemli örgütlerden biri olduğu görülür. Komisyon, siyasal partilerin etkinlikleri üzerindeki çeşitli kısıtlamaları, hatta kapatılmalarını 11. madde bakımından incelemiş ve bu tür örgütlere 11. maddenin uygulanacağını kabul etmiştir."

Aynı konu AİHM kararında da tartışılmıştır. "Mahkeme, 11. maddenin yazılış biçiminin, siyasal partilerin bu maddeye dayandırılıp dayandırılmayacağını ilk belirtilerini verdiğini kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre 11. maddenin, 'sendika kurma hakkı da dahil, örgütlenme özgürlüğü' demesinin nedeni, örgütlenme özgürlüğünün diğer kullanım biçimleri içinde sendikaların yalnızca bir örnek olduğunu göstermek içindir. Dolayısıyla, o yıllarda temel sorunlardan birini oluşturdukları için sendikalara değinilmesine davalı Hükümet gibi yollama yapılarak, Sözleşme'yi yazarların siyasal partileri 11. maddenin dışında tutmayı amaçladıkları sonucuna varmak olanaklı değildir.

Bununla birlikte Mahkeme'ye göre 11. maddenin sözünden daha da inandırıcı olan neden, siyasal partilerin demokrasinin tam olarak işlemleri için temel örgütlenme biçimlerinden biri olmasıdır. Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine bakıldığında siyasal partilerin 11. maddenin kapsamına girmediğinden kuşku duyulamaz."

Mahkeme, tarafların sunuşlarına göre, siyasal partilerin kapatılmasından doğan uyumsuzlukların Sözleşme'nin 11. maddesinin kapsamına girip girmediğini tartışırken bazı ölçütler üzerinde durmuştur.

Mahkeme'ye göre;

*"Siyasal partiler, demokrasinin tam olarak işlenmesi için temel örgütlenme biçimlerinden birisidir. Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine bakıldığında, siyasal partilerin 11. maddenin kapsamına girdiğinden kuşku duyulamaz. Diğer yandan Mahkemece, siyasi parti gibi bir örgütün, sırf ulusal organlar tarafından faaliyetleri devletin anayasal yapısını zayıflattığı ve konulan sınırları aştığı kabul edildiği için Sözleşme'nin sağladığı korumanın dışında tutulacağı düşünülemez. Mahkeme'nin önceki kararlarında belirttiği gibi, kural olarak ulusal organlar hukuk devletine saygıyı sağlamak veya anayasal haklara etkinlik kazandırmak için gerekli olduğunu düşündükleri önlemleri almakta serbesttirler. Ancak alacakları önlemleri, Sözleşme'ye göre üstlendikleri yükümlülüklerine uygun düşecek bir biçimde yerine getirmek zorundadırlar ve bu önlemler Sözleşme organlarının denetimi kapsamındadır."*

Mahkeme'nin bu konudaki değerlendirmelerinde, tüm bireyler için geçerli olan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, siyasal partiler açısından daha bir önem ve duyarlılıkla yaklaşıldığı gözlenmektedir.

Mahkeme'nin değerlendirmelerine göre, *"Siyasi partiler söz konusu olduğu zaman, 11. maddede belirtilen istisnalar çok dar anlamda yorumlanır. Yalnızca tam inandırıcı ve zorlayıcı nedenler siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını haklı gösterebilir. Sözleşmeciler devletler, 11. maddenin ikinci fıkrası kapsamında bir gerekliliğin olup olmadığına karar verirlerken, yalnızca sınırlı bir takdir alanına sahiptirler. Ulusal organların koydukları kurallar ve bu kuralların uygulanması doğrultusunda mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan özenli Avrupa denetimi, birlikte ve el ele yürütülür. Bu tür yakından denetim, bir siyasal partinin kapatılmasıyla birlikte, parti liderlerinin de gelecekte benzer siyasal etkinliklerini sürdürmekten yasaklandıkları bir davada özellikle gereklidir."*

Mahkeme, Türk hukuk sistemini değerlendirirken, örgütlenme özgürlüğünün yalnız bir siyasal partiyi kurma hakkını ilgilendirmekle sınırlı kalmadığını, kuruluşundan sonra da siyasal etkinliklerini özgürce yürütmesini güvence altına aldığını belirtmiştir.

Mahkeme'nin üzerinde durduğu bir diğer konu, Sözleşme'nin, kapsadığı hakları, kuramsal veya sanal düzeyde değil, pratik ve etkili olarak da korumayı amaçladığı olgusudur. *"Sözleşme'nin 11. maddesi bir örgütün sadece kurulmasıyla sınırlı tutulacak olursa, bu maddede güvence altına alınan hak, büyük ölçüde teorik ve hayali kalacaktır. Çünkü ulusal makamlar, Sözleşme'ye uygun davranmaksızın, bu örgütü hemen yasaklayabilirler. Buradan çıkan sonuca göre, 11. maddenin sağladığı koruma, örgütün bütün yaşamı boyunca devam eder. Bir örgütün yetkili ulusal organlarca kapatılması, 11. maddenin ikinci fıkrasındaki şartlara uygun olmak zorundadır."* (TBKP, Sargın, Yağcı/Türkiye, 1998)

Böylece AİHM, siyasal partilerin 11. maddenin koruması altında olduklarını kesin bir gerekçe ile benimsemiş ve sonraki yıllarda gelen parti kapatma davalarında da bu içtihadını sürdürmüştür.



**AIHM, TBKP'NİN KAPATILMASIYLA  
İLGİLİ OLARAK NE TÜR DEĞERLENDİRMELER  
YAPTI?**

**84**

Türkiye'den, siyasal partilerin kapatılması konusunda AIHM' e gönderilen ilk dava, Türkiye Birleşik Komünist Partisi tüzel kişiliği ile, parti kurucuları Nihat Sargın ve Nabi Yağcı'nın birlikte yaptıkları başvuru oldu. Bilindiği gibi TBKP 4 Haziran 1990 günü kuruluş dilekçesini vermiş ve on gün sonra, 14 Haziran 1990'da Yargıtay Başsavcısı partinin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava açmıştı. Avrupa'nın Sözleşme kapsamında değerlendirilen ilk parti kapatma davası olan bu olayı, biraz daha kapsamlı özetlemekte yarar görüyoruz.

Başsavcılık İddianamesi'nde, TBKP'nin;

- Bir sosyal sınıfın, diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenlik kurmasını amaçlaması,
- Adında "komünist" sözcüğünün geçmesi,
- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelmesi,
- Daha önce Anayasa Mahkemesi'nce kapatılan Türkiye İşçi Partisi'nin bir devamı olduğunu açıklaması, nedenleriyle temelli kapatılması talep edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 16 Temmuz 1991 günlü kararında kapatma nedenlerinden ikisini yerinde bulmamıştır:

*"Davalı partinin çoğulcu, katılımcı, çok partili ve halk oyuna dayanan demokratik siyasal kurumları benimsediği ..." saptandığından, tüzüğünde herhangi bir diktatörlüğün savunulmadığı vurgulanmıştır.*

*"Marksist hareketin farklı örgütlenmelerine, siyasal kültürüne ve bunların kültürel mirasına sahip çıkılması, kapatılan bir siyasal partinin devamı olmak değil, Marksist örgütlenmenin birikim ve deneyiminden yararlanıp yeni bir parti oluşturmak ..." olarak alınmıştır.*

Böylece sınıf egemenliği ve kapatılan bir partinin devamı olmak nedenlerine dayandırılan istemler reddedilmiştir.

Ancak, "Parti adında 'komünist' sözcüğünün geçmesi nedeniyle, 2820 sayılı Yasa'nın 96. maddesine aykırılık, açıktır... sınıf egemenliği ya da diktatörlük amaçlanmasa da bir parti 96. maddenin sonuncu fıkrası gereği 'komünist' adını alamaz ya da bu sözcüğü adında kullanamaz." denilmiştir.

Bölücülük suçlamasıyla ilgili olarak da Anayasa Mahkemesi'nin kararında aşağıdaki değerlendirmeler yapılmıştır:

*"... Programda yer alan 'kültürel yenilenme, Türk ve Kürt ulusal kültürel değerleri, Anadolu uygarlıklarının mirası, İslam Kültürü'nün insancıl öğeleri, halkımızın çağdaşlaşma mücadelesinde yarattığı tüm değerlerin evrensel, çağdaş kültür ve etkileşimi ile gerçekleştirilecektir.' biçimindeki anlatımlarla 2820 sayılı Yasa'nın 81. maddesinin (b) bendine aykırı davranılmakta, Türk dili ve kültüründen başka dil ve kültürleri korumak yaymak yoluyla azınlık yaratılarak millet bütünlüğünün bozulması amaçlanmaktadır. Bölgelerin ulusal kimliği olmaz. Anayasa, özerklik ve özyönetim yöntemlerine biçimlerine kapalıdır.*

Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayımı, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz. Devlet, 'tek'tir, ülke 'tüm'dür, ulus 'bir'dir. Ulusal birlik, devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayrımsız birliktelikleriyle gerçekleşir. Anayasa' da ve yasalarda yurttaşlar arasında ayrımı öngören hiçbir kural bulunmadığı gibi, kimsenin soy kökeninin yadsınması ya da kabul edilebilecek yeni bir savı da yoktur. Ulusal ve tekil devlet, etnik ayrılıklarla tartışılmaz. Herkesin, her zaman karşılaşabileceği ve giderek hukuk devletinde karşılığı istenebilecek ayrıklık, çelişki, haksızlık ve yanlışlıklar, insan hakları alanında sömürü nedeni yapılarak, gerçekler saptırılıp çarpıtılarak, üstü kapalı biçimde, ayrı ulus yoluyla ayrı devlet amaçlanamaz. Tartışılmaz kavram ve değerlerle, ödün verilmesi olanaksız ilke ve niteliklerin kaynağı Türkiye Cumhuriyeti'dir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı, ırkçılığı, etnik düşmanlığı ve terörizmi kınamış ve 'Güvenlik' ve 'Ek I' bölümlerinde de açık olarak ülke bütünlüğü ve demokratik düzeni yıkmayı amaçlayan hareketlerle giren kişi, grup ve örgütlere karşı koruma ve kollama sorumluluğunu milletlerarası bir çağrı olarak kabul etmiştir. Yasa, Kürt kimliği, Kürt adı yoluyla Kürtçülük ve bölücülük yapılmasına olur vermemektedir."

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak Anayasa'nun 3, 14, 68 ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 78, 81 ve 101. maddelerine dayanarak TBKP'nin temelli kapatılmasına karar vermiştir.

AİHM'nin 868 sayılı, 30.01.1998 günlü TBKP, Sargın, Yağcı-Türkiye kararında; tarafların savları, ulusal hukuktaki dayanakları, Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun görüşleri ayrıntılı bir biçimde özetlenmiş ve Mahkeme'nin konuya ilişkin ilkeşel yorumları saptanmıştır. Mahkeme, koşulları oluştuğunda ulusal organların siyasi par-

tilerin kapatılmasına karar verebileceklerini kabul etmektedir. Bir siyasal partinin örgütlenme özgürlüğünün kapsamından taşması, etkinlikleri için konulan sınırların dışına çıkması ve özellikle demokratik toplumların temel güvencesi olan çoğulcu demokrasiyi yok etmeye yönelmesi durumunda, kapatılma yaptırımı ile karşılaşması olanaklıdır. Ancak, ulusal yargı, böyle bir sonuca varırken hangi hukuku uygulayacaktır?

Mahkeme, AIHS'nin 1. maddesinin "Sözleşmecı Devletleri, Sözleşme'nin Birinci Bölümü'nde tanınan hak ve özgürlükleri herkes için güvence altına almak"la yükümlü tuttuğunu belirttiikten sonra, bu haklara yönelik düzenleme ve uygulamalar nedeniyle bir ayırım yapılmaksızın "üye devletlerin egemenliklerinin herhangi bir kısmının Sözleşme'ye göre yapılacak yakından denetimin dışında bırakılmadığını ..." özellikle vurgulamıştır.

İnceleme konusu kararda, ulusal uygulamalarda da gözetilmesi gereken, Mahkeme'nin inceleme ve değerlendirme yöntemi şöyle açıklanmaktadır:

*"Demokrasi, hiç kuşkusuz, Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir.*

*Bu özellik, öncelikle Sözleşme'nin Başlangıç'ta açıkça görülmektedir... Sözleşme'nin Başlangıç kısmı, Avrupa ülkelerinin siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü ortak mirasına sahip olduğunu yinelemektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin temel değerlerinin bu ortak mirasta bulunduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlandığını defalarca belirtmiştir.*

*Buna ek olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin, hakların kullanılmasına yönelik bir müdahaleyi, neyin 'demokratik bir toplumda gerekli olduğu' ölçütüyle değerlendirmek zorundadır. O halde bu haklardan herhangi birine yönelik müdahaleyi*

*haklı gösterecek tek gereklilik, 'demokratik toplumdan' çıktığı ileri sürülebilen gerekliliktir."*

*"Sözleşme tarafından öngörülen ve bu nedenle Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasal modelin demokrasi olduğu" belirtilen kararda, başta anayasalar olmak üzere, ulusal düzenlemelerin bu ilkelerle çelişmemesi gerektiği üzerinde durulmaktadır.*

*"Devletlerin genellikle ve öncelikle anayasaları vasıtasıyla kullandıkları egemenlik yetkilerine bir bütün olarak saygı göstermekle birlikte, kendilerinin Sözleşme'ye uygun davranmaları istenir.*

*Sözleşmeciler devletlerin siyasal ve kurumsal organları, Sözleşme'de yer alan haklara ve ilkelere saygı göstermek zorundadırlar. Bu bağlamda ele alınan hükümlerin anayasa maddeleri mi, yoksa sadece yasa maddeleri mi oldukları pek bir önem taşımaz. Bu tür düzenleyici kurallar, devletlerin egemenlik yetkilerinin kullanılma aracı oldukları andan itibaren, Sözleşme'nin denetimini altına girerler."*

AİHM'nin kararından aktarılan yukarıdaki alıntılar, herhangi bir yorum gerektirmeyecek kadar açıktır.

AİHM'nin, TBKP'nin kapatılma nedenlerine ilişkin değerlendirmeleri;

2820 sayılı Siyasal Partiler Yasası'nın 96 (3. ) maddesi ile getirilen, siyasi partilerin adlarında "komünist" sözcüğünün yer alamayacağına ilişkin yasak, Anayasa Mahkemesi'nce TBKP'nin kapatılması için yeterli görülmüştü.

AİHM ise, "... ilgili ve yeterli diğer koşulların oluşmaması durumunda, bir siyasal partinin seçtiği adın, kural olarak kapatma gibi ağır bir yaptırımı haklı kılmadığını ..." benimsemiştir.

Özellikle komünizmi suç sayan TCK'nın 141 ve 142. maddelerinin 12 Nisan 1991 günlü ve 3713 sayılı Terörle Mücadele

Yasası ile yürürlükten kaldırılmasından sonra, Anayasa Mahkemesi'nin kendi kararında da tek sınıf egemenliğine dayanan bir politika izlemediğini, aksine siyasal çoğulculuk, genel seçim ve katılımcı demokrasi gibi ilkeleri benimsediğini kabul ettiği bir partinin kapatılmasına karar vermesi, çelişkili bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir.

AİHM, "TBKP'nin kendisine 'komünist' adını verirken, Türk toplumu veya Türk Devleti için gerçek tehlike oluşturabilecek bir politikayı seçtiğini gösterecek herhangi bir kanıt yokken, salt adına dayandırılan nedenlerin, tek başına partinin kapatılması için gerekçe gösterilmesini kabul edilemez" bulmuştur.

Mahkeme, diğer kapatma gerekçesi olan "bölücülük" suçlaması konusundaki görüşlerini aşağıdaki tümcelerle açıklamıştır:

"Mahkeme, her ne kadar TBKP programında 'Kürt halkından', 'Kürt ulusundan', 'Kürt yurttaşlarından' söz edilmiş ise de Kürtlerin bir azınlık olarak tanınmadığını ve varlıklarının tanınması dışında Kürtler için özel ayrıcalıklar veya haklar, hele hele Türk nüfusunun bütününden ayrılma hakkı talep edilmediğini vurgular."

Tam tersine, programda şu anlatımlar yer almaktadır:

"TBKP, Kürt sorununun adil, demokratik ve barışçı bir çözüme kavuşturulması, Türk ve Kürt halkının Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde gönüllü ve eşit haklılık temelinde birlikte yaşamaları ve ortak çıkarlar temelinde demokratik yeniden yapılanması için çalışacaktır."

"TBKP programında, kendi kaderini tayin hakkı konusunda ise, şiddete başvurulmasının '... kendi geleceğini tayin hakkının, birlikte değil, ayrılık biçiminde tek yönlü kullanılmasına yol açacağından...' duyduğu kaygıları belirtmekle yetinmekte, '... problemin çözümününün

*politik olduğunu' ve 'Kürt halkı üzerindeki ulusal baskı ve eşitsizliğin ortadan kaldırılması için Kürt ve Türklerin birlikteliğine gereksinim bulunduğunu' eklemektedir."*

*"Mahkeme, demokrasinin başta gelen özelliklerinden birinin, ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı bile olsa diyalog yoluyla çözüme yolunu açması olduğunu kabul etmektedir. Demokrasi, anlatım özgürlüğü ile gelişir. Konuya bu açıdan bakılınca, siyasi bir gruba, sırf devlet nüfusunun bir bölümünün koşullarını açık biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edecek çözümleri bulmak üzere siyasal yaşamda yer almak istediği için engel olunması haklı görülmez."*

Mahkeme, siyasal partilerin başlangıçta açığa vurmadıkları hukuk dışı gizli amaçları olabileceğini de kabul etmekle birlikte, kuruluşundan on gün sonra kapatılması için dava açılan TBKP'nin herhangi bir çalışması bulunmadığını ve salt anlatım özgürlüğünden yararlanmak istediği için varlığına son verildiğini göz önünde bulundurmıştır.

Mahkeme, "görülen davanın ardalanını ve özellikle terörle mücadelenin yarattığı güçlükleri dikkate almaya hazır olduğunu belirtmekle birlikte, Türkiye'de terörün yol açtığı sorunlar nedeniyle TBKP'nin sorumluluk taşıdığı sonucunu doğuracak bir kanıt bulunmaması ..." nedeniyle, Sözleşme'nin 17. maddesini uygulanmaya da gerek görmemiştir.

AİHM, yukarıda özetlenen gerekçelerle, TBKP'nin henüz çalışmalarına başlamadan, hemen ve temelli olarak kapatılmasının, parti kurucularına getirilen siyasal yasakların meşru amaçlarla orantısız ve çok aşırı önlemler olmaları nedeniyle demokratik bir toplumun gerekleriyle bağdaşmadığına ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir. (TBKP-Sargın-Yağcı/Türkiye, 1988)

**AİHM, REFAH PARTİSİ'NİN KAPATILMASINI  
HANGİ NEDENLERLE  
SÖZLEŞME'YE UYUMLU BULDU?**

Anayasa Mahkemesi 18 Ocak 1998 günü Refah Partisi'nin de kapatılmasına karar vermişti. Refah Partisi yöneticilerinin 22 Mayıs 1998' de AİHM'ye yaptıkları başvuru, iki aşamalı bir süreç izledi. Konu, öncelikle AİHM'nin 3. Daire'sinde incelendi ve oyçokluğu ile verilen ve 31.7.2001 günlü kararla reddedildi. Her iki aşamada, Mahkeme'nin gerekçelerinden yaptığımız alıntılar aşağıya aktarıyoruz:

**a. AİHM 3. Daire'nin Kararı**

AİHM'nin değerlendirmelerine göre, siyâsal partiler Sözleşme'nin ve özellikle 11. maddesinin sağladığı korumadan tam olarak yararlanarak, devletin yasal yapılanmasını, yasal ya da anayasal kuruluşların değiştirilmesini amaçlayan çalışmalar yürütebilirler.

Ancak bunu yaparken, iki koşula uymak zorundadırlar;

*"1. Bu amaçla kullanılan yöntemler her açıdan yasal ve demokratik olmak zorundadır.*



2. Alternatif olarak önerilen değişiklik, tümüyle demokratik ilkelerle bağdaşır durumda olmalıdır.”

Refah Partisi'nin konumunu yukarıda belirtilen ilkeler önünde değerlendiren AIHM özetle aşağıdaki kararı vermiştir:

“... sorumluları, şiddete başvurmayı teşvik eden ve/veya demokrasinin bir veya bir çok kuralına uymayan bir projeyi öneren ya da demokrasinin ortadan kaldırılmasını amaçlamasının yanı sıra, demokratik yöntemlerden kaynaklanan hak ve özgürlükleri tanımayan bir parti, anılan nedenlerle getirilen yaptırımlara karşı, Sözleşme'nin sağladığı korumadan yararlanma hakkına sahip değildir.

Görülen davada Avrupa Mahkemesi, davacılara uygulanan yaptırımların, haklı olarak demokratik toplumun korunması için 'zorunlu bir sosyal gereksinime' yanıt olarak kabul edilebileceğini, zira Refah Partisi yetkililerinin laiklik ilkesine farklı bir içerik getirdikleri bahanesiyle dini inanç ayırımına dayalı çok hukuklu bir sistem kurmak, Sözleşme'nin benimsediği değerden tamamen farklı özelliklere sahip İslami yapıyı (şeriat) kurmak amacıyla oldukları ve iktidara gelmek, özellikle de iktidarda kalmak için kuvvete başvurma yönündeki davranışları konusunda bir kuşkunun doğmasına neden oldukları kanısına varmıştır.

Mahkeme'nin vardığı kanağe göre, siyasal partilerin kapatılması, demokrasinin ayrılmaz bir parçası olan fikirlerin ve siyasal partilerin çoğulculuğu konusunda devletlerin takdir payı sınırlı olmakla birlikte, ilgili devlet, Avrupa Sözleşmesi normlarıyla çelişen bir siyasal parti projesini, ülkenin demokratik rejimini ve iç barışını tehlikeye atma riski taşıyan somut eylemlerle yaşama geçirilmesinden önce engelleme hakkına sahiptir.”

**b. AIHM Büyük Kurul Kararı**

AIHM'nin TBKP ile ilgili kararı, 11 numaralı Protokol öncesinde 21 yargıcın katılımıyla oluşan Büyük Kurul'un oybirliği ile verilmişti. Refah Partisi'nin kapatılma davası ise, 7 yargıçtan oluşan 3. Daire' de 3 oya karşı 4 oyla ve oyçokluğu ile verilmiştir. Refah Partisi'nin Sözleşme'nin 43. maddesine dayanarak yaptığı itiraz incelenmeye değer bulundu ve konu, Büyük Kurul'un gündemine alındı.

Büyük Kurul, 13. 2. 2003 günü açıklanan kararında, Refah Partisi'nin itirazlarını değerlendirmiştir.

Parti tüzel kişiliği ile genel başkan ve iki genel başkan yardımcısının davacı konumunda buldukları davada, Büyük Kurul öncelikle parti yöneticilerinin kamuoyuna dönük demeçlerini değerlendirmiştir :

*"Kapatma, partinin önde gelenlerince verilen demeçlerden kaynaklanmıştır. Parti sözcüleri tarafından politik konularda yapılan açıklamalar, aksi belirtilmediği sürece temsil ettikleri partiyi bağlar ve üç başvurucunun yaptığı açıklamalar tartışmasız bir biçimde Refah Partisi'ne mal edilebilir."*

Kararda, öncelikle devletin bireysel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak değişik din ve inançlar arasında ayrımcılık yapamayacağı, dine dayalı ayrımı öngören hukuki rejimlerin kabul edilemeyeceği ve böylesi uygulamaların Sözleşme ilkelere ile bağdaşmadığı vurgulandıktan sonra, Anayasa Mahkemesi kararının kendileri tarafından da benimsendiği belirtilmiştir. Kararda ayrıca şu görüşlere yer verilmiştir:

*"... politik alanda çoğulculuk ilkesi gibi ilkeler ve kamu özgürlüklerindeki sürekli gelişimler içinde 'şeriat'ın yeri yoktur ve demokrasinin temel ilkeleri ile uyumlu değildir. 'Şeriat' temeline*

dayanan bir rejim, Sözleşme değerlerinden net bir biçimde uzaktır. Sözleşmeciler Devletler kendi tarihsel deneyimleri ışığında kökten dinciliğe karşı olabilirler ve Türkiye'deki laiklik ilkesinin önemini dikkate alan Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi'nin, 'şeriat'ı kurma politikasını demokrasiye aykırı bulmuştur.

'Şeriat' ile çok hukuklu sistemler arasındaki ilişki açısından Refah Partisi'nin politikası, 'şeriat'ın bazı özel hukuk kurallarını, çok hukuklu bir sistem çerçevesinde Müslüman topluma uygulamak yönünde olmuştur; ancak böyle bir politika bireylerin, kendi dinlerinin buyruklarını gözetme özgürlüklerinin ötesine geçmekte ve Türkiye'nin dinin sınırı olarak çizdiği özel alanın dışına çıkarak 'şeriat'ın getirilmesinde olduğu gibi Sözleşme sistemiyle bağdaşmayan çelişkileri taşımaktadır.

Dinini açıklamak da dahil olmak üzere din özgürlüğü öncelikle bireysel vicdan meselesidir ve bireysel vicdanın alanı, toplumun örgütlenmesini ve işleyişini düzenleyen özel hukuk alanından oldukça farklıdır. Tartışmasızdır ki Türkiye'de herkes, kendi özel yaşamında dini gereklerini yerine getirebilir. Ancak diğer yandan her devlet, kamu düzenine ve demokratik değerlere zararlı, dinden esinlenen özel hukuk kurallarını, yargı yetkisi çerçevesinde hukuka uygun olarak engelleyebilir.

Zor kullanma olasılığına ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından gönderme yapılan tüm konuşmalarda birden fazla anlamı olan 'cihad'a verilen anlam ne olursa olsun, bu yöntem terminolojide siyasi gücü ele geçirmek ve meşru olarak güce başvurma olasılığı gibi birden fazla anlamda kullanılmaktadır. Üstelik partinin önde gelenleri, güç kullanımını açıkça destekleyen parti üyelerinden uzaklaşmak için herhangi bir adım atmamışlardır.

AİHM, dikkate aldığı bu konuşmalarda geçen 'cihad' kavramına yapılan atıf ne olursa olsun (bu kavramın birincil anlamı kutsal

*savaş ve bir toplumda bütünüyle İslam'ın egemen olmasına değin mücadelelerdir), iktidarı ele geçirmek için kullanılacak yonteme yapılan atıflarda kullanılan terminolojide bir belirsizlik bulunmaktadır.*

*Sonuç olarak, Refah Partisi'nin planlarının 'demokratik toplum' kavranı ile bağdaşmayacağı ve bunları pratiğe geçirmek için gerçek olanaklara sahip olduğu göz önüne alınarak Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanan yaptırımın makul bir 'zorlayıcı sosyal gereksinim' olduğuna karar verilmiştir." (Refah Partisi/Türkiye, 2003)*

Refah Partisi'nin 3. Daire'nin kararına yönelik itirazları, hukuksal açıdan çok önemli sonuçlar getirmiştir. 3'e karşı 4 oyla da alınmış olsa, partinin kapatılmasında Sözleşme'ye aykırılık bulunmaması, geçerli ve bağlayıcı bir karardır. Ancak tek oyluk çoğunluğun, kamuoyunda her zaman tartışmayla karşılanması kaçınılmazdı. Büyük Kurul'un oybirliği ile aldığı karar, bu tartışmayı gerek Avrupa gerekse Türkiye kamuoyunda kesin biçimde noktalamış olmaktadır. Kararın bir diğer önemli yanı da laiklik anlayışında, şeriata karşı özgürlükçü demokrasinin korunması için alınacak önlemler konusunda, AİHM'nin, Türkiye Anayasa Mahkemesi ile tam bir uyum içerisinde olduğunu belirtmesidir.

AİHM kararı, yalnız Türkiye açısından değil, Avrupa siyasal yaşamında da laikliği tanımlayan, dine dayalı devlet anlayışına karşı toplumsal korunmanın kaçınılmazlığını vurgulayan, bu açılardan üye ülkeleri yönlendiren önemli bir hukuksal belge niteliğindedir.

**AİHM, SİYASAL ETKİNLİKLERİ NEDENİYLE  
KAPATILAN PARTİLERİ, 11. MADDE KARŞISINDA  
NASIL DEĞERLENDİRDİ?**

**86**

Bu konuda Türkiye'den iki, Romanya'dan bir örnek vermekle yetiniyoruz. Kararların gerekçelerinden önemli bulduğumuz değerlendirmeleri aşağıya özet olarak aktarıyoruz:

**a. Sosyalist Parti'nin Kapatılması**

AİHM'nin saptamalarına göre "*Anayasa Mahkemesi, Sosyalist Parti'nin kapatılması kararında, Genel Başkan Doğu Perinçek'in 'ulusu, Kürt ulusu ve Türk ulusu şeklinde ikiye ayırmakla, Türkiye'de azınlıkların yaratılmasını ve sonuçta Türk ulusunun birliğine aykırı olarak, bir Kürt-Türk Federasyonu'nun kurulmasını savunduğunu' belirtmiştir. Sosyalist Parti (SP) ideolojik olarak TC'nin varlığını destekleyen en temel ilkelerden biri olan Atatürk Milliyetçiliği'ne ihanet etmiştir. SP, terör örgütlerinden değişik yöntemler kullanmakla birlikte, partinin siyasal faaliyetlerinin amacı, terör örgütlerinin amacı ile aynıdır. SP ayrılıkçılığı ve isyanı teşvik ettiği için kapatılması gerekmiştir.*"

"... AİHM'ye göre bu tür bir programın Türk Devleti'nin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmez. Demokrasinin

*kendisine aykırı olmadıkça, bir devletin mevcut yapılanmasını sorgulayacak nitelikte bile olsa, farklı siyasal programların önerilmesine ve tartışılmasına olanak verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur."*

AİHM ayrıca, yukarıda özetlenen söylemleri nedeniyle Perinçek'in yargılandığı davalardan aklandığı üzerinde durarak eleştirel bir anlatım ile, "*Türk mahkemelerinin birbirleriyle çelişen görüşlere sahip olduklarını saptamakla yetindiğini*" belirtmiştir.

Mahkeme, TBKP kararına yollama yaparak, benzer gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin Sosyalist Parti'yi kapatma nedenlerinin "*demokratik toplumlar açısından gereksiz bir müdahale olduğu*" görüşüne varmıştır. (Sosyalist Parti/Türkiye, 1998 )

#### **b. Özgürlük ve Demokrasi Partisi'nin Kapatılması**

Parti programında ülke bütünlüğünü, devletin laik niteliğini, ulusun birliğini bozmayı amaçladığı görüşüyle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)'nin yaptığı başvuru nedeniyle Mahkeme, "*ÖZDEP'in programındaki tartışma konusu pasajlar birlikte alındığında demokratik kurallara göre Türk ve Kürt halklarını içine alan sosyal bir düzenin kurulmasını amaçlayan bir siyasal proje sunmaktadır. ÖZDEP'in programında 'ulusal ve dinsel azınlıklar'ın kendi kaderini tayin hakkından söz edilmektedir. Ancak bu sözler, Türkiye'den ayrılmayı teşvik etmemekte, daha çok, Kürtlerin demokratik bir biçimde kendilerini ifade etmeleri ve kendi istemlerini serbestçe ortaya koymaları suretiyle güçlendirilmiş bir proje tasarısını vurgulamayı amaçlamaktadır. Böyle bir projenin Türk Devleti'nin var olan prensipleri ile bağdaşmaması, demokratik kuralları ihlal ettiği anlamına gelmez. Demokrasinin kendisini tahrip etmek istemedikçe, devletlerin yerleşik yapısını sorgulayan karşıt siyasal görüşlerin sunulmasına ve tartışılmasına izin verilmesi, demokrasinin*

*gereğidir.*" görüşüyle, uygulanan müdahaleler aşırı bulunmuş, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği karara bağlanmıştır. (ÖZDEP/Türkiye, 1999)

### c. Romanya Yeni Komünist Partisi'nin Kapatılması

Avrupa Konseyi'nin kurucuları olan ülkelerde, siyasal partilerin kurulup etkinliklerini sürdürmeleri konusunda önemli sorunlar yaşanmamaktadır. "*Batı Demokrasisi*" olarak da anılan siyasal değerlerin egemen olduğu bu ülkelerde, faşistlik, nazilik ve soykırım temelindeki örgütlenmeler dışında tüm düşünsel ve ekonomik akımlara, özgürce siyasal yaşama katılma olanağı sağlanmaktadır.

AİHM'nin siyasal partilerle ilgili pratiğini geliştiren Türkiye'yi, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra çoğulcu demokrasiye yönelen eski komünist ve sosyalist ülkeler izlemiştir. Yeni açılımlar yapmak isteyen bu toplumlardan bazılarında komünist partiler yasaklanmıştır.

Romanya'da eski Komünist Partisi ile bağlantısı olmadığını ileri sürerek, 1989 yılında benimsenen Anayasa ve yürürlükteki yasalar doğrultusunda komünizmi demokratik ve barışçı yöntemlerle gerçekleştireceğini açıklayan Yeni Komünist Partisi (PCN)'nin kuruluş girişimi, programının anti-demokratik ve insanlık dışı olduğu gerekçeleriyle 1996 yılında ulusal mahkemelerce onaylanmamıştır. PNC, siyasal partiler siciline yazılması için yaptığı başvurunun reddedilmesi nedeniyle, politik yönden herhangi bir çalışma başlatamamıştır.

AİHM'ye göre, PCN'nin program ve tüzüğü, eski Komünist Partisi'nin geçmişte kötüye kullanılan ilkelerinden farklı bulunmaktadır. Ancak PCN, 1989' dan beri izlenen politikayı

86

eleştirmektedir. "Demokrasilerde, demokratik ilkelere uyumu sağlayan bir partinin, yalnızca ülkenin anayasasını ve hukuk düzenini eleştirdiği ve politik ortamda bu doğrultuda kamusal bir tartışma başlattığı için yargılanıp kapatılması düşünülemez. Ulusal mahkemeler, PCN'nin program ve tüzüğüne ilişkin ülkenin anayasal düzeni ve yasaları ile uyummadığını ve sonuçta demokratik ilkelerle hiçbir biçimde bağdaşmaz nitelikte olduğunu kanıtlayabilmiş değildir. Sözleşme'yi benimseyen devletlerin, yeni bir komünist partisinin kurulmasıyla ortaya çıkan siyasal tartışmalara engel olmaları, izin vermemeleri düşünülemez. Herkesin kabul edeceği gibi bir partinin, programında açıklanan ilkelerinden farklı amaçları olabilir. Ancak böyle bir olgunun, programın içeriği ile parti yönetici ve üyelerinin davranışlarının karşılaştırılması yoluyla saptanıp açığa çıkarılması gerekir. Ancak PCN'nin partiler siciline yazılıp siyasal etkinliklerini sergileme sürecine girememesi nedeniyle, henüz herhangi bir pratik çalışması olmamıştır. PCN'nin herhangi bir siyasal eylemi ve çalışması olmaksızın, ulusal mahkemelerin başvurucuların programının demokrasi ilkeleri ile bağdaşmadığı yolundaki yanlış değerlendirmeleri, demokrasinin gereklerine uygun değildir. Müdahale orantısızdır." Mahkeme bu gerekçelerle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. (Partidul Comunistilor (Neperesti) ve Ungureanu/Romanya, 2005)

AİHM'nin, politik çalışmalara başlayamadığı için herhangi bir etkinliği bulunmayan siyasal partilerin, salt kuruluş aşamasındaki program ve tüzüğünde yazılı olanlara dayanılarak kapatılmayacağı yolundaki Türkiye Birleşik Komünist Partisi ile ilgili içtihadı, bu konuda da yinelenmektedir. Ancak, çoğulcu demokratik ilkeler açısından Avrupa ülkelerinin içine düştükleri seçeneksizliğin, kararların gerekçelerine de yansdığı kolaylıkla görülebilmektedir.



AİHS'nin 12. maddesinde, "Evlendirme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir." deniliyor. Madde, önce evlenme, ardından aile kurma olmak üzere iki aşamalı bir değerlendirme içeriyor. Ancak aile olmanın koşul ve sonuçları, AİHM'ce genellikle 8. madde kapsamında değerlendirildi. Gerçekten, 8. madde çevresinde, diğer özel yaşam çeşitlilikleriyle de ilişkilendirilen, aile yaşamının ayrıntıları konusunda gelişmiş bir içtihat birikimi oluştu. Bu nedenle, 12. madde, dar bir alan olan evlenme sorunlarıyla sınırlı bir süreç izledi.

Avrupa ülkelerinde evlenme yasağı gibi sorunlar olmadığı için, olağan işleyiş AİHM'ye çok fazla yansıtılmadı. Katolik inancının güncel hukuka yansımaları arasında bulunan boşanma yasağı, sonuçta ayrılacak kişinin başka bir evlilik yapmasını engellediğinden, İrlanda uygulamalarından kaynaklanan bir başvuru nedeniyle konu, 12. madde bağlamında tartışıldı. Başvuru konusu olayda uzun soluklu bir ilişkinin, kağıt üzerinde kalan resmi evliliği sonlandırmayan boşanma yasağı nedeniyle hukuksallık kazanamamasından yakınılıyordu. Mahkeme, evlenme hakkının boşanma hakkını içermediği görüşüyle, ulusal

87

yasayı ve bu yasaya dayandırılan uygulamayı Sözleşme'ye aykırı bulmadı. (Johnston/İrlanda, 1986)

Evlenme hakkını, boşanma davasının sonuçlarıyla ilgilendirildiği başka bir olayda Mahkeme, üçüncü evliliğinden boşanan kişinin, yerel yargı yerince kararlaştırılan üç yıllık evlenmeme cezası dolmadan dördüncü kez evlenemeyeceğine ilişkin yasağı, 12. madde bağlamında evlenme hakkının ihlali olarak niteledi. (F/İsveç, 1987)

Sözleşme'nin 12. maddesi evlenmeyi, karşı cinsteki kişiler arasındaki bir ilişki olarak ele almaktadır. Bu tanım, biyolojik ve hukuksal belirsizlikler nedeniyle, Mahkeme'nin cinsiyet değişiklikleri konusundaki yaklaşımının netlik kazanmasını bir süre geciktirdi. Mahkeme, doğduğu zaman kadın olarak nüfusa yazılıp gördüğü tedaviler sonucu erkek olan başvurunun, bütün belgelerinin yeni cinsiyetini gösterecek biçimde değiştirildiği halde doğum kütüğünde değişiklik yapılması isteminin reddedilmesini Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmadı. Cinsiyet değiştirerek erkek olan başvurunun doğum kütüğünün değiştirilmemesi nedeniyle evlenememesi de, 12 maddenin ihlal edilmesi olarak kabul edilmedi. (Rees/İngiltere, 1986)

Erkek iken ameliyatla kadın olan, hemşirelik kurslarına katılmak için gerekli bulunan doğum belgesini getiremediği için eğitime alınmayan başvuru, yeni cinsiyetinin tanınmaması, İngiltere'de cinsiyet değiştirenler açısından hukuksal boşlukların bulunması ve özellikle çalışma yaşamı ve sosyal güvenlik konularındaki yetersizlikler nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin çiğnendiğini, ayrıca evlenme engeli nedeniyle 12. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştü. Mahkeme, her iki konuda da başvurunun savlarını benimsemiştir. Bu karar cinsiyet değiştirenlerin yeni cinsiyetlerine göre evlenme

haklarını kabul ettiği gibi, çalışma yaşamı ve sosyal güvenlik yönünden de daha olağan koşullara yönelmelerini sağlamıştır. (L/İngiltere, 2002)

İngiltere'ye karşı aynı gün sonuçlanan bir başka davada, kadın olunca emeklilik yaşı 65'ten 60'a düşen yakınmacının, nüfus kaydının düzeltilmemesi nedeniyle fazla pirim ödemesi yapmak zorunda kaldığı, elindeki belge ile gerçek cinsiyeti arasındaki çelişki sonucunda çalıştığı işyeri sahibi karşısında küçük düşürüldüğü savları 8. maddenin, yeni cinsiyetine göre evlenmesinin engellenmesi ise, 12. maddenin ihlali olarak nitelenmiştir. (Christine Goodwin/İngiltere, 2002)

7 numaralı Ek Protokol'ün 5. maddesi de, "eşler arasında eşitlik" başlığı altında evlilik ve boşanma konularını, aralarındaki zorunlu bağlantıları gözeterek birlikte değerlendirmiştir. Anılan düzenlemeye göre, " 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." Kuşkusuz bu madde, çok dar bir alanda sıkışıp kalan 12. maddeye göre genel nitelikteki güncel sorunlara daha yakın bulunmaktadır.

AİHS'nin "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 14. maddesine göre;

*"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiç bir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."*

14. madde, sanal ve kuramsal bir eşitlikten söz etmekte, Sözleşme'nin bütününe ilgilendiren genel bir ilkeyi kurumlaştırmaktadır. Ayrımcılık yasağı, Sözleşme'nin yorumunu ve uygulanmasıyla bağlantılı temel denge öğelerinin en önemlilerinden birisidir. Mahkeme, bu konudaki daha ilk kararında, 14. maddenin kapsamını doğru belirlemiş, yalnız uygulamanın değil, ulusal işlemlerin dayanağını oluşturan hukuk kurallarının da, ayrımcılık yasağı ile çelişmemeleri gerektiğini vurgulamıştır.

Mahkeme'ye göre, 14. maddedeki güvencenin bağımsız bir varlığı yoktur. Bu güvence Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerle ilgilidir. Bir işlem, kendi başına Sözleşme'deki

hak ve özgürlüklere uygun olabilir. Ancak bu işlem, 14. madde ile birlikte okunduğunda ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme'deki bir hakkı ihlal edebilir. Ele alınan hakkın niteliği ne olursa olsun, 14. madde, hak ve özgürlükleri düzenleyen her maddenin bütünleyici bir parçasını oluşturur.

Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı uygulamayı yasaklayıcı bir biçimde yorumlamamaktadır. *"Belirli bir farklılaştırma, hiç bir objektif ve anlaşılabilir nedene dayanmıyorsa, eşit davranma ilkesini ihlal eder. Haklı bir nedenin var olup olmadığı, (a) işlemin amacı ile sonucu arasındaki ilişki; (b) kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasındaki orantınlılık; ve (c) toplumun yaşamını tanımlayan hukuki ve fîli unsurlara bakılarak değerlendirilir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, yetkili ulusal makamların görevini üstlenemez; aksi takdirde Mahkeme, Sözleşme'yle kurulan ikincil bir uluslararası mekanizma olma özelliğini yitirir."* (Belçika Eğitim Dili Davası/Belçika, 1968)

Danimarka'da evlilik içinde doğan çocuğun babalığının reddi için erkek eşin açacağı davanın hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmasına karşın, annenin açacağı babalık davasında herhangi bir süre koşulu aranmaması, mahkemeye başvurma hakkı açısından 14. maddenin değerlendirilmesini gerektirmiştir.

Mahkeme'nin saptamalarına göre;

*"1960 tarihli Yasa'ya göre bir koca, çocuktan, vasisinden ve anneden farklı olarak, babalıkla ilgili davayı öngörülen sürede açmak zorundadır.*

*Hükümet, Yasa'ya ilk bakışta görülen bu farklılığın iki etken nedeniyle konulduğuna işaret etmiştir. Birincisi kocaya, süresi di-*

şında dava açmak üzere Üst Mahkeme'den izin alma yolu açıktır. İkincisi, 'tanınma doktrini' aracılığıyla, sadece kocanın değil, aynı zamanda annenin de, babalığı reddetmesi engellenebilir. Bununla birlikte Hükümet, bu faktörlerin yasadaki farklılığı ortadan kaldırmak için yeterli olduğunu söylemek istemiştir. Aslında annenin itiraz hakkı, koca gibi sırf süreyi geçirdiği için düşmeyecektir ancak, anne önceki tutunularının bir sonucu olarak davayı kaybedebilir.

Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından başvurucu Rasmussen ile eski eşi arasında, Rasmussen'in babalığının reddi için dava açma olanağı konusunda farklı bir düzenleme bulunduğu sonucuna varmaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesi, 'karşılaştırılabilir durumda' olan bireyleri ayrımcılık niteliğindeki farklı işlenilere karşı korumaktadır.

Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir işlemdeki farklılık, 'objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse', yani 'meşru bir amaç' izlemiyorsa veya 'kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisi' bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur.

Mahkeme'ye göre, yetkili organlar babalık davasının açılmasına bir süre sınırı konulmasının hukuksal kesinlik ve çocuğun çıkarlarını korumasını sağlamaya yönelik olması nedeniyle doğru bir düzenleme gerçekleştirdiklerini düşünmekle haklıdırlar. Bu konudaki yakınma konusu yasalar, diğer Sözleşmecî devletlerin yasalarından çok farklı değildir. Erkekler ile kadınlar arasındaki farklı uygulama, ayrılık ve boşanma davalarında çocuğun velayeti genellikle anneye verildiğinden, annenin çıkarları ile çocuğun çıkarlarının örtüştüğü ve bu tür süre sınırlamalarının, kocaya göre kadın için daha az gerekli olduğu düşüncesine dayandırılmıştır. Açıklanan nedenlerle ulusal organlar, anneler açısından sorunu her olayın koşullarına göre yerel yargı yerlerince verilecek kararlara bırakırken, erkekler açısından gerçekleştirilmek istenen amacın en uygun biçimde yasa kuralları

konularak sağlanacağını düşünmekte haklıdırlar. Buna göre, takdir alanı dikkate alındığında, yetkili organlar orantılılık ilkesini çiğnedikleri gibi Sözleşme'nin 14. maddesi bağlamında ayrımcı uygulama yapılmamıştır." (Rasmussen/Danimarka, 1984)

Kararın gerekçesinde de açıklanan, babalığın reddi sürecinde, anneyi ve özellikle çocuğu korumak amacıyla ulusal yasada öngörülen süre farklılığı, aynı toplumsal gerekçelerle Mahkeme'ce de benimsenmiştir. Kararda geçen, "karşılaştırılabilir durumdakiler" arasındaki eşitlik anlayışı, hak ve yükümlülükler arasındaki dengeler açısından önem taşıdığı gibi, devletlerin ekonomik ve toplumsal politikalarını engellemek üzere düşünülmüş bir yaklaşımdır.

AİHM'de hükümetler adına yapılan bazı savunmalar, sonuçta başvuruçuların davalarını kazanmalarına yardımcı olabilmektedir. Daha önce değindiğimiz, İngiltere'de oturma izni almış üç kadının eşlerine de aynı olanağı sağlamak amacıyla yürüttükleri hukuk savaşımında, Hükümet adına yapılan savunmada, belli sayılarla sınırlı olarak evli erkeklerin eşlerini İngiltere'ye getirmelerine izin verildiği, bayanlara da bu olanağın tanınması durumunda ekonomik koşulların bozulacağı ve işsizliğin daha da artacağı ileri sürülmüştü. Mahkeme bu savunmayı şöyle değerlendirdi;

"Sözleşmeci Devletler, benzer durumlardaki farklılıkların, farklı işleni haklı kılıp kılmadığını, kılıyorsa, hangi ölçüde kaldığını takdir etseler bile, bu takdir alanının kapsamı koşullara, konuya ve ardalana göre değişir. Tartışılan konuyla ilgili olarak, cinsiyet eşitliğini gerçekleştirmenin, bugün Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin başlıca amaçlarından biri olduğu söylenebilir. Bu demektir ki, cinsiyet temeline dayanan farklı bir uygulamanın Sözleşme'ye uygun görülebilmesi için, çok güçlü nedenler bulunmalıdır.

*Mahkeme, erkekler ile kadınlar arasında iç emek piyasasında oluşabilecek farklılığın, Birleşik Krallık'ta yerleşmiş olan bir kimseye karısının veya kocasının katılması olanağının sağlanması konusunda, farklı değerlendirmelerde bulunmayı haklı kalacak kadar önemli olduğuna ikna olmamıştır. Hükümet bu bağlamda, kendi hesaplamalarına göre, yerleşmeleri kabul edilen kocaların sayısında yıllık 5.700'lük (Komisyon raporunda ise 2.000'lik) düşüğe yol açan 1980 yılı kurallarının içerdiği kısıtlamaların, kocaların göçü üzerindeki etkisinin önemini vurgulamıştır. Mahkeme, 5.700 rakamının doğruluğunu tartışmaksızın, o tarihte ileri sürülen düşüşün, Birleşik Krallık'ta önemli bir işsizlik artışıyla rastlaştığını ve bu düşüşün bir kısmına 1980 yılı kurallarından çok ekonomik koşulların neden olduğunu belirtir. Her koşulda, yukarıda değinilen nedenlerle gerçekleşen düşüş, erkekler ile kadınlar arasında farklı uygulamaya gitmeyi haklı kılmaz.*

*Mahkeme, Hükümet'in de savunduğu gibi, 1980 yılı kurallarının kamusal dinginliği sağlama amacına yönelik olduğunu kabul eder. Ancak Mahkeme, bu amacın sözü edilen kurallarda kocalar ile bayan eşler arasında bir ayırım yapmak suretiyle gerçekleştirilebileceğine ikna olmamıştır. Geriye, Hükümet tarafından ileri sürülen daha genel bir gerekçeyi incelemek kalmıştır. Bu gerekçeye göre 'Birleşik Krallık, bazı konularda, yani ülkeye yerleşmiş olan erkeklerin vatandaşı olmayan eşlerinin ve nişanlılarının kabulü konusunda, Sözleşme'nin gerektirdiğinden daha cömert davranmış olmakla, 14. maddeyi ihlal etmiş sayılamaz.'*

*Mahkeme, bu savunmayı kabul edememektedir. Mahkeme, 14. maddenin, Sözleşme'de tanınan hakları ilgilendiren çeşitli konularda eşitlik içinde uygulanması durumunda ayrımcılığın önlenebileceği görüşündedir. Genel olarak Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından ayrımcılık kavramı, bir kimse veya bir grubun Sözleşme tarafından daha lehte bir işlem görmesi istenmiş olmasa bile, makul bir haklılık*



*bulunmadığından, diğerine göre daha az lehte işlem görmesi anlamına gelir”.*

Böylece Mahkeme başvuruçuların, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak, cinsiyet esasına dayanan bir ayrımcılığın mağduru oldukları sonucuna varmaktadır. (Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/İngiltere, 1985)

Mahkeme, koşulları birbirine benzeyenlere devletlerce farklı uygulamalar yapıldığı durumlarda, bunun haklı ve inandırıcı gerekçeleri olmasını aramaktadır. Devletlerin ileri sürebilecekleri gerekçeler de, Sözleşme'yle uyumlu ve izlenen amaçla orantılı olmalıdır. Mahkeme, özellikle vatandaş olanlarla olmayanlar arasındaki farklı uygulamaların çok önemli gerekçelere dayandırılmasını istemektedir. Aynı yasal yükümlülükleri yerine getirmelerine karşın, bu yükümlülüğü gerçekleştirmenin karşılığı olan haklardan yabancıların yararlandırılmaması, 14. madde bağlamında ayrımcılık yasağının ihlali olarak nitelenmektedir.

Ulusal organlar, Avusturya'dan ayrılan bir Türk vatandaşının işsizlik sigortasından hakkını alma istemini, Avusturya uyruklu olmaması ve Türkiye ile Avusturya arasında o sırada Sosyal Güvenlik anlaşmasının henüz bağlanmamış bulunması nedeniyle yerine getirmemişti. Bu olay 14. madde kapsamında değerlendirildi:

“Mahkeme öncelikle, başvuruçuyun Gaygusuz'un Avusturya'da hukuka uygun olarak oturduğunu ve belirli bir süre burada çalışarak işsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşlarıyla aynı ölçüde ve aynı nitelikte katkı payı ödediğini saptamıştır.

Mahkeme başvuruçunun adli yardım talebinin yetkili makamlar tarafından reddedilmesinin yalnızca 1977 tarihli

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 33(2) (a) maddesinin gerektirdiği Avusturya vatandaşı olmamasına dayanmış olduğunu gözlemlemektedir.

Ayrıca, başvurucunun söz konusu sosyal yardımdan yararlanabilmesi için gerekli diğer koşulları taşımadığı ileri sürülmüş değildir. Buna göre başvurucu acil yardımı hak etme konusunda Avusturya vatandaşlarına benzer durumdadır. 1977 tarihli İşsizlik Kanunu'nun 33 ve 34. maddeleri vatandaşlık koşuluna belirli ayrıcalıklar getirmektedir; ancak başvurucu bu kategorilerden hiç birine girmemektedir. Bu nedenle Mahkeme, Avusturya Hükümeti'nin savunmasını inandırıcı bulmamıştır. Mahkeme, Komisyon gibi, başvurucu Gaygusuz'un mağduru olduğu acil yardımı hak etme konusunda Avusturya vatandaşı olan ve olmayan arasındaki farklı işlemin "*objektif ve haklı bir nedene*" dayanmadığını kabul etmektedir.

Avusturya Hükümeti söz konusu dönemde Türkiye ile karşılıklılık anlaşmasıyla bağlı olmasa bile, Sözleşme'yi onaylarken bu Sözleşme'nin birinci bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma yükümlülüğü ile bağlanmıştır. Açıklanan nedenlerle 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak, Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmiştir. (Gaygusuz/Avusturya, 1996)

Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesi'nden gelen yakınmaların çok büyük bölümünde başvurucular, diğer istemlerinin yanı sıra, "*Kürt kökenli olmaları nedeniyle kendilerine karşı ayrımcılık yaşadığını ihlal edildiğini*" ileri sürmüşlerdir. Türkiye'ye karşı en ağır insan hakları ihlallerini saptayan mahkeme, kararlarında, ayrımcılık savlarını benimsememiştir. Mahkeme, bu konulardaki ilk değerlendirmelerinde "*başvurucuların Kürt kökenli*

oldukları gerekçesiyle kendilerine karşı ayrımcılık uygulandığı savlarının temelsiz olması nedeniyle reddine" karar verirken, izleyen yıllardaki kararlarında, "ayrımcılık savlarının kanıtlanmadığı" veya, "Sözleşme'nin 2, 3, ve 5. maddelerinin etnik köken bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasının kanıtlanmadığı" nı belirtmiştir.

Mahkemece, "anlatım özgürlüğüyle ilgili olarak alınan önlemlerin meşru amaçlara yönelik olduğu kabul edildiğinden, kısıtlamalar, başvurucuların millî kökenine dayanan farklı bir işlem oluşturmadığından, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine" karar verilmiştir. (Özgür Gündem/Türkiye, 2000)

DEP Milletvekili İbrahim Aksoy'un ayrımcılık savları da, anlatım özgürlüğünün kısıtlandığı Mahkeme'ce kabul edildiği halde, "anlatım özgürlüğü üzerindeki kısıtlamalar başvurucunun etnik kökenine dayanmadığından ayrımcılık yasağının çiğnenmediği" kararlaştırılmıştır. (İbrahim Aksoy/Türkiye, 2000)

Mahkeme, diğer bir çok başvuruda da, ayrımcılık konusundaki savları incelemeye değer görmemiştir. Mahkeme'nin bu tutumu, farklı görüşteki kimi yargıçların karşı oy gerekçelerine yansımış, bu kişilerin, izledikleri davalardan da kaynaklansa, adeta bir ön yargının içine düştükleri gözlenmiştir. Örneğin, 2005 yılında karara bağlana Yasin Ateş/Türkiye davasının yargıçlarından Mularoni'nin, yaklaşım biçimi bakımından ilginç bulduğumuz 14. maddeye ilişkin karşı oy gerekçesini aşağıya aktarıyoruz:

"Çoğunluğun aksine, başvuranın AİHS'nin 14. maddesi uyarınca yapmış olduğu şikayeti AİHM'nin ayrıca incelemesinin gerekli olduğuna inanıyorum.

İstisnasız Kürt kökenli Türk vatandaşları tarafından yapılmış olan onlarca benzer başvuruyu inceledikten ve çoğunlukla

*AIHS'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna vardktan sonra, AİHM'nin, en azından AIHS'nin 14. maddesi uyarınca da ciddi bir sorun olabileceğini düşünmesi gerektiğine inanıyorum. Elbette, bu AİHM'nin 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varacağı anlamına gelmez. Ancak, bu tür bir davada ayrımcılığın yasaklanmasının önemli bir konu olmadığını düşünmekle aynı değerde olan çoğunluğun yaklaşımına katılamamı." Yargıç Mularoni*

Oysa AİHM'nin bu yaklaşımı, Türkiye davalarına özgü bir tutum değildir. Mahkeme, Sözleşme maddelerinden herhangi biri hakkındaki ihlal savlarını yerinde bulup kabul ettiği koşullarda, aynı konuyu bir kez de 14. madde içinde değerlendirmeye gerek görmemektedir.

Genel nitelikte ve genel kapsamlı bir düzenleme olan Sözleşme'nin 15. maddesi, devletlere, olağandışı durumlarda uygulanmak üzere böyle bir olanak tanımaktadır. Yasa'nın diliyle aşağıya aktarılan 15. maddeye göre:

*"1. Harb veya milletin varlığını tehdit eden diğer umumi bir tehlike halinde bir Yüksek Akid Taraf ancak, durumun iktiza ettiği nispette ve devletler hukukundan doğan diğer mükellefiyetlerle tezat teşkil eylememek şartıyla işbu Sözleşme'de derpiş olunan mükellefiyetlere aykırı tedbirler alabilirler.*

*2. Yukarıdaki hüküm, meşru harb fulleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kalmaz.*

*3. Bu ihlal hakkını istimâl eden her Yüksek Akid Taraf, alınan tedbirlerden ve bunları icabettiren sebeplerden Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bilgi verir. Bu yüksek Akid Taraf mezkur tedbirlerin mer'iyetten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tamamıyla tatbikine tekrar başlandığı tarihten de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni haberdar eder."*

Maddenin 1. bendinde, Sözleşme'nin askıya alınmasını zorunlu kılan olağanüstü nedenler, "*Harb veya milletin varlığını tehdit eden umumi bir tehlike*" tanımı altında özetlenmiştir. Bunlar, iç ve dış savaşlar, ayaklanmalar, yaygın terör eylemleri, ülke topraklarının bütünlüğüne karşı yöneltilmiş silahlı ve örgütlü saldırılar olabilmektedir. Mahkeme'ye göre, "*ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike kavramı, ülke halkının tümünü etkileyen ve devleti oluşturan toplumun düzenli yaşamını bozmaya yönelik olağandışı ve gerçekleşmek üzere bulunan çok yakın tehlike ve bunahımları*" anlatmaktadır. (Lawless/İrlanda, 1996)

Devletlerin Sözleşme'yi askıya almaları, tehlikenin gerekirdiği ölçüler içinde olmalı, kamuya yönelik saldırılar savuşturuldukça, önlemler de yumuşatılmalıdır. Olağanüstü dönemin koşulları ile alınan önlemler arasındaki dengeler, Mahkeme'nin denetim alanına girmektedir. Devletler, bu koşullarda da, uluslararası yükümlülükleriyle çelişen uygulamalara gitmemelidirler.

Maddenin 2. bendinde, Sözleşme'nin askıya alındığı dönemlerde bile, devletlerin ertelemeyecekleri yükümlülüklerinin neler olduğu sıralanmıştır. Bunlar, Sözleşme'nin 2. maddesindeki öldürmeme, 3. maddesindeki işkence ve kötü davranışlarda bulunmama, 4. maddenin 1. bendindeki kölecilik yasağı ile 7. maddedeki suçların ve yaptırımların yasallığı, yasaların geriye yürütülemeyeceği kurallarıdır. Devletler, hiçbir koşulda, anılan maddelerdeki yükümlülükleriyle çelişmeyecek, bunları askıya alamayacaklardır. 15. maddenin 2. bendindeki kuralın tek ayrık durumu, savaş ve çatışmalar sırasında meydana gelebilecek ölümlerdir. Ancak bu konuda da Mahkeme'nin denetimi sürdürülecek, başka tür olanaklar varken, savaş ve çatışma gerekçesine sığınarak gereksiz yere insanların öldürülmesi hoşgörü ile karşılanmayacaktır.

Sözleşme'nin amacının, genel denetim yapılanması ile birlikte yorumlanması, böyle bir değerlendirmede bulunmamızı gerektirmiştir.

Maddenin 3. bendinde uygulamanın nasıl yürütüleceği belirtilmiştir. Sözleşme'nin askıya alınması, ülkenin tamamını kapsayabileceği gibi, olağanüstü koşulların baskısı altındaki belli bölgelerle de sınırlandırılabilir. Devletler, böyle bir önleme gitmelerini gerekli kılan zorlayıcı nedenlerle birlikte, Sözleşme'nin uygulanmasını durdurdukları bölgeleri, AK Genel Sekreteri'ne verecekleri bildirimlerinde belirteceklerdir.

15. madde çok fazla uygulanmamıştır. İngiltere, Kuzey İrlanda'da ve İRA'ya karşı yürüttüğü etkinliklerinde, Albaylar Cuntası sırasında Yunanistan, 1980 darbesinden sonra Türkiye Güneydoğu Anadolu'daki sıkıyönetim bölgeleriyle sınırlı olarak 15. madde kapsamında bildirimlerde bulunmuşlardır.

Sözleşme'nin 17. maddesi de, gerek ulusal uygulamalarda, gerekse AİHM'nin denetim süzgecinde göz önünde bulundurulması gereken temel yorum ölçütlerini belirlemektedir. Buna göre;

*"Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya ferde, işbu Sözleşme'de tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkur Sözleşme'de derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdam eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf herhangi bir hak sağladığı şekilde tefsir olunamaz."*

Devletler, hiç bir koşulda Sözleşme'yi, içerdiği hak ve özgürlüklerle birlikte yok sayamayacaklardır. Bir başka anlamıyla, devletler, Sözleşme'yi çiğnedikleri her olayda, eğer bir başvuru gelmişse, AİHM önünde hesap vermek zorundadırlar. Burada, çok önemli bir noktanın vurgulanması gerekmektedir. AİHS, yalnız bireysel uyuşmazlıklarda gözetilecek başvuru kuralları olarak görülmemelidir. Sözleşme, devletleri, her türlü işlem ve eylemlerinde bağlayan hukuksal bir belgedir. Hukuksal niteliği açısından ulusal bir yasadır. Sözleşme'ye aykırılık



herhangi bir biçimde AİHM'ye iletilmese bile, devletlerin, egemenlikleri altındaki kişilere yönelik hukuksal ve siyasal sorumlulukları söz konusudur. Bu sorumluluk, devlet başvurusu yapılmadığı durumlarda da, uluslararası hukukun genel ilkeleri doğrultusunda, Sözleşme'yi onaylayan diğer devletlere karşı üstlenilmiş yükümlülükler niteliğindedir.

Sözleşme'nin genel yapılanmasında bireylere dönük yükümlülüklerden söz edilmemesine karşın, 17. maddede farklı bir düzenlemeye gidilmiş, toplulukların ve bireylerin de Sözleşme'yi yok etme özgürlükleri bulunmadığı çok açık bir dille belirtilmiştir. Böylece devletlerin, Sözleşme'yi ve içerdiklerini koruma altında bulundurmaya yönelik önlemler almak için, takdir yetkilerinin bulunduğu bir kez daha yinelenmektedir. AİHS bir ceza yasası olmadığına göre, "topluluk"ların ve "birey"lerin Sözleşme'yi yok etmeye yönelik girişimleri nasıl önlenecektir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, Sözleşme, gerek devletler, gerekse bireyler açısından geçerli genel davranış biçimlerini belirlemektedir. Bunların alışılmış türden yaptırımlara bağlanmamış olmaları, uyulması zorunlu hukuk kuralları olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu konu, iç hukuku da ilgilendirmektedir. Sözleşme'nin koruduğu hakları yok etmek için, kişiler ve topluluklar, doğal olarak Sözleşme'nin tanıdığı güvencelerden yararlanamayacaklardır. Örneğin çelişen haklar ölçeğindeki bireysel yakınmalarında, istemleri, Mahkeme'ce başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

17. maddenin asıl önemli yanı ise, Sözleşme'nin 2, 7, 8, 9, 10, 11. maddelerinin 2. bentlerine, 4. maddenin 3. bendine, genel olarak 5 ve 6. maddelere göre devletlerin tüm hak ve özgürlüklere getirebilecekleri sınırlamaların, yok edici veya amacını aşan kısıtlamalara dönüşmesini önlemektir. Böylece, ayrıksı düzenlemeler de sınırlandırılmış olmaktadır.

17. madde ile aynı amaca yönelik bulunan 18. maddede "Bu Sözleşme hükümleri gereğince, mezkur hak ve hürriyetlere yapılan takyitler, ancak derpiş edildikleri gaye için tatbik edilebilirler." denilerek devletlere tanınan yetkinin kötüye kullanılmasına, bir önlem daha getirilmektedir. Böylesine pekiştirici düzenlemelere gerek duyulması, gerek ulusal yasaların yapılmasında, gerekse bunların uygulanmasında, amacı aşan, hatta tam ters yönde geliştirilen örneklere, çok sık rastlanılmasından ileri gelmiştir. Birlikte okunmaları gereken 17 ve 18. maddeler, amaç saptırmaya yönelik girişimleri yasaklamaktadır.

17 ve 18. maddeler, Mahkeme'nin hemen her kararında, madde numaralarının belirtilmesine bile gerek görülmeden "orantılılık, demokratik toplumun gerekleri" kavramları içinde doğal bir yorum yöntemi olarak ta kendiliğinden uygulanabilmektedir.

4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve yeterli onaylar sağlandıktan sonra 3 Eylül 1953'de yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde mülkiyet hakkını düzenleyen bir kural bulunmuyordu. İkinci Dünya Savaşı'nın neden olduğu ekonomik sorunlar, yeniden yapılanmak zorundaki Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin, yönetimleri altındaki kişi ve kuruluşlara karşı böylesine kapsamlı ve ekonomik ağırlıklı sorumluluklar altına girmelerini güçleştiriyordu.

Oysa mülkiyet hakkının korunması, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği çevresinde toplanan Komünist ve Sosyalist yönetimlere karşı, Kapitalist Avrupa'nın ayırıcı özelliğini oluşturuyordu. Mülkiyeti, korunması zorunlu temel haklar arasına katmayan bir kapitalizmden söz edilemezdi. Bu önemli eksikliğin giderilmesi amacıyla 20 Mart 1952'de Paris'te imzalanan "*İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokol*", yeterli onaylar sağlandıktan sonra, 18 Mayıs 1954'te yürürlüğe girdi.

Ek Protokol, son derece önemli üç temel konuyu, Sözleşme'nin kapsama alanına ekliyordu. 1. maddede mülkiyet hakkının korunması, 2. maddede eğitim hakkı, 3. maddede

91

serbest seçim hakkı ele alınıyordu. Türkiye 19 Mart 1954 günlü ve 8662 sayılı *Resmî Gazete'*de yayınlanan 6336 sayılı Yasa ile AİHS'yi, Ek (1 numaralı) Protokol ile birlikte onaylayarak ulusal hukukumuza katmıştı.

Kamusal özgürlükleri düzenleyen AİHS'de ekonomik konulara çok az yer verilmiştir. 4. maddedeki zorla çalıştırma yasağı, 11. maddedeki sendika hakkından sonra, 1 numaralı Protokol ile, mülkiyet hakkı da Sözleşme güvencesi altına alınmış oldu. 1 Numaralı Ek Protokol'ün mülkiyet hakkıyla ilgili 1. maddesini, yine Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onaylanan yasanın diliyle aşağıya aktarıyoruz:

*"Her hakiki veya hükmi şahıs mallarının masumiyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak anıme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dahilinde mülkünden mahrum edilebilir.*

*Yukarıdaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut da sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik buldukları hukuka halel getirmez."*

1. maddenin 1. paragrafının ilk tümcesi, açık bir tanım vermeksizin "*malların masumiyeti*" deyimini ile, mülkiyet hakkını koruma altına almaktadır. İkinci tümcede ise, kişinin hangi koşullarda "*mülkünden mahrum edilebileceği*" belirtilmektedir. Bunlar, kamu yararı ve devletler hukukunun genel ilkeleridir.

Devletlerin kamu yararı açısından mülkiyet hakkının kullanımını düzenleme yetkisine değinen ikinci paragrafta ise, "*mallar, vergiler, diğer yükümlülükler ve para cezaları*" sözcükleri geçmektedir. Ayrıcalıkları belirtmek amacıyla da yazılmış olsa,

bu kavramların mülkiyet hakkının öğeleri arasında düşünüldüğü anlaşılmaktadır. Uygulama da bu doğrultuda gelişmekle birlikte, Mahkeme, devletlerin 2. paragrafta anılan yetkilerini kararlarında gözetmektedir.

Mülkiyet hakkı denilince, ilk aruysananlar taşınır ve taşınmaz varlıkların bütünü üzerindeki iyelik hakları olmaktadır. Ulusal hukukumuzda yasalara da giren "mülkiyetten gayri aynı haklar" deyimini açarsak, hukuksal alışkanlıklarımızın, geri alım, ön alım, taşınmaz yükümlülüğü, tapu kaydına yazılan kira sözleşmeleri gibi uygulamaları, mülkiyet hakkı başlığı altında değerlendirmeye elverişli olmadığını kolaylıkla görürüz. Yerleşik hukukumuzdaki "aynı hak", "şahsi hak" ayrımı da bu anlayışın ürünüdür. AİHM, mülkiyet hakkını çok geniş olarak yorumlamıştır. Temelleri Roma Hukuku'na kadar uzanan geleneksel taşınır ve taşınmaz mülkiyeti tanımlarını aşarak, yukarıda anılanlarla birlikte, ekonomik içeriği, parasal değeri olabilen hemen her konuyu mülkiyet hakkının kapsamı içerisinde değerlendirme eğiliminde olmuştur. Kişiler arasındaki ticaret, iş hukuku uyuşmazlıkları, sözleşme hukuku uygulamaları da mülkiyet hakkı içinde değerlendirilmiştir.

Sözleşme kapsamında oldukları belirlenen haklar, ilgileri ölçüsünde Sözleşme'nin diğer maddelerinin de uygulama alanına girebilmektedir. Mülkiyet hakkının tartışıldığı bir dava, 6. madde bağlamında, "medenî hak ve vecibelerle ilgili bir niza"dır. Böylece hem 1 Numaralı Protokol'ün 1 maddesinin, hem de Sözleşme'nin 6. maddesindeki "adil yargılanma" güvencelerinin korunması altındadır. Eğer mülkiyet hakkı çiğnenen kişi, sorununu çözmeye yetkili ulusal bir organa başvurma olanağından yoksun bırakılmışsa, Sözleşme'nin 13. maddesinin de ihlali söz konusu olabilmektedir. Olayda herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması durumunda, 14. madde de uygulanabilmektedir.

91

Tek başına Sözleşme'nin korunması altında görülmediği halde, diğer maddelerle birlikte ele alındığında Sözleşme ihlali olarak değerlendirilen olaylar, mülkiyet hakkının uygulanma alanıyla birlikte, hukuksal korumanın boyutlarını genişletmektedir.

Sözleşme'nin 8 ve 14. maddelerini 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesiyle ilişkilendiren Marckx/Belçika davası ve ardından gelen hukuksal tartışmalar, bu konudaki ilginç örneklerden birisidir. Konu, evlilik dışı çocuğun annesinden ve diğer yakınlarından alacağı miras paylarıyla ilgilidir. Bn. Paula Marckx ile kızı Alexandra'nın iç hukuk yollarına gitmeksizin yaptıkları başvurunun karara bağlanmasından önce, Belçika yasaları evlilik dışı doğan çocuğun annesinin mirasçısı olabilmesi için, annenin öncelikle bir tanıma işlemini gerçekleştirmesini zorunlu kılıyordu. Bu tanımanın yapıldığı durumlarda da evlilik dışı çocuğun annesinden alacağı miras payı önemli ölçüde kısıtlanıyordu. Başvurucular, gelecekte kendilerine de uygulanacak olan bu yasanın, Sözleşme'nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı, 14. maddesindeki ayrımcılık yapmama ve Ek 1. Protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyete saygı ilkelerine aykırı düştüğünü ileri sürdüler. Mahkeme, 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin, mülkiyetin barışçı yollardan kullanılma ilkesini içermesi nedeniyle, yalnızca mülkiyet hakkını elde etmiş kişilere uygulanabileceğini, Sözleşme'nin mülkiyet hakkının miras veya diğer yollarla kazanulmasını güvence altına almadığını belirterek, olayda mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemenin tek başına uygulanamayacağına karar verdi. Ancak Mahkeme, Belçika Yasası'nın evlilik dışı çocuğun annesinden alacağı miras olanaklarını kısıtlaması, yakın akrabaları yoluyla annesine düşecek mirastan yararlanma olanağını ortadan kaldırması ve annenin miras bırakma hakkını sınırlandırması nedenleriyle, olayın 8. madde ile birlikte değerlendirildiğinde, aile yaşamına saygı açısından ayrımcılık yapıldığı görüşüne

vardı. Ayrımcılığı bir kez de mülkiyet hakkı yönünden tartışan Mahkeme, "... kişinin mülkleri üzerinde tasarrufta bulunmasının, hakkın özünü oluşturmaya karşın, evli olmayan annenin çocuğuna başta bulunmasının yasa ile kısıtlanması nedeniyle ..." mülkiyet hakkı yönünden ayrımcılık yasağının ihlal edildiği görüşüne vardı. (Marckx/Belçika 1979)

Marckx davasına benzeyen bir olay, Avusturya'da da yaşandı. Annesinin ölümü üzerine mirasçı niteliğini kazanan başvuru, evlilik dışı doğması nedeniyle miras hakkının yasa ile kısıtlanmasının ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ve mülkiyet hakkının çiğnendiğini ileri sürdü. AİHM, Sözleşme'nin günün koşullarına uygun yorumlanması gereken bir belge olduğunu vurgulayarak, evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocuk arasında miras konusunda farklı uygulamalara gidilebilmesi için çok ağır nedenlerin bulunması gerekeceği, farklı uygulamaların ancak doğum dışı ölçütlere dayandırılabilirliği görüşüyle, başvuru konusu olayda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verdi. Mahkeme'nin, ileride karşılaşılabileceği olayların çözümünde seçenek çeşitliliğini korumak için açık kapı bırakma eğilimlerini de içeren karar, Avusturya'nın 1990 yılında gerçekleştirdiği bir yasa değişikimi ile uygulamaya konuldu. (Inze/Avusturya 1987)

Belçika, Marckx kararında AİHM'ce eleştirilen yasalarını yenilemekte oldukça gecikti. Ancak 1987 yılında gerçekleştirilen bir yasa değişikliği ile ayrımcılığa neden gösterilen kuralları Sözleşme'ye uygun duruma getirdi. Belçika'da evlilik dışı çocuğun miras payı, başka bir dava nedeniyle bir kez daha gündeme geldi. Davacı, Marckx kararından önce ölen babaannesinden ve karardan sonra ölen dedesinden miras istemekteydi.

Yerel Sulh Hukuk Mahkemesi, AİHM'nin 13 Haziran 1979 günlü AİHM'nin Marckx kararının bu konuyu çok açık

91

ve doğru bir biçimde çözdüğünü belirterek, o sırada ayrımcılığı sürdüren yasanın henüz yürürlükte olmasına karşın, kararını davacı istemleri doğrultusunda verdi. Bu karar, yürürlükteki yasaya karşı AİHM kararının etkinliğini benimseyerek, yargı yerleri eliyle hukuk üretmenin çok önemli bir örneğini oluşturuyordu.

Üst Mahkeme ve Yargıtay ise, Sözleşme'nin 8. maddesinin devlete negatif bir yükümlülük getirdiğini, ancak 8. maddenin Belçika devletine, maddenin öngördüğü türde yasal düzenlemelerde bulunmasını zorunlu kılan pozitif bir edim yüklediğini, devletin elinde bu konularda çeşitli olanaklar bulunduğunu, yeterince açık olmayan 8. maddeye dayandırılan mirasta eşitliğin sağlanması konusunun yargının değil, yasama organının görevine girdiğini, Marckx kararının iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği bulunmadığını belirterek, benzer gerekçelerle davacının istemlerinin reddine karar verdiler.

Konuyu değerlendiren AİHM, Marckx kararından önce gerçekleştirilen babaannenin miras paylaşımının, hukuksal istikrarı da gözeterek yeniden yargılama konusu yapılmasına gerek olmadığını kararlaştırdı. Marckx kararından sonra ölen dedenin mirasının ise, evlilik dışı doğan çocuğun miras hakkını ilgilendirmesi nedeniyle bu konudaki uyuşmazlığın AİHM'nin kararı doğrultusunda çözülmesi gerektiğini belirtti. Mahkeme, olayın Marckx davası kararı ile tam bir örtüşme içinde olduğunu, Sulh Hukuk Mahkemesi'nin bu gerçeği görmesine karşın, Üst Mahkeme'nin ve Yargıtay'ın kararı iç hukukta doğrudan uygulamalarına hangi gerekçelerin engel olduğunun anlaşamadığını, ayrımcılığı yasaklayan kuralda, açık olmayan ve eksik bir nokta bulunmadığını belirtti. Mahkeme ayrıca, ulusal düzeyde Sözleşme'ye uyumun sağlanması



için mevzuatın baştan sona gözden geçirilerek kapsamlı bir hukuk reformu yapılması zorunluluğu bulunmadığının altını çizdi. Sözleşme'nin 53. maddesinde, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirirken uygun araçları seçmeleri için tanınan serbestinin, ancak on yılda bir yasanın tümü değişinceye kadar Sözleşme'den doğan sorumluluklarının askıya alınmasına olanak verilmediğini vurgulandı. Mahkeme olayda, aile yaşamına saygı bakımından ayrımcılık yasağının çiğnendiğine karar verdi. (Vermaire/Belçika 1991)

Vermaire kararında, Mahkeme, önüne getirilen uyuşmazlığı çözmekle kalmamış Marckx kararını yaşama geçirmekte geciken Belçika'yı ve özellikle üst mahkemeleri ağır biçimde eleştirmiştir.

AİHM, daha önce ilkesel yönden görüşünü açıkladığı konuların benzeri olan başvuruların aynı ülkeden art arda gelmesi durumunda, katı bir tutum izlemektedir. Mahkeme, Vermaire kararında bu geleneksel yaklaşımını bir kez daha ortaya koymuştur.

AİHM, mülkiyet hakkı konusundaki bir uyuşmazlığı değerlendirirken aşağıdaki koşulları araştırmaktadır:

• Uyuşmazlığın konusu, Ek Protokol'ün 1. maddesindeki "mülkiyet hakkı" tanımına girmekte midir?

Yukarıda da değindiğimiz gibi, her türlü taşınır ve taşınmaz mallar ile alacaklar, parasal değeri olan veya para ile değerlendirilebilen birikimler mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

• Mülkiyet hakkına bir müdahale yapılmış mıdır?

Koruma, kural olarak gelecekteki beklentilere değil, edinilmiş haklara yöneliktir. Mülkiyet hakkına el atılması, genellikle üç türlü olmaktadır. Mülkiyetten yoksun bırakma, kullanımı sınırlandırılması ve hakkın özüne yönelik müdahaleler.

Mülkiyet hakkını etkileyen girişimlerin doğrudan kamusal organlar eliyle uygulanması gerekmemektedir. Bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümündeki hukuka aykırılıklar ya da çözümsüzlüğün kurumlaştırılması gibi durumlar kamusal

erklerin işleyişi ile bağlantılı olduğundan bu tür olayların sorumluluğu da, ilgili devletlere ait bulunmaktadır. Egemenlikleri altındaki bölgelerde mülkiyet hakkına saygıyı, malların dokunulmazlığını sağlamak devletlerin görevidir.

- Müdahalenin yasal ve hukuksal temelleri var mıdır?

Ulusal yasaları çok fazla önemsemeyen AIHM, haklara yönelen kamusal müdahaleleri değerlendirirken, öncelikle ulusal hukuktaki temellerini araştırmaktadır. Böylece iç hukukta dayanağı bulunmayan, gelişigüzel uygulamaları önlemeyi amaçlamaktadır. Ulusal hukuka aykırı düşen el atmalar, Sözleşme hukukuna da uyumlu bulunmamaktadır.

- Müdahale genel çıkarılara ve kamu yararına yönelik midir?

Bu aşamada el atmanın amacı araştırılmaktadır. İzlenen amaç açısından keyfiliğin önlenmesi, işlemin kamu yararına ve toplumun genel çıkarlarına yönelik olmasıyla sağlanmaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, Mahkeme, kamu yararının ölçütlerini ve önceliklerini belirlemede en doğru değerlendirmelerin ulusal organlarca yapılabileceği görüşündedir.

- Müdahale orantılı mıdır?

Uluslararası denetimin özü bu nokta üzerinde yoğunlaşmaktadır. Orantısız bulunan müdahalelerde hak ihlali saptanabilmektedir. Mahkeme'ye göre "... bireyi mülkiyet hakkından yoksun kılan önlemin yasalarla korunan kamu yararına yönelmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda başvuru amaç ile izlenen yöntem arasında adaletli bir dengenin kurulmuş olması gerekir." (Ashingdane/İngiltere 1985)

Mülkiyet hakkının konusunu ve türlerini çok geniş olarak ele alan AİHM, korumanın boyutları konusunda aynı yaklaşımları göstermemiştir. Mülkiyet hakkı, bireysel açıdan medeni ve ekonomik hakların başında gelmesine karşın, içeriği, devletlerin ekonomik ve sosyal politikaları ile doğrudan bağlantılıdır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi, gelir dağılımındaki adaletsizliklerin yumuşatılması, çalışanlarla işverenler, kiracılar ile mülk sahipleri, tüketiciler ile üreticiler arasındaki sorunlara dengeli çözümler getirilmesi, hükümetlerin başlıca görevleri arasında bulunmaktadır. Bu konularda alınacak siyasal kararların mülkiyet ilişkilerini etkilememesi olanaksızdır.

Ülke ekonomilerini örgütleyip işlerliği olan uygulamaları gerçekleştirmek, ulusal organların siyasal sorumluluğu altındadır. Bu olgular 1 Numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesinin düzenlenmesinde önemli ölçüde etkili olmuştur. Maddede, mülkiyet hakkı konusunda çok sıkı bir denetim öngörülmemiştir. Diğer maddelerde tanımlanan temel haklardan ayrı olarak, birinci maddenin ilk paragrafında, kişinin mülkiyetinden yoksun bırakılma neden ve koşullarının öne çıkarılması yoluyla, amaçlanan korumanın çatısı kurulmuştur.

Ek Protokol'ün 1. maddesinin bir başka özelliği de, ulusal kurallara daha geniş bir uygulama alanı tanımasıdır. Maddenin ikinci paragrafında geçen, "... devletlerin, emvalin unumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim ..." yetkisi, ulusal yasalar eliyle uygulamaya konulacaktır. Sözleşme keyfiliği önlemekte, ancak hukuksallığın ölçütlerini, öncelikle kamu yararını gözetten ulusal yasalara bırakmaktadır.

AİHM'nin, Ek Protokol'ün 1. maddesinde sözü edilen "uluslararası hukukun genel ilkeleri" kavramını daha 1986 yılında, günümüzde "küreselleşme" adıyla da anılan uluslararası kapitalizmin çıkarlarına uygun yorumladığı görülmektedir. Üye dev-

letlerin kendi yurttaşlarıyla ilgili sosyal politikaları nedeniyle çok geniş takdir hakkına sahip olduklarının kabul edilmesine karşın, yabancıların malvarlıkları konusunda bu yetki daraltılmaktadır. Böylece yabancı yatırımcıların korunması yoluyla ülkeler arasındaki sermaye hareketlerine güvence verilmiş olmaktadır. Madde'de geçen kişinin "devletler hukukunun umumi prensipleri" içinde mülkiyetinden yoksun bırakılabileceği konusundaki kuralı, Avrupa Konseyi'nin kuruluş gerekçelerine göre yorumlamak uygun olacaktır. Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde, AİHS'nde, diğer protokol ve sözleşmelerin giriş bölümlerinde değişik, ancak benzer sözcüklerle yer alan "Siyasal gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirasa ve benzer düşüncelere sahip olan Avrupa Ülkeleri"nin temel ekonomik özelliği kapitalizmdir. Maddede yollama yapılan devletler hukukunun genel ilkeleri, kapitalist ekonomi ve onun üstyapısını oluşturan Avrupa demokrasisinin kuralları içerisinde yorumlanmaktadır. Nitekim Mahkeme, 1. maddenin ikinci tümcesindeki "uluslararası hukukun genel ilkelerine" uygunluk koşulunun ancak yurttaş olmayanlar için uygulanabileceği, yurttaşların bu düzenlemeden yararlanamayacakları görüşündedir. (Lithgow ve Diğerleri/İngiltere, 1986)

AİHM, ulusal organlara geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Mahkeme'ye göre, "toplumlarını ve gereksinmelerini doğrudan bilmeleri nedeniyle ulusal organlar neyin kamu yararına olduğunu uluslararası yargıcılara oranla çok daha iyi saptama olanağına sahiptirler. Bu nedenlerle AİHS ile oluşturulan koruma düzeni içerisinde mülkten yoksun bırakılma uygulanmasına haklılık kazandıracak kamu yararının varlığı ve alınacak önlemler konusunda ilk değerlendirmeyi ulusal organlar yapmaktadır. Sözleşme'nin koruduğu diğer konularda olduğu gibi, mülkiyet konusunda da ulusal organlar belli bir takdir yetkisine sahiptirler." (James ve Diğerleri/İngiltere 1986)

Mahkeme, ulusal organların takdir yetkisinden söz ederken, konuyu yalnız yargı kararları ile sınırlamamaktadır. Ekonomik ve sosyal politikaları uygulayan yasama organının geniş takdir yetkisini de doğal karşılamakta, ulusal düzeyde kamu yararının ölçütlerini belirlemeye yetkili bulunduğunu kabul etmektedir. (Mellacher/Avusturya 1989)

Mahkeme, toplumun genel çıkarları ile bireylerin mülkiyet hakları arasında adaletli bir dengenin kurulmasını öngörmüş, bir çok olayda, kamu yararı amacıyla yasal yollardan gerçekleştirilen işlemlerin tüm yükünün belli kişi ya da kişiler üzerinde bırakılmasını orantısızlık nedeniyle Sözleşme ihlali olarak değerlendirmiştir. Toprak reformu amacıyla taşınmazları kamulaştırma kapsamına alınıp geçici olarak başkalarının ve kamunun kullanımına verilen başvuruçulara, ulusal düzeydeki yargılamanın on yedi yıl sürmesine karşın kesin kamulaştırma yapılmaması nedeniyle herhangi bir bedel (tazminat) ödenmemesi. mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararının korunması arasında kurulması gereken dengeleri, başvuruçular yönünden bozulmuştur. Başvuruçuların, orantısız bir yük altında bırakılmaları nedeniyle mülkiyet haklarının, hükümetin tazminat ödemesini gerektirecek koşullarda ihlal edildiği bulgulanmıştır. (Erkner ve Hofauer/Avusturya 1987)

Benzer olaylar nedeniyle aynı süreçlerden geçen ve yirmi dört yıl önce el konulan taşınmazına karşılık bedel ödenmeyen Poiss/Avusturya davasında da Erkner davasındaki gerekçeler yinelenmiştir.

Yunanistan'da 1967 darbesi sonucunda iktidarı ele geçiren askeri cunta, deniz kenarındaki kişilere ait geniş alanları, özel bir yasa ile Deniz Kuvvetleri Vakfı'na devretmiştir. Askeri Bölge'ye dönüştürülen alana, bir süre sonra Deniz Kuvvetleri Personeli için dinlenme tesisleri yapımına başlanmıştır.

1974'te olağan yönetime geçildikten sonra arsa sahiplerinin, hakları tanınmış, ancak üzerindeki yapılar nedeniyle geri verilmesine olanak bulunamamıştır. Hükümet, eşdeğer bir arsa ile değiştirilebileceğini bildirmiştir. Konunun Strasbourg'a taşınması üzerine AİHM, başvurucuların taşınmazlarının Deniz Kuvvetleri Vakfı tarafından işgal edilmesinin kamu yararından yoksun açık bir el atma olduğuna, yasal kamulaştırma uygulanmadığı halde işgalin sürmekte olduğuna ve herhangi bir çözüm getirilememiş olması nedeniyle 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Papamichalopoulos/Yunanistan, 1993)

Mahkeme, orantısallık konusundaki kararlarında da, ulusal organlara geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, uyuşmazlığın geçtiği ülkedeki yargılama yöntemlerinin, yakınmacıya haklarını savunmakta yeterli olanaklar sağlayıp sağlamadığını da araştırmaktadır. Mahkeme, *"Devlet, hem uygulanacak yöntemi seçmek, hem de belirlenen hukuksal amaca ulaşmak için kullanılan yöntemlerin genel çıkarlar açısından haklı olup olmadığını değerlendirmek konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptir. Adil dengenin kurulması, mülk sahibinin davranışlarında gösterdiği kusur veya özenin derecesi de dahil olmak üzere, bir çok etkene dayanmaktadır."* dedikten sonra, İngiliz yargı düzeninin davacıya kendi kusurlarının da tartışılacağı savlarını yetkili organlar önüne sunma olanağını verip vermediğine bakmıştır. Mahkeme, başvuru konusu olayın İngiliz yargılama yöntemleri açısından geçirdiği aşamalarda yapılan incelemelerin 1. Numaralı Protokol'ün 1. maddesi açısından yeterli olduğu ve bu nedenlerle, başvurucunun mülkiyet hakkına sözleşmeye aykırı bir müdahalede bulunulmadığı görüşüne varmıştır. (Agosi/İngiltere, 1986)

AİHM, Avusturya'da 1981 yürürlüğe konulan ve kiralar da indirim yapılmasına neden olan yasanın mülkiyet hakkına

yönelik bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Ancak müdahale, başvurucuları mülklerinden yoksun bırakmadığı gibi kiralamalarını ya da satmalarını engelleyen ve böylece mülkiyet haklarını kullanmalarını ortadan kaldıran fiili veya hukuki bir kamulaştırma anlamına gelmemektedir. Yeni kira yasası, mülkiyet hakkının kullanımını denetlemektedir. Yasama organı konut politikaları gibi toplumun büyük kesimlerini ilgilendiren ekonomik ve sosyal alanlarda uygulayacağı yöntemleri seçerken geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Yasama organının açıkça hukuksal temelden yoksun bulunacak girişimler dışındaki takdir hakkına Mahkeme'ce müdahale edilmesi söz konusu değildir.

Mahkeme, *"genel kamu yararını sağlamak gibi meşru bir amaca yönelik olduğunu"* benimsediği yasanın, izlenmekte olan politikanın başarısını gerçekleştirmek için, daha önce bağışlanmış bulunan kira sözleşmelerini etkileyen önlemler alınmasının olanaklı olduğunu, başvurucuların bu önlemler nedeniyle bir miktar zarara uğramakla birlikte, *"kiraları denetim altına almak için yeni bir düzen getiren ve eşdeğerdeki konutlara eşit kira ödenmesini sağlayan yasanın genel nitelikte kurallar içermesi zorunlu olduğundan, ayrıcalıklı uygulamaların bu kuralı uygunsuz ve orantısız bir konuma düşürmemesi nedeniyle orantılı bulunan müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal etmediğine"* karar verdi. (Mel-lacher ve Diğerleri/ Avusturya, 1989)

Mahkeme, mülkiyet hakkını sınırlandıran uygulamaları değerlendirirken, karşılıklı çıkarların dengelenmesini öngörmektedir. Fransa'da Onaylanmış Yerel Avcılar Dernekleri, yasa ile belirlenen doğanın ve av varlığının akılcı kullanımına yönelik amaçları doğrultusunda etkinliklerini sürdürmektedirler. Bu amaçların kamu yararına yönelik olduğu konusunda bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak yasa, sonuçta, küçük çiftçilerin topraklarını avcıların yararlanmalarına açmış olmaktadır. Taşınmazları içinde av yapılması, toprak sahiplerinin bir bö-



lümünün inançlarıyla da bağdaşmamaktadır. Yasa, taşınmaz sahiplerinin tarım alanlarındaki mülkiyet haklarının, avcılar tarafından sürekli, ve tekrar tekrar ihlal edilmesini öngörmektedir. Amaç bilinçli avcılık yoluyla hayvan türlerinin korunması da olsa, mülkiyet hakkının böylesine ölçüsüz ve denetimsiz çiğnenmesi sonucu getirmeyecek daha dengeli çözümler getirilmesi gerekirdi. Mahkeme, bu olayda 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırdı. (Chassagnou/Fransa, 1999)

Mülkiyet hakkının özüne yönelik tecavüz niteliğindeki müdahaleler karşısında ise Mahkeme, devletlerin takdir hakkını daraltan daha sıkı bir denetim izlemektedir. Mülkiyetten yoksun bırakma işlemi kamu yararına yönelik olmalıdır. Herhangi bir kamu yararı gerekçesi bulunmaksızın bir kişinin mülkiyetinin sonlandırılması, Sözleşme'yle uyumlu görülmemektedir. (Zwierznski/Polonya, 2001)

Devletlerin mülkiyet hakkına saygı açısından bireylere dönük yükümlülüklerini yerine getirmekte geçerli bir neden olmaksızın gecikmeler yaratmaları, yargı kararlarını uygulamaları ve yurtdaşlara olan borçlarını ödememekte direnmeleri gibi kaba ve hukuk devleti ölçütlerine aykırı düşen davranışları, Mahkeme'nin yakın denetimi altındadır. Bu tür olaylar, devletlerin kamu görevleriyle bağlantılı yükümlülüklerinden ya da bir tüzelkişi kimliğiyle ekonomik yaşamdaki özel hukuk etkinliklerine katılınlarından kaynaklanabileceği gibi, her iki kimliğin iç içe geçtiği girişimlerden de doğabilmektedir.

Böyle bir konu, 1992 yılında, ev sahibi olmak amacıyla Ankara Keçiören Belediyesi tarafından başlatılan bir projeye katılan başvurucunun yakınmalarıyla AİHM'nin gündemine taşınmıştır. Başvurucu, öngörülen birkaç taksitte, İdare tarafından belirlenen 8.500.000 TL tutarındaki ödemeyi yapmıştır.

22 Mart 1994 günlü kararlar, kendisine bir arsa tahsis edilmiştir. Ancak, 19 Ekim 1995'de, Belediye yönetimi başlatılan projeyi iptal etmiş ve arsa satış sözleşmelerinin tümünü tek yanlı olarak bozmuştur. 27 Temmuz 2000'de, başvuru, Keçiören Belediyesi'ne karşı Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'nde oluşan zararlarının karşılanması amacıyla tazminat dava açmıştır. 13 Mart 2001 günü davayı sonlandıran Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, Belediye'nin 27 Temmuz 2000 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, gecikme faizi ile birlikte davacıya 3.347.110.000 TL tazminat ödenmesine karar vermiştir. Ancak İdare'nin ödemeyi yapmaması üzerine yakınmacı, 26 Ekim 2001 tarihinde, icra dairesine başvurmuştur. 4 Mart 2002'de Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Belediye, davacıya 22 Mart 2004'te 5.000.000.000 TL, 14 Mart 2005'te 977.410.000 TL. (977.41 YTL) ödeme yapmıştır.

Başvuru, Mahkeme önünde iki nedene dayalı olarak 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesininin çiğnendiğini ileri sürmektedir. Kesinleşmiş bir yargı kararına dayanan tazminatın ödenmesinde İdare'nin geç kalmasından ve devletin borçlarına uygulanan gecikme faizi oranlarının yetersiz oluşundan yakınmaktadır.

AİHM, daha önce bu davanın koşullarına benzeyen soruların gündeme getirildiği başka davalara da değinerek, 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığı (bkz., Akkuş, *adı geçen karar*, s. 1317, § 31 ve Aka, *adı geçen karar*, s. 2682, §§ 50-51) kararlarına göre, Hükümet'in, bu davayı farklı şekilde sonuçlandırarak hiçbir saptama ve kanıt sunmadığını vurgulamıştır. Karar'da, "AİHM, yerleşik içtihatlarından doğan ilke uyarınca, 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesi kapsamında, bir 'alacak', 'mülk' olarak nitelendirilebilir (Bkz., Yunanistan rafinerileri Stran ve Stratis Andreadis-Yunanistan. 9

Aralık 1994 tarihli karar, A serisi, no: 301-B, s. 84, § 59, ve Bourdov-Rusya, no: 59498/00, §40, CEDH 2002-II). Mevcut davada bu durum söz konusudur. AİHM ayrıca, Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın borcunu ödemede gecikmesinin, talep edilebilir bir 'alacağı' olan kişinin finansal kaybını arttırdığını ve özellikle bazı Devletlerde paranın değer kaybetmesi göz önüne alındığında, bu durumun kişiyi belirsiz bir duruma soktuğunu vurgulamaktadır. (bkz., Akkuş, adı geçen karar, s. 1310, § 29)

Olayda, AİHM, ulusal mahkemelerin başvurana ödenmesine karar verdiği tazminatın ödenmesindeki gecikmenin İdare'den kaynaklandığını gözlemlemektedir. Uygulanan hesap yönteminden yola çıkarak (bkz., Akkuş, adı geçen), alacağın ödenmesindeki gecikmenin başvurana açık bir zarara uğrattığını gözlemlemektedir. Bu açıdan, Hükümet ödemenin yapılmamış olmasını haklı kılacak hiçbir açıklama yapmamaktadır. Sonuç olarak, 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesi ihlal edildiği" görüşüne varılmıştır.

Mahkeme'nin, başvurucuya ödenecek tazminatı belirlerken AİHS'nin 41. maddesinde yer alan ölçütlere dayandırdığı gerekçelerine de kısaca değinmekte yarar bulunuyor. Mahkeme'ye göre, "Başvuran, 5.092 Euro değerinde maddi zarara uğradığını iddia etmektedir. Ayrıca, 2.958 Euro değerinde manevi tazminat talep etmektedir. Hükümet bu iddialara karşı çıkmaktadır. AİHM, Akkuş kararında benimsenen hesaplama yöntemini gözönünde bulundurarak, ilgili ekonomik veriler ışığında, başvurana maddi tazminat olarak 2.105- (iki bin yüz beş) Euro ödenmesine karar vermiştir. Manevi tazminat hususunda ise AİHM, mevcut dava koşullarında, bir ihlalin varlığının tespitinin adil tazmin için başlı başına yeterli olduğuna kanaat getirmiştir. Ayrıca başvurucuya AİHM önünde yaptığı harcamalar için Mahkeme'nin bu konudaki içtihadı doğrultusunda, tüm masraflarla birlikte 1.000 (Bin) Euro ödenmesi" yeterli görülmüştür. (Uludağ/Türkiye, 2005)

## SOVYETLER BİRLİĞİ'NİN DAĞILMASINDAN SONRA AVRUPA ÜLKELERİNİN SINIRLARINDAKİ DEĞİŞİMLER MÜLKİYET HAKKI UYGULAMALARINI ETKİLEDİ Mİ?

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ulusal sınırlarda yaşanan değişimlerin, özellikle taşınmaz mülkiyeti yönünden çeşitli sorunlar oluşturmuştu. Yirminci yüzyılın sonlarına doğru Sovyetler Birliği'nin parçalanması, bağımsızlıklarını kazanan devletlerden bir bölümünün Avrupa Konseyi'ne üye olmaları, Yugoslavya, Çekoslovakya gibi devletlerin bölünmeleri, Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmeleri, bu ülkelerde yaşayan halklar açısından yeni yeni mülkiyet uyuşmazlıklarına neden oldu. Devletlerin iç ve dış politikalarıyla birlikte mülkiyet hakkına bakışlarındaki değişimler de bu gelişmeler üzerinde etkili oldu.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşen örgütlenmenin bir ürünü olan AIHM, genellikle politik içerikli konulardan uzak kalmaya özen gösteriyordu. Mahkeme bu tutumunu sıcak tartışmalara katılmadan sürdürmekte uzunca bir dönem başarılı oldu. 1974 yılında Türkiye'nin, Avrupa Konseyi'nin bir başka üyesi olan Kıbrıs'a asker çıkarması, adanın bir bölümünü kendi denetimi altında tutması, Strasbourg organları açısından yeni bir dönemin başlangıcı oluyordu.

Kıbrıs (Rum) Cumhuriyeti, 1974 ve 1975 yıllarında Türkiye'ye karşı iki devlet başvurusu yaptı. Türkiye, Rumların,

adanın bütününe ve devleti temsil edemeyeceği görüşünü savundu. Komisyon'un başvuruların kabul edilirliğine karar vermesi üzerine Türkiye, Komisyon'la işbirliği yapmama kararı olarak araştırma ve soruşturma işlemlerinin olağan sürecinde yürütülmesini bir süre engelledi. Türkiye, 28 Ocak 1987'de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verdiği yetki mektubu ile, egemenliği altındaki kişilerin bireysel başvuru hakkını tanıdı. Bu olanaktan yararlanan Gıneli Titina Loizidou'nun başvurusu üzerine AİHM, başvurucunun 1974 yılından beri Türk egemenliği altında kalan taşınmazlarına ulaşamaması nedeniyle mülkiyet hakkının sürekli ihlal edildiğine ve oluşan zararını TC Hükümeti'nin ödemesine üç aşamada karar verdi. (Loizidou/Türkiye, 1995, 1996, 1998)

Aynı konuda sonuçlanan diğer iki davada ise, Türkiye'nin sorumluluğu kabul edilmekle birlikte, tazminat miktarlarının belirlenmesi daha sonraya ertelendi (Demades/Türkiye, 2003), (Eugenia Michaelidou Developments Ltd and Michael Tymrios/Türkiye, 2003)

Loizidou/Türkiye kararı ile başlayan süreçte, Avrupa genelinde yaşanan olaylar ve bu olayları yansıtan başvurular nedeniyle, devletlerarası politik konular, yoğun biçimde AİHM'nin gündemine girmiş oluyordu.

Mahkeme, Sırp ve Kosovalı Arnavut güçleri arasındaki iç savaş önlemek amacıyla, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 NATO üyesi devletin kararı ile 23 Nisan 1999'da NATO uçaklarının Belgrad Radyo Televizyon merkezini bombalaması sonucunda ölenlerin yakınlarının yaptıkları başvuruda kabul edilmezlik kararı verdi. Büyük Kurul'un sözü edilen kararının gerekçesi, 1974'te Türkiye'nin Kıbrıs'a asker çıkarması ile, NATO'nun 1999'da Belgrad'ı bombalaması arasında, kalıcı egemenliğe dayalı yargı yetkisi açısından farklılıklar yaratabilme

93

çabalarının ürünüydü. Türkiye'yi mahkum ederken Loizidou davasının gerekçeleri ile kendisini büyük ölçüde bağlayan Mahkeme, Belgrat radyo televizyon merkezinin bombalanması olayında NATO üyelerini aklamak için, kendi içtihadını önemli ölçüde değiştirmek zorunda kalmıştı. (Bakoviç, Stoyanoviç ve diğerleri/On beş NATO üyesi ülke, 2001)

Mahkeme, eski Yugoslavya Devlet Başkanı Slobodan Miloseviç'in Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılanmak amacıyla tutuklanıp Hollanda'ya götürülüşü nedeniyle yaptığı başvuru da benzer gerekçelerle kabul edilemez bulunmuştu. (Miloseviç/Hollanda 2001)

Loizidou Davası'nın ardından uluslararası boyutlara taşınan mülkiyet hakkına ilişkin başvuruların yoğunlaşması üzerine mahkeme, zaman, yer ve konu açılarından bazı ölçütler belirlemek durumunda kaldı. Bu gelişmeleri yansıtmak amacıyla, Avrupa'da sınırların yeniden çizilmesi nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlıklarla ilgili Mahkeme kararlarından bazı örnekleri aşağıda özetliyoruz:

Başvurucunun Alman asıllı olan ailesinin eski Çekoslovakya'da satın aldıkları tarım toprakları, 1945 yılında Alman ve Macar kökenlilere dağıtılmak üzere kamulaştırılmıştı. 1955 yılında ölen annesi, 1944 ve 1945 yıllarında ölen iki çocuğunun payları ile birlikte tüm malvarlığını başvurucuya bırakmıştı. 1991'de vatandaşlığını yitirip 1992'de tekrar kazanan başvurucunun Arsa Ofisi'ne karşı açtığı dava, iç hukukun çeşitli nedenlerine dayandırılarak ulusal mahkemelerce reddedildi.

AİHM, 1945 yılındaki kamulaştırmayla birlikte taşınmazların farklı tüzel kişilere geçtiğini, izleyen yıllarda da başvurucunun ve ailesinin mülkiyetten kaynaklanan haklarının kullanılmasında doğrultusunda herhangi bir etkinliklerinin bu-

lanmadığını vurguladıktan sonra, mülkiyetin yitirilmesinin Sözleşme'nin ve Ek Protokollerin Çek Cumhuriyeti yönünden bağlayıcılık kazanmasından çok önce gerçekleşmesi ve Çek Cumhuriyeti'ne yüklenebilecek süreklilik taşıyan herhangi bir ihlalin var olmaması nedeniyle, başvuru Sözleşme'yle uyumsuz bulundu. Ulusal düzeyde yürütülen yargılamada keyfilik bulunmadığı ve adil yargılanma ilkelerine uygun davranıldığı belirtilerek, davacı savlarının kazanılmış bir mülkiyet hakkına dayandırılmaması nedeniyle, başvuru kabul edilmez bulundu. (Des Fours Walderode/Çek Cumhuriyeti, 2003)

Eski bir Çekoslovakya vatandaşı olan Jantner, 1986 yılında ülkesini terk etti. Yaşamını aralıklı olarak ve kısa sürelerle Almanya'da ve Çekoslovakya'da sürdürdü. 1992 yılında Slovakya'nın Krompachy kentinde yaşamakta olan bir arkadaşının konutunu, kendisi için de bu ülkedeki ikametgahı olarak gösterdi. 1996 yılında, mirasçıları bulunduğu babasının ve ayncasının malvarlığı nedeniyle Arsa Ofisi'ne karşı tazminat davası açtı. Yerel mahkeme, Almanya'daki ikametgahını sil-dirmeyen davacının Krompachy'deki ikametgahının gerçek dışı bir formalite olduğunu, ulusal hukuka göre bir kişinin iki farklı ikametgahının olamayacağını belirterek Çek ve Slovakya Cumhuriyetleri'nden birinde sürekli oturmeyen davacının davasını reddetti.

İç hukuk yollarından geçerek kesinleşen kararı, AİHM ulusal yargının üzerinde durduğu konulardan çok farklı biçimde değerlendirdi. Mahkeme'ye göre " ... uyumsuzluk, elde edilmiş bir mülkiyet hakkı ile ilgili bulunmamaktadır. 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamında oluşmuş bir mülkiyet ilişkisi bulunmadığından, başvuruçunun, mülkiyet hakkından kaynaklanan zararlarının tazmin edilmesi beklentisini haklı kılacak hukuksal nedenler yoktur. Daha da önemlisi, Sözleşme'yi onaylamalarından önce taraf devletlere ge-

*çen malvarlıklarının tazmini konusunda, devletlere yöneltilmiş bir yükümlülük söz konusu değildir. İlgili madde, mülkiyetin yeniden elde edilmesini güvence altına almamaktadır.” (Janter/Slovakya, 2003)*

AIHM, Çekoslovakya'nın barışçı yöntemlerle Çek ve Slovak Cumhuriyeti'ne dönüşmesi nedeniyle, Sözleşme'nin onaylanmasından önce yitirilmiş mülkiyet haklarının yeniden kazanılmasını amaçlayan davalarda başvuruçuların istemlerini süre ve konu yönlerinden yerinde bulmazken, Batı ve Doğu Almanya'nın birleşmesi sonucunda, bu iki devletten birinde kazanılmış olan hakların, birleşmeden sonra da geçerliğini koruyacağını kararlaştırdı.

Dava konusu olayda, başvuruçulara miras bırakanlarının taşınmazları, İkinci Dünya Savaşı'nda Sovyet işgali altındaki Alman bölgesinde toprak reformu amacıyla kamulaştırılmıştı. 1990 yılında Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin çıkardığı bir yasa ile bu taşınmazlar başvuruçulara bağışlandı.

Her iki Almanya'nın birleşmesinden sonra 1992 yılında benimsenen bir yasa, 15 Mart 1990 tarihinden önceki en az on yıl boyunca sahipleri tarafından tarımsal amaçlarla veya besin üretimi için kullanılmayarak kendi haline bırakılan taşınmazların doğrudan devletin mülkiyetine geçmesini öngörüyordu. Başvuruçuların koşulları sözü edilen yasaya uygun düşmediğinden, taşınmazları bir bedel ödenmeden ellerinden alınıyordu.

AIHM'ye göre, 1990 yılındaki ilk serbest seçimden önce Demokratik Alman Cumhuriyeti parlamentosunun çıkardığı bir yasa ile başvuruçular dava konusu taşınmazın mülkiyet hakkını kazanmış bulunuyorlardı. Her iki Almanya'nın birleşmesinden sonra, davacıların tapu belgeleri Federal Almanya



hukukunun bir parçası olmuştur. Birleşme ile başvuruçular ve taşınmazları, AİHM'nin yargılama alanı içerisine girmişlerdir. Başvuruçuların, diledikleri gibi kullanabilecekleri ve kazanılmış hak düzeyine gelmiş olan taşınmazlarından, bazı kamusal amaçlarla yoksun bırakılmalarını öngören işlemler, mülkiyet hakkına müdahale niteliğindedir.

Mahkeme, başvuruçuların 1990 yılında yürürlüğe giren yasadan önceki koşullarındaki belirsizliklere değinmesine karşın, anılan yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülkiyet hakkını hiç bir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ve yasal olarak kazandıkları görüşüne vardı. Kararda "... orantılılık ilkesi doğrultusunda Almanya yasama organının, başvuruçuların zararlarının yeterli biçimde giderilmesini sağlayacak bir kural koymadan, kamu yararı amacıyla da olsa mülklerinden yoksun bırakılamayacağı ..." belirtildikten sonra, "Almanya'nın birleştirilmesine ilişkin koşulların istisna olmasına karşın, devletin herhangi bir tazminat ödemediği başvuruçuların mülkünü almasının, birbirleri ile sıkı ilişkilendirilmesi gereken mülkiyetin korunması ile kamu yararının gerekleri arasındaki adil dengeyi bozduğu" gerekçesiyle, Sözleşme'nin ihlal edildiği benimsendi. (Jahn ve Diğerleri/ Almanya, 2004)

Temelleri İkinci Dünya Savaşı yıllarına uzanan uyuşmazlıklar nedeniyle Mahkeme'ye çok sayıda başvuru yapıldığı anlaşılmaktadır. Bunların içinden, reddedilmelerine karşın gerekçelerini ilginç bulduğumuz (Harrach/Çek Cumhuriyeti, 2003), (Reissmann, Höller ve Loth/Almanya, 2003), (Broniowski/Polonya, 2002) davalarının adlarına değinmekle yetiniyoruz.

## TÜRKİYE'DEN MÜLKİYET HAKKI İLE BAĞLANTILI OLARAK AİHM'YE GÖNDERİLEN BAŞVURULARDA HANGİ KONULAR YER ALMAKTADIR?

Mülkiyet hakkı ile Sözleşme'nin 8. maddesindeki konutuna saygı gösterilmesini isteme hakkı arasında çok yakın bağlantılar bulunmaktadır. Kişinin konutu kendi mülkiyetindeki bir taşınmaz ise, yada konutuna saygı gösterme yükümlülüğünü çiğneyenler bu eylemleri sırasında malvarlığına da zarar vermişlerse, 8. maddeyle birlikte mülkiyet hakkının ihlali de söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle Kıbrıs'lı Rumların başvurularında olduğu gibi konutuna ulaşamamaktan yakınanlar, 8. maddeyle birlikte Ek Protokol'ün 1. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Aynı süreç, köyleri boşaltılanlar, konutları yakılanlar için de söz konusudur. Güneydoğu'daki bu tür uygulamalar nedeniyle AİHM'ye gönderilen başvurular sonucunda Akdivar (1996), Bilgin (2000), Dulaş (2001), Orhan (2002), Ayder (2004), Özkan (2004) davalarının kararlarında, Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte, Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği kararlaştırıldı. Her iki maddenin birlikte ihlaline karar verilmesi, Mahkeme'nin 41. madde uyarınca yakınmacılara ödenmesini öngördüğü giderimlerin miktarlarının artmasına neden olmaktadır. İşin bu boyutu da gözardı edilmemelidir.

Bu tür başvurular önceki yıllarda, iç hukuk yollarının çalışmadığı varsayımı ile, doğrudan AİHM'ye gönderiliyordu.

Yukarıda 58 numaralı sorunun yanıtında değindiğimiz gibi, terörden ve terörle mücadele sırasında gerçekleşen eylemlerden zarar görenlerin her ilde kurulan Zarar Tesbit Komisyonu'na başvurularını öngören 5233 ve 5442 sayılı Yasalar, sorunların ulusal ölçekte çözümü için özel yöntemler belirlemiştir. Bu aşamada uzlaşma sağlanamaması durumunda, yakınmacılara, öteden beri yürürlükte bulunan genel kurallara göre yargı yoluna başvurmaları için ek süreler tanınmıştır. Yeni düzenlemelerden sonra, yakınmacıların öncelikle iç hukuk yollarını çalıştırmaları gerekmektedir

Yukarıda değinilen olağandışı nitelikteki iki konunun dışında, Türkiye'den AİHM'ye gönderilen mülkiyet hakkı konusundaki başvuruların çok büyük bir bölümü, kamulaştırma arttırım bedellerinin zamanında ödenmemesinden kaynaklanıyordu. Ulusal mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına rağmen, ilgili idareler borçlarını ödememekte direniyorlardı. Özellikle yıllık enflasyonun %100'ü aştığı dönemlerde, yasal faizlerin %30'da kalması nedeniyle alacaklılar çok büyük zararlara uğruyor, kimi zaman yöneticilerle pazarlığa girip alacaklarının bir bölümünden vazgeçmek ya da önemli ödüller vermek zorunda kalabiliyorlardı. Mahkeme bu konuyu ilk kez 1997 yılında verdiği bir kararında tartıştı. Mahkemelerce kararlaştırılan kamulaştırma bedelindeki artışların Yargıtay'ca da onanmasından sonra, enflasyon oranındaki artışlar gözetilmeksizin yalnızca yürürlükte olan düşük orandaki yasal faizlerle ödenmesi nedeniyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı. (Akkuş/Türkiye, 1997)

Bir başka olayda baraj yapımı için iki taşınmazı kamulaştırılan başvurucunun açtığı bedel arttırımı davalarının kararlarının Yargıtay'ca onanıp kesinleşmelerine karşın, davaların açılışlarından dört yıl iki ay ve beş yıl iki ay sonra yapılan ödemelerde, yasal faizler uygulanmıştı. Yıllık enflasyonun

zaman zaman %100'leri aştığı bir dönemde yıllık faizlerin %30'la sınırlandırılmasının, mülkiyet hakkının ihlali olduğu ileri sürülmüştü. Mahkeme, bedel artırımını amacıyla açılan davalara uygulanan yasal faizlerin, aynı dönemde gerçekleşen enflasyonu karşılamaya yeterli gelmediğini saptadı. Toplumun genel yararları ile taşınmazı kamulaştırılan kişinin temel hakları arasında adaletli dengeler kurulması gerektiği belirtilen kararda, yıllık enflasyonun %70 olmasına karşın, devletin bütün borçlarında olduğu gibi bu olayda da %30 faiz ödemesi adil dengeyi bozduğundan, Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği kararlaştırıldı. (Aka/Türkiye, 1998)

Yukarıda değinilen iki karar, taşınmazları kamulaştırılan benzer koşullardaki pek çok kişinin haklarını alabilmek için AİHM'ye başvurmalarına neden oldu. Çok yoğun eleştirilere konu olmasına karşın Türkiye'nin kendi etkinlikleriyle üstesinden gelemediği bu tür sorunlar, AİHM'nin kararları ile büyük ölçüde aşılmış oldu. Bireysel başvuru yöntemini kullananlar, yerel mahkemelerce kararlaştırılan ek kamulaştırma bedeli ve yasal faizlerinden ayrı olarak, AİHM'ce karara bağlanan tazminat ve yargılama giderlerini de almak olanağına kavuştular. Böylece uluslararası denetimin gücü ve somut sonuçları günlük yaşamda görülmüş oldu.

Ancak yakın geçmişten günümüze sarkan davalar sürmekte ve Türkiye, mülkiyet hakkını çiğnediği savlarıyla bir çok davada yargılanmak zorunda kalmaktadır. Bu davalardan dördü 7 Şubat 2006'da sonuçlandı. Bazı kararlara çok kısa olarak değinmekte yarar görüyoruz:

Başvurucu Yusuf Genç, Mersin'de yaşamaktadır. Devlet Karayolları Genel Müdürlüğü, otoban yapımı için başvurucunun İçel'deki parsellenmiş 4 parça tapulu arazisini kamulaştırmıştır. Kamulaştırma kararının ardından birikişiler

tarafından belirlenen bedel başvuruçuya ödenmiştir. Yapılan ödemeyi yetersiz bulan başvuruçu, kamulaştırma bedelinin arttırılması için dava açmıştır. Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi başvuruçuya 4,5 milyar TL kamulaştırma artırım bedeli ödenmesine karar vermiştir. Karar Yargıtay'ca da onanmıştır. Ancak ödemenin yapılması gecikmiştir. Başvuruçu, arttırılan bedelin 2 yıl 4 ay geç ödenmiş olmasının Türkiye'deki yoğun enflasyon nedeni ile bu süre içinde para değerindeki düşmeler sonucunda zarara uğramasına neden olduğunu ileri sürerek 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğinin saptanmasını istemiştir. Mahkeme daha önceki benzer davalarda ve özellikle Akkuş/Türkiye davasında kararlaştırdığı gerekçelerle, bu olayda da ihlalin gerçekleştiği görüşünde olmuştur.

Mahkeme, taşınmaz bedelinin geç ödenmesi konusunda yaşanan gecikmenin, düşük faiz oranlarının ve yönetsel işlemlerin uzun sürmesinin sonucu olarak, kamu yararı ile mülkiyet hakkının korunması arasındaki dengenin sağlanmasında, başvuruçunun bireysel ve abartılı bir yük ile karşı karşıya bırakıldığını saptamış ve bu nedenle Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. (Yusuf Genç/Türkiye, 2006)

AİHM bir başka olayda mahkemece kararlaştırılan kamulaştırma artırım bedelinin, ancak kararın üzerinden dört yıl dokuz ay geçtikten sonra ödenmesinin, Türkiye'deki yüksek enflasyon nedeniyle para değerindeki düşüşler karşısında Akkuş ve Aka kararlarının gerekçesi doğrultusunda ihlal oluşturduğunu bir kez daha vurgulamıştır. (Ayşe Yatır/Türkiye, 2006)

Başvuruçular zaman zaman AİHM'yi bir temyiz mahkemesi gibi algılamakta ve ulusal ölçekte gerçekleştiremedikleri beklentilerinin çözümünü Strasbourg'da aramaktadırlar. Bu

gibi istemler karşısında Mahkeme, öncelikle ulusal yargı yerlerinin işleyişini, yargılamanın karşılıklı olarak silahların eşitliği ilkesine uygun biçimde yürütülüp yürütülmediğini araştırılmaktadır. Taraflara yargılama sürecinde adil yargılanma güvencelerinin sağlandığının saptanması durumunda, genellikle ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini benimsemektedir. Gerçekten de, bir davanın çözümü için zorunlu bulunan tüm yargılama güvencelerinin yöntem yasalarında yer aldığı, yargı yerlerinin de bu kuralları uyguladıkları koşullarda AİHM'nin bir üst mahkeme gibi sürece katılmasına gerek kalmamaktadır. Bu konu, Türkiye'den gönderilen bir kamulaştırma bedeli artırım davasında tartışılmıştır.

Kemalettin Balcı, Mahut Dal, Mahmut Ali Dal, Sabahat Çalışkan, Türkan Kurtarmaz, Cemal Balcı, Vildan Elmas, Sefer Dal ve Zeynep Çağlayan adlarındaki dokuz yakınmacı, taşınmazlarının kamulaştırılması nedeniyle 1999 yılında AİHM'ye baş vurarak ulusal mahkemece belirlenen kamulaştırma bedelinin kendilerine geç ödenmesinin, parsellere ayırdıkları taşınmazlarının arsa niteliği kazanmasına ve mahkemece görevlendirilen bilirkişilerin de bu doğrultuda rapor vermelerine karşın yerel mahkeme tarafından arazi kabul edilerek ek artırım bedelinin bu ölçüler içinde eksik bir biçimde karara bağlanmasının, 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesine aykırı düşüğünü ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, Aka kararına yollama yapmışlardır.

Başvuruyu Sözleşme'nin 6/1. maddesi bağlamında inceleyen Mahkeme, olayların saptanmasının ve kanıtların değerlendirilmesinin öncelikle ulusal yargı yerlerine ait olduğu ve başvuruçunun Sözleşme'de belirtilen haklarının ihlal edilmesini önlemek açısından kendisinin sınırlı bir denetim yetkisi bulunduğu yolundaki geleneksel gerekçelerini yinelemiştir.

Mahkeme, bilirkişilerin arsaların tapu kayıtları, parsellerin konumu ve yerel imar planları gibi bir çok farklı ögeyi değerlendirerek parsellerin değerlerini belirlediklerine dikkati çekmektedir. Gebze Asliye Hukuk Mahkemesi, arazinin her bir parseline ilişkin üç bilirkişi raporunu incelemiş ve bilirkişilerin önerdikleri nitelemeleri gözeterak kararını vermiştir. Başvurucular tarafından sunulan olayları ve belgeleri göz önde bulunduran Mahkeme, kanıtların takdirinin keyfi ya da yargılamanın bütünüünün Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında adaletsiz olduğunu gösteren herhangi bir neden olmadığı sonucuna varmıştır

AIHM, kamulaştırma bedeliyle ilgili değerlendirmelerinde de, Mahkeme'nin önceki kararları doğrultusunda 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası'nın, 4650 sayılı Yasa ile değiştirilerek, kamulaştırmalarda gerçek değerlerin saptanıp öncelikle ödenmesini amaçlayan yöntemlerin geliştirildiği üzerinde durmuş, gerek Sözleşme'nin 6/1. maddesi ve gerekse 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi bağlamında AIHS'ye aykırılık bulunmadığını kararlaştırmıştır. (Balcı/Türkiye, 2006)

1 numaralı Ek Protokol'ün "Eğitim Hakkı" başlıklı ikinci maddesi devletlere birbirini bütünleyen olumlu ve olumsuz yükümlülükler getirmektedir:

*"Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakamaz. Devlet, eğitimi ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."*

Türkiye, 1954 yılında 6366 sayılı Yasa ile AİHS'yi ve Ek Protokol'ü birlikte onaylarken, Sözleşme'nin bütününe herhangi bir çekince koymamasına karşın, 1. Protokol'e, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine Ek Protokol'ün 2. maddesi, 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerini ihlal etmez." çekincesini koymuştur. Böylece 2. maddedeki din eğitimi ve dinsel temeldeki eğitim konularındaki özgürlüklerin yorumunda, Türkiye anayasalarındaki ve devrim kanunları olarak anılan yasalardaki laik eğitim ilkelerinin korunacağı açıklıkla belirtilmiştir.

Türkiye'nin böyle bir çekince koyması, özellikle ikinci tümcedeki, "ana ve babanın, eğitim ve öğretimin kendi dini ve fel-



*sefi inançlarına göre*” yapılmasını isteme hakkı yönünden son derece yerinde bir önlem olduğu, maddenin Avrupa’daki uygulamalarında karşılaşılan sorunlardan kolaylıkla anlaşılmaktadır. Avrupa ülkelerinde genel eğitim koşulları açısından düzenli bir işlerliğin gerçekleştirilmesi nedeniyle, Mahkeme’ye gönderilen az sayıdaki başvuruda, genellikle anne ve babaların dinsel ve felsefi inançlarından kaynaklanan sorunlar tartışılmıştır. Doğrudan çocukların eğilimleri ise, ikincil düzeyde kalmaktadır.

Mahkemenin bu konuyu değerlendirdiği ilk olay, Belçika vatandaşı olan anne ve babaların kendi adlarına ve sayıları 800’ü bulan çocukları adına Strasbourg organlarına yaptıkları başvurudur. Başvurucular genellikle Fransızca konuşmakta ve kendilerini Fransız’lara daha yakın görmektedirler. Beş başvurucu aile ise, yasal açıdan Flamanca konuşulan bölgede, altıncı başvuruyu imzalayan aileler de “*özel statülü*” bir başka bölgede yaşamaktadırlar. Başvuruların içerdiği yakınmalar, aşağıdaki konular üzerinde odaklanıyordu:

a. Belçika Devleti başvuruçuların yaşadıkları bölgelerde Fransızca eğitim veren okullar açmamakta, özel statülü bölgede açsa bile, bunlar yetersiz kalmaktadır;

b. Başvuru konusu bölgelerde, eğitimde kullanılacak olan dille ilgili hukuksal düzenlemelere uygun düşmeyen okullara Devlet tarafından maddi destek verilmemektedir;

c. Devlet bu tür okullardan mezun olanların diplomalarına denklik tanımamaktadır;

d. Bazı bölgelerde başvuruçuların çocukları Fransızca eğitim veren sınıflara alınmamaktadır;

95

e. Aileler çocuklarını, oturdukları bölgede kendi inançlarına aykırı eğitim veren okullara göndermeye veya çocuğun kendi ana dilinde eğitim alabilmesi için Brüksel Büyükşehir bölgesine ya da Fransızca konuşan bölgelere göndermeye zorlanmaktadırlar. Böylesi bir "eğitim göçü" ciddi sakıncalar taşımaktadır.

Mahkeme, önce eğitim hakkı ile özel ve aile yaşamına saygı ve ayrımcılık yasağını yorumlamış, ardından bu davada önüne getirilen sorunları tartıştıktan sonra,

*"1. Yediye karşı sekiz oyla, bazı çocukların sadece anne-babalarının ikamet yerleri nedeniyle Kraainem'in de dahil olduğu Brüksel çevresinin özel statüdeki altı beldesinde bulunan Fransızca eğitim veren okullara alınmaması nedeniyle 2 Ağustos 1963 tarihli Yasa'nın 7(3). fıkrasının, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olduğuna; durumun gerektirmesi halinde başvuruçunun bu özel nokta bakımından adil karşılık için başvurma hakkını saklı tutmaya;*

*2. Oybirliğiyle, başvuruçular tarafından ileri sürülen diğer noktalar bakımından Sözleşme veya Protokol maddelerine her hangi bir aykırılık bulunmadığına, karar vermiştir."* (Belçika Eğitim Dili Davası / Belçika, 1968)

Bu başvuruya, Belçika'nın etnik koşulları ile bağlantılı olan siyasal temsil olanakları da etken olmuştu. Mahkeme, kararında çok tartışmasına karşın, uyumsuzluğun temelindeki toplumsal sorunların çözümünü Belçika organlarına bırakmıştı ki, doğru olan da bu idi.

Danimarka'da devlet okullarında zorunlu cinsel eğitim verilmesinin programa alınması nedeniyle, çocuklarını kendi inançları doğrultusunda yetiştirmek istedikleri için cinsel eği-

time karşı çıkan ve eğitim haklarının ihlal edildiğini ileri süren ailelerin başvurusu nedeniyle bu konu tartışmaya açılmıştır. Mahkeme, özel okulların da, ülkelerin genel eğitim sistemlerinin bir parçası olduğunu benimsemektedir. Bu açıdan, gerek devlet okullarındaki, gerekse özel okullarındaki eğitim sorunları Sözleşme karşısında birlikte değerlendirilmektedir.

Mahkeme'ye göre, okullarda verilecek eğitimin içeriğini belirleyip uygulamak, öncelikle sözleşmecî devletlerin yetki alanına girmektedir. Bu amaca ulaşmak için izlenecek yolu saptamak, karşılaşılabilecek sorunların çözümünü bulmak, Mahkeme'nin yetki alanını aşmaktadır:

*“Birinci Protokol’ün ikinci maddesi, devletlerin eğitim ve öğretim yoluyla, doğrudan veya dolaylı olarak, dinsel veya felsefi türden bilgi vermelerini engellemektedir. Bu madde, anne ve babaların bu türden bir öğretimin eğitim programına konulmasına karşı çıkmalarına da olanak tanımamaktadır. Aksi halde, kurumsallaşmış bütünsel eğitim uygulanamaz duruma gelebilecektir. 2. maddenin 2. tümcesi, devletin eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevleri yerine getirirken, öğrencilere verilen bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde iletilmesine özen gösterilmesini öngörmektedir. Uygulama sırasında bir okul veya öğretmenin tarafından yetkilerinin kötüye kullanması söz konusu olabilir. Ancak yetkililer bu yanlışları görüp izlemek, yetersizliği nedeniyle veya öğrencileri kendi dinine sokmaya çalışarak anne ve babanın dinsel ve felsefi inançlarına saygısızlık yapılmasını önlemek için aşırı özen göstermek zorundadırlar. Bu nedenlerle Mahkeme, tartışma konusu mevzuat nedeniyle başvuru ailelerin dinsel ve felsefi kanaatlerine uygun eğitim verilmesini isteme haklarının hiçbir biçimde ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.”* (Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/ Danimarka, 1976)

Öğrencilere, bedensel ceza uygulamanın geçerli olduğu bir okulda, bu yönetime karşı çıkan iki ailenin çocuklarına bu tür

95

cezalar uygulanmayacağı konusundaki güvence istemleri, okul yönetimince olumlu karşılanmamıştı. Mahkeme, "başvurucuların 1. Protokol'ün 2. maddesinin 2. tümcesindeki anne ve babanın dinsel ve felsefi inançlarına saygılı eğitim hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı. Bedensel cezayı kabul etmediği için bir yıl süre ile okuldan uzaklaştırılan çocukla ilgili olarak ta mahkeme, aynı maddenin birinci tümcesinin de ihlal edildiği" görüşüne vardı. (Campbell ve Cosans/İngiltere, 1982)

Bakım ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirmedikleri için üç çocukları kendilerinden alınarak iki ayrı bakıcı aileye verilen başvuruçuların, Sözleşme'nin 8, 6, ve 3. maddelerine aykırılık savı ile yaptıkları başvuruda, 1. Protokol'ün 2. maddesindeki "anne ve babanın dinsel ve felsefi inançlarına saygılı eğitim hakkının ihlal edilmediği" yargısına varıldı. Mahkemeyi bu görüşe iten etken, çocukların çıkarlarının, anne ve babaya göre öncelikli olması idi. (Olsson/İsveç, 1988)

Türkiye'nin kendine özgü öğretim sorunlarından kaynaklanan bir başvuru nedeniyle, Üniversite Seçme Sınavı sonuçları değerlendirildi. Diyarbakır'da daha önce iki kez ÖSS sınavına katılıp başarısız olan Mürsel Eren, 1977 yılında katıldığı üçüncü sınavda Türkiye sıralamasında ilk 100 başarılı öğrenci arasına girdi. Önceki sınavlarda 131, 105 gibi notlar alan başvuruçunun son sınavda 493 puan alması şaşırtıcı bulundu. Bu sonuç yöneticilerce kuşku ve güvenilmez görüldüğü için Eren, herhangi bir yükseköğrenim kurumuna yerleştirilmedi. İç hukuk yoluyla sorun çözülemedi. AİHM, sınav sonuçlarının katılanlar için bir güvence oluşturduğunu belirterek, kopya çektiği veya yasa dışı yollarla başvuruçunun bu sonuca ulaştığı kanıtlanmadığı halde yüksek öğretimden yoksun bırakılmasını, 1 numaralı Protokol'ün 2. maddesindeki eğitim hakkı güvenliğine aykırı buldu. (Mürsel Eren/Türkiye, 2006)

## AIHS'YE GÖRE SERBEST SEÇİM GÜVENCESİ HANGİ KOŞULLARDAN OLUŞUYOR?

96

1. Ek Protokol'ün 3. maddesi, çoğulcu demokrasilerin temelini oluşturan serbest seçim ilkesini kurumlaştırmaktadır. Anılan maddeye göre: .

*"Yüksek Sözleşmeciler taraflar, yasama organının seçilmesinde, halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."*

Maddede açıkça yazıldığı gibi söz konusu güvenceler, yasama organı seçimleriyle sınırlıdır. Madde, hem seçmenlerin oy haklarını, hem de adayların, siyasal partileriyle birlikte seçilme olanaklarını güvenceye almaktadır. Seçilmek, ulusal hukukun öngördüğü sürede ve koşullarda seçimle kazanılan görevleri güven içinde yerine getirebilme koşulunu da içermektedir.

Belçika'da seçmenlere, bölgesel ve ulusal farklılıklara, kullandıkları dillere göre parlamentoda temsil edilebilme güvencesi sağlama amacıyla getirilen kurallar, uygulamada bazı ciddi sorunlar ve karışıklıklar yaratmıştır. Konuyla ilgili AIHM kararında belirtildiğine göre, 1980 yılında yürürlüğe konulan Özel Yasa, Belçika Devleti'ni, bölgesellik ilkesine dayanan

genel bir kurumsal yapılanma içine almıştır. Bu sistem, idari ve siyasi kurumları ve erklerin dağılımını da kapsamaktadır. Henüz tamamlanmamış olan reform, Kraliyetin çeşitli bölgesel ve kültürel toplulukları arasında bir denge kurmayı tasarlamıştır. Amaç, daha istikrarlı ve bütünselliğe yönelen örgütsel yapılar kurarak, ülkede yaşanan dil konusundaki tartışmaların alevlenmesini önlemektir. Mahkeme, bu olayda, 1. Protokol'ün 3. maddesinin tek başına veya 14. madde ile birlikte ele alındığında da çiğnenmediğini kararlaştırmıştır. (Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika, 1987)

Mahkeme, bazı suçları işleyenlere veya bazı görevlerde bulunanlara yasalarda öngörülen koşullarla seçimlerde aday olamama ve sonuçta seçilememe önlemi uygulanabileceği görüşündedir. Bu engellerine karşın aday olup seçilenlerin milletvekillikleri düşürülebilmektedir. Yunanistan Anayasası'na göre seçimlerden önceki son üç yıl içinde, üç aydan fazla seçilme engeli olan bir kamu görevinde bulunmaları nedeniyle parlamento üyesi seçildikleri halde Özel Yüksek Mahkeme'nin kararı ile görevlerine son verilen beş milletvekilinin başvurularında, AİHM, 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edilmediğini kararlaştırdı. (Gitonos ve Diğerleri/Yunanistan, 1997)

Mahkeme, bir ülkenin parlamentosuna seçilecek kişinin, o devletin resmi dilinde okuyup yazmasını bilmesi gerektiğine karar vermiştir. Rus azınlıktan gelme Litvanya vatandaşı olan başvuru, parlamento seçimlerine aday olmak amacıyla verdiği bildirimde, Litvanya dilini bildiğini ileri sürmüştür. Belgelerin alınmasından sonra, benzer koşullardaki 21 adaya dil sınavı uygulanmıştır. Devlet Dil Merkezi'nden gelen uzmanın yüzyüze konuşma ve kompozisyon yazma sınavında başarısız bulunduğu kişilerin adaylıkları, Yüksek Seçim Kurulu

kararı ile iptal edilmiştir. AİHM, bu olayda Sözleşme'nin ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır. (Podkolzino/Litvanya, 2002)

AİHM'nin seçim güvenliğini tartıştığı davalar arasında, HEP'den seçilen milletvekillerinin yargılandıkları davalarda mahkum edilmelerinden sonra milletvekilliklerinin düşürülmesi nedeniyle yaptıkları başvurular bulunmaktadır. Bu davalarla ilgili yakınmalarda, Mahkeme, özetle aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

AİHM'ye göre 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesi, demokratik siyasal düzenlerin temel özelliklerinden birini içerdiği için, Sözleşme kuralları içinde çok önemli bir yere sahiptir. AİHM bu hükmün her kişiye seçilme hakkını verdiğini ve seçildikten sonra bu görevin ifasını güvence altına aldığını vurgulamaktadır. AİHM, ifade özgürlüğünün her birey için olduğu kadar seçmenlerini temsil eden ve onların menfaatlerini koruyan seçilenler için de değerli olduğunu daha önceki kararlarında belirtmiştir. Bu nedenle muhalefetteki bir partinin milletvekillerinin anlatım özgürlüğüne yapılan müdahaleler AİHM'yi daha katı bir denetim yapmaya itmektedir. (Bkz., Castells/İspanya, 23 Nisan 1992, paragraf 42).

Hükümet'in söz konusu müdahaleyi bir veya daha çok meşru amaç doğrultusunda gerçekleştirdiği kabul edilse bile, AİHM bu müdahalenin meşru amaçla orantılı olmadığı kanısındadır.

Konuyla ilgili olarak AİHM, yurtdışında partinin eski başkanı tarafından yapılan açıklamaların ve merkez komitenin yazılı açıklamalarının, Anayasa Mahkemesi'nin DEP'in kapatılmasına ilişkin 16 Haziran 1994 tarihli kararında ileri sürdüğü gerekçeler arasında yer aldığını belirtmektedir. Partinin kapatılmasıyla birlikte, Anayasa'nın 84/3. maddesi ve

Siyasi Partiler Kanunu hükümleri uyarınca başvuruların milletvekillikleri düşürülmüştür.

AİHM alınan önlemin orantılı olup olmadığını değerlendirirken, Anayasa'nın 84/5. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, yalnızca eylemleriyle siyasi partilerin kapatılmasına neden olan milletvekilinin görevinin sona ereceğine dikkat çekmektedir. Başvuranların milletvekillikleri ise, bireysel olarak gerçekleştirdikleri politik eylemler nedeniyle değil, üyesi oldukları ve faaliyet gösterdikleri siyasi partinin kapatılması sonucu doğrudan düşmüştür.

AİHM, yapılan müdahalenin katı olduğu kanısındadır. DEP kesin olarak derhal kapatılmış, başvuruların milletvekillikleri düşürülerek siyaset yapmaları yasaklanmıştır. Bu konuda Mahkeme, orantılılığın değerlendirilmesi sırasında, yapılan müdahalenin biçiminin ve ağırlığının da dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir.

Yukarıda sözü edilen öğeler göz önüne alındığında, AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin başvurulara vermiş olduğu cezanın Hükümet tarafından ileri sürülen meşru amaçla orantılı olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme, yapılan müdahalenin 1 nolu Ek Protokol'ün 3. maddesinde başvurulara tanınan seçilme ve siyaset yapma hakkıyla bağdaşmadığı ve seçmenlerin de seçme haklarının ihlal edildiği kanısındadır. Bu nedenlerle, 1 nolu Protokol'ün 3. maddesi ihlal edilmiştir. (AİHM, Selim Sadak ve Diğerleri/ Türkiye, 2002)

Hiçbir yasal engeli olmayan kişiye oy kullandırılmaması, ilgili devletlerin sorumluluğuna neden olabiliyor. Bilindiği gibi Cebelitarık, İngiliz devletinin egemenliği altında bulunan bir



bölgedir. Avrupa Birliği'nin bu topraklarda yaşayan İngiliz vatandaşlarının oy kullanmalarını engelleyen bir karar alması sonucunda, başvuru, 1994 Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanmadı. Bu gerekçeye dayandırılan başvuru nedeniyle AİHM, Sözleşme'nin 1. maddesinin belirlediği sorumluluk ölçüğünde, olayda, 1. Protokol'ün 3. maddesinin çiğnendiğini kararlaştırdı. (Matthew/İngiltere, 1999)

Buna karşılık yargılandığı ceza davasında aklanan ve başkaca bir yasal engeli bulunmayan kişinin oy verme hakkından yoksun bırakılması Sözleşme'ye uygun görülmemiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşmeciler Devletler kendi iç hukuk düzenlerinde oy verme ve seçimlerde aday olma haklarını, kural olarak 3 maddeye aykırı düşmeyecek koşullara bağlayabilirler. Bu konuda Sözleşmeciler Devletler geniş bir takdir alanına sahiptirler. Ancak, 1. Protokol'ün gereklerine uyum sağlanmış olup olmadığını belirlemek, son aşamada Mahkeme'ye düşen bir görevdir. Mahkeme bu koşulların, söz konusu hakların, özünü zedeleyecek ve etkili olmaktan yoksun bırakacak biçimde kullanılmalarını engellemediklerine, kamusal bir amaca yönelik olduklarına ve kullanılan yöntemlerin izlenen amaçlarla orantısız olmadıklarına inanmalıdır.

Mahkeme, özel güvenlik gözetimine tabi tutulan kişilerin, "topluma karşı tehlike" oluşturdukları için veya bu olaydaki gibi mafyaya mensup olmalarından kuşkulandığı için yurttaşlık haklarını kaybettiklerinden, seçmen kütüğünden otomatik olarak silindiklerini gözlemlemektedir. Hükümet "mafyaya mensup olduklarından kuşkulanan" kişilerin oy haklarını diğer mafya üyeleri lehine kullanabilecekleri riskine işaret etmiştir.

Mafyaya üye olduklarına ilişkin haklarında kanıt bulunan kişilerin oy kullanma haklarının geçici olarak askıya alınma-

sının hukuksal bir amaç izlediğinden, Mahkeme'nin herhangi bir kuşkusu yoktur. Bununla birlikte, Mahkeme, bu olayda başvuru hakkındaki özel güvenlik gözetimi önlemine yargılama sırasında karar verildiği halde, "başvurucunun suçu işlemediği" gerekçesiyle beraat ettiği yargılamanın sonuna kadar uygulanmadığını gözlemlemektedir. Başvurucunun suçluluğu hakkındaki kuvvetli kanıtların yargılama sırasında çürütülemediği biçiminde ileri sürülen Hükümet görüşünü Mahkeme kabul etmemektedir. Hükümet'in bu görüşü, Tarapani Bölge Mahkemesi'nin kararı ve Palermo İstinaf Mahkemesi'nin ilamı ile çelişmektedir. Başvurucunun adının seçmen kütüğünden çıkarıldığı sırada, mafyayla bağlantılı olduğuna ilişkin bir "kuşku" nun dayanacağı hiçbir somut kanıt yoktur.

Bu koşullarda Mahkeme söz konusu tedbiri orantılı bir tedbir olarak görmemektedir. Anılan nedenlerle 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesi ihlal edilmiştir." (Labita/İtalya, 2000)

Mahkeme, son derece somut gerekçelerle olayı çözmüştür. Yargılandığı dava sırasında yerel mahkemece alınan önlemlere karşın seçmenliğine herhangi bir kısıtlama getirilmeyen kişiye, aklanmasından sonra suçu işlemediğini kanıtlayamadığı gerekçesiyle oy vermeme yasağı konulmasının inandırıcı hiçbir yanı bulunmamaktadır. Böyle bir uygulama suçsuzluk güvencesi ile de bağdaşmamaktadır.

2006 yılında sonuçlanan iki kararda, cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlülerin oy kullanma hakları ve bu hakka getirilen kısıtlamalar tartışılmıştır. Birinci örnek Litvanya'dandır ve 2000 yılından beri tutuklu bulunan başvuruçunun AİHM'deki başvurusunun karara bağlandığı 26 Ocak 2006'da ulusal yargı yerlerindeki davaları henüz sonuçlanmamıştı.

14 yaşındaki küçük bir kıza tecavüz etmek, narkotik maddeleri toplayıp, depolamak ve taşımak suçları nedeniyle 2000 yılında tutuklanan başvurucu, Riga kentinde yaşayan bir Litvanya vatandaşıdır. Tutuklu olarak yargılandığı davaların devam etmekte bulunduğu bir sırada, 20 Eylül 2003 de gerçekleşen Litvanya'nın Avrupa Birliği'ne Giriş Referandumu'nda oy kullanmasına izin verilmemesinden yakınmaktadır. Başvurucuya göre tutuklu bulunması, referandumda oy kullanmasına engel oluşturmuyordu. Mahkeme, sözleşmecî devletlere 1 nolu Protokol'ün 3. maddesi ile getirilen yükümlülüklerin yasama organı seçimleriyle sınırlı olduğunu ve referandumlara uygulanmadığını kararlaştırmıştır. Daha önce de aynı konudaki bir başvuru, benzer gerekçelerle AİHK'ca reddedilmiş bulunuyordu. (Bader v Avusturya no. 26633/95, komisyon kararı 15 Mart 1996). Mahkeme, başvurucunun savlarının Sözleşme'nin 35/3 maddesi bağlamında başvuru konusu yapılamayacağından 1 numaralı Ek Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların kabul edilemez olduğu kararına varmıştır. (Z v/Litvanya, 2006)

İngiltere'den kaynaklanan ikinci olayda başvurucu 1950 doğumludur ve 1980 yılında kastı aşan koşullarda adam öldürmekten yargılanarak ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu, 1983 tarihli Seçim Yasası uyarınca genel ve yerel seçimlerde oy kullanmaktan yoksun bırakılması nedeniyle, ulusal hukukun 1998 tarihli İnsan Hakları düzenlemeleri ile çeliştiği ve AİHS'ne aykırı olduğu gerekçesi ile Yüksek Mahkeme'ye başvuruda bulunmuştur.

İngiliz yargılama düzeninin özelliklerini de içeren AİHM'nin kararına göre, bölge mahkemesinde, Lord Kennedy aşağıdaki belirlemeyi yapmıştır:

"Cezanın, zorla tutma dışında bir sonucu daha vardır. Toplumun dışına çıkartmanın anlamı, kişinin toplumsal ayrıcalıklardan da dışlanmasıdır. Bu koşul, kişinin kendisini temsil edecek birisi için oy kullanma hakkını da kapsar."

"... cezasını çekmekte olan hükümlünün durumunda ise, bu konuyu aydınlatmak hiç de kolay değildir. Açıkçası bu durum, cezanın ve seçim yasalarının iç içe geçtikleri bir alandır. İçişleri Bakanı'nın söylediği gibi, Meclis, hüküm giymiş olan tutukluların mahkum olarak geçirdikleri sürede, ülke yönetimi hakkında karar alma haklarının düştüğünü belirtmektedir. Çalışma Grubu, bu tür mahkumların oy kullanacak manevi yetkileri yitirdikleri görüşündedir. Belki de yapılacak en iyi iş, Lindan JA tarafından önerildiği gibi, düzenlemenin farklı sonuçlara yol açtığını tanımlarken, bu hak kaybının gerçek doğasını belirlemeyi filozoflara bırakmaktır.

Avrupa Mahkemesi, aynı zamanda Sözleşme'nin uygulanmasında oy hakkının sınırlandırılmasının orantısız olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu değerlendirmenin, benim düşünceme göre de, Meclis'e bırakılması yerinde olur. Geniş bir alanda etki gösteren yasanın eleştirilmesi kolaydır. Ancak yetkililer tarafından açıklandığı üzere, bu tür kuralları uygulamayan ülkeler, mahkumiyet süresi içerisinde tüm hakları mahrumiyet biçiminde kısıtlamamaktadırlar. Dışişleri Bakanı'nın sunduğu gibi, demokratik toplumların arasındaki uygulamalar konusunda geniş bir yelpaze vardır. Birleşik Krallık bu konuda en ortada duran ülkedir. Zaman içerisinde bu durum, değişebilir, hükümlülere ve diğer kişileri ilgilendiren noktalarda ileriye yönelik küçük değişiklikler yapılabilir veya daha kökten çözümler üretilebilir, ancak içinde bulunduğumuz durumda anlaşılıyor ki, iş, mahkemelerin değil, parlamentonundur. Eğer 1983 tarihli düzenleme 1 numaralı Ek Protokol'ün 3. maddesindeki koşulları karşılıyorsa, o zaman 10. ve 14. maddeler için de öne sürülebilecek bir sorun yoktur"

Birleşik Krallık sözcüsü, ulusal hukuku yukarıda özetlenen tümcelerle yorumlamış ve deyim yerinde ise, topu Parlamento'ya atmıştı. Başvuru konusu olayı iç hukuk açısından değerlendiren Mahkeme, 1983 tarihli Seçim Kanunu'nun 3/1 maddesindeki *"Hükümlü bir kişi, herhangi bir ceza kurumunda cezasını çektiği süre boyunca yasal olarak yerel ve genel seçimlerde oy kullanamaz."* biçimindeki düzenlemenin açık bir yasak koyduğunu saptamıştır.

AİHM, ilkesel bir gerekçe üretmeye yöneldiği kararında yalnız AİHS ve Ek Protokolleri temel almamış, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 25. maddesini de değerlendirmiştir. Anılan maddeye göre:

*"Her vatandaş, bu Sözleşme'nin ikinci maddesindeki ayrımlara ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaksızın doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma, oy kullanma haklarına sahiptir."*

Cezaların ve ceza infaz yöntemlerinin amaçlarını da tartışan Mahkeme, İnsan Hakları Komitesi tarafından 12 Temmuz 1996 tarihinde Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 40(4) maddesinin genel yorumunun (No: 25/57) şu hakları güvenesi altına aldığı belirtilmektedir:

*"Taraflar devletler, raporlarında vatandaşlarının oy haklarını kullanmalarından yoksun bırakan yasal düzenlemeleri belirtmeli ve açıklamalıdır. Bu tür mahrumiyetlerin temelleri objektif ve makul olmalıdır. Suça bağlı olarak benimsenmiş bir kural eğer oy kullanma hakkını askıya alıyorsa, askıya alma süresi, suç ve ceza ile orantılı olmalıdır. Özgürlüğünden yoksun bulunan ancak hüküm giymemiş kişiler oy kullanma haklarından yoksun bırakılmamalıdır."*

Mahkemenin, hükümetlerin diplomatik temsilcileri eliyle edindiği bilgilere göre on sekiz ülke herhangi bir sınırlama uy-

gulamadan hükümlülere oy hakkı vermektedir. (Arnavutluk, Azerbaycan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Makedonya Cumhuriyeti, Portekiz, Almanya, İzlanda, Litvanya, Moldova, Karadağ, Hollanda, Portekiz, Slovenya, İsviçre, İsveç, Ukrayna) on iki ülkede hükümlüler ya oy kullanmamakta ya da oy kullanmaktan yasaklı bulunmaktadır (Ermenistan, Belçika, Bulgaristan, Kıbrıs, Estonya, Gürcistan, Macaristan, Rusya, Sırbistan, Slovakya "engel yok fakat oy kullanmaya izin veren bir düzenleme yok", Türkiye, Birleşik Krallık) Diğer yandan on iki ülke bir yıl gibi ceza sınırları koyarak oy kullanmayı yasaklamaktadır (Avusturya, Bosna Hersek, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Malta, Norveç, Polonya, Romanya, İspanya).

Daire, hükümlülerin oy kullanma haklarının ellerinden alınmasını orantısız bir uygulama olarak değerlendirmiştir. Sonuçta, "Mahkeme, bu konunun ulusal yasama organlarına geniş yetki tanıyan bir alan olduğunu kabul etmekle birlikte, cezasını çekmekte olan bir hükümlünün oy kullanmasını mutlak bir biçimde engellenmesini kabul edilmez" bulmuştur.

Bu konu, Büyük Daire'ye de gönderilmiştir. Büyük Daire, aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

1. Ek Protokol'ün 3. maddesinin, Sözleşme'nin diğer maddelerinden farklı olarak Sözleşmeci tarafa, içerdiği hak veya özgürlüklerden ayrı olarak genel bir seçim uygulama yükümlülüğü getirdiğini, anılan maddenin oy kullanma hakkını seçimlerin bir gereği olarak koruduğunu belirtmiştir. Başvurucu tarafından ileri sürüldüğü gibi, oy kullanma hakkı bir ayrıcalık değildir. 21. yüzyılda, demokratik toplumlara katılmanın temel öngörüsü, İngiltere'de olduğu ve yetkisinin geniş olduğunu yinelemekle birlikte, devletlerin tarihsel gelişimine, refah düzeyine, kültürel çeşitliliğine ve politik görüşlere bağlı olarak

uygulanmış birçok seçim yöntemi bulunduğunu gözlemiştir. Görülen davada ulaşılmak istenen amacı ve orantısallığı değerlendiren Mahkeme, var olan ölçütler ile sözleşmeye uyumluluk konusunda karar vermeye yetkili olduğunu saptamıştır. Görülen davada olduğu gibi, taraf devletlerin, mahkumların oy kullanmasına ilişkin sorunlara farklı açılardan yaklaşımları, Sözleşme'nin 1. Ek Protokolü'nün 3. maddesindeki hakların korunarak uygulanma yönteminin takdirini Yasama Meclisi'ne bırakması, hakkın kendisini daraltarak, uygulanamaz duruma düşüren sınırlamanın kabul edilebilir bir takdir yetkisi içinde olmadığını göstermektedir.

Mahkeme sonuç olarak Sözleşme'nin 1. Ek Protokolü'nün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Hirst/İngiltere, 2006)

Bu konuda, AİHM'nin gündeminde Türkiye ile ilgili henüz sonuçlanmamış başvurular bulunmaktadır. Milletvekillikleri sonlandırılan Merve Kavakçı ve Nazlı Ilıcak'ın başvuruları incelenme aşamasındadır. Ayrıca, %10'luk seçim barajı da Mahkeme'ce değerlendirilecek konular arasındadır. Türkiye'de iktidar için yarışan siyasal partilerin ayırdında olmadıklarını sandığımız bu başvurunun seçimlere çok yakın bir zamanda veya seçimlerin hemen ardından sonuçlanması durumunda, AİHM'nin %10'luk baraj konusundaki değerlendirmeleri, içte ve dışta çok büyük tartışmalara neden olabilecektir.

Sözleşme'nin eki 4 Numaralı Protokol'ün 1. maddesine göre, "Hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakamaz."

Madde, özel hukuk ilişkilerini kapsamaktadır. Yükümlülük doğuran işlem, "akid" sözcüğü ile sınırlandırılmıştır. Özel hukuk alanında kalmakla birlikte yasalardan kaynaklanan yükümlülükler, bu maddenin korunması dışında kalmaktadır.

Özel sözleşmeden doğduğu kabul edilecek edimleri yerine getirememenin bilinen en yaygın örneği, kişinin, bir başkasından aldığı para borcunu geri ödeyememesidir. Paradan daha farklı edimler de söz konusu olabilmektedir. Sözleşmede kararlaştırılan ürünün sağlanamaması, yapılması için anlaşılan işin yerine getirilmemesi ya da eksik, yanlış, uygun olmayan niteliklerde mal teslimi gibi çok çeşitli örnekler verilebilir. Ancak her türlü parasal yükümlülüğün yerine getirilmemesinin Sözleşme ile korunduğu da sanılmamalıdır.

Bu maddeden yararlanabilmek için, sorumlu kişinin yükümlülüğünü yerine getirememesinin, ceza yasaları açısından



bir suçun konusu olmaması gerekir. Örneğin, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hırsızlık gibi nedenlerle bir başkasından alınan paraların geri verilmemesi, öngörülen güvenceden yararlandırılmayacaktır. Mahkemelerce ve yönetsel organlarca kararlaştırılacak adli ve idari para cezaları ile vergi borçları da koruma kapsamında değildir.

AİHM, boşanmalarından sonra ortak yaşamdan olma çocuklarını anneleriyle görüştürme yükümlülüğünü yerine getirmeyen babaya yönelik *"mahkeme ve icra emirlerine uymadığı gerekçesiyle on sekiz kez cezai soruşturma başlatıldığı, halde, bu davalar sonucunda verilen para cezalarının yetersiz kaldığı ..."* görüşündedir. Buradan çıkan anlam, babanın çocukları gösterme görevi, özel sözleşme ilişkisinden kaynaklanmayan kamusal bir yükümlülüktür. Yani 4 numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. (Sophia Gudrun Hansen/Türkiye, 2003)

AK Bakanlar Komitesi'nin alt birimlerinin 4 numaralı Protokol'ün 1. maddesindeki korumanın kapsamını daraltmaya yönelik öneri kararları bulunmaktadır. Ancak bu tür görüşlerin doğrudan Mahkeme'yi bağlaması beklenemez. Kaldı ki Türk hukuku açısından 3 Ekim 2001 günlü ve 4709 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 38. maddesine eklenen *"Hiç kimse, yalnızca Sözleşme'den doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz."* tümcesi ile, Protokol'e tam bir uyum sağlanmış bulunmaktadır.

AIHS’de geçen “kesinleşmiş karar” deyimi, 1 Kasım 1998’de yürürlüğe giren 11 numaralı Ek Protokol’ün getirdiği yeni bir deyimdir. Anılan Protokol, Strasbourg yargılamasının yapılmasında ve işleyişinde çok kapsamlı değişimler gerçekleşmiştir. Daha önce, Mahkeme’nin uyuşmazlıkları sonlandıran bütün kararları kesin nitelikte olduğu için, böyle bir nitelermeye gerek bulunmuyordu. Sözleşme’nin 11 numaralı Protokol’le değiştirilmiş 42. maddesine göre, Daire kararlarının kesinleşmesi gerekiyor.

Sözleşme’nin “Büyük Daire’ye Gönderme” başlıklı 43. maddesinde de, Daire kararlarına yöneltilecek itirazlar ile ilk aşamada bu itirazların tutarlılığının sınanacağı koşul ve yöntemler anlatılıyor:

*“1. Bir Daire kararının verildiği tarihten üç ay içinde ve istisnai durumlarda, dava taraflarından her biri, davanın Büyük Daire’ye gönderilmesini isteyebilir.*

*2. Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan bir kurul, dava, Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğuruyorsa, ya da genel nitelikli ciddi bir konu teşkil ediyorsa, istemi kabul eder.*

3. *Kurul istemi kabul ederse, Büyük Daire bir hüküm ile davayı sonuçlandırır.*"

Görüldüğü gibi her itiraz doğrudan doğruya Büyük Kurul'un gündemine giremiyor. Böylece, Büyük Kurul'un üstesinden gelemeyeceği yoğunluktaki bir iş yükünün altına girmesi önleniyor. Ancak 2. bentte anılan ve beş yargıçtan oluşan bir ayıklama sürecinin kurulmuş olması, uyuşmazlığın yanları açısından pekiştirilmiş bir güvence sağlıyor. Böylece, başvuruların, ilgili Daire'den sonra, itiraz üzerine beş yargıcın değerlendirilmesine sunulmaları da, bir tür temyiz incelemesi anlamına gelebiliyor. Onların da uygun görmeleri durumunda Büyük Kurul sürecini başlatmaları, uluslararası ölçekte iki aşamalı bir yargısal denetim yapılanması oluşturuyor. 11. Protokol'den önce bu tür yöntemlerin bulunmadığı gözetsilirse, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun kaldırılmasıyla doğabilecek boşluklara karşı, tekrarlara düşmeyen, daha güvenceli bir işleyişi sağlanmış oluyor.

Sözleşme'nin "Kesin Hükümler" başlıklı 44. maddesinde de, kesinleşme süreci anlatılmaktadır. 44. maddeye göre:

"1. *Büyük Daire'nin kararı kesinidir.*

2. *Bir Daire'nin kararı aşağıdaki durumlarda kesinleşir.*

a. *Taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse, veya,*

b. *Karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istenmezse, veya*

c. *Kurul, 43. maddede öngörülen istemi reddederse,*

3. *Kesin karar yayınlanır."*

Başvuru dosyası Büyük Daire'ye gönderildiği zaman, üst yargı yerindeki inceleme, itiraz konusu olup olmadığına bakılmaksızın davanın tümünü kapsıyor. Bir itirazın Büyük Daire'ye gönderilmesi, "... bütün bir davanın yeni bir hükümle yeniden karara bağlanması içindir. Böyle olunca da Büyük Daire'ye gönderilen dava, zorunlu olarak, Daire'nin daha önce kararında incelediği başvurunun bütün yönlerini kapsayacaktır. Büyük Daire'nin bu davadaki yetki alanı, yalnızca Daire'nin kabul edilebilirliğe ilişkin kararıyla sınırlı değildir. Özetle davanın kısmen Büyük Daire'ye gönderilmesinin hiçbir temeli yoktur." (K ve T / Finlandiya, 2001)

Yukarıdaki gerekçelerin de ortaya koyduğu gibi, Büyük Daire, kendisine gönderilen dosyayı bir bütün olarak her yönü ile değerlendirip yeni bir karar verecektir. Büyük Daire bu tutumunda öylesine kararlı görünmektedir ki, Strasbourg yargısının geçmişteki içtihatları ile yerleşmiş bulunan yanların sav ve savunmalarını genişletemeyecekleri kuralını da aşmakta, yanlara evvelce ileri sürülmeyen konuları tartışmaya sunma olanağını tarımaktadır:

"Ön İtiraz;

35. Başvurucu, hem yazılı açıklamasında, hem duruşmada, Başsavcı'nın görüşünün kendisine iletilmemesinden dolayı Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği yönündeki Daire Kararı'nı tartışmaya açma hakkına itiraz etmiştir. Başvurucu, Hükümet'in Daire önündeki yargılama sürecinin hiçbir aşamasında bu konuda herhangi bir görüş belirtmediğini vurgulamıştır. Gelinen bu noktada, başvurucuya göre Hükümet'in bu yönde görüş belirtmesine izin verilmesi, Sözleşme'nin 43. maddesinin kötüye kullanılması anlamına gelecektir.

36. Mahkeme, başvurucunun bu itirazını kabul etmemektedir. Mahkeme'ce daha önce gözlemlendiği gibi, kabulün sonucu, bütün bir davanın yeni bir hükümle yeniden karara bağlanması için Büyük Daire'ye gönderilmesidir.

37. Buna göre Mahkeme, Daire tarafından kabul edilebilir bulunan ve Daire kararının konusunu teşkil eden 6. maddede kapsamındaki her iki yakınmayı da inceleyecektir." (Göç/Türkiye, 2002)

11 numaralı Protokol'ün yürürlüğe girmesinde sonra uygulamaya konulan itiraz yöntemi, Mahkeme'nin birinci yargılama basamağını oluşturan Daire kararları arasındaki içtihat uyumunun sağlanması açısından yararlı olmuştur. Bir başka önemli yararı da, yedi üyeden oluşan Daire'lerde, üçe karşı dört oyla sağlanan çoğunluk görüşünün, kararları zaman zaman tartışılabilir duruma düşürmesidir. Örneğin Refah Partisi'nin iktidarda olduğu bir sırada Anayasa Mahkemesi'nce kapatılması, 3. Daire'de bir oy üstünlüğü ile sağlanan çoğunlukla Sözleşme'ye uyumlu bulunmuştu. İtiraz üzerine on yedi yargıçtan oluşan Büyük Daire'nin oybirliği ile aldığı karar, bu açıdan hiçbir kuşkuyla yer bırakmayan açıklıktaydı.

Türkiye'den gönderilen başvurulardan, Mehmet Göç, Refah Partisi, Öcalan, Leyla Şahin davaları da Büyük Daire'nin incelemesinden sonra kesinleşmişti. Daire kararlarının kesinleşmesi için 43. maddede belirtilen üç aylık itiraz süresi, kararların uygulanmasını bu ölçüde geciktirse bile, "itiraz" olgusunun sağladığı yararlar karşısında, önemli bir sakınca olmamaktadır.

## AİHM'İN KESİNLEŞMİŞ KARARLARI KARŞISINDA DEVLETLERİN NE TÜR YÜKÜMLÜLÜKLERİ BULUNMAKTADIR?

AİHS'nin "Kararların Bağlayıcılığı ve Uygulanması" başlıklı 46. maddesine göre:

*"1. Yüksek Sözleşmeci taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.*

*2. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulamasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir."*

Sözleşme'nin etkili olabilmesi için, AİHM'nin kararlarının uygulanması zorunludur. Bu konu tartışılmayacak kadar açıktır. Mahkeme kararlarının uygulanmaması durumunda, Sözleşme ile öngörülen uluslararası yapılanmayı ayakta tutup yaşatma olanağı sağlanamaz. 46. madde, devletleri taraf oldukları davaların kararlarını uygulamakla yükümlü kılarken, konuya çok yalın bir biçimde yaklaşmaktadır. Kişisel ilişkilerde olduğu gibi, devletlerin de, doğrudan uyuşmazlığın yanlarından biri konumunda buldukları kararların gereğini yerine getirmeleri doğal bir edimdir. Ancak devletlerin yükümlülüğü, başvuruca karşı karar gereklerinin yerine getirilmesi ile sona ermemektedir. Mahkeme, ulusal ölçekteki bir uygulamayı Sözleşme'ye aykırı bulmuşsa, demek ki bu tür başvuruların

arkası gelecektir. Böyle durumlarda devletlerin aynı konularda AİHM'de çok sık yargılanmak ve her kararda ağırlığı biraz daha artan eleştiri ve tazminat yükümlülükleriyle karşılaşmamak için, temeldeki sorunlarını çözmeleri gerekir.

Bu tür çözümler için, kamu yönetiminin karar verme sürecinde görev alanların öncelikle konuları bilmeleri, Avrupa ölçeğinde gerçekleşen yenilik ve değişimleri yakından izlemeleri, bunlara ayak uydurulamadığı koşullarda olabilecek sorunları önceden algılamaları, saptamalarının sonuçlarını uygulamaya dönüştürecek bilimsel ve siyasal birikimlere ulaşabilmeleri zorunludur. Yoksa, günümüze kadar bütün siyasal iktidarların yaptığı gibi, *"hakkımızda bir dava açılmış, bekleyelim, sonucu görelim, karar ne diyorsa gereğini yaparız"* türünden donuk ve boyun eğmiş yaklaşımlarla hiçbir yerlere varılamaz.

AİHM, eğer üye devlete bir başvuruyu gönderip savunma istemişse, bu bildirim son derecede önemlidir. Mahkeme'ye iletilen bireysel başvurulardan %90'ı, daha ilk inceleme aşamasında elenip reddedilmektedir. Devletlerle iletişim kuranlar ise, sıkı bir inceleme sürecinden geçirildikten sonra araştırılmaya değer bulunanlardır. Devletler, böyle bir bildirim karşısında nasıl bir yanıt vereceklerini düşünmekle kalmamalı, yakınma konusu olaylara neden gösterilen hukuksal yapılarını ve uygulamalarını da gözlem altına almalıdırlar. Devletlerden savunma istenmesi, ek bilgi ve belgelere gereksinim duyulması, kabul edilirlilik kararı verilmesi, son gözlemlerinin istenmesi gibi aşamalar, adım adım başvurunun kabul edilmesine doğru yaklaşıldığı anlamında yorumlanmalıdır. Bu sürecin işleyişi, devletlere geleceği yorumlayıp, istenmeyen, onur kırıcı kararlarla karşılaşmamak için, dostça çözüm yoluna girmeleri açısından gerçekçi uyarılar biçiminde algılanabilmelidir.

99

Uluslararası yargının başlıca görevi, iç hukuk uygulamalarını AİHS karşısında değerlendirmek ve eğer varsa Sözleşme'ye aykırılıkları saptamakla sınırlı kalmaktadır. Bu şekilde verilen kararlar, üye devletlerin iç hukuklarını başlıca üç temelde etkilemektedir:

a. Yakınolan olay Sözleşme ile birlikte ulusal yasalara aykırı bulunursa, ilgili devlet, yasalarını değiştirmek zorunda kalmaksızın iç hukuk uygulamalarını düzeltmektedir.

b. Sorun, ulusal yasaların Sözleşme'ye aykırılığından kaynaklanıyorsa, böyle durumlarda yasaların yenilenerek Sözleşme'ye uyulanması gerekmektedir.

c. Her iki koşulda da, AİHM bu doğrultuda bir karar almışsa, zarar gören kişi veya kuruma, tazminat ve yargılama giderleri ödenmektedir.

Bu işleyiş, Türkiye'de çok geç anlaşılabilmiştir. Bir dava sonuçlanınca, yüzeysel bilgiler vermekle yetinen görsel ve yazılı basın, olayı "*Türkiye tazminata mahkum oldu*", başlığıyla duyurmuştur. Kimi politikacılar, hatta insan hakları uzmanı geçinen bazı bilim adamları bile, "*öde, kurtul*" anlayışı içinde kararlaştırılan tazminatın ilgisine ödenmesiyle uluslararası yargı kararının uygulanmış olacağı, böylece dosyanın kapana-çağı yolunda demeçler vermişlerdir. Hükümetler de, tazminat ve yargılama giderlerini ödemekle yetinerek, uyuşmazlığın temelindeki yanlışları düzeltmekte isteksiz kalmışlardır. Böylece sonuçlanan her dava, hukuk uygulamalarında var olan uyumsuzlukların biraz daha su yüzüne çıkmasına neden olmuştur.

Bu konuyu çok bilinen bir örnekle açıklamakta yarar bulunuyor. 9 Haziran 1998 günü sonuçlanan İncal/Türkiye



Davası'nın kararında, sivil kişileri yargılayan mahkemenin üyeleri arasında bir asker yargıcın da bulunması, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi olarak nitelenmişti. Yapılacak iş ivedilikle Anayasa'yı ve DGM Yasası'nı değiştirerek AİHM'nin kararı doğrultusunda yeni bir yapılanmaya gitmekti. Ancak Türkiye'yi yönetenler, çok sevimsiz karşıladıkları bu kararı uygulamamak için uzunca bir süre boş yere oyalandılar. Ortada, bir hukukçunun benimsemesine olanak bulunmayan çok keskin bir çelişki vardı. Bir yanda DGM'lerini adil yargılama yeri saymayan AİHM'nin kararı, diğer yanda olanca gücüyle çalışan DGM'lerinde yargılanıp çeşitli cezalara çarptırılan sınıklar. İlginçtir ki tek bir Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıcı da kendiliğinden ses verip bu koşullarda *"biz artık yargılamaları sürdüremeyiz"* diyebilmek kararlılığını gösteremedi. Sonuçta bu konudaki başvurular da göz göre göre AİHM'de yığılaştı, devlet, aralarında Öcalan'ın da bulunduğu çok sayıdaki kişiye büyük sayılara ulaşan tazminatlar ödemek zorunda bırakıldı. Üstelik şu sıralarda bu başvuruların tümü de sonuçlanmamış bulunuyor.

Başvuru sürecinin sonunda göz ardı edilmemesi gereken bir konu da, davacının yitiklerinin hangi yollardan giderileceği sorusuna yanıt getirilmesidir. Bu konu şöyle de sorgulanabilir. İç hukuk yolları sonucunda, davadaki beklentileri kesinleşmiş yargı kararı ile karşılanmayan kişinin, bireysel hakları AİHM'nin olayda Sözleşme'ye aykırılık saptaması durumunda nasıl bir çözüme kavuşturulacaktır?

Yargılama konusu olayın içeriği süreklilik taşımıyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kararlaştırılan tazminat oluşan zararı karşılamaya yetiyorsa, bu koşullarda bireysel çözüm gerçekleşmiş olduğundan, hukuku yenileme yükümlülüğünün dışında, başkaca edimlere gerek kalmamaktadır.

Bazı edimler, üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyen idari işlemlerin değiştirilmesi ile yerine getirilebilecektir. Örneğin; kapatılan bir işyerinin açılması, daha önce reddedilen yapı ruhsatı isteminin yerine getirilmesi, toplatılan kitapların, yayıncısına geri verilmesi gibi.

Cezaları kesinleşen kişiler için özel af, koşullu salıverme, devletin tazminat ödemesi gibi öneriler ileri sürülmüştür. Bunların, yalnız sınırlı alanlarda uygulanabilecekleri için, karşılaşılabilecek sorunları çözmekte yetersiz kalacakları kolaylıkla görülebilmektedir. Kaldı ki, AİHM'nin her kararının ardından, olaya özgü ve bir öncekinden farklı yöntemler üretilmesi gerekecekti ki, böyle bir işleyişin devletin kurumsallığı ile bağdaştırılması olanaksızdır.

AİHM kararlarını, ulusal hukuka uyarlamakta karşılaşılan en önemli güçlük, ulusal düzeyde kesinleşmiş yargı kararlarını değiştirmenin olanaksızlığıdır. Erklar ayrılığı ilkesinin gereği olarak bir kararı değiştirecek ya da ortadan kaldıracak tek güç, yine yargının kendisidir. Ancak mahkemeler, kesinleşmiş davalar nedeniyle kendiliklerinden harekete geçemediklerinden AİHM kararları ile, yargının işleyişi arasında yasal koşutluklar oluşturulmadan bu sorunların aşılamayacağı görülmüştür.

**AIHM KARARLARININ YARGILAMANIN YENİLENMESİ  
NEDENİ OLARAK BENİMSENMESİ  
UYGUN BİR ÇÖZÜM MÜDÜR?**

**100**

AIHM kararlarını fazla önemsemeyen siyasal iktidarlar, bu yanılığın bedelinin ağır olduğunu, Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde yakından izlemişlerdir. Ulusal hukuku değiştirip yenilememekte direnenler, sonunda, hukuksal yapıdaki uyumsuzlukları, uygulamadaki yanlışları sürdürerek Avrupa Birliği'ne girmenin olanaksızlığını anlamak zorunda kaldılar. Böylece, "*Uyum Yasaları*" dönemi başladı.

Türkiye'de düşünceye konulan cezaların kaldırılması, demokratik örgütlenmelerin önünün açılması için yoğun uğraşlar verilmiştir. Pek çok aydının yaşamlarına da mal olan bu doğrultudaki uygarlık savaşı, aydınlanma girişimleri ile yaşıttır. Ancak sonuçlar, yeterince başarılı olamamıştır. İç güçler, hukuku yenilemeye, demokrasiyi, insan haklarını geliştirmeye yeterli gelmemiştir. Kendi yurttaşını, aydınını, bilim adamını dinlemeyip, "*batılı*" olmak uğruna dıştan gelen yönlendirmelere uygun davranmak, yakasındaki rozette ne yazarsa yazsın, Tanzimat'tan günümüze ülkemiz politikacısının değişmez niteliği olmuştur. Çok sık yineledikleri, "*biz bu değişimleri batılı dostlarımız istediği için değil, halkımızın gereksinimleri için yapıyoruz,*" biçimindeki söylemlerinin abartılı ve gerçek dışı olduğunu içte ve dışta bilmeyen kalmadı.

Politikacıların çok farklı beklentileri olabilir. Avrupa Birliği'nin dürtüleri ile de olsa, zaman zaman kişiye özel düzenlemeler de yapılırsa, onur kırıcı nitelemelerle "ev ödevi" adı altında sürdürülen yasama çalışmalarının önemli yenilikler getirdiğini görüp anlamak zorundayız. Hangi neden ve dürtü ile gerçekleşmiş olursa olsun, yasalar, uygulanmak için yapılmıştır. Bunlar, görmezden gelinmemelidir. Ulusal hukukumuz, dış baskılar sonucunda da olsa, kısa soluklu da kalsa, göreceli bir değişim süreci geçirmiştir. Yasama organının, gerçekleştirdiği yenilik ve değişimlere yaşam kazandırmak, yürütme ve yargı erklerine düşmektedir.

Yargı kararlarının yerine getirilmesinde en doyurucu yöntem, Sözleşme ihlalinden önceki koşullara geri dönebilmektir. Böyle bir sürecin nasıl işletilebileceği konusu, üye ülkelerin hukuksal yapılanmalarına göre farklılıklar taşıyabilmektedir. 2002 yılından itibaren, AİHM kararlarını ulusal hukuka uyarlamak, AİHS'nin iç hukukta doğrudan uygulanmasını sağlamak amacıyla, acemiliklerle, çelişkilerle, doğru seçimler yapamamanın gelgitleriyle yüklü bir dizi hukuksal yenilik gerçekleştirildi. İlk aşamada yargılama yöntemleri yasalarında yapılan değişikliklerle, AİHM kararları, ilgilendikleri davalar açısından yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edildi.

HUMK'da 4793 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle, yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin yer aldığı 445. maddeye eklenen 11. bent ile;

*"Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması,"*

Yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak benimsendi.

4793 sayılı Yasa ile CMUK'un 327. maddesine 5. bent olarak aynı nitelikte bir yargılamanın yenilenmesi nedeni eklendi. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. maddesinin (f) bendinde aynı kural yinelenmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Yöntemleri Yasası'nın 53. maddesinde 15.7.2003 günlü 4928 sayılı Yasanın 6. maddesi ile yapılan değişiklikten sonra AİHM'nin kesinleşmiş kararları, idari yargı açısından da yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edildi.

Her üç yasaya göre de, bu yetkinin AİHM kararının kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde kullanılması öngörüldü.

AİHM kararlarına, yargılamanın yenilenmesi yoluyla ulusal hukukta etkinlik kazandırılması, en doğru çözüm olmuştur. Yargı dışı erklerin görüş açıklamalarını bile gerektirmeyen, kendiliğinden uygulanabilen, ulusal hukuka göre sonuçlanan ve son sözün yargıya bırakıldığı bir işleyiş, devletin anayasal yapılanmasına da uygun düşmüştür.

Burada bir konuya kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi sürecini kim devinime geçirecektir? AİHS'nin 6. maddesinin 1. bendindeki tanıma göre "... medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda ..." davanın taraflarının yargılamanın yenilenmesini talep etmeleri beklenebilir. Böyle bir uygulama hukuk davalarının yanların etkinliği altında geçen genel işleyişine uygun düşebilecektir.

Ceza davalarında ise, kanımızca, farklı bir yöntem izlenmesi gerekmektedir. AİHM kararı, sanık ya da hükümlünün, ulusal hukuka göre içinde bulunduğu konumdan daha uygun koşullara yönelmesini sağlayacak ise, anılan kişinin başvurusu

100

beklenmemelidir. Hak sahibi sessizliğini sürdürse bile, kamu adına Cumhuriyet Savcılığı, yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmalıdır.

AİHM'nin "Sözleşme'nin ihlali" olarak nitelediği ceza mahkumiyeti; hükümlü başvurmadığı için görmezden gelinemez. Devlet, insan haklarına, yani ulusal yasaya aykırılığı kesinleşen bir cezanın infazını sürdüremez. Bu gibi durumlarda, Cumhuriyet Savcısı'nın girişimi ile olay tekrar yargının gündemine getirilmelidir. Böyle işleyişin kurulamaması ise, devlet açısından, yeni yeni insan hakları ihlali suçlamalarına neden olabilecektir.

Sözleşme açısından, dernek tanımına bağlı hukuksal uyumsuzluk gibi görülmesine karşın, siyasal partilerin kapatılması davalarının Avrupa demokratik kamu düzeni açısından taşıdığı önem gözetilerek, ayrıca temel insan haklarının başında gelen Sözleşme'nin 2. maddesine göre yaşama hakkı çignenelerinin yakınlarının, 3. maddesine göre işkence kurbanlarının açtıkları tazminat davalarında da, AİHM'nin verdiği kararlar, ilgililerin başvuruları beklenmeden, kendiliğinden ve kamu adına yargılamanın yenilenmesi sürecine götürülebilmelidir.

Yargılamanın yenilenmesiyle ilgili son bir konuya değinmekte yarar bulunuyor. AİHM, yargılamanın yenilenmesi konusundaki yakınmaları, yeni uyumsuzluklar olarak görmüyor. Bu nedenle de, gelen başvuruları, asıl ana davanın kararının kesinleşmesinin üzerinden altı aydan fazla bir süre geçmişse, incelemeksizin reddediyor. Bu koşullarda yargılamanın yenilenmesi sürecine yönelik sorunlar, Sözleşme'nin 46/2. maddesi bağlamında, AİHM kararlarının uygulanmasını sağlamakla görevli bulunan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin genel denetim yetkisi içinde değerlendiriliyor.

Sözleşme'yi çok sık çiğneyip AİHM'nin vereceği ihlal kararlarından sonra uygun çözüm yollarını aramak yerine, ulusal ölçekte doğrudan uygulayıp AİHM'ye gönderilecek başvuruları en aza indirebilmek, çok daha akılcı bir yol olacaktır. Ancak böyle bir işleyişe ulaşmanın kolay olacağı düşünülmemelidir. Sözleşme'nin doğrudan uygulanması, hukukçuların gelişmiş bir bilgi ve deneyim birikimine ulaşmalarıyla olanaklıdır. Daha da önemlisi, ulusal hukukun, Sözleşme ihlallerine yer veremeyecek ya da bu olasılığı en aza indirebilecek bir yapılanma içinde olabilmesidir. Yürürlükteki yasalara Sözleşme kurallarının eklenmesi, ayrıca yasalarda varlığını sürdüren insan haklarına aykırı düzenlemelerin kaldırılması da, sorunların çözümü için yeterli olmayacaktır. Bütün bu değişimler, gereklidir, ancak, başarılı bir uygulamaya geçilebilmesi daha fazlasına gereksinim bulunmaktadır. İnsan hakları alanındaki ilerlemelerin en belirleyici göstergesi, kamusal örgütlenmenin insana saygılı bir çalışma düzeni içinde olabilmesiyle birlikte, her düzeyde görevli hukukçuların insan haklarına uyumlu yorum alışkanlığını edinebilmelidir. İnsan hakları ölçütlerindeki ileriye dönük hızlı değişimler nedeniyle, hukuku doğru yorumlamak, yasaları değiştirmekten daha fazla önem kazanmıştır.

Böyle bir işleyiş, ilk adımda, ulusal yargı yerlerinin Sözleşme'yi doğrudan uygulamaları ile sağlanabilir. Bunun için, Sözleşme'nin üst hukuk normu düzeyine getirilmesi, diğer yasalarla olası çelişkilerde, Sözleşme'ye öncelik verilmesi gerekir. Bu yapılanma, yargılama sürecinin ilk basamağından başlayarak, kararların kesinleşmesine kadar, her derecedeki yargı yerlerinde gerçekleştirilecek hukuksal denetimin, Sözleşme'yle uyumlu bir biçimde yürütülmesini sağlayacağından, Sözleşme'yle uyumlu yargı kararlarının gelişmesine katkıda bulunabilir.

Sözleşme'nin etkinliğini ulusal düzeyde gerçekleştirmenin ikinci ve tamamlayıcı basamağı olarak, "anayasa şikayeti" yolu kurumsallaştırılabilir. Olağan yargı yerlerinde Sözleşme'ye dayandırdığı savlarında beklentilerine ulaşamayan kişilere, sınırlı ve istisnai koşullarda, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz olanağı verilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin bu süreç içerisinde önüne getirilen konulara olağan yargı yerlerinin bakışından farklı olarak, ilkesel açıdan getireceği yeni çözümler, ulusal ve uluslararası hukukun büyük ölçüde örtüşmelerini sağlayabilecektir.

Ülkemiz hukukçuları, Sözleşme ile yasalar arasında aynı konulardaki farklı düzenlemeleri, uyumsuzluğun başlıca nedeni olarak ileri sürmüşlerdir. Ulusal mahkemeler, sözleşmelerin öncelikle yasama organını ilgilendirdiğini, yürürlükteki yasalar sözleşmelere uyarlanmadıkları sürece kendilerinin yasaları uygulamakla yükümlü olduklarını benimsemişler ve işlevlerini bu doğrultuda sürdürmüşlerdir. Sözleşmelere uyum sağlama görevinin, erkler ayrılığı ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak parlamentolara ait olması, hukuk üretmemekte direnen bir yargılama anlayışının değişmeyen sığınağı olmuştur.



Bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra sınırlı sayıdaki bazı yargı kararlarında AİHS'nden söz edilmesi, 6366 sayılı Yasa'nın yaygın bir uygulamaya kavuştuğu anlamına gelmemektedir. Mahkemeler, ulusal hukuka göre sonuçlandırdıkları bazı davalarda, Sözleşme'ye yollamalar yaparak gerekçelerini zenginleştirmekle yetinmişlerdir. Bu davalar, Sözleşme'ye değinilmese bile, yine aynı doğrultuda sonuçlanacak uyuşmazlıklardı. Türk yargı yerlerinin son yıllarda vermiş oldukları kararlarında, uluslararası bildiri ve sözleşmeleri yasaların üzerinde ve hatta anayasal düzeyde uyguladıkları yolundaki örnekler, son derece sınırlı kalmaktadır. Bu örnekler bakarak, Türkiye'deki mahkemelerin uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulama pratiğine ulaştığını söylemek, şimdilik aşırı bir iyimserlik olacaktır. Kaldı ki, çok yaygın olmamakla birlikte, AİHS gibi temel insan hakları belgelerinin, bazı mahkeme kararlarında, ulusal yasalarda var olan hak ve özgürlüklerin kısıtlama gerekçesi olarak öne çıkarılmaları, son derece yanlış ve sakıncalı uygulamalardır.

Anayasa'nın 90. maddesine göre, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde ...*" oldukları halde, kamusal organlar, AİHS'yi temel hukuk normu olarak benimseyip uygulamakta oldukça isteksiz kalmıştır.

7 Mayıs 2004 günlü 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesinin sonuna yeni bir tümce eklenmiştir. Bu değişimle birlikte 90. madde, aşağıdaki görünümü almıştır.

*"D. Milletlerarası anlaşmaları uygun bulma*

**MADDE 90.** – *Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.*

*Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan anlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi haklarına ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu anlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.*

*Milletlerarası bir anlaşmaya dayanan uygulama anlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari anlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren anlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.*

*Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü anlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.*

*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7. 5. 2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."*

Bu yenilik, Türkiye'nin onayladığı uluslararası hukuku içselleştirmek açısından son derece ileri ve önemli bir gelişmedir. Doğru algılanıp amacına uygun olarak yorumlandığı zaman, tutucu alışkanlıkların ardına çekilerek değişmemekte direnen geleneksel tutumu değiştirebilecek açıklıktadır. Yasama organının amacı çok somut biçimde ortaya konulmuştur. Değişiklik, "... usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları ..." üst hukuk normları düzeyine çıkarmıştır.. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce

onaylanan sözleşmeler, sonuçta ulusal yasalar olmaktadır. Aynı konulara değinen başka yasalarda "uyuşmazlık" olarak nitelenebilecek farklı düzenlemelerin gözlenmesi durumunda, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın uluslararası hukuk uygulanacaktır.

90. maddeye eklenen son tümce, yalnız AİHS'yi değil, Türkiye'nin taraf olduğu ve bir yasa ile onaylanan temel hak ve özgürlüklere ilişkin tüm uluslararası sözleşmeleri kapsamaktadır. Örneğin; Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi, İşkence ve Başkaca Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Zorla Çalışma Sözleşmesi, Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi, Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Ücret Eşitliği Sözleşmesi, Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi, Meslek ve Çalışma Yaşamında Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Asgari Yaş Sözleşmesi, Çocukların Çalışmalarının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokoller, Avrupa Sosyal Şartı, Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu, Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi gibi sözleşmelerin tümü, artık aynı konulardaki farklı kurallar içeren diğer yasalara bakılmaksızın, mahkemelerin doğrudan ve öncelikle uygulayacakları hukuk kuralları durumuna gelmişlerdir.

Değişen biçimiyle Anayasa'nın 90. maddesini, yine Anayasa'nın 11. maddesi karşısında sorguladığımız zaman, hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak açıklıkta, "... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağ-

ladığı ..." görülmektedir. Değişim, kapsadığı sözleşmeleri üst hukuk normları düzeyine çıkarmakla yetinmemekte, onların güncel işlem ve ilişkilerin her aşamasında yaşama egemen olmasını amaçlamaktadır. Yargı organının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onaylanan bu tür sözleşmeleri doğrudan uygulaması için, artık, ulusal yasaların sözleşmelere uyarlanmasına gerek kalmamıştır.

TBMM, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşmeyi, başka bir yasa ile yürürlükten kaldıracaktır. Ancak Anayasa'nın 11 ve 90. maddeleri karşısında daha önce onayladığı Sözleşmelere aykırı yasalar çıkarmaması gerekmektedir. Böyle durumlarda, anayasaya aykırılık süreci işletilebilecektir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin onaylanmış sözleşmeler, yurttaşların yürürlükteki hukuka göre kazanılmış haklarını kısıtlayarak demokratik özgürlüklerini daraltan kurallar getirirse, Anayasa'nın 90. maddesi karşısında bu çelişkinin nasıl çözüleceği konusu gündeme gelebilecektir. Böyle durumlarda, hiç kuşku yok ki Sözleşme'ye rağmen, ulusal hukukta var olan hak ve özgürlükler korunacaktır. Bu sınırlamalar, onaylanan uluslararası sözleşmeden de kaynaklansa, Anayasa'nın 13. maddesine göre, "*Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olamaz.*"

Yasalar, kavramlar ve sözcükler düzeyinde her zaman tartışılıp eleştirilebilirler. Bu tartışmalar, yasayı uygulamamanın yollarını araştırıp eski alışkanlıkları sürdürmek doğrultusunda olmamalıdır. Yasa yapıcının amacının doğru saptanması gerekmektedir. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen tümce, yasalaşan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk kurallarının doğrudan uygulanmasını amaçlamaktadır.

Uluslararası insan hakları hukuku, yalnız antlaşma ve sözleşmelerden oluşmamaktadır. Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, denetim organlarının bu güne kadar verdikleri kararlarla bir bütünlük oluşturmaktadır. AİHS kadar somut ve bağlayıcı olmasa da diğer birçok uluslararası antlaşmanın kendine göre etkinliklerini sürdüren denetim yöntemleri vardır. Anayasa'nın 90. maddesi, ulusal mahkemelerin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda, adeta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yalnız Sözleşme'yi değil, bu alandaki içtihat birikimini de uygulayarak görev yapmasını öngörmektedir. Hele ülkemizde yakın geçmişte yaşananlar anımsanır, hukukumuzda bu gün de var olan eksiklikler düşünülürse, Anayasa'nın 90. maddesinde gerçekleştirilen değişikliğin, kapsadığı konularda oldukça ileri bir adım olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Hiç kuşku yok ki, bu değişime çalışmaları ile canlılık kazandırma yükümlülüğü, insan hakları konusunda Anayasa'nın 90. maddesi ile yeni sorumluluklar altına giren hukukçulara düşmektedir.

**AİHM KARARLARININ ULUSAL YASA VE  
UYGULAMALARI DEĞERLENDİRİRKEN  
ÜZERİNDE DURDUĞU ÖLÇÜTLER  
ZAMAN İÇERSİNDE NASIL BİR GELİŞİM İZLEDİ?**

İnsan haklarının bireysel ve toplumsal ölçekteki amacı, adaletin egemen olduğu bir dünyada herkesin insanca ve özgürce yaşamasıdır. Sorgulanması gereken konu, AİHS ve ek protokoller çevresinde oluşan hukuk kurallarının, AİHM kararları ile insan haklarının gerçekleşmesine hangi boyutlarda katkıda bulunduğudır. Başlangıçta da belirttiğimiz gibi Avrupa ölçeğinde dar ve sınırlı bir örgütlenmenin ürünü olan Sözleşme'ye, evrensel işlevler yüklememek gerekiyor. Bu konudaki son değerlendirmelerimizi topluca sunabilmek için, AİHM'nin, bir yargı yeri olarak, önüne getirilen uyuşmazlıkları inceleme yöntemi üzerinde durmakta yarar bulunuyor. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

1. Mahkeme, incelemelerini, başvuru konusu olayın boyutlarıyla sınırlı tutuyor. Soyut ve genel nitelikteki araştırmalara girmemeye özen gösteriyor. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hukuksal yapılarını, gündemdeki davanın zorunlu kıldığı konuların dışında değerlendirmiyor. Kararlarında Mahkeme'nin üye devletlere ne yapmaları gerektiği konusunda yol göstermek gibi bir görevinin bulunmadığını sık sık vurguluyor. AİHM'nin kararları, yalnız dava konusu uyuşmazlıklar boyu-

tunda bağlayıcı olmakla birlikte, benzer olayların çözümünde, uluslararası içtihat niteliğini de taşıyor.

2. Mahkeme, kendisini, genellikle ulusal tanımlarla, ülkelerin kurumsal yapılanmalarıyla bağlı görmüyor. Devletlerin iç işleyişlerini, onların kendi koydukları kural ve yöntemlere göre değil, Sözleşme'nin amacı doğrultusunda değerlendiriyor. Ulusal uygulamalardaki yanlışların, ilgili ülkelerin yasaları doğrultusunda sınanması durumunda, Sözleşme'nin sağladığı güvencelerin anlamsız ve etkisiz kalabileceğini kararlarında belirtiyor.

Mahkeme bu görüşlerini korumakla birlikte, uyuşmazlıkları incelerken, olayların geçtiği ülkelerin konuyla ilgili hukuk kurallarını öncelikle göz önünde bulunduruyor. Ulusal yasalara aykırı düşen işlemler, Sözleşme'ye de aykırı bulunuyor.

3. Bireysel başvuru sürecinde en çok tartışılan konular, ulusal organların takdir yetkilerinin boyutları olmaktadır. Mahkeme bu alanda oldukça ihtiyatlı davranmakta, yerel organların takdir yetkilerine zorunlu olmadıkça karışmamaya özen göstermektedir. *"Ulusal mahkemeler tarafından nesnel ve hukuksal konularda yanlışlıklar yapıldığı savları Sözleşme'nin koruduğu haklara aykırı düşmediği sürece, AİHM'nin bu yanlışlıkları inceleme yetkisi bulunmamaktadır. 6. madde, kanıtların değerlendirilmesi konusunda bir kural getirmemiştir. Bu konular öncelikle ulusal hukukların kapsamına girmektedir."* (Schnek/Fransa, 1988)

Mahkeme, Sözleşme'nin koruduğu haklar arasında da, ulusal organların etkinliğini öne çıkaran öncelikler belirlemiştir. Örneğin, *"Toplumlarını ve ihtiyaçlarını doğrudan bilmeleri nedeniyle ulusal organlar, 'neyin kamu yararına uygun' olduğunu, uluslararası bir yargıca göre çok daha iyi belirleme olanağına sahiptirler. Bu nedenle AİHS ile oluşturulan koruma düzeni içinde mülkiyet*

*hakkından yoksun bırakma önlemlerini haklı kılacak kanusul nedenlerin varlığı ve alınacak önlemler konusunda ilk değerlendirmeleri ulusal organlar yapmaktadır. AİHS'nin koruma altına aldığı diğer alanlarda olduğu gibi, bu konuda da ulusal organlar belli bir takdir hakkına sahiptirler."* (Sporring ve Lönnroth/İsveç, 1982)

Mahkeme, Sözleşme'nin koruduğu haklara aykırı düşme-mek koşuluyla, devletlerin ekonomik ve siyasal politikalarına müdahale etmemektedir.

Mahkeme, dinsel inançlar ve ahlaki değerler konusunda da ulusal organlara geniş bir değerlendirme alanı bırakmaktadır. "... Sözleşmeciler devletlerin değişen iç hukuklarında tekdüze bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak olanaklı değildir. Her ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde, zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri, ülkelerinin yaşamsal güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin içeriklerini ve bunları karşılamak için tasarladıkları yasak veya yaptırımlar konusunda görüş bildirirken, uluslararası yargıçlardan genellikle daha elverişli bir konumdadırlar. Bu bağlamda, 'gereklilik' kavramının içerdiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal organlardır." (Handyside/İngiltere, 1976)

Buna karşılık Mahkeme, "Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence yasağının mutlak bir düzenleme olduğu ve bu konuda ulusal organlara herhangi bir takdir alanı bırakılmadığı görüşündedir. Devletler, işlenen suçtan bağımsız olarak, caydırıcı olabileceği gerekçesiyle 3. maddeye aykırı cezalar uygulayamazlar." (Tyrer/İngiltere, 1978)

"3. maddenin içerdiği mutlak yasak, savaş koşullarında bile bu yasağa aykırı davranılamayacağı anlamını taşır. AİHS'nin 15.



*maddesi devletlerin savaş hali veya diğer acil toplumsal durumlarda Sözleşme ve Protokoller tarafından korunan hakların uygulanmasını daraltabileceğini belirtmekle birlikte, 3. maddeden ayrılmayı olanaklı kılan hiç bir hüküm içermemektedir. Hiç bir çatışma veya teröre dayalı şiddet eylemleri, işkence ve kötü muamele yaşağını ortadan kaldırılmasını haklı kılamaz.” (İrlanda/İngiltere, 1978)*

Ölüm cezalarını kaldıran Sözleşme'nin 2. maddesi de, 6 ve 13. Ek Protokollerin yürürlüğe girmesinden sonra mutlak bir nitelik kazanmıştır. Devletlere, bu alandaki negatif yükümlülüklerine uygun davranma konusunda herhangi bir açık kapı bırakılmamıştır. Devletler, objektif sorumlulukları açısından ise, *“kendi yetki alanı içinde bulunan herkese, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükleri tanımak yükümlülüğü ile bağlantılı olarak, bir bireyin güç kullanılması nedeniyle yaşantısını yitirmesinden sonra, olaya el koyarak etkin bir resmi soruşturma açmakla yükümlüdürler.”* (Erol Güngör/Türkiye, 2005)

4. Mahkeme'nin yargının ulusal düzeyde yapılması ile birlikte işleyişini denetlemekle yetinmesi, doğru yargılamanın gerçekleşmesi açısından yeterli gelmemektedir. Doğru yargılama, son çözümde kararların adalete ve gerçeğe uygunluğu ile olanaklıdır. Ancak sunulan örneklerin de ortaya koyduğu gibi, Mahkeme, bu konudaki değerlendirmeleri genellikle ulusal organlara bırakmaktadır.

Mahkeme'nin içerik konusundaki edilgen tutumu, ağır da olsa zaman içersinde adil yargılanmanın özde de ne oranda gerçekleştiğini araştırmaya yönelmesiyle etkin bir görünüm edinmiştir. Ancak bu gelişme, oldukça sınırlı kalmaktadır.

Mahkeme, gerek ceza gerekse hukuk uygulamalarında *“orantılılık”* ögesini araştırırken, bir içerik denetimi yapmış olmaktadır. Böylece bireysel hakların kullanımı ile bunlara

yönelik kamusal müdahalelerin dengeli olup olmadığı araştırılmaktadır.

5. Mahkeme, zaman içerisinde kanıtların değerlendirilmesi konusundaki edilgenliğinden uzaklaşarak, bu alanda da yol gösterici olmaktadır.

*"Savunma tarafından sunulmak istenen kanıtların toplanması, kural olarak ulusal mahkemelerin takdiri içindedir. Ancak Avrupa Mahkemesi'nin görevi yargılamayı bir bütün olarak ele alıp Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılamanın gerçekleşip gerçekleşmediğini ortaya çıkarmaktır. Mahkeme'ye göre kanıtların ispat gücünü belirleme konusunda ulusal yargıcın sahip olduğu takdir hakkı, Strasbourg organlarının denetim yetkisi altındadır."* (Vidal/Belçika, 1992)

Uluslararası denetimin yalnızca biçimsel uygulamaların sınanmasıyla sağlanamayacağı gerçeği karşısında Mahkeme, içerik araştırmasını daha da derinleştirmiştir. Örneğin elektronik araçlar eliyle çalıştığı bankayı dolandırdığı gerekçesiyle mahkum edilen kişinin başvurusu üzerine Mahkeme aşağıdaki kararı vermiştir:

*"Mahkeme, ilgili dosyada mahkumiyetin esasını oluşturan orijinal belgelerin ibrazının reddedildiğini tespit etmiştir. Duruşmaların hiçbirisinde yerel mahkeme bilgisayarın elektronik kayıtlarını ya da çeklerin orijinallerini incelememiştir. Yerel mahkemeler dosyaya sunulan kopyaların orijinalleri ile uygun olup olmadığını kontrol etmemişlerdir. İbraz edilen çekler başvuruçunun davası için hayati öneme sahiptir ve mahkumiyetin asılsız olduğunu ispatlamayı sağlayabilirler. Başvuruçunun tekrarlanan taleplerine karşın delilleri oluşturan temel öğeler ibraz edilmemiş ya da yeterli olarak duruşmalarda incelenmemiştir. Sonuç olarak, Mahkeme, hukuki işlemleri bir bütün olarak ele aldığı anda adil yargılamanın gerekli koşullarının sağlanmadığını düşünmektedir."* (Papageorgiou/Yunanistan, 2003)

Mahkeme, olayın Sözleşme'nin 6 (1) ve 6 (3)/d maddelerinin ihlalini oluşturduğu yolundaki kararında, Yargıtay denetiminden beklenebilecek özeni de aşarak, en ince ayrıntılara kadar ulaşmıştır. Bu ve benzeri türdeki kararlar, kanımızca, AİHM'nin gelecekteki tutumunu ortaya koyması bakımından özel bir önem taşımaktadır.

6. İnanç, düşünce, iletişim ve örgütlenme özgürlükleri, demokrasilerin en belirgin ayıraçlarıdır. İnsanların, bireysel ve giderek toplumsal kimliklerini tanıyıp geliştirdikleri alandır. AİHM, bu konulardaki kararları ile yeni bir insan tipi yaratmamaktadır. Günümüzde, hızla gelişen teknolojinin, kişisel özgürlükler açısından Hephaistos'un görünmez çelik ağlarından çok daha etkili tuzaklarına karşı ortak koruma yöntemleri belirlemektedir. Böyle bir anlayışın paylaşılması, insana verilen değerın benimsenmesi ile olanaklıdır.

AİHM'nin kararlarından derlenen örnekler, ulusal uygulamalarla Avrupa yargıçlarının olaylara bakış açısı arasında çok büyük anlayış farklılıkları olduğunu ortaya koymaktadır. Sözleşme'nin teknik hukuku ilgilendiren maddelerinin karşılaştırılması durumunda bu farklılıkların bir ölçüde azaldığı gözlenebilir.

Aslında ülkemizdeki sorun, geleneksel duruş ile AİHM kararları arasındaki uyumsuzluklardan kaynaklanmaktadır. Cumhuriyet ile birlikte çok kapsamlı bir hukuk devrimini kısa sürede gerçekleştiren Türkiye, izleyen yıllarda uzun bir durağanlık sürecine girmiştir. Ağır aksak da yürüse, zaman zaman yol kazalarına da uğrasa, TBMM, gereksinim duyulan yeni yasaları çıkararak uygulamaya koymuştur; yani hukuk devletinin kuralları, biçimsel açıdan etkinliğini sürdürmektedir. Yaşanılan çağa yabancılaşmanın asıl nedeni ise, siyasal iktidarların ve onların ürünü olan yasaların, insana bakış açısı

sıdır. Bu dışlayıcı bakış öylesine etkili olmuştur ki, kendileri adına hiçbir beklentileri bulunmayan bireyler, birbirleriyle ilişkilerinde dayanışma içinde olmak yerine, buyurganların peşine takılmayı yeğlemişlerdir.

Buyurgan devlet, bağımlı yurttaş anlayışı, Cumhuriyet Dönemi'nde de sürdürülen toplumsal bir kimlik olmuştur. Kişiliklerini oturdukları koltuklarla özdeşleştiren ve kendilerini denetim kabul etmeyen monarklar olarak gören yönetim anlayışı ile demokrasiyi, insan haklarını uzlaştırmanın olanağı bulunmamaktadır. Siyasal ve ekonomik güç odakları karşısında boyun eğip güncel gelişmelere uzak kalan üniversitelerin, devlet yapılanması içindeki belirleyici gücünün ayırdına varamayan yargının sessizliği karşısında, ilerlemenin durması kaçınılmazdır. Bu çelişkiler, Türkiye uygulamalarının tartışıldığı AİHM'nin kararlarına da yansımaktadır.

Görülüyor ki, AİHS ile gerçekleştirilen uluslararası koruma, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin hukuksal gelişmelerine çok önemli katkılar sunmaktadır. Ancak ulusal düzeyde adaletin gerçekleştirilmesi, ulusal organların özenli çalışmaları ile sağlanacaktır. Bunun başka bir yolu yoktur. AİHM'de konuyu böyle algılamaktadır:

*"Sözleşme, kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma görevini, öncelikle Sözleşmeciler devletlere bırakmaktadır. Sözleşme tarafından oluşturulan yapılanma, ulusal sistemlere getirilen ikincil bir güvencedir."* (Handyside/İngiltere, 1976)

**AİHM'YE BİREYSEL BAŞVURU DİLEKÇELERİ  
HANGİ DİLDE VE NASIL YAZILIR NEREYE GÖNDERİLİR  
AVUKATLA TEMSİL İÇİN GEREKEN BELGELER NELERDİR  
DİLEKÇELERE HANGİ KANITLAR EKLENMELİDİR  
BU KONULARDA MAHKEMECE ÖNGÖRÜLEN  
ÖRNEKLER VAR MIDIR?**

Bütün bu soruların yanıtları, AİHM'nin resmi sitesinde yayınlanan genel açıklama, form doldurma yöntemleri, başvuru (formu) dilekçesi ve yetki belgesi örnekleri ile verilmektedir. Mahkeme'nin Türkçe açıklamalarını ve yine Fransızca, İngilizce ve Türkçe olarak üç dilde yazılmış başvuru dilekçesi ile yetki belgesi örneklerini, kitabımızın sonundaki EKLER bölümünde bulabilirsiniz.

# **EKLER**

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne  
Başvurmak İsteyenler İçin Açıklama**

**I. MAHKEME HANGİ İŞLERE BAKAR?**

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış olan temel haklarının çiğnenmesinden şikayetçi olan bireylerin başvurularını belirli koşullar altında değerlendiren bir uluslararası mahkemedir. Uluslararası bir antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa devletlerinden birçoğu, bireylerin bazı temel haklarına saygı gösterme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu haklar, Sözleşme'de ve sadece bazı ülkelerce kabul edilmiş olan, Sözleşme'ye Ek 1, 4, 6, 7 ve 13 numaralı Protokollerde gösterilmiştir.

Mahkeme'ye başvuruda bulunurken, bazı devletlerin çekincelerini incelemeniz tavsiye olunur.

2. Sözleşme'ye taraf bir devletçe, bu temel haklardan biri veya birkaçının ihlalinden ötürü kendinizi şahsen ve doğrudan

mağdur olarak değerlendiriyorsanız, Mahkeme'ye şikayette bulunabilirsiniz.

3. Mahkeme, ancak Sözleşme ve Ek Protokollerinde yer alan hakların ihlaline ilişkin şikayetleri inceleyebilir. Mahkeme, ulusal yargı organlarına göre bir istinaf mahkemesi konumunda değildir ve onlar tarafından verilen kararları ne ortadan kaldıracaktır, ne de değiştirebilir. Mahkeme'nin şikâyet konusu olan makam nezdinde, lehinize doğrudan bir müdahalede bulunma yetkisi de yoktur.

4. Mahkeme ancak Sözleşme'yi ve ilgili Protokolü onanmış devletlere karşı yapılan ve belirli bir tarihten sonraki olaylara ilişkin başvuruları kabul eder. Bu tarih, şikâyet edilen devlete ve şikâyetin hangi metin (bizzat Sözleşme ya da Ek Protokollerinden biri) ile güvence altına alındığına göre değişir.

5. Mahkeme'ye ancak, bir kamu otoritesinin (Parlamento, idare, mahkeme vb) sorumluluk alanına giren işlemlerinden dolayı şikâyette bulunabilirsiniz. Mahkeme özel kişi veya kuruluşlara karşı yapılan şikâyetlere bakmaz.

6. Sözleşme'nin 35. maddesi 1. paragrafı gereğince, Mahkeme'ye ancak iç hukuk yolları tüketildikten ve nihai karar tarihinden itibaren altı ay içinde başvurulabilir. Bu kabul edilirlilik koşullarına uymayan bir başvuru Mahkeme tarafından incelenemez.

7. Bu nedenle, Mahkeme'ye başvurmadan önce ilgili devletin hukuk sisteminin sunduğu ve şikâyetinizin konusunu oluşturan duruma çözüm getirebilecek tüm hukuk yollarını denemiş olmanız şarttır. Aksi halde, bu yolların etkisiz kaldığını kanıtlamanız gerekecektir. Dolayısıyla önce, en yüksek dereceli mahkemeye kadar tüm yetkili ulusal yargı organlarına



başvurmanız ve onlar önünde Mahkeme'ye sunmayı düşündüğünüz şikayeti, en azından özü itibariyle dile getirmiş olmanız gereklidir.

8. İç hukuk yolları tüketilirken, ulusal mevzuatın öngördüğü usule ve özellikle de süreye ilişkin kurallara uygun hareket edilmelidir. İç hukuk yollarını tüketmek üzere yaptığınız başvurular, size yükletilebilecek bir kusurla, örneğin süre, görev veya usul yönünden reddedilirse, Mahkeme başvurunuzu inceleyemeyecektir.

9. Bununla birlikte, bir mahkeme kararından, özellikle bir mahkumiyetten şikayetçi iseniz, olağan kanun yollarını kullandıktan sonra muhakemenin iadesi yoluna başvurmanız şart değildir. Ayrıca, af talebinde bulunmuş olmak, ya da yargı dışı çözüm yolu aramak da gerekli değildir. Bu çerçevede parlamentoya, devlet başkanına, hükümete, bakanlıklara veya ombudsmanlara sunulan dilekçeler, kullanılması şart iç hukuk yolu niteliğinde sayılmaz.

10. Yetkili en yüksek ulusal yargı merciinin verdiği karardan itibaren Mahkeme'ye başvurmak için altı aylık süreniz vardır. Bu süre, muhakemenin iadesi, af ve veya herhangi bir başka mercie yaptığınız yargı dışı çözüm talebinin reddinden itibaren değil, ulusal yargı usulünün olağan akışında nihai kararının size veya avukatınıza tebliğinden itibaren işlemeye başlar.

11. Altı aylık süre Mahkeme'ye sunduğunuz ve özet olarak da olsa şikayetinizin konusunu açıklıkla dile getirdiğiniz ilk mektupla veya doldurulmuş başvuru formunun gönderilmesiyle kesilir. Sadece bilgi isteyen bir mektup altı aylık süreyi kesmez.

12. Bilginiz açısından, Mahkeme tarafından incelenen başvurulardan %90'ının, yukarıda belirtilen şartlardan biri

veya birkaçına uyulmadığı için kabul edilemez bulunduğu konusuna dikkatinizi çekerim.

## II. MAHKEME'YE NASIL BAŞVURULUR?

13. Mahkeme'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizcedir, ancak size daha kolay geliyorsa, Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'ne Sözleşme'yi imzalamış devletlerin resmi dillerinde de yazabilirsiniz.

14. Mahkeme'ye yapılan başvurular yalnızca posta yolu ile gönderilebilir (telefonda yapılan başvurular kabul edilmez). Faks veya elektronik posta ile yapılacak başvurular daha sonra posta ile gönderilecek başvuru metniyle teyit edilmedikçe geçerli sayılmayacaktır. Şikayetinizi sözlü olarak açıklamak için Strasbourg'a bizzat gelmenize gerek yoktur.

15. Başvurunuzla ilgili bütün yazışmalar aşağıdaki adrese gönderilmelidir:

Monsieur le Greffier de la  
Cour européenne des Droits de l'Homme  
Conseil de l'Europe  
F. 67075 Strasbourg Cedex.

Mahkeme'ye gönderdiğiniz yazışma ve belgeleri birbirine tutturmak için lütfen zımbalamayınız, yapışkan bant ile veya herhangi bir başka madde ile yapıştırmayınız veya bağlamayınız. Tüm sayfaları sırasına göre numaralandırınız.

16. İlk mektubunuz veya başvuru formunuzun alınmasından sonra, Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü, adınıza açılan dosyanın numarasını size bildirecektir. Bu numara, daha sonraki bütün yazışmalarda yer almalıdır. Daha sonra, sizden

şikâyetinize ilişkin belge, bilgi veya tamamlayıcı açıklamalar talep edilebilir. Bununla birlikte, Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü şikâyetçi olduğunuz devletin yürürlükteki hukuku hakkında bilgi veremeyeceği gibi, ulusal hukukun yorumu ve uygulanmasına ilişkin hukuki mütalaada da bulunamaz.

17. Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü ile yazışmalarınızda sizden istenenleri zamanında ve tam olarak yerine getirmeniz yararınıza olacaktır. Yanıt vermemeniz veya her türlü gecikme dosyanızın incelenmesinin devamı ile ilgili iradenizi sürdürmediğiniz değerlendirilmesine yol açabilir. Dolayısıyla, size gönderilen başvuru formunu bir yıl içinde doldurup geri göndermezseniz, ya da Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'nün size gönderdiği mektuplara zamanında ve gerektiği gibi cevap vermezseniz, başvuru dosyanız yok edilecektir.

18. Eğer şikâyetlerinizin Sözleşme veya Ek Protokoller ile güvence altına alınan haklarla ilgili olduğunu ve yukarıda sayılan koşulları yerine getirdiğinizi düşünüyorsanız, başvuru formunu özenle ve okunaklı bir biçimde doldurarak, en geç altı hafta içinde Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'ne gönderiniz.

19. Mahkeme İç Tüzüğü'nün 47. maddesi gereğince başvuru formu aşağıda belirtilenleri kapsamalıdır:

a. Şikâyetlerinizin, ve dayandıkları olayların özeti,

b. Sözleşme ile güvence altına alınan haklarınızdan hangilerinin ihlal edildiğini düşündüğünüz konusunda açıklama,

c. İç hukuk yollarını tüketmek için hangi makamlara başvurduğunuz konusunda bilgi,

d. Şikâyet konusu olayla ilgili olarak kamusal mercilerce verilmiş kararların bir listesi. Bu listede, ilgili kararların tarihi,

kısa özeti, kararı alan makamın adı da yer almalıdır. Mektubunuza bu kararların birer kopyası eklenmelidir (Gönderdiğiniz belgeler size iade edilmeyeceğinden, belgelerin asıllarını değil, yalnızca suretlerini göndermeniz rica olunur).

20. Mahkeme İç Tüzüğü'nün 45. maddesine göre, başvuru formu bizzat tarafınızdan veya temsilciniz tarafından imzalanmış olmalıdır.

21. Kimliğinizin açıklanmasını istemiyorsanız, bunu belirtmeniz ve yargılamanın aleniyeti ilkesinin istisnası niteliği taşıyan bu talebi gerekçelendirmeniz gereklidir. Mahkeme kimliğin saklı tutulması taleplerini istisnai durumlarda ve ancak gerekçesini haklı bulursa kabul edebilir.

22. Mahkeme'ye bir avukat veya temsilci aracılığıyla başvurmak isterseniz, başvuru formuna ek olarak bir yetki belgesi sunmanız gereklidir. Bir tüzel kişiyi (şirket, dernek vb.) veya bir grup bireyi temsil eden kişi, yasal temsilcilik sıfatını kanıtlamalıdır. İlk başvurunun yapılması sırasında temsilcinizin mutlaka avukat olması gerekmez. Ancak, özel muafiyet durumları hariç, usulün ileri aşamalarında başvuru, Sözleşme'yi imzalamış devletlerde avukatlık mesleğini icra ile yetkilendirilmiş bir kişi tarafından temsil edilmelidir. Avukatın Mahkeme'nin resmi dillerinden birini (İngilizce ve Fransızca) en azından anlama düzeyinde kullanabilmesi gereklidir.

23. Mahkeme başvurunuzun hazırlanması amacıyla avukat tutmanız için adli yardım sağlamaz. Mahkeme önündeki usulün ileri aşamalarında (başvurunun davalı hükümete yazılı görüş alınması amacıyla iletilmesi kararından sonra) avukat tutmak için maddî imkânınız yoksa ve Mahkeme davanızın görülebilmesi için gerekli buluyorsa, adli yardımdan yararlanabilirsiniz.

*“NOT: Açıklama belgesinin ekinde AK’ye üye devletlerin Sözleşme’yi ve ek protokolleri onaylama ve yetki belgelerini sunma tarihleri bulunuyordu. Ancak listenin son güncellenmesi 14.11.2003 tarihli olduğundan, Türkiye ile ilgili yeni gelişmeleri tam olarak yansıtmıyordu. Başka ülkeler hakkında da eksik ve yanıltıcı bilgiler vermemek amacıyla listeler aktarılmamıştır.”*

**EK: II**

**Sözleşme'nin 34. Maddesine Göre  
Başvuru Formunu Dolduracak Kişiler İçin  
Açıklayıcı Not**

**GİRİŞ**

Bu notlar, Mahkeme'ye başvurunuzu gerçekleştirmenizde size yardımcı olmak amacıyla hazırlanmıştır.

Formu doldurmadan önce lütfen dikkatle metnin tümünü okuyunuz ve her bölümü doldururken bu notları göz önünde bulundurunuz.

Doldurulmuş form, Sözleşme'nin 34. maddesine göre Mahkeme'ye başvuru formunuz olacaktır.

Mahkeme davanızı incelerken bu formu temel alacaktır. Bu nedenle, daha önceki yazışmanızda Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'ne vermiş olduğunuz bilgilerin yinelenmesi mahiyetinde de olsa, formu eksiksiz ve doğru doldurmanız önemlidir.

Form sekiz bölümden oluşmaktadır. Başvurunun Mahkeme İç Tüzüğü'nün gerektirdiği tüm bilgileri içermesi için bütün bölümlerin doldurulması gereklidir. Aşağıda formun her bölümüne ilişkin açıklayıcı bilgiler bulacaksınız. Bu bilgilerin sonuna Mahkeme İç Tüzüğü'nün 45 ve 47. maddelerinin metni de eklenmiştir.

## **BAŞVURU FORMU NASIL DOLDURULUR?**

### **I. Taraflar - Madde 47.1 (a), (b) ve (c) (1-13)**

Eğer başvuru sayısı birden fazlaysa, bu bölümlerde istenen bilgiler, gereğinde her bir başvuru için ayrı sayfa kullanarak verilmelidir. Her başvuru kendisini temsil etmek üzere bir kişiyi vekil olarak belirleyebilir. Bu temsilci, Sözleşme'ye taraf olan ülkelerden birinde oturan bir avukat ya da Mahkeme'nin kabul ettiği diğer bir kişi olabilir. Eğer başvuru kendisine bir temsilci belirlemişse, temsilciye ilişkin bilgiler başvuru formunun bu bölümünde verilmelidir. Bu durumda Mahkeme Yazı İşleri sadece temsilciyle yazışır.

### **II. Olaylara İlişkin Açıklama - Madde 47.1 (d) (14)**

Şikayette bulunduğunuz olayları açık bir şekilde, gerekli ayrıntıları atlamadan, özlü biçimde anlatınız. Olayları, tarih sırasıyla ve kesin tarihleri belirterek anlatınız. Şikayetleriniz birden çok konu ile ilgiliyse (örneğin değişik mahkeme prosedürleri varsa), her durumu ayrı ayrı ele alınız ve açıklayınız.

### III. Öne Sürülen Aykırılıklara ve İlgili Dayanaklarına İlişkin Açıklama (15) - Madde 47.1 (e)

Formun bu bölümünde Sözleşme'ye göre şikayetinizin ne olduğunu olabildiğince açık belirtiniz. Sözleşme'nin hangi hükümlerine dayandığınızı ve formun II. Bölüm'ünde açıkladığınız olayların niçin bu hükümlere aykırı düştüğü görüşünde olduğunuzu açıklayınız. Sözleşme maddelerinden bir kısmının güvence altına alınan haklara belli koşullarda müdahale edilmesini öngördüğünü göreceksiniz (Örneğin, 5. maddenin 1. fıkrasının a-f bentlerine ve 8, 9, 10 ve 11. maddelerin 2. fıkralarına bakınız). Böyle bir maddeye dayanıyorsanız, şikayetinize konu olan müdahaleyi niçin haksız bulduğunuzu açıklayınız.

### IV. Sözleşme'nin 35. Maddesinin 1. Fıkrasına İlişkin Açıklama - Madde 47.2 (a) (16-18)

Bu bölümde ulusal makamlar önünde izlediğiniz çözüm yollarını tam olarak açıklamamız gerekmektedir. Bu bölümdeki üç alt bölümü doldurunuz ve her ayrı şikayet için gerekli bilgileri ayrı ayrı veriniz. 18. maddede hakkınızı arayabileceğiniz ve kullanmadığınızı başka başvuru ya da çözüm yolu bulunup bulunmadığını bildiriniz. Böyle bir çözüm yolu varsa ne olduğunu belirtiniz (yani başvurunun yapılabileceği mahkeme ya da makamın adını veriniz) ve bu yolu niçin kullanmadığınızı açıklayınız.

### V. Başvurunun Amacına İlişkin Açıklama - Madde 47.1 (g) (19)

Burada Mahkeme'ye başvurmakla ne elde etmek istediğinizi kısaca belirtiniz.



## **VI. Öteki Uluslararası İşlemlere İlişkin Açıklama - Madde 47.2 (b)(20)**

Burada, başvurunuzdaki şikayetlerinizi bir başka uluslararası organa iletip iletmediğinizi belirtiniz. Böyle bir başvurunuz varsa, şikayetinizi sunduğunuz merciinin adını, yapılan işlemlerin tarih ve ayrıntılarını ve alınan kararların ayrıntılarını içeren tüm bilgileri veriniz. İlgili kararların ve öteki belgelerin kopyalarını da eklemeniz gerekir. Belgeleri zımbalamayınız, yapışkan bantla veya herhangi bir başka madde ile birbirine bağlamayınız.

## **VII. Belgeler Listesi - Madde 47,1 (h) (21) (Asıllar Değil, Sadece Örnekleri)**

Başvuru formunun IV ve VI. bölümlerinde değinilen tüm hüküm ve kararlara yer vermeyi ve listenize eklemeyi unutmayınız ve Mahkeme'nin belge olarak göz önüne almasını istediğiniz tutanaklar ve tanık ifadeleri gibi başka belgeleri de ilave ediniz. Bir mahkeme ya da başka bir makamca verilen kararların sadece hüküm kısmını değil, gerekçeleriyle birlikte tam metnini ekleyiniz. Sadece Mahkeme'ye yaptığınız şikayetlere ilişkin belgeleri göz önünde bulundurunuz. Belgeleri zımbalamayınız, yapışkan bantla veya herhangi bir başka madde ile birbirine bağlamayınız.

## **VIII. Bildirim ve İmza - Madde 45.3 (22)**

Eğer başvuru formu, bizzat başvuru tarafından değil, temsilcisi tarafından imzalanmışsa, başvuru tarafından imzalanmış (daha önce Yetki Belgesi veya dengi bir Vekaletname, Mahkeme Yazı İşleri'ne gönderilmemiş ise) ve temsilciyi vekil atayan bir Yetki Belgesi de eklenmelidir.

## MAHKEME İÇ TÜZÜĞÜ

### Madde 45

#### (İmzalar)

1. Sözleşmenin 33 veya 34. maddeleri çerçevesinde yapılan tüm başvurular yazılı olarak yapılır ve başvuru veya temsilcisi tarafından imzalanır.

2. Hükümet dışı kuruluşlar ve kişi grupları tarafından yapılmış bir başvuru, kuruluşu ve grubu temsil etmeye yetkilendirilmiş kişiler tarafından imzalanır. İlgili daire veya komite, başvuruyu imzalayan kişilerin yetkileri hakkındaki ihtilafları çözüme bağlar.

3. Eğer bir başvuru, Mahkeme İç Tüzüğü 36. maddesine uygun olarak temsil ediliyorsa, temsilci veya temsilcileri yazılı vekalet veya yetki belgesi sunmalıdırlar.

### Madde 47

#### (Kişisel başvuruların içeriği)

1. Sözleşmenin 34. maddesinin çerçevesinde yapılan her başvuru, ilgili daire başkanı aksine karar vermedikçe, Yazı İşleri Müdürlüğü'nden temin edilen başvuru formu ile yapılır. Başvuru formu şu bilgileri içerir:

a. Başvurucunun ad ve soyadı, doğum tarihi, uyruğu, cinsiyeti, mesleği ve adresi;

b. varsa temsilcisinin adı, soyadı, mesleği ve adresi;

c. hangi Yüksek Sözleşmeciler Taraf veya Taraflar aleyhine başvurunun yöneltildiği;

d. olaylara ilişkin kısa bir açıklama;

e. Sözleşme ile ilgili öne sürülen ihlal veya ihlallerin ve bu iddiaların gerekçelerine ilişkin kısa bir açıklama;

f. başvurucu tarafından Sözleşmenin 35. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen kabul edilebilirlik koşullarının başvurucu tarafından yerine getirilip getirilmediğine ilişkin kısa bir açıklama (iç hukuk yolların tüketilmesi ve altı aylık sürenin dikkate alınması);

g. başvurunun konusuna ilişkin açıklamalar eklenir ve şu belgeler sunulur:

h. başvuru konusuyla ilgili her türlü gerekli belgenin ve özellikle yargı kararlarının ve diğer kararların birer örneği.

2. Ayrıca başvurucu:

a. bu maddenin 1 h) bendinde düzenlenen Sözleşmenin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca başvuruların kabul edilebilirlik koşullarının (iç hukuk yollarının tüketilmesi ve altı aylık sürenin dikkate alınması) oluştuğunu saptamaya yarayacak her türlü belge ve kararı sunmalıdır;

b. bu şikayetlerini, başka bir uluslararası yargı veya çözüm makama sunup sunmadığına dair bilgi vermelidir.

3. Kimliğinin açıklanmasını istemeyen başvurucu, bu talebini açıkça belirtmek ve Mahkeme önünde kural olarak yargılamanın açıklığı ilkesinin aksine karar almayı gerektiren bu talebini destekleyen gerekçeleri sunmak zorundadır. Daire başkanı, istisnai durumlarda ve gizliliği gerektirecek nedenlerin varlığı halinde, başvurucunun kimliğinin açıklanmamasına izin verebilir.

4. Bu maddenin 1 ve 2. fıkrasında yer alan hükümlere uyulmaması durumunda, başvuru, Mahkeme tarafından incelenemez.

5. Kural olarak başvurunun kayıt tarihi, başvuru konusunu -çok kısa olsa dahi- içeren ilk mektup tarihi sayılır.

Ancak, Mahkeme uygun gördüğü takdirde başka bir tarihi kayıt tarihi olarak kabul edebilir.

6. Başvurucu, adres bilgileri ve dilekçesinde sunduğu olaylara ilişkin tüm değişikliklerle ilgili olarak Mahkeme'yi bilgilendirmek zorundadır.

**Türkçe Açıklamalı Bireysel Başvuru (Formu) Dilekçesi**

Voir Note explicative Numéro de dossier

See Explanatory Note File-number

*Açıklayıcı Not'a bakınız Dosya Numarası*

TUR COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**

Conseil de l'Europe

Council of Europe

*Avrupa Konseyi*

Strasbourg, France

REQUÊTE

APPLICATION

**BAŞVURU**

présentée en application de l'article 34 de la Convention européenne des Droits de l'Homme,

ainsi que des articles 45 et 47 du Règlement de la Cour

under Article 34 of the European Convention on Human Rights

and Rules 45 and 47 of the Rules of Court

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün*

*45 ve 47. maddeleri uyarınca sunulmuştur.*

IMPORTANT: La présente requête est un document juridique et peut affecter vos droits et obligations.

This application is a formal legal document and may affect your rights and obligations.

*Bu başvuru hukuki bir belgedir ve hak ve yükümlülüklerinizi etkileyebilir.*

I - LES PARTIES

THE PARTIES

TARAFLAR

A. LE REQUÉRANT/LA REQUERANTE

THE APPLICANT

**BAŞVURUCU**

(Renseignements à fournir concernant le requérant/la requérante et son/ sa représentant(e) éventuel(le))

(Fill in the following details of the applicant and the representative, if any)

*(Başvurucu ve varsa temsilcisi hakkında verilmesi gereken bilgiler)*

1. Nom de famille.....

2. Prénom (s).....

Surname First name (s)

*Soyadı Adı*

Sex: masculin/féminin

Sex: male/female

*Cinsiyeti : erkek/kadın*

3. Nationalité.....

4. Profession.....

Nationality Occupation

*Milliyeti Mesleği*

5. Date et lieu de naissance.....

Date and place of birth

*Doğum tarihi ve yeri*

6. Domicile.....

Permanent address

*İkametgahı*

7. Tel. N° .....

8. Adresse actuelle (si différente de 6.) .....

.....

Present address (if different from 6.)

*Şu anki adresi (6'da belirtilen ikametgahından farklı ise)*

9. Nom et prénom du/ de la représentant(e)\* .....

Name of representative\*

*Temsilcinin adı\**

10. Profession du/ de la représentant(e) .....

Occupation of representative

*Temsilcinin mesleği*

11. Adresse du/ de la représentant(e) .....

Address of representative

*Temsilcinin adresi*

12. Tel. N° .....

Fax N° .....



**B. LA HAUTE PARTIE CONTRACTANTE**

**THE HIGH CONTRACTING PARTY**

**YÜKSEK SÖZLEŞMECI TARAF**

(Indiquer ci-après le nom de l'Etat/ des Etats contre le(s) quel(s) la requête est dirigée)

(Fill in the name of the State(s) against which the application is directed)

(Aşağıda başvurunun hangi devlet aleyhine yöneltildiğini belirtiniz)

13.....

\* Si le/la requérant(e) est représenté(e), joindre une procuration signée par le/la requérant(e) en faveur du/ de la représentant(e).

A form of authority signed by the applicant should be submitted if a representative is appointed.

*Eğer başvurucu temsil ediliyorsa, temsilciyi vekil atayan ve başvurunun imzasını taşıyan bir Yetki Belgesi ekleyiniz.*

- 2 -

**II - EXPOSÉ DES FAITS**

**STATEMENT OF THE FACTS**

**OLAYLARA İLİŞKİN AÇIKLAMA**

(Voir chapitre II de la note explicative)

(See Part II of the Explanatory Note)

*(Açıklayıcı Not'un II. Bölümüne bakınız)*

14.

Si nécessaire, continuer sur une feuille séparée

Continue on a separate sheet if necessary

*Eğer gerekli görüyorsanız ayrı bir sayfada devam edebilirsiniz*

- 3 -

III - EXPOSÉ DE LA OU DES VIOLATION(S) DE LA  
CONVENTION ET/OU DES PROTOCOLES ALLÉGUÉE(S),  
AINSI QUE DES ARGUMENTS À L'APPUI

STATEMENT OF ALLEGED VIOLATION(S) OF THE  
CONVENTION AND/OR PROTOCOLS AND OF RELE-  
VANT ARGUMENTS

**BAŞVURUCU TARAFINDAN ÖNE SÜRÜLEN SÖZLEŞ-  
ME VE PROTOKOL İHLALLERİ İLE İDDIALARIN DAYA-  
NAKLARINA İLİŞKİN AÇIKLAMA**

(Voir chapitre III de la note explicative)

(See Part III of the Explanatory Note)

*(Açıklayıcı Not'ta III. Bölüme bakınız)*

15.

- 4 -

IV - EXPOSÉ RELATIF AUX PRESCRIPTIONS DE  
L'ARTICLE 35 § 1 DE LA CONVENTION

STATEMENT RELATIVE TO ARTICLE 35 § 1 OF THE  
CONVENTION

**SÖZLEŞME'NİN 35. MADDESİNİN 1. FIKRASINA İLİŞ-  
KİN AÇIKLAMA**

(Voir chapitre IV de la note explicative. Donner pour chaque grief, et au besoin sur une feuille séparée, les renseignements demandés sous les points 16 à 18 ci-après)

(See Part IV of the Explanatory Note. If necessary, give the details mentioned below under points 16 to 18 on a separate sheet for each separate complaint)

*(Açıklayıcı Not'un IV. Bölümüne bakınız. Her şikayet için, gerektiğinde ayrı bir sayfa kullanarak, aşağıda 16'dan 18'e kadar numaralanmış alt bölümlerde istenen bilgileri veriniz)*

16. Décision interne définitive (date et nature de la décision, organe - judiciaire ou autre - l'ayant rendue)

Final decision (date, court or authority and nature of decision)

*Nihai karar (kararın tarihi, niteliği, Kararı veren merci -adli veya diğer-)*

17. Autres décisions (énumérées dans l'ordre chronologique en indiquant, pour chaque décision, sa date, sa nature et l'organe - judiciaire ou autre - l'ayant rendue)

Other decisions (list in chronological order, giving date, court or authority and nature of decision for each of them)

*Diğer kararlar (tarih sırasına göre her kararın tarihi, niteliği ve kararı veren merci -adli veya diğer- belirtilmelidir)*

18. Dispos(i)ez-vous d'un recours que vous n'avez pas exercé? Si oui, lequel et pour quel motif n'a-t-il pas été exercé?

Is there or was there any other appeal or other remedy available to you which you have not used? If so, explain why you have not used it.

*Başvurmadığınız başka bir çözüm yolu var mı? Eğer varsa, nedir ve neden bu yola başvurulmadı?*

Si nécessaire, continuer sur une feuille séparée

Continue on a separate sheet if necessary

*Eğer gerekli görüyorsanız ayrı bir sayfada devam edebilirsiniz*

- 5 -

V - EXPOSÉ DE L'OBJET DE LA REQUÊTE

STATEMENT OF THE OBJECT OF THE APPLICATION

**BAŞVURUNUN AMACINA İLİŞKİN AÇIKLAMA**

(Voir chapitre V de la note explicative)

(See Part V of the Explanatory Note)

*(Açıklayıcı Not'un V. Bölümüne bakınız)*

19.

VI - AUTRES INSTANCES INTERNATIONALES TRAITANT OU AYANT TRAITÉ L'AFFAIRE

STATEMENT CONCERNING OTHER INTERNATIONAL PROCEEDINGS

***DIĞER ULUSLARARASI MAKAMLAR ÖNÜNDEKİ USULLERE İLİŞKİN AÇIKLAMA***

(Voir chapitre VI de la note explicative)

(See Part VI of the Explanatory Note)

*(Açıklayıcı Not'un VI. Bölümüne ilişkin açıklama)*

20. Avez-vous soumis à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement les griefs énoncés dans la présente requête? Si oui, fournir des indications détaillées à ce sujet.

Have you submitted the above complaints to any other procedure of international investigation or settlement? If so, give full details.

*Bu başvurunuzdaki şikayetlerinizi başka bir uluslararası makama sundunuz mu? Eğer sunduysanız, bu konuda ayrıntılı bilgi veriniz.*

- 6 -

VII. PIÈCES ANNEXÉES (PAS D'ORIGINAUX, UNIQUEMENT DES COPIES; PRIÈRE DE N'UTILISER NI AGRAFE, NI ADHÉSIF, NI LIEN D'AUCUNE SORTE)

LIST OF DOCUMENTS (NO ORIGINAL DOCUMENTS, ONLY PHOTOCOPIES, DO NOT STAPLE, TAPE OR BIND DOCUMENTS)

**BELGELER LİSTESİ (BELGELERİN ASLI DEĞİL SADECE ÖRNEKLERİ GÖNDERİLMELİDİR. BELGELERİ ZİMBALAMAYINIZ, YAPIŞKAN BANTLA VEYA HERHANGİ BİR BAŞKA MADDE İLE BİRBİRİNE BAĞLAMAYINIZ.)**

(Voir chapitre VII de la note explicative. Joindre copie de toutes les décisions mentionnées sous ch. IV et VI ci-dessus. Se procurer, au besoin, les copies nécessaires, et, en cas d'impossibilité, expliquer pourquoi celles-ci ne peuvent pas être obtenues. Ces documents ne vous seront pas retournés.)

(See Part VII of the Explanatory Note. Include copies of all decisions referred to in Parts IV and VI above. If you do not have copies, you should obtain them. If you cannot obtain them, explain why not. No documents will be returned to you.)

*(Açıklayıcı Not'un VII. Bölümüne bakınız. Yukardaki IV ve VI. alt bölümlerde belirtilen bütün kararların örneğini ekleyiniz. Eğer bu belgeler elinizde yoksa temin ediniz. Eğer temin edemiyorsanız bunun nedenini açıklayınız. Gönderdiğiniz belgeler size geri verilmeyecektir.)*

21. a)

b)

c)

- 7 -

VIII - DÉCLARATION ET SIGNATURE

DECLARATION AND SIGNATURE

**BİLDİRİM VE İMZA**

(Voir chapitre VIII de la note explicative)

(See Part VIII of the Explanatory Note)

**(Açıklayıcı Not'un VIII. Bölümüne bakınız)**

22. Je déclare en toute conscience et loyauté que les renseignements qui figurent sur la présente formule de requête sont exacts.

I hereby declare that, to the best of my knowledge and belief, the information I have given in the present application form is correct.

***Bu başvuru formunda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu bilgim ve inancım dahilinde beyan ederim.***

Lieu/Place/Yer

Date/Date/Tarih

(Signature du/de la requérant(e) ou du/de la représentant(e))

(Signature of the applicant or of the representative)

***(Başvurucunun veya temsilcinin imzası)***

EK: IV

Türkçe Açıklamalı Yetki Belgesi Örneği

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AUTHORITY

**YETKİ BELGESİ**

I, .....

Aşağıda imzası olan ben,

.....

(name and address of applicant) (*başvuranın adı ve adresi*)

hereby authorise .....

*bu belge ile aşağıda adı belirtilen kişi ya da kişilere yetki veriyorum:*



.....  
.....  
.....  
.....

(name and address of representative) (*temsilcinin adı ve soyadı, adresi*)

to represent me in the proceedings before the European Court of Human Rights, and in any subsequent proceedings under the European Convention on Human Rights, concerning my application introduced under Article 34 of the Convention against

*Bu kişi ya da kişiler beni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre yapılabilecek her türlü usul işleminde Sözleşme'nin*

*34. maddesine göre*

.....  
..... 'ye karşı

(respondent State) (*savunmacı hükümetin adı*)

on .....

..... tarihinde

(date of letter of introduction)

(ilk mektup tarihi)

*yaptığım başvuruda temsil edecektir.*

.....  
(place and date) *(yer ve tarih)*

.....  
(signature of the applicant) *(başvuranın imzası)*

I hereby accept the above appointment

*Yukarıda belirtilen başvurucuyu temsil etmeyi kabul ediyorum.*

.....  
(signature of representative) *(temsilcinin imzası)*

*Bu form Mahkeme nezdinde bir avukat ya da kişi tarafından temsil edilmek isteyen başvurucu ve belirlediği temsilci tarafından doldurularak imzalanmalıdır.*

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Aktan, Hamdi Yaver, *Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerince Uygulanması, İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanması Sempozyumu*, TBB Yayını s. 141-150 Ankara, 2004.
- Altıparmak, Kerem, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış, Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, S. 63, s. 29-66, Ankara 2006.
- Aybay, Rona, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku, İnsan Hakları Armağanı*, s. 119, Ankara, 1978.
- Andriantsimbazovina, Joel, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, TBB, s. 25-52, Ankara 2006.
- Bradley, Antony, *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, TBB, s. 89-106, Ankara 2006-03.
- Cooper, Jonathan, *Özel ve Aile Yaşamının Korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, TBB s. 117-131, Ankara 2006.
- Cengiz, Serkan, "14 Numaralı Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olağanüstü Değişiklikler", *TBB Dergisi* S. 56, Ankara 2005.
- Dinç, Güney, *Güvensizlik Üçgeni*, Say Yayınları, Ankara, 1987.
- Dinç, Güney, *İnsan Haklarına Uzanmak*, Say Yayınları, İstanbul, 1986.
- Dinç, Güney, "AİHS ve Mülkiyet Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 69, S. 4, İzmir, 2004.

Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

- Dinç, Güney, *AİHS'ye Göre İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri*, İzmir Barosu, 2005.
- Dinç, Güney, *AİHS'ye Göre Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir Barosu, 2006.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt 1*, İstanbul Barosu, İstanbul 1998.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt 2*, İstanbul Barosu, İstanbul 1998.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi, (1960-1994)* İstanbul Barosu, İstanbul 1999.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt 3*, İstanbul Barosu, İstanbul 2000.
- Doğru, Osman - Nalbant Atilla, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı, Ankara 2003.
- Er, Cüneyt, "AİHS'nin I. Maddesi: İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü ve Sözleşme'nin Uygulanması", *TBB Dergisi*, S. 53, s. 45-62, Ankara 2004.
- Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınları, Ankara 2004.
- Garlicki Lech, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Yaşam Hakkı", *İHAS ve Adli Yargı Sempozyumu*, TBB, 2004 Ankara, 80-89.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yayınları, İstanbul 2005.

- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Gölcüklü, A. Feyyaz - Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Gölcüklü, Feyyaz, "Kişi Özgürlüğü ve Kişi Güvenliği", *Hukuksal Kollekyum*, AÜSBF, s. 29-38, Ankara 1992.
- Gözübüyük, A. Şeref, "AİHS'nin Türk Hukukundaki Yeri", *Hukuksal Kollekyum*, AÜSBF, s. 19-28, Ankara 1992.
- Günoğur, Haluk, "Hukukun Üstünlüğü", *Faruk Erem Ödülleri, 2000 Yılı Birincilik Ödülü*, TBB Yayını, Ankara, 2005.
- Gülmez, Mesut, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54, s. 147-162, Ankara 2004.
- Gülmez, Mesut, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, TBB Yayını, Ankara, 2004.
- Mc Bri De, Jeremy, "Özgürlükten Mahrumiyet Haklarının İncelenmesi", *Hukuksal Kollekyumu*, AÜSBF, s. 29-37, Ankara 1992.
- Macovei Monica, *İfade Özgürlüğü*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, 2001.
- Monica, Carrs - Frisk, *Mülkiyet Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.
- Mole, Nuala ve Harby, *Katharina Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Strasbourg, 2001.

Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

- Pauliaf, Helene, "Mülkiyet Hakkı", *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu*, TBB s. 267-283, Ankara 2006
- Sağlam Fazıl, "Demokratik Hukuk Devleti'nde Yükselen Yıldız, Yargı", *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu*, s. 117-134, TBB Yayını, Ankara 2005.
- Surlu, Mehmet, Handan, *Hukuk ve Cezada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Şahbaz, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *TBB Dergisi*, S. 54, s. 139-147, Ankara 2004.
- Şahbaz, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", *TBB Dergisi*, Mayıs-Haziran 58. Sayı, s. 163-189, Ankara 2005.
- Tanrıkkulu, M. Sezgin, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul 1990.
- Tezcan, Durmuş - Erdem M. Ruhan - Sancaktar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2002.
- Uzeltürk, Sultan Tahmezoğlu, "İHAM Kararları Işığında Türkiye'de Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", *AİHS ve İdari Yargı Sempozyumu*, s. 220-260, TBB Yayını, Ankara, 2005.
- Uitz, Renata, "Post Komünist Demokrasiler", *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu*, s. 272-308, TBB Yayını, Ankara 2005.
- Yıldırım, Gülşen, "İHAS'nin 8. Maddesinin Genişletilmiş Yorumu ile Sağlanan Koruma", *İHAS ve Adli Yargı Sempozyumu*,

s. 385-427, TBB, Ankara 2004.

Yıldırım, Kadir, *AİHS ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması*, Kazancı Yayınları, Ankara 1997.

Walsh, *AİHS'nin 6. Maddesi ve Her Türlü Suçlama İle İlgili Yargılama Kolekyumu*, AÜSBF, s. 45-54, Ankara 1992.

### **AİHM Kararlarının Edinilmesinde Yararlanılan Süreli Yayınlar**

1. Türkiye Barolar Birliği Dergisi,
2. Adalet Bakanlığı, Yargı Mevzuatı Bülteni,
3. İzmir Barosu Dergisi,
4. Toplum ve Hukuk Dergisi,
5. Polis Akademisi İnsan Hakları Kararları Dergisi

### **AİHM Kararlarının Yer Aldığı İnternet Siteleri**

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sitesi, European Court of Human Rights/Cour européenne des Droits de l'homme:  
[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları,  
[www.adalet.gov.tr/aihm/aihmk.htm](http://www.adalet.gov.tr/aihm/aihmk.htm)
3. Anadolu Üniversitesi Sitesi, <http://aihm.anadolu.edu.tr>
4. İnsan Hakları Gündemi Derneği, Human Rights Agenda,  
[www.rightsagenda.org](http://www.rightsagenda.org)
5. İzmir Barosu, <http://www.izmirbarosu.org.tr>

## Kavramlara Göre Dizin

### A

- açlık grevi 94.
- adil yargılanma hakkı 156, 157,  
183, 189, 217, 255, 256,  
257, 259, 262, 267, 270,  
281, 301, 303, 308, 309,  
310, 313, 316, 321, 323,  
348, 355, 365, 366, 665.
- adli yardım 163, 182, 212, 257,  
317, 322, 325, 328, 329,  
330, 601, 694.
- Ağır Ceza Mahkemesi 38, 83,  
146, 242, 243, 244, 262,  
263, 276, 277, 302, 303,  
541, 561.
- AIDS 246, 247, 386.
- aile planlaması 503.
- aile tanımı 400.
- aile yaşamı 104, 168, 247, 341,  
381, 385, 400, 401, 403,  
405, 406, 407, 408, 416,  
593, 614, 617, 642.
- aleni yargılanma 273, 274.
- Anayasa Mahkemesi 34, 163,  
179, 197, 257, 267, 268,  
269, 270, 316, 325, 346,  
357, 372, 419, 420, 421,  
453, 458, 459, 503, 562,  
577, 578, 579, 581, 582,  
584, 586, 587, 588, 589,  
590, 647, 648, 661, 672,  
674.
- anladığı bir dille 125, 157, 371.
- anlatım özgürlüğü 363, 463,  
470, 483, 485, 494, 495,  
497, 498, 499, 501, 506,  
510, 511, 512, 514, 517,  
520, 524, 534, 540, 541,  
559, 583, 603, 647.
- Annan Planı 413, 415.
- Arsa Ofisi 267, 268, 269, 270,  
630, 631.



asker 20, 50, 78, 79, 152, 153,  
154, 155, 189, 273, 504,  
628, 629, 665.  
asker kişiler 20, 152, 153, 154,  
273, 504.  
askeri disiplin 20, 152, 153, 189,  
452, 453, 504, 505.  
askeri mahkeme 78, 154, 155,  
186, 187, 188, 273, 504.  
Askeri Yargı 186, 244, 279, 289,  
452.  
Asliye Ceza Mahkemesi 171,  
242, 361, 362, 463.  
Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı  
veya Küçük Düşürücü  
Uygulama ve Cezaların  
Önlenmesi Sözleşmesi  
93.  
Avrupa İşkenceyi Önleme  
Komitesi 93.  
Avrupa Konseyi Mahpusların  
İslahı İçin Asgari  
Standart Kuralları 348.  
avukatla haberleşme 336.  
avukatla savunma hakkı 307,  
309, 310, 311, 312, 313,  
323, 344.  
avukatlık mesleğinin  
bağımsızlığı 322, 328.  
ayrıcalıklı düzenleme 28.  
ayrımcılık yasağı 14, 385, 445,  
562, 596, 601, 602, 603,  
615, 617, 642.

## B

Bağımsız Mahkeme 185.  
Baro 182, 228, 328, 329, 497,  
512.  
Baro işlemleri 228.  
baroların bağımsızlığı 228, 324,  
325.  
basın özgürlüğü 397, 399, 470,  
474, 485, 498, 549.  
başörtüsü 437, 453, 454, 462.  
Başsavcı 211, 255.  
Başvuru hakkının kötüye  
kullanılması 46, 609.  
başvurucunun tutumu 144,  
238.  
bedensel ceza 75, 76, 643, 644.  
benzin istasyonu 159.  
benzin istasyonu işletme  
ruhsatı 159.  
beş teknik 74.  
bireysel başvuru hakkı 14, 230,  
231, 341, 629.  
Bölge Tapu Kurulu 179, 180.

## C

cemaat 448, 450.  
Ceza davaları 39, 162, 200, 233,  
260, 669.  
Cezaevi 92.  
cezaevi uygulamaları 97.

cezaevleri 337.  
cezaların yasallığı 375, 376.  
cezanın ağırlığı 139, 146, 312, 314, 525, 529.  
cinsel saldırı 287.  
Cinsel suç 286, 287, 288, 327.  
cinsel taciz 247, 403.  
cinsiyet değiştirme 391, 392.

## Ç

çalışanların yaşam kaynakları 250.  
çevre hukuku 165, 166, 176.  
çevre kirliliği 172, 174.  
Çevrenin korunması 168.  
çırılçıplak 82, 86, 96, 219.  
çocukların velayeti 404, 405, 446.

## D

Danıştay 38, 172, 184, 214, 215, 228, 248, 249.  
davanın karmaşıklığı 144, 212, 238, 240, 241, 242, 249, 317.  
Davanın süresi 249.  
delil 492.  
delilleri karartma tehlikesi 144.  
demokratik toplum 52, 53, 162, 177, 181, 189, 272, 306, 309, 348, 358, 376, 384,

411, 421, 441, 442, 450, 454, 455, 464, 467, 468, 474, 478, 482, 484, 485, 487, 494, 497, 498, 499, 501, 502, 517, 529, 530, 533, 534, 546, 563, 572, 580, 581, 585, 588, 590, 610, 652, 654, 676.

derin sorgulama 74.  
dernek üyeliği 554, 556.  
devlet başvurusu 43, 44, 73, 74, 412, 609, 628.  
devlet mallarının haczi 41.  
devlet organları 58.  
devlet terörü 516.  
devletin olumsuz (negatif) yükümlülüğü 56.  
devletlerin olumlu (objektif) yükümlülüğü 58.  
Devlet Güvenlik Mahkemesi 133, 144, 157, 190, 241, 294, 296, 349, 350, 351, 352, 378, 379, 486, 516, 519, 532, 665.  
dini simge 458, 459.  
Dinsel simge 441.  
diplomatik koruma 29.  
Diyanet İşleri Başkanlığı 451.  
Doğal Güzellik Alanı 204.  
doğal mahkeme 177.  
doğal sit 159.

## Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

- doğal yargıç 177.  
dostça çözüm 44, 54, 186, 346,  
663.  
duruşma 179, 194, 241, 242,  
257, 258, 259, 260, 261,  
262, 263, 268, 269, 270,  
272, 274, 275, 276, 291,  
301, 307,  
309, 315, 361,  
369, 511.  
duruşmalı yargılama 274.  
düşünce özgürlüğü 436, 465.  
Düşünceye konulan yasak 542.  
düşünceyi açıklama özgürlüğü  
436, 463, 468, 471, 474,  
480, 482, 483, 515, 516,  
517, 519, 530, 538, 545.
- E**  
edinilmiş haklar 618.  
elektrik verip 86.  
elektronik araçlar 682.  
emekli aylığı 387.  
emirlere karşı gelmek 79.  
eşcinsel 390, 391.  
eşitlik 164, 200, 251, 252, 257,  
258, 259, 292, 364, 373,  
457, 595, 599, 600.  
Etki alanı 23.
- ETKİLİ BAŞVURU HAKKI  
217.  
etkili başvuru yolu 39.  
etkili hukuk yolu 99, 220.  
Etnik 522, 564.
- F**  
federasyon 22.  
Filistin askısı 81, 82, 106, 219.  
fişleme 434.  
fiziki yara 88.
- G**  
gay 391.  
geçici personel 195.  
Gerekçeli Karar Yükümlülüğü  
280.  
gıyabi tutuklama 136.  
Gözaltı defteri 70.  
gözaltı süresi 61, 131, 132, 134,  
137, 277, 354.  
grev 163, 549, 550.  
güçlü dış sembol 455.  
gürültü 166.  
Güvenlik Kurulu 181.
- H**  
haber kaynağını açıklamama  
480.  
haberleşme özgürlüğü 335, 429.

- hak arama özgürlüğü 199, 200, 208, 224, 229.
- hakaret edilmemeyi isteme hakkı 163.
- hakkaniyete uygun yargılama 164.
- Haksız fiil 287.
- Haksız gözaltı 38.
- haksız tutuklama 148, 149, 150, 160, 263, 275, 283.
- haksız tutuklama tazminatı 160, 263.
- hasar tazminatı 159.
- hava kirliliği 165.
- Hazırlık soruşturması 38, 107, 191, 194.
- HIV 246.
- hukuk davaları 38, 39, 158, 163, 164, 197, 212, 235, 261, 266, 267, 271, 286, 328, 669.
- hukuksal yardımı 322, 325.
- hücre hapsi 94.
- hükümet dışı kuruluş 32, 450, 547.
- Hükümlünün haberleşmesi 338.
- hükümlünün haberleşmesi 335.
- İ**
- İç hukuk yolları 33, 37, 42, 192, 255, 631, 665, 691, 693.
- iç hukuk yolları 34, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 139, 149, 150, 198, 238, 357, 396, 412, 614, 690, 701.
- içerik denetimi 45, 47, 181, 280, 681.
- içki ruhsatı 159.
- idare mahkemeleri 39, 174, 175, 202, 460.
- idari soruşturma 222, 224.
- ihtiyati tedbir 109, 410, 498.
- İletişim Özgürlüğü 476.
- imar uygulamaları 203.
- inanç özgürlüğü 436, 437, 440, 447, 451, 467, 468.
- insancıl koşul 98.
- insanlık dışı ceza 75.
- insanlık dışı davranış 73, 74, 77, 84, 95, 101, 102, 113.
- iş hukuku 117, 159, 613.
- işçi-işveren ilişkileri 250.
- işkence 42, 43, 72, 73, 74, 77, 78, 81, 82, 83, 88, 89, 90, 91, 93, 95, 98, 102, 106, 108, 109, 110, 113, 114, 119, 162, 218, 219, 221, 222, 223, 320, 606, 670, 680, 681.
- işkence yasağı 72, 98, 162, 680.
- işkenceci devlet 78.
- İşlemler 72, 133.

**J**

jandarma 50, 70, 85, 98, 221.  
jinekolojik muayene 393, 394.  
jüri 185, 186, 192, 302, 507.

**K**

Kaba kuvvet 88.  
kaçma tehlikesi 139, 141, 142,  
146.  
kamu görevlilerinin eylemleri  
42, 56, 57.  
kamu yararı 48, 135, 145, 167,  
172, 252, 301, 359, 384,  
392, 410, 438, 439, 477,  
500, 546, 555, 612, 619,  
620, 621, 622, 623, 624,  
625, 633, 679.  
kamulaştırma 41, 160, 414, 622,  
623, 624.  
kamulaştırma işlemleri 160.  
kamusal alan 332, 453, 537.  
kamusal yaşam 454, 536.  
kanıtlama yükümlülüğü 65, 89,  
384.  
kanıtların toplanması 682.  
kapitalizm 115.  
karar düzeltme 37, 38, 39, 40,  
183, 248.  
Kararın Açık Duruşmada  
Okunması 278.  
kararların açıklığı 279.

Katolik 76, 205, 443, 445, 470,  
472, 593.

kınama cezası 41.  
kızlık muayenesi 98.  
kilise 159.  
kilise vergisi 159.

Kira Mahkemesi 182.

konut 172, 175, 341, 356, 358,  
360, 381, 409, 410, 411,  
413, 624.

konut güvenliği 410.

konuta saygı 412, 416.

Kölelik 115.

kötü muamele 59, 77, 82, 85, 87,  
88, 98, 219, 395, 681.

köy korucuları 101.

köy yakma 42, 219.

kulluk 115, 116.

küçük düşürmek 92.

küçük düşürücü davranış 78,  
80, 94, 95, 96, 106, 452.

kürtaj 503, 504.

**L**

Laiklik 458, 465, 532.

lezbiyen 391.

**M**

mahkemede kullanılan dil 372.

mahkemelerin iş yükü 235,  
239.

Mahkemeye erişim 200, 217.  
mahkemeye ulaşma hakkı 175,  
207, 208, 209.

Makul süre 138, 233.

medeni hak ve yükümlülükler  
158, 159, 161, 163, 200,  
263, 265, 669.

Mekansal izolasyon kriteri 397.

meslek odaları 160, 273, 313,  
555.

meslek odalarına üye olma  
zorunluluğu 160.

mülkiyet hakkı 12, 26, 27, 159,  
160, 166, 200, 203, 207,  
414, 415, 416, 501, 611,  
612, 613, 614, 615, 618,  
619, 620, 622, 623, 624,  
625, 628, 629, 630, 631,  
632, 633, 679.

mülkiyet hakkının korunması  
611, 622.

Mülkiyetten yoksun bırakma  
618, 625.

Müslüman 227, 447, 448, 449,  
450, 459, 467, 470, 587.

## N

Nesnel yansızlık 197.

## O

Olayın Karmaşıklığı 237.

olumlu yükümlülük 51, 58, 169,  
325, 383, 405, 410, 545.

olumsuz yükümlülük 49, 50,  
51, 100, 640.

onama kararı 39, 287.

onur kırıcı ceza 72, 75.

onur kırıcı davranış 74, 94, 98.

orantısız güç 56.

Ortodoks 413, 443, 444.

Oturma yasağı 402.

## Ö

ölçüsüz silah 55.

öldürmeme yükümlülüğü 57.

öldürücü silah 27, 53.

ölme hakkı 51.

ölüm cezası 13, 14, 50, 108, 109,  
110, 243.

ölüm koridoru 109.

ömür boyu suçlanma 243.

ötenazi 51.

özel yaşam 119, 162, 176, 271,  
273, 332, 341, 356, 357,  
358, 381, 382, 383, 385,  
386, 390, 391, 392, 394,  
395, 396, 397, 398, 399,  
402, 405, 408, 410, 411,  
422, 423, 424, 431, 433,  
461, 462, 487, 494, 549,  
587, 593.

özel yaşamın korunması 119,  
162, 398, 462.

Özerk Yönetim 23.

## Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

özgürlük 9, 11, 20, 92, 118, 119,  
120, 124, 125, 133, 155,  
436, 477, 542, 543, 579,  
580.

özgürlükten yoksun bırakma  
120, 121, 123, 124, 145,  
152, 153, 155.

özel yansızlık 197.

### P

para cezası 136, 186, 195, 196,  
309, 373, 411, 463, 466,  
469, 475, 476, 479, 482,  
484, 485, 489, 502, 509,  
511, 512, 539, 540, 541,  
559, 561.

parselasyon 203.

patent hakları 159, 494.

### R

resmi makamların tutumu 240.

### S

sağlık sorunlarının gizliliği  
386.

sağlıklı bir çevrede yaşama  
hakkı 165, 166, 167, 173,  
176, 410.

Sanığa Devlet Eliyle Avukat  
Atanması 311.

sansür 342, 470, 481, 494, 495,  
496.

savunma hakkı 237, 255, 284,  
292, 297, 300, 301, 302,  
303, 304, 305, 306, 307,  
308, 309, 310, 311, 312,  
313, 314, 322, 323, 332,  
336, 344, 348, 349, 350,  
352, 353, 354, 355, 359,  
362, 365, 366, 368, 370,  
549.

saygı gösterilme hakkı 383.

Sendikal haklar 548.

sendikal örgütlenme 551, 553.

sendikal özgürlük 501.

Serseri 116.

ses kirliliği 167.

sığınma hakkı 110, 111.

sığınmacılar 110.

sınır dışı etme 111, 124, 164,  
200, 252, 253, 254, 255,  
257, 259, 264, 266, 267,  
268, 270, 315, 325, 329,  
330, 331, 364, 365, 370,  
401, 402, 549.

sınır dışı eylemler 24, 26.

sınır ötesi etkinlik 24.

sivil ölüm 79.

Siyasal İslam 436.

siyasal partilerin kapatılması  
573, 574, 577, 585, 648,  
670.

sorgulama 74, 86, 106, 234, 264,  
267, 323, 366, 367, 370,  
382.

soyadı 385, 700, 715.

soyularak üst arama 97.

sömürgecilik 27, 115.

sözel yargılama 258, 263.

Sözleşme Kapsamına Girmeyen  
Konular 163.

Sözleşme'nin sürekli ihlali 412.

suç ortaklığı 368.

suçsuzluk güvencesi 281, 282,  
283, 285, 289, 331, 362,  
650.

## T

Tabipler Odası 178, 273.

takdir yetkisi 153, 172, 267,  
336, 403, 424, 456, 460,  
502, 621, 622, 623, 624,  
655.

takipsizlik kararı 38, 93.

tanığın korunması 368.

tanık 5, 98, 103, 104, 226, 236,  
266, 303, 327, 329, 364,  
365, 366, 367, 368, 369,  
476, 500, 699.

tanık dinletme 364, 365.

tanıkların kimlikleri 368.

tanıkların sorgulanması 367.

taşınmaz kiralaları 159.

taşınmaz mülkiyeti 613, 628.

tazminat 128, 148, 149, 150,  
151, 160, 163, 165, 170,  
171, 197, 207, 208, 210,  
213, 214, 220, 221, 225,  
226, 246, 247, 261, 263,  
276, 277, 284, 286, 287,  
288, 289, 320, 412, 416,  
432, 469, 481, 486, 488,  
491, 492, 493, 507, 622,  
626, 627, 629, 631, 633,  
663, 664, 665, 666, 670.

tebliğname 259, 262.

tecavüz 98, 99, 358, 393, 625,  
651.

temyiz 13, 33, 37, 38, 39, 77,  
106, 185, 194, 197, 202,  
210, 211, 212, 233, 234,  
237, 243, 244, 255, 258,  
260, 262, 263, 267, 269,  
270, 280, 283, 304, 309,  
315, 316, 320, 321, 323,  
324, 325, 326, 368, 369,  
387, 388, 509, 659.

termik santral 173, 174, 175.

terör olayları 518, 521.

Terörist 74, 526.

teröristin eylemi 32.

terörizmle mücadele 86.

tescil edilmiş marka 160.

Toplantı Subayı 186, 187.

toplu iş sözleşmesi 163, 549,  
550, 551, 552.



toplumsal ihtiyaç 520, 680.  
toprak bütünlüğü 437, 473, 530.  
tutuklama 38, 50, 70, 83, 100,  
136, 138, 140, 141, 144,  
148, 149, 153, 160, 263,  
264, 275, 283, 308, 377.  
Tutukluların mektupları 342.  
tutukluluk 42, 77, 95, 96, 138,  
141, 144, 145, 146, 147,  
153, 192, 239.  
tüketici hakları 497, 498.

## U

ulusal güvenlik 271, 381, 388,  
407, 420, 421, 432, 495,  
524, 562.

uyarı 41, 192, 362.

Uygulama Komisyonu 206.

uygun süre 42, 138, 139, 140,  
142, 143, 144, 149, 165,  
175, 203, 228, 233, 234,  
235, 236, 237, 238, 239,  
240, 241, 245, 247, 248,  
249, 250, 297, 346.

uygun sürede yargılanma hakkı  
149, 165, 175, 203, 228,  
239, 245.

uyuşturucu kaçakçılığı 243,  
314.

## Ü

ülke sınırları 19, 20, 22.

## V

vergi kaçakçılığı 211.  
vicdani retçi 78.

## Y

yabancı 9, 13, 19, 20, 179, 240,  
314, 324, 372, 411, 476,  
490, 495, 548, 621, 673,  
674.

yalnız kalma hakkı 382.

Yansız Mahkeme 190.

yargı denetimi 121, 126, 181.

yargı erki 177, 234, 239.

yargı kararlarının uygulanması  
78, 210, 248.

yargı yerleri 33, 35, 36, 37, 40,  
65, 121, 124, 138, 147,  
149, 150, 154, 155, 156,  
158, 160, 165, 172, 181,  
185, 186, 190, 199, 200,  
202, 203, 208, 215, 234,  
236, 245, 266, 267, 273,  
274, 275, 278, 279, 284,  
359, 453, 479, 511, 598,  
616, 650, 672, 673.

yargı yetkisini ele geçirme 27.

yargıcın yansızlığı 198.

Yargılamada Açıklık 271.

yargılamanın süresi 249, 331.

Yargılamanın yenilenmesi 39,  
668, 669, 670.

yargısız infaz 68.

Yargıtay 38, 39, 202, 209, 212,  
244, 255, 256, 257, 258,  
259, 260, 261, 262, 263,  
264, 276, 278, 279, 287,  
288, 301, 304, 309, 313,  
314, 315, 316, 318, 320,  
321, 323, 326, 368, 488,  
560, 561, 562, 577, 616,  
626, 683, 717.

Yargıtay Başsavcılığı 256, 261,  
263.

Yasal Mahkeme 177.

yasal temsilci 94, 694.

yasama dokunulmazlığı 225,  
226, 227.

yaşama hakkı 14, 50, 51, 52, 53,  
55, 56, 57, 58, 60, 61, 66,  
69, 100, 162, 165, 166,  
167, 169, 173, 174, 176,  
222, 410, 670.

Yayınevi 463, 720.

yazılı emirle bozma 39.

Yehova Şahidi 154, 443, 444,  
445.

yetki alanı 146, 159, 273, 551,  
643, 660, 681.

yitik kişi 101, 102.

yüz yüze görüşme 344.

yüz yüze yargılama 106, 260,  
272, 273, 279, 300, 313.

## Z

Zarar Tesbit Komisyonu 416.